



HAL
open science

La protection de la santé dans l’alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Un principe, des droits

Laurence Gay

► To cite this version:

Laurence Gay. La protection de la santé dans l’alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Un principe, des droits. *Politeia* [Les Cahiers de l’Association française des auditeurs de l’Académie internationale de droit constitutionnel], 2020, La constitutionnalisation de la santé en Italie et en France, 37. halshs-03094822

HAL Id: halshs-03094822

<https://shs.hal.science/halshs-03094822>

Submitted on 20 Apr 2021

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.

La protection de la santé dans l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Un principe, des droits¹.

Laurence Gay,

Chargée de recherches HDR au CNRS, Directrice-adjointe de l'ILF-GERJC
Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-
en-Provence, France

Article paru dans *Politeia*, numéro 37, printemps 2020, La constitutionnalisation de la santé en France et en Italie, 167-187

La protection de la santé est inscrite en France dans l'alinéa 11 du préambule de 1946, dont elle n'est cependant pas l'objet exclusif. Selon cette disposition, en effet :

« Elle [la nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

Santé, sécurité matérielle, moyens convenables d'existence, repos : on a incontestablement affaire à des principes sociaux, que l'alinéa 2 qualifie de « particulièrement nécessaires à notre temps » et qui paraissent complémentaires de ceux consacrés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Après le principe d'égalité devant la loi énoncé dans cette dernière en 1973², celui de protection de la santé est au demeurant le premier des principes exprès³ du préambule de 1946 à être appliqué à l'occasion du contrôle de la loi en 1975⁴. Pourtant, non sans quelque paradoxe, la célèbre affaire en cause ne concerne en rien les droits sociaux puisque le texte déféré dépénalise l'interruption volontaire de grossesse. Après avoir refusé, comme on le sait, de contrôler ce texte par rapport à un traité - plus spécifiquement en l'espèce par rapport au droit à la vie énoncé dans la Convention européenne des droits de l'homme - , le Conseil constitutionnel juge qu'il ne méconnaît pas « le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé [...] »⁵. Là où l'on pensait spontanément accès aux soins et protection sociale, la jurisprudence fait apparaître une question d'éthique biomédicale... Cette première affaire préfigure en définitive la diversité des contentieux impliquant la santé humaine. On verra en effet que le principe sur la garantie de la protection de la santé apparaît dans des hypothèses très variées. Cette diversité s'accroît encore si l'on prend en compte les cas d'application de l'alinéa 11 dans son ensemble.

Il est vrai que ce dernier fait œuvre de synthèse, comme l'ensemble du préambule, après l'échec du premier projet de constitution du 19 avril 1946⁶, qui comportait pour sa part une déclaration des droits avec une seconde partie consacrée aux droits sociaux et économiques.

¹ Cet article a été achevé au début du mois de janvier 2020. Les recherches jurisprudentielles ont été arrêtées au 31 décembre 2019. Les textes et jurisprudences postérieurs, pris notamment dans le contexte de la pandémie de Covid-19 et de l'état d'urgence sanitaire, n'ont pas pu être pris en compte.

² C.C., n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*.

³ Auparavant, le Conseil constitutionnel s'est déjà appuyé sur le préambule de 1946 - sans le citer - pour consacrer la liberté d'association au titre de principe fondamental reconnu par les lois de la République : C.C., n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

⁴ C.C., n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *I.V.G.*

⁵ Cons. n° 10.

⁶ Rappelons que ce texte a été rejeté par référendum le 5 mai 1946.

Or, les principes inscrits dans le seul alinéa 11 du préambule d'octobre figuraient, de façon plus détaillée, dans cinq au moins des articles du projet de déclaration d'avril. Celui-ci contenait deux références expresses à la santé dans les articles 23 et 27. Selon l'article 23, « La protection de la santé dès la conception, le bénéfice de toutes les mesures d'hygiène et de tous les soins que permet la science sont garantis à tous et assurés par la Nation ». Cette disposition paraît bien la source d'inspiration directe du futur alinéa 11 du préambule d'octobre en tant qu'il consacrerait aussi la garantie de la protection de la santé par la nation. La précision apportée dans le texte d'avril sur le bénéfice des mesures d'hygiène et des soins devant être assurée à tous atteste la volonté du constituant de consacrer un droit à prestation, s'inscrivant dans le cadre de la protection sociale alors en construction. Au cours des débats pour l'adoption de la déclaration d'avril, un membre du Parti républicain de la liberté s'inquiète de ce que le texte, d'une part impliquerait la nationalisation de la médecine, d'autre part garantirait des soins gratuits à toute personne, indépendamment de ses ressources financières. Il dépose donc un amendement selon lequel « les soins sont garantis notamment par une organisation appropriée de la sécurité sociale, à tous ceux qui ne peuvent se les procurer eux-mêmes en raison de l'insuffisance de leurs ressources personnelles »⁷. Le rapporteur rétorque que l'article discuté ne mentionne pas la gratuité des soins et qu'il reviendra à la loi de déterminer « les conditions dans lesquelles la nation assurera les soins et la protection de la santé de tous les citoyens »⁸. L'amendement est alors retiré. L'on voit poindre à travers cette brève discussion des divergences politiques potentielles sur l'étendue de l'intervention de l'État dans la garantie des droits sociaux ; la réponse du rapporteur rappelle aussi un élément constant de leur régime juridique, à savoir la nécessité d'une loi de mise en œuvre. Il est au demeurant renvoyé à l'article 21⁹, ouvrant la seconde partie de la déclaration consacrée à ces droits, et selon lequel « la loi [en] organise l'exercice [...] ».

La seconde référence à la santé dans le projet d'avril 1946 résulte d'un amendement que la commission constitutionnelle fait sien. Devenu l'article 27 dans le texte définitif, il dispose que :

« La durée et les conditions du travail ne doivent porter atteinte ni à la santé, ni à la dignité, ni à la vie familiale du travailleur.

Les adolescents ne doivent pas être astreints à un travail qui compromette leur développement physique, intellectuel ou moral. Ils ont droit à la formation professionnelle ».

Cette disposition vise donc à encadrer les conditions de travail, aux côtés de l'article 28 sur le droit à une juste rémunération¹⁰ et de l'article 29 sur le droit au repos et aux loisirs¹¹. De ces trois articles, seule subsiste finalement la mention du repos et des loisirs dans l'alinéa 11 du préambule d'octobre, qui en confie la garantie à la nation. Enfin, ce dernier s'inspire aussi de l'article 33 de la déclaration d'avril qui consacrait déjà le droit à des moyens convenables d'existence, avec la précision - absente en revanche du texte d'octobre - selon laquelle sa garantie serait « assurée par l'institution d'organismes publics de sécurité sociale ». En définitive, les principes dont l'alinéa 11 du préambule entend faire la synthèse sont à la fois

⁷ 2^{ème} séance du 19 mars 1946, *JO Débats*, p. 870.

⁸ *Ibid.*

⁹ Devenu l'article 22 dans le texte définitif :

« Tout être humain possède, à l'égard de la société, les droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de sa personne, son plein développement physique, intellectuel et moral.

La loi organise l'exercice de ces droits ».

¹⁰ Article 28 :

« Hommes et femmes ont droit à une juste rémunération selon la qualité et la quantité de leur travail, en tout cas, aux ressources nécessaires pour vivre dignement, eux et leur famille ».

¹¹ Article 29 : « Chacun a droit au repos et aux loisirs ».

nombreux et riches de par leur portée. Son adoption ne suscite pourtant quasiment pas de débat devant la seconde assemblée constituante. Il faut y voir, non une marque de désintérêt, mais le signe du relatif consensus dont bénéficie le principe même d'une proclamation de droits nouveaux, quelles que puissent être par ailleurs les divergences sur leurs modalités de mise en œuvre. Quoi qu'il en soit, il n'est pas étonnant que cet alinéa figure au premier rang des droits sociaux, particulièrement de ceux consacrant des droits à prestation, désormais appliqués par le Conseil constitutionnel.

