

Université de Montréal

Le respect du droit à la santé : analyse à partir du droit international de la personne et d'une  
comparaison entre les constitutions du Canada et du Brésil

par  
Lara Lima Ellery

Faculté de Droit

Mémoire présenté  
en vue de l'obtention du grade de L.L.M.  
en droit international  
option recherche

Septembre 2019

@ Lara Ellery, 2019

Université de Montréal

Faculté de Droit

---

*Ce mémoire intitulé*

Le respect du droit à la santé : analyse à partir du droit international de la personne et d'une comparaison entre les constitutions du Canada et du Brésil

*Présenté par*

Lara Lima Ellery

*A été évalué par un jury composé des personnes suivantes*

Miriam Cohen  
Président-rapporteur

Catherine Régis  
Directrice de recherche

Michèle Stanton-Jean  
Membre du jury

Septembre 2019

## Résumé

Le droit à la santé est un droit humain bien établi en droit international. Plusieurs traités internationaux contraignants, tels que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), imposent le respect et la garantie de ce droit aux pays qui ont signé et ratifié ces instruments internationaux. Dans cette perspective, ce mémoire a pour objet d'étude le droit à la santé à la lumière du droit international et de son application en droit interne à partir des Constitutions du Canada et du Brésil. Pour ce faire, le premier chapitre de ce mémoire explore la signification, la portée et les limites du droit à la santé dans l'ordre juridique international. Dans le deuxième chapitre, nous examinons la Constitution de ces deux pays. Nous avons constaté que la Constitution canadienne ne mentionne pas expressément le droit à la santé. Cependant, les articles 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui garantissent respectivement le droit à la vie et à la liberté et le droit à la non-discrimination, permettent par la voie d'interprétation des tribunaux de garantir le droit à la santé. À l'opposé, au Brésil, la constitution de 1988 a dédié une section complète aux droits économiques, sociaux et culturels (DESC). Parmi les DESC, le droit à la santé a une importance clé dans la Constitution, étant donné que celle-ci a dédié un chapitre entier au droit à la santé. Ultiment, par l'entremise de l'analyse des cas du Canada et du Brésil, ce mémoire démontrera que le fait de contenir une disposition constitutionnelle sur le droit à la santé démontre un engagement de la part de l'État de respecter ses compromis au regard du droit international à la santé. Toutefois, les États peuvent aussi envisager d'autres stratégies de mise en œuvre de ce droit, telles que l'utilisation des instruments juridiques internationaux comme sources d'interprétation.

**Mots-clés : droit à la santé – droit international – droits humains – Canada – Brésil**

## **Abstract**

The right to health is a well-established right in International Law. Many international treaties such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and the Constitution of the World Health Organization, create a legal obligation on States who have ratified these instruments to protect and ensure the right to health. This thesis aims to examine the right to health in the international law and its application in domestic law by the Constitutions of Canada and Brazil. The first chapter of this thesis explores the meaning, the scope and the limits of the right to health in the international legal order. In the second chapter, we analyze the national Constitution of these two countries. We have concluded that the Canadian Constitution does not explicitly address the right to health. However, articles 7 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, which ensure the right to life as well as the right to liberty and to non-discrimination, allow for the interpretation of the courts to guarantee the right to health. On the contrary, the Brazilian Constitution of 1988 has dedicated a whole section to Economics, Social and Cultural rights. Among these rights, the right to health is a very important right in the Brazilian Constitution as articles 196 to 200 ensure the right to health. Finally, through the case analysis of Canada and Brazil, this thesis shows that a constitutional provision on the right to health demonstrates a commitment on the part of the State to fulfill its obligations with respect to the international right to health. However, other strategies to implement this right can also be considered by the States, such as the use of international legal instruments as a source of interpretation.

**Key words: Right to Health - International Law – Human Rights – Canada – Brazil**

## Table des matières

<b>Remerciements</b> .....	I
<b>Liste des sigles</b> .....	II
<b>Introduction</b> .....	1
<b>Chapitre 1 – Signification, portée et limites du droit à la santé dans l’ordre juridique international</b> .....	7
Section 1. Définition de la santé : un concept clé .....	7
A. La vision interdisciplinaire et multidimensionnelle de la santé proposée par l’OMS face à la vision biomédicale de la santé .....	8
Section 2. Le droit à la santé : un droit international intégré aux droits de la personne .....	13
A. La Déclaration universelle des droits de l’homme (DUDH).....	14
B. La Constitution de l’OMS .....	17
C. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ...	18
D. La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) .....	21
E. Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes (CEDAW) .....	22
F. La Convention relative aux droits de l'enfant (CRC) .....	23
G. Convention relative aux droits des personnes handicapées (CRPD) .....	24
Section 3. L’application du droit à la santé : une approche fondée sur les droits de la personne .....	25
A. Le contenu normatif du droit international à la santé.....	26
1. Les quatre principes de base du droit à la santé .....	27
a) <i>Disponibilité</i> .....	27
b) <i>Accessibilité</i> .....	29
c) <i>Acceptabilité</i> .....	31
d) <i>Qualité</i> .....	31

2. L'imputabilité et la participation : deux principes clés du droit à la santé .....	32
a) <i>L'imputabilité</i> .....	33
b) <i>La participation</i> .....	37
B. Les obligations imposées aux États par le droit international à la santé .....	38
1. Les obligations à réalisation immédiate .....	39
2. Les obligations fondamentales .....	40
3. Les obligations à réalisation progressive .....	43
4. Les obligations juridiques spécifiques .....	45
5. Les obligations collaboratives internationales .....	47
C. Les violations du droit à la santé .....	47
<b>Chapitre 2 – Le droit à la santé au sein de l'ordre juridique interne au Canada et au Brésil : perspectives constitutionnelles.....</b>	<b>52</b>
Section 1. Un bref survol des systèmes de soins de santé au Canada et au Brésil .....	53
A. Les systèmes de santé au Canada .....	53
B. Le système de santé au Brésil .....	58
Section 2. L'incorporation du droit international à l'interne au travers les constitutions.....	63
A. Le Canada : un système juridique dualiste .....	65
B. L'incorporation du droit international à l'interne à la lumière de la Constitution brésilienne de 1988.....	67
Section 3. Le droit à la santé dans les constitutions du Canada et du Brésil.....	71
A. Le silence de la Constitution canadienne en matière de droit à la santé .....	73
B. La garantie du droit à la santé par la Constitution fédérale brésilienne de 1988.....	82
<b>Conclusion .....</b>	<b>89</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>94</b>

## Liste des sigles

CEDAW : Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes

CERD : Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

CDESC : Comité des droits économiques, sociaux et culturels

CRC : Convention relative aux droits de l'enfant

CRPD : Convention relative aux droits des personnes handicapées (CRPD)

CSC : Cour suprême du Canada

DCP : Droits civils et politiques

DESC : Droits économiques sociaux et culturels

DUDH: Déclaration universelle des droits de l'homme

HCDH : Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme

LCS : Loi canadienne sur la santé

OEA : Organisation des États américains

OMS: Organisation mondiale de la santé

ONU : Organisation des Nations unies

ONUSIDA : Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida

PIDESC : Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels

PIDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques

SUS : Système Unique de Santé (Sistema único de saúde)

## Remerciements

Je tiens à remercier sincèrement la Professeure Catherine Régis, directrice de ce mémoire, pour son suivi et ses précieux conseils, mais également pour sa disponibilité et son professionnalisme qui m'auront permis de mener à terme ce mémoire.

Je me dois aussi remercier affectueusement mon mari et partenaire de vie et de rêves. L'achèvement de ce mémoire n'aurait pas été possible sans ton appui, ton respect, ta compréhension et tes encouragements dans les bons moments, mais aussi dans les moments difficiles.

Je souhaite également remercier mes parents qui m'ont appris la valeur et l'importance de l'étude. Merci aussi d'avoir réveillé mon intérêt pour le domaine de la santé et pour m'avoir enseigné que la construction d'un monde meilleur pour tous et toutes n'est pas possible sans l'accès à l'éducation et aux services de santé. Merci pour votre encouragement et soutien sans limites tout au long de ma vie.

Je remercie également mes sœurs Luana e Djanira et mes frères Lucas et Helly Filho pour leur soutien constant et leurs encouragements dans ma démarche. Un mot spécial pour ma tante Adriana qui a toujours cru en mon potentiel. Merci pour ton soutien inestimable.

Je tiens à remercier aussi l'ensemble de mes amis pour leur soutien et les réflexions partagées. Merci également à ceux qui m'ont offert de leurs temps pour relire mon mémoire, le commenter ou le corriger. Afin de n'oublier personne, mes vifs remerciements s'adressent à tous ceux qui m'ont aidée, de près ou de loin, à la réalisation de ce mémoire.

Enfin, je remercie à Dieu de m'avoir donné la force nécessaire pour dépasser les difficultés.



# Introduction

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, avec la création de l'Organisation des Nations Unies (ONU) en 1945 et de ses agences spécialisées comme l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) en 1948, nous avons assisté à l'émergence d'un corpus juridique international pour la protection des droits de la personne,<sup>1</sup> définis comme étant des garanties légales qui protègent la liberté et la dignité humaines en tant que valeurs universelles.<sup>2</sup> Ceci a permis d'établir le caractère juridique du droit à la santé, considéré comme un droit de la personne au sein de l'ordre juridique international. Ce droit a été inscrit dans divers traités<sup>3</sup> internationaux contraignants<sup>4</sup> relatifs aux droits humains, comme le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).<sup>5</sup> Cependant, ce n'est que dans les années 2000 qu'une compréhension plus approfondie de la portée de ce droit est apparue, lorsque le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) de l'ONU a adopté, en collaboration avec l'OMS, l'Observation générale no 14.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Bien que dans la langue française la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) ait gardé le terme « droits de l'homme », dans le présent travail, nous utilisons plutôt les expressions « droits humains » ou « droits de la personne », car elles assurent l'inclusion des femmes et de tous les autres êtres humains indépendamment de leur sexe et de leur genre. Par ailleurs, la DUDH est une Déclaration de portée universelle qui s'applique à tous les individus et assure leur inclusion au sein de l'humanité.

<sup>2</sup> Roger MAGNUSSON, *Advancing the right to health: The vital role of law*, Organisation mondiale de la Santé, 2017, en ligne : <[https://www.who.int/healthsystems/topics/health-law/health\\_law-report/en/](https://www.who.int/healthsystems/topics/health-law/health_law-report/en/)>.

<sup>3</sup> Selon la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, « l'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière », Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) 1155, R.T.N.U. 331, 27 janvier 1980. En ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_fr)> (consulté le 20 avril 2019).

<sup>4</sup> Selon Catherine Régis et Florian Kastler, une norme est considérée comme contraignante lorsqu'elle bénéficie d'une force obligatoire, tandis qu'une norme non contraignante « vise à aider l'action, la consultation, la négociation et la coopération sans que des obligations soient expressément prévues ni une procédure renforcée suivie lors de son adoption ». (Catherine RÉGIS et Florian KASTLER, « Vers une meilleure compréhension de l'impact de l'action normative de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) à l'intérieur des frontières des pays : une étude Canada-France », dans *Health Law at the Frontier*, Éditions Yvon Blais, 2018). À noter que les auteurs font référence au terme norme, toutefois cette explication peut également s'appliquer aux traités.

<sup>5</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, R.T. Can no 46 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

<sup>6</sup> Paul HUNT, « Right to the highest attainable standard of health », (2007) 370 *The Lancet* 369-371.

Au cœur du débat portant sur la santé comme un droit de la personne, la notion de « santé » soulève en elle-même des questions importantes en raison du manque d'unanimité autour de sa définition et des différentes interprétations attribuées à cette notion. En guise d'exemple, l'OMS propose une vision de la santé démedicalisée en la définissant comme « un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »<sup>7</sup>. Il s'agit d'une vision qui définit la santé comme une question sociale qui relie différents facteurs déterminants le bien-être humain, comme les environnements physiques et sociaux favorables à une bonne santé. À l'opposé, Boorse et Daniels perçoivent la santé à partir d'une vision biomédicale et objective en la définissant comme « l'absence de maladie ».<sup>8</sup>

Bien que le droit à la santé soit garanti par les instruments juridiques internationaux, au sein des ordres juridiques nationaux, la compréhension du droit à la santé diffère d'un pays à l'autre. Ainsi, divers pays, dont le Canada, n'ont pas défini le droit à la santé comme un concept juridique stabilisé et leur Constitution ne mentionne pas ce droit spécifiquement. Au contraire, dans d'autres cas, comme celui du Brésil, le concept juridique du droit à la santé est présent, et ce droit est garanti par la Constitution. En effet, les États, étant confrontés à leurs propres réalités (politique, économique, culturelle, etc.) et possédant différentes formes d'intégration du droit international en droit interne, concourent de manière variable à la reconnaissance formelle et la garantie du droit à la santé.

Dans ce contexte, la présente recherche met en perspective la conformité du droit interne avec le droit à la santé reconnu à l'échelle internationale en s'appuyant sur les juridictions canadienne et brésilienne. Malgré les différences indéniables existant entre ces deux pays, en

---

<sup>7</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), *Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé*, 1946, en ligne : <[https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_fr.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf)>.

<sup>8</sup> Sissela BOK, « Rethinking the WHO Definition of Health », 6 *The international Encyclopedia of Public Health* 590-597.

particulier entre leurs systèmes juridiques, cette étude comparative trouve son bien-fondé dans le fait que le Brésil et le Canada se définissent comme des démocraties libérales qui accordent une grande importance à la protection des droits humains et des libertés fondamentales. En effet, les deux États cherchent à s'appuyer sur les valeurs rattachées aux droits économiques, sociaux et culturels (DESC). Ainsi, bien que la Constitution canadienne ne mentionne pas expressément les DESC dont le droit à la santé, certains articles de la Charte canadienne des droits et libertés<sup>9</sup>, notamment les articles 7 et 15, permettent par la voie d'interprétation des tribunaux de garantir les DESC.<sup>10</sup> Quant au Brésil, les DESC sont prévus par la Constitution de 1988 aux articles 6 à 11, et le droit à la santé est garanti par la Constitution à l'article 196.<sup>11</sup>

De plus, malgré l'existence de différences dans la manière dont les deux États incorporent le droit international au sein de leur système juridique, les compromis pris à l'international à partir de la ratification<sup>12</sup> des traités ont une valeur importante pour les tribunaux internes des deux pays. À cet égard, la doctrine caractérise le système juridique canadien comme étant dualiste dans la mesure où un traité ne peut être intégré dans ce système qu'à travers un acte du Parlement.<sup>13</sup> Au contraire, au Brésil, il n'existe pas de consensus dans la doctrine à ce sujet. Cet aspect sera abordé plus en détail à la section 1 du deuxième chapitre de ce mémoire. Par ailleurs, les deux pays sont membres de l'ONU et ils ont signé et ratifié les principaux traités internationaux sur les droits de la personne qui garantissent le droit à la santé, tels que le PIDESC dont les dispositions relatives

---

<sup>9</sup> *Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. n°.

<sup>10</sup> Christine VÉZINA, *Les pratiques communautaires de lutte au VIH et le droit à la santé: une exploration de l'effectivité internormative du droit*, Montréal, Université de Montréal, 2013.

<sup>11</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil*, (4 octobre 1988).

<sup>12</sup> Selon Carmody « ratification of the treaty is the intergovernmental act by which one states commits itself under international law to other treaty partners. The decision to ratify implies that the state has already taken the requisite domestic steps to implement the treaty in its domestic legal order », dans Chios CARMODY, *Is Our House in Order Canada's Implementation of International Law*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2010.

<sup>13</sup> Maurice J. ARBOUR et Geneviève PARENT, *Droit international public*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2012.

au droit à la santé seront abordées au premier chapitre de ce mémoire.

Enfin, la pertinence d'une analyse comparative entre le Canada et le Brésil s'appuie sur le fait que ces deux pays offrent à ces citoyens des services de soins de santé publics (bien que le privé soit aussi présent). Ainsi, selon l'Observation générale no 14 de 2000, émise par le CDESC pour aider les États parties au PIDESC à mettre en œuvre ce droit, le droit à la santé « doit être entendu comme le droit de jouir 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 »<sup>14</sup>. Cela signifie qu'il incombe aux États d'offrir à leurs citoyens l'accès aux services de santé publics ou privés pour que la réalisation du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint soit possible. De ce fait, grâce aux services de santé publics offerts par le Canada et le Brésil, en théorie, tous les citoyens de ces deux pays sans égard aux conditions financières devraient pouvoir accéder aux services de santé. Toutefois, bien que l'accès aux services de santé soit considéré comme un droit dans les deux pays (même s'il n'est pas garanti constitutionnellement au Canada), il arrive que les services offerts ne soient pas de qualité, ou qu'ils ne répondent pas adéquatement aux besoins des diverses populations, notamment ceux des populations vulnérables et marginalisées. Ceci peut constituer dans certains cas une violation du droit à la santé.

Dans cette perspective, ce mémoire a pour objet d'étude le droit à la santé à la lumière du droit international et son incorporation à l'interne à partir des Constitutions du Canada et du Brésil.<sup>15</sup> Pour ce faire, nous tenterons d'apporter une réponse à la question suivante : Dans quelle mesure le respect d'un engagement envers le droit international à la santé est-il lié au fait que la

---

<sup>14</sup> *Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint: E/C. 12/2000/4*, en ligne : <http://www.cetim.ch/legacy/fr/documents/codesc-2000-4-fra.pdf>.

<sup>15</sup> Étant donné les différences importantes existant entre les deux pays, qui ont trait aussi bien à leur histoire qu'à leur démographie, cette étude se limitera à analyser si et comment les institutions nationales du Canada et du Brésil ont incorporé le droit international à la santé.

constitution d'un pays dispose d'un droit à la santé ?

Dans le but de répondre à cette question, cette recherche sera divisée en deux parties. La première partie portera sur la signification, les fondements, la portée et les limites du droit international à la santé. Dans ce contexte, nous analyserons d'abord la notion de santé à partir de deux différentes définitions proposées par la communauté scientifique. Ceci nous conduira à montrer que la définition de l'OMS, en dépit des nombreuses critiques dont elle fait objet, est celle qui est la plus appropriée pour comprendre le droit à la santé comme un droit international de la personne. Ensuite, nous examinerons les instruments juridiques internationaux qui garantissent le caractère juridique du droit à la santé comme un droit international de la personne. Cette démarche est utile, car elle reconnaît la santé comme un droit générant de fait une obligation légale pour les États de mettre en œuvre des politiques, des stratégies et des programmes de santé conçus de façon à améliorer la jouissance par tous et toutes du droit à la santé sans discrimination.<sup>16</sup> Nous proposerons également d'analyser l'application du droit international à la santé en abordant ses éléments constitutifs, les obligations qu'il impose aux États et les violations possibles de ce droit.

La deuxième partie de la recherche abordera les systèmes de soins de santé en place au Canada et au Brésil étant donné leur importance pour la garantie du droit à la santé. Par la suite, nous examinerons les Constitutions canadienne et brésilienne pour pouvoir identifier si elles sont conformes aux engagements pris à l'international, lorsque ces pays ont signé et ratifié les traités internationaux des droits humains qui garantissent le droit à la santé.<sup>17</sup> Le but étant de savoir si une disposition constitutionnelle influence la garantie du droit à la santé à l'interne.

---

<sup>16</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, « Santé et droits de l'homme » (Décembre 2017), en ligne : <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>> (consulté le 17 août 2019).

<sup>17</sup> À noter que dans cette étude nous nous concentrons seulement sur l'analyse des documents constitutionnels, soient la Charte canadienne des droits et libertés la Constitution brésilienne de 1988. Ainsi, nous ne procédons pas à l'analyse de la manière dont droit à la santé est mis en œuvre dans les deux pays en question. Cela pourra être l'objet de recherches futures.

Dans le cadre de ce mémoire, nous utiliserons une approche méthodologique basée sur la recherche bibliographique et documentaire. Durant la recherche bibliographique, des ouvrages, des articles et des mémoires juridiques et non juridiques ont été consultés. La recherche documentaire, quant à elle, consistera dans l'analyse des lois, des normes et des règlements internationaux et nationaux. Cette recherche descriptive et exploratoire se propose de décrire, d'analyser et de classer les faits liés au thème principal de notre recherche, ainsi que de réunir des informations et opinions à son sujet afin d'établir des hypothèses permettant de contribuer au développement de nouvelles interprétations et de voies de recherche futures.

# **Chapitre 1 – Signification, portée et limite du droit à la santé dans l'ordre juridique international**

Ce que nous souhaitons affirmer dans ce chapitre c'est le caractère juridique du droit à la santé à l'échelle internationale, étant donné que ce droit est enchâssé au sein de plusieurs instruments internationaux relatifs à la protection des droits de la personne. Pour traiter de cette question, il nous semble pertinent de discuter tout d'abord de la notion de santé, dans la mesure où il existe une variété de définitions proposées pour ce terme. Ensuite, nous présenterons brièvement le contexte d'émergence des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne, contexte qui est également celui du droit international à la santé. De plus, nous aborderons la façon dont le droit à la santé a été défini au sein des organisations internationales ainsi que dans les traités internationaux ratifiés par les États. Finalement, nous analyserons l'application du droit à la santé à travers la présentation des éléments constitutifs de ce droit et des obligations qu'il impose aux États.

## **Section 1. Définition de la santé : un concept clé**

La notion de santé est un concept clé lorsque nous abordons le droit à la santé. Néanmoins, comment devrions-nous définir la santé ? Consiste-t-elle seulement en une absence de maladie ? Ou bien, cette définition comprend-t-elle aussi des éléments qui affectent directement ou indirectement la santé de l'individu (lesdits « déterminants de la santé »), comme l'accès à l'éducation, à une alimentation saine ou à des conditions de travail et de logement adéquates ?

À l'heure actuelle, il n'existe pas de consensus autour de la définition de la santé. En fait,

à travers le temps, plusieurs chercheurs et institutions internationales ont proposé des définitions de la santé qui comprennent des éléments différents et qui peuvent varier en fonction du champ de compétence ou de la discipline du chercheur ou de l'institution en question.

Dans ce contexte, cette section de la recherche va explorer les définitions de la santé présentées dans la littérature à partir de deux perspectives différentes, dans le but de mettre en lumière laquelle serait la plus appropriée lorsque nous abordons le droit à la santé à partir d'une perspective des droits de la personne. Tout d'abord, nous allons présenter la définition de la santé proposée par l'OMS, qui adopte une définition large de ce concept centrée sur ses aspects à la fois biomédicaux et sociaux. Par la suite, la vision purement biomédicale de la santé proposée par de nombreux auteurs sera exposée et analysée.

### **A. La vision interdisciplinaire et multidimensionnelle de la santé proposée par l'OMS face à la vision biomédicale de la santé**

L'OMS est l'organisation internationale qui « tient la première place dans la formation du droit international de la santé »<sup>18</sup> et c'est la seule organisation « se consacrant entièrement aux enjeux de santé »<sup>19</sup>. Tout comme l'ONU, cette organisation est née immédiatement après la Seconde Guerre mondiale. La Constitution de l'OMS, qui date de 1946 et qui a été signée par 59 États et acceptée par 193, dont le Brésil et le Canada,<sup>20</sup> définit la santé comme « un état de complet bien-être physique, mental et social et [qui] ne consiste pas seulement en une absence de maladie

---

<sup>18</sup> Véronique HAROUEL-BURELOUP, *Histoire du droit international de la santé*, Les Études Hospitalières, 2014.

<sup>19</sup> Catherine RÉGIS et Florian KASTLER, « Vers une meilleure compréhension de l'impact de l'action normative de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) à l'intérieur des frontières des pays : une étude Canada- France », dans *Health Law at the Frontier*, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 374-403 à la page 403.

<sup>20</sup> « Constitution de l'Organisation mondiale de la santé », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IX-1&chapter=9&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IX-1&chapter=9&clang=_fr)> (consulté le 30 janvier 2019).



ou d'infirmité »<sup>21</sup>. Cette définition très ample démedicalise la santé et englobe les déterminants sociaux de la santé, qui selon l'OMS sont « les circonstances dans lesquelles les individus naissent, grandissent, vivent, travaillent et vieillissent ainsi que les systèmes pour faire face à la maladie »<sup>22</sup>. En fait, la définition de la santé proposée par l'OMS a élargi la vision médicale et relativement négative de la santé, qui recouvre les notions de maladie et d'infirmité, en introduisant l'idée d'une santé positive qui englobe les notions de bien-être et d'adaptation à l'environnement physique et social.<sup>23</sup> Il faut ajouter que la définition présentée par l'OMS est en adéquation avec le contexte de l'après-guerre, marqué par l'émergence et la diffusion de la notion de médecine sociale.<sup>24</sup> De plus, en incluant dans la définition de la santé les dimensions mentale et sociale de la notion de bien-être, l'OMS a étendu le champ de la santé au-delà de la sphère physique.<sup>25</sup>

La définition de la santé de l'OMS a été réaffirmée quelques années plus tard, en 1978, dans le cadre de la Conférence internationale sur les soins de santé primaire qui a donné naissance à la Déclaration de l'Alma Ata. La Conférence a réaffirmé que :

« la santé qui est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en l'absence de maladie ou d'infirmité, est un droit fondamental de l'être humain, et [que] l'accession au niveau de santé le plus élevé possible est un objectif social extrêmement important qui intéresse le monde entier et suppose la participation de nombreux secteurs socio-économiques autres que celui de la santé. »<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), préc., note 7.

<sup>22</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, « Déterminants sociaux de la santé », OMS, en ligne : <[https://www.who.int/social\\_determinants/fr/](https://www.who.int/social_determinants/fr/)> (consulté le 22 janvier 2019).

<sup>23</sup> Benjamin Mason MEIER, « Global Health Governance and the Contentious Politics of Human Rights: Mainstreaming the Right to Health for Public Health Advancement », (2010) 46 *Stan. J. Int'l L.* 1-50.

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> Jonathan M. MANN, Lawrence O. GOSTIN, Sofia GRUSKIN, Troyen BRENNAN, Zita LAZZARANI et Harvey V. FINEBERG, « Health and Human Rights », dans *Health and Human Rights in a Changing World*, Routledge, 2013, p. 16-27, en ligne : <<https://www.taylorfrancis.com/books/9781136688560>> (consulté le 26 mars 2019).

<sup>26</sup> « Déclaration d'Alma-Ata sur les soins de santé primaires », WHO (1978), en ligne : <[https://www.who.int/topics/primary\\_health\\_care/alma\\_ata\\_declaration/fr/](https://www.who.int/topics/primary_health_care/alma_ata_declaration/fr/)> (consulté le 25 janvier 2019).

