Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 135 (2016)

Artikel: L'avenir du droit international de la santé

Autor: Dagron, Stéphanie

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896192

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 09.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

L'avenir du droit international de la santé

STÉPHANIE DAGRON*

* Professeure ordinaire et professeure boursière du Fonds national suisse à la Faculté de droit et au Global Studies Institute de l'Université de Genève. L'auteur remercie chaleureusement Mme Elsa Bouça da Silva et M. Angus E. M. Wallace pour leur assistance dans la réalisation de ce travail.

Table des matières

A. Introduction: crise sanitaire, globalisation et gouvernance 8
I. Le contexte des interrogations sur l'avenir du droit international de la santé: la « crise Ebola » 9
II. L'avenir du droit international de la santé en question 14
B. La délimitation du champ et du cadre d'application du droit international de la santé 19
I. La définition de la « santé mondiale » 20
1. Santé mondiale et globalisation: l'apparition du concept 20
a. Santé mondiale *versus* santé internationale 20
aa. Globalisation et santé 20
bb. Santé internationale 22
b. La santé mondiale en tant que « Global Public Good »? 23
aa. Le concept 23
bb. Les insuffisances du concept 25
2) Santé mondiale et réalisation de la paix: l'approche sécuritaire 26
a. L'approche sécuritaire 27
aa. Une tendance ancienne 27
bb. L'influence de l'approche sécuritaire 28
b. Les difficultés de l'approche sécuritaire 31
aa. Les conséquences directes de l'approche sécuritaire: la difficile résolution de questions de santé mondiale 31
bb. Une conséquence indirecte: la hiérarchisation des questions de santé mondiale 33
II. Champ et cadre d'application de la santé mondiale 36
1. Le champ d'application du droit international de la santé 36
a. Définition de la santé mondiale: une méthode 36
aa. La notion classique de santé publique 36
bb. Les éléments de la définition de la santé mondiale 38
b. Identification des principes et valeurs fondamentales du droit international de la santé 39
bb. Les principes et valeurs fondamentales du droit international de la santé 41
2. le respect des droits de l'homme, principe essentiel du droit international de la santé 43
a. La santé, droit fondamental de l'être humain 43
aa. La reconnaissance du droit à la santé en droit international des droits de l'homme 43
bb. Le contenu matériel du droit à la santé 45
b. Les droits humains au centre du droit international de la santé 48
aa. Le droit à la santé, principe clé des stratégies non contraignantes de l'OMS 48
bb. Le droit à la santé, principe clé des normes contraignantes de l'OMS 51
C. Le droit international de la santé: complexité et lacunes 53
I. Le droit de l'OMS: un ensemble incomplet 55
1. Des compétences normatives très importantes 55
a. Les compétences normatives (théoriques) très importantes de l'OMS 55
b. Les compétences normatives complémentaires d'autres institutions onusiennes 57

2. Des compétences normatives (trop) peu utilisées 60
a. Le droit international technique de la santé 60
aa. Le droit de l'OMS 60
bb. Les normes techniques applicables dans le domaine de l'alimentation 62
cc. Les normes techniques applicables dans le domaine du travail 64
b. Le droit général de l'OMS: un champ d'application encore trop restreint 65
aa. Le « droit dur » de la santé mondiale: 65
bb. Le « droit mou »: une méthode très largement utilisée aux effets incertains 70
II. Le droit international de la santé: un droit fragmenté 72
1. L'intervention d'autres branches du droit international dans le domaine de la santé 73
a. Des régimes juridiques complémentaires 73
aa. Les matières connexes 73
bb. Le droit international de l'environnement et la santé publique 73
b. Le droit international du commerce: un régime concurrent ou complémentaire? 76
2. Les sources « inattendues » du droit international de la santé 79
a. L'élaboration décentralisée des stratégies de santé publique: concurrence ou complémentarité? 79
b. L'intervention des partenariats public-privés dans le droit international de la santé 82
aa. « L'univers surpeuplé de la santé publique » 82
bb. L'influence normative des acteurs non gouvernementaux . . . 85
D. Conclusion 86

A. Introduction: crise sanitaire, globalisation et gouvernance

La discussion sur l'avenir du droit international de la santé peut être engagée à travers les enseignements de la crise sanitaire majeure traversée par la Communauté internationale de 2013 à aujourd'hui. L'épidémie due au virus Ebola est en effet, de par son ampleur, un évènement absolument exceptionnel dans l'histoire contemporaine du droit international de la santé et son analyse apporte un éclairage particulier sur les défis auxquels est confrontée la Communauté dans le domaine de la santé publique (I). Cette crise pourrait amener les Etats à modifier durablement leur politique internationale en matière de santé en l'ancrant dans le droit international de la santé dont l'avenir est en question (II)**.

** Tous les documents consultés sur les sites internet et cités dans cet article étaient disponibles le 01.06.2016.

I. Le contexte des interrogations sur l'avenir du droit international de la santé: la « crise Ebola »

L'épidémie due au virus Ebola ne représente plus, en avril 2016, la même menace pour les populations en Afrique de l'Ouest et dans le monde. Au cours de la très longue période allant de décembre 2013 à avril 2016, plus de 28 500 personnes ont été infectées dans les pays principalement touchés, la maladie ayant entraîné la mort de plus de 11 300 personnes en Guinée, en Sierra Leone et au Liberia[1]. Si la fin de l'épidémie a été officiellement déclarée par l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) au Liberia le 9 mai 2015 et en Guinée le 29 décembre 2015, elle ne l'a été en Sierra Leone que le 17 mars 2016. L'OMS estime depuis le 29 mars 2016, que la situation ne constitue plus une urgence de santé publique de portée internationale et qu'il convient par conséquent de mettre fin à l'application des recommandations temporaires telles les restrictions aux voyages et aux échanges commerciaux[2]. Le risque de résurgence du virus reste cependant réel[3]. L'OMS a ainsi imposé le maintien d'un niveau élevé de surveillance impliquant les activités suivantes: la détection rapide de nouveaux cas, le diagnostic, l'isolation et le traitement des patients, la recherche des contacts, l'inhumation sans danger des corps des défunts et l'identification des éléments de la chaîne de transmission[4].

La crise engendrée par l'apparition de cette épidémie d'infection à virus Ebola n'est pas la première en lien avec une maladie infectieuse au XXIe siècle, voire même en lien avec ce virus[5]. La première épidémie du XXe siècle a été celle de la pneumonie atypique, appelée syndrome respiratoire aigu sévère par l'OMS (SARS), qui s'est propagée très rapidement dans le monde après être ap-

---

1 D'après les données de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) au 27 mars 2016, 28 646 personnes ont été touchées dans le monde et 11 323 personnes sont décédées des suites de la maladie. Dans les trois pays directement concernés en Afrique de l'Ouest, l'OMS a recensé 3811 cas en Guinée, 10 675 au Liberia et 14 124 en Sierra Leone. Des cas ont été constatés en Italie (1 cas), au Mali (8 cas), au Nigéria (20 cas), au Sénégal (1 cas), en Espagne (1 cas), au Royaume-Uni (1 cas) et aux Etats-Unis (4 cas), voir: OMS, Rapport de situation sur la flambée de maladie à virus Ebola, 30 mars 2016, disponible sur le site ‹www.who.int›.

2 OMS, La flambée d'Ebola dans les pays d'Afrique de l'Ouest ne constitue plus une urgence de santé publique de portée internationale, 29 mars 2016, disponible sur le site ‹www.who.int›.

3 Voir les communiqués de presse suivants, disponibles sur le site ‹www.who.int›: OMS, Fin de la flambée d'Ebola la plus récente au Liberia, 14 janvier 2016; OMS, Fin de la transmission de la maladie à virus Ebola en Guinée, 29 décembre 2015; OMS, Nouveau cas d'Ebola en Sierra Leone, 15 janvier 2016.

4 Ces activités sont définies par l'OMS dans son système de surveillance mis en place en août 2014. Voir: OMS, Ebola response phase 3: Framework for achieving and sustaining a resilient zero, septembre 2015; OMS, Feuille de route pour la riposte au virus Ebola, 29 août 2014.

5 Sur cette épidémie, voir: Laurie Garett, The coming plague: newly emerging diseases in a world out of balance, New York 1994, chap. 5. D'une manière plus générale sur les épidémies au XXIe siècle, voir: Hélène de Pooter, Le droit international face aux épidémies: vers un système de sécurité sanitaire collective?, Paris 2015.

parue en 2002 en Chine[6]. Cette crise a été suivie de différentes flambées épidémiques[7], engendrées notamment par les virus de la grippe aviaire (de sous-types H5N 1 ou H7N 9) et de la grippe porcine (à l'origine de la grippe H1N 1 qui s'est propagée dans le monde en 2009–2010)[8]. Des virus transmis par les moustiques ont aussi été à l'origine des flambées majeures de dengue dans différentes parties du monde, notamment depuis 2015[9], ou de la maladie à virus Zika aujourd'hui définie comme dotée d'un potentiel épidémique très important[10].

Pour autant, la crise engendrée par le virus Ebola a été d'une ampleur incomparable. Margaret Chan, Directeur général de l'OMS, déclarait ainsi devant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (ONU) en septembre 2014: « Au cours des dernières années, l'Organisation mondiale de la Santé a combattu avec succès de nombreuses grandes épidémies. Mais cette épidémie de maladie à virus Ebola est différente. Bien différente. C'est sans doute le plus grand défi auquel l'Organisation des Nations Unies et ses institutions aient jamais été confrontées en temps de paix. Aucun de ceux d'entre nous qui ont l'expérience de l'endiguement de flambées épidémiques n'a, de sa vie, été le témoin d'une urgence de cette envergure, entraînant un tel degré de souffrance, et un tel enchaînement de conséquences dramatiques »[11].

Ce constat est confirmé par l'étude des coûts en termes humains et financiers de la crise. Concernant les coûts humains tout d'abord, l'OMS a relevé le décès de 11 323[12] personnes dans les trois pays les plus touchés[13]. Au-delà, et en lien

---

6 Voir: Michèle Poulain, La société internationale face au SARS: la santé publique à l'épreuve de la globalisation, Annuaire français de relations internationales VI (2005), pp. 905–921.

7 L'OMS définit les flambées épidémiques comme caractérisées par une « brusque augmentation du nombre de cas d'une maladie normalement enregistrés dans une communauté, dans une zone géographique ou pendant une saison données ». Voir ce « thème de santé » sur le site de l'OMS ‹www.who.int›.

8 Voir l'analyse critique suivante de la gestion de cette crise: Commission des questions sociales, de la santé et de la famille (Rapporteur: Paul Flynn), Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, La gestion de la pandémie H1N 1: nécessité de plus de transparence, 4 juin 2010, disponible sur le site ‹www.assembly.coe.int›. Voir en outre l'analyse et la réaction du Parlement de l'Union européenne (UE): Parlement européen, Résolution sur l'évaluation de la gestion en 2009–2010 de la grippe H1N 1 en Europe, 8 mars 2011 (2010/2153(INI)), disponible sur le site ‹www.europarl.europa.eu›.

9 OMS, Dengue et dengue sévère, Aide-mémoire n° 117, avril 2016, disponible sur le site ‹www.who.int›.

10 OMS, Le Directeur général de l'OMS fait le point sur la flambée de maladie à virus Zika, 22 mars 2016, disponible sur le site ‹www.who.int›.

11 Conseil de sécurité, Procès-verbal des discussions au Conseil de sécurité, 7268e séance, 18 septembre 2014 (S/PV.7268), p. 5, disponible sur le site ‹www.un.org›. Les crises de SARS, de grippe aviaire (H7N 9) ou de grippe A (H1N 1) ont été importantes sans pour autant atteindre l'ampleur de la crise Ebola. La crise du virus Zika qui sévit actuellement en Amérique du Sud pourrait cependant prendre des proportions en termes humains et économiques considérables. Voir en ce sens: Margaret Chan, Allocution à la 69e Assemblée mondiale de la Santé (AMS), 23 mai 2016, disponible sur le site ‹www.who.int›.

12 Voir: OMS (note 1).

13 En comparaison, l'OMS avait constaté 774 décès en lien avec le SARS dans 29 pays. Voir: OMS, Relevé épidémiologique hebdomadaire n° 20, 15 mai 2015. La pandémie de grippe

avec l'effondrement des systèmes de santé en Guinée, au Liberia et en Sierra Leone, auquel s'ajoute la perte de confiance des populations vis-à-vis des infrastructures et du personnel médical, les conséquences de la maladie sur la population en général ont été très importantes. La désorganisation des systèmes de santé déjà très précaires dans les pays touchés a en effet engendré l'impossibilité de fournir des soins de base aux populations, la prise en charge des besoins de santé autres que ceux liés à Ebola étant devenue irréalisable[14]. Il est difficile, voire impossible, de chiffrer exactement les effets de cette désorganisation sur les populations en termes de mortalité[15] et de morbidité[16]. Cependant, certaines analyses menées sur l'augmentation des taux de la mortalité maternelle en raison de l'épidémie d'Ebola[17] permettent d'affirmer qu'une claire augmentation des taux généraux de mortalité et de morbidité est en liaison avec le virus. Le taux de mortalité maternelle est en effet un bon indicateur du niveau des services et soins de santé dans un pays car l'amélioration de la santé des femmes ne dépend pas d'une intervention précise ou d'une technologie médicale en particulier, mais plutôt de l'amélioration du système de santé à tous les niveaux de soins. Ainsi, d'une manière générale, les taux de mortalité maternelle sont largement plus élevés dans les pays dans lesquels les services de planification familiale, les services de soins prénatal et routinier ainsi que les services obstétriques d'urgence sont insuffisamment dotés en matériel et en personnel[18].

Concernant les coûts financiers, ensuite, ils sont sans précédent. En août 2014, la Banque mondiale et la Banque africaine du développement promettaient respectivement 200 et 60 millions de dollars d'aide, l'OMS dégageait 100 millions sur son budget et le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (Unicef) envoyait 68 tonnes de matériel sanitaire[19]. L'apport financier de

---

H1N 1 de 2009 avait touché 28 774 personnes dans 74 pays. Voir OMS, Map of the spread of Influenza A(H1N 1): number of laboratory confirmed cases and deaths, 11 juin 2009, disponible sur le site ‹www.who.int›.

14 Simon Wright, Luisa Hanna, A wake up call, lessons from Ebola for the world's health systems, Save the Children (2015), pp. 3–6, disponible sur le site ‹www.savethechildren.net›.

15 Le taux de mortalité est le « [r]apport entre le nombre de décès et l'effectif moyen de la population dans un lieu donné et pendant une période déterminée ». Voir « mortalité » dans le dictionnaire Larousse, disponible sur le site ‹www.larousse.fr›.

16 Le taux de morbidité est le « [n]ombre d'individus atteints par une maladie dans une population donnée et pendant une période déterminée ». Voir « morbidité » dans le dictionnaire Larousse, *ibid.*

17 Joia S. Mukherjee, Regan Marsh, Excess maternal death in the time of Ebola, The Fletcher Forum of World Affairs 39/2 (2015), pp. 149–160. Voir aussi sur ce même thème: Abby Phillip, How Ebola is stealing attention from illnesses that kill more people, Washington Post, 5 septembre 2014.

18 Voir: OMS, Mortalité maternelle, Aide-mémoire n° 348, novembre 2015, disponible sur le site ‹www.who.int›.

19 Voir: Banque mondiale, Communiqué de presse, Virus Ebola: un financement d'urgence mobilisé par le Groupe de la Banque mondiale pour combattre l'épidémie en Afrique de l'Ouest, 4 août 2014, disponible sur le site ‹www.banquemondiale.org›; OMS, Communiqué de presse, Ebola: le Directeur général de l'OMS et les présidents des pays d'Afrique de l'Ouest vont pré-

l'Union européenne (UE) et de ses Etats membres a été évalué à près de 2 milliards d'euros[20]. Cette somme a été consacrée à l'envoi de matériel d'urgence pour la construction d'infrastructures médicales, à la fourniture de médicaments, de matériel médical, de rations alimentaires et à l'acheminement de personnel médical et infirmier. Elle a aussi été consacrée au financement de mesures visant le maintien de services publics vitaux, le financement de laboratoires ambulants, la formation de personnels de santé et le soutien de programmes de recherche sur le virus Ebola. Les effets de la déstabilisation de l'économie en termes socio-économiques dans ces trois pays ont fait l'objet d'une estimation par la Banque mondiale: le manque à gagner en matière de développement dans les pays touchés s'élèverait à 2,2 milliards de dollars de revenus en 2015[21]. Certains auteurs ont chiffré les coûts directs à 6 milliards de dollars et les pertes économiques à 15 milliards de dollars, estimant en outre la somme nécessaire à la reconstruction de l'économie et des systèmes de santé à 4,5 milliards de dollars pour les prochaines années à venir[22].

Après être restés très longtemps inactifs malgré les appels incessants de l'Organisation non gouvernementale (ONG) Médecins sans Frontières[23], les Etats membres de l'ONU ont finalement réagi en adoptant, le 18 septembre 2014, à l'unanimité, la Résolution 2177 du Conseil de sécurité[24]. L'adoption d'une résolution par le Conseil de Sécurité dans le cas d'une crise sanitaire est pratique-

---

senter un plan de lutte intensifiée contre la flambée épidémique en cours, 31 juillet 2014, disponible sur le site ‹www.who.int›; Unicef, Communiqué de presse, L'UNICEF envoie par avion 68 tonnes de produits au Liberia, renforçant l'intervention menée contre le virus Ebola, 23 août 2014, disponible sur le site ‹www.unicef.org›.

20 Voir les détails dans: Commission européenne, Fiche-Info Echo, Réponse de l'UE à l'épidémie d'Ebola en Afrique de l'Ouest, janvier 2016, disponible sur le site ‹www.ec.europa.eu›. Sur le faible financement de la recherche dans ce domaine, voir: Jon Cohen, Ebola Vaccine: little and late, Science 345 (2015), pp. 1441–1442.

21 Le Groupe de la Banque mondiale a prévu de mobiliser une aide de 1,62 milliard de dollars pour continuer à lutter contre l'épidémie et financer le redressement des trois pays concernés. Voir: Banque mondiale, La réponse du groupe de la banque mondiale face à la crise Ebola: Données clés, 15 décembre 2015, disponible sur le site ‹www.worldbank.org›.