Au sein de ce contentieux sur la disposition dans son ensemble, les questions de santé apparaissent elles-mêmes fréquemment. Une recherche experte sur le site internet du Conseil avec les termes « protection de la santé » donne un résultat de 103 décisions¹², contrôle *a priori* et QPC confondus. Toutefois, il se peut que ces termes apparaissent sans que l'alinéa 11 soit explicitement mobilisé dans le raisonnement. Inversement, il se peut que l'alinéa 11 soit utilisé dans la décision et cité intégralement sans que des questions liées à la santé soient en jeu, compte tenu de l'objet plus large de cette disposition. Ces réserves faites, le principe de protection de la santé est une norme paramètre régulièrement mobilisée dans le contentieux constitutionnel français, même si elle ne fait pas partie des plus courantes. Si un des premiers articles sur la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, paru en 1997, faisait valoir que les études sur le sujet étaient peu nombreuses¹³, il n'en va plus de même dès lors que plusieurs auteurs ont proposé depuis une synthèse de cette jurisprudence¹⁴. Il faut par ailleurs préciser que, depuis 2005, il existe une autre référence à la santé au sein du corpus constitutionnel avec l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, selon lequel : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ». La jurisprudence fondée sur cette dernière disposition ne sera toutefois pas prise en compte dans cette contribution, dès lors que notre objet est de clarifier le sens et la portée du seul principe de protection de la santé, tel qu'il est consacré par le onzième alinéa du préambule de 1946. L'analyse prendra appui sur les décisions du Conseil constitutionnel, qui applique régulièrement cette disposition et en délivre ainsi une interprétation systématique ; il pourra être fait des références plus ponctuelles à la jurisprudence d'autres juges mais celle-ci ne sera pas l'objet d'une étude d'ensemble, ce qui dépasserait les limites de notre propos.

Celui-ci visera donc à développer une approche générale du principe selon lequel la nation garantit à tous la protection de la santé : que signifie ce principe ? Que prescrit-il aux pouvoirs publics et que permet-il à l'individu de revendiquer sur son fondement ? Le cadre comparatif avec l'Italie retenu dans le cadre du colloque incite à un premier rapprochement des deux normes constitutionnelles sur la santé, l'article 32 de la Constitution italienne de 1947 faisant écho à l'alinéa 11 du préambule, en prévoyant que :

« La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité. Elle garantit des soins gratuits aux indigents.

¹² Chiffre arrêté au 31 décembre 2019.

¹³ V. Saint-James, « Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, n° 2/1997, p. 457 et s.

¹⁴ V. not. J. Moreau, « Le droit à la santé », *A.J.D.A.*, 1998, n° spécial Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?, p. 185 ; B. Mathieu, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. À propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », *Cah. Cons. const.*, n° 6/1999, p. 59 ; T. Gründler, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *R.D.S.S.*, 2010, p. 835 ; X. Bioy, « Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », *R.D.S.S.*, 2013, Constitutions et santé, p. 45 ; G. Drago, « Le droit à la santé : un droit constitutionnel effectif ? », *Revue juridique de l'Ouest*, n° spécial 2015, 20 ans de législation sanitaire. Bilan et perspectives, p. 17 ; P. Blachère, « Le droit à la protection de la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Médecine & Droit*, 2016, p. 134 ; F. Jacquolot, « La protection de la santé par le Conseil constitutionnel : un parfum français aux notes d'Italie », *R.F.D.C.*, n° 115/2018, p. 513.

Nul ne peut être contraint à un traitement sanitaire déterminé, si ce n'est par une disposition de la loi.

La loi ne peut, en aucun cas, violer les limites imposées par le respect de la personne humaine ».

La disposition italienne évoque donc la santé à la fois comme droit individuel et comme intérêt de la collectivité, consacre le principe du consentement aux soins, et déborde sur le champ de l'assistance médicale avec la référence aux soins gratuits aux indigents. Si la formulation de l'alinéa 11 est beaucoup plus brève, cette richesse des thèmes abordés se retrouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Une première partie permettra donc d'illustrer la diversité des contentieux rattachés au principe de protection de la santé de l'alinéa 11. Or, il semble en découler une difficulté pour identifier ce que, en définitive, cette disposition implique précisément à la charge de l'État : celui-ci doit certes protéger la santé mais comment et jusqu'où ? Est-il astreint à une obligation de moyens ou de résultat ? La santé protégée est-elle individuelle et/ou collective ? C'est à ces questions que nous proposerons une réponse dans une seconde partie. Selon nous, la santé est un *bien* à partir duquel le droit constitutionnel reconnaît des *principes et des droits distincts*. Autrement dit, il n'existe pas une seule règle aux ramifications distinctes mais un principe général à l'origine de différents principes et ou droits plus précis, dont l'objet et le régime diffèrent.

I - Un champ d'application étendu. La diversité des contentieux rattachés au principe de protection de la santé

De nombreuses études juridiques sur la protection de la santé, dans sa dimension constitutionnelle ou non, s'interrogent à titre préalable sur la définition de la santé. Celle qui en est donnée par la Constitution de l'O.M.S. constitue à cet égard une référence, parfois pointée comme excessivement ambitieuse : le texte vise en effet un « état de complet bien-être physique, mental et social, et [qui] ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». Nous ne prendrons pas part à cette controverse car, malgré l'intérêt qu'il y a à cerner la notion, la santé ne saurait constituer l'objet même de la norme constitutionnelle. À cet égard, la formule de « droit à la santé » est une évidente facilité de langage, même si on la rencontre à l'occasion sous la plume du Conseil constitutionnel¹⁵. Il va de soi que la norme juridique n'a pas de prise directe sur la santé, qui ne saurait à cet égard faire l'objet d'un droit individuel. Ce que vise le onzième alinéa du préambule de 1946 est la *protection* de la santé, qui doit être garantie par la nation. Protéger la santé, c'est d'abord permettre son maintien ou son rétablissement quand elle est affectée, ce que la nation peut - *via* les pouvoirs publics - garantir par un accès à des soins préventifs et curatifs. Cette thématique de l'accès aux soins est, sans surprise, celle qui génère le contentieux quantitativement le plus important sur le fondement de l'alinéa 11, sans être pour autant exclusif.

A) Un contentieux dominant : l'accès aux soins

On l'a vu, le projet de déclaration des droits d'avril 1946 consacrait la protection de la santé et ajoutait immédiatement que le bénéfice de « toutes les mesures d'hygiène et de tous les soins que permet la science » serait garanti par la nation. L'accès aux soins correspond à la principale

¹⁵ Le plus souvent, la formule de « droit à la santé » est employée dans les saisines, et n'apparaît dans la décision du Conseil constitutionnel que dans la mesure où celui-ci rappelle l'argumentation des requérants. Il arrive toutefois que la juridiction vise elle-même le « droit à la santé » : v. par ex. C.C., n° 77-92 DC du 18 janvier 1978, *Contre-visite médicale*, cons. n° 2 ; C.C., n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, *Loi en faveur des P.M.E.*, cons. n° 6 ; C.C., n° 2019-805 DC du 27 septembre 2019, *Union de défense active des forains et autres [Obligation d'accueil des gens du voyage et interdiction du stationnement des résidences mobiles]*, n° 20.

forme de concrétisation d'un principe constitutionnel de protection de la santé, celle qui le rattache à l'État providence d'après-guerre. Quand des constitutions antérieures ne s'étaient intéressées à l'état de santé de certains individus – les invalides – que pour les assister¹⁶, celle de 1946 entend protéger la santé de tous. S'ensuit-il pour autant qu'il existe un droit aux soins de valeur constitutionnelle ? Nous réserverons pour l'instant la question. Il nous suffit ici de constater que les lois aménageant l'accès aux soins, en posant les conditions de bénéfice de l'assurance maladie ou de l'aide sociale médicale, sont contrôlées par le Conseil constitutionnel au regard de l'alinéa 11, dont les principes (ou exigences, la terminologie pouvant varier) ne doivent pas être privés de garanties légales. Cela veut dire, *a minima*, que le législateur doit réglementer les dispositifs d'assurance maladie ou d'aide sociale médicale de façon à assurer l'effectivité du principe de protection de la santé - sans quoi celui-ci serait privé de garanties légales... On peut donc affirmer que ce principe constitutionnel est le fondement des droits à l'assurance maladie et des droits à l'aide sociale médicale dont l'existence, au moins dans le cadre de la loi, ne saurait pour sa part être niée.