La Déclaration d'Alma Ata ne se limite pas à réaffirmer la définition de la santé proposée par l'OMS. En fait, elle énonce l'engagement de développer progressivement les systèmes de soins de santé afin d'assurer une répartition équitable et efficace des ressources pour le maintien de la santé.<sup>27</sup> Cette Déclaration affirme également le caractère multidisciplinaire de la santé qui se traduit par la nécessité d'engager les secteurs socio-économiques pour garantir le respect du droit à la santé.

Néanmoins, la définition de la santé donnée par l'OMS a été fortement contestée au fil des ans.<sup>28</sup> Alors que certains auteurs l'ont considérée comme dysfonctionnelle, dénuée de sens et l'ont même rejetée, d'autres ont défendu son caractère essentiel tout en mettant de l'avant la nécessité d'une révision de cette définition.<sup>29</sup> Ainsi, certains termes employés dans cette définition, par exemple « complet » et « bien-être », sont très souvent remis en question, car il s'agit de termes subjectifs qui font plutôt l'objet d'une évaluation personnelle et ne peuvent donc pas être mesurés de façon objective. De ce fait, cette définition et les termes qui y sont employés ont soulevé plusieurs questionnements tels que : comment faut-il interpréter des références à ces termes ? Cette définition peut-elle fonctionner pour désigner les pratiques actuelles de mesure, d'évaluation et d'élaboration des politiques de santé ?<sup>30</sup>

Étant donné les nombreuses critiques faites à l'encontre de cette définition, surtout vis-à-vis de sa dimension trop large et de sa difficulté d'application, d'autres définitions de la santé, plus restreintes ou plutôt liées à un seul aspect de la santé, ont été proposées. À cet égard, plusieurs

---

<sup>27</sup> Stephen P. MARKS, « The emergence and scope of the human right to health », dans *Advancing the Human Right to Health*, Oxford University Press, 2013, en ligne : <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199661619.001.0001/acprof-9780199661619-chapter-01>.

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> S. BOK, préc., note 8.

<sup>30</sup> *Id.*

auteurs ont défini la santé à partir d'un point de vue strictement biomédical. En 1977, par exemple, Boorse a défini la santé comme étant uniquement « l'absence de maladie »<sup>31</sup>. Il a ajouté que « health is normal functioning, where the normality is statistical and the functions biological »<sup>32</sup>. À la différence de la définition de l'OMS qui mentionne les aspects positif et négatif de la santé, cette définition se concentre uniquement sur l'aspect négatif.<sup>33</sup> Quelques années plus tard, en 1985, Daniels<sup>34</sup> a repris la conception de Boorse et a proposé une définition très objective de la santé. Ainsi, pour lui, « la santé, c'est la santé biophysique, c'est le fonctionnement normal, le fonctionnement normal de l'espèce »<sup>35</sup>. Ces définitions biomédicales et très objectives de la santé, bien que très utiles pour la pratique de la santé publique, ont une valeur très limitée lorsque nous nous retrouvons dans le champ des droits de la personne.<sup>36</sup>

Marks présente trois raisons pour lesquelles la vision biomédicale de la santé ne devrait pas être employée lorsque nous analysons le droit à la santé à partir d'une perspective des droits de la personne. Tout d'abord, il affirme que les définitions biomédicales de la santé se proposent de *mesurer* la santé de l'individu. Cependant, elles ne disent rien sur la façon dont une politique de santé inspirée des droits de la personne devrait être mise en place pour garantir le droit à la santé des différentes populations.<sup>37</sup> Ainsi, les besoins des populations les plus vulnérables ne sont pas pris en compte dans les définitions biomédicales de la santé. L'auteur admet toutefois qu'il est utile et pertinent pour les organismes chargés d'évaluer le respect du droit à la santé de recevoir des données sur le taux de mortalité ou de natalité d'un pays, par

---

<sup>31</sup> Christopher BOORSE, « Health as a Theoretical Concept », (1977) 44-4 *Philosophy of Science* 542-573.

<sup>32</sup> *Id.*, 542.

<sup>33</sup> S. BOK, préc., note 8.

<sup>34</sup> Voir Daniels NORMAN, *Just Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

<sup>35</sup> CENTRE DE COLLABORATION NATIONALE SUR LES POLITIQUES PUBLIQUES ET LA SANTÉ, *La santé en philosophie politique: de quel type de bien s'agit-il?*, 2010, en ligne : [https://www.ccnpps.ca/docs/Weinstock\\_Sant%C3%A9EnPhilosophiePolitique\\_FR.pdf](https://www.ccnpps.ca/docs/Weinstock_Sant%C3%A9EnPhilosophiePolitique_FR.pdf).

<sup>36</sup> S. P. MARKS, préc., note 27.

<sup>37</sup> *Id.*

exemple.<sup>38</sup> Cependant, il existe d'autres données qui sont plus significatives pour le travail de ces organismes. Ainsi, les directives du CDESC se concentrent principalement sur les politiques mises en œuvre par les gouvernements pour garantir la réalisation du droit à la santé plutôt que sur les données statistiques relatives à ces politiques.<sup>39</sup> Finalement, Marks explique que, dans certains cas, le recours à des mesures statistiques liées au fonctionnement des organismes de santé peut conduire à des situations en conflit avec l'éthique. Pour appuyer cet argument, il explique qu'à partir d'une vision biomédicale de la santé les personnes handicapées, qui souffrent d'une infirmité physique ou mentale, ne sont pas considérées comme étant en bonne santé.<sup>40</sup> Toutefois, cela n'est pas vrai à partir d'une vision de la santé centrée sur les droits de la personne, selon laquelle les personnes handicapées peuvent être considérées comme jouissant du meilleur état de santé qu'elles sont capables d'atteindre, si les services de santé, en lien avec les services socio-économiques,<sup>41</sup> répondent aux besoins particuliers de cette population et facilitent leur insertion sociale.<sup>42</sup>

En résumé, il n'existe pas une seule définition de la santé qui soit correcte. En fait, les différentes définitions de la santé proposées au fil des années sont pertinentes et s'appliquent à des champs de compétence distincts. De ce fait, bien que certaines critiques faites à l'égard de la définition de la santé proposée par l'OMS soient raisonnables, étant donné que cette définition est très large et difficile à utiliser, les définitions biomédicales de la santé ne sont pas appropriées lorsque nous abordons le droit à la santé à partir d'une perspective des droits de la personne. En effet, le concept de « possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre » utilisé par l'OMS et par les autres textes juridiques internationaux reste le plus adéquat pour comprendre la

---

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> Comme nous l'avons constaté précédemment, la Déclaration d'Alma Ata établit que "l'accession au niveau de santé le plus élevé possible est un objectif social extrêmement important qui intéresse le monde entier et suppose la participation de nombreux secteurs socio-économiques autres que celui de la santé."

<sup>42</sup> S. P. MARKS, préc., note 27.

santé comme un droit de la personne, car ce concept englobe l'aspect positif et négatif de la santé et découle d'une vision multidisciplinaire qui rattache à la santé des éléments économiques, sociaux et culturels. Toutefois, il s'agit probablement d'une définition trop large et difficilement utilisable par les décideurs gouvernementaux chargés de garantir l'offre de services de soins de santé à la population.<sup>43</sup>

## **Section 2. Le droit à la santé : un droit international intégré aux droits de la personne**

C'est dans le contexte d'émergence des organisations internationales et du système de protection et de garantie des droits de la personne, fondé sur divers textes juridiques internationaux,<sup>44</sup> que la santé a été énoncée pour la première fois comme un droit. Grâce à ces textes juridiques internationaux, le droit à la santé, qui a émergé récemment (après la Seconde Guerre mondiale), est aujourd'hui un droit humain bien établi en droit international. La majorité des pays dans le monde ont ratifié au moins un traité international lié à la garantie des droits de la personne qui impose des obligations aux États relatives au droit à la santé.<sup>45</sup>

Nous poursuivrons maintenant l'analyse de ces différents textes internationaux qui reconnaissent la santé comme un droit de la personne. Notons d'emblée que chacun de ces instruments a utilisé un langage différent pour qualifier le droit à la santé. De plus, il faut prendre en compte le fait que la majorité de ces traités sont des conventions dites « thématiques » qui

---

<sup>43</sup> Eleanor D KINNEY et Brian Alexander CLARK, « Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World », 37-2 73.

<sup>44</sup> À part les instruments juridiques internationaux, il existe aussi des instruments juridiques régionaux, tels que la Convention américaine relative aux droits de l'homme, la charte sociale européenne, la charte africaine sur les droits de l'homme et la charte arabe des droits de l'homme, qui complètent le système universel onusien de protection des droits de la personne en adaptant les normes et standards aux réalités des pays et régions. Néanmoins, ces instruments juridiques régionaux ne seront pas abordés dans ce travail, car notre recherche se restreint au droit international.

<sup>45</sup> R. MAGNUSSON, préc., note 2.

protègent le droit à la santé de populations spécifiques telles que les femmes, les enfants, les personnes handicapées, ainsi que les personnes victimes de discriminations raciales. Ces traités thématiques mettent en évidence la nécessité de protéger en particulier les droits des populations les plus vulnérables face aux risques de discrimination et de marginalisation auxquels elles font face.<sup>46</sup>

### **A. La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH)**

La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948. Cette Déclaration tire son origine dans l'horreur causée par le nazisme pendant la Seconde Guerre mondiale. En effet, pendant cette guerre, le monde a pu découvrir que les gouvernements des pays dits « civilisés » sont capables de commettre les pires actes envers leurs propres citoyens et les habitants des autres pays.<sup>47</sup> À cet égard, le préambule de la DUDH mentionne que « la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité du monde »<sup>48</sup>. Dans ce contexte, la DUDH a été adoptée comme un idéal à atteindre par tous les peuples et toutes les nations qui vise à assurer les droits et libertés de tous les individus. Les principes qui y sont énoncés doivent guider l'humanité, en influençant notamment le travail de l'ONU et les actions de ses États membres.

La DUDH est un texte qui a marqué la protection des droits de la personne, car elle a servi comme instrument de référence fondamental pour les conventions internationales et les législations

---

<sup>46</sup> Helen POTTS, *Accountability and the right to the highest attainable standard of health*, Colchester, Human rights Centre, University of Essex, 2005.

<sup>47</sup> Jonathan WOLFF, *The Human Right to Health*, New York, W.W. Norton & Company, 2012.

<sup>48</sup> *La Déclaration universelle des droits de l'homme Rés. 217 A (III)*, 1948.

nationales relatives aux droits de la personne.<sup>49</sup> Par ailleurs, cette Déclaration est le premier document international majeur à énoncer le concept de droits de la personne<sup>50</sup> et le premier à reconnaître ces droits comme étant inhérents à tout être humain.

En outre, la Déclaration énonce certains principes qui sont rattachés à tous les droits fondamentaux, y compris au droit à la santé, et qu'il nous semble important de présenter. Tout d'abord, dans son préambule, la Déclaration nous apprend que la dignité est inhérente à tous les individus. Elle reconnaît que « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde »<sup>51</sup>. De ce fait, lorsque nous parlons des droits de la personne, la dignité individuelle est une notion centrale. En effet, la dignité de tous les êtres humains, sans exception, doit être respectée, en particulier celle des populations les plus vulnérables, comme les personnes pauvres et les minorités ethniques et raciales.<sup>52</sup>

La DUDH reconnaît également que les droits de la personne sont inaliénables, c'est-à-dire « qu'ils ne peuvent pas être abrogés, sauf dans des circonstances particulières et conformément à une procédure spécifique »<sup>53</sup> et qu'ils s'appliquent de façon égale à tous et à toutes. Ce sont donc les principes d'égalité et de non-discrimination qui sont énoncés tout au long de la DUDH. Par ailleurs, l'article 2 de la DUDH dispose que: « chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion,

---

<sup>49</sup> M. J. ARBOUR et G. PARENT, préc., note 13.

<sup>50</sup> B. M. MEIER, préc., note 23.

<sup>51</sup> *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 48.

<sup>52</sup> Virginia A. LEARY, « The Right to Health in International Human Rights Law », (1994) 1-1 *Health and Human Rights* 24-56, DOI : 10.2307/4065261.

<sup>53</sup> « Que sont les droits de l'homme ? », *Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, en ligne : <<https://www.ohchr.org/FR/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>> (consulté le 27 mai 2019).

d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». <sup>54</sup> Bien que des conventions internationales majeures prévoient des dispositions similaires, il existe toujours beaucoup de discrimination et d'inégalité dans l'application du droit à la santé, surtout pour les populations vulnérables.

De plus, la Déclaration dispose que les droits fondamentaux sont interdépendants et liés les uns aux autres, ce qui signifie que la réalisation d'un droit est liée à la réalisation d'autres droits. En conséquence, les individus subissent fréquemment la négligence ou la violation de plusieurs droits en même temps. <sup>55</sup> De fait, les droits de la personne et les libertés fondamentales sont indivisibles et indissociables. Par conséquent, pour que le droit à la santé soit respecté il faut que d'autres droits soient aussi respectés. La réalisation du droit à la santé est ainsi liée à la réalisation d'autres droits de la personne, tels que le droit à l'alimentation, au logement, au travail, à l'éducation, à la non-discrimination, à l'accès à l'information et à la participation démocratique. <sup>56</sup>

Toujours dans son préambule, la DUDH dispose que les États doivent s'efforcer de garantir le respect des droits et libertés énoncés et d'en assurer par des mesures progressives leur reconnaissance et application. <sup>57</sup> Il est important de noter que la DUDH fait référence à une *réalisation progressive* de ces droits et libertés, c'est-à-dire que les États ne s'engagent pas à assurer le respect de ces droits de façon immédiate mais plutôt de manière progressive, en fonction de leur niveau de développement et de leurs ressources. <sup>58</sup>

Composée d'un total de 30 articles, la DUDH couvre deux grandes catégories de droits :

---

<sup>54</sup> *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 48.

<sup>55</sup> Sofia GRUSKIN, Edward J. MILLS et Daniel TARANTOLA, « History, Principles and Practice of Health and Human Rights », dans *Health and Human Rights in a Changing World*, Routledge, 2013, p. 32-41, en ligne : <<https://www.taylorfrancis.com/books/9781136688560>> (consulté le 26 mars 2019).

<sup>56</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, préc., note 16.

<sup>57</sup> *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 4.

<sup>58</sup> CDESC, *Observation générale no 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, Doc off CES NU, 22e sess, Doc NU E/C.12/2000/4 (2000).



les droits civils et politiques (DCP) et les droits économiques sociaux et culturels (DESC). Il n'existe pas de hiérarchie entre ces droits. La santé fait partie des droits sociaux et culturels, et est énoncée à l'article 25 de la Déclaration qui dispose que : « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires. »<sup>59</sup> C'est la première fois que la santé est énoncée comme un droit dans un texte international. La DUDH reconnaît le droit aux soins médicaux comme un déterminant de la santé et du bien-être. Toutefois, à la différence de l'OMS, la DUDH se limite à utiliser l'expression « niveau de vie suffisant pour assurer sa santé » plutôt que « possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre ».<sup>60</sup>

Malgré son importance la DUDH n'a pas de pouvoir juridique contraignant car il s'agit seulement d'une résolution adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU. Néanmoins, plusieurs chercheurs estiment que la DUDH a permis d'accélérer la formation d'un véritable droit coutumier en matière de droits de la personne.<sup>61</sup> En outre, la DUDH est un document qui a eu une influence clé dans le développement des traités internationaux sur les droits de la personne, car c'est à partir de cette Déclaration que la Commission des droits de l'homme de l'ONU a commencé à élaborer des instruments juridiques obligatoires concernant les droits de la personne.<sup>62</sup>

## **B. La Constitution de l'OMS**

Nous avons constaté précédemment que la Constitution de l'OMS, entrée en vigueur en 1948, énonce une définition positive de la santé qui prend en compte des éléments sociaux et

---

<sup>59</sup> *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 48.

<sup>60</sup> J. WOLFF, préc., note 47.

<sup>61</sup> *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 48.

<sup>62</sup> M. J. ARBOUR et G. PARENT, préc., note 13.

culturels ainsi que des éléments physiques et mentaux.

Toutefois, la Constitution va plus loin et précise au paragraphe 3 que le droit à la santé est un droit fondamental qui appartient à tous les êtres humains. De fait, la Constitution dispose que: « la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale »<sup>63</sup>.

À la différence de la DUDH, la Constitution de l'OMS est un document contraignant en droit international pour les États membres qui l'ont signée et ratifiée. À ce jour, ce document a été signé par 59 États et accepté par 193, y compris par le Canada (signé en juillet 1946 et ratifié en août 1946)<sup>64</sup> et par le Brésil (signé en juillet 1946 et ratifié en juin 1948)<sup>65</sup>. Ceci démontre la légitimité dont jouit l'OMS sur la scène internationale et symbolise l'engagement des États d'accepter et de respecter les principes qui sont énoncés dans sa Constitution.

### **C. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)**

Près de 20 ans après l'adoption de la DUDH, reconnaissant la différence de nature entre les DCP et les DESC, l'Assemblée générale a adopté en 1966 deux traités contraignants distincts pour protéger ces droits, soient le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)<sup>66</sup> et le PIDESC, qui reprennent, précisent et complètent les droits reconnus dans la DUDH.<sup>67</sup> Par l'adoption de ces deux traités entrés en vigueur en 1976, les États reconnaissent l'égalité entre les

---

<sup>63</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), préc., note 7.

<sup>64</sup> « Constitution de l'Organisation mondiale de la santé », préc., note 20.

<sup>65</sup> *Id.*

<sup>66</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 à l'art 4 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

<sup>67</sup> M. J. ARBOUR et G. PARENT, préc., note 13.

DCP et les DESC, tout en acceptant que la mise en œuvre de ces droits implique des obligations distinctes. Ainsi, ces deux Conventions imposent de manière contraignante aux États qui les ont signées et ratifiées de reconnaître et d'appliquer les droits qui y sont énoncés.<sup>68</sup> À ce jour, 172 États sont liés au PIDCP<sup>69</sup> et 169 États au PIDESC, dont le Canada qui a adopté les deux Pactes en 1976 et le Brésil qui a adopté les Pactes beaucoup plus tard, en 1992 (seulement quatre ans après l'adoption de la Constitution de 1988).<sup>70</sup> Cela signifie que ces gouvernements ont pris l'engagement, en droit international, à ce que leurs lois et politiques respectent les dispositions des deux Pactes. Dans le cadre de ce travail, nous nous sommes intéressés particulièrement au PIDESC, étant donné que la santé fait partie des droits sociaux.

De ce fait, tout comme la DUDH, le PIDESC protège le droit à la santé pour tous les individus. Ainsi, l'article 12 du PIDESC traduit dans un texte juridique contraignant le droit à la santé. L'article dispose que :

#### Article 12

1. 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.
2. Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit comprennent les mesures nécessaires pour assurer :
  - a) La diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant;
  - b) L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle;

---

<sup>68</sup> Solenne DELGA, « Un droit international public de la santé contraignant pour les États? », dans *Santé internationale: Les enjeux de santé au Sud*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011, p. 483-493.

<sup>69</sup> « Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_fr)> (consulté le 17 août 2019).

<sup>70</sup> « Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_fr)> (consulté le 30 janvier 2019).

- c) La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies;
- d) La création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie.

Cette disposition est plus développée que l'article 25 de la DUDH, et selon le CDESC c'est l'article « le plus complet consacré dans le droit international des droits de l'homme au droit à la santé »<sup>71</sup>. Dans un premier temps, cet article dispose que le droit à la santé est un droit inhérent à tous les individus. Dans un deuxième temps, le paragraphe 2 de l'article 12 énumère sous forme d'exemples les obligations des États parties au PIDESC.<sup>72</sup> Néanmoins, cette disposition reste large et imprécise. Pour pallier les lacunes du texte et aider les États parties à mettre en œuvre le PIDESC, le CDESC a publié en 2000 l'Observation générale no 14 (qui sera abordée en détail dans la section 3 de ce chapitre) précisant les obligations que le droit à la santé impose aux États parties, ainsi que le contenu normatif de l'article 12, les violations qui peuvent entraver la jouissance de ce droit et les mesures qui doivent être mises en œuvre pour en assurer la garantie au niveau national.<sup>73</sup>

Dans le cadre de ce travail, nous entendons par « droit à la santé » la définition proposée par le PIDESC. Ceci signifie que lorsque nous faisons référence au droit à la santé, nous ne devons pas simplement comprendre ce droit comme le droit d'accéder à des services de santé. Il faut aussi tenir compte d'autres éléments mentionnés par le PIDESC qui participent au droit à la santé, comme le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale capable d'être atteint.

---

<sup>71</sup> *Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint: E/C. 12/2000/4*, en ligne : <<http://www.cetim.ch/legacy/fr/documents/codesc-2000-4-fra.pdf>>.

<sup>72</sup> CENTRE DE COLLABORATION NATIONALE SUR LES POLITIQUES PUBLIQUES ET LA SANTÉ, préc., note 35.

<sup>73</sup> C. VÉZINA, préc., note 10.

## **D. La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD)**

La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1965. Toutefois, elle est entrée en vigueur seulement en janvier 1969. À ce jour, 181 États sont parties à cette Convention, dont le Canada qui l'a signée en août 1966 et l'a ratifiée en octobre 1970, et le Brésil qui l'a signée en mars 1966 et l'a ratifiée en mars 1968.<sup>74</sup>

La CERD, qui a été adoptée avant le PIDESC, prévoit au paragraphe e) iv) de l'article 5 que « les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique » dans la jouissance des plusieurs droits y compris « le droit à la santé, aux soins médicaux, à la sécurité sociale et aux services sociaux »<sup>75</sup>.

Cette Convention thématique, qui dispose, entre autres, sur le droit à la santé des personnes qui souffrent de discriminations raciales, fait une distinction entre le droit à la santé et le droit aux soins médicaux. De cette façon, dans cette Convention, le droit aux soins médicaux n'est pas un élément du droit à la santé ; il est en fait considéré comme un autre droit.

---

<sup>74</sup> « Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_fr)> (consulté le 17 août 2019).

<sup>75</sup> *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 RTNU, 195 (entrée en vigueur: 4 janvier 1969), en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/cerd.aspx>>.

## E. Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes (CEDAW)

La Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes (CEDAW) a été le premier texte international ayant trait aux droits de la personne et au droit à la santé à être adopté à la suite du PIDESC. La CEDAW a été adoptée en décembre 1979 et est entrée en vigueur en septembre 1981.<sup>76</sup> Elle compte aujourd'hui 189 États parties. Le Canada a signé cette Convention en juillet 1980 et l'a ratifiée en décembre 1981, tandis que le Brésil a signé la CEDAW en mars 1981 et l'a ratifiée en février 1984.<sup>77</sup>

La CEDAW protège le droit à la santé de toutes les femmes dans deux articles différents. Tout d'abord, le paragraphe 1f) de l'article 11 établit que :

« les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier le droit à la protection de la santé et à la sécurité des conditions de travail, y compris la sauvegarde de la fonction de reproduction. »<sup>78</sup>

Ensuite, le paragraphe 1 de l'article 12 énonce que « les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine des soins de santé en vue de leur assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les moyens d'accéder aux services médicaux, y compris ceux qui concernent la planification de la famille »<sup>79</sup>. On se réfère ici au droit à la protection de la santé, tout en exprimant la nécessité d'éliminer les

---

<sup>76</sup> « Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_fr)> (consulté le 17 août 2019).

<sup>77</sup> note 74.

<sup>78</sup> *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, 1249 RTNU 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981)*, en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>>.

<sup>79</sup> *Id.*

discriminations dans l'accès aux soins de santé et en prenant en compte les spécificités de la santé des femmes, comme la planification familiale et la santé sexuelle et reproductive.

## **F. La Convention relative aux droits de l'enfant (CRC)**

La Convention relative aux droits de l'enfant (CRC) de 1989 est entrée en vigueur en septembre 1990. Au total, 196 États<sup>80</sup> sont parties à cette Convention, ce qui signifie que parmi les instruments juridiques internationaux mentionnés dans le présent travail, la CRC est celle qui compte la plus grande adhésion. Le Canada a signé la CRC en mai 1990 et l'a ratifiée quelques mois plus tard, en août 1990. De la même façon, le Brésil a signé la CRC en janvier 1990 et l'a ratifiée en septembre de la même année.<sup>81</sup>

La CRC prévoit à l'article 24.1 que « les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services »<sup>82</sup>. Elle reprend le terme utilisé par la Convention de l'OMS et le PIDESC et se propose d'assurer le droit de tous les enfants de jouir du meilleur état de santé possible et d'accéder aux services médicaux. Par la suite, le deuxième paragraphe de l'article 24 énonce les mesures qui devraient être prises par les États pour assurer le droit de l'enfant à la santé, en citant des mesures qui se réfèrent non seulement à l'accès aux services et aux soins de santé, mais également à une alimentation adéquate et à l'eau potable.

---

<sup>80</sup> « Convention relative aux droits de l'enfant », en ligne : [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_fr) (consulté le 17 août 2019).

<sup>81</sup> *Id.*

<sup>82</sup> *Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).*

## G. Convention relative aux droits des personnes handicapées (CRPD)

Beaucoup plus récente que les conventions mentionnées précédemment, la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CRPD), datant de 2006, est entrée en vigueur en mai 2008. En ce moment, 180 États sont parties à la CRDP, dont le Canada qui a signé la CRDP en mars 2007 et l'a ratifiée seulement trois ans plus tard, en mars 2010, et le Brésil qui a signé la Convention en mars 2007 et l'a ratifiée en août 2008.<sup>83</sup>

Cette Convention consacre le droit à la santé des personnes ayant des handicaps en tous genres dans son article 25 qui se lit comme suit:

« Les États parties reconnaissent que les personnes handicapées ont le droit de jouir du meilleur état de santé possible sans discrimination fondée sur le handicap. Ils prennent toutes les mesures appropriées pour leur assurer l'accès à des services de santé qui prennent en compte les stéréospécificités, y compris des services de réadaptation. »<sup>84</sup>

Par la suite, suivant le modèle employé par le PIDESC, l'article détaille les obligations inhérentes aux États parties qui ont ratifié la Convention.

En résumé, il existe plusieurs textes juridiques internationaux qui énoncent le droit à la santé comme un droit fondamental. Selon Leary, parler d'un droit à la santé ne signifie pas pour autant que ce droit devrait être priorisé au regard aux autres droits. Le fait de parler d'un droit à la santé confirme néanmoins son caractère essentiel, en mettant en relief la spécificité des enjeux y afférant, la santé ayant un impact notable sur la vie, l'égalité des chances et la survie des

---

<sup>83</sup> « Convention relative aux droits des personnes handicapées », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_fr)> (consulté le 17 août 2019).