22 Lawrence O. Gostin, Eric A. Friedman, A retrospective and prospective analysis of the West African Ebola virus disease epidemic: robust national health systems at the foundation and an empowered WHO at the apex, The Lancet 385/9980 (2015), pp. 1902–1909. Voir aussi: Serge Loungou, L'épidémie d'Ebola en Afrique de l'Ouest, une mise en perspective des répercussions démo-géographiques, politiques et économiques, L'Espace Politique 26/2 (2015), pp. 1-23.

23 Laurie Garrett rappelle dans son étude de la crise Ebola en Afrique de l'Ouest, que cette absence de réaction de la Communauté internationale est classique. La première crise liée à Ebola date de 1976. Malgré le fait que ce virus ait resurgi à 16 reprises jusqu'à aujourd'hui dans les régions du Congo et de l'Ouganda, l'auteur constate qu'aucun médicament, vaccin ou instrument de diagnostic n'a jamais été développé. Voir: Laurie Garrett, Ebola's Lessons: How the WHO mishandled the Crisis, Foreign Affairs, 18 août 2015, disponible sur le site ‹www.foreignaffairs.com›. Du même auteur, voir les détails relatifs à ces crises plus anciennes dans: Garett (note 5), chap. 5.

24 Conseil de sécurité, Résolution 2177 (2014) du 18 septembre 2014 (S/RES/2177).

ment inédite. Deux résolutions ont été adoptées dans le passé concernant le virus de l'immunodéficience humaine et le syndrome d'immunodéficience acquise (VIH/sida), respectivement en 2000 et 2011. Néanmoins, des différences essentielles peuvent être constatées entre ces deux résolutions sur le VIH/sida et la résolution concernant la crise Ebola. La première concerne le lien entre une maladie contagieuse extrêmement dangereuse pour la vie humaine d'une part, et la paix et la sécurité internationales d'autre part. Ainsi, alors que les Etats se sont accordés en septembre 2014 sur le fait que « l'ampleur extraordinaire de l'épidémie d'Ebola en Afrique constitu[ait] une menace pour la paix et la sécurité internationales », une telle conclusion n'a pas été explicitement tirée concernant le VIH/sida. Dans sa Résolution 1308 adoptée en 2000 relative à la pandémie de VIH/sida[25], le Conseil de sécurité avait reconnu la gravité de cette crise en Afrique et avait considéré que la propagation du virus à l'origine du sida pouvait éventuellement représenter une menace pour la stabilité et la sécurité dans le monde[26]. De même, dans sa Résolution 1983 adoptée en 2011 sur le même sujet[27], le Conseil avait considéré que le VIH/SIDA constituait un obstacle « des plus redoutables au développement, au progrès et à la stabilité des sociétés », sans pour autant qualifier cette crise de menace contre la paix et la sécurité internationales. La seconde différence essentielle touche les actions décidées par le Conseil de sécurité. Alors que par les Résolutions 1308 et 1983 les Etats ont été uniquement encouragés à intensifier leur coopération dans le domaine de la lutte contre la maladie, la Résolution 2177 leur a imposé, entre autres mesures, une intervention sous la forme d'une mission sanitaire d'urgence des Nations Unies[28]. Les priorités de cette mission étaient ainsi définies: arrêter l'épidémie, traiter les personnes infectées, assurer les services essentiels, préserver la stabilité et prévenir de nouvelles épidémies[29].

La liste des difficultés rencontrées et des insuffisances dans la préparation et la gestion de la crise Ebola est très longue. La Communauté internationale n'était pas préparée. Le Règlement sanitaire international adopté en 2005 (RSI (2005))[30], qui est l'instrument du droit international définissant les actions pour la protection des populations contre les maladies infectieuses et les graves

---

25 Conseil de sécurité, Résolution 1308 (2000) du 17 juillet 2000 (S/RES/1308).

26 Sur l'importance de cette Résolution et de la Déclaration d'engagement sur le VIH/sida, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU (AG ONU) (Résolution S-26/2 du 2 août 2001 (A/RES/S-26/2)), dans la résolution de la crise du VIH/sida, voir: Peter Piot, L'épidémie du SIDA, Mondialisation des risques, transformations de la santé publique et développement, Paris 2013.

27 Conseil de sécurité, Résolution 1983 (2011) du 7 juin 2011 (S/RES/1983).

28 La Mission des Nations Unies pour l'action d'urgence contre l'Ebola (MINUAUCE) a été mise en place le 19 septembre 2014 en tant que mesure temporaire destinée à répondre aux besoins immédiats. Elle a été préparée et décidée par le Conseil de sécurité dans sa Résolution 2177 (note 24) et l'AG ONU dans sa Résolution 69/3 du 9 octobre 2014 (A/RES/69/3).

29 Conseil de sécurité (note 11), p. 3.

30 Adopté par l'AMS le 23 mai 2005 (Résolution WHA 58.3 (WHA58/2005/REC/1)), il est entré en vigueur le 15 juin 2007.

menaces de santé publique, n'a pas pu être mis en œuvre correctement. Ainsi, notamment, l'OMS a échoué à assurer la préparation des Etats à un tel évènement. Beaucoup de pays ne disposaient pas des capacités nécessaires pour se défendre contre la menace d'une maladie infectieuse telles que requises par le RSI (2005). Ils ne disposaient pas non plus d'un système de santé capable d'une part de « résister aux chocs, qu'ils soient dus à des changements climatiques, à un virus galopant ou à une surcharge de patients souffrant de maladies non transmissibles »[31] voire, d'autre part, de fournir des soins de base aux populations. En outre, conformément à l'analyse livrée par Margaret Chan, l'OMS ne disposait au moment de la crise ni des structures, ni des ressources indispensables pour réagir correctement à l'épidémie[32] – ni à aucune autre urgence sanitaire de cette ampleur – et pour coordonner les actions des multiples intervenants.

En définitive, tous les éléments relevés ici qu'il s'agisse de la désignation de la maladie engendrée par l'Ebola comme menace pour la paix et la sécurité internationales, des conséquences humaines et financières observées, de l'intervention hésitante, désordonnée et confuse de la Communauté internationale ou de la faiblesse de préparation des Etats pour faire face à une menace sanitaire d'envergure, soulèvent des interrogations sur l'état du droit international de la santé au XXIe siècle et sur son avenir.

II. L'avenir du droit international de la santé en question

Le droit international de la santé est à la fois un droit ancien et un droit en devenir. Un droit ancien tout d'abord: les premières normes de droit international applicables dans le domaine de la santé ont été adoptées dès le XIXe siècle[33]. L'objectif de la coopération des Etats était de prévenir la propagation des épidémies mais aussi de rendre possible les soins aux militaires blessés ou malades en temps de guerre. Les premières conférences internationales se sont tenues à partir de 1851 pour les questions sanitaires et 1863 pour les questions humanitaires; elles ont abouti quelques années plus tard à la conclusion des premières conventions et à la création d'institutions chargées d'en assurer l'application.

La première convention internationale adoptée à Paris en 1852 a défini les principes applicables à la navigation maritime et aux restrictions qu'il est possi-

31 Margaret Chan, Allocution à la 68e AMS, 18 mai 2015, disponible sur ‹www.who.int›.

32 Selon Margaret Chan, les éléments suivants doivent être mis en place, qui sont autant d'éléments dont la faiblesse est apparue comme flagrante au moment de la crise: « (...) des chaînes de commandement claires, des procédures administratives simplifiées propices à une action rapide, une bonne coordination avec les autres, une plus large participation des communautés et une meilleure communication ». Voir: Chan, *ibid.*

33 Historiquement cependant, les premiers efforts de coopération remontent au Moyen Âge. Voir: Véronique Harouel-Bureloup, Histoire du droit international de la santé, Bordeaux 2014, p. 12 s.

ble d'y apporter pour raisons sanitaires. Elle a été complétée en 1892 par la Convention relative à la surveillance sanitaire internationale du canal de Suez dont le but était d'éviter la propagation en Europe du choléra en provenance d'Orient[34]. Dans le domaine humanitaire, la Convention de Genève adoptée en 1864 était destinée à l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne. Les premières institutions sont apparues à la même époque. Le Conseil supérieur de santé de Constantinople et l'Intendance sanitaire d'Alexandrie ont été des organes clés dans le contrôle sanitaire du Golfe de Suez[35]; le Comité international de secours des blessés en cas de guerre – aujourd'hui Comité international de la Croix-Rouge – créé en 1863, est resté jusqu'à aujourd'hui en charge de la promotion du droit humanitaire.

Ce que les auteurs appellent alors le « droit sanitaire international » a un champ d'application extrêmement limité. Pour Cino Vitta, auteur d'un cours à l'Académie de droit international de La Haye en 1930 sur ce thème, l'étude de cette branche du droit se limite à l'étude des « conventions et usages établis entre les Etats touchant la défense contre les maladies »[36]. Ces règles sont à distinguer des règles de la médecine applicables en temps de guerre qui sont rattachées pour leur part au droit international humanitaire[37]. Elles sont aussi à distinguer de celles du droit international médical qui concernent principalement les garanties et obligations applicables au corps médical ainsi qu'aux relations entre le patient et le médecin[38].

Le droit international de la santé qui se développe au cours de la seconde partie du XXe siècle ne concerne plus uniquement les questions d'accès aux soins en temps de conflit, les relations entre patients et médecins, ou bien en-

---

34 La Convention de Venise de 1892 organise la surveillance sanitaire des navires avant leur entrée dans le canal de Suez, au moyen d'agents ayant le droit d'imposer des mesures contraignantes. Sur l'application de ces premières conventions, voir: Cino Vitta, Le droit international sanitaire, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye 33 (1930), pp. 545–569, p. 564 s.

35 Sur ces organes créés dans la première partie du XXe siècle, voir: Vitta, *ibid.*, pp. 566, 583–588.

36 Vitta, *ibid.*, p. 552.

37 Ces règles ont été codifiées dans les Conventions de La Haye de 1899 et 1907, les Conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels de 1977. Voir: Marco Sassòli et al., Un Droit dans la Guerre? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire, Genève 2012; Jean Pictet, La profession médicale et le droit international humanitaire, Revue internationale de la Croix-Rouge 754 (1985), pp. 195–213.

38 L'objet du droit international médical est l'acte médical. Il en ressort ainsi des travaux doctrinaux. Voir: Jovan Patrnogic, Droit international médical, les nouvelles tendances, Revue internationale de la Croix-Rouge 53/627 (1971), pp. 139–148. Pour Paul de la Pradelle (Le droit médical international, Paris 1952), le droit médical international est une nouvelle branche du droit définissant les droits et devoirs des médecins. Il en ressort ainsi aussi des activités de l'Association médicale mondiale créée en 1947 et qui a notamment adopté la Déclaration d'Helsinki en 1964 pour guider les médecins dans la recherche biomédicale impliquant des êtres humains.

core la protection des populations contre la propagation des maladies infectieuses. Pour autant, les évolutions juridiques survenues au cours de la seconde partie du XXe siècle touchant le droit international institutionnel et matériel de la santé n'ont pas fait l'objet d'un travail doctrinal de synthèse important[39]. La remarque formulée par Michel Bélanger en 1985 qui constatait que « [c]e droit fourni et complexe, reste (...) étonnement délaissé par la doctrine »[40], est ainsi toujours valable. Les auteurs privilégient toujours l'analyse séparée de domaines spécifiques du droit, à l'instar de la lutte contre les épidémies[41], les soins médicaux aux militaires en temps de guerre[42], ou bien encore, depuis récemment, la lutte contre le tabac[43] et l'accès aux médicaments[44]. La doctrine s'est aussi intéressée plus spécialement à l'influence sur la santé de l'intensification des relations de nature économique et politique entre les Etats, les entreprises et les individus, engendrée par le phénomène contemporain de globalisation[45]. Les analyses sont consacrées à l'identification des problèmes de santé de nature transnationale[46], aux acteurs intervenant dans ce domaine et aux ques-

---

39 A signaler cependant l'ouvrage de Lawrence O. Gostin, Global Health Law, Cambridge MA 2014. L'auteur adopte une approche très large et multidisciplinaire des problèmes de santé globale, faisant une large place au droit international dans son analyse. Sur cet ouvrage, voir: Stéphanie Dagron, Recension de Lawence O.Gostin, Global Health Law, European Journal of International Law 25 (2014), pp. 949–954. Des articles plus complets existent aussi notamment: Sev S. Fluss, International public health law: an overview, in: Roger Detels et al., Oxford Textbook of Public Health, 3e éd., Oxford 1997. Les ouvrages suivants offrent une introduction au droit international de la santé: Michel Bélanger, Introduction à un droit mondial de la santé, Paris 2009; Jean Marie Crouzatier, Droit international de la santé, Paris 2009.

40 Michel Bélanger, Réflexions sur la réalité du droit international de la santé, Revue québécoise de droit international 2 (1985), pp. 19–62, p. 20.

41 Voir notamment: David P. Fidler (et les nombreuses références citées), *SARS*, Governance and the Globalization of Disease, Houndmills 2004; de Pooter (note 5).

42 Les ouvrages suivants relatifs au droit international de la santé se concentrent principalement sur ces questions: Crouzatier (note 39); Harouel-Bureloup (note 33).

43 Voir par exemple: Ronald Bayer, Jennifer Stuber, Tobacco control stigma, and public health; rethinking the relations, American Journal of Public Health 96/1 (2006), pp. 47–50; Allyn L. Taylor, Douglas W. Bettcher, WHO framework convention on tobacco control: a global « good » for public health, Bulletin of the World Health Organization 78/8 (2000), pp. 920–929.

44 L'accès aux médicaments est souvent discuté en lien avec la mise en œuvre des règles du commerce international. Voir notamment: Holger Hestermeyer, Human rights and the WTO: The case of patents and access to medicines, Oxford 2007; Ellen 't Hoen, TRIPS, pharmaceutical patents, and access to essential medicines: a long way from Seattle to Doha, Chicago Journal of International Law 3/1 (2002), pp. 27–46.

45 Obijiofor Aginam, Global village, divided world: South-north gap and global health challenges at century's dawn, Indiana Journal of global legal studies 7/2 (2000), pp. 603–628; Wolfgang Hein, Global Health, ein Politikfeld von unterschätzter Bedeutung, Kompass 2020, Berlin 2007; Kent Buse et al., Making sense of global health governance: a policy perspective, Londres 2009; Sandy A. Johnson, Challenges in health and development. From global to community perspectives, Dordrecht 2011.

46 Voir notamment: Kelley Lee, Derek Yach, Globalization and Health, in: Michael H. Merson, Robert E. Black et Anne J. Mills (éd.), International Public Health: Disease, Programs, Systems and Policies, Sudbury MA 2006, pp. 690 ss. Kent Buse, Gill Walt, Global public-private

tions de légitimation et de gouvernabilité du système[47]. Elles sont conduites en termes de développement, de gouvernance, ou de justice sociale. Des auteurs de plus en plus nombreux s'engagent cependant aussi en faveur de l'adoption de nouvelles règles juridiques ou de l'approfondissement des règles existantes du droit international de la santé[48].

Pour autant, la question ne se pose plus de savoir si le droit international de la santé constitue ou non une branche du droit international. La réponse à cette question a été donnée de façon convaincante par différents auteurs à l'instar de Michel Bélanger[49]. D'ailleurs, le droit international de la santé est clairement caractérisé, à l'instar d'autres branches non contestées du droit international[50], par un domaine d'application très large, des acteurs disposant d'une compétence normative voire quasi normative (ce qui n'est pas sans poser de difficultés[51]), des sources composées de principes communs et valeurs fondamentales et de « normes ordinaires » et enfin des mécanismes de contrôle (voir figure 1). Ces éléments constitutifs du droit international de la santé sont parfois incomplets et lacunaires si l'on fait notamment référence aux mécanismes de contrôle, mais aussi aux sources. Ils sont aussi confus, parfois incertains, si l'on se réfère aux modes d'élaboration des normes ordinaires et à leurs auteurs. Ces déficits ne remettent cependant pas en cause la caractérisation du droit international de la santé comme branche du droit international.

---

partnerships: part II – What are the health issues for global governance?, Bulletin of the World Health Organization 78/5 (2000), pp. 699–709. Voir aussi les références dans: David Woodward, Nick Drager, Robert Beaglehole, Debra Lipson, Globalization and health: a framework for analysis and action, Bulletin of the World Health Organization 79/9 (2001), pp. 875–881.

47 Voir notamment: Kelley Lee, Understandings of Global Health Governance: The Contested Landscape, in: Adrian Kay et Owain David Williams (éd.), Global Health Governance: Crisis, Institutions and political Economy, Houndmills 2009, pp. 27–41; David P. Fidler, Architecture amidst anarchy: Global health's quest for governance, Global Health Governance 1 (2007), pp. 1-17.

48 Voir infra, partie C.

49 Question traitée largement par Bélanger (note 40).

50 Voir notamment les travaux d'Ulrich Beyerlin qui a largement contribué à la reconnaissance du droit international de l'environnement en tant que branche du droit international public: Ulrich Beyerlin, Grenzüberschreitender Umweltschutz und allgemeines Völkerrecht, in: Kay Hailbronner et al. (éd.), Staat und Völkerrechtsordnung, Berlin Heidelberg 1989, pp. 37–61; du même auteur, Rio-Konferenz 1992: Beginn einer neuen globalen Umweltrechtsordnung?, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 54 (1994), pp. 124–149; avec Thilo Marauhn, International environmental law, Oxford 2011.

51 Voir infra, partie C.

Figure 1: Le droit international de la santé en tant que branche du droit international

La question qui est soulevée en revanche est celle du devenir de ce droit. Certaines difficultés centrales, qui sont autant d'obstacles au développement de normes juridiques, peuvent être d'ores et déjà évoquées. Elles ont été plus particulièrement mises en évidence lors de l'épidémie due au virus Ebola. Cette crise a révélé les faiblesses et lacunes de l'instrument de droit international applicable pour la protection des populations contre la propagation des maladies infectieuses. D'une manière plus large, elle a aussi mis en évidence la complexité du domaine de la santé mondiale comme champ d'application du droit international de la santé.