La Haute juridiction a souscrit sans peine à cette interprétation de l'alinéa 11, qui n'a cependant pas été première chronologiquement. En effet, alors que la première application du principe de protection de la santé date de la décision *I.V.G.* de 1975, la question de l'accès aux soins ne s'est posée à elle pour la première fois que quinze ans plus tard, dans une décision de 1990¹⁷. Les requérants déféraient une loi modifiant le mécanisme des conventions entre les médecins et l'assurance maladie. Selon eux, la modification mettait en cause l'égal accès aux soins en permettant des modalités de remboursement distinctes selon que le médecin consulté était généraliste ou spécialiste. Le Conseil constitutionnel répond que « le recours à une convention pour régir les rapports entre les caisses primaires d'assurance maladie et les médecins vise à diminuer la part des honoraires médicaux qui restera, en définitive, à la charge des assurés sociaux et, en conséquence, à permettre l'application effective du principe posé par les dispositions précitées du Préambule ; que la possibilité d'organiser par des conventions distinctes les rapports entre les caisses primaires d'assurance maladie et respectivement les médecins généralistes et les médecins spécialistes a pour dessein de rendre plus aisée la conclusion de telles conventions »¹⁸ ; il conclut alors à l'absence de violation de l'alinéa 11. Cette affaire montre que l'accès de l'individu aux soins peut être impacté par une disposition qui ne le régit pas directement mais concerne le contexte dans le cadre duquel il s'exerce.

C'est que ce droit aux soins est complexe ; plus exactement, son effectivité suppose le déploiement de moyens institutionnels, humains, financiers, particulièrement vastes. D'où le nombre important de décisions qui s'y rattachent, soit que la loi déferée réglemente directement cet accès, soit qu'elle l'atteigne par ricochet. Au titre des premières mesures, celles qui réglementent directement l'accès aux soins, on trouve ainsi un contentieux sur des dispositions augmentant le reste-à-charge des assurés sociaux - c'est-à-dire impliquant une baisse du niveau de remboursement des soins par l'assurance maladie -¹⁹, ou durcissant les conditions d'accès à

¹⁶ F. Ewald, « L'État Providence : origine et fondement du droit aux soins », in F. Lemaire, S. Rameix et D. Dreyfuss (dir.), *Accès aux soins et justice sociale*, Flammarion, coll. Médecine-Sciences, 1997, p. 19.

¹⁷ C.C., n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Égalité entre Français et étrangers*.

¹⁸ Cons. n° 26.

¹⁹ V. par ex. C.C., n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, *L.F.S.S. pour 2003*, cons. n° 23 ; C.C., n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. n° 15 et 21 ; C.C., n° 2007-558 DC du 13 décembre 2007, *L.F.S.S. pour 2008*, cons. n° 8.

l'aide médicale d'État²⁰ à destination des étrangers en situation irrégulière²¹. L'aide médicale d'État vient de faire l'objet d'une décision très récente, puisque la loi de finances pour 2020 a prévu que la prise en charge des soins d'un étranger majeur en situation irrégulière pourrait être subordonnée, pour certains frais, à un délai d'ancienneté de bénéfice de cette aide. Au vu des diverses conditions entourant la mesure, le Conseil a jugé que le texte assurait une « conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée entre, d'une part, les exigences constitutionnelles de bon emploi des deniers publics et de lutte contre la fraude en matière de protection sociale et, d'autre part, le droit à la protection de la santé »²². Si la juridiction se réfère ici à un « droit », on voit qu'il est mis sur le même plan que des exigences financières n'ayant pourtant pas de fondement exprès dans la Constitution (bon emploi des deniers publics et lutte contre la fraude en matière de protection sociale). Elle se livre à un contrôle minimum de la conciliation entre les normes en cause, contrôle qui paraît encore plus lâche que le - pourtant peu exigeant - contrôle de privation des garanties légales. Par ailleurs, la question de l'accès aux soins est souvent abordée en jurisprudence sous l'angle de l'égalité, notamment quand le traitement établi pour une catégorie donnée de bénéficiaires est critiqué comme entraînant une rupture d'égalité au regard d'une autre catégorie. Par exemple, le Conseil constitutionnel a rapidement été saisi des différences de traitement inhérentes à l'appartenance à des régimes d'assurance maladie distincts, qu'il a cependant toujours validés²³.

Il faut en outre rattacher à la thématique de l'accès aux soins le contentieux qui porte sur des dispositions n'affectant cet accès qu'indirectement. On a vu que le mécanisme des conventions entre l'assurance maladie et les professionnels de santé en constituent un bon exemple, ces conventions déterminant le cadre du remboursement des soins aux assurés sociaux et, par la même, leur accès à ces soins. La première décision de 1990 sur le sujet a d'ailleurs été rapidement suivie de deux autres²⁴, qui confirment de même l'impact potentiel de cette réglementation sur la protection de la santé. Cette dernière est encore susceptible d'être affectée par le contexte institutionnel d'accès aux soins, ce qu'illustre la décision de 2009 sur la loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires²⁵. Les requérants s'inquiétaient d'éventuelles inégalités d'accès aux soins en raison de la participation d'établissements de santé privés aux missions de service public, sans qu'ils soient obligés de les assurer toutes. Le Conseil constitutionnel leur objecte que la loi offre des garanties suffisantes dès lors que les établissements en cause devront « garantir l'égal accès de tous à des soins de qualité et en assurer la prise en charge aux tarifs et honoraires réglementés »²⁶, ce qui lui permet de conclure à l'absence d'atteinte au principe d'égalité devant le service public résultant de l'article 6 de la Déclaration de 1789. Il émet toutefois une réserve sur l'obligation pour les agences régionales de santé « de veiller à ce que soit assuré l'exercice continu des missions du service public hospitalier pris dans son ensemble »²⁷ lorsqu'elles détermineront les

²⁰ C.C., n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, cons. n° 18 ; C.C., n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*, cons. n° 37.

²¹ Depuis la création de la couverture maladie universelle en 1999, les étrangers en situation irrégulière sont en effet les seuls bénéficiaires de l'A.M.E., qui garantit l'accès à un panier de soins déterminé par le C.A.S.F. Outre la condition de ressources, habituelle s'agissant d'une aide sociale, il leur faut toutefois faire la preuve d'une condition ininterrompue de résidence en France depuis trois mois.

²² C.C., n° 2019-796 DC du 27 décembre 2019, *Loi de finances pour 2020*, n° 128.

²³ V. par ex., C.C., n° 91-296 DC du 29 juillet 1991, *Maîtrise des dépenses de santé*, cons. n° 20-24 ; C.C., n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. n° 9.

²⁴ C.C., n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, *Santé publique et assurances sociales*, cons. n° 18 ; C.C., n° 91-296 DC du 29 juillet 1991, préc., cons. n° 19.

²⁵ C.C., n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*.

²⁶ *Id.*, n° 5.

²⁷ *Id.*, n° 6.

modalités de participation des établissements privés aux missions du service public et les coordonneront avec l'activité des établissements publics de santé.