<sup>84</sup> *Convention relative aux droits des personnes handicapées, 13 décembre 2006, 2515 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 mai 2008)*.



individus.<sup>85</sup> Ainsi, le droit à la santé énoncé par les traités internationaux sur les droits de la personne impose aux États qui les ont ratifiés l'obligation de promouvoir et de protéger la santé de tous les individus.<sup>86</sup>

### **Section 3 : L'application du droit à la santé : une approche fondée sur les droits de la personne**

Comme nous l'avons constaté dans les sections précédentes, le droit à la santé est un droit de la personne qui s'insère dans la catégorie des DESC. Ainsi, prenant en compte les principes liés aux droits de la personne, le droit à la santé n'est pas un élément isolé ; il est indissociable des autres droits de la personne.

Dans ce contexte, nous analyserons dans la prochaine section le contenu du droit à la santé et son application à partir d'une approche fondée sur les droits de la personne. Pour ce faire, nous utiliserons surtout l'Observation générale no 14 publiée en 2000 par le CDESC, qui est un texte émanant d'une institution onusienne disposant de la légitimité nécessaire pour clarifier, minimalement, le droit à la santé et indiquer ce qu'il implique en pratique. En ce qui concerne les documents appelés « observations générales », Toebes nous apprend que :

« A General Comment is a document drawn up by a UN treat-monitoring body that explains the meaning and implications of a certain aspect of the treaty concerned and that seeks to assist States parties to fulfil their reporting obligations. While General Comments are strictly speaking not legally binding ('soft law instruments'), General Comments are increasingly being referred to in legal scholarship and practice. As such they can be considered as influential and

---

<sup>85</sup> V. A. LEARY, préc., note 52.

<sup>86</sup> Rick LINES, Ralf JURGENS, Glenn BETTERIDGE, Heino STOVER, Dumitru LATICEVSCHI et Joachim NELLES, *L'échange de seringues en prison: leçons d'un examen complet des données et expériences internationales*, Réseau juridique canadienne VIH/SIDA, 2006.

authoritative documents which can supersede the status of mere soft law. »<sup>87</sup>

En dépit de son caractère non contraignant, l'Observation générale no 14 est un document utile en raison de sa capacité à influencer sur les États et les politiques publiques et de produire des attentes envers les États sur la scène internationale (une pression politique et morale). En outre, l'Observation enrichit et précise le contenu a priori flou du droit à la santé et aborde les questions de mise en œuvre et d'application de ce droit en précisant comment ces attentes doivent être satisfaites dans des États possédant des réalités économique, sociale et culturelle très diverses.<sup>88</sup>

#### **A. Le contenu normatif du droit à la santé**

Le droit à la santé est un droit qui suppose des libertés et des droits.<sup>89</sup> Les libertés comprennent le droit des individus de contrôler leur propre santé et leur propre corps, à travers l'expression de la liberté sexuelle ou reproductive par exemple, ainsi que le droit à l'intégrité, à travers, par exemple, le refus d'être soumis à un traitement ou à une expérience médicale non désirée.<sup>90</sup> De plus, le droit à la santé comprend « le droit d'accéder à un système de protection de la santé qui garantit à chacun, sur un pied d'égalité la possibilité de jouir du meilleur état de santé possible »<sup>91</sup>. Il s'agit par exemple du droit de recevoir des services médicaux d'urgence.<sup>92</sup> L'expression « meilleur état de santé possible » ou « meilleur état de santé susceptible d'être atteint » est utilisée pour définir le droit à la santé depuis la création de l'OMS et l'adoption de sa

---

<sup>87</sup> Brigit TOEBES, « The right to health, and the other health-related rights », dans *Health and Human Rights in Europe*, Cambridge-Antwerpen-Portland : Intersentia, International Law Series, 2012, p. 83-110.

<sup>88</sup> E. D. KINNEY et B. A. CLARK, préc., note 43.

<sup>89</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, préc., note 16.

<sup>90</sup> *Id.*

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> CDESC, préc., note 58.

Constitution. Toutefois, avant l'Observation générale no 14 de 2000, aucun document international n'avait proposé une clarification ni une explication de cette expression qui soulève beaucoup de questionnements. De fait, dans l'Observation générale no 14, le CDESC explique que cette notion « repose à la fois sur la situation biologique et socio-économique de chaque individu au départ et sur les ressources dont dispose l'État »<sup>93</sup>. Ainsi, pour le CDESC, le droit à la santé ne se restreint pas au droit d'être en bonne santé. C'est un droit inclusif qui va au-delà de la garantie d'un accès aux services de santé et qui englobe les déterminants sociaux de la santé.<sup>94</sup> Le droit à la santé vise donc à assurer le droit de contrôler sa propre santé, de protéger son intégrité et sa liberté sexuelle, ainsi que le droit de jouir de divers biens et services et des conditions nécessaires à la réalisation du meilleur état de santé susceptible d'être atteint.<sup>95</sup>

Par ailleurs, il existe quatre principes de base liés au droit à la santé qui sont : la disponibilité, l'accessibilité, l'acceptabilité et la qualité.<sup>96</sup> Les obligations imposées aux États donnent effet au droit à la santé dans les systèmes politiques et juridiques des États. Ceci implique l'adoption d'une politique nationale de la santé et l'approvisionnement des services qui répondent à ces quatre principes de base.<sup>97</sup>

## 1. Les quatre principes de base du droit à la santé

### a) *Disponibilité*

La *disponibilité* signifie que l'État doit fournir des installations, des biens et des services en quantité suffisante et en état fonctionnel pour toute sa population ; ce qui implique entre autres

---

<sup>93</sup> *Id.*

<sup>94</sup> R. MAGNUSSON, préc., note 2.

<sup>95</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> J. WOLFF, préc., note 47.

l'accès aux hôpitaux et cliniques, et aux médicaments essentiels.<sup>98</sup> Toutefois, lorsque le CDESC explique ce principe il prend en considération les spécificités liées aux États parties au PIDESC, telles que le niveau de développement de chaque pays, les défis liés à la santé qu'il rencontre, les sources de financement disponibles ainsi que l'offre de services des secteurs publics et privés.<sup>99</sup> De ce fait, la nature des installations, des biens et des services peut varier en fonction d'un ou plusieurs de ces facteurs. Néanmoins, le CDESC identifie certains services et programmes qui sont considérés comme essentiels pour l'existence d'un système de santé efficace<sup>100</sup>, tels que :

« ...l'eau salubre et potable et des installations d'assainissement appropriées, des hôpitaux, des dispensaires et autres installations fournissant des soins de santé, du personnel médical et professionnel qualifié recevant un salaire décent par rapport au niveau national, et des médicaments essentiels, au sens du Programme d'action pour les médicaments essentiels de l'OMS ». <sup>101</sup>

Magnusson argue qu'un moyen d'améliorer ou d'augmenter la *disponibilité* des installations, des biens et des services fournis à la population par le gouvernement passe par le biais d'une réforme de la loi.<sup>102</sup> Pour appuyer cette affirmation, il explique qu'une législation peut être nécessaire pour établir une Autorité nationale des médicaments chargée de surveiller la disponibilité des médicaments essentiels à des prix abordables, d'encourager l'utilisation des médicaments génériques et de recommander la réduction des impôts sur les médicaments essentiels.<sup>103</sup> Dans la pratique, l'adoption d'une telle loi démontrerait que l'État est en train d'agir pour améliorer la disponibilité des services considérés par le CDESC comme essentiels à

---

<sup>98</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>99</sup> R. MAGNUSSON, préc., note 2, p. 15.

<sup>100</sup> R. MAGNUSSON, préc., note 2.

<sup>101</sup> CDESC, préc., note 58, p. 4.

<sup>102</sup> R. MAGNUSSON, préc., note 2, p. 16.

<sup>103</sup> *Id.*

l'existence d'un système de santé efficace. Il s'agit là uniquement d'une illustration, et il est vrai que la pertinence d'une loi peut varier selon la réalité de chaque État, étant donné la diversité des contextes juridiques nationaux. Toutefois, l'adoption d'une loi demeure un moyen important permettant aux États de démontrer qu'ils sont en train d'agir pour faire respecter le droit à la santé et ses principes.

b) *Accessibilité*

Le principe *d'accessibilité* se réfère au fait que les installations, biens et services de santé doivent être accessibles, sans discrimination, à toute personne relevant de la juridiction de l'État, en particulier les populations vulnérables ou marginalisées. Ce principe comporte quatre dimensions interdépendantes : la non-discrimination, l'accessibilité physique, l'accessibilité économique et l'accessibilité de l'information.<sup>104</sup>

La première dimension, soit la non-discrimination, signifie selon le CDESC que les installations, biens et services doivent être accessibles à tous et toutes, en particulier aux groupes vulnérables ou marginalisés.<sup>105</sup> En ce sens, protéger les individus contre les discriminations revient à s'assurer que l'accès aux services de santé et aux médicaments ne sera refusé à quiconque en raison de son identité raciale ou culturelle, de son sexe ou orientation sexuelle, de sa langue ou religion, de ses handicaps mentaux ou physiques, de ses opinions politiques ou de son état de santé.<sup>106</sup> Le CDESC considère l'adoption, la modification ou l'abrogation des textes législatifs comme un moyen effectif pour éliminer les discriminations en matière de santé qui ont des incidences financières minimales.<sup>107</sup>

La deuxième dimension est celle de l'accessibilité physique. Elle porte sur les barrières et

---

<sup>104</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>105</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>106</sup> R. MAGNUSSON, préc., note 2, p. 18.

<sup>107</sup> CDESC, préc., note 58, p. 7.

obstacles que subissent en particulier les groupes vulnérables et marginalisés, tels que les minorités ethniques et les populations autochtones, les femmes, les enfants, les adolescents, les personnes âgées, les personnes handicapées et les personnes atteintes du VIH/SIDA, pour accéder aux installations, biens et services de santé.<sup>108</sup> Aussi, les populations qui vivent dans des régions éloignées, n'ayant accès à aucun moyen de transport pour bénéficier de soins appropriés, sont privés de l'accès aux services de santé.<sup>109</sup> Dès lors, l'accessibilité physique inclut la construction de routes ou de ponts qui facilitent l'accès à ces services, la mise à disposition de moyens de transport et d'autres formes d'assistance, comme les services de soutien aux personnes handicapées.<sup>110</sup>

L'accessibilité économique, quant à elle, est reliée aux coûts. Ainsi, les installations, biens et services de santé doivent être abordables pour tous et toutes, y compris les groupes socialement défavorisés.<sup>111</sup> Le CDESC fait prévaloir ici le principe d'équité qui impose que « les ménages les plus pauvres ne soient pas frappés de façon disproportionnée par les dépenses de santé par rapport aux ménages les plus aisés ». <sup>112</sup> Ainsi, l'accessibilité économique ne signifie pas que le gouvernement doit offrir gratuitement toutes les installations, biens et services de santé à ses citoyens. Cependant, il impose au gouvernement la responsabilité de s'assurer que les groupes les plus pauvres et les plus vulnérables ne sont pas touchés de manière démesurée par les coûts liés à la santé en comparaison avec les groupes les plus riches.

Finalement, la dernière dimension du principe d'accessibilité a trait à l'information et comprend « le droit de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées

---

<sup>108</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>109</sup> R. MAGNUSSON, préc., note 2, p. 18.

<sup>110</sup> *Id.*

<sup>111</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>112</sup> *Id.*, p. 4.

concernant les questions de santé ». <sup>113</sup> Le CDESC avance que l'accessibilité à l'information ne doit pas porter atteinte au droit à la confidentialité des données de santé personnelles. En d'autres termes, le principe de l'accessibilité à l'information ne doit pas violer le droit à la confidentialité et les données personnelles doivent rester confidentielles.

#### c) Acceptabilité

Selon le CDESC, *l'acceptabilité* implique que « les installations, biens et services en matière de santé doivent être respectueux de l'éthique médicale et être appropriés sur le plan culturel ». <sup>114</sup> En d'autres mots cela signifie que les services en matière de santé doivent être respectueux de la culture des individus, des minorités, des peuples et des communautés, et doivent également être adaptés aux exigences liées au sexe et au stade de la vie. <sup>115</sup> En guise d'exemple, dans la pratique, ce principe signifie que le traitement médical doit être expliqué de manière adéquate à l'individu qui le reçoit et que les professionnels de la santé doivent être conscients des sensibilités culturelles de l'individu. <sup>116</sup> De ce fait, le principe d'acceptabilité se réfère non seulement à l'importance de respecter l'éthique médicale et les différences culturelles, mais également les particularités de genre des patients. Selon Potts « a gender perspective may need to be incorporated into local health facility budgets to identify gender-based gaps in the budget allocation to programmes of the health facility » <sup>117</sup>. À partir de cet exemple, Potts nous aide à comprendre l'importance de cette sensibilisation à la question du genre.

#### d) Qualité

Finalement, le principe de *qualité* présuppose que les installations, biens et services de

---

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> *Id.*, p. 5.

<sup>115</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>116</sup> H. POTTS, préc., note 46.

<sup>117</sup> *Id.*, p. 10.

santé doivent être scientifiquement, médicalement et culturellement appropriés et de bonne qualité. Cela implique, entre autres, d'avoir du personnel qualifié et des médicaments et du matériel hospitalier approuvés par les instances scientifiques.<sup>118</sup> Les autres services sociaux doivent aussi être fournis de façon adéquate et être de qualité. Ainsi, non seulement les hôpitaux et les médicaments doivent être accessibles et de bonne qualité, mais aussi l'éducation et la formation à la santé.<sup>119</sup> À ce sujet, Magnusson explique que si les services offerts par le gouvernement ne sont pas effectifs et de bonne qualité, ils ne peuvent pas contribuer à la réalisation du « meilleur état de santé capable d'être atteint ». Il ajoute que si les services de santé offerts sont de mauvaise qualité, ceci peut engendrer une réduction de la demande de services. Ce n'est pas dû au fait que les personnes n'auront pas besoin de ces services mais plutôt qu'elles n'auront pas confiance dans les services offerts.<sup>120</sup> Ceci peut avoir des conséquences graves. Que feront, par exemple, les personnes qui font face à des problèmes de santé et qui n'ont pas la possibilité de chercher un autre service de santé ? Ainsi, il faut absolument que les services de santé offerts par les gouvernements aux citoyens respectent le principe de qualité.

## 2. L'imputabilité et la participation : deux principes clés du droit à la santé

Mis à part les principes mentionnés par le CDESC, Toebes se réfère à deux autres principes que la littérature associe souvent au droit à la santé : l'imputabilité (*accountability*) et la participation, que nous allons maintenant présenter.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>119</sup> H. POTTS, préc., note 46.

<sup>120</sup> R. MAGNUSSON, préc., note 2.

<sup>121</sup> B. TOEBES, préc., note 87.



a) *Imputabilité*

Hunt défend l'idée selon laquelle l'imputabilité est « a vital feature of human rights, including the right to health »<sup>122</sup>. Ce processus a été défini par Potts comme « the process which requires government to show, explain and justify how it has discharged its obligations regarding the right to the highest attainable standard of health »<sup>123</sup>. Elle explique que ce processus d'imputabilité est un processus à la fois prospectif et rétroactif. D'une part, il est prospectif, dans la mesure où il attire l'attention sur le potentiel d'amélioration d'un service à travers l'identification de ce qui fonctionne et de ce qui ne fonctionne pas, afin de mettre en œuvre des changements. D'autre part, c'est aussi un processus rétroactif, car il attire l'attention sur les solutions qui auraient pu être mises en œuvre lorsque le gouvernement n'a pas réussi à respecter ses obligations.<sup>124</sup>

Par ailleurs, Yamin affirme qu'un processus d'imputabilité efficace dans le cadre des droits de la personne nécessite des éléments essentiels qui sont dépendant les uns des autres. Il s'agit de la surveillance (*monitoring*), des mécanismes d'imputabilité, du recours et de la participation.<sup>125</sup>

De fait, le principe d'imputabilité nécessite dans un premier temps qu'il existe une surveillance de tous les aspects du développement et de la mise en œuvre d'une politique. L'importance de ce processus de surveillance réside prioritairement dans deux aspects. Tout d'abord, ce processus fournit de façon continue des informations aux gouvernements pour qu'ils soient capables de déterminer sur quels domaines ils devraient se concentrer pour atteindre les

---

<sup>122</sup> Paul HUNT, *Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health*, Paul Hunt : addendum : Missions to the World Bank and the International Monetary Fund in Washington, D.C. (20 October 2006) and Uganda (4-7 February 2007), A/HRC/7/11/Add.2, 2008, en ligne : <<https://www.refworld.org/docid/47da904c2.html>>.

<sup>123</sup> H. POTTS, préc., note 46.

<sup>124</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>125</sup> Elicia Ely YAMIN, « Beyond compassion: The central role of accountability in applying a human rights framework to health », (2008) 10-2 *Health and Human Rights Journal*, en ligne : <<https://www.hhrjournal.org/2013/09/beyond-compassion-the-central-role-of-accountability-in-applying-a-human-rights-framework-to-health/>> (consulté le 15 septembre 2019).

objectifs nécessaires à la réalisation du droit à la santé.<sup>126</sup> De plus, ce processus de surveillance fournit aux détenteurs de droits les informations nécessaires pour qu'ils puissent faire valoir leurs droits et ainsi obliger les gouvernements à rendre des comptes lorsque des obligations ne sont pas respectées.<sup>127</sup> Ce processus de surveillance doit être conduit de façon continue. Il peut être réalisé par le gouvernement ou par un organisme de la société civile, comme une ONG.<sup>128</sup>

Les mécanismes sont le deuxième élément nécessaire à l'imputabilité. Yamin affirme que « mapping accountability is useless if there are no consequences for failures to meet obligations »<sup>129</sup>. Ces mécanismes d'imputabilité offrent aux détenteurs de droit l'opportunité d'obtenir des informations sur les actions des gouvernements et de demander des explications. En même temps, ils offrent aux gouvernements un espace pour justifier et expliquer leurs actions. Potts affirme que ces mécanismes se retrouvent aux échelles régionale, nationale et internationale. Ils peuvent être développés spécifiquement pour répondre à l'exigence d'imputabilité vis-à-vis du droit à la santé, ou être développés plus généralement dans le contexte des droits de la personne et être appliqués par la suite au droit de la santé.<sup>130</sup> À cet égard, Yamin explique que bien qu'il existe des mécanismes d'imputabilité aux échelles régionale, nationale et internationale, la réalisation de tous les droits, y compris du droit à la santé, « ultimately occurs at the national level and relies primarily upon domestic institutions »<sup>131</sup>.

Par ailleurs, ces mécanismes peuvent être de cinq types différents : judiciaire, quasi judiciaire, administratif, politique et social.<sup>132</sup> Pour donner un exemple, dans la sphère internationale, les mécanismes d'imputabilité sont quasi judiciaires, étant donné qu'il n'existe pas

---

<sup>126</sup> H. POTTS, préc., note 46.

<sup>127</sup> *Id.*

<sup>128</sup> *Id.*

<sup>129</sup> E. E. YAMIN, préc., note 125.

<sup>130</sup> H. POTTS, préc., note 46.

<sup>131</sup> E. E. YAMIN, préc., note 125.

<sup>132</sup> H. POTTS, préc., note 46.

de mécanisme d'imputabilité spécifique pour le droit à la santé en droit international (même s'il existe une organisation internationale spécialisée en santé, l'OMS). À cet égard, Régis et Kastler affirment « que le droit qui émane de l'OMS n'est appuyé par aucun mécanisme contraignant permettant d'enfoncer l'exécution à l'échelle internationale »<sup>133</sup>. Toutefois, les décisions de la Cour internationale de justice et de la Cour pénale internationale peuvent avoir un impact sur les politiques de santé à l'échelle nationale.<sup>134</sup> Par ailleurs, les mécanismes quasi judiciaires existent aussi dans la communauté juridique internationale. Ce sont les comités d'experts indépendants qui surveillent l'application des principaux traités internationaux relatifs aux droits de la personne.<sup>135</sup> En guise d'exemple, le CDESC est chargé de superviser la mise en œuvre du PIDESC. Ainsi, les États parties au PIDESC sont tenus de soumettre des rapports réguliers au CDESC sur la mise en œuvre des DESC. Une fois ces rapports reçus, le CDESC examine les rapports et fait des recommandations aux États parties qui sont présentées sous la forme d'observations finales.<sup>136</sup>

Les recours, quant à eux, sont les mesures qui doivent être disponibles en cas de non-respect du droit à la santé. Potts affirme que « remedies to redress violations of the right to health are key to ensuring that human rights have meaning »<sup>137</sup>. Différents types de recours s'appuyant sur des mécanismes d'imputabilité sont à la disposition de tout détenteur ou détentrice de droits qui fait face à une violation du droit à la santé. Tout d'abord, il existe les recours qui cherchent à limiter l'impact sur le court terme de la violation du droit à la santé pour l'individu ou le groupe affecté. Il s'agit par exemple 1) de la restitution, qui implique le rétablissement d'une situation qui existait avant la violation du droit à la santé, 2) de la compensation, qui impose à l'État de fournir une

---

<sup>133</sup> C. RÉGIS et F. KASTLER, préc., note 19 à la page 388.

<sup>134</sup> H. POTTS, préc., note 46, p. 26.

<sup>135</sup> *Id.*

<sup>136</sup> *Id.*

<sup>137</sup> *Id.*, p. 28.

compensation pour tout dommage résultant d'une violation du droit à la santé, et 3) de la réhabilitation qui implique l'offre des soins médicaux ou psychologiques, de services juridiques et sociaux au détenteur ou détentrice de droits.<sup>138</sup> Par la suite, le deuxième type de recours garantit l'introduction d'un processus de reddition de comptes sur le long terme qui permet la satisfaction et la garantie de non-répétition. Ils incluent, entre autres, la création de lois, la formation de spécialistes en droit à la santé, la divulgation totale et publique de la vérité et la présentation d'excuses officielles comprenant la reconnaissance publique des faits et l'acceptation de la responsabilité.<sup>139</sup> Il est à noter qu'un détenteur ou détentrice de droit qui voit son droit à la santé violé peut être dédommagé au travers d'un ou plusieurs recours.

Finalement, le dernier élément est la participation qui concerne autant la participation des individus que des groupes. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les mécanismes d'imputabilité peuvent être judiciaires, quasi judiciaires, administratifs, politiques ou sociaux. La participation des individus ou des groupes est présente dans tous ces mécanismes. Néanmoins, elle varie en fonction du type de mécanisme.<sup>140</sup> Potts et Hunt, quant à eux, s'intéressent à la participation en lien avec les mécanismes judiciaires. Selon ces auteurs, « in judicial mechanisms, participation will usually be via legal representation. In this case, the accessibility of the process may be principally governed by cost. Fairness and transparency of the process may be governed by court processes and the relationship between the legal representative and the client ».<sup>141</sup> Toujours en rapport avec la participation, Yamin avance qu'un processus d'imputabilité efficace doit pouvoir mobiliser les gens afin qu'ils s'engagent dans des actions politiques et sociales qui

---

<sup>138</sup> *Id.*

<sup>139</sup> *Id.*

<sup>140</sup> H. POTTS et P. H. HUNT, *Participation and the right to the highest attainable standard of health*, Colchester, Human Rights Centre. University of Essex, 2008, en ligne : <<http://repository.essex.ac.uk/9714/>> (consulté le 23 août 2019).

<sup>141</sup> *Id.*, p. 30.

pourraient refléter une participation populaire active.<sup>142</sup>

b) La participation

Un autre aspect important du droit à la santé concerne la participation de la population aux prises de décisions liées à la santé, autant à l'échelle locale qu'à l'échelle nationale et internationale.<sup>143</sup> Cela comprend notamment la participation de la population à la formulation et l'adoption de politiques publiques en matière de santé. Selon Potts, une participation effective repose sur le respect d'autres droits tels que le droit de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations liées à la santé, le droit d'exprimer des opinions librement et le droit à une éducation sanitaire de base.<sup>144</sup> L'auteure explique aussi que la participation doit être non-discriminatoire, ce qui signifie que pour assurer la participation il faut prendre en compte différents points de vue, en incluant, par exemple, la vision des femmes, des personnes défavorisées et des groupes minoritaires de la société. Ainsi, si un État veut privatiser ou bien décentraliser son système de santé, il doit d'abord développer des stratégies de consultation effectives qui permettent de faire participer à la prise de décision en matière de santé différents groupes de la société qui représentent la diversité des populations.<sup>145</sup> Par ailleurs, ce processus de participation doit aussi être transparent, ce qui impose que l'information doit être claire et bien expliquée à toutes les personnes qui participent au processus de décision pour qu'elles soient en mesure de prendre une décision responsable et consciente.<sup>146</sup> Il faut noter que le processus de participation ne prétend pas que la décision finale sera une décision unanime qui va satisfaire tous les groupes qui ont participé au processus. Néanmoins, tous les individus et les différents groupes de la société ont le droit de

---

<sup>142</sup> E. E. YAMIN, préc., note 125.

<sup>143</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>144</sup> H. POTTS, préc., note 46.

<sup>145</sup> B. TOEBES, préc., note 87.

<sup>146</sup> H. POTTS et P. H. HUNT, préc., note 140.

prendre part à un processus de décision, et cela doit être fait de façon juste et transparente. De plus, il faut que les individus et les groupes soient capables de comprendre comment la décision finale a été prise.<sup>147</sup>

## **B. Les obligations imposées par le droit international à la santé**

Les obligations incombant aux États parties au PIDESC en ce qui concerne les DESC sont prévues à son article 2<sup>148</sup> qui se lit comme suit :

1. Chacun des États Parties au présent pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives.
2. Les États Parties au présent pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.
3. Les pays en voie de développement, compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale, peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le présent pacte à des non-ressortissants.

Cette disposition identifie deux types d'obligations contraignantes incombant aux États en ce qui concerne les DESC, soient les obligations à réalisation immédiate et les obligations à réalisation progressive.<sup>149</sup> Dans les lignes qui suivent, nous aborderons ces obligations en lien avec le droit à la santé et obligations fondamentales qui lui sont liées.

---

<sup>147</sup> *Id.*, p. 19.

<sup>148</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, préc., note 5.

<sup>149</sup> CDESC, préc., note 58.