Cette complexité est engendrée, d'une part, par l'existence d'approches multiples du concept de santé mondiale, des questions principales à traiter et des réponses à leur donner et, d'autre part, par l'intervention d'une multitude d'acteurs. Concernant ce dernier point, il est certain que la multiplication des acteurs depuis la fin des années 1990 a rendu l'identification des auteurs du droit international, et par là-même l'élaboration de normes juridiques contraignantes, plus difficile[52]. D'un côté, on trouve de nombreuses organisations internationales dont les activités normatives interviennent dans le domaine de la santé publique sans pour autant que leurs domaines de compétence, leurs objectifs et les principes fondamentaux qui les guident ne soient en lien avec la protection et

52 Voir notamment sur ce phénomène de prolifération des acteurs dans le domaine de la santé: Ken Buse, Gill Walt, Global public-private partnership: Part I, A new development in health? Bulletin of the World Health Organization 78/4 (2000), pp. 549–561; Sophie Harman, Global Health Governance, New York 2012.

l'amélioration de la santé publique[53]. Ce phénomène est d'autant plus problématique que l'OMS a longtemps hésité à élaborer des instruments juridiques de nature contraignante réglant principalement les questions de santé publique, leur préférant la « soft law » et la coopération informelle avec les Etats. De l'autre côté, on trouve de nombreux acteurs qui, sans disposer de compétences normatives, exercent des activités qui conditionnent le fonctionnement et l'efficacité du travail des organisations intergouvernementales. Les acteurs intervenant dans la sphère de la santé globale – qui sont aussi les acteurs qui sont intervenus au cours des différentes phases de la crise – sont extrêmement nombreux. Leur diversité, leur nombre, leur influence sont le reflet d'une évolution plus générale dans le cadre des relations internationales marquée par le développement, en concurrence avec les Etats, des organisations intergouvernementales et des acteurs non étatiques issus de l'industrie ou de la société civile[54].

Dans le cadre de la crise Ebola, l'incapacité de l'OMS dans un premier temps à coordonner les actions des différents acteurs a motivé l'intervention du Conseil de sécurité et engendré une discussion sur la capacité (voire la légitimité) de l'OMS à mettre en œuvre le RSI (2005) et, plus généralement sur le rôle de l'OMS au sein du système de gouvernance de la santé mondiale. Cette discussion – et les réponses qui doivent être apportées – est essentielle pour l'avenir du droit international de la santé. L'OMS est en effet l'institution phare du système onusien dans le domaine de la santé publique. Pour autant, il est nécessaire de ne pas confondre la question de la gouvernance de la santé mondiale avec celle de l'élaboration et de l'usage du droit international. Le droit est un instrument de la gouvernance et il s'agit de réfléchir aux conditions de son élaboration et à son utilisation pour résoudre les questions de santé dans le monde au regard de cette fonction. C'est ce que nous nous proposons de faire en procédant, d'une part, à une analyse systématique des questions qui sont au centre du droit international de la santé et des principes et valeurs fondamentales qui guident la définition et la mise en œuvre des différentes normes (B), et d'autre part, à une analyse de la nature et du contenu des règles applicables, ce qui im-

53 Voir infra, partie C.

54 La doctrine consacrée à la « gouvernance mondiale » montre l'importance de ces acteurs dont l'influence est liée, pour certaines ONG notamment, à la société civile au nom de laquelle elles poursuivent leurs actions, mais encore, d'une manière générale, à leur poids financier ou politique. Voir en ce sens: Jan Wouters, Antoon Braeckman, Matthias Lievens, Emilie Bécault (éd.), Global Governance and Democracy: A Multidisciplinary Analysis, Cheltenham 2015; Marc Schneiber, Tim Bartley, Organizations, Regulation and Economic behavior: Regulatory dynamics and forms from the nineteenth to twenty-first century, Annual Review of Law and Social Science 4 (2008), pp 31–61. La doctrine s'interroge aussi sur la légitimité de ces acteurs. Voir notamment sur le rôle des organisations intergouvernementales: Matthias Ruffert, Christian Walter, Institutionalisiertes Völkerrecht – Das Recht der Internationalen Organisationen und seine wichtigsten Anwendungsgebiete, München 2009. Voir sur la question du rôle et de la légitimité de ces organisations dans la formulation du droit international: Armin von Bogdandy et al. (éd.), The exercise of public authority by international institutions, Heidelberg 2010.

plique aussi l'identification des auteurs légitimes du droit international de la santé (C)[55].

B. La délimitation du champ et du cadre d'application du droit international de la santé

Le Conseil de sécurité des Nations Unies, dans sa Résolution 2177 relative à la crise Ebola, adoptée à l'unanimité de ses 15 membres en septembre 2014, non seulement, a considéré pour la première fois qu'un problème de santé publique engendré par la propagation d'une maladie infectieuse représentait une menace pour la paix et la sécurité internationales, mais encore, a décidé de mettre en place une mission des Nations Unies en réponse à cette menace[56]. Alors que les Etats membres de l'ONU se sont félicités dans leur ensemble de cette réponse adoptée face à l'épidémie d'Ebola[57], quelques voix se sont élevées pour contester la qualification d'une question de santé publique de menace contre la paix et la sécurité internationales. Ainsi, le Brésil, à l'occasion de la séance du Conseil de sécurité au cours de laquelle a été adoptée la Résolution, a précisé « (...) qu'il est nécessaire de traiter cette épidémie avant tout comme une urgence sanitaire et un problème social et de développement plutôt que comme une menace à la paix et à la sécurité »[58]. De manière tout aussi claire, la Colombie a considéré que bien que « (...) l'épidémie d'Ebola en Afrique de l'Ouest risque d'éroder la stabilité et la cohésion sociale de certains pays concernés (...) cette situation ne saurait être qualifiée de menace à la paix et à la sécurité internationales en général »[59]. Ces prises de position ne sont pas anodines. Elles traduisent un rejet de l'approche sécuritaire des questions de santé mondiale et une demande de recentrage des efforts de coopération internationale en matière de santé autour des objectifs de développement économique et social des Etats. En d'autres termes, ces prises de position soulèvent des questions très précises de définition de la santé mondiale en tant que champ d'application du droit international de la santé (I) et d'identification des principes et valeurs qui gouvernent la coopération internationale en la matière (II).

I. La définition de la « santé mondiale »

Le concept de « santé mondiale », auquel sont aussi associés les concepts de « bien public mondial » ou de « santé publique », est un concept récent qui est venu concurrencer celui de « santé internationale ». La définition du champ d'ap-

55 Les mécanismes de contrôle applicables dans le domaine du droit international de la santé seront mentionnés au fil des développements sans faire l'objet d'une présentation plus détaillée.

56 MINUAUCE (note 28). Cette mission a pris fin le 31 juillet 2015.

57 Voir: Conseil de sécurité (note 11).

58 *Ibid.*, p. 31.

59 *Ibid.*, p. 51.

plication du droit international de la santé implique une analyse de ces concepts (1) ainsi qu'une analyse de l'approche sécuritaire qui oriente aujourd'hui la conduite des activités internationales en matière de santé publique, influençant par ailleurs la définition du contenu de la santé mondiale (2).

1. Santé mondiale et globalisation: l'apparition du concept

« Globalisation », « santé mondiale », « santé internationale » (a), « biens publics mondiaux » (b), autant de concepts qui rendent l'analyse du champ d'application du droit international de la santé difficile.

a. Santé mondiale versus santé internationale

aa. Globalisation et santé

Le concept de « santé mondiale » est apparu en lien avec le phénomène d'intensification des échanges à la fin du XXe siècle appelé « globalisation ». Ce phénomène est défini par Derek Yach et Douglas Bettcher comme suit: « (...) the process of increasing economic, political, and social interdependence and global integration that takes place as capital, traded goods, persons, concepts, images, ideas, and values diffuse across state boundaries »[60]. Pour ces auteurs, ces transformations ont engendré la multiplication de questions de santé publique qui touchent les Etats dans leur ensemble. Associant chaque élément caractéristique de la globalisation à des conséquences possibles en matière de santé, ils ont établi une liste des risques liés à ce phénomène, ainsi que des opportunités qu'ils peuvent représenter pour l'amélioration de la santé dans le monde. Cette liste est très longue. Elle inclut: la hausse des taux de mortalité et de morbidité dans le monde en raison de l'appauvrissement de la population touchée par le bouleversement des conditions de travail et le chômage, mais aussi en raison de la persistance des conflits armés et de l'augmentation des migrations des populations; la propagation des maladies infectieuses émergentes ou ré-émergentes favorisée par l'accroissement des échanges dans le monde et les déplacements extrêmement importants des individus[61]; la propagation des maladies non transmissibles engendrée par l'ouverture des marchés, la mondialisation et l'adoption de modes de vie défavorables à la santé[62]; la malnutrition

60 Derek Yach, Douglas Bettcher, The globalization of public health, American Journal of Public Health 88/5 (2008), pp. 735–738, p. 735.

61 Une maladie émergente est une « maladie dont l'incidence réelle augmente de manière significative dans une population donnée, d'une région donnée, par rapport à la situation épidémiologique habituelle de cette maladie »; une maladie ré-émergente est une « maladie qui a déjà été émergente et qui le redevient ». Voir ces définitions dans: Bernard Toma, Etienne Thiry, Qu'est-ce qu'une maladie émergente, Epidémiologie et santé animale 44 (2003), pp. 1-11, p. 6.

62 Les maladies non-transmissibles comme les maladies cardiovasculaires, le diabète, le cancer et les affections respiratoires chroniques touchent désormais les pays industrialisés comme les pays à revenu faible et intermédiaire. Les facteurs de risque sont la mauvaise alimentation,

ou bien encore le développement d'environnements toxiques pour la santé engendrés par les activités non contrôlées des industries, ou facilités par les changements climatiques – changements qui pourraient aussi favoriser à l'avenir la survenance de conflits pour la répartition des territoires, l'accès à l'eau et à la nourriture, ou entraîner la prolifération des vecteurs de certaines maladies[63]; enfin, le développement de nouvelles technologies et de moyens modernes de communication peut à la fois représenter un risque pour la santé (non-accès aux médicaments pour les populations les plus pauvres et usage des moyens de communication pour promouvoir des produits et comportements néfastes au nom d'intérêts commerciaux particuliers) et une opportunité[64].

L'Institut américain de médecine (IOM) a publié en 1997 un rapport très influent relatif à ce phénomène, intitulé « America's vital interest in global health: Protecting our people, enhancing our economy, and advancing our national interests »[65]. L'IOM établit le constat suivant: « The world's nations now have too much in common to consider health as merely a national issue. Instead, a new concept of 'global health' is required to deal with health problems to transcend national boundaries, that may be influenced by circumstances or experiences in other countries, and that are best addressed by cooperative actions and solutions »[66]. Conformément à ce rapport, désormais, les questions de santé présentent deux caractéristiques: elles ne peuvent plus être ni considérées comme des questions purement nationales, ni traitées dans un cadre purement national.

Ce constat a été repris par la suite par de nombreux Etats dans le cadre du développement de leur politique étrangère en matière de santé[67]. On retrouve ainsi les deux caractéristiques de la santé globale dans la stratégie de politique étrangère adoptée en 2008 par le gouvernement du Royaume-Uni. Selon cette stratégie, « [g]lobal health (...) refers to health issues where the determinants circumvent, undermine or are oblivious to the territorial boundaries of states, and are thus beyond the capacity of individual countries to address through domestic institutions. Global health is focused on people across the whole planet rather than

---

l'usage nocif d'alcool, la sédentarité ou bien encore l'exposition à la fumée du tabac. Voir OMS, Maladies non-transmissibles, Aide-mémoire n° 355, mars 2013, disponible sur le site ‹www.who.int›.

63 Conformément à la définition donnée par le RSI (2005) « un vecteur » s'entend d'un insecte ou de tout animal qui véhicule normalement un agent infectieux constituant un risque pour la santé publique » (art. 1).

64 Le développement d'un vaccin contre Ebola a été annoncé par l'OMS. Voir: OMS, Communiqué de presse, Un vaccin efficace contre le virus Ebola est à portée de main, 31 juillet 2015, disponible sur le site ‹www.who.int›.

65 Institute of Medicine (IOM), Board of International Health, America's Vital Interest in Global Health: Protecting Our People, Enhancing Our Economy, and Advancing Our International Interests, Washington DC 1997.

66 *Ibid.*, p. 11.

67 Voir l'analyse suivante sur la politique étrangère des Etats-Unis: Dominique Kerouedan, Globaliser n'est pas sans risque pour les populations les plus pauvres du monde, Revue Tiers Monde 215/3 (2013), pp. 111–127, p. 113.

the concerns of particular nations. Global health recognises that health is determined by problems, issues and concerns that transcend national boundaries »[68].

bb. Santé internationale

Le document adopté en 2012 par le Conseil fédéral helvétique sur la politique extérieure de la Suisse en matière de santé confirme cette approche de la santé mondiale et rejette l'idée d'une politique extérieure fondée sur le concept de « santé internationale »[69]. Cette précision est importante. Le concept de « santé internationale » est d'application beaucoup plus limitée que celui de santé mondiale. Il a été utilisé pendant longtemps pour désigner à la fois les activités d'information et de recherche des Etats en lien avec la lutte contre les épidémies[70] et l'action des Etats développés en faveur de l'amélioration de la santé dans les pays en développement sous la forme généralement de coopération bilatérale[71]. La stratégie internationale du développement adoptée par les Nations Unies à partir des années 1970 incluait des mesures en faveur du soutien des pays en voie de développement dans la mise en place de politiques et services de santé[72]. Le concept de « santé internationale » désignait par conséquent à la fois les problèmes de santé publique touchant plus spécifiquement les pays pauvres et à faible revenu (c'est-à-dire les problèmes engendrés par les maladies contagieuses ou concernant plus spécifiquement la santé des mères et des enfants) et la réponse dite verticale que devait y apporter la Communauté internationale[73].

b. La santé mondiale en tant que « Global Public Good »?

aa. Le concept

Si le concept de « santé internationale » nous livre des informations sur ce que la santé mondiale n'est pas, celui de « global public good » ou « bien public

68 UK Department of Health, Health is global: A UK Government Strategy 2008-13, Londres, 30 septembre 2008, p. 5, disponible sur le site ‹www.gov.uk/government›.

69 Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), Politique extérieure suisse en matière de santé, 2012, disponible sur le site ‹www.dfae.admin.ch›.

70 Voir en ce sens l'analyse historique suivante: OMS, Les dix premières années de l'Organisation mondiale de la Santé, Genève 1958.

71 Voir: Theodore M. Browne, Marcos Cueto, Elizabeth Fee, The World Health Organization and the transition from « international » to « global » public health, American Journal of Public Health 96/1 (2006), pp. 62–75.

72 De nombreuses mesures en matière de santé publique ont été prescrites par l'AG de l'ONU dans sa Résolution 2626 (XXV) du 24 octobre 1970, relative à la stratégie internationale du développement (A/RES/25/2626). Voir notamment les mesures de mise en place d'infrastructures économiques et sociales (§ 57).

73 Voir Gill Walt, Kent Buse, Andrew Harmer, Cooperation in global health, in: Merson et al. (note 46), pp. 853–884. Merson et al., dans leur introduction, ont cependant adapté le concept de « santé internationale » de façon à le rendre praticable dans le contexte de la globalisation. La santé internationale est selon leur définition « the application of the principles of public health to problems and challenges that affect low and middle-income countries and to the complex array of global and local forces that influence them » (p. xvii).

mondial» – auquel fait aussi référence le Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse, au même titre que l'objectif de développement, en tant que fondement de sa stratégie de politique extérieure[74] – est peu utile pour la définition de ce concept. La biodiversité, le climat, la santé, le commerce et l'aviation, les standards des droits de l'homme, ont été qualifiés en juin 2002 par Kofi A. Annan de biens publics mondiaux qu'aucun Etat n'est en mesure de produire ou sauvegarder seul[75]. Selon la doctrine, il convient d'ajouter les biens ou services suivants à cette liste: la stabilité économique internationale, la sécurité internationale (la stabilité politique), l'environnement international, l'aide humanitaire internationale, la connaissance, la liberté, ou bien encore l'eau, l'air, le génome humain, la réduction du réchauffement climatique, la lutte contre les maladies infectieuses, la stabilité des marchés financiers, la recherche et la connaissance[76]. L'OMS pour sa part fournit une liste très large de biens plus spécifiques en liaison avec la santé: l'information et la connaissance relatives notamment à l'application des traitements médicaux et à la consommation d'alcool ou de tabac; le contrôle des maladies transmissibles; les règles et institutions considérées comme des biens publics intermédiaires nécessaires pour la réalisation du bien public général qu'est la santé[77].

Le concept de «Global Public Good», développé par des économistes[78], a été popularisé à la fin des années 1990 par les travaux menés au sein du Programme des Nations Unies pour le Développement (UNDP). Conformément au rapport intitulé «Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century»[79], ces biens sont définis par rapport à deux caractéristiques principales. La première caractéristique est traduite par référence au double principe de non-rivalité et de non-exclusion qui signifie à la fois que la consommation d'un bien public mondial par une personne n'interdit aucunement la consommation par d'autres, et que personne n'est exclu de la consommation de ce bien[80]. La seconde caractéristique est que ces biens profitent à tous en termes

74 Voir DFAE (note 69), p. 4.

75 Kofi Annan, Endorsements, in: UNDP, Providing global public goods, Oxford 2002.

76 Voir les listes proposées par les auteurs suivants: Joseph E. Stiglitz, The theory of international Public Goods and the Architecture of International Organizations, United Nations Background Paper 7, New York 1995; Amartya Sen, Un nouveau modèle économique: développement, justice, liberté, Paris 2000 (Sen insiste plus particulièrement sur la liberté comme bien public mondial). Voir aussi: Inge Kaul, Isabelle Grunberg, Marc E. Stern, Defining Global Public Goods, et Joseph E. Stiglitz, Knowledge As a Global Public Good, in: Inge Kaul, Isabelle Grunberg, Marc E. Stern (éd.), Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century, New York 1999, respectivement pp. 2-19 et pp. 308–325.

77 Voir le glossaire fourni par le Département Commerce, politique étrangère, diplomatie et santé de l'OMS et la définition des biens publics mondiaux, disponible sur le site ‹www.who.int›.

78 Le concept a notamment été développé par Paul Samuelson en 1954. Voir: Paul A. Samuelson, The Pure Theory of Public Expenditure, Review of Economics and Statistics 36/4 (1954), pp. 387–389.