En définitive, le contentieux de l'accès aux soins est large et varié. Toutefois, cet accès dépendant avant tout des modalités d'ouverture des droits à l'assurance maladie et des droits à l'A.M.E., il n'est pas étonnant, comme l'a déjà observé le professeur Bioy, que « le prisme de la protection sociale absorbe ainsi grandement la question de l'accès aux soins [...] »²⁸. Si cet auteur en conclut que la santé n'est ici qu'un « objet indirect du contentieux constitutionnel »²⁹, nous ne souscrivons pas en revanche à cette appréciation : le but premier de l'inscription de la protection de la santé dans les textes constitutionnels est bien de garantir l'accès aux soins et celui-ci est assuré par « un dispositif de prise en charge sociale des soins, par le biais de la Sécurité sociale »³⁰ (et celui de l'aide sociale dans des hypothèses désormais résiduelles). L'on se situe bien ainsi au cœur des problématiques sanitaires, la difficulté principale tenant ici aux ressources financières que le législateur veut bien leur allouer. Or, le contrôle du Conseil constitutionnel est pour le moins frileux, sa jurisprudence étant toute entière de rejet : elle n'a jamais conclu que le principe de protection de la santé était privé de garanties légales, que la conciliation effectuée par la loi avec les principes ou objectifs opposés était manifestement disproportionnée, ou que l'égalité était rompue. La juridiction constitutionnelle a pourtant été déjugée à au moins une reprise par le juge administratif, qui a déclaré partiellement contraire à la Convention internationale des droits de l'enfant une réforme de l'aide médicale d'État déclarée conforme à la Constitution³¹.

Sur ce terrain des soins, on terminera en signalant un usage particulier du principe de protection de la santé dans le cadre de la QPC. Cette procédure a permis de mettre en cause les dispositions législatives sur les hospitalisations psychiatriques sans consentement, à pas moins de sept reprises³². Sur les sept décisions rendues, six concluent à l'inconstitutionnalité totale ou partielle des textes critiqués. Il n'y a pas lieu ici d'analyser dans le détail cette jurisprudence, qui sera abordée par d'autres contributions³³. On relèvera simplement que les requérants alléguaient des atteintes à la liberté individuelle, la liberté personnelle, la dignité des malades notamment. C'est donc le Conseil constitutionnel qui se réfère de lui-même aux dispositions du onzième alinéa du préambule de 1946 en vertu desquelles « la nation garantit à tous le droit à la protection de la santé »³⁴, pour affirmer, dans un considérant que l'on peut dire de principe : « qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre

²⁸ X. Bioy, « Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », préc., p. 45.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ B. Feuillet, « L'accès aux soins, entre promesse et réalité », *R.D.S.S.*, 2008, p. 713.

³¹ C.E., 7 juin 2006, n°285576, *Association Aides et autres* ; v. L. Gay, « L'affirmation d'un droit aux soins du mineur étranger », *R.D.S.S.*, n° 6/2006, p. 1047.

³² C.C., n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.* ; C.C., n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office]* ; C.C., n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, *Mme Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent]* ; C.C., n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, *M. Jean-Louis C. [Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables]* ; C.C., n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011, *Mme Lucienne Q. [Hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990]* ; C.C., n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement]* ; C.C., 2013-367 QPC du 14 février 2014, *C onsorts L. [Prise en charge en unité pour malades difficiles des personnes hospitalisées sans leur consentement]*.

³³ V. F. Jacquolot, « La question prioritaire de constitutionnalité en matière de santé en France » et S. Benandessadok, « Le consentement aux soins dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ».

³⁴ C.C., n° 2010-71 QPC, préc., n° 15.

part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties »³⁵. Autrement dit, le droit à la protection de la santé - le Conseil parle bien ici de droit - est mobilisé, non par les justiciables pour revendiquer la protection de leur accès aux soins comme dans les décisions vues jusqu'à présent, mais par la juridiction pour fonder une contrainte aux soins qui vient limiter la libre détermination de l'individu. C'est une utilisation marginale, mais néanmoins admissible, du principe constitutionnel, même si l'emploi du terme de « droit » (à la protection de la santé) n'est pas des plus heureux dans ce contexte dès lors qu'il s'agit de soigner un individu contre son gré. En tout état de cause, la question sanitaire apparaît ici à la confluence de libertés, comme l'illustrent les autres contentieux impliquant l'alinéa 11.

B) Les autres contentieux

Un principe de protection de la santé n'impose pas seulement d'agir pour garantir cette protection, notamment par l'accès aux soins ; il peut aussi imposer, souligne par exemple le professeur Mathieu, « l'obligation de ne pas porter atteinte à la santé de l'individu »³⁶. Or, à différentes reprises, le onzième alinéa a été invoqué en ce sens par les requérants, lesquels reprochaient alors aux dispositions législatives critiquées une incidence potentiellement néfaste sur la santé de l'individu. La décision qui illustre le mieux ce contentieux nous paraît être celle de 2015 portant sur la vaccination obligatoire³⁷. On aurait pu s'attendre à ce que le texte soit critiqué au regard de la liberté personnelle, voire du droit au respect de la vie privée - à défaut de norme sur le consentement aux soins comparable à celle de l'article 32 de la Constitution italienne. Or, assez maladroitement nous semble-t-il, les requérants ont choisi de se situer sur le terrain des risques de la vaccination pour la santé de l'individu vacciné, notamment des jeunes enfants. C'était sans doute mal connaître le Conseil constitutionnel que de l'imaginer substituer son appréciation à celle du législateur sur l'évaluation du bilan risques individuels/bénéfices collectifs et sur l'opportunité du choix des maladies contre lesquelles vacciner la population. Quoi qu'il en soit, si la Haute juridiction rejette l'argument au fond, elle en reconnaît le caractère opérant. Autrement dit, cette interprétation du principe de protection de la santé, non plus comme fondant l'accès aux soins, mais comme devant empêcher des normes (ou actions) dangereuses pour la santé, est bien admise par le juge constitutionnel français.

C'est en réalité cette interprétation qui se trouvait déjà à l'œuvre dans la toute première décision appliquant l'alinéa 11, la décision *I.V.G.* de 1975 : l'argument était bien qu'en dépénalisant l'avortement, le législateur autorisait des pratiques contraires à la protection de la santé de l'embryon. Cette dernière notion est alors entendue dans un sens très proche de celle d'intégrité physique ; c'est d'ailleurs en l'absence d'un droit à l'intégrité physique ou d'un droit à la vie dans la Constitution que l'alinéa 11 était mobilisé (parallèlement, on s'en souvient, à la Convention européenne des droits de l'homme). Précisons que les deux notions vont en général de pair, mais se dissocient parfois. L'exemple classique est celui d'une intervention chirurgicale qui rétablit la santé mais porte atteinte à l'intégrité physique³⁸. Quoi qu'il en soit, le Conseil constitutionnel avait dès 1975 accepté le caractère opérant de cette interprétation du principe de protection de la santé, dès lors qu'il répondait au moyen tiré de sa méconnaissance³⁹. Si ce contentieux n'est pas abondant, il trouve néanmoins d'autres illustrations, dont la plus récente

³⁵ *Id.*, cons. n° 16.

³⁶ B. Mathieu, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. À propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », préc., p. 62.

³⁷ C.C., n° 2015-458 QPC, 20 mars 2015, *Époux L. [Obligation de vaccination]*.

³⁸ On connaît en ce sens l'alinéa 1^{er} de l'article 16-3 du code civil :

« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ».

³⁹ C.C., n° 74-55 DC du 15 janvier 1975, préc., cons. n° 10.

est la décision sur la pénalisation des clients de prostituées⁴⁰. En effet, les différents requérants mettaient en cause le principe même de la pénalisation, mais aussi ses incidences pratiques sur les conditions d'exercice de la prostitution, les personnes qui s'y livrent étant contraintes, « pour continuer à exercer leur métier, à accepter des conditions d'hygiène portant atteinte à leur droit à la protection de la santé »⁴¹. Le Conseil a néanmoins rejeté le grief au motif qu'il ne lui appartenait pas « de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences sanitaires pour les personnes prostituées des dispositions contestées, dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate »⁴².

La prévention des risques pour la santé trouve par ailleurs un champ d'application privilégié dans le domaine du travail. La seconde référence expresse à la santé dans le projet de déclaration des droits d'avril 1946 concernait précisément, on l'a déjà signalé, cette hypothèse - l'article 27 énonçant : « La durée et les conditions du travail ne doivent porter atteinte ni à la santé, ni à la dignité, ni à la vie familiale du travailleur ». Le Conseil constitutionnel a accepté à différentes reprises de contrôler si les dispositions de loi déferées garantissaient aux travailleurs des conditions de travail respectueuses de leur santé. Ce contentieux n'a émergé que tardivement, avec des décisions de 2004 et 2005⁴³. Il est depuis devenu régulier, le droit à la protection de la santé étant alors souvent combiné au droit au repos, résultant également du onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 et qui fonde les règles en matière de repos quotidien et hebdomadaire.