## 1. Les obligations à réalisation immédiate

Tout d'abord, l'article 2.1 décrit ci-haut impose aux États parties au PIDESC des obligations immédiates qui doivent être réalisées sans égard aux ressources financières des États.<sup>150</sup> Dans un premier temps, l'article se réfère à « l'obligation d'agir » qui signifie que les États doivent adopter des mesures à caractère délibéré et concret visant la réalisation du droit à la santé.<sup>151</sup>

Par la suite, l'article fait référence à l'obligation de garantir que ce droit sera « exercé sans discrimination aucune ». Le Pacte énonce ainsi le principe de non-discrimination et d'égalité qui doit être appliqué à tous les niveaux du droit à la santé. Ce principe de non-discrimination est très important étant donné qu'il protège le droit à la santé des différentes populations, et particulièrement celui des populations marginalisées et stigmatisées qui voient souvent leur droit à la santé violé. Selon l'ONUSIDA, « le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale comprend l'obligation minimale fondamentale des États d'assurer l'accès aux infrastructures, biens et services de santé sur une base non discriminatoire »<sup>152</sup>. D'ailleurs, l'ONUSIDA ajoute que « la discrimination est une barrière aux services de soins de santé et aux services communautaires et empêche l'atteinte de la couverture sanitaire universelle ».<sup>153</sup> Dans le même ordre d'idées, Paul Hunt, ancien Rapporteur spécial à la santé, affirme que la discrimination et le stigma sont des enjeux centraux lorsque nous parlons du droit à la santé. De plus, il ajoute que:

« the links between stigma, discrimination, and denial of the right to enjoy the highest attainable standard of health are complex and multifaceted. Together, discrimination and stigma amount to a failure to respect human dignity and

---

<sup>150</sup> *Id.*

<sup>151</sup> *Id.*

<sup>152</sup> *Note d'information - Zéro cas de discrimination dans les structures de soins de santé*, UNAIDS/PCB (41)/17.27, Genève, Suisse, 2017.

<sup>153</sup> ONUSIDA, *Programme d'éradication de la discrimination dans les milieux de soins de santé*, 2017, en ligne : <[http://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/2017ZeroDiscriminationHealthCare\\_fr.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/2017ZeroDiscriminationHealthCare_fr.pdf)>.

equality by devaluing those affected, often adding to the inequalities already experienced by vulnerable and marginalized groups. This increases people's vulnerability to ill health and hampers effective health interventions. The impact is compounded when an individual suffers double or multiple forms of discrimination based, for example, on gender, race, poverty, and health status.»<sup>154</sup>

En outre, le principe de non-discrimination impose aux États des obligations négatives, étant donné qu'il dispose que les États ont l'obligation de mettre fin à tout comportement discriminatoire. Le principe impose aussi des obligations positives puisque pour garantir l'égalité d'accès au droit à la santé les États doivent adopter des mesures et des politiques adéquates et raisonnables visant à garantir ce droit à tous et à toutes, et doivent également modifier les lois et pratiques qui permettent ou favorisent la discrimination.<sup>155</sup>

## 2. Les obligations fondamentales

Comme tous les droits de la personne, le droit à la santé impose aux États des obligations fondamentales minimales. Selon Forman *et al.*, cette idée des « core obligations », c'est-à-dire des obligations fondamentales liées aux DESC, a été introduite dans les débats relatifs aux droits de la personne dans les années 1980 par des auteurs tels que Henry Shue, Andreassen et Örüçü.<sup>156</sup> Le fait de proposer des obligations fondamentales liées aux DESC visait à relever les défis posés par leur caractère progressif, lié à la disponibilité variable des ressources des États, énoncé à l'article

---

<sup>154</sup> Paul HUNT, « The UN Special Rapporteur on the Right to Health: Key objectives, Themes and Interventions. », (2003) 7-1 *Health and Human Rights* 1-27.

<sup>155</sup> HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Droits économiques, sociaux et culturels - Manuel destiné aux institutions des droits de l'homme*, 2004, en ligne : <[https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR\\_P\\_PT\\_12\\_NHRI\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_P_PT_12_NHRI_fr.pdf)>.

<sup>156</sup> Lisa FORMAN, Luljeta CARAOSHI, Audrey R. CHAPMAN et Everaldo LAMPREA, « Conceptualising minimum core obligations under the right to health: How should we define and implement the 'morality of the depths' », (2016) 20-4 *The International Journal of Human Rights* 531-548, DOI : 10.1080/13642987.2015.1128137.



2 du PIDESC.<sup>157</sup> Quelques années plus tard, la référence à ces obligations a commencé à apparaître dans les rapports et résolutions internationaux relatifs aux droits de la personne.

En ce qui concerne particulièrement le droit à la santé, la Déclaration d'Alma-Ata a été le premier document à définir des orientations au sujet des obligations fondamentales découlant de l'article 12 du PIDESC. Ces obligations, qui sont contraignantes et ne sont pas soumises à une réalisation progressive, ont par la suite été confirmées par le CDESC. Il s'agit des obligations :

1) de garantir le droit d'avoir accès aux équipements, produits et services sanitaires sans discrimination aucune, notamment pour les groupes vulnérables et marginalisés ; 2) d'assurer l'accès à une alimentation essentielle minimale qui soit suffisante et sûre sur le plan nutritionnel, pour libérer chacun de la faim ; 3) d'assurer l'accès à des moyens élémentaires d'hébergement, de logement et d'assainissement et à un approvisionnement suffisant en eau salubre et potable; 4) de fournir des médicaments essentiels, tels qu'ils sont définis périodiquement dans le cadre du Programme d'action de l'OMS pour les médicaments essentiels ; 5) de veiller à une répartition équitable de tous les équipements, produits et services sanitaires et ; 6) d'adopter et de mettre en œuvre au niveau national une stratégie et un plan d'action en matière de santé publique reposant sur des données épidémiologiques et répondant aux préoccupations de l'ensemble de la population.<sup>158</sup>

Considérant la nature de ces obligations, c'est-à-dire le fait qu'elles sont contraignantes, les gouvernements qui ont signé et ratifié ce Pacte et qui ont incorporé les obligations qu'il impose dans leur droit interne (pour les pays de système dualiste) se doivent de les respecter, sous peine de commettre une violation du droit à la santé.<sup>159</sup> Cependant, l'obligation légale des États de respecter le droit à la santé n'est qu'un aspect de la situation, car les droits sont également utilisés pour orienter les politiques et les programmes en matière de santé.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> *Id.*

<sup>158</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>159</sup> S. P. MARKS, préc., note 27.

<sup>160</sup> S. GRUSKIN, E. J. MILLS et D. TARANTOLA, préc., note 55.

Par ailleurs, le CDESC mentionne dans l'Observation no 14 d'autres obligations dites « prioritaires », mais il ne fait aucun commentaire spécifique sur le caractère de ses obligations prioritaires, ce que nous amène à nous questionner sur leur caractère contraignant. Il s'agit des obligations suivantes :

- 1) Offrir des soins de santé génésique, maternelle (pré et postnatales) et infantile;
- 2) Vacciner la communauté contre les principales maladies infectieuses;
- 3) Prendre des mesures pour prévenir, traiter et maîtriser les maladies épidémiques et endémiques;
- 4) Assurer une éducation et un accès à l'information sur les principaux problèmes de santé de la communauté, y compris des méthodes visant à les prévenir et à les maîtriser;
- 5) Assurer une formation appropriée au personnel de santé, notamment sur le droit à la santé et les droits de l'homme.

Ces obligations sont identifiées par le CDESC comme des obligations « prioritaires » qui touchent à des aspects importants du droit à la santé et doivent être prises en compte par les États. Toutefois, comme nous l'avons mentionné, le CDESC ne fait aucun commentaire sur le caractère de ces obligations. Même si nous ne sommes pas capables de déterminer avec certitude le caractère de ces obligations, leur importance reste toute de même élevée. Régis et Kastler défendent l'idée selon laquelle « la distinction « contraignant versus non contraignant » peut être utile sur le plan sémantique, en ce qu'elle permet de différencier entre différents types de normes, elle semble moins valable lorsque l'on s'attarde aux effets de la norme »<sup>161</sup>, car tant les instruments contraignants que non contraignants produisent des effets, tels que le pouvoir d'influer sur le développement du droit interne et des politiques en matière de santé.

---

<sup>161</sup> C. RÉGIS et F. KASTLER, préc., note 19 à la page 399.

### 3. Les obligations à réalisation progressive

Il est dit à l'article 2 que les États parties au PIDESC ont l'obligation d'améliorer *progressivement* le respect de tous les DESC, dont le droit à la santé. Ainsi, l'article énonce des obligations à caractère progressif qui diffèrent des obligations à réalisation immédiate et prennent en compte les contraintes dues à la limitation des ressources disponibles dans les États parties.<sup>162</sup> En effet, le niveau de développement ainsi que la quantité de ressources disponibles dans les États parties au Pacte sont différents. En conséquence, en tenant compte des différences existantes entre les États parties, le PIDESC prône que le devoir de réaliser les DESC, y compris le droit à la santé, dépend de la disponibilité des ressources des États.

Forman *et al.* affirment que de nombreuses critiques ont été faites à l'égard de l'article du PIDESC par des chercheurs et par des États : « this article was critiqued for providing a weak guarantee of covenant rights that provided too many loopholes for States parties wishing to evade their obligations by pleading a lack of resources and permitting indefinite delays ».<sup>163</sup> Toutefois, le CDESC affirme que le caractère progressif des DESC, dont celui du droit à la santé, ne devrait pas être interprété comme privant les États des obligations imposées par ces droits.<sup>164</sup> En dépit de ce caractère progressif, les États, quel que soit leur niveau de richesse, doivent prendre des mesures concrètes en vue de la pleine réalisation des droits énoncés dans le PIDESC. Ainsi, en 1990, le CDESC affirmait déjà dans son observation générale no 3 concernant l'article 2 du PIDESC l'énoncé suivant :

« alors que le plein exercice des droits considérés peut n'être assuré que progressivement, les mesures à prendre à cette fin doivent l'être d'un délai raisonnablement bref à compter de l'entrée en vigueur du Pacte pour les États

---

<sup>162</sup> L. FORMAN, L. CARAOSHI, A. R. CHAPMAN et E. LAMPREA, préc., note 156.

<sup>163</sup> *Id.*

<sup>164</sup> CDESC, préc., note 58.

concernés. Ces mesures doivent avoir un caractère délibéré, concret et viser aussi clairement que possible à la réalisation des obligations reconnues dans le Pacte ».<sup>165</sup>

Dans ce contexte, le caractère progressif des DESC ne doit pas être considéré par les États comme une justificative pour ne pas prendre toutes les mesures appropriées pour réaliser les obligations imposées par le PIDESC. De plus, conformément à l'obligation générale no 3, bien que le plein exercice des DESC ne puisse être assuré que progressivement, les mesures à prendre à cette fin doivent l'être dans un délai raisonnablement bref à compter de l'entrée en vigueur du PIDESC pour les États parties.<sup>166</sup>

Par ailleurs, ce caractère progressif du droit à la santé génère beaucoup de débats et de questionnements sur la judiciarisation de ce droit. Par exemple, comment peut-on évaluer si un État a vraiment réalisé des progrès dans la mise en œuvre du droit à la santé ? Que faut-il faire pour éviter que les États utilisent le concept de réalisation progressive comme une façon d'éviter de réaliser le droit à la santé ? Pour répondre à ce genre de questionnement, en 2006, Hunt a présenté un rapport à la Commission des droits de l'Homme défendant l'idée d'une approche de la santé basée sur les droits de la personne.<sup>167</sup> Cette approche se propose d'adopter des indicateurs communément utilisés dans le domaine de la santé, s'appuyant sur des données désagrégées par sexe, race, ethnie, rural/urbain et statut socio-économique, et de créer de nouveaux indicateurs sur la participation et l'imputabilité, en vue de mesurer et de surveiller la réalisation progressive du droit à la santé par les États.<sup>168</sup> Bien que l'ultime responsabilité de réalisation du droit à la santé

---

<sup>165</sup> CDESC, *Observation générale No.3: La nature des obligations des États parties*, Doc off CESNU, 5e sess, Doc NU E/1991/23 (1990).

<sup>166</sup> HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, préc., note 155.

<sup>167</sup> Paul HUNT et Gillian MACNAUGHTON, « A Human Rights-Based Approach to Health Indicators », dans *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, 2007.

<sup>168</sup> *Id.*

incombe aux États, Hunt avance que « not only states, but also other actors are expected to integrate human rights into their policy-making ». <sup>169</sup>

#### **4. Les obligations juridiques spécifiques**

Le CIDESC identifie trois niveaux d'obligations juridiques des États qui sont également des obligations à réalisation immédiate.

La première est l'obligation de « respecter ». Il s'agit d'une obligation négative qui se rapporte à l'obligation de l'État de s'abstenir d'intervenir de manière à porter atteinte au droit. <sup>170</sup> Selon le CDESC, un exemple de cette obligation de « respecter » consiste dans le fait que « les États devraient s'abstenir de restreindre l'accès aux moyens de contraception et à d'autres éléments en rapport avec la santé sexuelle et génésique de censurer, retenir ou déformer intentionnellement des informations relatives à la santé » <sup>171</sup>. L'exemple cité se réfère à la santé sexuelle et reproductive, néanmoins cette obligation concerne différents niveaux du droit à la santé.

Par la suite, le CDESC mentionne l'obligation de « protéger ». Il s'agit d'une obligation positive qui impose aux États l'obligation de prévenir les atteintes au droit à la santé par toute autre personne acteur non étatique. En guise d'exemple, à l'Observation générale no 14, le CDESC mentionne que cette obligation englobe, entre autres, le devoir de l'État d'adopter une législation ou de prendre des mesures visant à assurer l'égalité d'accès aux soins de santé fournis par des tiers. <sup>172</sup> Cette obligation de protéger impose également aux États d'adopter des mesures pour protéger les groupes vulnérables et marginalisés contre la violence. Cela inclut, entre autres, de

---

<sup>169</sup> *Id.* à la page 308.

<sup>170</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>171</sup> *Id.*, p. 11.

<sup>172</sup> CDESC, préc., note 58.

protéger les femmes et les enfants face aux mutilations génitales et à d'autres procédures nuisibles.<sup>173</sup>

Finalement, l'obligation de « mettre en œuvre », comme celle de « protéger », est une obligation positive qui implique la facilitation, la création et la promotion des conditions propices à la pleine réalisation du droit à la santé.<sup>174</sup> Cette obligation de mettre en œuvre le droit à la santé « requiert des États, entre autres, de lui faire une place suffisante dans le système politique et juridique national (de préférence par l'adoption d'un texte législatif) et de se doter d'une politique nationale de la santé comprenant un plan détaillé tendant à lui donner effet ».<sup>175</sup> Ainsi, cette obligation impose, entre autres, aux États d'adopter des mesures législatives, réglementaires, administratives, budgétaires et judiciaires afin d'assurer la pleine réalisation du droit à la santé.<sup>176</sup>

Toebe explains that « this so called tri-partite typology of State obligations was first introduced into the human rights debate by Asbjørn Eide in 1981, and later refined by several other scholars and subsequently introduced into the UN human rights regime ».<sup>177</sup> L'auteure explique également que cette typologie est généralement considérée comme une méthode utile pour analyser les obligations positives et négatives liées aux droits de la personne. Néanmoins, des auteurs tels que Koch critiquent cette typologie et contestent son efficacité. La critique de Koch porte sur le fait qu'il est très difficile de faire une distinction entre les trois catégories d'obligations et aussi de classer une nouvelle obligation en fonction de cette typologie.<sup>178</sup> À cet égard, Toebe concludes that « while we should not overstate the usefulness of this typology, it can be a helpful tool when it comes to the identification of the legal obligations resulting from economic, social and

---

<sup>173</sup> R. MAGNUSSON, préc., note 2.

<sup>174</sup> *Id.*

<sup>175</sup> CDESC, préc., note 58, p. 11.

<sup>176</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>177</sup> B. TOEBES, préc., note 87 à la page 99.

<sup>178</sup> B. TOEBES, préc., note 87.

cultural rights, including the right to health. »<sup>179</sup>

## **5. Les obligations collaboratives internationales**

L'Observation générale no 14 mentionne également les obligations « collaboratives » internationales des États en relation au droit à la santé. Ainsi, le CDESC dispose que les États sont tenus de respecter l'exercice du droit à la santé dans les autres pays et d'empêcher tout tiers de violer ce droit dans d'autres pays.<sup>180</sup> Entre autres, cette obligation contient une référence à l'importance de la coopération internationale pour faciliter l'accès aux soins, services et biens sanitaires, et de l'élaboration d'accords internationaux et de nouveaux instruments juridiques pour protéger le droit à la santé.<sup>181</sup>

De plus, le CDESC met de l'avant le fait que seuls les États peuvent être parties au PIDESC et sont donc les seuls à assumer la responsabilité de le respecter, même si tous les membres de la société ont une part de responsabilité dans la réalisation du droit à la santé. Ainsi, il s'agit d'une obligation partagée et les États sont tenus d'instaurer un environnement propice à l'exercice de cette responsabilité par tous les membres de la société et de la communauté internationale.<sup>182</sup>

### **C. Les violations du droit à la santé**

Les violations des DESC ont été définies pour la première fois, en 1987, dans les principes de Limburg comme étant le défaut par un État de se conformer aux obligations prévues par le

---

<sup>179</sup> *Id.* à la page 99.

<sup>180</sup> CDESC, préc., note 58..

<sup>181</sup> *Id.*

<sup>182</sup> *Id.*

PIDESC.<sup>183</sup> Dix ans plus tard, à Maastricht, en 1997, « les Principes de Limburg ont été complétés par les directives établies par d'autres experts du droit international ».<sup>184</sup> Ainsi, le document appelé « Directives de Maastricht relatives aux violations des droits économiques, sociaux et culturels » a défini les violations aux DESC à travers les obligations de respect, de protection et de mise en œuvre.<sup>185</sup>

Le CDESC suit cette même ligne de pensée pour définir les violations au droit à la santé. Il explique tout d'abord que les atteintes au droit à la santé peuvent résulter de l'action de l'État ou d'acteurs non étatiques « insuffisamment contrôlés par l'État » qui omettent ou refusent de prendre des mesures indispensables découlant des obligations juridiques de l'État.<sup>186</sup> De ce fait, en ce qui concerne les violations à l'obligation de respecter, le CDESC argue que l'État peut manquer à cette obligation « par des actions, des politiques ou des lois contraires aux normes énoncées à l'article 12 du Pacte et susceptibles de provoquer des atteintes à l'intégrité physique, une morbidité inutile et une mortalité qu'il serait possible de prévenir. »<sup>187</sup> Un exemple de cette violation serait « le déni d'accès aux équipements sanitaires et aux divers autres biens et services en rapport avec la santé dont sont victimes certains individus ou groupes sous l'effet d'une discrimination de *jure* ou de *facto* »<sup>188</sup>. Pour ce qui est de l'obligation de protéger, le CDESC avance que l'État viole cette obligation lorsqu'il « s'abstient de prendre toutes les mesures voulues pour protéger les personnes relevant de sa juridiction contre des atteintes au droit à la santé imputables à des tiers. »<sup>189</sup> Un exemple serait l'omission par l'État de protéger les consommateurs et les travailleurs contre des pratiques nocives pour la santé. Finalement, l'État enfreint l'obligation de mettre en

---

<sup>183</sup> HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, préc., note 155.

<sup>184</sup> *Id.*, p. 9.

<sup>185</sup> *Id.*

<sup>186</sup> CDESC, préc., note 58, p. 15.

<sup>187</sup> *Id.*

<sup>188</sup> *Id.*

<sup>189</sup> *Id.*, p. 16.



œuvre le droit à la santé quand il s'abstient de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la réalisation de ce droit.<sup>190</sup>

En outre, il est important de noter que le CDESC fait une distinction entre le manque de volonté et l'incapacité d'un État à respecter ses obligations. En conséquence, un État dépourvu de la volonté d'utiliser au maximum ses ressources pour donner effet au droit à la santé est en train de violer les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 12 du PIDESC.<sup>191</sup> Toutefois, si l'État n'est pas capable de respecter ses obligations en raison d'un manque de ressources, « l'État a alors le fardeau de démontrer qu'il n'a négligé aucun effort pour exploiter toutes les ressources à sa disposition en vue de s'acquitter à titre prioritaire de ses obligations. »<sup>192</sup>

Le manquement étatique au droit à la santé peut avoir différentes conséquences qui peuvent aller jusqu'à la mort de l'individu ou du groupe qui en subit la violation, car le droit à la santé est un droit strictement lié au droit à la vie.<sup>193</sup> En conséquence, le CDESC dispose que toute personne ou groupe victime d'une violation du droit à la santé doit avoir accès à des recours judiciaires effectifs, à l'échelle nationale et internationale.<sup>194</sup> De plus, les victimes peuvent obtenir des réparations au moyen d'une restitution, indemnisation, satisfaction ou garantie de non-répétition de la violation. À l'échelle nationale, les organismes responsables d'évaluer les violations du droit à la santé sont en général les commissions des droits de la personne, les associations de consommateurs, les associations de défense des patients, ou encore les tribunaux nationaux.<sup>195</sup> Lorsqu'une réparation du droit à la santé n'a pas lieu à l'échelle nationale, les individus ou groupes peuvent interpellier des organismes internationaux, tels que les Comités chargés du suivi et de

---

<sup>190</sup> *Id.*

<sup>191</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>192</sup> *Id.*, p. 15.

<sup>193</sup> Ana Carolina BROCHADO TEIXEIRA, *Saúde, corpo e autonomia privada*, Renovar, coll. 1, Rio de Janeiro, 2010.

<sup>194</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>195</sup> *Id.*

l'application des traités, le Tribunal pénal international ou la Cour internationale de justice.

Pour illustrer ce cas, nous pouvons mentionner l'affaire Alyne da Silva Pimentel Teixeira. Alyne était une citoyenne brésilienne d'ascendance africaine qui est décédée d'une hémorragie postpartum, à la suite de la mort à la naissance d'un fœtus de 27 semaines le 16 novembre 2002, à Rio de Janeiro.<sup>196</sup> La mère d'Alyne, par l'entremise d'associations de défense de droits de la personne, a fait appel au Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes afin de dénoncer une violation des articles 2 et 12 de cette Convention par l'État brésilien. Nous avons montré précédemment que, parmi les traités qui garantissent le droit à la santé, se trouve le CEDAW. Le décès d'Alyne a conduit en 2011 à la première décision d'un organe international de tenir un gouvernement responsable d'un décès maternel évitable. Dans cette décision, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a considéré que le Brésil avait commis une violation de ses obligations en matière de droits de la personne et a ordonné que le gouvernement prenne des mesures pour améliorer l'accès aux services de maternité et verse une compensation à la famille d'Alyne.<sup>197</sup> Ce cas démontre ce que nous avons dit plus haut, c'est-à-dire que le droit à la santé est indissociable du droit à la vie et que la violation de ce droit peut même conduire à la mort. En outre, nous observons ici que les cours nationales n'ont pas été effectives pour réparer la violation du droit à la santé subi par Alyne, puisque celle-ci est décédée. De ce fait, sa famille a fait appel à l'aide des organismes nationaux de défense des droits de la personne pour obtenir une réparation grâce à l'activation de mécanismes internationaux. En conséquence, l'État brésilien a reconnu publiquement sa responsabilité dans la mort d'Alyne et a

---

<sup>196</sup> *Communication No 17/2008. 49<sup>ème</sup> session du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 11-29 juillet 2011*, en ligne : <[https://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-17-2008\\_en.pdf](https://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf)>.

<sup>197</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Réaliser les droits de l'homme à la santé et par la santé : rapport du Groupe de travail de haut niveau sur la santé et les droits des femmes, des enfants et des adolescents*, Genève, 2017.

indemnisé financièrement sa famille. Aussi, l'État brésilien s'est engagé publiquement à continuer à travailler à la réduction des morts des femmes enceintes et en couche au Brésil.<sup>198</sup> Dans ce contexte, nous observons qu'un manquement étatique à la réalisation du droit à la santé peut avoir des conséquences néfastes sur la vie de ceux qui en subissent la violation. Grâce aux mécanismes nationaux et internationaux disponibles pour les groupes et les individus dont les droits sont violés, les États peuvent être tenus responsables de ce manquement d'obligation et peuvent ainsi être obligés de réparer, à travers des moyens financiers et/ou moraux, les préjudices des victimes de violations.

---

<sup>198</sup> Marcelo BRANDÃO, « Governo indeniza família de grávida morta após atendimento na rede pública », *Empresa Brasil de Comunicação* (25 mars 2014), en ligne : <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-03/governo-brasileiro-indeniza-familia-de-jovem-morta-em-2002>>.

## **Chapitre 2 – Le droit à la santé au sein de l'ordre juridique interne au Canada et au Brésil : perspectives constitutionnelles**

Le droit à la santé est un droit qui a été largement reconnu dans les systèmes juridiques nationaux et incorporé dans diverses Constitutions. En effet, selon Hunt, plus de 100 Constitutions nationales ont une disposition portant sur le droit à la santé.<sup>199</sup> La question se pose donc si le droit à la santé nécessite une incorporation constitutionnelle spécifique pour atteindre son plein potentiel de mise en œuvre considérant le choix de plusieurs pays de retenir cette voie législative.

Pour répondre à cette question, nous avons choisi comme sujet d'étude deux pays qui ont incorporé le droit à la santé de façon différente au sein de leur ordre juridique interne. Ainsi, nous proposons de faire une étude comparative entre le cas du Canada, où le droit à la santé n'est pas intégré en tant que droit de la personne dans la Constitution, et le cas du Brésil, qui a intégré le droit à la santé dans sa Constitution nationale. La comparaison entre ces deux orientations constitutionnelles distinctes offre une perspective d'analyse riche, bien que nécessairement parcellaire eu égard à la complexité de la question soulevée. Pour ce faire, nous allons dans un premier moment présenter un bref survol des systèmes de soins de santé au Canada et au Brésil, étant donné leur importance pour la garantie du droit à la santé. Ensuite, nous allons nous concentrer sur les apports du droit international au sein de l'ordre juridique constitutionnel de ces deux États.

---

<sup>199</sup> P. HUNT, préc., note 6.

## Section 1 : Un bref survol des systèmes de soins de santé au Canada et au Brésil

L'OMS définit un système de santé comme un système « qui inclut toutes les activités dont le but essentiel est de promouvoir, restaurer ou entretenir la santé »<sup>200</sup>. Elle avance aussi que les systèmes de santé ont trois objectifs fondamentaux, soit : améliorer la santé de la population desservie, répondre aux attentes des individus et assurer une protection financière face aux coûts engendrés par une mauvaise santé.<sup>201</sup> Chaque pays dispose d'un système de santé propre et ses caractéristiques diffèrent d'un pays à l'autre. Souvent, les systèmes de santé sont hybrides et comporte un mélange de services publics et privés. Cela dépend évidemment des conditions historiques, économiques et sociales de chaque pays.

### A. Le système de santé au Canada

La Constitution canadienne, plus précisément la Loi constitutionnelle de 1867, est conforme à deux principes du fédéralisme : la création de deux ordres de gouvernement, le fédéral et le provincial, qui agissent directement sur les citoyens et l'attribution de pouvoirs respectifs pour chacun de ces ordres.<sup>202</sup> L'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867 dispose sur les compétences législatives attribuées au parlement, alors que l'article 92 édicte les compétences

---

<sup>200</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Rapport sur la santé dans le monde, 2000 - Pour un système de santé plus performant*, Genève, 2000, p. 5, en ligne : <[https://www.who.int/whr/2000/en/whr00\\_fr.pdf?ua=1](https://www.who.int/whr/2000/en/whr00_fr.pdf?ua=1)>.