79 Kaul et al. (note 76).

80 Kaul, in: Kaul et al., *ibid.*, p. 3.

de géographie, de population et de génération[81]. Conformément à ce rapport: « this property makes humanity as a whole the *publicum*, or beneficiary of global public goods »[82].

Le développement théorique du concept de « global public good » est en lien avec le phénomène de globalisation et le constat que l'économie de marché ne permet que la production de biens de nature privée et n'est pas appropriée pour assurer la fourniture de biens, qualifiés de publics, indispensables à une économie stable et durable et au développement harmonieux de l'humanité. Ces biens doivent par conséquent être produits à l'aide d'autres mécanismes et les Etats doivent aussi trouver les moyens d'en assurer l'accès pour tous[83]. En définitive, ce concept est un concept mobilisateur dont l'utilisation vise à inciter tous les Etats, indépendamment de leur niveau de richesse, à agir en faveur de la production de biens publics et de leur répartition équitable. L'usage du concept autorise la contestation et « (…) aide à examiner en détail les responsabilités spécifiques de la Communauté internationale »[84]. Des médicaments comme les antirétroviraux pour le traitement du VIH/sida ont ainsi été qualifiés à partir de 1996 de biens publics mondiaux afin de renforcer la pression sur la Communauté internationale et les entreprises pharmaceutiques pour obtenir leur distribution pour tous les patients dans le monde[85]. Une réduction très importante du prix de ces médicaments a finalement été obtenue autorisant un accès plus large aux antirétroviraux à partir de l'année 2000 dans les pays à faible revenu particulièrement touchés[86].

bb. Les insuffisances du concept

Pour autant, l'usage de ce concept pour caractériser la santé mondiale n'est pas exempt de difficultés. La première difficulté est d'ordre général et concerne l'impossibilité de définir un régime juridique unique qui serait applicable à la production, au financement, à la gestion et à la distribution de ces biens extrêmement hétérogènes. Le concept de biens publics, comme celui de « patrimoine

---

81 Selon Kaul, *ibid.*, p. 16: « At a minimum, a global public good would meet the following criteria: its benefits extend to more than one group of countries and do not discriminate against any population group or any set of generations, present or future ».

82 Kaul, *ibid.*, p. 3 (italiques dans le texte original).

83 Inge Kaul, Isabelle Grunberg, Marc E. Stern, Introduction, in: Kaul et al. (note 76), p. xix.

84 Joseph Stiglitz, citation tirée de Jean-Jacques Gabas, Philippe Hugon, Les biens publics mondiaux et la coopération internationale, L'Economie politique 12/4 (2001), pp. 19–31, p. 19. Même position développée dans Stiglitz, in: Kaul et al. (note 76), p. 311.

85 Voir par exemple: Ellen 't Hoen, Jonathan Berger, Alexandra Calmy, Suerie Moon, Driving a decade of change: HIV/AIDS, patents and access to medicines for all, Journal of the International AIDS Society 14 (2011), pp. 15–21, disponible sur le site ‹www.jiasociety.org›; Patrice Trouiller et al., Drugs for neglected diseases: a failure of the market and a public health failure? Tropical Medicine and International Health 6/11 (2001), pp. 945–951.

86 Voir le témoignage de Zackie Achmat, co-fondateur de l'ONG Treatment Action Campaign en Afrique du Sud qui a largement contribué à l'accès aux médicaments antirétroviraux, dans: Stephanie Nolen, 28 Stories of AIDS in Africa, New York 2007, chap. 14.

commun de l'humanité » souffre de cette impossibilité. Ainsi, si la notion de « bien public » est une notion centrale en droit national sur la base de laquelle s'est développé un régime juridique organisant la production, la distribution ou bien la protection de ces biens[87], il n'en est pas de même au niveau international, les conditions de la coopération internationale variant en accord avec la volonté des Etats selon les domaines et les objectifs poursuivis. En définitive, ainsi que le remarque Marie-Claude Smouts à propos de la notion de « patrimoine commun de l'humanité », ni le concept de biens publics mondiaux, ni celui de patrimoine commun de l'humanité ne permettent d'envisager clairement les implications juridiques éventuelles qui leur sont attachées[88].

La seconde difficulté est liée à la définition concrète du contenu de la « santé mondiale » en tant que bien public mondial. L'identification des biens publics dans le domaine de la santé au regard de la définition générique énoncée plus haut, conduit à l'établissement de listes dont le contenu diffère selon les auteurs[89]. Ces listes sont forcément imprécises, incomplètes, voire lacunaires. Ainsi, alors qu'un consensus semble exister autour de l'inclusion des maladies transmissibles dans la liste des biens publics mondiaux[90], des auteurs considèrent que seules certaines maladies transmissibles sont concernées et répondent à la (leur) définition[91].

Par conséquent le concept de bien public mondial doit être considéré comme un concept intéressant en ce que son utilisation vise à rappeler aux Etats leurs obligations vis-à-vis de l'humanité – et en cela le concept conserve tout son intérêt au regard notamment des valeurs d'équité et de justice sociale auxquelles il est lié – et à les encourager à développer les formes de coopération nécessaires à la production de ces biens (toutes les formes de coopération, qu'il s'agisse d'une coopération interétatique ou de partenariats avec des personnes privées issues de la société civile ou des marchés, sont possibles, sans hiérarchie ni limite aucune). Il n'en reste pas moins que cette notion ne permet pas de donner une définition concrète à la « santé mondiale » en tant que champ d'application du droit international de la santé.

---

87 La notion de « service public » (plus que celle de bien public à laquelle elle est étroitement liée) est notamment essentielle en droit français. Elle désigne des missions d'intérêt général très diverses (énergie, éducation, santé, etc.) et le régime particulier régissant l'exercice de ces missions. Voir sur l'importance de la notion: Didier Truchet, Droit administratif, Paris 2015.

88 Marie-Claude Smouts, Du patrimoine commun de l'humanité aux biens publics mondiaux, in: Marie-Christine Cormier Salem, Dominique Juhé-Beaulaton, Jean Boutrais et Bernard Roussel (éd.), Patrimoines naturels au Sud: territoires, identités et stratégies locales, Paris 2005, pp. 53–70, p. 66.

89 David Woodward et Richard D. Smith refusent de désigner la santé comme un bien public mondial. Voir: David Woodward, Richard D. Smith, Global public goods: concepts and Issues, in: Richard Smith, Robert Beaglehole, David Woodward et Nick Drager (éd.), Global public goods for health: health economic and public health perspectives, New York 2003, pp. 3-29.

90 Voir par exemple: Lincoln C. Chen, Tim G. Evans, Richard A. Cash, Health as a Global Public Good, in: Kaul et al. (note 76), pp. 284–304, p. 288.

91 Ainsi Woodward/Smith (note 89) considèrent que la lutte contre le paludisme est un bien public régional et non mondial.

2) *Santé mondiale et réalisation de la paix: l'approche sécuritaire*

A travers l'adoption de la Résolution 2177, le Conseil de sécurité a confirmé une tendance des Etats à adopter une approche sécuritaire des questions de santé mondiale (a). Cette approche pose des difficultés en ce qu'elle réduit la définition de la santé mondiale à un groupe de questions essentielles pour la protection des intérêts nationaux et présente les options militaires – qu'il s'agisse du recours aux ressources financières, matérielles ou en termes de personnel des départements de la défense – comme appropriées pour leur apporter une réponse (b)[92].

a. *L'approche sécuritaire*

aa. Une tendance ancienne

L'approche sécuritaire dans le domaine de la santé n'est pas une tendance nouvelle puisque c'est l'identification des dangers représentés par la transmission de maladies infectieuses qui est à l'origine de la coopération des Etats dans le domaine de la santé depuis la première conférence sanitaire de 1851[93]. En revanche, les conséquences entrainées par cette approche quant à l'identification des questions de nature globale à traiter dans un cadre international et quant aux choix des moyens et des instruments à utiliser pour y apporter une réponse, sont d'une importance sans précédent. Aux Etats-Unis, la résurgence de l'approche sécuritaire en matière de santé peut être rattachée à la publication en 1997 par l'Institut de Médecine (IOM) du rapport mentionné précédemment[94]. Ce rapport identifie trois catégories de risques comme étant les plus importantes. Il s'agit tout d'abord des risques liés à la propagation des maladies infectieuses émergentes et ré-émergentes. Il s'agit ensuite des risques engendrés par la consommation de produits et substances en provenance de toutes les régions du monde. Ces produits sont considérés comme potentiellement dangereux pour la santé, qu'il s'agisse d'aliments, de médicaments, de tabac, d'alcool ou de substances psychoactives. Enfin, la troisième catégorie est celle des risques engendrés par l'utilisation éventuelle d'armes radioactives, chimiques ou biologiques par des groupes terroristes comme dans le cas de l'utilisation de gaz sarin dans le métro de la capitale japonaise en 1995[95]. Cette dernière catégorie a

---

92 Voir d'une manière générale sur le sujet: William Aldis, Health security as a public health concept: a critical analysis, Health Policy and Planning 23 (2008), pp. 369–375, p. 371. Sur l'implication militaire croissante des pays en développement dans le domaine de la santé publique, voir les exemples analysés dans: Jean-Paul Chretien et al., The importance of militaries from developing countries in global infectious disease surveillance, Bulletin of the World Health Organization 85/3 (2007), pp. 174–180.

93 Yves Beigbeder, L'Organisation mondiale de la Santé, Genève 1995, chap. 1.

94 IOM (note 65).

95 Sur les circonstances de l'attaque au gaz sarin, voir: Amy E. Smithson, Rethinking the lessons of Tokyo, in: Amy E. Smithson, Leslie-Anne Levy, Ataxia: the chemical and biological terrorism threat and the US response, Washington DC 2000, pp. 71-111, p. 87.

gagné en importance suite à la diffusion aux Etats-Unis de bacilles charbonneux dans le courrier distribué par le service postal quelques jours après les attentats terroristes du 11 septembre 2001[96].

Toujours selon ce rapport de l'IOM et au regard des objectifs de sécurité intérieure et de développement économique, les réponses à apporter à ces risques sont très précises. Il est ainsi essentiel que les Etats s'engagent – politiquement et surtout financièrement[97] – dans les activités suivantes: la création ou le renforcement d'un système global et efficace de surveillance des maladies infectieuses, ainsi que d'un réseau d'alarme sophistiqué pour parer les attaques de nature chimique ou biologique; l'amélioration de l'efficacité et de la rentabilité du système de santé en s'appuyant sur les connaissances et expériences internationales; enfin, le développement de l'industrie nationale spécialisée dans la production de médicaments, de vaccins et autres technologies de santé afin d'assurer la suprématie de ces industries sur le marché global[98].

bb. L'influence de l'approche sécuritaire

Cette approche largement tournée vers les intérêts sécuritaires et économiques nationaux a trouvé un large écho dans la définition par les USA des objectifs de sa politique extérieure[99]. D'autres pays comme le Royaume-Uni, l'Australie, le Canada ont aussi considéré depuis le début des années 2000 qu'une action collective dans le domaine de la santé était devenue indispensable[100]. Les stratégies adoptées rappellent souvent qu'elles visent la réalisation de l'objectif humanitaire d'amélioration de la santé de chaque individu dans le monde[101]. Elles restent néanmoins centrées prioritairement sur l'objectif de protection des intérêts nationaux. Ainsi, la stratégie du Royaume-Uni adoptée en 2008 retient la protection de chaque individu comme le premier principe sur lequel doit reposer la politique extérieure du

---

96 IOM (note 65), p. 11.

97 Colin McInnes, Kelley Lee (Health, security and foreign policy, Review of International Studies 32 (2006), pp. 5-23, p. 10) montrent clairement la corrélation entre l'analyse de l'impact économique de la propagation du sida aux Etats-Unis et le développement de l'engagement financier et institutionnel en faveur de la lutte contre cette maladie aux niveaux national et international.

98 IOM (note 65), pp. 35 ss.

99 Ainsi, dès 1999, le Département d'Etat (United States Strategic Plan for International Affairs, February 1999, disponible sur le site ‹www.usa.gov›) considérait comme suit: « The United States has direct interests in safeguarding the health of Americans and in reducing the negative consequences of disease worldwide. Epidemics can directly threaten public health in the United States. Unhealthy conditions elsewhere in the world increase the incidence of disease, increase human suffering, and retard development. Humanitarian values lead Americans to support improvements to global health, even in the absence of other direct interests » (p. 41). Voir en outre le détail de l'analyse de la politique des Etats-Unis en la matière: Kerouedan (note 67), pp. 111–127.

100 Voir l'analyse de la politique extérieure de ces pays dans l'article suivant: McInnes/Lee (note 97), p. 7.

101 Voir l'affirmation par le Département d'Etat des Etats-Unis de la motivation proprement humanitaire de la politique de santé dans le document cité précédemment (note 99), p. 16.

pays. Il est précisé comme suit: « We believe that every individual – whatever part of the world they come from or live in – is of equal value. The UK Government as one of the 1948 signatories, remains committed to the provisions of the Universal Declaration of Human Rights. Human rights belong to every individual in every part of the world and the strategy's principles and actions are practical ways of upholding these rights »[102]. Suivent les autres objectifs centraux à atteindre qui sont la sécurité des populations nationales contre les maladies infectieuses ou les attaques bioterroristes et la protection des intérêts économiques nationaux[103]. Le document adopté par les autorités helvétiques en 2012 suit le même schéma. Il est précisé dès l'introduction que « la santé est (...) devenue un thème de la politique étrangère suisse, ce qui appelle une orientation ciblée et multisectorielle des activités afin de garantir le respect des valeurs fondamentales de notre pays, tels les droits de l'homme, l'Etat de droit et la démocratie, tout en tenant compte des intérêts des différents acteurs suisses »[104].

Cette approche, bien qu'elle ne fasse pas l'unanimité[105], a été suffisamment influente pour être reprise et confirmée par les organes de l'ONU tout au long de la première décennie du XXIe siècle[106]. Ainsi, le rapport publié en 2004 relatif à la définition d'une nouvelle conception de la sécurité collective face aux menaces qui pèsent sur le monde au début du XXIe siècle, intègre les maladies infectieuses et le terrorisme nucléaire, radiologique, chimique et biologique dans la liste des six types de menaces dont le monde doit se préoccuper[107]. Ce rapport fait écho à la déclaration du directeur de l'OMS de l'époque, Gro Harlem Brundtland, à l'occasion de la réunion du Groupe des vingt (G20) à Davos, dans laquelle les risques de santé étaient directement rattachés à l'attaque terro-

---

102 UK Department of Health (note 68), p. 16.

103 Voir l'analyse de la politique extérieure du Royaume-Uni par les auteurs suivants: Michelle L. Gagnon, Ronald Labonté, Understanding how and why health is integrated into foreign policy – a case study of *health is global, a UK Government Strategy 2008–2013*, Globalization and Health 9/24 (2013), pp. 1-19; McInnes/Lee (note 97), p. 9.

104 DFAE (note 69).

105 Les positions du Brésil et de la Colombie exprimées devant le Conseil de sécurité en septembre 2014 sont clairement opposées à cette approche. Voir: Conseil de sécurité (note 11). Voir en outre l'analyse des politiques nationales de différents pays notamment émergents en matière de santé mondiale dans: Katherine E. Bliss (éd.), Key players in global health: how Brazil, Russia, India, China, and South Africa are influencing the game, Washington DC 2010.

106 Il est à noter que des efforts en vue de la révision de la Convention des Nations Unies signée le 10 avril 1972 sur l'interdiction des armes biologiques (entrée en vigueur en 1975) avaient été réalisés à partir de fin 1994. Cette Convention prévoit notamment l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage d'agents biologiques et de leurs vecteurs, à des fins hostiles. L'absence de régime de vérification a affaibli la portée de cette Convention. Les efforts de révision en vue de la négociation d'un protocole par l'introduction d'un dispositif de vérification fiable et efficace n'ont pas abouti. Sur ce sujet voir l'analyse suivante: Obijiofor Aginam, Bio-terrorism, human security and public health: Can international law bring them together in an age of globalization?, Medicine and law 24 (2005), pp. 455–462.

107 ONU, Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, Un monde plus sûr: notre affaire à tous, 2004, disponible sur le site ‹www.un.org›.

riste à l'anthrax de 2001 et aux maladies contagieuses[108]. Il n'est pas surprenant par conséquent que l'Assemblée générale de l'ONU n'ait commencé à discuter en son sein de risques de santé mondiale, autres que ceux liés au VIH/sida, qu'à partir de 2011. La Résolution du 9 décembre 2010 est ainsi la première à proposer une vision élargie des risques de la santé mondiale devant faire l'objet d'une réflexion et d'une action communes[109]. Il s'agit des risques suivants: la faiblesse des systèmes de santé nationaux, la pénurie des personnels de santé, l'absence de financement pour l'accès aux médicaments et vaccins dans les pays à faible revenu, l'insuffisante recherche et activité en matière de prévention et de maîtrise des maladies non transmissibles, la faiblesse de la recherche et du développement dans le domaine des maladies tropicales négligées et l'absence de prise en compte des problèmes de santé mentale.

Au-delà, c'est ce même esprit qui a guidé l'Assemblée mondiale de la santé (AMS) et les travaux de révision du Règlement sanitaire international qui ont abouti en 2005. L'AMS a fait référence en 2001 pour la première fois au concept de « sécurité de la santé mondiale »[110] pour aborder les menaces pour la santé publique engendrées par les maladies infectieuses et par la dispersion naturelle ou intentionnelle d'agents biologiques dangereux pour la santé humaine[111]. Les modifications introduites dans le Règlement révisé sont étroitement liées à cette approche sécuritaire de la santé mondiale. Il en ressort ainsi notamment de l'analyse du champ d'application du RSI (2005) ou du système de notification des évènements qui peuvent représenter une urgence de santé publique. Ainsi, alors que les versions de 1951 et 1969 du Règlement sanitaire international avaient pour objectif la lutte contre la propagation de six maladies

---

108 Gro Harlem Brundtland, Bioterrorism and military health risks, G20 Health Ministers Forum, World Economic Forum, Davos, 25 janvier 2003. Elle précise: « It is not only anthrax and smallpox which can have the potential of wreaking havoc on populations in times of conflict: malaria, cholera and dysentery, AIDS, measles, respiratory infections – these are enemies we must take seriously wherever there is conflict ». G. Brundtland ajoute plus loin: « (...) biological and chemical weapons are not the only threat in war. Throughout history, the deadly comrades of war and disease have accounted for a major proportion of human suffering and death. The generals of previous centuries knew that disease was a bigger enemy than the army they would face across the battlefield ». Déclaration disponible sur le site ‹www.who.int›.