On trouve enfin un dernier champ d'application de l'alinéa 11 qui est celui de la santé publique. La décision de 1991 *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*⁴⁴ représente un peu l'archétype de ce contentieux. Le juge constitutionnel était saisi d'une loi interdisant ou restreignant la publicité en faveur du tabac et des produits alcoolisés. Il valide les restrictions qui sont apportées au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre, l'alinéa 11 étant présenté comme le fondement des mesures législatives déferées. Le Conseil fait successivement référence au « principe constitutionnel de protection de la santé publique »⁴⁵, ; aux « exigences de protection de la santé publique, qui ont valeur constitutionnelle »⁴⁶ ; ou encore à un « impératif de protection de la santé publique, principe de valeur constitutionnelle »⁴⁷. Si ces variations terminologiques désarçonnent parfois la doctrine, nous ne pensons pas qu'il faille leur prêter une signification spécifique dès lors que les termes d'"exigence" ou d'"impératif" ne renvoient à aucune une catégorie juridique définie. Le Conseil constitutionnel interprète ici l'alinéa 11 comme fondant un principe - terme le plus générique - de protection de la santé publique, lequel principe exige, impose, requiert... que des mesures soient prises pour protéger la santé de tous. Ce qui importe bien plus est qu'il s'agit en revanche d'une interprétation distincte de l'énoncé constitutionnel, qui ne vise pas ici l'accès de l'individu aux soins ou la préservation de sa santé par l'interdiction de normes ou comportements susceptibles d'y porter atteinte, mais au contraire la mise en œuvre de politiques actives s'adressant à un nombre

⁴⁰ C.C., n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*.

⁴¹ *Id.*, n° 7.

⁴² *Id.*, n° 16.

⁴³ C.C., n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social* ; C.C., n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français* ; C.C., n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnances, des mesures d'urgence pour l'emploi*.

⁴⁴ C.C., n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*.

⁴⁵ Cons. n° 11.

⁴⁶ Cons. n° 15.

⁴⁷ Cons. n° 29.

indéterminé de personnes. Une nouvelle fois, sans être abondant, ce contentieux a perduré dans le temps : l'alinéa 11 a par exemple été considéré comme le fondement de la réglementation des études médicales⁴⁸, de la réglementation des conditions de diplôme pour accéder au titre de psychothérapeute⁴⁹, ou encore de l'interdiction du bisphénol A dans les contenants alimentaires⁵⁰. En outre, la disposition constitutionnelle n'est pas toujours invoquée dans cette jurisprudence pour conforter les mesures législatives, comme elle l'était dans la décision *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* de 1991 ; il est parfois allégué à l'inverse que la loi porte atteinte à la santé publique⁵¹.

Notons que dès avant la décision de 1991, la doctrine citait dans ses premières études sur l'alinéa 11 la décision *Protection des matières nucléaires* de 1980 comme faisant application du principe de protection de la santé sans le rattacher expressément toutefois à la disposition constitutionnelle. L'affaire mettait elle aussi en cause une mesure typique de protection de la santé publique. Le Conseil constitutionnel y affirmait qu'il revenait au législateur d'apporter au droit de grève, résultant de l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946 et dont la violation était alléguée, « les limitations nécessaires en vue d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, protection qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle »⁵². Dans son rapport, le Doyen Vedel relevait que le texte déféré relevait du maintien de l'ordre public, lequel n'a *a priori* pas de fondement dans la Constitution. Ayant écarté la référence à la sûreté de la Déclaration de 1789, comme ne visant pas sécurité matérielle, il ajoutait cependant que :

« On peut trouver un fondement plus assuré au caractère constitutionnel des objectifs de salubrité et de sécurité dans les dispositions du Préambule de 1946 selon lesquelles "la nation garantit à tous ... la protection de la santé, la sécurité matérielle ".

Ce texte n'implique pas seulement que l'État doit assurer le fonctionnement des services publics dont les prestations sont nécessaires à la protection de la santé et à la sécurité matérielle mais aussi et même en premier lieu que les autorités compétentes, en tête desquelles le législateur, doivent poser les règles de police, au sens le plus large du terme, garantissant les personnes et les biens contre les activités susceptibles de porter atteinte à la santé et à la sécurité matérielle »⁵³.

Si le Conseil constitutionnel, suivant en cela son rapporteur dont le rapport est adopté à l'unanimité, ne fait finalement pas référence dans sa décision au onzième alinéa du préambule de 1946, c'est uniquement par souci de symétrie avec la précédente (et première) décision de 1979 sur le droit de grève ; ce dernier y était en effet opposé à un principe de valeur constitutionnelle de continuité du service public dont le fondement textuel n'était pas précisé⁵⁴. L'absence de référence au onzième alinéa du préambule est donc purement contingente, et le Conseil semble tenir pour sûr que ce dernier fonde la protection de la santé publique.

Pourtant, par la suite et jusqu'à aujourd'hui, sa jurisprudence fait preuve d'un flottement certain sur ce point. En effet, dans un cas très proche de la décision de 1978, où un objectif de

⁴⁸ C.C., n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, *Santé publique et assurances sociales*, cons. n° 10-12.

⁴⁹ C.C., n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, préc., cons. n° 16-19.

⁵⁰ C.C., n° 2015-480 QPC du 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe*, cons. n° 5.

⁵¹ C.C., n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, préc., cons. n° 10-12.

⁵² C.C., n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Protection des matières nucléaires*, cons. n° 4.

⁵³ Compte-rendu de la délibération du 22 juillet 1980, consulté sur le site internet du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-10/pv1980-07-22.pdf>

⁵⁴ Le Doyen Vedel faisait en effet valoir que « indiquer avec précision, pour proclamer le caractère constitutionnel du principe de protection de la sécurité et de la santé, le texte qui fonde un tel caractère, c'est, sans le vouloir, mais nécessairement, provoquer des commentaires et des malentendus sur la motivation moins explicite de la décision du 25 juillet 1979 » (*Id.*, p. 81).

police sanitaire vient limiter un droit fondamental, la Haute juridiction va cette fois se référer à un « objectif de valeur constitutionnelle » de protection de la santé publique. Il s'agit de la décision *Maîtrise de l'immigration* de 1993, dans laquelle cet objectif et celui de sauvegarde de l'ordre public sont opposés au droit au regroupement familial des étrangers en situation régulière en France⁵⁵. Dans d'autres cas, le Conseil vise un « objectif de protection de la santé » sans rattachement textuel et qui n'est pas qualifié d'« objectif de valeur constitutionnelle » : par exemple, à propos des dispositions imposant le paquet de cigarette neutre et interdisant la publicité à l'intérieur des débits de tabac⁵⁶ ou créant une cotisation ayant pour but de limiter la consommation de bières à haute teneur en alcool⁵⁷. On retrouve pourtant la même configuration qu'en 1991 : des mesures de prévention de l'alcoolisme et du tabagisme viennent limiter le droit de propriété et la liberté d'entreprendre notamment ; or, cette fois, l'alinéa 11 du préambule de 1946 n'est pas cité. On trouve même une décision de 2006 faisant référence à « l'intérêt général de valeur constitutionnelle qui s'attache à la protection sanitaire de la population »⁵⁸.

En définitive, ce contentieux confirme la diversité des situations dans lesquelles l'alinéa 11 peut jouer comme norme paramètre du contrôle de constitutionnalité mais il entretient les doutes sur la signification exacte de cet énoncé et sur la nature de la garantie qui lui est offerte. On rencontre ainsi dans la doctrine des qualificatifs variés. La protection de la santé serait un droit-créance, un droit social, un droit collectif, un démembrement de l'intérêt général, un objectif, un objectif de valeur constitutionnelle et, à ce titre, une obligation de moyens pour l'État mais non de résultat... En arrière-plan de ces qualificatifs se profile un régime de protection que l'on peut dire affaibli par rapport à celui d'un droit fondamental "véritable" ou classique... Ces assertions ne nous paraissent dans l'ensemble pas satisfaisantes car elles prétendent en général rendre compte d'une vérité d'ensemble sur *le* droit à la protection de la santé. Or, selon nous, *il n'existe pas un droit à la protection de la santé*, mais *une* disposition dont sont déduites des normes distinctes ; on pourrait sans doute dire aussi un principe général dont sont déduits des principes plus précis ou spécifiques, dont différents droits.