<sup>201</sup> *Id.*, p. 9.

<sup>202</sup> Au sujet du partage de compétence, Braën explique « qu'en principe, la compétence attribuée à un ordre de gouvernement lui est exclusive et ne peut être envahie par l'autre, que le gouvernement titulaire l'ait exercée ou non, Il existe toutefois des limitations à ce principe. Un sujet peu en effet revêtir un double aspect, le premier relevant du gouvernement fédéral et l'autre de compétence provinciale. Puis un législateur peut, dans l'exercice valide de sa compétence, intervenir de façon connexe dans un sujet qui relève de la compétence de l'autre », voir André BRAËN, « La santé et le partage des compétences au Canada », dans *La gouvernance du système de santé canadien*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2004.

soumises aux législatures provinciales à travers une distribution des pouvoirs.<sup>203</sup> En ce qui concerne le domaine sanitaire, il est à noter que la loi ne mentionne pas expressément le mot « santé » aux articles 91 et 92. En effet, nulle part dans cette loi « on n’y mentionne le pouvoir d’établir des lois relatives à la santé, aux services de santé ou aux soins de santé »<sup>204</sup>. À ce sujet, en 1982, la Cour suprême du Canada (CSC) a déclaré dans l’arrêt *Schneider c. La Reine* que « la santé n’est pas l’objet d’une attribution constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé que les lois fédérales ou provinciales valides peuvent aborder selon la nature ou la portée du problème de santé en cause dans chaque cas »<sup>205</sup>. Dans le même ordre d’idée, Hogg écrit que :

« La santé n’est pas un domaine distinct assigné par la Constitution canadienne exclusivement à un ordre de gouvernement. Comme l’inflation et l’environnement, la santé est un sujet amorphe qui a été partagé entre le Parlement fédéral ou les assemblées législatives provinciales selon le but ou l’effet de la mesure particulière en cause sur le plan de la santé ».<sup>206</sup>

La Constitution traite cependant des compétences qui sont liées à la santé et aux soins de santé. Ainsi, le paragraphe 91 (11) attribue au gouvernement fédéral la responsabilité sur « la quarantaine et l’établissement et maintien des hôpitaux de marine ».<sup>207</sup> D’autre part, le paragraphe 91 (7) accorde aux provinces la compétence en matière de « l’établissement, l’entretien et l’administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres

---

<sup>203</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

<sup>204</sup> André BRAËN, « La santé et le partage des compétences au Canada », dans *La gouvernance du système de santé canadien*, Les Presses de l’Université d’Ottawa, 2004.

<sup>205</sup> *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, p. 142, 2001.

<sup>206</sup> Peter HOGG, *Constitutional law in Canada*, Scarborough, Carswell Publishing, 1998.

<sup>207</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 203.

que les hôpitaux de marine ». <sup>208</sup> Nous constatons ainsi que ni le gouvernement fédéral ni les gouvernements provinciaux n'ont de compétences exclusives en matière de santé. D'après Braën, au moment de l'adoption de la loi constitutionnelle, la santé de l'individu était en effet perçue par la société, et donc par ses représentants politiques, comme une question purement privée. <sup>209</sup> Cependant, l'État a progressivement commencé à intervenir pour adopter des mesures sociales, et l'idée d'un programme d'assurance maladie a progressivement fait son chemin dans la pensée politique canadienne. <sup>210</sup> C'est ainsi qu'en 1957, le Parlement canadien a adopté la Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques. <sup>211</sup> En 1961, l'ensemble des dix provinces et des trois territoires avaient déjà institué leur régime d'assurance-hospitalisation. <sup>212</sup> Nous observons ici que, dès le début, le Canada ne possédait pas un système de santé unique pour tout le pays. En effet, chaque province et chaque territoire a son propre système de santé, et ceux-ci sont responsables de l'administration de leurs régimes d'assurance maladie et de leurs services hospitaliers. Quelques années plus tard, en 1966, le Parlement canadien a approuvé une nouvelle loi sur la santé, la Loi sur les soins médicaux. <sup>213</sup> Selon Braën, l'objet de ces deux lois était de partager entre les deux ordres du gouvernement les coûts liés à l'implantation d'un régime public d'hospitalisation et de soins médicaux. <sup>214</sup>

En 1984, la Loi canadienne sur la santé (LCS), <sup>215</sup> qui a fusionné les deux lois antérieures, a été adoptée pour consolider les systèmes de soins de santé mis en place dans les années 1960. <sup>216</sup>

---

<sup>208</sup> *Id.*

<sup>209</sup> Voir aussi Howard LEESON, « La compétence constitutionnelle dans les soins et services de santé au Canada », dans *La gouvernance du système de santé canadien*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2004.

<sup>210</sup> A. BRAËN, préc., note 204 à la page 30.

<sup>211</sup> A. BRAËN, préc., note 204.

<sup>212</sup> *Id.*

<sup>213</sup> *Id.*

<sup>214</sup> *Id.*

<sup>215</sup> *Loi canadienne sur la santé (L.R.C. (1985), ch. C-6).*

<sup>216</sup> Colleen M. FLOOD et Bryan THOMAS, « Modernizing the Canada Health Act », (2016) 39-2 *The Dalhousie Law Journal* 398-410.

Cette loi, qui est administrée par le gouvernement fédéral, plus précisément par Santé Canada, énonce certaines valeurs et principes, ainsi que les critères et conditions, que les régimes provinciaux d'assurance maladie publics doivent respecter pour avoir le droit au financement fédéral prévu à l'article 5<sup>217</sup> de la LCS sur le Transfert canadien en matière de santé.<sup>218</sup> Ainsi, l'article 7 de la LCS impose les 5 conditions suivantes : la gestion publique, l'intégralité, l'universalité, la transférabilité et l'accessibilité.<sup>219</sup> Selon l'article 8 de la LCS, la gestion publique suppose que les régimes d'assurance maladie doivent être gérés sans but lucratif par une autorité publique désignée par le gouvernement provincial qui est aussi assujettie à la vérification de ses comptes et de ses opérations financières.<sup>220</sup> De plus, l'intégralité prévue à l'article 9 de la LCS signifie que tous les services de santé fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes doivent être garantis aux citoyens.<sup>221</sup> L'universalité est assurée à l'article 10 de la LCS qui prévoit que tous les citoyens d'une province éligibles au régime provincial d'assurance de santé ont le droit aux services de santé assurés par celui-ci.<sup>222</sup> Il est à noter que selon la LCS, la couverture universelle se limite aux soins hospitaliers et médicaux « médicalement nécessaires », à l'exclusion de certains produits et des services tels que les médicaments disponibles en pharmacie, les soins dentaires, les soins de longue durée et les services de santé mentale.<sup>223</sup> La transférabilité est prévue à l'article 11 et suppose que les services de santé assurés soient transférables d'une province à l'autre.<sup>224</sup> Il suppose aussi la non-imposition d'un délai minimal de résidence supérieur à trois mois aux

---

<sup>217</sup> L'article 5 prévoit ce qui suit : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Canada verse à chaque province, pour chaque exercice, une pleine contribution pécuniaire à titre d'élément du Transfert canadien en matière de santé (ci-après, « Transfert ») ».

<sup>218</sup> Martha JACKMAN, « Constitutional Jurisdiction Over Health in Canada », (2000) 8 *Health Law Journal* 95-117.

<sup>219</sup> *Loi canadienne sur la santé (L.R.C. (1985), ch. C-6)*, préc., note 215.

<sup>220</sup> *Id.*

<sup>221</sup> *Id.*

<sup>222</sup> *Id.*

<sup>223</sup> C. M. FLOOD et B. THOMAS, préc., note 216.

<sup>224</sup> *Loi canadienne sur la santé (L.R.C. (1985), ch. C-6)*, préc., note 215.



habitants de la province pour qu'ils soient admissibles aux services de santé assurés.<sup>225</sup> Finalement, la dernière condition, celle de l'accessibilité, est prévue à l'article 12 qui dispose que les régimes de santé provinciaux doivent offrir un accès satisfaisant aux assurés.<sup>226</sup> Ce financement offert par le gouvernement fédéral est nécessaire pour que les provinces soient en mesure de financer les services « médicalement nécessaires ». Un système de santé provincial qui ne satisfait pas à ces critères pourra perdre une partie ou l'intégralité du financement fédéral afférent à la prestation des soins de santé.<sup>227</sup>

Il est donc clair que, sur le plan constitutionnel, les provinces ont une responsabilité majeure en matière de services et de soins de santé. Toutefois, Braën affirme « qu'aujourd'hui les autorités fédérales interviennent également, et de façon significative, dans ce domaine ».<sup>228</sup> L'un des moyens<sup>229</sup> par lequel le gouvernement fédéral intervient dans le domaine de la santé est au travers de l'exercice de son pouvoir de dépenser.<sup>230</sup> À ce sujet, Leeson avance qu'un gouvernement peut utiliser de différentes façons son pouvoir de dépenser, l'une d'elles étant justement le transfert de fonds à d'autres ordres de gouvernement.<sup>231</sup> L'auteur ajoute qu'il existe à ce jour un débat sur l'utilisation par le gouvernement fédéral de son pouvoir de dépenser afin de soutenir les cinq principes édictés par la LCS.<sup>232</sup> Il avance également que la principale question qui alimente ce débat est la suivante : « l'utilisation par le gouvernement de son pouvoir de dépenser en matière de soins de la santé est-elle fondée constitutionnellement ? ».<sup>233</sup> La plupart des auteurs, tels que

---

<sup>225</sup> *Id.*

<sup>226</sup> *Id.*

<sup>227</sup> H. LEESON, préc., note 209.

<sup>228</sup> A. BRAËN, préc., note 204.

<sup>229</sup> À part le pouvoir fédéral de dépenser, le pouvoir fédéral d'interférer sur les questions de santé procède également de sa compétence de faire des lois en droit criminel et de son pouvoir d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Voir : M. JACKMAN, préc., note 218 et A. BRAËN, préc., note 204.

<sup>230</sup> Pour comprendre les origines du pouvoir de dépenser voir H. LEESON, préc., note 209.

<sup>231</sup> *Id.*

<sup>232</sup> *Id.*

<sup>233</sup> *Id.* à la page 69.

Hogg<sup>234</sup> et Jackman,<sup>235</sup> soutiennent la légitimité du rôle du gouvernement fédéral dans le domaine des soins de santé.<sup>236</sup> À cet égard, Jackman affirme que « the Federal spending power, or Parliament's power to spend money raised through taxation and otherwise dispose of public property, inferred from sections 91(1A), 91(3), and 106 of the Constitution Act, 1867, provides the basis for considerable federal activity in the field of health »<sup>237</sup>. Toutefois, des auteurs, comme Gibson<sup>238</sup>, sont d'avis que la compétence du fédéral de disposer de ses biens de la manière qu'il juge appropriée repose probablement sur des bases constitutionnelles peu solides.<sup>239</sup>

En somme, au Canada il n'existe pas un seul système de santé national applicable à toutes les provinces et territoires. En effet, parler de services de soins de santé au Canada est complexe. Ainsi, les régimes d'assurance maladie provinciaux visent tout particulièrement les services médicaux et hospitaliers dits « médicalement nécessaires ». Ces services, qui sont financés par l'État, sont fournis par des acteurs publics et privés.<sup>240</sup> Cependant, il existe aussi d'autres services de santé qui ne sont pas assurés par les régimes d'assurance maladie publics mais par des acteurs privés.

## **B. Le système de santé au Brésil**

Au Brésil, le système de santé actuellement en place a été prévu à la Constitution fédérale

---

<sup>234</sup> P. HOGG, préc., note 206.

<sup>235</sup> M. JACKMAN, préc., note 218.

<sup>236</sup> L'exercice par le gouvernement fédéral du pouvoir de dépenser dans le domaine de la santé a déjà été examiné par les tribunaux canadiens. Voir: *Winterhaven Stables Ltd. v. Canada (A.G.)* [1998], 91 A.R. 114 (CA); *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)* [1991] 2 S.C.R. 525 et; *Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624.

<sup>237</sup> M. JACKMAN, préc., note 218, 97.

<sup>238</sup> Dale GIBSON, « The Canada Health Act and the Constitution », (1996) 4 *Health Law Journal*.

<sup>239</sup> H. LEESON, préc., note 209 à la page 85.

<sup>240</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, « Système de soins de santé du Canada » (2016), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/sante-canada/services/systeme-soins-sante-du-canada.html#a3>> (consulté le 19 décembre 2019).

de 1988. En effet, cette Constitution a apporté des avancées importantes dans le champ de la santé étant donné qu'elle a consacré pour la première fois le droit à la santé (voir section 3 de ce chapitre) et a établi des principes et des lignes directrices pour orienter les politiques de santé. En conséquence, l'article 198<sup>241</sup> de la Constitution fédérale a entériné la création d'un système unique et public de santé, le Système unique de santé (SUS),<sup>242</sup> et a également réglementé ce système en définissant ses principes.<sup>243</sup> Sarlet et Figueiredo avancent que la Constitution protège non seulement le droit à la santé mais également le SUS, et que toute mesure visant à l'abolir ou à lui retirer ses prérogatives doit être considérée comme anticonstitutionnelle.<sup>244</sup> Les auteurs avancent aussi que la mise en place du droit à la santé passe par le respect du SUS et de ses principes et garanties constitutionnelles définis aux articles 198 et 200.<sup>245</sup>

Le premier principe constitutionnel lié au SUS est la décentralisation politique et administrative, qui implique la distribution des ressources et des responsabilités entre les différents niveaux de gouvernement.<sup>246</sup> Selon ce principe, le gouvernement fédéral doit uniquement exécuter les responsabilités et administrer les ressources que les niveaux local, municipal et étatique ne peuvent pas ou ne sont pas capables de prendre en charge.<sup>247</sup> En outre, la Constitution définit que le SUS doit être unique et unifié, ce qui implique que tous les services de santé (publics ou privés) doivent suivre les mêmes lignes directrices et sont soumis à une même autorité, devant ainsi respecter le principe de décentralisation et les responsabilités relatives à chaque niveau du

---

<sup>241</sup> En portugais : As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade.

<sup>242</sup> En portugais Sistema Único de Saúde.

<sup>243</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil*, préc., note 11.

<sup>244</sup> Ingo Wolfgang SARLET et Mariana Filchtiner FIGUEIREDO, « Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988 », (2008) 67 *Revista de Direito do Consumidor* 125-72.

<sup>245</sup> *Id.*

<sup>246</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil*, préc., note 11.

<sup>247</sup> Gilson CARVALHO, « A saúde pública no Brasil », (2013) 27-78 *Estudos Avançados* 7-26.

gouvernement.<sup>248</sup> En conséquence, une seule gestion doit exister à chaque niveau de gouvernement. En guise d'exemple, au niveau municipal, le SUS est coordonné par le maire et son secrétaire municipal chargé de la santé ; au niveau étatique, c'est le gouverneur de l'État et son secrétaire ; et au niveau fédéral, c'est le président et le ministre de la santé.<sup>249</sup> De plus, la Constitution se réfère aux principes de hiérarchisation et de régionalisation. Selon ces principes, les actions sanitaires et les services de santé doivent être organisés selon un ordre croissant de complexité, et ce dans un espace géographique et pour une population donnée.<sup>250</sup> Cette organisation hiérarchique et régionale du SUS a pour but de garantir une connaissance accrue des problèmes de santé d'une population clé sur un territoire déterminé, de manière à favoriser les actions de prévention épidémiologique et sanitaire, le contrôle des maladies, l'éducation en santé et d'autres actions médicales organisées selon les différents niveaux de complexité.<sup>251</sup> Le principe d'intégralité est un autre principe mentionné par la Constitution. Selon ce principe, les soins de santé offerts par le SUS doivent être les plus amples possibles, et les actions de promotion, de protection et de recouvrement de la santé, étant indivisibles, doivent être réalisées de manière intégrée.<sup>252</sup> Un autre principe constitutionnel lié au SUS est celui de la participation de la communauté, qui comme nous avons vu au chapitre précédent constitue un élément important du droit à la santé. Ce principe assure la garantie constitutionnelle que la population fera partie du processus de formulation des politiques de santé et du contrôle de leur exécution, et ce au sein des différents niveaux de gouvernement (du local au fédéral).<sup>253</sup> Cette participation se fait au travers de représentants de la société civile siégeant dans les différentes agences et organes du

---

<sup>248</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil*, préc., note 11.

<sup>249</sup> G. CARVALHO, préc., note 247.

<sup>250</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil*, préc., note 11.

<sup>251</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, *ABC do SUS - Doutrinas e Princípios*, Brasília, 1990.

<sup>252</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil*, préc., note 11.

<sup>253</sup> I. W. SARLET et M. F. FIGUEIREDO, préc., note 244.

gouvernement chargés de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques de santé, tels que les Conférences de santé et les Conseils de santé.<sup>254</sup>

Mis à part les principes mentionnés à l'article 198, deux autres principes du SUS sont mentionnés à l'article 196, soit l'universalité et l'égalité. Le principe d'universalité garantit le droit de bénéficier des actions sanitaires et des services de santé.<sup>255</sup> En d'autres termes, c'est la garantie de l'accès à tous aux services de santé publics.<sup>256</sup> Le principe d'égalité, quant à lui, est mentionné par la Constitution et se réfère à l'accès équitable aux soins de santé. Il est à noter que la Constitution mentionne le terme d'égalité alors que le Ministère de la santé du Brésil<sup>257</sup> utilise plutôt celui d'équité. Dans tous les cas, ce principe vise à réduire les inégalités. Bien que toutes les personnes aient le droit d'accéder aux services de santé, les individus sont différents et les besoins diffèrent en conséquence d'une personne à une autre.<sup>258</sup> Selon ce principe, tout citoyen est égal devant le SUS, et les besoins individuels de chaque citoyen doivent être pris en compte, dans la mesure où le système peut y répondre.<sup>259</sup>

La Constitution établit également que les services de soins de santé sont libres au secteur privé. Toutefois, la Constitution prévoit des limites à l'action du secteur privé.<sup>260</sup> Ainsi, il existe deux formes de prestation de services de soins de santé par les institutions privées. Tout d'abord, elle peut se faire au travers de la participation complémentaire, à partir d'un contrat avec le SUS. Il est à noter que les institutions philanthropiques et les institutions à but non lucratif sont prioritaires dans l'octroi des contrats.<sup>261</sup> Dans ce cas, la notion de santé complémentaire fait référence à une

---

<sup>254</sup> *Id.*, 14.

<sup>255</sup> Ruben Araujo DE MATTOS, « Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e a humanização das práticas de saúde », (2009) 13-1 *Interface - Comunicação, Saúde, Educação*.

<sup>256</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, préc., note 251.

<sup>257</sup> *Id.*

<sup>258</sup> R. A. DE MATTOS, préc., note 255.

<sup>259</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, préc., note 251.

<sup>260</sup> I. W. SARLET et M. F. FIGUEIREDO, préc., note 244.

<sup>261</sup> G. CARVALHO, préc., note 247.

activité qui a été déléguée par l'administration publique au secteur privé (cela ne comprend pas les entreprises) mais qui demeure soumise aux limites établies par le droit administratif et la Constitution fédérale qui régissent la légalité du contrat public-privé.<sup>262</sup> De surcroît, il existe ce que nous appelons au Brésil la « santé supplémentaire ».<sup>263</sup> Dans ce cas, les services de santé sont offerts par les compagnies privées d'assurance maladie, à partir d'un contrat scellés directement avec les individus. Les services de santé peuvent être aussi offerts aux contractants par un professionnel de la santé au sein de cliniques privées.<sup>264</sup> Dans tous les cas, l'exécution adéquate des services de santé offerts par le secteur privé est soumise au droit à la santé, et donc à la Constitution fédérale, ainsi qu'aux lois de protection du consommateur.<sup>265</sup> Il est important de mentionner ici que bien que le service soit offert par le secteur privé, il ne perd pas le caractère public qui lui est inhérent, ce qui justifie l'imposition des obligations liées au droit public.<sup>266</sup>

En conformité avec ces principes constitutionnels, en 1990, le Congrès national brésilien a adopté la Loi 8.080/90 qui dispose sur les conditions de la promotion, la protection et le recouvrement de la santé, et sur l'organisation et le fonctionnement des services de santé.<sup>267</sup> Cette loi nationale a créé le SUS qui était prévu par la Constitution de 1988. Il est à noter que les services de soins de santé privés font partie du SUS, et ce à caractère complémentaire. Tous les principes constitutionnels établis par la Constitution sont aussi mentionnés dans la Loi 8.080.

En somme, nous constatons que le système de santé actuellement en place au Brésil est un système hybride<sup>268</sup> qui est le résultat de la coexistence de systèmes de santé public et privé

---

<sup>262</sup> I. W. SARLET et M. F. FIGUEIREDO, préc., note 244, 15.

<sup>263</sup> *Id.*

<sup>264</sup> G. CARVALHO, préc., note 247.

<sup>265</sup> I. W. SARLET et M. F. FIGUEIREDO, préc., note 244.

<sup>266</sup> *Id.*

<sup>267</sup> *Lei Orgânica da Saúde.*, Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990.

<sup>268</sup> Gastão Wagner de Sousa CAMPOS, « O SUS entre a tradição dos Sistemas Nacionais e o modo liberal-privado para organizar o cuidado à saúde », (2007) 12 *Ciência & Saúde Coletiva* 1865-1874, DOI : 10.1590/S1413-81232007000700009.

possédant des formes d'accès, de financement et de production de services différenciées.<sup>269</sup>

## Section 2 : L'incorporation du droit international à l'interne au travers les constitutions

Lorsqu'un État exprime son consentement d'être lié par un traité, soit par la ratification ou par son adhésion à ce traité, il a le devoir de le mettre en œuvre à l'interne. Ceci est un commandement clair émanant de la Convention de Vienne sur le droit des traités.<sup>270</sup> À cet effet, l'article 26 de la Convention de Vienne sur les droits des traités dispose que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. »<sup>271</sup> Toutefois, il n'existe pas de règle ni de disposition internationale définissant comment le droit international doit être incorporé au sein de l'ordre interne. Chaque pays dispose, en fait, d'une marge de manœuvre considérable en ce qui concerne les méthodes de mise en œuvre pour adopter un traité. Ainsi, chaque État est souverain à ce sujet et libre de décider de la manière dont le droit international est incorporé au droit interne.<sup>272</sup> Dans ce contexte, le rapport entre le droit international et le droit interne est objet de débats depuis longtemps et il oppose deux théories antagonistes qui s'inspirent selon Emanuelli de « philosophies différentes sur les fondements du droit en général et du droit international en particulier. »<sup>273</sup>

Tout d'abord, la théorie moniste comprend le droit international et le droit interne comme

---

<sup>269</sup> Telma Maria Gonçalves MENICUCCI, *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil atores, processos e trajetórias*, Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 2007.

<sup>270</sup> Chios CARMODY *Is Our House in Order Canada's Implementation of International Law*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2010.

<sup>271</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1969), Recueil des traités 1155, en ligne : <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf)>.

<sup>272</sup> Ana Carolina Rezende OLIVEIRA et Lucas Sávio Oliveira da SILVA, « O sistema brasileiro de incorporação de tratados e a eficácia do Direito Internacional », (2011) 58 *Rev. Fac Direito UFMG* 11-40.

<sup>273</sup> Claude EMANUELLI, « L'application des traités internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law », (2007) 37-2 *Revue générale de droit* 269-299, 272.

appartenant à un même ordre juridique au sein duquel coexistent le droit international et le droit interne.<sup>274</sup> La théorie moniste qui donne la prépondérance au droit international est appelée « monisme radical »<sup>275</sup>, elle « puise sa source dans la doctrine du droit naturel, mais peut aussi s'expliquer en fonction de la doctrine solidariste de Georges Scelle<sup>276</sup> et de la doctrine formelle de Hans Kelsen<sup>277</sup> et Alfred Verdross<sup>278</sup> ». <sup>279</sup> La conception moniste qui donne la prépondérance au droit interne, également nommée « monisme modérée »<sup>280</sup>, se rapproche de la théorie dualiste qui est fondée sur le volontarisme<sup>281</sup>, c'est-à-dire une conception basée sur la volonté commune des États qui est défendue par Carl Heinrich Triepel.<sup>282</sup> Ainsi, selon la conception moniste modérée défendue par des auteurs comme André Décenière-Ferrandière,<sup>283</sup> le droit international n'est qu'une projection du droit interne.<sup>284</sup>

À l'opposé, la conception dualiste prône que le droit international et le droit interne « sont des systèmes juridiques distincts qui suivent des trajectoires parallèles. »<sup>285</sup> Cette théorie est défendue par des auteurs tels que Heinrich Triepel<sup>286</sup> et Dionisio Anzilotti<sup>287</sup> qui défendent l'idée selon laquelle « le droit international et le droit interne diffèrent quant à leurs sources, leurs sujets,

---

<sup>274</sup> C. EMANUELLI, préc., note 273.

<sup>275</sup> André Lipp Pinto Basto LUPI, « O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro », (2009) 46-184 *Revista de informação legislativa* 29-45.

<sup>276</sup> Georges SCELLE, *Précis de droit des gens*, Sirey, Paris, 1932.

<sup>277</sup> Voir Hans KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international », (1926) 14 *R.C.A.D.I.* 231.

<sup>278</sup> Voir Alfred VERDROSS, « Le fondement du droit international », (1927) 16 *R.C.A.D.I.* 287.

<sup>279</sup> C. EMANUELLI, préc., note 273, 273.

<sup>280</sup> A. L. P. B. LUPI, préc., note 275.

<sup>281</sup> Carl Heinrich Triepel est un des auteurs de la doctrine dite « volontariste » en droit international public qui met l'accent sur la volonté commune des États dans la formation du droit international public. Il a introduit cette théorie dans son livre *Völkerrecht und Landesrecht* de 1899. Carl Heinrich TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1899.

<sup>282</sup> A. L. P. B. LUPI, préc., note 275.

<sup>283</sup> Voir André DÉCENIÈRE-FERRANDIÈRE, « Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'État », (1933) 40 *R.G.D.I.P.* 45.

<sup>284</sup> C. EMANUELLI, préc., note 273, 273.

<sup>285</sup> *Id.*, 273.

<sup>286</sup> Voir Heinrich TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *R.C.A.D.I.* 1923.77.

<sup>287</sup> Voir Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Librairie du recueil, Sirey, Paris, 1929.



quant aux rapports juridiques qu'ils engendrent, entre autres. »<sup>288</sup>

Nous verrons par la suite comment les pays choisis comme objets d'étude incorporent le droit international au sein de leur ordre interne.