109 AG ONU, Résolution 65/95 du 9 décembre 2010, Santé mondiale et politique étrangère (A/RES/65/95).

110 Alors qu'en 1995, la résolution adoptée par l'AMS invitant le directeur général de l'OMS à préparer la révision du RSI (1969), ne faisait aucune allusion ni à la santé mondiale ni à la sécurité (Résolution WHA 48.7 du 12 mai 1995 (WHA48/1995/RES/1)), en 2001, la résolution encourageant la poursuite du processus de révision était intitulée « global health security: epidemic alert and response » (Résolution WHA 54.14 du 21 mai 2001 (WHA54/2001/RES/1)). L'utilisation en anglais des deux expressions « global health security » et « global public health security » (qui est le concept correctement traduit en français par « sécurité sanitaire internationale »), prête à confusion. Voir par exemple: Margaret Chan, Discours de clôture prononcé lors de la Conférence de haut niveau sur la sécurité sanitaire mondiale, 23 mars 2016, disponible sur le site ‹www.who.int›.

111 Voir la Résolution WHA 54.14, *ibid.*

infectieuses[112], le règlement adopté en 2005 a une portée beaucoup plus large puisqu'il trouve application dans tous les cas susceptibles de représenter une menace pour la santé publique, indépendamment de l'origine de cette menace[113].

Le RSI (2005) est entré en vigueur au moment où était publié par l'OMS son rapport sur la santé dans le monde 2007 consacré aux graves menaces pesant sur la santé humaine. Conformément à ce rapport, les menaces principales sont liées à l'activité humaine, à l'interaction de l'homme avec son environnement ou encore à des évènements de nature chimique ou radiologique, y compris les accidents industriels et les phénomènes naturels. Ces menaces prennent par conséquent la forme de maladies à tendance épidémique, de maladies d'origine alimentaire, de maladies infectieuses dues à la libération accidentelle ou intentionnelle d'agents pathogènes dangereux, ou bien encore de maladies engendrées par la survenance d'accidents de nature chimique ou radionucléaire. En définitive, la définition nouvelle de la menace de nature sanitaire au XXIe siècle autorise, du moins en théorie, un droit de regard et d'action de la Communauté internationale au nom de la sécurité dans les affaires intérieures d'un autre Etat d'une ampleur sans précédent[114].

b. Les difficultés de l'approche sécuritaire

aa. Les conséquences directes de l'approche sécuritaire: la difficile résolution de questions de santé mondiale

Les difficultés en lien avec l'approche sécuritaire sont nombreuses. Gian Luca Burci, dans son analyse de la Résolution 2177 du Conseil de sécurité[115], se fait l'écho de deux types de critiques formulées par la doctrine relatives à la qualification de la menace représentée par le virus Ebola comme menace contre la paix et la sécurité internationales. La première critique s'appuie sur l'analyse historique des épidémies qui réfute le lien entre maladies infectieuses et instabilité politique dans une région ou au niveau mondial. La qualification de menace contre la paix et la sécurité internationales ne reposerait pas par conséquent sur une analyse empi-

---

112 Le Règlement sanitaire international adopté le 25 mai 1951 (Règlement n° 2 de l'OMS) et le Règlement révisé adopté le 25 juillet 1969 (respectivement RSI (1951) et RSI (1969)) concernaient uniquement la lutte contre les maladies suivantes: la peste, le choléra, la fièvre jaune, la variole, le typhus et la fièvre récurrente. Voir les art. 6 du RSI (1951) et 7 du RSI (1969). Le RSI (1969) a ensuite été révisé en 1973 et 1981 principalement pour ramener le nombre de maladies couvertes de six à trois (fièvre jaune, peste et choléra).

113 Conformément à l'art. 2 RSI (2005), l'objet du Règlement est de prévenir la propagation nationale des maladies définies dans l'art. 1 comme des pathologies humaines ou des affections « quelle qu'en soit l'origine ou la source, ayant ou susceptible[s] d'avoir des effets nocifs importants pour l'être humain ». Chaque Etat est par conséquent tenu de signaler « tout évènement survenu sur son territoire pouvant constituer une urgence de santé publique de portée internationale » (art. 6, RSI (2005)).

114 En revanche, les Etats ont rejeté l'introduction d'une disposition qui aurait autorisé une intervention de la Communauté internationale sans l'accord de l'Etat concerné dans le cas où l'incapacité de cet Etat à réagir de manière adéquate aurait été constatée. Voir: Aldis (note 92), p. 372.

115 Gian Luca Burci, Ebola, the Security Council and the securitization of public health, Questions of International Law, Zoom-in 10 (2014), pp. 27–39.

rique convaincante[116]. La seconde critique touche les conséquences d'une telle qualification: la réponse à une question de sécurité nationale ou internationale justifie l'adoption de mesures autoritaires et coercitives, ainsi que l'intervention d'institutions militaires et d'organes spécialisés dans la défense[117]. Les mesures adoptées ne sont alors pas dictées uniquement par des considérations de santé publique ou d'éthique médicale[118], ni forcément respectueuses des droits de l'homme, et leur mise en œuvre peut justifier l'intervention de forces armées[119]. Et effectivement, la pratique montre que cette qualification a entraîné des rapprochements particuliers avec des organisations interétatiques de type militaire[120].

Au-delà, et ainsi que le mentionne Gian Luca Burci, la dimension sécuritaire entraîne la nécessité de résoudre en premier lieu des questions complexes de nature politique qui sont autant d'obstacles ou de freins à la résolution des questions de santé publique[121]. L'interprétation relative à la mise en œuvre du RSI (2005) formulée par les USA en 2006 confirme cette analyse[122]. Les USA ont ainsi précisé qu'ils ne pourraient signaler l'existence en dehors de leur territoire d'un « risque identifié pour la santé publique pouvant être à l'origine de la propagation internationale de maladies » ainsi que l'exige l'art. 9 al. 2 du RSI (2005)[123], dans l'hypothèse où la transmission de cette information nuirait à la capacité des forces armées américaines de défendre des intérêts de sécurité nationale. En réaction à cette interprétation, la République islamique d'Iran a formulé la remarque suivante: « La deuxième interprétation [du RSI par les Etats-Unis] vise à vider d'une partie de leur substance les obligations du Gouvernement des Etats-Unis en vertu du RSI. Le Gouvernement cherche ainsi à faire en sorte que les intérêts nationaux l'emportent sur les obligations en vertu du traité, en excluant les Forces armées des Etats-Unis des obligations en vertu du

116 Burci, *ibid.*, p. 35.

117 Burci, *ibid.*, p. 36.

118 Sur les règles de l'éthique médicale, voir: Ronald Bayer, Lawrence O. Gostin, Bruce Jennings, Bonnie Steinbock, Public health ethics: theory, policy, and practice, Oxford 2006.

119 Par exemple en 2014 en Sierra Leone, interdiction a été faite à la population de sortir de certains quartiers pendant plusieurs jours et un cordon sanitaire surveillé par les forces armées a été établi. Ces mesures, qui ont touché environ 2.5 millions de personnes, ont été appliquées du 19 au 22 septembre 2014 à Freetown (voir: Le Monde, Le jour où Freetown s'est figée dans le silence, 20 septembre 2014, disponible sur le site ‹www.lemonde.fr›). Les mêmes mesures ont été appliquées du 27 au 29 mars 2015 et ont touché les 6 millions d'habitants du pays (voir: Le Monde, Face à Ebola, toute la population de la Sierra Leone confinée trois jours, 21 mars 2015, disponible sur le site ‹www.lemonde.fr›).

120 Concernant le développement des capacités de l'Alliance atlantique (OTAN) depuis 2003 pour répondre aux menaces nucléaires, radiologiques, biologiques et chimiques, voir: Hans-Ulrich Holtherm, Development of a Multinational Deployment Health Surveillance Capability (DHSC) for NATO, Revue internationale des services de santé des forces armées 84/3 (2011), pp. 51–58.

121 Burci (note 115), p. 36.

122 Mission permanente des USA auprès des Nations Unies, Note verbale du 13 décembre 2006, reproduite dans: RSI (2005), Appendice 2.

123 L'art. 9 al. 2, RSI (2005) prévoit que les Etats parties « dans la mesure du possible, informent l'OMS dans les 24 heures suivant la réception de données établissant l'existence » d'un tel risque.

RSI. L'application universelle du RSI pour protéger l'ensemble de la population mondiale de la propagation internationale des maladies ne laisse aucune place à une exemption des Forces armées des Etats-Unis, en particulier celles qui opèrent à l'étranger. Une telle exemption ne saurait être admise compte tenu de la nature, de l'orientation des opérations des Forces armées des Etats-Unis et des conséquences qu'elles peuvent avoir pour la santé publique »[124].

En rapport avec ces critiques, il est intéressant de noter que le groupe d'experts indépendants chargé par le Directeur général de l'OMS de préparer une évaluation intérimaire de la riposte à Ebola en janvier 2015 n'a pas repris la qualification de menace contre la paix et la sécurité internationales adoptée par le Conseil de sécurité. Le Comité d'experts, non seulement, ne fait référence qu'à une « lourde menace pour la santé mondiale »[125], mais encore, il déconseille à l'avenir la création d'une mission des Nations unies en tant que telle pour apporter une réponse dans ce type de cas. Selon le rapport, « lorsqu'une crise prend des proportions telles qu'elle représente une grave menace pour la santé publique mondiale et appelle par conséquent une mobilisation politique et financière accrue, le Secrétaire général de l'ONU devrait envisager de nommer un Envoyé spécial du Secrétariat général ou un Envoyé spécial des Nations Unies dont le rôle politique/stratégique serait de donner l'impulsion dans ce domaine »[126].

bb. Une conséquence indirecte: la hiérarchisation des questions de santé mondiale

Les raisons du rejet de la qualification de menace contre la paix et la sécurité internationales ne sont pas évoquées dans le rapport publié par le Comité d'experts sur la gestion de la crise Ebola. Il peut s'agir des difficultés évoquées précédemment. Mais, il peut aussi s'agir d'une autre difficulté qu'il s'agit de considérer ici comme centrale: l'approche sécuritaire de la santé mondiale entraîne une hiérarchisation des problèmes de santé au regard de la menace que ces problèmes font peser sur la sécurité nationale ou l'économie de certains pays – la santé de certaines populations étant privilégiée au détriment d'autres populations se trouvant dans d'autres régions du monde – voire, elle entraîne l'exclusion de certaines questions de santé du domaine de la santé mondiale. Dans le cas de la crise Ebola, les éléments suivants ont été mis en évidence: depuis le début du XXIe siècle, les réseaux internationaux de surveillance et de contrôle des maladies infectieuses[127], ainsi que les budgets attribués aux questions de

124 Mission permanente de la République islamique d'Iran auprès des Nations Unies, Note verbale du 20 avril 2007. Reproduite dans: RSI (2005), Appendice 2.

125 OMS, Groupe d'experts chargé de l'évaluation intérimaire de la riposte à Ebola, juillet 2015, § 79, disponible sur le site ‹www.who.int›.

126 *Ibid.*, § 21.

127 Le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies de l'UE a ainsi vu le jour en 2005. Cette agence est chargée de « déceler, d'évaluer et de faire connaître les risques actuels et émergents que des maladies transmissibles représentent pour la santé » (Règlement (CE) n° 851/2004

santé publique au sein des départements publics chargés de la défense dans les pays industrialisés[128], ont été renforcés. En revanche, les questions touchant le renforcement des systèmes de santé dans les Etats les plus faibles, voire uniquement la mise en place dans tous les Etats des capacités sanitaires et de surveillance essentielles exigées par le RSI (2005), ont été négligées. Chaque Etat partie était tenu de se doter des capacités essentielles de surveillance et d'action dès que possible, mais au plus tard dans les cinq années suivant l'entrée en vigueur du Règlement[129]. Le rapport du Directeur général de l'OMS d'avril 2013 révèle cependant qu'en juin 2012, 110 Etats parties avaient officiellement demandé une extension de deux années pour remplir leurs obligations et que la situation dans 42 autres Etats n'était pas encore clarifiée[130]. Les chiffres disponibles relatifs au nombre de professionnels de santé qualifiés[131] en Sierra Leone et au Liberia avant la crise Ebola parlent d'eux-mêmes: sur la période allant de 2007 à 2013, pour 10 000 habitants, il y avait en moyenne 0,1 médecin et 2,7 infirmières ou sages-femmes au Liberia, 0,2 médecin et 1,7 infirmière et sage-femme en Sierra Leone[132] et 1,4 membre du personnel de santé en Guinée[133]. En comparaison, la Suisse disposait sur la même période de 40,5 médecins et 173,6 infirmières et sages-femmes pour 10 000 habitants[134]. L'OMS pour sa part recommande un seuil minimum de 23 médecins, infirmières et sages-

---

instituant un Centre européen de prévention et de contrôle des maladies, considérant 7). Sur le renforcement des régimes de surveillance sanitaire de l'OMS, voir: Ana Aranzazu, Le réseau mondial de surveillance de la grippe de l'OMS. Modalités de circulation des souches virales, des savoirs et des techniques, 1947–2007, Sciences sociales et santé 31/4 (2013), pp. 41–64.

128 Sur les choix opérés en faveur d'un renforcement de ces éléments aux Etats-Unis, voir: David P. Fidler, Military Forces, Global Health, and the International Health Regulations (2005), Journal of Healthcare, Science and the Humanities 1/1 (2011), pp. 117–130. Certains auteurs concluent à un effet bénéfique pour la santé publique de l'accroissement des budgets de la défense dans un objectif de santé publique. Voir en ce sens: David P. Fidler, Lawrence O. Gostin, Biosecurity in the Global Age, Stanford 2008, pp. 121–145.

129 RSI (2005), articles 5 § 1 et 13 § 1. La partie A de l'annexe 1 du RSI définit les principales capacités requises aux niveaux local, intermédiaire et national. Il s'agit notamment, concernant la surveillance et l'action, des capacités nécessaires pour évaluer l'existence d'un évènement urgent, confirmer sa nature, en informer l'OMS, déterminer les mesures de lutte nécessaires, apporter un soutien par la mise à disposition de personnels spécialisés ou encore pour l'analyse en laboratoire des prélèvements.

130 Voir: OMS, Rapport du Directeur général présenté à la 66e AMS, Mise en œuvre du RSI (2005), 5 avril 2013 (A/66/16).

131 Le personnel qualifié de santé est défini par l'OMS comme « l'ensemble des personnes dont l'activité a pour objet essentiel d'améliorer la santé ». Voir: OMS, Rapport sur la santé dans le monde 2006, Genève 2006, p. 1, disponible sur le site ‹www.who.int›. Pour plus d'informations sur le personnel médical, voir: OMS, Manuel de suivi et d'évaluation des ressources humaines pour la santé, Genève 2009, disponible sur le site ‹www.who.int›.

132 Voir le rapport suivant: OMS, World Health Statistics 2015, Genève 2015, pp. 116–120.

133 Les chiffres pour la Guinée ne font pas la distinction entre le nombre de médecins, d'infirmières et de sages-femmes. Voir le rapport: OMS, World Health Statistics 2016: Monitoring health for the SDGs, Genève 2016, pp. 114–117. Sur la situation économique et sanitaire dans ces trois Etats, voir: Wright (note 14), pp. 3–6.

134 OMS (note 132), pp. 120–121.

femmes pour 10 000 habitants afin que soient assurés les soins maternels et infantiles les plus indispensables[135].

Une autre question a en outre été soulevée par la crise Ebola qui révèle la négligence de certaines questions de santé mondiale au profit de la « sécurité ». Il s'agit de la question de la disponibilité des vaccins et médicaments dans le monde. En effet, alors que le virus Ebola et les dangers liés à sa propagation sont connus depuis plusieurs décennies, aucun médicament ou vaccin n'a été développé avant 2014. Des progrès ont été réalisés en revanche de manière extrêmement rapide une fois que l'ampleur de la crise a été évidente et que la menace de propagation de la maladie dans les pays les plus riches est devenue réelle. L'attribution rapide de moyens financiers très importants pour la recherche a été alors déterminante[136].

La hiérarchisation des priorités dans le domaine de la santé publique mondiale a été dénoncée à de nombreuses reprises. Ainsi, notamment, Dominique Kerouedan a mis en évidence dans ses analyses le fait que la globalisation des problèmes et risques de santé avait conduit à une sélection des questions de santé qui ne correspondait pas aux profils épidémiologiques, sanitaires et sociaux des pays à faible revenu. Selon cette auteur, les questions de santé mondiale sont soit, des questions qui reflètent les « seules priorités *communes* aux pays de la planète »[137] à l'instar de la lutte contre le sida, soit, les questions qui ne sont pas communes « mais [qui] constituent des menaces pour la sécurité nationale ou internationale »[138]. Pour Dominique Kerouedan, « si la mondialisation de la santé s'accompagne du fait pour les pays riches de financer en priorité ce qu'ils perçoivent comme une menace pour eux, indépendamment de la charge de la maladie mesurée objectivement, le risque est de voir les priorités et les populations des pays les plus pauvres, où qu'elles soient, sortir du champ de la santé mondiale (...) »[139].

---

135 OMS (note 131), p. 12.

136 En juillet 2015, l'OMS a rapporté les résultats d'une analyse intérimaire de l'essai clinique de Phase III conduit en Guinée qui montraient que ce vaccin était très efficace. Voir: OMS (note 64).

137 Kerouedan (note 67), p. 120. Italiques dans le texte.

138 *Ibid.*, p. 121.

139 *Ibid.*, p. 121. Il est à noter que les statistiques de l'OMS confirment que les principales causes de mortalité dans le monde ne sont pas les maladies contagieuses. Il s'agit dans l'ordre décroissant des cardiopathies ischémiques, des accidents vasculaires cérébraux, des infections des voies respiratoires, de certains cancers, du VIH/sida, des diarrhées, etc. Voir: OMS, Principales causes de mortalité dans le monde, Aide-mémoire n° 310, Mai 2014, disponible sur le site ‹www.who.int›.