II - Un contenu normatif pluriel. La santé, un bien fondant la reconnaissance de différents droits et principes

De la disposition de l'alinéa 11 selon laquelle « la nation garantit à tous la protection de la santé » sont déduites des normes distinctes, en ce qu'elles énoncent chacune une prescription différente. Le Conseil constitutionnel rattache tout d'abord à cet alinéa un principe plus précis de protection de la santé publique, à la charge du législateur. Sa jurisprudence reconnaît aussi, fut-ce implicitement, l'existence d'une part d'un droit aux soins, d'autre part d'un droit défensif à la protection de la santé. Certes, nous ne prétendons pas que la Haute juridiction souscrive parfaitement à ce point de vue ; au contraire, certaines de ses décisions manifestent plutôt une tendance à des confusions entre ces normes, et une grande réserve quant à la possibilité de protéger directement un droit aux soins sur le fondement de la Constitution. Toutefois, souscrire à cette lecture plurielle permettrait justement de redonner ordre et cohérence à la jurisprudence, parce que les distinctions proposées nous paraissent pertinentes sur le plan conceptuel. À certains égards au moins, la Cour constitutionnelle italienne va d'ailleurs dans le sens que nous soutenons ici. Le principe cardinal étant celui du droit d'accès aux soins, nous le distinguerons successivement du principe de protection de la santé publique puis du droit défensif à la protection de la santé.

⁵⁵ C.C., n° 95-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, cons. n° 70.

⁵⁶ C.C., n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. n° 11 et 21

⁵⁷ C.C., n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, *L.F.S.S. pour 2003*, cons. n° 13

⁵⁸ C.C., n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *L.F.S.S. pour 2006*, cons. n° 24.

A) La distinction entre protection de la santé publique et droit aux soins

Une lecture cohérente des significations possibles d'un principe constitutionnel de protection de la santé suppose d'abord de dissiper la confusion la plus tenace, tenant à l'assimilation entre droit (social) à la santé et simple objectif de protection de la santé publique. Cette confusion n'est d'ailleurs pas le fait exclusif de la doctrine. En effet, en 2005, le Conseil d'État a refusé de faire application d'un « droit à la santé » dans le cadre du référé-liberté. Il a considéré pour cela que « si, en raison du renvoi fait par le préambule de la Constitution de 1958 au préambule de la Constitution de 1946, la protection de la santé publique constitue un principe de valeur constitutionnelle, il n'en résulte pas [...] que le droit à la santé soit au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L 521-2 du code de justice administrative »⁵⁹. De la sorte, la juridiction administrative réduisait donc le principe à une seule acception, celle qui en fait le fondement de la protection de la santé publique. Pour critiquable, cette position semble assez largement partagée ; elle est en outre souvent corrélée à la thèse selon laquelle on a en définitive affaire à un objectif de valeur constitutionnelle. Dit encore autrement, le principe de l'alinéa 11 assignerait à l'État de maintenir ou poursuivre un haut niveau de santé publique, y compris par l'accès de tous aux soins ; cependant, il ne fonderait pas un droit (subjectif) dans le chef des particuliers. Ce serait un objectif (de valeur constitutionnelle). Déjà en 1997, Virginie Saint-James déduisait de la jurisprudence constitutionnelle « une vision générale plus favorable à la dimension collective »⁶⁰, affirmant encore que c'était « dans le sens d'un droit de la santé publique que le droit à la santé évolu[ait] »⁶¹. Bertrand Mathieu concluait pour sa part que, « en fait le droit à la santé peut être considéré comme un objectif de valeur constitutionnelle »⁶², le « caractère objectif du droit »⁶³ se manifestant selon cet auteur aussi bien dans la jurisprudence constitutionnelle que dans la jurisprudence administrative. Philippe Blachère décèle pour sa part dans la jurisprudence constitutionnelle « la présence de la protection de la santé publique »⁶⁴, mais estime qu'il en résulte « l'absence de protection d'un droit à la santé individuelle »⁶⁵. Selon encore Noëlle Lenoir, « comme droit social, la protection de la santé vise essentiellement la santé publique »⁶⁶.

Pour notre part, nous sommes en *désaccord radical* avec cette assimilation entre droit à la protection de la santé et santé publique et/ou simple objectif, qu'il soit ou non de valeur constitutionnelle. Certes, du principe général de protection de la santé inscrit à l'alinéa 11 du préambule de 1946, le Conseil constitutionnel a déduit un principe plus précis de protection de la santé publique. Toutefois, ce principe général fonde *aussi et par ailleurs* un droit aux soins, dont nous pensons qu'il a directement valeur constitutionnelle et qu'un contenu essentiel peut donc être protégé contre des restrictions législatives (ou *a fortiori* réglementaires). Précisons qu'il va de soi que ces deux normes connaissent des points de recoupement dans leurs effets

⁵⁹ C.E., réf., 8 septembre 2005, n° 284803, publié au *Recueil*.

⁶⁰ V. Saint-James, « Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préc., p. 469.

⁶¹ *Id.*, p. 471.

⁶² B. Mathieu, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. À propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », préc., p. 63. B. Mathieu est celui qui explicite le plus clairement l'assimilation qu'il fait entre droits sociaux et objectifs de valeur constitutionnelle. Sur le droit à la protection de la santé plus spécifiquement, v. aussi S. Juan, « L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif ? », *R.D.P.*, n° 2/2006, p. 439 ; F. Rassa (Federica), « La protection de la santé : un objectif à valeur constitutionnelle non modifié par la QPC », *R.G.D.M.*, n° 54, 2015, p. 67.

⁶³ *Id.*, p. 64.

⁶⁴ P. Blachère, « Le droit à la protection de la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préc., p. 136.

⁶⁵ *Id.*, p. 137.

⁶⁶ N. Lenoir, « Rapport de synthèse », *R.D.S.S.*, 2013, Constitutions et santé, p. 161.

concrets. Ainsi, un système effectif d'accès aux soins favorise un niveau élevé de santé publique et, inversement, une dégradation significative de l'accès aux soins pour tout ou partie de la population risquera d'impacter négativement la santé publique. Le double argument de l'atteinte à la santé publique et individuelle a par exemple été développé contre une réforme restrictive de l'A.M.E., les saisines faisant valoir qu'elle exposait les étrangers en situation irrégulière à un retard de prise en charge et comportait par conséquent « un risque de développement d'épidémies »⁶⁷, ce qui affecterait à terme et par ricochet la santé publique elle-même. De même, quand il contrôle les ressources prévisionnelles de l'assurance maladie⁶⁸ ou l'organisation des missions du service public hospitalier⁶⁹, le Conseil constitutionnel est à l'intersection entre les questions d'accès individuel aux soins et de protection de la santé publique. Quoi qu'il en soit, l'existence de points de recoupement entre santé publique et accès individuel aux soins ne signifie pas que l'on ait affaire à un seul et même principe sur le plan juridique. La jurisprudence constitutionnelle elle-même permet de le prouver.