### **A. Le Canada : un système juridique dualiste**

Le Canada est un pays qui possède un système juridique dualiste. Cela signifie que pour que le droit international puisse produire des effets à l'interne, il faut qu'il soit introduit formellement par des mesures législatives.<sup>289</sup>

Les traités, sources primaires du droit international, sont conclus au Canada par le pouvoir exécutif fédéral. Toutefois, ce pouvoir de conclure des traités n'est pas prévu par la Constitution canadienne. Dans les faits, cette position est illustrée par la jurisprudence qui s'inspire de la pratique britannique.<sup>290</sup> Ainsi, le pouvoir législatif n'exerce aucun contrôle juridique sur la conclusion des traités. Cependant, il revient au Parlement de traduire les traités conclus par le pouvoir exécutif dans le droit canadien pour qu'ils puissent produire des effets juridiques à l'interne, ce qui se fait au moyen de l'adoption de mesures législatives. La mesure législative choisie pour mettre en œuvre un traité peut être une loi, un règlement d'application ou un précédent provenant d'un tribunal supérieur.<sup>291</sup> Tel que mentionnée à la section 1 deuxième chapitre de ce mémoire, le Canada est un État fédéral, et l'une des principales caractéristiques des États fédéraux est le partage du pouvoir législatif entre les différents ordres de gouvernement.<sup>292</sup> Ainsi, au

---

<sup>288</sup> C. EMANUELLI, préc., note 273, 273.

<sup>289</sup> C. EMANUELLI, préc., note 273.

<sup>290</sup> *Id.*

<sup>291</sup> *Id.*, 272.

<sup>292</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA « Le partage constitutionnel des pouvoirs législatifs », *Affaires intergouvernementales* (6 juillet 2017), en ligne: <<https://www.canada.ca/fr/affaires-intergouvernementales/services/federation/partage-pouvoirs-legislatifs.html>> (consulté le 15 mai 2019).

Canada, les compétences constitutionnelles sont partagées entre le gouvernement législatif fédéral et les gouvernements législatifs provinciaux. Les compétences attribuées à chaque ordre de gouvernement sont prévues par les Lois constitutionnelles de 1867<sup>293</sup> et 1982<sup>294</sup>. De ce fait, bien que le pouvoir exécutif fédéral ait le pouvoir de conclure des traités dans tous les domaines, y compris dans ceux qui sont attribués aux provinces, le partage des compétences doit être respecté lors de l'incorporation de ces textes internationaux dans le droit interne. À cet égard, Emanuelli explique qu'en pratique, cela signifie que si le traité concerne une compétence fédérale, sa mise en œuvre dans le droit canadien appartient au Parlement fédéral. Si le traité porte sur une compétence provinciale, sa mise en œuvre relève des parlements provinciaux.<sup>295</sup>

Comme nous l'avons constaté dans le chapitre précédent, le Canada a signé et ratifié les principaux traités qui garantissent le droit international à la santé. Néanmoins, étant donné que le Canada possède un ordre juridique dualiste, le fait d'avoir signé et ratifié ces traités ne signifie pas qu'ils ont été incorporés dans le droit canadien. Pour que cet engagement pris à l'international par le Canada soit traduit dans le droit canadien, il faut que le Parlement adopte une mesure législative. Comme nous verrons dans la prochaine section, la Loi constitutionnelle de 1867 ne mentionne pas le terme santé parmi les compétences législatives attribuées au Parlement fédéral ou provincial. Toutefois, la Constitution attribue certains pouvoirs législatifs aux parlements en lien avec cet aspect, comme la compétence sur les hôpitaux. Ainsi, dépendamment du type de service en question, des mesures pour garantir le droit à la santé peuvent être adoptées, soit par le Parlement fédéral ou les parlements provinciaux. Nous verrons dans la prochaine section que le droit international est aussi invoqué par les tribunaux canadiens pour interpréter des normes juridiques

---

<sup>293</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., 203.

<sup>294</sup> *Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada*, (1982), c. 11 (R.-U.).

<sup>295</sup> C. EMANUELLI, préc., note 273.

dans le domaine des droits de la personne dont le droit de la santé fait partie.<sup>296</sup>

## **B. L'incorporation du droit international à l'interne à la lumière de la Constitution brésilienne de 1988**

La Constitution brésilienne de 1988 n'établit pas expressément de relation entre le droit international et le droit national. Toutefois, la Constitution précise aux articles 84 et 49 les compétences attribuées, respectivement, au pouvoir exécutif et au Parlement, en ce qui concerne les relations internationales. De ce fait, l'article 84 dispose que c'est l'exécutif qui a le pouvoir de négocier et de ratifier les traités.<sup>297</sup> En outre, selon l'article 49, après la signature d'un traité, il incombe au Parlement de prendre en compte les traités, les accords ou les actes internationaux entraînant des charges ou des engagements importants pour le pays.<sup>298</sup> Ainsi, à partir de ces articles, nous observons qu'au Brésil les traités internationaux doivent être incorporés dans le droit interne à partir d'un mécanisme complexe qui inclut l'approbation du Parlement et la promulgation par le pouvoir exécutif. Étant donné que les traités ne sont pas incorporés automatiquement dans le droit interne, car il faut respecter des étapes qui doivent intervenir les pouvoirs exécutif et législatif, nous pourrions supposer en principe que le système juridique brésilien est dualiste.

Néanmoins, à l'opposé du Canada, qui est considéré par la doctrine comme étant dualiste, le Brésil n'a pas généré de consensus à ce sujet. En effet, au Brésil, la relation entre le droit international et le droit interne génère beaucoup de débats entre les chercheurs, juristes et

---

<sup>296</sup> *Id.*

<sup>297</sup> En Portugais l'article 84 de la Constitution brésilienne est décrit comme suit : « VII-Compete privativamente ao Presidente da República: VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. »

<sup>298</sup> En Portugais l'article 49 de la Constitution brésilienne est décrit comme suit : « É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. »

théoriciens. Il s'agit de l'un des thèmes les plus discutés dans les publications scientifiques brésiliennes en droit international.<sup>299</sup> Dans ce contexte, selon Binbenojm, les juristes brésiliens de référence, tels que Haroldo Valladão<sup>300</sup> et Oscar Tenório,<sup>301</sup> ont majoritairement adopté la conception moniste radicale, qui défend la suprématie du droit international sur toutes les normes du droit interne.<sup>302</sup> En revanche, Rezek défend l'idée que le système juridique brésilien est moniste nationaliste (plutôt lié à la souveraineté étatique). Selon lui, c'est dans la « Constitution qu'il faut chercher le degré exact de prestige à attribuer aux normes internationales écrites et coutumières ».<sup>303</sup> À l'opposé, d'autres auteurs, tels que Amílcar de Castro<sup>304</sup>, Nadia Araujo et Inês da Matta Andreiuolo,<sup>305</sup> défendent la thèse selon laquelle le système juridique brésilien est dualiste,<sup>306</sup> c'est-à-dire qu'ils perçoivent le droit interne et le droit international comme deux sphères totalement indépendantes l'une de l'autre.<sup>307</sup>

Le ministre Mello, ancien président de la Cour suprême du Brésil (Superior Tribunal Federal - STF), a affirmé dans la décision *ADI no 1.480-DF*<sup>308</sup> et dans *la Carta Rogatória n° 8.279*<sup>309</sup> que c'est dans la Constitution du Brésil – et non dans la controverse doctrinale qui oppose les monistes aux dualistes – que nous devons chercher une solution normative à la question de

---

<sup>299</sup> A. L. P. B. LUPI, préc., note 275.

<sup>300</sup> Voir Haroldo VALLADÃO, *Direito internacional privado*, Freitas Bastos, 1974.

<sup>301</sup> Voir Oscar TENÓRIO, *Direito internacional privado*, Biblioteca Jurídica Freitas B, 2, 1976.

<sup>302</sup> Gustavo BINENBOJM, « Monismo e Dualismo no Brasil : uma dicotomia afinal irrelevante », (2000) 3-9 *Revista da EMERJ* 180-195.

<sup>303</sup> A. L. P. B. LUPI, préc., note 275.

<sup>304</sup> Voir Amílcar de CASTRO, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

<sup>305</sup> Voir Nadia ARAUJO et Inês da Matta ANDREIUOLO, « A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos », dans *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, Renovar, 1999.

<sup>306</sup> G. BINENBOJM, préc., note 302.

<sup>307</sup> Dalliana Vilar LOPES et Gills Vilar LOPES, « A internalização dos tratados sobre Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira e a problemática da ordem internacional », (2016) 14-1 *URI*, DOI : 10.5102/uri.v14i1.3615.

<sup>308</sup> Supremo Tribunal Federal, juin 2001, *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 1480 DF*, DJ 08/08/2001 PP-00003, en ligne : <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

<sup>309</sup> Celso de MELLO, *Carta Rogatória n° 8279-República Argentina*, 1998, en ligne : <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo109.html>>.

l'incorporation des actes internationaux dans le droit interne brésilien.<sup>310</sup> De ce fait, en s'appuyant sur la Constitution brésilienne, il a affirmé dans la *Carta Rogatória n° 8.279*<sup>311</sup> que le Brésil possède un système juridique dualiste modéré, car même si la Constitution n'exige pas l'élaboration d'une loi pour qu'un traité international soit incorporé dans le droit interne (vision dualiste radicale), elle exige tout de même que ce traité passe par un processus d'adoption interne qui comprend l'approbation du Parlement et la promulgation par le pouvoir exécutif (vision dualiste modérée).<sup>312</sup>

Outre le processus d'incorporation mentionné ci-dessus, la Constitution établit une norme spéciale pour l'incorporation des traités internationaux sur les droits de la personne,<sup>313</sup> dont le droit à la santé fait partie, au sein de l'ordre juridique brésilien. Dans ce contexte, la Constitution brésilienne a établi à son article 5, au paragraphe 2,<sup>314</sup> que « les droits et garanties énoncés dans la présente Constitution n'excluent pas les autres droits découlant du régime et des principes adoptés par celui-ci, ni les traités internationaux auxquels la République fédérative du Brésil est partie ». <sup>315</sup> Cet article, qui a une portée large, n'a pas défini comment les traités sur les droits de la personne devraient être incorporés à l'ordre interne. En effet, cet article a fait l'objet de beaucoup de débats dans le milieu juridique concernant le statut hiérarchique des traités de protection des droits de la

---

<sup>310</sup> En Portugais, « É na Constituição da República – e não controversia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro ».

<sup>311</sup> C. de MELLO, préc., note 309.

<sup>312</sup> En Portugais, « sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada) ».

<sup>313</sup> À part les traités sur les droits de la personne, il existe également une autre exception au processus d'adoption des traités internationaux qui concerne les traités fiscaux. Toutefois, cela ne sera pas abordé dans le cadre de ce mémoire.

<sup>314</sup> En Portugais, l'article 5 paragraphe 2 dispose que « os direitos e garantias expressos nesta Consituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte ».

<sup>315</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil*, préc., note 11.

personne. Quatre thèses se sont développées dans la doctrine pour expliquer le statut des traités des droits de la personne au Brésil. Ces thèses mettent en avant : a) la hiérarchie supraconstitutionnelle, b) la hiérarchie constitutionnelle, et c) la hiérarchie infra constitutionnelle, mais supra légale et parité légale entre les traités et les lois fédérales.<sup>316</sup> Visant à offrir une réponse aux polémiques doctrinales et judiciaires concernant le statut hiérarchique des droits de la personne, un amendement constitutionnel a été adopté. Ainsi, l'amendement constitutionnel n. 45 de 8 décembre de 2004 a introduit au paragraphe 5 de l'article 3<sup>317</sup> la mention « [aux] traités et conventions<sup>318</sup> internationaux sur les droits de la personne qui sont approuvés par le Parlement et le Sénat à la majorité des 3/5 des voix des membres, sont équivalents à des amendements constitutionnels ». <sup>319</sup> En vertu de ce paragraphe, la Constitution brésilienne a élevé au statut d'amendement constitutionnel les traités sur les droits de la personne approuvés de la forme mentionnée au paragraphe 3 de l'article 5.<sup>320</sup>

De ce fait, nous avons vu dans le chapitre 1 de ce mémoire que le Brésil a signé et ratifié les traités internationaux sur les droits de la personne qui garantissent entre autres le droit à la santé. En vertu de l'article 5, paragraphe 3, pouvons-nous dire que ces traités ont été automatiquement incorporés à l'ordre juridique national et possèdent donc force de loi constitutionnelle ? Cette réponse n'est pas évidente, d'autant plus que les traités ont été ratifiés avant l'adoption du paragraphe 3 de l'article 5. Toutefois, sachant que la Constitution exige que les traités soient approuvés à la majorité

---

<sup>316</sup> Dans le cadre de ce travail, il ne nous semble pas nécessaire de détailler chacune de ces approches. Pour plus d'information à ce sujet, voir : Flávia PIOVESAN, « Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: Jurisprudência do STF », (2008) 6 *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, en ligne : <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_tratados\\_sip\\_stf.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf)>; Voir aussi Flavia PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Saraiva, n°15, 2015.

<sup>317</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil*, préc., note 11.

<sup>318</sup> À noter que la Convention brésilienne utilise les termes traités et conventions, mais cela est une redondance étant donné que ces deux termes sont synonymes.

<sup>319</sup> En Portugais, « Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais ».

<sup>320</sup> D. V. LOPES et G. V. LOPES, préc., note 307.

de 3/5 des voix des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat, nous estimons que les traités sur les droits de la personne ne sont pas incorporés automatiquement après leur ratification au sein de l'ordre juridique brésilien.

En outre, il nous semble clair que l'adoption de ce paragraphe reconnaît de façon explicite la nature constitutionnelle des traités sur les droits de la personne et qu'il renforce l'idée de l'existence au Brésil d'un régime juridique mixte qui fait une distinction entre les traités sur les droits de la personne et les autres traités signés à l'international.<sup>321</sup>

### **Section 3 : Le droit à la santé dans les constitutions du Canada et du Brésil**

Avant de procéder à l'analyse des Constitutions canadienne et brésilienne en matière de garantie du droit à la santé, il nous paraît important d'établir une définition du terme Constitution et d'aborder très brièvement la tradition juridique de chacun de ces pays.

En ce sens, le Black's Law Dictionary définit une Constitution comme: « The fundamental and organic law of a nation state, establishing the conception, character, and organization of its government, as well as prescribing the extent of its sovereign power and the manner of its exercise. »<sup>322</sup> Ainsi, nous observons que la Constitution est la loi fondamentale et organique la plus importante qui existe dans un pays. Il s'agit d'une loi qui est hiérarchiquement au-dessus des autres lois.

Il existe trois types de Constitutions : la Constitution rigide, la Constitution flexible et la Constitution non écrite. La Constitution rigide est définie comme « A constitution that is not defined or sera part in a distinct document and that is not distinguishable from other law in the way

---

<sup>321</sup> F. PIOVESAN, préc., note 316.

<sup>322</sup> E. D. KINNEY et B. A. CLARK, préc., note 43.

in which its terms can be legislatively altered. »<sup>323</sup> À l’opposé, une Constitution flexible est « a constitution embodied in a special and distinct enactment, the terms of which cannot be altered by ordinary forms of legislation. »<sup>324</sup> Les Constitutions brésilienne et canadienne sont des exemples de Constitutions rigides qui sont très difficiles à amender. Finalement, une Constitution non écrite est définie comme « The customs and values, some of which are expressed in statutes, that provide the organic and fundamental law of a state country that does not have a single written law functioning as a constitution. »<sup>325</sup>

Pour ce qui est traditions juridiques, il en existe deux principales dans le monde, soit : le droit civil et le droit commun (ou « common law »).<sup>326</sup> La principale différence entre ces deux systèmes juridiques repose sur la source principale du droit. Tandis que dans les systèmes basés sur la « common law » les décisions judiciaires sont considérées comme la source principale de la loi, dans les systèmes basés sur le droit civil le droit codifié est perçu comme la source principale de droit.<sup>327</sup> En outre, dans les pays qui adoptent la « common law » comme système juridique, les Constitutions de même que les lois souvent ne sont pas écrites.<sup>328</sup> En effet, la « common law » est un droit qui n’est pas écrit et qui est composé par un ensemble de règles fondées sur le précédent.<sup>329</sup> À l’opposé, dans les pays de tradition civiliste, la Constitution est fréquemment écrite et il existe des codes qui prescrivent les droits et devoirs des citoyens.<sup>330</sup> Ainsi, les pays soumis au système

---

<sup>323</sup> *Id.*

<sup>324</sup> *Id.*

<sup>325</sup> *Id.*

<sup>326</sup> Voir René DAVID, *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*, Martins Fontes, São Paulo, 2002.

<sup>327</sup> Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAUNIER, « L’interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47-2 *Les Cahiers de droit* 179, DOI : 10.7202/043886ar.

<sup>328</sup> Guilherme Fortes Monteiro de Castro CASTRO et Eduardo da Silva GONÇALVES, « A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades | eGov UFSC », *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento* (2012), en ligne : <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aplica%C3%A7%C3%A3o-da-common-law-no-brasil-diferen%C3%A7as-e-afinidades>> (consulté le 24 septembre 2019).

<sup>329</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, « L’origine de notre système juridique » (7 septembre 2016), en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/just/03.html>> (consulté le 24 septembre 2019).

<sup>330</sup> R. DAVID, préc., note 326.



de « common law » sont généralement les anciennes colonies britanniques, comme le Canada<sup>331</sup>. Au contraire, les pays soumis au système de droit civil sont surtout les anciennes colonies françaises, espagnoles ou portugaises. C'est le cas du Brésil qui est une ancienne colonie portugaise.<sup>332</sup>

En ce qui a trait au droit à la santé au sein de ces deux traditions juridiques, Toebes affirme qu'il existe une distinction entre les pays basés sur la « common law » et les pays basés sur le droit civil. Selon Toebes, les pays qui adoptent la « common law », « generally do not have an explicit right to health in their constitution ».<sup>333</sup> D'autre part, une grande partie des pays de tradition civiliste, « have an explicit or implicit right to health in their constitution ».<sup>334</sup> Nous verrons cela plus en détail dans la section qui suit.

## **A. Le silence de la constitution canadienne en matière de droit à la santé**

Comme nous l'avons constaté précédemment, la Constitution est la loi fondamentale qui est hiérarchiquement la plus importante dans un pays.<sup>335</sup> Elle est considérée comme la loi suprême du Canada qui rend inopérantes les dispositions incompatibles avec cette règle de droit.<sup>336</sup> La

---

<sup>331</sup> Il est à noter que le système juridique canadien découle des systèmes anglais et français. En d'autres mots, c'est un système juridique fondé sur la combinaison de la « common law » et du droit civil. Néanmoins, en 1759, le Canada est passé au régime de la « common law » anglaise, sauf au Québec où jusqu'aujourd'hui c'est le droit civil qui s'applique., voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, « L'origine de notre système juridique » (7 septembre 2016), en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/just/03.html>>

<sup>332</sup> Ana Carolina OLIVEIRA, « Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law », (2016) 12-64 *Dir. públ.*, en ligne : <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/2737>> (consulté le 25 septembre 2019).

<sup>333</sup> B. TOEBES, préc., note 87.

<sup>334</sup> *Id.*

<sup>335</sup> La Constitution canadienne de 1982 établit ce caractère suprême de la constitution à l'article 52 : « la constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit », (Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 192 sur le Canada, 1982, c. (R.-U.).)

<sup>336</sup> *Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada*, préc., note 294.

Constitution nationale de la majorité des pays du monde est formée par un seul document.<sup>337</sup> Toutefois, cela n'est pas le cas du Canada. Le Canada est un pays basé sur la « common law », et sa Constitution ne se trouve pas dans un seul texte. En effet, elle est composée par trois éléments : Les règles législatives (notamment les textes constitutionnels de 1867 et de 1982), la Common Law et les règles conventionnelles de la Constitution.<sup>338</sup> Néanmoins, en pratique, lorsque nous nous référons au contenu de la Constitution canadienne nous nous référons à la Loi constitutionnelle de 1867 et à la Loi constitutionnelle de 1982 qui contient la Charte canadienne des droits et libertés, qui est le texte constitutionnel canadien qui nous intéresse dans le cadre de ce travail.

La Charte canadienne des droits et libertés a été incorporée dans la Constitution canadienne en 1982, lors du rapatriement de la Constitution, c'est-à-dire de la proclamation officielle de l'indépendance politique et juridique du Canada par rapport au Royaume-Uni.<sup>339</sup> La Charte a été adoptée dans un contexte d'édification du système international de protection des droits de la personne et s'inspire du mouvement de défense des droits civils des États-Unis.<sup>340</sup> Le premier ministre canadien de l'époque, Pierre Elliott Trudeau, défendait un projet de « société juste » et a fait pression en faveur de l'adoption de cette Charte.<sup>341</sup>

Ainsi, la Charte est un document à valeur constitutionnelle qui impose, au Canada, le respect d'une multitude de droits et libertés fondamentaux. L'article 24 (1) de la Charte prévoit que toute personne victime d'une violation des droits protégés par la Charte peut s'adresser au

---

<sup>337</sup> Adam DODEK, *The Canadian Constitution*, Dundurn, Toronto, 2013.

<sup>338</sup> *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, 1 R.C.S. 753 (1981).

<sup>339</sup> C. VÉZINA, préc., note 10.

<sup>340</sup> Dans la section 2 du premier chapitre de ce mémoire, nous avons discuté de l'émergence des organisations internationales et de ce système juridique de protection des droits de la personne qui a eu lieu après la Seconde Guerre mondiale vers la fin des années 1940.

<sup>341</sup> Martha JACKMAN et Bruce PORTER, « Socio-Economic Rights Under the Canadian Charter », dans *Social Rights Jurisprudence*, Rochester, New York: Cambridge University Press, 2008.

tribunal pour obtenir une réparation appropriée.<sup>342</sup>

Lorsque nous analysons les articles de la Charte, nous observons qu'il n'existe aucune référence ou mention aux DESC<sup>343</sup> et particulièrement au droit à la santé. À cet effet, au moment de la rédaction de la Charte, le Comité conjoint spécial du Sénat et de la Chambre des communes responsable de rédiger la Charte était favorable et suggérait une référence explicite aux DESC dans la disposition 36 de la Charte qui fait référence aux engagements pris par les gouvernements fédéral et provinciaux.<sup>344</sup> Cependant, le Comité a décidé finalement de suivre la position des groupes et des experts en droits humains qui défendaient plutôt une définition large du droit à l'égalité qui pourrait englober les DESC.<sup>345</sup> L'idée des spécialistes était qu'avec cette portée large, « The Charter could then be applied to require governments to take positive action to address the needs of vulnerable groups, to remedy systemic inequality, and to maintain and improve social programs on which the enjoyment of equality and other Charter rights depends. »<sup>346</sup> De ce fait, les DESC, y compris le droit à la santé, ne sont pas définis en tant que tels comme des droits de valeur constitutionnelle dans le droit canadien.

En ce qui concerne le droit à la santé, comme nous l'avons mentionné auparavant, le Canada est un pays dualiste, c'est-à-dire que pour qu'une norme internationale ait force exécutoire, il faut qu'elle soit d'abord intégrée au droit interne.<sup>347</sup> Dans ce cas, même si le Canada a signé et

---

<sup>342</sup> Marie-Claude PRÉMONT, « L'affaire Chaoulli et le système de santé du Québec: cherchez l'erreur, cherchez la raison », (2006) 51 *Revue de droit de McGill* 167-95.

<sup>343</sup> À cet effet, Martha Jackman et Bruce Porter affirment que « The closest the Charter comes to recognising a socio-economic right is the section 23 right to publicly funded minority language education at the primary and secondary levels, where the numbers warrant. The minority language education guarantee has been interpreted by the Supreme Court as a novel form of legal right which confers upon a right which places positive obligations on government to alter or develop major institutional structures », dans Martha JACKMAN et Bruce PORTER, « Socio-Economic Rights Under the Canadian Charter », dans *Social Rights Jurisprudence*, Rochester, New York: Cambridge University Press, 200.

<sup>344</sup> M. JACKMAN et B. PORTER, préc., note 270.

<sup>345</sup> *Id.*

<sup>346</sup> *Id.*, p. 210.

<sup>347</sup> C. RÉGIS et F. KASTLER, préc., note 19.

ratifié tous les instruments internationaux qui garantissent le droit à la santé, ce droit n'a pas été intégré automatiquement dans le droit constitutionnel canadien.

Bien qu'il n'y ait pas encore eu d'amples discussions sur l'incorporation de traités internationaux en matière de DESC dans le droit canadien, le Canada veille à ce que la Charte, les lois fédérales et provinciales sur les droits de la personne et les autres lois nationales donnent effet aux obligations internationales prises par le pays à l'international.<sup>348</sup> Ainsi, en dépit de ce manque d'intégration des traités internationaux qui garantissent le droit à la santé comme un droit constitutionnel, les traités restent quand même très importants « en raison de la reconnaissance internationale et politique dont ils font objet ».<sup>349</sup>

En outre, ces traités peuvent être invoqués par les tribunaux comme sources d'interprétation. À cet effet, la Cour suprême du Canada a statué sur cette présomption interprétative dans l'affaire *Slaight Communications c. Davidson* en disant que « la Charte accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne. »<sup>350</sup> En 1999, la juge l'Heureux-Dubé a réaffirmé ce principe dans l'affaire *Baker c. Canada* en disant que le droit international des droits de la personne a « une incidence cruciale sur l'interprétation de l'étendue des droits garantis par la Charte ».<sup>351</sup>

Par ailleurs, à part la possibilité d'invoquer les traités comme source d'interprétation, Jackman et Porter<sup>352</sup> défendent l'idée qu'il existe deux articles de la Charte canadienne, soient les dispositions 7 et 15, qui, grâce à leur portée large, peuvent par la voie d'interprétation des tribunaux

---

<sup>348</sup> M. JACKMAN et B. PORTER, préc., note 341, p. 215.

<sup>349</sup> C. RÉGIS et F. KASTLER, préc., note 19 à la page 378.

<sup>350</sup> *Slaight Communications Inc. c. Davidson* [1989] 1 RCS 1038, , en ligne : <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/450/index.do>> (consulté le 25 août 2019).

<sup>351</sup> *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1999] 2 RCS 817, Cour suprême du Canada.