II. Champ et cadre d'application de la santé mondiale

S'il paraît difficile de définir le champ d'application du droit international par rapport à l'énumération des questions essentielles de santé mondiale dont le contenu varie selon l'approche choisie, un consensus doit être recherché dans l'identification des objectifs poursuivis et des valeurs partagées (1) qui imposent en outre un cadre à l'action de la Communauté internationale (2).

1. Le champ d'application du droit international de la santé

a. Définition de la santé mondiale: une méthode

aa. La notion classique de santé publique

Les difficultés liées à l'absence d'une définition unique de la santé mondiale en tant que champ d'application du droit international de la santé n'ont pas échappé aux chercheurs réunis au sein du Consortium of Universities for Global Health selon lesquels: « (...) if we do not clearly define what we mean by global health, we cannot possibly reach agreement about what we are trying to achieve, the approaches we must take, the skills that are needed, and the ways that we should use resources »[140]. Ils proposent de partir de la notion classique de santé publique et d'en étendre les principes non pas aux problèmes et défis propres aux pays en développement (qui sont des problèmes pris en compte par la « santé internationale »), mais aux questions de santé dont l'importance est telle qu'elles doivent faire l'objet d'une réponse de la part de la Communauté internationale. Ils précisent ainsi: « The global in global health refers to the scope of problems, not their location. Thus (...) global health can focus on domestic health disparities as well as cross-border issues »[141]. La définition qu'ils retiennent de la santé mondiale est la suivante: « Global health is an area for study, research, and practice that places a priority on improving health and achieving equity in health for all people worldwide. Global health emphasizes transnational health issues, determinants, and solutions; involves many disciplines within and beyond the health sciences and promotes interdisciplinary collaboration; and is a synthesis of population-based prevention with individual-level clinical care »[142].

Afin de rendre cette définition opérationnelle dans le cadre du droit international de la santé, il est nécessaire de reprendre la méthode proposée par ces auteurs qui s'appuient sur la notion de « santé publique ». La santé est définie depuis 1946 comme « un état de complet bien-être physique, mental et social ».

---

140 Jeffrey P. Koplan, T. Christopher Bond, Michael H. Merson, K. Srinath Reddy, Mario Henry Rodriguez, Nelson K. Sewankambo, Judith N. Wasserheit, Towards a common definition of global health, The Lancet 373 (2009), pp. 1993–1995, p. 1993.

141 *Ibid.*, p. 1994.

142 *Ibid.*, p. 1995.

Cette définition qui rompt avec l'approche classique de la santé par rapport à l'absence de maladie ou de handicap est inscrite dans le préambule de la Constitution de l'OMS[143]. Elle est aujourd'hui très largement acceptée[144]. Néanmoins, elle apporte un éclairage insuffisant sur le caractère public de la « santé publique ». L'OMS, par l'intermédiaire de son Comité d'experts de l'administration de la santé, a par conséquent défini comme suit cette notion en 1959: « [l]a santé publique est la science et l'art de prévenir les maladies, de prolonger la vie et d'améliorer la santé et la vitalité mentales et physiques des individus par le moyen d'une action collective concertée visant à assainir le milieu, à lutter contre les maladies qui présentent une importance sociale, à enseigner à l'individu les règles de l'hygiène personnelle, à organiser des services médicaux et infirmiers en vue du diagnostic précoce et du traitement préventif des maladies, ainsi qu'à mettre en œuvre des mesures sociales propres à assurer à chaque membre de la collectivité un niveau de vie compatible avec le maintien de la santé, l'objet final étant de permettre à chaque individu de jouir de son droit inné à la santé et à la longévité »[145].

Conformément à cette définition, quatre éléments caractérisent la santé publique: une méthode (multidisciplinaire) qui est fondée sur le recours à l'analyse et à la connaissance scientifique pour définir les politiques à développer et les décisions à adopter; une cible qui est la réalisation de la santé individuelle à travers l'amélioration de la santé de la population dans son ensemble; des valeurs fondamentales comme la justice sociale et l'équité sur lesquelles doivent reposer toutes les activités tendant à atteindre cette cible; finalement, un instrument central qui est celui de la prévention et qui inclut le renforcement de l'information et de la protection sociale de l'individu.

Lawrence O. Gostin s'appuie implicitement sur ces éléments dans sa définition du droit de la santé publique: « Public health law is the study of the legal powers and duties of the state, in collaboration with its partners (...), to ensure the conditions for people to be healthy (to identify, prevent, and ameliorate risks to health in the population), and of the limitations on the power of the state to constraint for the common good the autonomy, privacy, liberty, proprietary, and other legally protected interests of individuals. The prime objective of pu-

143 La Constitution de l'OMS a été adoptée par la Conférence internationale de la santé qui s'est tenue du 19 juin au 22 juillet 1946. Elle a été signée le 22 juillet 1946 par 61 Etats et est entrée en vigueur le 7 avril 1948.

144 Ainsi, par exemple, la Cour de justice des communautés européennes, mais aussi le Comité des droits économiques sociaux et culturels (CDESC), se réfèrent expressément à cette définition. Voir: CJCE, Affaire C-84/94, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union européenne, 12 novembre 1996, § 15; CDESC, Observation générale n° 14 (OG 14), Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, 11 août 2000 (E/C.12/2000/4 (2000)), § 4.

145 OMS, Série de rapports techniques, Comité d'experts de l'administration de santé publique, n° 55 (1952), p. 6. Le comité s'appuie sur la définition de la santé publique par C.-E. A. Winslow proposée en 1920.

blic health law is to pursue the highest possible level of physical and mental health in the population, consistent with the values of justice »[146]. Ainsi, au niveau national, le droit de la santé publique qui est au centre de son analyse, comprend les normes encadrant l'Etat dans l'exercice de ses pouvoirs pour l'amélioration de la santé de sa population (la prévention des risques jouant un rôle essentiel), dans le respect des valeurs fondamentales et des droits individuels garantis par l'ordre juridique interne.

bb. Les éléments de la définition de la santé mondiale

En partant de ces définitions, il est possible d'approcher plus concrètement le champ d'application du droit international de la santé. Ce domaine du droit est composé de normes et stratégies multiples ayant un impact sur la santé des populations dans leur ensemble et qui sont adoptées par les Etats sans distinction en fonction de leur niveau de développement économique (la relation donneur-receveur a disparu), par les organisations internationales et d'autres acteurs. Ces normes visent à la prévention des risques et au traitement des problèmes auxquels sont confrontés les individus; elles visent aussi à l'amélioration de la santé des populations dans leur ensemble, sans considération des frontières, à partir du moment où ces populations sont touchées par un problème important dont les paramètres ont un caractère transnational. Les maladies infectieuses ou bien encore les problèmes de santé engendrés par la circulation, au-delà des frontières, de drogues, de certains aliments et produits de consommation, présentent clairement un caractère transnational. Mais il faut aussi ajouter à cette liste les questions liées à la lutte contre les inégalités en matière de santé. Ces inégalités sont engendrées par la pauvreté qui est très justement reconnue comme un déterminant essentiel de la santé. Ces inégalités sont flagrantes entre les pays, mais aussi entre les individus à l'intérieur d'un même Etat[147]. Elles interdisent notamment à de larges parties de la population mondiale, d'accéder aux thérapies médicales et chirurgicales, aux traitements médicamenteux et autres instruments de diagnostic qui permettent aujourd'hui de soigner des maladies qui étaient considérées hier comme incurables.

C'est ce qu'exprimait l'Argentine devant le Conseil de sécurité de l'ONU en septembre 2014 lors de la séance consacrée à la crise Ebola en considérant comme suit: « Une flambée épidémique de ce type aurait pu être gérée de manière plus efficace si les pays de la région avaient disposé d'un système de santé plus solide et plus complet ainsi que d'une structure adaptée, de même que de davantage de ressources humaines bien formées (...). Ce que nous avons au-

146 Lawrence O. Gostin, Public Health Law. Power, Duty, restraint, 2e éd., Berkeley/Los Angeles/Londres/New York 2008, p. 4. Il est à noter que Gostin ne donne pas de définition du droit de la santé mondiale dans son ouvrage sur le droit de la santé globale. Voir: Gostin (note 39).

147 Alors que l'espérance de vie en bonne santé est de 73.1 années en Suisse, 74.9 au Japon, elle n'est que de 51.7 en Guinée. Voir: OMS (note 133).

jourd'hui sous les yeux, ce sont les inégalités, ce que nous avons sous les yeux c'est l'injustice. Ce que nous avons sous les yeux, c'est le défi d'une répartition plus juste des richesses, le défi des réformes du système financier international, le défi d'un nouveau financement du développement solidaire et coopératif, en lieu et place des dons servant juste à pallier les souffrances »[148]. C'est aussi ce qu'exprime la Commission de l'Union européenne dans sa stratégie sur la santé mondiale adoptée en 2010. Refusant d'adopter une définition précise de la santé mondiale, la Commission précise qu'« il n'existe pas une, mais plusieurs définitions de la santé mondiale. Elles portent sur l'amélioration de la santé à travers le monde, la réduction des disparités et la protection contre les menaces sanitaires mondiales »[149]. Ce constat amène le dernier élément de la définition du champ d'application du droit international de la santé: le développement et l'application de cet ensemble normatif sont encadrés par certains principes et valeurs fondamentales de l'ordre juridique international.

b. Identification des principes et valeurs fondamentales du droit international de la santé

Le préambule de la Constitution de l'OMS livre deux informations déterminantes quant aux principes et valeurs qui encadrent le développement du droit international de la santé: « la santé de tous les peuples est une condition fondamentale de la paix du monde et de la sécurité » et sa possession est autant un but à atteindre qu'un droit fondamental de l'être humain. Concernant le premier élément, il faut souligner qu'il reflète clairement la philosophie qui anime certains dirigeants soucieux de bâtir un monde nouveau plus juste et équitable au lendemain de la Seconde Guerre mondiale[150]. La réalisation des progrès économiques et de la paix passe pour ces derniers non seulement par l'arrêt des conflits et la mise hors la loi de la guerre, mais aussi par la protection de la santé des individus et des populations dans leur ensemble[151]. Dans cet esprit, Oswald Stein, responsable du département de l'assurance sociale du Bureau international du Travail, considère dès 1941 que la protection des populations dans leur ensemble implique la prise en charge de la santé des individus par la communauté et la réalisation par les autorités publiques des activités suivantes: « (...) the prevention of diseases that can be prevented, the cure of those that can be

148 Conseil de sécurité (note 11), p. 23.

149 Commission européenne, Communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Le rôle de l'Union européenne dans la santé mondiale, 31 mars 2010, COM (2010) 128 final.

150 Le président américain Roosevelt avait annoncé dès 1941 sa volonté de bâtir un monde libre dans lequel les individus seraient à l'abri des risques de la vie. Voir: Franklin D. Roosevelt, State of the Union Address, 6 janvier 1941 (Four Freedoms Speech), disponible sur le site ‹www.fdrlibrary.marist.edu›.

151 Voir: Charte de l'Atlantique du 14 août 1941, notamment principe 5. Voir l'analyse de cette période par Alain Supiot, L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total, Paris 2010.

cured, the positive promotion of good health and not merely the absence of disease, the improvement of physique and of mental endowment with increased longevity, and the clearing of the way for healthier and more resistant generations, able to produce more and to get more out of life »[152]. Cette philosophie est celle des auteurs de la Charte des Nations Unies: la paix ne peut être réalisée que si les Etats renoncent à faire usage de la force et collaborent de façon à « assurer de meilleures conditions de travail, le progrès économique et la sécurité sociale »[153]. La promotion et le respect des droits de l'homme[154], la construction d'un système économique et social nouveau, doivent assurer la disparition des facteurs déstabilisateurs comme la pauvreté, l'ignorance et les problèmes de santé publique[155].

Cette analyse de la paix comme dépendante de la réalisation de progrès économiques et sociaux et notamment de la protection de la santé publique a été confirmée à plusieurs reprises depuis le début du XXIe siècle[156]. Le but social de la Charte a ainsi été réaffirmé avec force par les Etats en 2000 à travers l'adoption de la Déclaration du Millénaire qui définit les objectifs communs des Etats en matière de développement et de lutte contre la pauvreté au tournant du XXIe siècle[157]. La santé publique y occupe une place prééminente[158]. En septembre 2015, les Etats réunis au siège de l'ONU, ont aussi adopté à l'unanimité le « Programme de développement durable à l'horizon 2030 » qui vise entre autres à l'élimination de la pauvreté et de la faim partout dans le monde d'ici à 2030. Parmi les objectifs que les Etats se sont fixé figure celui d'un accès équitable aux soins de santé et à la protection sociale qui permette que la santé physique et mentale et le bien-être social soient assurés[159].

---

152 Oswald Stein, Building social security, International Labour Review XLIV/3 (1941), pp. 247–274, p. 254.

153 Point 5, Charte de l'Atlantique.

154 Art. 55 c, Charte de l'ONU, signée le 26 juin 1945 et entrée en vigueur le 24 octobre 1945.

155 Art. 55 a et b, Charte de l'ONU.

156 Voir notamment le rapport du Secrétaire général de l'ONU, Un monde plus sûr: notre affaire à tous (A/59/565). Concernant ce rapport et le lien avec la santé publique, voir: Anne-Marie Slaughter, Security, solidarity and sovereignty: the grand themes of UN reform, American Journal of International Law 99/3 (2005), pp. 619–631, p. 619. Elle relève que le rapport place clairement la santé publique parmi ces enjeux et appelle à l'intensification de l'intervention de l'ONU dans ce domaine dans le cadre de son rôle de gardien de la paix. Voir en outre la référence explicite à la santé publique dans: AG ONU, Résolution 60/1 du 16 septembre 2005, Document final du Sommet mondial de 2005 (A/RES/60/1).

157 AG ONU, Résolution 55/2 du 13 septembre 2000, Déclaration du Millénaire (A/RES/55/2).

158 Ainsi, parmi les huit objectifs définis par les Etats figurent ceux de la réduction de la mortalité infantile, de l'amélioration de la santé des mères, de la maîtrise du VIH/sida, du paludisme et d'autres grandes maladies affligeant l'humanité et enfin de la collaboration avec le secteur privé et notamment l'industrie pharmaceutique pour un accès plus large aux médicaments essentiels et en conformité avec les besoins des pays en développement. Les quatre objectifs restant visent en outre la réalisation des déterminants principaux de la santé qui sont l'accès à la nourriture et à l'éducation, l'égalité des sexes et la protection de l'environnement.

159 Voir: AG ONU, Résolution 70/1 du 25 septembre 2015, Transformer notre monde: le Programme de développement durable à l'horizon 2030 (A/RES/70/1). 17 objectifs ont été définis.

Cette analyse a en outre été rappelée dans plusieurs rapports publiés notamment par les organes de l'ONU, dont les conclusions ont été pendant longtemps ignorées. Ainsi, notamment, le Rapport mondial sur le développement humain de 1994 publié par le Programme des Nations Unies sur le développement (PNUD) considère que la sécurité humaine – qui est plus large que la sécurité nationale – est dépendante de l'accès pour tous à un niveau humain de développement satisfaisant incluant l'accès à des soins médicaux primaires, ainsi qu'à d'autres déterminants de la santé tels que l'eau, la nourriture, l'éducation et la santé reproductive. Il rappelle que la paix ne peut être réalisée qu'à travers l'affranchissement du besoin en termes économique et social[160]. La santé humaine est aussi au cœur du rapport publié en 2003 sous le titre « human security now » par la Commission on human security codirigée par Amartya Sen et mise en place avec les encouragements de l'ONU sur une initiative du gouvernement japonais[161]. Ce rapport constate le lien existant entre la santé et la « sécurité militaire » nationale qui existe depuis toujours, et insiste plus particulièrement sur le lien entre l'insécurité économique, la pauvreté et la santé. Pour la Commission, la santé en tant que droit humain doit être réalisée de manière à assurer l'absence de conflit et le progrès économique et social; le progrès économique et la lutte contre les inégalités étant aussi les conditions d'une bonne santé pour tous[162]. Ces conclusions ont servi de fondement à la Commission de l'OMS sur les déterminants sociaux qui a confirmé que l'environnement social, économique et culturel était un élément clé de la santé des populations[163]. Les facteurs suivants, autres que l'accès aux services de soins ou les prédispositions génétiques des individus, font partie de la liste des déterminants de la santé: le statut social et les revenus, le niveau d'éducation, l'environnement (air pur, eau potable, absence de conflits armés), les conditions d'emploi et de travail, la protection sociale, la culture, etc.[164].

bb. Les principes et valeurs fondamentales du droit international de la santé

Le rattachement de l'objectif d'amélioration de la santé des populations dans leur ensemble à l'objectif central de réalisation de la paix implique l'adhésion

---

L'objectif n° 3 concerne la bonne santé pour tous et le bien-être à tout âge. D'autres objectifs contribuent en outre à l'amélioration de la santé comme par exemple l'élimination de la pauvreté (objectif n° 1), la sécurité alimentaire (objectif n° 2), l'éducation (objectif n° 4), l'égalité des sexes (objectif n° 5) ou bien encore l'hygiène sanitaire (objectif n° 6).

160 PNUD, Rapport mondial sur le développement humain, New York 1994, p. 25, disponible sur le site ‹www.hdr.undp.org›.

161 Commission on Human Security, Human Security Now, New York 2003, disponible sur le site ‹www.un.org›.

162 *Ibid.*, chap. 6.

163 OMS, Combler le fossé en une génération: instaurer l'équité en santé en agissant sur les déterminants sociaux, Rapport final de la Commission des déterminants sociaux, Genève 2009, disponible sur le site ‹www.who.int›.

164 *Ibid.*

du droit international de la santé aux valeurs et principes fondamentaux universels qui fondent le droit international. Il s'agit plus particulièrement des principes de respect de la dignité humaine et des droits de l'homme d'une part, et des principes et valeurs fondamentales d'égalité, de justice sociale, d'équité et de solidarité auxquels ils sont étroitement liés, d'autre part[165]. Ces principes, inscrits dans la Charte des Nations Unies[166], ont été réaffirmés par la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948. Conformément à l'article 2 de la DUDH, la protection de la dignité humaine implique le rejet des inégalités et discriminations fondées non seulement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique, l'origine nationale ou sociale mais encore, « sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante »[167]. L'égalité mais aussi la justice sociale et l'équité ont en outre été réaffirmées par les Etats dans les déclarations du Millénaire de 2000 et 2015. Les chefs d'État et de gouvernement ont ainsi reconnu être « collectivement tenus de défendre, au niveau mondial, les principes de la dignité humaine, de l'égalité et de l'équité »[168]. En outre, ils se sont engagés à remplir leurs responsabilités vis-à-vis des populations résidant sur leurs territoires mais aussi, vis-à-vis des populations résidant sur les territoires des Etats qui ne disposent pas des capacités nécessaires pour assurer une existence dans la dignité à leur population[169]. L'affirmation du principe de solidarité dans ces déclarations fait écho à l'engagement pris par chacun des Etats parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), d'« agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales (...) en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte »[170].