Reprenons l'exemple de la décision *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*. Une mesure d'interdiction de la publicité en faveur du tabac et de l'alcool est en effet une mesure type de protection de la santé publique ; on peut dire qu'elle se situe du côté de l'intérêt général en ce sens qu'elle est susceptible de toucher un nombre *a priori* illimité de personnes. Tout individu en est potentiellement bénéficiaire. Certains auteurs emploient l'expression de droit "collectif" mais la notion nous paraît impropre : il n'y a pas plus un droit de la collectivité qu'un droit de l'individu à ce que le législateur adopte une telle mesure. Nous pensons d'ailleurs que la protection de la santé publique n'étant pas l'objet originel du onzième alinéa, il serait plus clair que le Conseil constitutionnel rattache cette dimension une fois pour toutes à un objectif de valeur constitutionnelle. Quoi qu'il en soit, cette situation se différencie de celle où la loi réglemente les prestations d'assurance maladie : les bénéficiaires de la mesure sont déterminés - ce sont tous ceux qui rempliront les conditions pour bénéficier de ces prestations, à titre d'assuré ou d'ayant-droit. Il existe donc bien ici un droit, avec un bénéficiaire, un débiteur et un objet identifiés. Il est donc indubitable que la jurisprudence constitutionnelle ne porte pas seulement sur la santé publique, mais aussi sur l'accès individuel aux soins ; certes, saisi d'un contentieux objectif, même dans le cadre de la QPC, le Conseil ne statue jamais sur le droit de tel ou tel individu identifié d'accéder à des prestations pour se soigner mais cela tient à la nature même du contentieux constitutionnel français. Cela ne permet pas de conclure à l'absence de dimension individuelle du contentieux fondé sur le onzième alinéa, sauf à soutenir que le Conseil constitutionnel ne protège aucun droit ou liberté et statue toujours sur des intérêts collectifs !

Si une distinction doit donc bel et bien être faite entre le contentieux sur la santé publique et celui sur l'accès aux soins - en tant qu'il porte l'un sur un intérêt collectif ou même général, l'autre sur un intérêt individuel - , il reste une difficulté tenant à ce que le droit aux soins ne s'assimile pas à un droit subjectif classique. Il faut entendre par là que le droit ne peut être exercé par son bénéficiaire qu'une fois la loi intervenue. D'où la tentation de considérer que ce droit n'existe que dans le cadre de la loi, ce qui confèrerait une dimension objective à la garantie constitutionnelle. Il y a là, selon nous, un élément déterminant de la tendance à assimiler le droit aux soins - comme tous les droits sociaux - à des objectifs de valeur constitutionnelle. Or, il est vrai que le Conseil constitutionnel utilise préférentiellement une terminologie objective dans le cadre du contrôle de l'aménagement des droits à prestation ; le standard de contrôle est en

⁶⁷ V. saisine par plus de soixante députés sur la loi de finances rectificatives pour 2003, ayant donné lieu à la décision n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003, préc.

⁶⁸ C.C., n° 2004-584 DC du 16 décembre 2004, *L.F.S.S. pour 2005*, cons. n° 14.

⁶⁹ C.C., n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, préc., cons. n° 5/6.

général, on l'a déjà dit, l'interdiction faite au législateur de priver de garanties légales des *exigences* ou *principes* de valeur constitutionnelle. Le juge constitutionnel français s'est abstenu à ce jour d'employer les expressions de "droit aux soins" (ou "droit à l'assurance maladie"), de même qu'il s'est abstenu dans les autres domaines de la protection sociale d'évoquer par exemple un "droit à une pension de retraite" ou un "droit aux prestations familiales"⁷⁰... Nous concédons qu'il manifeste à cet égard un embarras certain vis-à-vis des principes en cause, mais pensons néanmoins qu'il faut reconnaître un véritable droit aux soins, ayant directement rang constitutionnel et ce, pour trois raisons.

La première raison est que le texte constitutionnel ne nous paraît pas conforter la thèse d'une simple garantie objective des droits sociaux. Certes, l'alinéa onze évoque l'obligation de la nation de protéger la santé mais il est difficile de ne pas voir un droit comme revers de l'obligation. Au demeurant, les droits aux prestations sociales trouvent un fondement dans l'ensemble de cet alinéa, lequel vise aussi un *droit* à des moyens convenables d'existence... Rien ne justifie alors que ces droits soient renvoyés à une simple garantie objective, dont la consistance n'est d'ailleurs précisée par aucune décision ni aucun auteur (consisterait-elle en la simple garantie d'un système de protection sociale assurant un niveau de prestations suffisant ?). La deuxième raison de notre refus à assimiler droit aux soins et simple objectif tient à ce que l'assimilation en cause repose largement sur une vision des "vrais" droits comme nécessairement applicables sans l'intermédiaire d'une loi de mise en œuvre. Il est ainsi renvoyé à la distinction entre contentieux objectif et contentieux subjectif, dans le cadre duquel les droits à prestations ne seraient pas invocables - comme l'illustrerait précisément le refus du Conseil d'État d'appliquer un principe de protection de la santé dans le cadre du référé-liberté. Or, cette distinction entre différents contentieux est largement contingente en ce qu'elle n'est que le fruit d'une construction historique. Le postulat même d'absence d'invocabilité directe des droits à prestation doit sans doute être interrogé. En tout état de cause, les droits en cause sont déjà largement concrétisés dans l'ordre juridique français et il y a peu de risque qu'un litige autour d'un droit à prestation se noue à partir d'un vide normatif total...

Enfin, en troisième et dernier lieu, il nous semble conceptuellement possible que soit protégé, dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité, le droit-même de l'individu à une prestation, sa prérogative propre et incompressible. Au demeurant, malgré sa prudence vis-à-vis des droits sociaux, le Conseil constitutionnel emploie des formules par lesquelles il n'exclut pas de contrôler, non seulement l'existence même du droit, mais aussi son étendue. Par exemple, la loi peut prévoir une somme forfaitaire restant à la charge du patient pour certains actes et consultations pris en charge par l'assurance maladie ; cependant, « le montant de cette participation devra être fixé à un niveau tel que ne soient pas remises en cause les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 », c'est-à-dire en définitive de façon à ne pas entraver l'accès de l'individu aux soins⁷¹. Le sens de cette jurisprudence est de laisser ouverte la possibilité d'un contrôle du contenu essentiel du droit aux soins (contenu dont la fixation est renvoyée, il est vrai, au pouvoir réglementaire et dont le contrôle effectif revient donc au juge administratif). De même que les droits plus classiques, défensifs, disposent d'un contenu substantiel sur lequel le législateur ne peut revenir, les droits à prestations comme le

⁷⁰ On rencontre toutefois, par exception, deux références aux « droits à la protection sociale » dont jouissent les étrangers « dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français » : C.C., n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. n° 3 ; C.C., n° 2018-777 DC du 28 décembre 2018, *Loi de finances pour 2019*, point n° 43. Notons que ces « droits à la protection sociale » ne sont pas expressément rattachés au onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

⁷¹ C.C., n° 2004-504 DC du 12 août 2004, préc., cons. n° 19.

droit aux soins protègent une prérogative individuelle minimale que la loi ne peut remettre en cause et dont elle doit assurer l'effectivité. C'est alors la distinction avec une autre interprétation du onzième alinéa qu'il faut approfondir, celle qui y voit le socle d'un droit défensif à la protection de la santé.

B) La distinction entre droit aux soins et droit de défense à la protection de la santé

S'il faut distinguer l'hypothèse dans laquelle le principe général de protection de la santé est interprété comme le fondement des politiques de santé publique, de celle où il est interprété comme le fondement d'une prérogative individuelle, il reste que cette dernière situation se dédouble elle-même. L'individu peut à la fois exiger qu'il ne soit pas porté atteinte à sa santé, et que lui soient fournis les moyens de la préserver, par l'accès aux soins. On pourrait être tenté d'y voir les deux faces d'un même droit. Il nous semble cependant qu'en réalité, *un seul et même bien*, la santé d'une personne, donne lieu à la reconnaissance par le droit positif, de *deux prérogatives distinctes*. La Cour constitutionnelle italienne a mis l'accent sur cette nécessaire distinction. Elle affirme ainsi que l'article 32 de la Constitution de 1947 fonde d'abord un droit à l'intégrité psycho-physique, droit *erga omnes* directement applicable, y compris dans les relations de droit privé⁷². La même disposition constitutionnelle se traduit ensuite par un droit social à prestation, que la Haute juridiction italienne rattache à la catégorie des droits conditionnés, dans le sens où ils dépendent de la concrétisation qu'en donne le législateur ordinaire à un moment donné, en fonction notamment des disponibilités financières⁷³. Sur le plan juridique, on a donc affaire à deux droits distincts, dont l'objet et le régime différent, même s'ils concourent à la préservation d'un même bien et connaissent à cet égard des zones de recoupement.