<sup>352</sup> M. JACKMAN et B. PORTER, préc., note 34.

donner effets aux DESC et notamment au droit à la santé.<sup>353</sup>

L'article 7 dispose que : « chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »<sup>354</sup> Ainsi, cette disposition concerne le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité. Comme il a déjà été mentionné dans ce travail, le droit à la santé est un droit indissociable du droit à la vie. À cet égard, dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*,<sup>355</sup> la Cour suprême s'est appuyée sur l'article 7 de la Charte et donc sur le droit à la vie et à la sécurité pour juger que le centre d'injection de drogue supervisée Insite pouvait continuer de se prévaloir d'une exemption à la loi qui lui permettait d'offrir des services aux personnes qui utilisent des drogues à Vancouver. Selon la Cour suprême, le travail réalisé par cette organisation sauve des vies sans provoquer une hausse des méfaits liés à la consommation de drogues.<sup>356</sup> La Cour suprême a affirmé également qu'une « loi qui crée un risque pour la santé en empêchant l'accès à des soins porte atteinte au droit à la sécurité de la personne ».<sup>357</sup> Cette décision très importante de la Cour suprême protège plusieurs droits, tels que le droit à la santé, à la vie, à la liberté, à la sécurité et à la non-discrimination, de la population consommatrice de drogues, qui est d'ailleurs très marginalisée. En outre, le partage des seringues est un problème sérieux qui contribue à la propagation du VIH/Sida ainsi que d'autres maladies, et qui pose donc atteinte au droit à la santé des personnes qui consomment des drogues. À cet égard, l'OMS<sup>358</sup> et l'ONUSIDA<sup>359</sup>

---

<sup>353</sup> C. VÉZINA, préc., note 10.

<sup>354</sup> *Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 9.

<sup>355</sup> *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society [2011] 3 RCS 134*, Cour suprême du Canada.

<sup>356</sup> *Id.*

<sup>357</sup> *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, préc., note 355.

<sup>358</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Lignes directrices unifiées sur la prévention, le diagnostic, le traitement et les soins du VIH pour les populations clés*, Genève, Suisse, 2016, en ligne :

<<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246217/9789290312222-fre.pdf;jsessionid=44F95D242F55CB75F9E4AA2F2B6FD4BB?sequence=1>>.

<sup>359</sup> ONUSIDA, *Rapport sur le suivi mondial de la lutte contre le sida 2019*, 2018, en ligne :

<[https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/global-aids-monitoring\\_fr.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/global-aids-monitoring_fr.pdf)>.

identifient les personnes qui s'injectent des drogues comme faisant partie des populations clés<sup>360</sup> dans le combat contre le VIH/SIDA à travers le monde. Pour réduire le taux d'épidémie parmi cette population, l'ONUSIDA recommande un usage sans risque pour les personnes qui s'injectent des drogues ainsi que la distribution d'aiguilles et de seringues à cette population.<sup>361</sup> Ainsi, le centre d'injection supervisé localisé à Vancouver suit les lignes directrices de l'OMS et de l'ONUSIDA et protège le droit à la santé d'une population clé dans le combat contre l'épidémie du VIH/Sida. De ce fait, à travers son jugement, la Cour suprême a statué que les centres d'injection supervisés constituent une réponse de santé publique légitime face aux problèmes de toxicomanie.

Un autre cas au cours duquel l'article 7 de la Charte a été invoqué est l'affaire *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*.<sup>362</sup> Selon Cousins, « the most important case to date concerning section 7 and access to health care has been *Chaoulli* ». <sup>363</sup> Dans cette affaire, les requérants ont demandé à la Cour de prononcer l'invalidité de l'interdiction des contrats d'assurance privée pour les services hospitaliers (article 11 de la Loi sur l'assurance hospitalisation) et les services médicaux (article 15 de la Loi sur l'assurance maladie), car cette interdiction serait contraire aux droits individuels protégés par la Charte.<sup>364</sup> À ce sujet, trois juges de la Cour suprême ont statué que les délais causés par les files d'attente pour accéder aux soins de santé violent l'article 7 de la Charte. Il est à noter que ces juges se sont basés plutôt sur les effets de la norme comme cause

---

<sup>360</sup> Selon l'OMS, « les populations clés sont des groupes définis qui, en raison de comportements à haut risque spécifiques, sont davantage exposés à l'infection du VIH indépendamment du type d'épidémie ou du contexte local. En outre, ces groupes ont souvent des problèmes liés à leurs comportements qui augmentent leur vulnérabilité à l'infection du VIH », dans ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, préc., note 284.

<sup>361</sup> ONUSIDA, préc., note 359.

<sup>362</sup> *Chaoulli c. Québec (Procureur général)* [2005] 1 RCS 791

<sup>363</sup> Mel COUSINS, « Health Care and Human Rights after Auton and Chaoulli », (2010) 54-4 *mj* 717-738, DOI : 10.7202/039650ar.

<sup>364</sup> M.-C. PRÉMONT, préc., note 342..

directe de l'atteinte à un droit protégé par la Charte que sur la norme elle-même.<sup>365</sup> La juge Deschamps écrit : « le droit à la vie est donc touché par les délais inhérents aux listes d'attente »<sup>366</sup>. Elle continue en disant que le tribunal peut envisager « que certains patients meurent s'ils doivent attendre pour être opérés ».<sup>367</sup> Toutefois, il est à noter que même si des discussions sur la Charte canadienne ont été faites dans cette affaire, la CSC a rendu sa décision en vertu de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne<sup>368</sup> et non en vertu de la Charte canadienne. Dans ce sens, la juge Deschamps a conclu que la prohibition de l'assurance privée porte atteinte à l'intégralité de la personne au sens de l'article 1<sup>369</sup> de la Charte québécoise qui protège le droit à la vie, et que cette prohibition n'est pas justifiée par le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public ou par le bien-être général des citoyens du Québec, au sens de l'article 9.1 de la Charte.<sup>370</sup>

Dans la décision *R c Morgentaler*<sup>371</sup>, le Dr. Henry Morgentaler est allé devant la CSC pour contester les accusations portées contre lui en vertu de la disposition 251 du Code criminel<sup>372</sup> qui interdisait tout avortement qui ne répondait pas à la norme de l'avortement thérapeutique.<sup>373</sup> Il contestait la validité de cette disposition du Code criminel en affirmant qu'elle violait les droits des femmes reconnus à l'article 7 de la Charte. La CSC a conclu que la disposition contrevenait directement aux droits fondamentaux des femmes et a proposé comme solution la décriminalisation de l'avortement pour élargir l'accès à l'avortement.<sup>374</sup> Cette affaire est un autre exemple qui démontre que le droit à la santé des femmes a été protégé en vertu de l'article 7 de la

---

<sup>365</sup> *Id.*

<sup>366</sup> *Chaoulli c. Québec (Procureur général) [2005] 1 RCS 791*, préc., note 362.

<sup>367</sup> *Id.*

<sup>368</sup> *Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c C-12.*

<sup>369</sup> L'article 1 de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne dispose que : tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. Il possède également la personnalité juridique.

<sup>370</sup> *Chaoulli c. Québec (Procureur général) [2005] 1 RCS 791*, préc., note 362.

<sup>371</sup> *R c Morgentaler, [1988] 1 RCS 30*

<sup>372</sup> *Code Criminel, L.R.C. 1985, c.46.*

<sup>373</sup> M.-C. PRÉMONT, préc., note 342.

<sup>374</sup> *R c Morgentaler, [1988] 1 RCS 30.*, préc., note 371.

Charte. Cela est conforme au paragraphe 1 de l'article 12 de la CEDAW qui, comme nous l'avons montré au premier chapitre de ce travail, énonce que les États parties doivent prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de santé, en vue de leur assurer, sur la base de l'égalité homme-femme, les moyens d'accéder aux services médicaux, y compris ceux qui concernent la naissance et la santé des enfants.<sup>375</sup>

En conséquence, nous constatons que même si le droit à la santé n'est pas prévu dans la Charte canadienne, il demeure possible de protéger ce droit par le biais d'interprétation et d'utilisation de l'article 7, car non seulement celui-ci a une portée très large, mais il est aussi indissociable du droit à la vie.

D'autre part, l'article 15, qui initialement se rapportait à la non-discrimination, a été renommé pour protéger le droit à l'égalité. Cette modification a eu lieu du fait que le droit à l'égalité rend compte d'un champ d'application plus large et fait aussi référence à une obligation positive qui exige que les États prennent des actions pour remédier aux discriminations.<sup>376</sup> Selon cette disposition : « la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ». <sup>377</sup> Pour donner un exemple, dans la décision *Eldridge c Colombie Britannique*, la Cour suprême a reconnu l'obligation positive de l'État d'offrir des services d'interprétation gestuelle visant à rendre les soins de santé accessibles aux personnes atteintes de surdité.<sup>378</sup> Dans la section 1 du premier chapitre de ce

---

<sup>375</sup> *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 RTNU 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981), en ligne :

<<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>>..

<sup>376</sup> M. JACKMAN et B. PORTER, préc., note 341, p. 211.

<sup>377</sup> *Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 9.

<sup>378</sup> *Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624 .



travail, nous avons argué qu'à partir d'une perspective des droits de la personne, la garantie du meilleur état de santé possible d'être atteint par une personne handicapée exige la garantie de services accessibles sans discrimination. La même idée s'applique ici. En reconnaissant l'obligation positive de l'État d'offrir des services d'interprétation aux personnes atteintes de surdité, la Cour suprême a garanti le respect du droit à la santé par le biais de l'article 15 et donc de la protection du droit à l'égalité.

Toutefois, cette reconnaissance par la Cour suprême de l'obligation positive de l'état d'agir pour garantir le droit à la santé n'est pas nécessairement une constante. D'après Jackman:

« since the inception of the Charter, judges in Canada, have with rare exceptions, adopted a differential, negative rights based approach to socio-economic rights, including the right to health care. In clear contradiction of Canada's obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and other international human rights treaties, they have frequently held that governments have no affirmative duty to ensure that individuals, particularly those who are members of socially or economically disadvantaged groups, do in fact have the means to enjoy Charter rights to life, liberty, security of the person and equality »<sup>379</sup>.

Dans l'affaire *Auton c. Colombie Britannique*<sup>380</sup> les parents de quatre enfants autistes se sont appuyés sur la décision d'*Eldridge* pour contester le refus de la province de financer une thérapie comportementale pour leurs enfants autistes.<sup>381</sup> Ils ont argu  qu'il s'agissait d'une discrimination envers les enfants vivant avec l'autisme, lesquels ont des besoins particuliers.   la différence de la décision rendue pour *Eldridge*, la CSC a interprété l'article 15 de la Charte et a rejeté l'argument selon lequel le manque de financement provincial pour une thérapie

---

<sup>379</sup> Martha JACKMAN, « Charter Review as a health Care Accountability Mechanism in Canada », (2010) 18 *Health Law Journal*.

<sup>380</sup> *Auton (Tutrice à l'instance de) c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 RCS 657, .

<sup>381</sup> M. JACKMAN, préc., note 379.

comportementale pour les enfants autistes violerait la Charte. La Cour a aussi affirmé qu'elle a toujours été d'avis qu'il n'existe aucune obligation positive en vertu de la Charte de créer des services au bénéfice des individus.<sup>382</sup>

Le silence de la Charte canadienne sur les DESC, et en particulier sur le droit à la santé, a probablement un impact sur la reconnaissance de ces droits en tant que droits fondamentaux. Selon Eleanor et Brian, lorsqu'un pays incorpore une disposition dans sa Constitution pour protéger le droit à la santé, il démontre un engagement national envers la réalisation du meilleur état de santé capable d'être atteint.<sup>383</sup> Ainsi, le Canada ne prend pas d'engagement de manière claire et précise dans sa Constitution. Toutefois, comme nous l'avons observé, les traités internationaux qui garantissent le droit à la santé sont quand même importants, et ils sont utilisés par les tribunaux nationaux comme sources d'interprétation. En outre, par le biais des articles 7 et 15 de la Charte, les tribunaux peuvent envisager des stratégies de mise en œuvre des DESC, et notamment du droit à la santé, comme nous l'avons constaté dans les affaires *PHS Community Services Society*, *Morgentaler* et *Eldridge*. Toutefois, comme nous l'avons montré avec l'affaire *Auton*, les tribunaux restent encore rares à se prononcer sur les DESC, et particulièrement sur le droit à la santé

## **B. La garantie du droit à la santé par la Constitution fédérale brésilienne de 1988**

La Constitution fédérale de 1988 est la Constitution actuellement en vigueur au Brésil. Elle a été adoptée à la suite d'une longue période d'autoritarisme<sup>384</sup> qui a caractérisé la dictature

---

<sup>382</sup> *Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 378.

<sup>383</sup> E. D. KINNEY et B. A. CLARK, préc., note 43.

<sup>384</sup> Pendant la Dictature militaire brésilienne, 5 actes institutionnels ont été adoptés par le gouvernement militaire. Chacun prévoyait des mesures autoritaires comme l'annulation des élections, extinction des partis politiques, adoption d'une nouvelle constitution sans la participation de la population et la conférence d'un pouvoir presque absolu au président (comme la possibilité de fermer l'Assemblée nationale et la révocation des droits politiques des

militaire en vigueur au Brésil pendant 21 ans (d'avril 1964 à mars 1985).<sup>385</sup> Cette période a été marquée par de graves violations des droits humains, surtout des DCP. Ainsi, avec le processus de démocratisation et d'ouverture politique qui s'est initié en 1985, l'État brésilien a ratifié d'importants traités internationaux concernant les droits de la personne.<sup>386</sup> L'un de ses objectifs était de redorer l'image du Brésil sur la scène internationale et de démontrer que l'État brésilien était engagé à respecter et à protéger les droits humains.<sup>387</sup> En ce qui concerne le droit à la santé, comme nous l'avons constaté au premier chapitre de ce mémoire, le PIDESC, qui est l'instrument international qui dispose sur les DESC et sur le droit à la santé, a été ratifié seulement en 1992, soit quatre ans après l'adoption de la Constitution de 1988.

De ce fait, la Constitution brésilienne de 1988 a marqué une étape importante dans la promotion de la démocratie au Brésil. Selon Barroso, elle est le symbole majeur d'un succès démocratique : la transition d'un État autoritaire, intolérant et plusieurs fois violent, vers un État de droit.<sup>388</sup> Son élaboration est le fruit d'une Assemblée nationale qui s'est bâtie à partir de la participation de divers acteurs.<sup>389</sup> En conséquence, des droits qui n'avaient jamais été garantis par aucun des textes constitutionnels antérieurs, ont été élevés au statut de droits constitutionnels.<sup>390</sup>

---

parlementaires). En outre, cette période s'est caractérisée aussi par la censure aux médias et par la persécution violente des opposants politiques au gouvernement qui dans plusieurs cas a résulté dans leurs prison, torture, disparition et mort.

<sup>385</sup> Ingo WOLFWANG SARLET, *Direitos Fundamentais : Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Livraria do Advogado Editora, 11. ed., 2012.

<sup>386</sup> F. PIOVESAN, préc., note 316.

<sup>387</sup> *Id.*

<sup>388</sup> Luís Roberto BARROSO, « Vinte anos da Constituição de 1988 - A reconstrução democrática do Brasil », (2008) 45-179 *Revista de Informação Legislativa* 25-37.

<sup>389</sup> Mariana SIQUEIRA DE CARVALHO, « A Saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988 », (2003) 4-2 *Revista de Direito Sanitário*.

<sup>390</sup> *Id.*

C'est le cas du droit à la santé.<sup>391</sup> À cet égard, les Constitutions brésiliennes antérieures<sup>392</sup> n'ont pas toujours abordé de façon directe le droit à la santé. La Constitution de 1824 et la Constitution de 1891 ne faisaient aucune référence au droit à la santé. La Constitution de 1934 fut la première à disposer sur ce sujet.<sup>393</sup> L'article 10 de cette Constitution prévoyait que le gouvernement fédéral ainsi que les gouvernements étatiques devaient s'assurer du respect de la Constitution et des lois, et prendre soin de la santé de la population et des services publics.<sup>394</sup> Les Constitutions qui ont été adoptées par la suite, en 1937, 1946, 1967 et 1969, ont suivi l'exemple de la Constitution de 1934 et se limitaient à disposer sur les compétences exécutives et législatives.<sup>395</sup> Ainsi, la première fois que la santé a reçu un traitement constitutionnel différencié en lien avec les droits humains fut à travers la Constitution de 1988.<sup>396</sup> Cette Constitution a défini expressément le droit à la santé comme un droit social dans son article 6,<sup>397</sup> qui énonce que l'éducation, la santé, le travail, le logement, la sécurité, le régime de retraite, la protection de la maternité et de l'enfance, l'assistance aux personnes en situation de vulnérabilité sont des droits sociaux.<sup>398</sup> L'article 6 fait partie du chapitre 2 de la Constitution qui dispose sur les droits sociaux. En reconnaissant la santé comme

---

<sup>391</sup> Pendant la Dictature militaire, dans les années 70 il est née au Brésil le Mouvement de la Réforme Sanitaire Brésilienne (MRSB) qui luttait pour la redémocratisation et s'opposait à la mercantilisation de la santé. C'est ce mouvement qui défendait la santé comme un droit universel. 00Lúcia Regina Florentino SOUTO et Maria Helena Barros de OLIVEIRA, « Movimento da Reforma Sanitária Brasileira: um projeto civilizatório de globalização alternativa e construção de um pensamento pós-abissal », (2016) 40 *Saúde debate* 204-218.; Telma Maria Gonçalves MENICUCCI, « Implementação da Reforma Sanitária: a formação de uma política », (2006) 15-2 *Saúde e Sociedade* 72-87, 15; G. W. de S. CAMPOS, préc., note 269.

<sup>392</sup> À noter que le Brésil est un pays qui a eu plusieurs constitutions au long de son histoire. Depuis son indépendance comme colonie de Portugal à aujourd'hui le pays a eu huit constitutions au total. Ce sont les constitutions de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 et 1988.

<sup>393</sup> A. C. BROCHADO TEIXEIRA, préc., note 192.

<sup>394</sup> En Portugais, l'article 10 de la Constitution de 1934 disposait que « Compete concorrentemente à União e aos Estados; I – velar na guarda da Constituição e das leis; II – cuidar da saúde e assistência pública », dans Ana Carolina BROCHADO TEIXEIRA, *Saúde, corpo e autonomia privada*, Renovar, coll. 1, Rio de Janeiro, 2010.

<sup>395</sup> A. C. BROCHADO TEIXEIRA, préc., note 193.

<sup>396</sup> *Id.*, p. 12.

<sup>397</sup> En Portugais, l'article 6 dispose que « são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição ».

<sup>398</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil*, préc., note 11.

un droit social fondamental, l'État est obligé de prendre des actions positives et de formuler des politiques sociales et économiques destinées à la promotion, la protection et la réparation en matière de droit à la santé.<sup>399</sup> D'après, Sarlet et Figueiredo, cette notion large de la santé prévu par la Constitution est alignée avec la conception de santé de l'OMS qui comprend non seulement la notion curative, mais aussi les dimensions préventives et de promotion de la santé.<sup>400</sup> En ce qui concerne tout particulièrement la notion de promotion de la santé, ces auteurs affirment que cette notion est lié au niveau de qualité de vie. Ce dernier étant ainsi relié aux actions qui ont pour objectif améliorer les conditions de vie et de santé de la population ce qui démontre une syntonie entre le texte constitutionnel brésilien avec la notion de progressivité dans l'implémentation du droit à la santé, ainsi qu'à la « possession du meilleur état de santé capable d'atteindre » établit au PIDESC.<sup>401</sup>

L'importance accordée au droit à la santé est considérable et elle se reflète dans le fait que la Constitution a dédié une section entière à ce droit (articles 196 à 200). De ce fait, à l'article 196,<sup>402</sup> la Constitution de 1988 dispose que la santé est un droit de tous et un devoir de l'État, qui doit être garanti par des politiques sociales et économiques qui visent la réduction du risque de maladie et l'accès universel et égalitaire aux services publics en vue de sa promotion, protection et réparation.<sup>403</sup> En analysant cet article, nous observons que la Constitution établit le droit à la santé comme un droit universel inhérent à tous et à toutes, sans préférence ou distinction, c'est-à-dire sans discrimination. Ceci est en conformité avec le droit international à la santé qui, comme

---

<sup>399</sup> Marcos André Couto SANTOS, « A efetividade das normas constitucionais (as normas programáticas e a crise constitucional) », (2000) 37-147 *Revista de Informação Legislativa* 5-14.

<sup>400</sup> I. W. SARLET et M. F. FIGUEIREDO, préc., note 244.

<sup>401</sup> *Id.*, 8.

<sup>402</sup> En Portugais, l'article 196 dispose que « a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação ».

<sup>403</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil*, préc., note 11.

nous l'avons vu tout au long de ce travail, met l'accent sur la non-discrimination et l'accès égalitaire pour tous et pour toutes. En outre, lorsque la Constitution établit que la santé est un devoir de l'État, elle identifie l'État comme le responsable de l'application de ce droit. Cela ne signifie pas pour autant que l'État fédéral est le seul responsable des coûts engendrés par la mise en œuvre des politiques et des services de santé qui visent à garantir la pleine réalisation de ce droit. En effet, la Constitution établit à l'article 23, paragraphe 2, que la santé est une compétence partagée entre les différents niveaux de gouvernements, soient les niveaux fédéral, provincial et municipal.<sup>404</sup> À cet égard, pour viabiliser la prestation par l'État de services de santé aux citoyens, la Constitution a prévu à son article 198<sup>405</sup> la création du SUS<sup>406</sup> qui comme nous avons vu à la section 1 de ce chapitre intègre un réseau régional et hiérarchisé qui respecte les lignes directrices suivantes : I – décentralisation, avec une direction unique dans chaque sphère de gouvernement; II – soins intégraux de santé, avec une priorité donnée aux activités préventives, sans préjudice pour les services de soin, III – participation de la communauté.<sup>407</sup>

Il est à noter qu'avant la Constitution de 1988, le droit d'accès aux services de santé était lié au régime de retraite. Ainsi, seuls les travailleurs urbains enregistrés dans le service social contribuant au régime de retraite pouvaient accéder aux services de santé gratuits fournis par l'État.<sup>408</sup> En d'autres termes, l'accès aux services de santé publics n'était pas universel, il était plutôt limité aux travailleurs qui contribuaient aux institutions de protection sociale.<sup>409</sup> Pourrions-

---

<sup>404</sup> *Id.*

<sup>405</sup> En Portugais, l'article 198 dispose que « as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes : I – descentralização, com direção única em cada esfera do governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade ».

<sup>406</sup> Ce système de santé a été établi en 1990 par une loi infra constitutionnelle, soit la Loi Organique de Santé (Lei Orgânica de Saúde no 8.080/90), dans Luis Roberto de BARROSO, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva : direito à saúde e fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2007, en ligne: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>.

<sup>407</sup> A. C. BROCHADO TEIXEIRA, préc., note 193, p. 18.

<sup>408</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>409</sup> Luís Roberto BARROSO, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde e fornecimento*

nous dire que cela constituait une violation du droit à la santé ? Il nous semble que oui, car il y avait une discrimination envers les travailleurs agricoles, les travailleurs informels et les personnes au chômage qui ne pouvaient donc pas accéder aux services de santé offerts par l'État. À cet égard, Barroso affirme qu'une grande partie de la population brésilienne, qui ne faisait pas partie du marché de travail formel, était exclue du droit à la santé et dépendait des services caritatifs.<sup>410</sup> Ainsi, la Constitution de 1888 a universalisé l'accès aux services de santé, qui n'étaient alors plus réservés aux travailleurs formels.<sup>411</sup> Tous les citoyens indépendamment de leur statut d'emploi ont pu avoir un droit d'accès aux services de santé publique.<sup>412</sup>

Cette importance accordée aux droits sociaux, et particulièrement au droit à la santé, dans la Constitution nationale brésilienne représente un engagement du gouvernement d'assurer le droit à la santé et l'accès aux services de santé pour sa population. En guise d'exemple, la Cour suprême du Brésil a reconnu que l'État avait l'obligation d'offrir les médicaments nécessaires au traitement du VIH/Sida aux patients qui vivent avec le VIH/Sida.<sup>413</sup> Cette décision de la Cour suprême brésilienne a affirmé le caractère fondamental et positiviste du droit constitutionnel à la santé.<sup>414</sup> Ceci démontre également l'incorporation d'un compromis signé à l'international, lors de la ratification des traités qui protègent le droit à la personne, dans l'ordre juridique interne. Toutefois, l'existence de normes constitutionnelles ne signifie pas pour autant la garantie de la mise en œuvre concrète de ce droit. Pour que le droit à la santé soit intégré et garanti avec suffisamment de force aux différents échelons d'un système démocratique, il est nécessaire que soient développées et

---

*gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2007, en ligne : <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>.

<sup>410</sup> *Id.*, p. 14.

<sup>411</sup> Voir Sergio Francisco PIOLA, Elizabeth Diniz BARROS, Roberto Passos NOGUEIRA, Luciana Mendes SERVO, Edvaldo Batista DE SÁ et Andrea Barreto PAIVA, « Vinte Anos da Constituição Federal de 1988: O que significaram para a saúde da população? », dans *Políticas Sociais: acompanhamento e análise*, IPEA, 2009, p. 97-174.

<sup>412</sup> L. R. BARROSO, préc., note 409, p. 14.

<sup>413</sup> *Agravo Regimental em Recurso Extraordinario n.o 271.286, RS*, [2000] Rel. Celso de Mello (STF).

<sup>414</sup> I. W. SARLET et M. F. FIGUEIREDO, préc., note 244.

mises en œuvre des politiques sociales et économiques.<sup>415</sup> En outre, nous avons constaté dans le chapitre 1 de ce mémoire que le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a considéré que l'État brésilien avait commis une violation de ses obligations en matière de droits de la personne dans l'affaire Alyne Silva. Il a notamment imposé au gouvernement de prendre des mesures pour améliorer l'accès aux services de maternité (qui sont aussi des services de santé) et de verser une indemnité à la famille de la victime de cette violation. Cela n'est pas un cas isolé. En effet, selon l'étude de Paula et al. « in 2016, there were 300 thousand actions related to health in the country »<sup>416</sup>. Néanmoins, d'après Ferraz lorsque l'affaire arrive à la Cour suprême brésilienne, en général, elle reconnaît les violations du droit à la santé.<sup>417</sup>

Ainsi, bien que la Constitution brésilienne de 1988 accorde une importance significative aux droits de la personne et notamment au droit à la santé, en dédiant une section entière à ce droit, l'affaire Alyne da Silva démontre qu'il existe tout de même des violations aux droits de la personne et au droit à la santé dans ce pays. Ceci montre bien que le seul fait d'avoir une disposition constitutionnelle sur le droit à la santé ne signifie pas pour autant que le pays est en train de respecter ses engagements internationaux en faveur de la garantie de ce droit sur son territoire.

---

<sup>415</sup> Enzo BELLO, « Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social », (2007) 8-2 *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]* 133-154.

<sup>416</sup> Carlos Eduardo Artiaga PAULA, Ana Paula DA SILVA et CLÉRIA MARIA LÔBO BITTAR, « Expansion of the judiciary in the Brazilian public health system », (2019) 27-1 *Revista Bioética*.