Ces valeurs et principes doivent être poursuivis et respectés dans le processus de formation et d'application du droit international de la santé. Il en est de même pour le principe de respect des droits de l'homme qui offre des garanties de nature juridique aux individus en matière de santé et fournit des indications

---

165 Sur la définition et la mise en œuvre des principes d'équité et de solidarité en droit international, voir: Francesco Francioni, Equity in International Law, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online publication 2013; Rüdiger Wolfrum, Chie Kojima (éd.), Solidarity: a structural principle of international law, Berlin/Heidelberg 2010.

166 Voir notamment le Préambule de la Charte dans lequel les Etats ont proclamé leur « foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites, à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice (...), à favoriser le progrès social ».

167 Art. 2 al. 2 DUDH. Elle est adoptée par l'AG ONU le 10 décembre 1948 (Résolution 217 A (III)).

168 AG ONU, Résolution 55/2 (note 157). La protection de la dignité et des droits de l'homme est aussi au cœur du programme de développement pour l'après-2015 adopté par l'AG ONU le 25 septembre 2015 (Résolution 70.1 (note 159)).

169 *Ibid.*, préambule.

170 Art. 2 al. 1 PIDESC. Le Pacte a été adopté par l'AG ONU le 16 décembre 1966 (Résolution 2200 A (XXI)). Il est entré en vigueur le 3 janvier 1976.

très précises aux autorités publiques quant au contenu matériel des normes et stratégies à adopter pour l'amélioration de la santé dans le monde[171].

2. *le respect des droits de l'homme, principe essentiel du droit international de la santé*

a. *La santé, droit fondamental de l'être humain*

aa. La reconnaissance du droit à la santé en droit international des droits de l'homme

L'affirmation de la santé comme droit fondamental de l'être humain a été inscrite pour la première fois dans la Constitution de l'OMS qui affirme 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 »[172]. Cette affirmation a été confirmée par la suite par les nombreux traités et déclarations composant le droit international des droits de l'homme qui garantissent expressément le droit à la santé. Le PIDESC est l'un des textes les plus importants en raison du nombre des Etats qui l'ont ratifié et de son caractère général. Il concrétise l'art. 25 DUDH en reconnaissant dans son art. 12 « le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ». De même, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, adoptée en 2005 par les Etats membres de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), s'appuie sur la DUDH pour préciser les éléments à mettre en place par les gouvernements afin que soit réalisé le droit fondamental à la possession du meilleur état de santé possible et pour affirmer que « la promotion de la santé et du développement social au bénéfice de leurs peuples est un objectif fondamental des gouvernements (...) »[173]. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965[174], la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes[175], la Convention inter-

171 Une telle précision n'est en revanche pas donnée concernant notamment les principes d'équité et de justice sociale. Le rapport de l'OMS (Rapport sur les connaissances pour une meilleure santé: renforcement des systèmes de santé, Genève 2004), donne ainsi la définition suivante au principe d'équité: « Principle of being fair to all persons, with reference to a defined and recognized set of values » (p. 155). Les valeurs auxquelles il est fait référence ne sont pas précisées.

172 Préambule, Constitution de l'OMS.

173 Art. 14 (Déclaration adoptée le 19 octobre 2005). Sur l'interprétation à donner à cet article et notamment sur l'importance de la responsabilité des Etats dans la réalisation de la santé pour tous, voir: Comité international de bioéthique de l'UNESCO, Rapport sur la responsabilité sociale et la santé, Paris 2010, disponible sur le site ‹www.unesco.org›.

174 Art. 5 e) iv (Convention adoptée par l'AG ONU le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969).

175 Art. 11 al. 1 f) et 12 (Convention adoptée par l'AG ONU le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981).

nationale relative aux droits de l'enfant de 1989[176] ou bien encore la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées de 2006 garantissent le droit à la santé aux catégories de personnes vulnérables qu'elles protègent[177]. Au niveau régional, les chartes et traités des droits de l'homme sur lesquels reposent les systèmes européen[178], africain[179] et américain[180] de protection des droits reconnaissent expressément le droit à la santé, ou au moins certains de ses éléments[181]. Le même constat peut être fait au niveau national, un grand nombre de constitutions nationales affirmant d'une manière générale le droit à la santé ou au moins le droit à l'accès aux soins médicaux[182].

---

176 Art. 24 (Convention adoptée par l'AG ONU le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990).

177 Art. 25 (Convention adoptée par l'AG ONU le 13 décembre, entrée en vigueur le 3 mai 2008).

178 La Charte sociale européenne adoptée par le Conseil de l'Europe le 18 octobre 1961 et la Charte des droits fondamentaux de l'UE adoptée le 12 décembre 2007 et inclue en 2009 dans le Traité sur l'UE, garantissent expressément le droit à la santé (respectivement art. 11 et 35). La Cour européenne des droits de l'Homme a de même interprété les articles 2, 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 comme protégeant l'accès aux soins de santé ainsi que certains éléments déterminants pour la protection de la santé des individus. Voir l'analyse suivante: André den Exter, Access to health care, in: Martin Buijsen, André den Exter (éd.), Compendium on European Health Law, Apeldoorn 2016 (à paraître).

179 Voir les instruments de l'Organisation de l'unité africaine (OUA), maintenant Union Africaine (AU), suivants: Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée en juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986 (art. 14); Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant, adoptée le 11 juillet 1990, entrée en vigueur le 29 novembre 1999 (art. 16); Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, adopté le 11 juillet 2003, entré en vigueur le 25 novembre 2005 (art. 14).

180 La Convention américaine relative aux droits de l'Homme adoptée par l'Organisation des Etats Américains le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, ne garantit pas expressément le droit à la santé alors que ce droit avait été inscrit à l'art. XI de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948. En revanche, le protocole additionnel à la Convention adopté le 17 novembre 1988 à San Salvador reconnaît expressément ce droit (art. 10).

181 Par exemple, la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, adoptée par le Conseil de l'Europe le 4 avril 1997, garantit uniquement « un accès équitable à des soins de santé de qualité appropriée » (art. 3).

182 Sur les constitutions garantissant expressément le droit à la santé, voir les références dans: Paul Hunt, Rapporteur spécial de l'ONU sur le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint, Rapport du 13 février 2003 (E/CN. 4/2003/58). Voir aussi: Jody Heymann, Adèle Cassola, Amy Raub, Lipi Mishra, Constitutional rights to health, public health and medical care: The status of health protections in 191 countries, Global Public Health 8/6 (2013), pp. 639–653. Cet article ne recense cependant que les constitutions faisant expressément référence au droit à la santé. Or, alors que les constitutions récentes garantissent le droit à la santé, les constitutions adoptées dans la première partie du XXe siècle ou au lendemain de la Seconde Guerre mondiale n'incluent pas de référence au droit à la santé ni aux droits sociaux en général. Les juridictions nationales ont cependant adopté dans de nombreux cas une jurisprudence favorable à la protection de la santé en tant que droit de l'Homme. Voir sur cette reconnaissance implicite: Stéphanie Dagron, Droit à la santé et jurisprudence constitutionnelle: les enseignements de l'expérience allemande, in: Mélanges en l'honneur de Dominique Breillat, Paris 2011, pp. 155–169.

bb. Le contenu matériel du droit à la santé

Ce droit à l'accès aux soins médicaux est central et implique la création de conditions propres à assurer la jouissance à chacun, de manière non discriminatoire « d'une diversité d'installations, de biens, de services »[183]. Cela signifie plus concrètement l'obligation pour les Etats d'assurer l'accès « aux services essentiels de prévention, de traitement et de réadaptation ainsi qu'à l'éducation en matière de santé, la mise en place de programmes réguliers de dépistage, le traitement approprié (...) des affections, maladies, blessures et incapacités courantes, l'approvisionnement en médicaments essentiels et la fourniture de traitements et de soins appropriés de santé mentale »[184].

Les attentes vis-à-vis des Etats sont précises puisqu'ils ont l'obligation fondamentale d'assurer au minimum les soins de santé primaire essentiels « sans discrimination aucune, notamment pour les groupes vulnérables et marginalisés »[185]. Au-delà de ce seuil minimum, les efforts pour la mise en place des conditions indispensables à la réalisation du droit à la santé doivent être poursuivis « de manière progressive, en fonction de la situation économique et financière de chaque Etat »[186]. Ces exigences ne touchent pas uniquement les soins de santé. Elles concernent aussi les droits fondamentaux dont la protection et la promotion sont indispensables à la réalisation du droit à la santé qui est considéré comme un « droit global, dans le champ duquel entrent non seulement la prestation de soins de santé appropriés en temps opportun, mais aussi les facteurs fondamentaux déterminants de la santé »[187]. Ces facteurs déterminants sont autant de droits fondamentaux à la nourriture, l'eau, le logement, l'éducation, etc. En outre, définissant dès la première phrase de son introduction le « meilleur état de santé possible » comme l'état qui permet à chaque individu de vivre dans la dignité, le CDESC a confirmé que si la réalisation du droit à la santé est dépendante de la formulation et de la mise en place de politiques et stratégies en matière de soins de santé, elle est aussi étroitement liée à la réalisation des autres droits civils et politiques relatifs notamment à la vie, à l'autonomie, à l'égalité, à l'association, à la non-discrimination, etc.

La reconnaissance de l'interdépendance entre les droits humains économiques, sociaux et culturels mais aussi civils et politiques dans l'optique de la réalisation du meilleur état de santé possible est récente[188]. Elle est liée à l'ap-

183 CDESC, OG 14 (note 144), § 12. Il ressort en outre de l'OG 14 (§ 12) que les Etats doivent s'assurer que ces installations, biens et services sont disponibles (c'est-à-dire en quantité suffisante), accessibles sans discrimination (il s'agit d'une accessibilité physique et économique), acceptables (c'est-à-dire respectueux de l'éthique médicale) et de bonne qualité (ce qui signifie scientifiquement et médicalement appropriés).

184 *Ibid.*, § 17; art. 12 al. 2 d PIDESC.

185 *Ibid.*, § 43.

186 *Ibid.*, § 30; art. 2 PIDESC.

187 *Ibid.*, § 11.

188 Voir: Michael Freeman, Human rights: an interdisciplinary approach, Cambridge 2002; Jonathan Wolff, The human right to health, New York 2012.

parition du VIH/sida dans les années 1980 et à la mise en évidence de l'incidence des violations des droits humains sur l'état de santé des patients[189], mais aussi sur l'efficacité des stratégies mises en place pour lutter contre la propagation de la maladie. Les travaux de Jonathan Mann notamment ont été décisifs pour montrer que les discriminations subies par les patients dans leur vie de tous les jours au travail, pour accéder au logement ou à l'éducation, pour recevoir des soins de santé, mais aussi la violation des droits d'association, de respect de la vie privée et familiale, d'intégrité physique, d'information, de sécurité sociale, etc. avaient pour conséquence l'aggravation de l'état de santé des individus et l'échec des programmes de prévention et de soins[190].

Ces travaux ont contribué à l'acceptation des droits de l'homme comme cadre de développement et de réalisation des politiques en matière de santé publique[191]. C'est tout à fait évident dans le cas des stratégies internationales de lutte contre le VIH/sida. Ainsi les Etats réunis au sein de l'AG de l'ONU en 2001 ont reconnu non seulement que l'épidémie mondiale de VIH/sida représentait un défi pour l'exercice effectif des droits humains, mais encore et surtout que « la réalisation pleine et universelle des droits de l'homme et des libertés fondamentales [était] un élément essentiel de l'action mondiale »[192]. Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), à travers la Commission des droits de l'homme, le Conseil des droits de l'homme, les rapporteurs spéciaux et les organes chargés de veiller à l'application des traités des droits de l'homme, a aussi développé une approche visant à encourager les Etats à adopter de nouvelles politiques, à modifier leur législation et à élaborer des activités de promotion des droits humains en matière de lutte contre le VIH/sida[193]. Les directives internationales sur le VIH/sida adoptées en 1998 par le HCDH et l'ONUSIDA précisent ainsi comment appliquer les normes relatives aux droits de l'homme dans le contexte de cette épidémie[194].

---

189 Jonathan Mann, Medicine and Public Health, Ethics and Human Rights, Hasting Center Report 27/3 (1997), pp. 6-13, p. 9. De nombreux auteurs se sont efforcés de démontrer de manière empirique le lien entre la violation des droits humains et l'état de santé des patients. Voir notamment les analyses comparatives menées sur des patients atteints par le VIH dans des pays à faible revenu et des pays industrialisés: Sheri D. Weiser et al., Food insufficiency is associated with high-risk sexual behavior among women in Botswana and Swaziland, PLOS Medicine 4/10 (2007), pp. 1589–1597; Sheri D. Weiser et al., Food insecurity is associated with incomplete HIV RNA Suppression among homeless and marginally housed HIV-infected individuals in San Francisco, Journal of General Internal Medicine 24/1 (2009), pp. 14–20.

190 Mann, *ibid.*, pp. 9 s.

191 Voir notamment la description des activités de l'OMS dans ce domaine par un ancien Directeur général (2003 à 2006): Lee Jong-wook, Global health improvement and WHO: shaping the future, The Lancet 362/9401 (2003), pp. 2083–2088.

192 AG ONU (note 26), § 16. La nécessité de respecter les droits de l'homme est aussi rappelée dans les § 20, 27, 37, 58 à 61.

193 Sur le rôle de ces mécanismes dans la promotion du droit à la santé, voir: Lisa Forman, Decoding the right to health: What could it offer to global health?, Bioethica Forum 8/3 (2015), pp. 91–97.

194 HCDH/ONUSIDA, Directives internationales concernant le VIH/sida et les droits de l'homme, version consolidée, Genève 2006, disponibles sur le site ‹www.ohchr.org›.

Ce type de directives n'a pas d'équivalent dans d'autres domaines de la santé[195]. Et pourtant, au-delà de la lutte contre le sida, les effets des restrictions et violations des droits humains sur le traitement de certaines conditions[196] d'une part, et sur la santé des populations de manière générale, d'autre part, ont été clairement reconnus. Depuis peu, l'OMS a cependant intégré la protection et la promotion des droits humains dans sa nouvelle stratégie de lutte contre la tuberculose[197]. Cette stratégie, adoptée par l'AMS en mai 2014, repose expressément sur ce principe[198]. Enfin, concernant la santé publique d'une manière plus générale, le CDESC a eu l'occasion d'apprécier les conséquences des mesures économiques et financières d'austérité adoptées par différents Etats à l'instar de la Grèce ou du Canada en réponse à la crise économique mondiale de 2008. Dans un cas comme dans l'autre[199], ces mesures touchant plus spécialement les prestations de sécurité sociale et l'offre publique de soins médicaux, ont été interprétées comme imposant des contraintes beaucoup trop importantes pour la réalisation du meilleur état de santé possible et ce, plus particulièrement pour les catégories de personnes les plus vulnérables[200].

---

195 Dans le domaine de la lutte contre la tuberculose, il faut noter cependant les efforts du département de l'OMS compétent dans ce domaine qui a édité en 2010 un document d'orientation sur les principes éthiques applicables dans le cadre de la prévention, du traitement et du contrôle de la tuberculose, qui fait largement référence aux droits humains comme fondement et orientation des principes éthiques. Voir: OMS, Guidance on ethics of tuberculosis prevention, care and control, Genève 2010, disponible sur le site ‹www.who.int›.

196 Le domaine de la santé mentale est à signaler. Des progrès ont en effet été réalisés dans la reconnaissance de la nécessité de protéger les droits des patients à partir de l'adoption en 2006 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Les stratégies récentes de l'OMS reflètent cette évolution. Voir notamment: OMS, Plan d'action pour la santé mentale 2013–2020, Genève 2013.

197 Les stratégies adoptées en 2000 (AMS, Résolution WHA 53.1 de mai 2000 (WHA53/2000/REC/1)), en 2005 (AMS, Résolution WHA 58.14 du 25 mai 2005 (WHA58/2005/REC/1)) et en 2009 (AMS, Résolution WHA 62.15 du 22 mai 2009 (WHA62/2009/REC/1)), ne faisaient aucune référence aux droits humains.

198 AMS, Résolution WHA 67.1 du 21 mai 2014, Stratégie mondiale et cibles pour la prévention de la tuberculose, les soins et la lutte après 2015 (WHA67/2014/REC/1). Voir en outre: OMS, Manuel de mise en œuvre: intégrer les activités communautaires de lutte contre la tuberculose dans le travail des ONG et autres organisations de la société civile, Genève 2014, disponible sur le site ‹www.who.int›. Il est précisé clairement dans ce manuel que « le programme national doit s'assurer que les législations et politiques nationales permettent pleinement aux ONG et OSC, à mener des activités communautaires antituberculeuses (…) en étudiant toutes les questions de genre, d'incapacité ou autres droits qui restreignent l'accès à la prévention, au diagnostic, aux soins et au traitement de la tuberculose » (p. 42).

199 Voir en ce sens les conclusions du CDESC sur la Grèce et le Canada: UNCESCR, Concluding observations on the second periodic report of Greece, 27 octobre 2015 (E/C.12/GRC/CO/2), § 7 et 35; UNCESCR, Concluding observations on the sixth periodic report of Canada, 23 mars 2016 (E/C.12/CAN/CO/6), § 29–30.