Un premier droit est celui que la Cour italienne désigne comme un droit à l'intégrité psycho-physique. Il se retrouve dans la jurisprudence constitutionnelle française quand des personnes exerçant la prostitution demandent à ne pas être exposées à des conditions de travail comportant de forts risques pour leur santé en raison d'une législation pénale⁷⁴ ; ou encore quand des requérants demandent à ne pas être contraints à des vaccinations qu'ils jugent dangereuses pour la santé⁷⁵ - avec au demeurant, dans ce dernier cas, un conflit entre le droit individuel et la santé publique. Le onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 est bel et bien invoqué alors de façon à ce que l'État s'abstienne de mesures réputées attentatoires à la santé. Nous avons déjà proposé dans notre thèse de qualifier ce droit de « défensif », plutôt que de droit-liberté selon la terminologie plus usuelle en France ; la catégorie des droits défensifs englobe en effet mais déborde celle des libertés d'agir⁷⁶. L'objet principal du droit à la protection de la santé ainsi entendu consiste donc en ce que les pouvoirs publics s'abstiennent d'adopter des normes ou comportements susceptibles de porter atteinte à la santé humaine ; à cette obligation négative peut toutefois s'adjoindre celle, positive, d'adopter des dispositions permettant d'éviter des atteintes de la part de tiers. La décision *I.V.G.*, de nouveau, illustre cette seconde hypothèse : les requérants ont essayé, en vain, de faire reconnaître une obligation étatique de protéger la santé de l'enfant à naître contre une atteinte par des tiers, à travers l'édition (et le maintien) de dispositions pénales incriminant l'avortement. On se trouve alors dans la situation

⁷² V. not. décisions de la Cour constitutionnelle italienne n° 184 du 30 juin 1986, n° 455 du 26 septembre 1990.

⁷³ V. not. décisions n° 142 de 1982 ; n° 226 de 1983 ; n° 342 de 1985 ; n° 455 de 1990.

⁷⁴ C.C., n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019, préc.

⁷⁵ C.C., n° 2015-458 QPC, 20 mars 2015, préc.

⁷⁶ V. L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, coll. de droit public comparé et européen, 2007, p. 240 et s.

de ce que la doctrine allemande appelle une obligation de protection⁷⁷, par laquelle un comportement qui n'est pas le fait de l'État peut néanmoins lui devenir imputable au titre de son inaction pour protéger un droit. Au demeurant, l'ensemble de la législation visant à la protection de la santé des salariés peut être considérée comme une traduction de l'obligation de l'État de protéger la santé contre des atteintes de tiers. En ce sens, les décisions dans lesquelles le Conseil veille au respect du onzième alinéa par des dispositions législatives réglementant les conditions de travail⁷⁸ ne font qu'appliquer ce droit défensif à la protection de la santé

Même s'il implique ainsi des obligations positives, ce droit se distingue assurément du droit social dont l'objet est d'obtenir des prestations permettant de protéger la santé. Le droit aux soins trouve sa traduction juridique concrète dans le droit à l'assurance maladie, et le droit à l'aide sociale en matière médicale. L'objet de ce droit est donc tout à fait délimité et précis, même si des débats sont évidemment possibles sur l'étendue de la prérogative à reconnaître à l'individu. Par exemple, dans quelle mesure l'accès à la médecine non thérapeutique doit-il être garanti ? L'individu peut-il, dans certaines circonstances particulières, avoir le droit d'accéder à des médicaments encore en phase d'essai - question qui a fait l'objet d'une jurisprudence en Italie⁷⁹ ? Quoi qu'il en soit, il s'agit bien ici d'un droit social au plein sens du terme, dont le coût est considérable. Si le Conseil constitutionnel ne met pas expressément en avant la limite des ressources financières, à bien y regarder, cette considération est omniprésente dans sa jurisprudence. L'essentiel du contentieux porte en effet sur des modalités d'aménagement du droit aux soins restrictives au nom de considérations financières. À ce jour, ces restrictions ont toutes été validées, moyennant le cas échéant de simples réserves d'interprétation. Pourtant, malgré ce véritable *self-restraint*, la nature du contrôle exercé implique, nous l'avons déjà dit, qu'un accès effectif aux soins peut être en définitive directement protégé sur le fondement du onzième alinéa du préambule de 1946.

La comparaison avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne peut à cet égard aussi être riche d'enseignements. Cette juridiction, bien que mettant en avant pour sa part la conditionnalité financière du droit aux soins, n'en a pas moins admis l'existence d'un « noyau essentiel » ou « irréductible »⁸⁰ de ce droit. Or, cette affirmation n'est pas restée platonique et plusieurs décisions ont permis de sanctionner l'atteinte à ce noyau essentiel⁸¹. Certes, la jurisprudence sur le principe de protection de la santé est foisonnante et nous ne prétendons pas ici en faire une synthèse, ce à quoi pourvoient d'autres contributions au présent colloque⁸². Néanmoins, il existe bien dans la jurisprudence constitutionnelle transalpine des décisions montrant qu'un contenu substantiel du droit aux soins peut être opposé au respect du législateur, quand bien même il revient par ailleurs à ce dernier de mettre en œuvre ce droit à prestation. S'imposant au législateur, ce noyau essentiel s'impose *a fortiori* à l'administration : un arrêt du 2 janvier 2020 du Conseil d'État italien mobilise ainsi la notion et l'article 32 de la Constitution italienne - ainsi que d'autres règles constitutionnelles et internationales - pour sanctionner l'absence de prise en charge complète d'un adolescent handicapé dans un centre de jour pendant

⁷⁷ V. D. Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 87, 2001, spéc., p. 274 et s.

⁷⁸ V. *supra*, I, b.

⁷⁹ Décisions de la Cour constitutionnelle n° 185 du 20 mai 1998 et n° 274 du 1^{er} décembre 2014.

⁸⁰ V. par ex. décisions de la Cour constitutionnelle italienne n° 304 du 15 juillet 1994 ; n° 309 du 7 juillet 1999 ; n° 509 du 13 novembre 2000 ; n° 252 du 5 juillet 2001 ; n° 432 du 28 novembre 2005 ; n° 269 du 7 juillet 2010 ; n° 61 du 21 février 2011.

⁸¹ Nous nous permettons de renvoyer, pour une analyse en français, aux décisions citées in L.Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, préc., pp. 701-710.

⁸² V. en particulier celle du professeur A. Morrone, « L'article 32 de la Constitution de 1947 ».

plusieurs mois d'affilée⁸³. La juridiction administrative affirme ici que le principe de l'équilibre budgétaire en matière sanitaire ne peut être invoqué de façon abstraite par l'administration pour échapper à son obligation de prise en charge. Celle-ci doit au contraire démontrer qu'il empêche « dans le cas d'espèce, l'octroi des prestations et, quoi qu'il en soit, dans le cas où le handicap impliquerait des exigences thérapeutiques insusceptibles d'être différées, le noyau essentiel du droit à la santé doit être sauvegardé »⁸⁴.

En définitive, il nous paraît indispensable que le Conseil constitutionnel français reconnaisse explicitement que le droit aux soins ne s'épuise pas dans le principe de protection de la santé publique mais constitue bien au contraire un droit individuel directement fondé sur le onzième alinéa du préambule de 1946. Une réflexion pourrait alors s'engager sur la substance du droit constitutionnellement garantie, seule susceptible de donner une véritable consistance à la jurisprudence des garanties légales, demeurée à ce jour bien platonique.

⁸³ Conseil d'État italien, sect. III, arrêt du 2 janvier 2020, n° 1.

⁸⁴ Notre traduction de : « (...) e, comunque, nel caso in cui la disabilità dovesse comportare esigenze terapeutiche indifferibili, il nucleo essenziale del diritto alla salute deve essere salvaguardato ».