<sup>417</sup> OCTAVIO LUIZ MOTTA FERRAZ, « Between activism and deference: social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal », dans *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*, London, Routledge, 2015.



## Conclusion

Nous avons dans ce mémoire poursuivi deux objectifs qui sont liés l'un à l'autre : d'une part, comprendre la nature et les implications du droit international à la santé ; et d'autre part, vérifier à partir des exemples du Canada et du Brésil si ce droit a été incorporé dans leurs Constitutions nationales et si ce droit nécessite une incorporation constitutionnelle spécifique pour atteindre son plein potentiel. Ceci nous a permis d'étudier comme les engagements pris à l'international par un pays sont incorporés à l'interne sur le plan constitutionnel.

Tout d'abord, nous avons analysé les définitions existantes de la santé, étant donné que ce terme ne fait pas consensus. Nous avons exposé la vision biomédicale de la santé, qui comprend la santé comme une « absence de maladie », puis nous avons exploré la vision interdisciplinaire et multidimensionnelle de la santé proposée par l'OMS et acceptée par les pays membres qui la définit comme un état de complet bien-être physique, mental et social qui ne consiste pas seulement en une absence de maladie<sup>418</sup>. En dépit des nombreuses critiques faites à l'encontre de cette vision, nous avons démontré que la définition proposée par l'OMS demeure la plus adéquate pour comprendre la santé comme un droit de la personne, car elle aborde l'aspect positif et négatif de la santé et prend en compte les besoins des populations vulnérables et marginalisées qui sont moins susceptibles de jouir du droit à la santé.

L'analyse des principaux textes juridiques internationaux qui garantissent le droit à la santé nous a permis de constater que, bien que le droit international à la santé soit relativement récent, étant donné qu'il s'est développé après la Seconde Guerre mondiale, il est en fait bien établi en droit international, étant protégé par plusieurs textes juridiques internationaux sur les droits de la personne. Le droit à la santé, qui implique à la fois des droits et libertés, garantit en réalité aux

---

<sup>418</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), préc., note 7.

individus le droit de jouir du meilleur état de santé capable d'être atteint.<sup>419</sup> Il implique non seulement la garantie des services de santé, mais également celle des services sociaux. En outre, plusieurs éléments de ce droit, tels que son contenu normatif, les obligations qu'il impose et ses violations possibles, ont été bien définies par le CDESC, à l'Observation générale no 14.<sup>420</sup>

À partir de l'analyse des Constitutions canadienne et brésilienne, nous avons pu dresser les constats suivants. Tout d'abord, le Canada et le Brésil ont une histoire très différente, et leurs traditions juridiques reflètent ces parcours différenciés. Alors que le premier pays possède un système juridique basé sur la « common law », le deuxième se fonde sur le droit civil. Ces traditions juridiques différentes s'expriment dans la Constitution des pays. Ainsi, contrairement au Brésil qui possède une Constitution écrite codifiée, la Constitution du Canada est composée par plusieurs textes et contient même des parties non écrites. Il nous a semblé important de mentionner la tradition juridique de ces deux pays dans ce travail, car, comme nous l'apprend Toebes, les pays qui adoptent la « common law » ne mentionnent pas en général le droit à la santé de façon explicite dans leur Constitution, alors que les pays de tradition civiliste possèdent communément une disposition sur le droit à la santé dans leur Constitution.<sup>421</sup>

Ce travail de recherche souligne également que l'inclusion d'une disposition constitutionnelle sur la santé peut induire un engagement de la part de l'État de respecter ses compromis internationaux et de s'engager à soutenir sa population dans l'atteinte du meilleur état de santé capable d'être atteint. Ainsi, à partir des deux exemples étudiés dans ce travail, nous avons constaté que le Brésil a non seulement inclus une disposition sur la santé dans sa Constitution, mais il est aussi allé plus loin en dédiant une section entière de sa Constitution au droit à la santé.

---

<sup>419</sup> ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, préc., note 16.

<sup>420</sup> CDESC, préc., note 58.

<sup>421</sup> B. TOEBES, préc., note 87.

En conséquence, les articles 196 à 200 de la Constitution brésilienne de 1988 disposent uniquement sur le droit à la santé. Étant donné l'importance des systèmes de santé pour la mise en œuvre du droit à la santé, la Constitution de 1988 a prévu la création d'un système unique et public de santé, mais qui est ouvert au secteur privé. À l'opposé, le Canada ne mentionne nullement le droit à la santé dans sa Constitution. Néanmoins, deux articles de la Charte canadienne des droits et libertés, soient l'article 7 qui garantit le droit à la vie et à la liberté et l'article 15 qui garantit le droit à la non-discrimination, permettent par la voie d'interprétation des tribunaux de garantir ce droit. Comme nous l'avons constaté tout au long de ce travail, le droit à la santé est un droit intrinsèquement lié au droit à la vie, et sa réalisation est aussi liée à la réalisation d'autres droits. Ainsi, à travers l'analyse de l'affaire *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, par exemple, nous avons constaté que la Cour suprême, en s'appuyant sur l'article 7 de la Charte, a assuré le droit à la vie et également le droit à la santé des personnes qui s'injectent des drogues, lorsqu'elle a statué que les centres d'injection supervisée devraient rester ouverts. De surcroît, dans la décision *Eldrige c Colombie Britannique*, la Cour suprême a reconnu, sur la base de l'article 15 de la Charte, l'obligation de l'État d'offrir des services d'interprétation gestuelle visant à rendre les soins de santé accessibles aux personnes atteintes de surdité, et a ainsi protégé le droit à la santé de cette population. Différemment du Brésil qui possède un système de santé prévu à la constitution nationale, le système de santé au Canada n'est pas prévu constitutionnellement. Toutefois, ce pays compte avec 13 régimes d'assurance maladie qui sont publics et majoritairement financés par les gouvernements provinciaux et municipaux.

En conclusion, nous pouvons affirmer qu'une disposition constitutionnelle sur la santé demeure essentielle, car elle démontre un compromis de la part de l'état de respecter ses engagements internationaux. Par ailleurs, un état peut faire valoir ces compromis internationaux

de diverses façons, par exemple, au travers de l'interprétation des tribunaux ou de l'adoption de lois nationales qui ne sont pas constitutionnelles. Toutefois, étant donné que le Brésil possède une disposition constitutionnelle sur le droit à la santé, alors que le Canada ne mentionne pas la santé dans sa Constitution, pouvons-nous pour autant affirmer que la mise en œuvre du droit à la santé est plus effective au Brésil qu'au Canada ? Il est difficile d'apporter une réponse affirmative à cette question. Comme nous avons constaté au long de ce travail, l'une des façons par laquelle il y a lieu la mise en œuvre du droit à la santé c'est au travers l'accès aux services de soins de santé. Bien que le Canada et le Brésil diffèrent quant à la façon dont ils ont intégré constitutionnellement le droit à la santé, ces deux pays possèdent des systèmes de santé publics (qui peuvent dans une certaine mesure être complétés par les services de santé privés). Cela signifie qu'en théorie les citoyens de ces deux pays devraient pouvoir accéder aux services de soins de santé et jouir de leur droit à la santé. Toutefois, nous avons constaté à l'aide des exemples, comme celui du cas *Alyne da Silva* au Brésil et de l'affaire *Auton c. Colombie-Britannique* au Canada que cela n'est pas toujours la réalité. Alors, il reste que dans les deux pays des violations du droit à la santé ont toujours lieu. Il ne faut pas oublier que la mise en œuvre et la garantie du droit à la santé ne se fait pas uniquement au travers la disponibilité des services de soins de santé. En effet, le droit à la santé n'est pas un droit isolé. Il est un droit relié à la garantie d'autres droits fondamentaux et donc pour que ce droit soit respecté, il faut que d'autres droits fondamentaux soient aussi protégés. Ainsi, une disposition constitutionnelle sur le droit à la santé ne signifie pas nécessairement une mise en œuvre plus effective du droit à la santé.

En ce qui concerne particulièrement le droit international à la santé, nous pourrions envisager le développement d'un organisme international chargé uniquement de contrôler la mise en œuvre de ce droit. Toutefois, même avec l'existence d'un tel organisme, les pays devront

toujours chercher à respecter leurs engagements internationaux en matière de droit à la santé, en adoptant non seulement des lois sur la santé, mais aussi des politiques publiques effectives. Le véritable défi, à notre avis, est de donner naissance des lois et des politiques publiques en matière de santé qui soient mises en œuvre avec succès et intégrées par les différents acteurs de la société.

## Bibliographie

### Législation canadienne

*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. n°.

*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12.

*Code Criminel*, L.R.C. 1985, c.46.

*Constitution de la République fédérative du Brésil*, (4 octobre 1988).

*Lei Orgânica da Saúde.*, Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990.

*Loi canadienne sur la santé* (L.R.C. (1985), ch. C-6).

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

*Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, 1 R.C.S. 753 (1981).

### Affaires

*Agravo Regimental em Recurso Extraordinario n.o 271.286, RS*, [2000] Rel. Celso de Mello (STF).

*Auton (Tutrice à l'instance de) c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 RCS 657.

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1999] 2 RCS 817, Cour suprême du Canada.

*Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society* [2011] 3 RCS 134, Cour suprême du Canada.

*Chaoulli c. Québec (Procureur général)* [2005] 1 RCS 791, .

*Communication No 17/2008. 49 ème session du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 11-29 juillet 2011, , en ligne :*  
<[https://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-17-2008\\_en.pdf](https://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf)>.

*Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624, Cour suprême du Canada .

Supremo Tribunal Federal, juin 2001, *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 1480 DF*, DJ 08/08/2001 PP-00003, en ligne :  
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

*R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30., .

*Slaight Communications Inc. c. Davidson* [1989] 1 RCS 1038, , en ligne : <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/450/index.do>> (consulté le 25 août 2019).

*Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, p. 142, 2001 .

### Communiqués juridiques

MELLO, C. de. *Carta Rogatória n° 8279-República Argentina*, 1998.

## Monographies

- ANZILOTTI, D., *Cours de droit international*, Librairie du recueil, Sirey, Paris, 1929.
- ARBOUR, M. J. et G. PARENT, *Droit international public*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2012.
- BROCHADO TEIXEIRA, A. C., *Saúde, corpo e autonomia privada*, Renovar, coll. 1, Rio de Janeiro, 2010.
- CARMODY, C., *Is Our House in Order Canada's Implementation of International Law*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2010.
- CASTRO, A. de, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- DAVID, R., *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*, Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- DODEK, A., *The Canadian Constitution*, Dundurn, Toronto, 2013.
- HAROUËL-BURELOUP, V., *Histoire du droit international de la santé*, Les Études Hospitalières, 2014.
- HOGG, P., *Constitutional law in Canada*, Scarborough, Carswell Publishing, 1998.
- MENICUCCI, T. M. G., *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil atores, processos e trajetórias*, Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 2007.
- NORMAN, D., *Just Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.
- PIOVESAN, F., *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Saraiva, °15, 2015.
- POTTS, H. et P. H. HUNT, *Participation and the right to the highest attainable standard of health*, Colchester, Human Rights Centre. University of Essex, 2008, en ligne : <<http://repository.essex.ac.uk/9714/>> (consulté le 23 août 2019).
- POTTS, H., *Accountability and the right to the highest attainable standard of health*, Colchester, Human rights Centre, University of Essex, 2005.
- SCELLE, G., *Précis de droit des gens*, Sirey, Paris, 1932.
- TENÓRIO, O., *Direito internacional privado*, Biblioteca Jurídica Freitas B, 2, 1976.
- VALLADÃO, H., *Direito internacional privado*, Freitas Bastos, 1974.
- WOLFF, J., *The Human Right to Health*, New York, W.W. Norton & Company, 2012.
- WOLFWANG SARLET, I., *Direitos Fundamentais : Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Livraria do Advogado Editora, 11. ed., 2012.

## Chapitres

- ARAÚJO, N. et I. da M. ANDREIUOLO, « A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos », dans *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, Renovar, 1999.
- BRAËN, A., « La santé et le partage des compétences au Canada », dans *La gouvernance du système de santé canadien*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2004.
- DELGA, S., « Un droit international public de la santé contraignant pour les États? », dans *Santé internationale: Les enjeux de santé au Sud*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011, p. 483-493.
- GRUSKIN, S., E. J. MILLS et D. TARANTOLA, « History, Principles and Practice of Health and Human Rights », dans *Health and Human Rights in a Changing World*, Routledge, 2013, p. 32-41, en ligne : <<https://www.taylorfrancis.com/books/9781136688560>> (consulté le 26 mars 2019).
- HUNT, P. et G. MACNAUGHTON, « A Human Rights-Based Approach to Health Indicators », dans *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, 2007.
- JACKMAN, M. et B. PORTER, « Socio-Economic Rights Under the Canadian Charter », dans

- Social Rights Jurisprudence*, Rochester, New York: Cambridge University Press, 2008.
- LEESON, H., « La compétence constitutionnelle dans les soins et services de santé au Canada », dans *La gouvernance du système de santé canadien*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2004.
- MANN, J. M., L. O. GOSTIN, S. GRUSKIN, T. BRENNAN, Z. LAZZARANI et H. V. FINEBERG, « Health and Human Rights », dans *Health and Human Rights in a Changing World*, Routledge, 2013, p. 16-27, en ligne : <<https://www.taylorfrancis.com/books/9781136688560>> (consulté le 26 mars 2019).
- OCTAVIO LUIZ MOTTA FERRAZ, « Between activism and deference: social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal », dans *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*, London, Routledge, 2015.

### Articles de revue

- BARROSO, L. R., « Vinte anos da Constituição de 1988 - A reconstrução democrática do Brasil », (2008) 45-179 *Revista de Informação Legislativa* 25-37.
- BELLO, E., « Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social », (2007) 8-2 *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]* 133-154.
- BINENBOJM, G., « Monismo e Dualismo no Brasil : uma dicotomia afinal irrelevante », (2000) 3-9 *Revista da EMERJ* 180-195.
- BOK, S., « Rethinking the WHO Definition of Health », 6 *The international Encyclopedia of Public Health* 590-597.
- BOORSE, C., « Health as a Theoretical Concept », (1977) 44-4 *Philosophy of Science* 542-573.
- CAMPOS, G. W. de S., « O SUS entre a tradição dos Sistemas Nacionais e o modo liberal-privado para organizar o cuidado à saúde », (2007) 12 *Ciência & Saúde Coletiva* 1865-1874.
- CARVALHO, G., « A saúde pública no Brasil », (2013) 27-78 *Estudos Avançados* 7-26.
- COUSINS, M., « Health Care and Human Rights after Auton and Chaoulli », (2010) 54-4 *mlj* 717-738.
- DÉCENCIÈRE-FERRANDIÈRE, A., « Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'État », (1933) 40 *R.G.D.I.P.* 45.
- DE MATTOS, R. A., « Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e a humanização das práticas de saúde », (2009) 13-1 *Interface - Comunicação, Saúde, Educação*.
- EMANUELLI, C., « L'application des traités internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law », (2007) 37-2 *Revue générale de droit* 269-299.
- FLOOD, C. M. et B. THOMAS, « Modernizing the Canada Health Act », (2016) 39-2 *The Dalhousie Law Journal* 398-410.
- FORMAN, L., L. CARAOSHI, A. R. CHAPMAN et E. LAMPREA, « Conceptualising minimum core obligations under the right to health: How should we define and implement the 'morality of the depths' », (2016) 20-4 *The International Journal of Human Rights* 531-548, DOI : 10.1080/13642987.2015.1128137.
- GIBSON, D., « The Canada Health Act and the Constitution », (1996) 4 *Health Law Journal*.
- HUNT, P., « The UN Special Rapporteur on the Right to Health: Key objectives, Themes and Interventions. », (2003) 7-1 *Health and Human Rights* 1-27.
- , « Right to the highest attainable standard of health », (2007) 370 *The Lancet* 369-371.
- JACKMAN, M., « Constitutional Jurisdiction Over Health in Canada », (2000) 8 *Health Law Journal* 95-117.



- , « Charter Review as a health Care Accountability Mechanism in Canada », (2010) 18 *Health Law Journal*.
- KELSEN, H., « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international », (1926) 14 *R.C.A.D.I.* 231.
- KINNEY, E. D. et B. A. CLARK, « Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World », 37-2 73.
- LEARY, V. A., « The Right to Health in International Human Rights Law », (1994) 1-1 *Health and Human Rights* 24-56, DOI : 10.2307/4065261.
- LEBEL, L. et P.-L. LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47-2 *Les Cahiers de droit* 179, DOI : 10.7202/043886ar.
- LOPES, D. V. et G. V. LOPES, « A internalização dos tratados sobre Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira e a problemática da ordem internacional », (2016) 14-1 *URI*, DOI : 10.5102/uri.v14i1.3615.
- LUPI, A. L. P. B., « O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro », (2009) 46-184 *Revista de informação legislativa* 29-45.
- MARKS, S. P., « The emergence and scope of the human right to health », dans *Advancing the Human Right to Health*, Oxford University Press, 2013, en ligne : <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199661619.001.0001/acprof-9780199661619-chapter-01>>.
- MEIER, B. M., « Global Health Governance and the Contentious Politics of Human Rights: Mainstreaming the Right to Health for Public Health Advancement », (2010) 46 *Stan. J. Int'l L.* 1-50.
- MENICUCCI, T. M. G., « Implementação da Reforma Sanitária: a formação de uma política », (2006) 15-2 *Saúde e Sociedade* 72-87.
- OLIVEIRA, A. C., « Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law », (2016) 12-64 *Dir. públ.*, en ligne : <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/2737>> (consulté le 25 septembre 2019).
- OLIVEIRA, A. C. R. et L. S. O. da SILVA, « O sistema brasileiro de incorporação de tratados e a eficácia do Direito Internacional », (2011) 58 *Rev. Fac Direito UFMG* 11-40.
- PAULA, C. E. A., A. P. DA SILVA et CLÉRIA MARIA LÔBO BITTAR, « Expansion of the judiciary in the Brazilian public health system », (2019) 27-1 *Revista Bioética*.
- PIOLA, S. F., E. D. BARROS, R. P. NOGUEIRA, L. M. SERVO, E. B. DE SÁ et A. B. PAIVA, « Vinte Anos da Constituição Federal de 1988: O que significaram para a saúde da população? », dans *Políticas Sociais: acompanhamento e análise*, IPEA, 2009, p. 97-174.
- PIOVESAN, F., « Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: Jurisprudência do STF », (2008) 6 *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, en ligne : <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_tratados\\_sip\\_stf.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf)>.
- PRÉMONT, M.-C., « L'affaire Chaoulli et le système de santé du Québec: cherchez l'erreur, cherchez la raison », (2006) 51 *Revue de droit de McGill* 167-95.
- RÉGIS, C. et F. KASTLER, « Vers une meilleure compréhension de l'impact de l'action normative de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) à l'intérieur des frontières des pays : une étude Canada- France », dans *Health Law at the Frontier*, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 374-403.
- SANTOS, M. A. C., « A efetividade das normas constitucionais (as normas programáticas e a crise

- constitucional) », (2000) 37-147 *Revista de Informação Legislativa* 5-14.
- SARLET, I. W. et M. F. FIGUEIREDO, « Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988 », (2008) 67 *Revista de Direito do Consumidor* 125-72.
- SIQUEIRA DE CARVALHO, M., « A Saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988 », (2003) 4-2 *Revista de Direito Sanitário*.
- SOUTO, L. R. F. et M. H. B. de OLIVEIRA, « Movimento da Reforma Sanitária Brasileira: um projeto civilizatório de globalização alternativa e construção de um pensamento pós-abissal », (2016) 40 *Saúde debate* 204-218.
- TOEBES, B., « The right to health, and the other health-related rights », dans *Health and Human Rights in Europe*, Cambridge-Antwerpen-Portland : Intersentia, International Law Series, 2012, p. 83-110.
- TRIEPEL, H., « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *R.C.A.D.I.* 1923.77.
- VERDROSS, A., « Le fondement du droit international », (1927) 16 *R.C.A.D.I.* 287.
- YAMIN, E. E., « Beyond compassion: The central role of accountability in applying a human rights framework to health », (2008) 10-2 *Health and Human Rights Journal*, en ligne : <<https://www.hhrjournal.org/2013/09/beyond-compassion-the-central-role-of-accountability-in-applying-a-human-rights-framework-to-health/>> (consulté le 15 septembre 2019).

## Thèses et rapports

- BARROSO, L. R., *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde e fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2007, en ligne : <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>.
- CENTRE DE COLLABORATION NATIONALE SUR LES POLITIQUES PUBLIQUES ET LA SANTÉ, *La santé en philosophie politique: de quel type de bien s'agit-il?*, , 2010, en ligne : <[https://www.ccnpps.ca/docs/Weinstock\\_Sant%C3%A9EnPhilosophiePolitique\\_FR.pdf](https://www.ccnpps.ca/docs/Weinstock_Sant%C3%A9EnPhilosophiePolitique_FR.pdf)>
- LINES, R., R. JURGENS, G. BETTERIDGE, H. STOVER, D. LATICEVSCHI et J. NELLES. *L'échange de seringues en prison: leçons d'un examen complet des données et expériences internationales*, Réseau juridique canadienne VIH/SIDA, 2006.
- VÉZINA, C., *Les pratiques communautaires de lutte au VIH et le droit à la santé: une exploration de l'effectivité internormative du droit*, Montréal, Université de Montréal, 2013.

## Sites web

- CASTRO, G. F. M. de C. et E. da S. GONÇALVES, « A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades | eGov UFSC », *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento* (2012), en ligne : <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aplica%C3%A7%C3%A3o-da-common-law-no-brasil-diferen%C3%A7as-e-afinidades>> (consulté le 20 septembre 2019).
- GOUVERNEMENT DU CANADA « Le partage constitutionnel des pouvoirs législatifs », *Affaires intergouvernementales* - (6 juillet 2017), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/affaires-intergouvernementales/services/federation/partage-pouvoirs-legislatifs.html>> (consulté le

15 mai 2019).

GOUVERNEMENT DU CANADA, « Système de soins de santé du Canada » (2016), en ligne : <https://www.canada.ca/fr/sante-canada/services/systeme-soins-sante-du-canada.html#a3> (consulté le 19 décembre 2019).

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, « L'origine de notre système juridique » (7 septembre 2016), en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/just/03.html> (consulté le 19 septembre 2019).

## Documents internationaux

### Traités

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1969), Recueil des traités 1155, en ligne : [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf).

*Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 RTNU, 195 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969), en ligne : <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/cerd.aspx>.

*Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

*Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, 2515 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 mai 2008).

*Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 RTNU 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981), en ligne : <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>.

*La Déclaration universelle des droits de l'homme Rés. 217 A (III)*, 1948.

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 à l'art 4 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, R.T. Can no 46 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

### Observations générales

CDESC, *Observation générale no 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, Doc off CES NU, 22e sess, Doc NU E/C.12/2000/4 (2000).

———, *Observation générale No.3: La nature des obligations des États parties*, Doc off CESNU, 5e sess, Doc NU E/1991/23 (1990).

### Rapports

HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Droits économiques, sociaux et culturels - Manuel destiné aux institutions des droits de l'homme*, 2004, en ligne : [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR\\_P\\_PT\\_12\\_NHRI\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_P_PT_12_NHRI_fr.pdf).

- HUNT, P., *Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, Paul Hunt : addendum : Missions to the World Bank and the International Monetary Fund in Washington, D.C. (20 October 2006) and Uganda (4-7 February 2007)*, A/HRC/7/11/Add.2, 2008, en ligne : <<https://www.refworld.org/docid/47da904c2.html>>.
- MAGNUSSON, R., *Advancing the right to health: The vital role of law*, Organisation mondiale de la Santé, 2017, en ligne : <[https://www.who.int/healthsystems/topics/health-law/health\\_law-report/en/](https://www.who.int/healthsystems/topics/health-law/health_law-report/en/)>.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE, *ABC do SUS - Doutrinas e Princípios*, Brasília, 1990.
- ONUSIDA, *Rapport sur le suivi mondial de la lutte contre le sida 2019*, 2018, en ligne : <[https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/global-aids-monitoring\\_fr.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/global-aids-monitoring_fr.pdf)>.
- . *Programme d'éradication de la discrimination dans les milieux de soins de santé*, 2017, en ligne : <[https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/2017ZeroDiscriminationHealthCare\\_fr.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/2017ZeroDiscriminationHealthCare_fr.pdf)>.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Lignes directrices unifiées sur la prévention, le diagnostic, le traitement et les soins du VIH pour les populations clés*, Genève, Suisse, 2016, en ligne : <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246217/9789290312222-fre.pdf;jsessionid=44F95D242F55CB75F9E4AA2F2B6FD4BB?sequence=1>>.
- , *Rapport sur la santé dans le monde, 2000 - Pour un système de santé plus performant*, Genève, 2000, en ligne : <[https://www.who.int/whr/2000/en/whr00\\_fr.pdf?ua=1](https://www.who.int/whr/2000/en/whr00_fr.pdf?ua=1)>.
- , *Réaliser les droits de l'homme à la santé et par la santé : rapport du Groupe de travail de haut niveau sur la santé et les droits des femmes, des enfants et des adolescents*, Genève, 2017.

## Sites web et autres

- « Constitution de l'Organisation mondiale de la santé », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IX-1&chapter=9&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IX-1&chapter=9&clang=_fr)> (consulté le 30 janvier 2019).
- « Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_fr)> (consulté le 17 août 2019).
- « Convention relative aux droits de l'enfant », en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_fr)> (consulté le 17 août 2019).
- « Convention relative aux droits des personnes handicapées », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_fr)> (consulté le 17 août 2019).
- « Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-)

- 8&chapter=4&clang=\_fr> (consulté le 17 août 2019).
- « Déclaration d’Alma-Ata sur les soins de santé primaires », *WHO* (1978), en ligne : <[https://www.who.int/topics/primary\\_health\\_care/alma\\_ata\\_declaration/fr/](https://www.who.int/topics/primary_health_care/alma_ata_declaration/fr/)> (consulté le 25 janvier 2019).
- « Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_fr)> (consulté le 17 août 2019).
- « Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Nations Unies Collection des Traités*, en ligne : <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_fr)> (consulté le 30 janvier 2019).
- Note d’information - Zéro cas de discrimination dans les structures de soins de santé*, UNAIDS/PCB (41)/17.27, Genève, Suisse, 2017.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS). *Constitution de l’Organisation mondiale de la Santé*, 1946.
- , « Déterminants sociaux de la santé », *OMS*, en ligne : <[https://www.who.int/social\\_determinants/fr/](https://www.who.int/social_determinants/fr/)> (consulté le 22 janvier 2019).
- , « Santé et droits de l’homme » (Décembre 2017), en ligne : <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>> (consulté le 17 août 2019).
- « Que sont les droits de l’homme ? », *Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme*, en ligne : <<https://www.ohchr.org/FR/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>> (consulté le 27 mai 2019).