200 Concernant la Grèce, la réduction des fonds publics attribués aux soins de santé et consacrés plus particulièrement au personnel de santé ou à l'achat des médicaments et produits de santé, a eu des conséquences très néfastes sur le système de soins en général et sur les soins des troubles mentaux en particulier. Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) chargé de la promotion et du respect de la Charte sociale européenne, a clairement critiqué cette situation. Il s'est in-

b. *Les droits humains, au centre du droit international de la santé*

La reconnaissance du principe de protection du droit à la santé – et des autres droits humains plus spécialement concernés – comme principe clé du droit international de la santé est confirmée par l'analyse des normes juridiques qui relèvent de ce domaine. Ces normes sont multiples[201]. Elles sont notamment issues des activités de l'OMS, mais aussi de celles d'autres organisations comme l'Organisation internationale du Travail (OIT)[202] ou l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[203] qui interviennent de manière plus ou moins directe dans le domaine de la santé mondiale[204]. L'OMS étant la seule institution spécialisée des Nations Unies chargée exclusivement de promouvoir le droit à la santé et d'intervenir de manière principale dans le domaine de la santé publique, l'analyse de ses activités normatives est précieuse. Et elle révèle que l'OMS, en accord avec son statut et son rôle clé dans la réalisation du meilleur état de santé possible pour tous les êtres humains, a fait du respect des droits de l'homme un principe de base de ses stratégies et politiques de santé publique, mais encore et surtout de ses traités et règlements de nature contraignante.

aa. Le droit à la santé, principe clé des stratégies non contraignantes de l'OMS

Les stratégies et politiques de santé publique développées par l'OMS ne sont pas à proprement parler des sources du droit international. Leur influence potentielle sur les systèmes juridiques nationaux impose cependant leur analyse. Cette analyse révèle que si l'OMS a toujours fait référence aux droits humains, et plus précisément au droit à la santé, comme principe de base de ses stratégies, cette référence a été pendant longtemps hésitante et prudente. L'analyse

---

quiété plus spécialement des soins aux personnes les plus vulnérables à l'instar des personnes âgées, des demandeurs d'asile et des immigrés en situation irrégulière. Voir les décisions suivantes: CEDS, 12 mai 2012, GENOP-DEI et ADEDY c. Grèce, Réclamation n° 65/2011; CEDS, 7 décembre 2012, IKA–ETAM c. Grèce, Réclamation no 76/2012.

201 Voir la présentation plus en détail de ces normes, infra, partie C.

202 La Recommandation (n° 200) de l'OIT concernant le VIH et le sida et le monde du travail, adoptée le 2 juin 2010, repose clairement sur le principe de protection des droits humains. Voir notamment le préambule qui rappelle le droit de jouir du meilleur état de santé pouvant être atteint, mais aussi les autres droits civils et politiques. De même, la Recommandation (n° 202) de l'OIT sur les socles de protection sociale, adoptée le 14 juin 2012, repose sur les droits humains et plus particulièrement sur les art. 9, 11 et 12 du PIDESC (voir préambule).

203 L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle (Accord sur les Adpic) qui touchent au commerce, signé le 15 avril 1994 dans le cadre de l'Accord de Marrakech créant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), tient compte du droit des Etats à protéger la santé publique (art. 8) ce qui implique le droit d'intervenir pour assurer l'accès à certains médicaments. Un mécanisme complémentaire pour l'accès aux médicaments a aussi été adopté le 30 août 2003 par le Conseil général de l'OMC pour renforcer cette possibilité. Sur la compatibilité de l'Accord sur les Adpic avec le droit à la santé, voir: HESTERMEYER (note 44).

204 Voir notre analyse des compétences normatives de ces organisations infra, partie C.

des stratégies révèle ainsi une évolution dans la définition du droit à la santé retenue par l'OMS, le contenu matériel de ce droit étant passé de large à restreint.

Dans un premier temps, les Etats membres de l'OMS, en accord avec la Constitution de l'OMS, s'étaient accordés sur la nécessité de développer leurs systèmes de santé de façon à pouvoir assurer à tous des soins de santé primaires. Le premier principe énoncé dans la Déclaration d'Alma Ata adoptée en 1978 sur les soins de santé primaires était le suivant: « la santé (...) est un droit fondamental de l'être humain, et (...) l'accession au niveau de santé le plus élevé possible est un objectif social extrêmement important qui intéresse le monde entier (...) »[205]. La définition des soins de santé primaires correspondait à la définition des éléments retenus en 2000 par le CDESC pour concrétiser le droit à la santé[206]. Les soins de santé primaires devaient comprendre les soins de santé essentiels « (...) fondés sur des méthodes et des techniques pratiques, scientifiquement valables et socialement acceptables, rendus universellement accessibles à tous les individus et toutes les familles de la communauté avec leur pleine participation et à un coût que la communauté et le pays puissent assumer à tous les stades de leur développement et dans un esprit d'auto-responsabilité et d'autodétermination »[207]. Au-delà, les soins de santé primaires devaient permettre d'assurer la protection des déterminants sociaux et économiques de la santé à travers notamment la protection et la promotion de l'éducation, l'accès à la nourriture, à l'eau potable et à un logement décent, la protection des mères et des enfants ou bien encore la fourniture de médicaments essentiels[208].

Le programme d'Alma Ata a trouvé un écho favorable dans la « stratégie mondiale de la santé pour tous d'ici l'an 2000 » adoptée par l'AMS en 1981[209], qui s'est inspirée du droit à la santé dans son acception la plus large et de la définition des éléments nécessaires à la réalisation du bien-être des individus. Il a inspiré aussi la Charte d'Ottawa signée lors de la Conférence internationale pour la promotion de la santé en 1986 qui énonce les conditions sociales et économiques préalables nécessaires à la promotion de la santé. Il a aussi très certainement inspiré la rédaction du Code international de commercialisation des substituts du lait naturel adopté à la même époque par l'AMS[210]. Ce Code affirme en effet dès l'introduction « (...) le droit de tout enfant, de toute femme enceinte et de toute femme allaitante à une nourriture adéquate en tant que moyen d'acquérir et de conserver la santé ». Il reconnaît aussi que « (...) la malnutrition infantile est une partie des problèmes plus vastes dus au manque

205 I, Déclaration d'Alma Ata sur les soins de santé primaires, 12 septembre 1978.
206 Voir: CDESC, OG 14 (note 144), § 12.
207 VI, Déclaration d'Alma Ata.
208 VII, Déclaration d'Alma Ata.
209 Résolution WHA 34.36 du 22 mai 1981 (WHA34/1981/REC/1).
210 Résolution WHA 34.22 du 21 mai 1981 (WHA34/1981/REC/1).

d'éducation, à la pauvreté et à l'injustice sociale »[211]. Les mesures encouragées par le Code sont autant de mesures en faveur de la réalisation du droit au meilleur état de santé possible des enfants[212].

Cependant, le concept de soins de santé primaires a aussi rapidement fait l'objet de critiques relatives à la technique choisie et à ses fondements[213]. Il a ainsi été concurrencé par celui plus restrictif de soins essentiels[214], l'approche des droits humains étant parallèlement rejetée au profit de l'approche notamment prônée par la Banque mondiale et telle que privilégiant une intervention minimale de l'Etat dans le domaine de la santé publique. Conformément au rapport sur le développement dans le monde publié en 1993 par la Banque mondiale, la protection et la promotion de la santé impliqueraient uniquement l'obligation pour l'Etat de fournir à tous des soins médicaux de base[215]. Au-delà, l'Etat devrait réduire ses interventions aux seules activités destinées à faire face à des problèmes de santé précis engendrés par les maladies infectieuses, le sida, la pollution de l'environnement et certains comportements individuels dangereux[216]. La couverture des autres besoins de santé relève de la responsabilité des individus qui doivent pouvoir s'organiser dans un cadre dominé par le développement sans contrainte du marché[217].

Ces critiques de l'approche décidée à Alma Ata ont eu des conséquences certaines sur les stratégies générales de santé publique développées par l'OMS par la suite. L'OMS, tout en rappelant toujours la philosophie de la Conférence d'Alma Ata et la nécessité de promouvoir la santé comme élément clé de la réalisation du bien-être humain et du développement économique et social durable, a ainsi retenu une approche restreinte du contenu du droit à la santé en donnant la priorité à l'accès aux soins de santé pour la réalisation des objectifs poursuivis[218]. Désormais, l'OMS insiste plus particulièrement sur la nécessité de renforcer les systèmes de santé[219] et de mettre en place dans tous les pays

---

211 OMS, Code international de commercialisation des substituts du lait maternel, Genève 1981, p. 6.

212 La Convention des droits de l'enfant reconnaît clairement la nutrition comme un élément fondamental de la réalisation du droit à la santé garanti par l'art. 24. Voir en outre l'Observation générale n° 15 adoptée en 2013 par le Comité des droits de l'enfant sur cet article.

213 Sur l'échec du programme d'Alma Ata, voir: John J. Hall, Richard Taylor, Health for all beyond 2000: the demise of the Alma-Ata Declaration and primary health care in developing countries, Medical Journal of Australia 178 (2003), pp. 17–20.

214 *Ibid.*, p. 18.

215 Voir: Banque mondiale, Rapport sur le développement dans le monde: investir dans la santé, juillet 1993, en particulier concernant les services cliniques essentiels, pp. 10–12, disponible sur le site ‹www.banquemondiale.org›.

216 Voir les recommandations de la Banque mondiale, *ibid.*, pp. 15–17.

217 *Ibid.*, pp. 12–15.

218 Voir: OMS, Rapport sur la santé dans le monde 2000, Genève 2000 (Rapport 2000); OMS, Rapport sur la santé dans le monde 2010, Genève 2010 (Rapport 2010).

219 Voir: Rapport 2000, *ibid.*

une couverture sanitaire universelle[220]. La réalisation de ces objectifs qui visent respectivement la disponibilité pour tous de soins appropriés et de qualité et l'amélioration de l'accès aux services et soins de santé pour les populations les plus pauvres et les plus vulnérables, est en accord avec certains éléments centraux nécessaires à la concrétisation du droit à la santé. Cependant, de nombreux auteurs rappellent aussi très justement que la réalisation du meilleur état de santé possible et la lutte contre les inégalités en matière de santé impliquent la réalisation des autres conditions identifiées comme indispensables: la protection et la promotion des déterminants sociaux et économiques de la santé, l'information et l'implication des populations dans la définition des politiques de santé et enfin, la responsabilité des Etats vis-à-vis de leurs populations et de celles des pays à faible revenu en matière de santé[221].

bb. Le droit à la santé, principe clé des normes contraignantes de l'OMS

Au regard de ces développements et du positionnement de l'OMS pendant de nombreuses décennies, l'introduction des droits humains comme principe clé des instruments juridiques adoptés par l'OMS à partir du XXIe siècle est cohérente. Ces instruments sont très peu nombreux, l'OMS n'ayant pas usé des compétences normatives importantes dont elle dispose[222]. Il s'agit en premier lieu du Règlement sanitaire international adopté par les Etats membres de l'OMS réunis en Assemblée le 23 mai 2005. C'est le premier règlement en matière de lutte contre les maladies infectieuses à faire explicitement référence à « la dignité des personnes, [aux] droits de l'homme et [aux] libertés fondamentales »[223]. Le RSI (2005) impose en outre aux Etats de veiller au respect des droits de toutes les personnes (et non uniquement des voyageurs dont les droits peuvent être restreints par l'adoption de mesures prévues par de multiples dispositions du Règlement[224]) en accord avec « la Charte des Nations Unies et la Constitution de l'OMS »[225].

Il s'agit ensuite de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (CCLAT). Cette Convention a été adoptée lors de la 56e AMS en mai 2003 et

---

220 OMS, Rapport 2010, (note 218). Voir en outre, sur la Couverture sanitaire universelle (CSU), le document suivant de préparation pour le programme de l'ONU de développement après 2015: OMS, La place de la santé dans le programme de développement après 2015, Genève 2012, disponible sur le site ‹www.who.int›. La CSU fait partie depuis septembre 2015 des objectifs de développement durable. Voir: objectif 3 du programme de développement durable à l'horizon 2030, adopté par l'AG ONU (note 159).

221 Voir: Gorik Ooms, Rachel Hammonds, Anchoring universal health coverage in the right to health: what difference would it make?, Genève 2015.

222 Voir infra, partie C.

223 art. 3 al. 1, RSI (2005). Les versions du RSI adoptées en 1951 et 1969 ne faisaient aucune référence à des valeurs ou principes gouvernant leur application.

224 Voir par exemple les mesures de santé publique qui peuvent être adoptées en application des art. 23, 30, 31, 32.

225 Art. 3 al. 2, RSI (2005).

est entrée en vigueur dans les Etats membres qui l'ont ratifiée le 27 février 2005. Elle fait référence dans son préambule non seulement au Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels et à son article garantissant le droit à la santé[226], mais encore à la reconnaissance par la Constitution de l'OMS du droit au meilleur état de santé possible comme droit fondamental de l'être humain[227] et à la protection du droit à la santé et à l'accès aux soins garanti plus particulièrement pour certaines catégories de personnes[228]. Au-delà, la Convention définit sept principes directeurs qui reflètent clairement les droits humains énoncés précédemment comme essentiels pour la réalisation du droit à la santé. Il s'agit du droit à l'information[229] et du droit à la participation à la définition des programmes et politiques de lutte antitabac pour la société civile et certains groupes directement concernés[230]. L'obligation des Etats parties de coopérer à travers le transfert de technologies, de connaissances, d'aides financières et la fourniture de compétences connexes est en outre inscrite au nombre de ces principes[231]. Enfin, la coopération pour une meilleure protection des populations productrices de produits du tabac qui fait écho à la protection du droit au développement de ces populations, fait aussi partie des principes à respecter[232].

Il s'agit enfin du Code de pratique mondial de l'OMS pour le recrutement international des personnels de santé adopté lors de la 63e AMS en mai 2010[233]. Ce Code n'est pas un instrument contraignant; toutefois le processus intergouvernemental de développement utilisé et l'adoption par l'AMS lui confèrent une valeur normative supérieure à celle des stratégies ou politiques de l'OMS en matière de santé publique[234]. A l'instar des autres instruments, il

---

226 Voir Préambule, Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (CCLAT): « *Rappelant* l'article 12 du [PIDESC] (...) qui énonce le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle est capable d'atteindre ».

227 Voir Préambule, CCLAT: « *Rappelant également* le préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, qui stipule que la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain (...) ».

228 Le Préambule (CCLAT) fait référence à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention relative aux droits de l'enfant.

229 Art. 4 al. 1 PIDESC. Le droit à l'information est aussi garanti par l'art. 12.

230 L'art. 4 al. 2 c) et d) (CCLAT) insiste sur les besoins particuliers des femmes et des peuples autochtones en écho à l'OG 14 du CDESC (note 144) qui précise la nécessité d'adopter une perspective sexospécifique dans les programmes de santé afin de promouvoir la santé des hommes et des femmes (OG 14, § 20), mais aussi sur la nécessité de prévoir des mesures spécifiques visant à répondre aux besoins particuliers des peuples autochtones (OG 14, § 27).

231 Art. 4 al. 3 CCLAT.

232 Art. 4 al. 6 CCLAT.

233 Voir notamment: Stéphanie Dagron, Julia Richter, Migration von Gesundheitskräften, Menschenrechtliche Aspekte des WHO-Verhaltenskodex zur internationalen Anwerbung von Gesundheitspersonal, Jusletter, 24 août 2015.

234 AMS, Résolution WHA 63.16 du 21 mai 2010, Code de pratique mondial de l'OMS pour le recrutement international des personnels de santé (WHA63/2010/REC/1), art. 9.2 b) « [Le Directeur général] rédige les lignes directrices et fait des recommandations au sujet des pratiques et des procédures »; la méthode de contrôle est assurée par les articles 9.1 (« Les Etats membres devraient régulièrement rendre compte des mesures prises, des résultats obtenus, des difficultés

repose aussi sur le droit international et les standards des droits de l'homme. Son but est de définir des principes de recrutement éthique qui tiennent compte à la fois des intérêts et des droits des personnels de santé désirant migrer, ainsi que du droit à la santé des populations se trouvant sur les territoires des pays dits d'origine, dans lesquels sont formés ces personnels, et des populations des pays de destination[235]. Les Etats doivent pouvoir se fonder sur ces principes pour définir les règles nationales applicables et coordonner leurs efforts au niveau international. La prise en compte des droits humains figure aussi en première position parmi l'énoncé des principes devant entourer les pratiques de recrutement des personnels de santé[236].

C. Le droit international de la santé: complexité et lacunes

De nombreuses propositions ont été formulées en faveur d'un usage renforcé des instruments juridiques dans le domaine de la santé mondiale. Elles prennent appui sur le modèle de la Convention-cadre pour la lutte antitabac adoptée par l'AMS en 2003 voire, celui de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques qui définit un cadre global pour l'effort à réaliser face aux défis engendrés par les évolutions climatiques[237]. Le but de ces propositions est d'encourager les Etats à définir collectivement des règles de nature contraignante pour traiter les questions de santé globale, tout en impliquant les multiples acteurs de l'industrie ou de la société privée. Le journal *The Lancet* a fait de nombreux appels en ce sens concernant la lutte contre l'obésité, l'alcool, les médicaments falsifiés ou bien encore l'évaluation des politiques de santé publique[238]. D'autres propositions ont aussi été formulées concernant l'usage du

---

rencontrées et des enseignements tirés de l'expérience dans un rapport »), 9.2 (« Le Directeur général suit l'application du présent Code d'après les rapports périodiques reçus des autorités nationales désignées ») et 9.4 (« Le Secrétariat de l'OMS peut examiner des rapports établis par les acteurs stipulés »).

235 Art. 1, Code de pratique mondial.

236 Art. 3, Code de pratique mondial. Il est à noter cependant que la stratégie mondiale à l'horizon 2030 adoptée en 2016 ne mentionne pas une seule fois la protection des droits. Voir: OMS, Stratégie mondiale sur les ressources humaines pour la santé à l'horizon 2030, 25 mai 2016 (A69/B/CONF./4).

237 Voir l'analyse suivante de cette Convention: Daniel Bodansky, The United Nations Framework Convention on Climate Change: a Commentary, Yale Journal of International Law 18 (1993), pp. 451–558.

238 Voir les différentes références dans le courrier très critique suivant contestant l'utilité du droit international dans le domaine de la santé globale: Steven J. Hoffman, John-Arne Røttingen, A framework convention on obesity control?, The Lancet 378 (2011), p. 2068. Il est intéressant de noter que l'un des auteurs de ce courrier a présidé par la suite le Groupe de travail consultatif d'experts désigné par l'OMS sur le financement et la coordination de la recherche-développement qui a recommandé l'adoption d'une convention dans ce domaine. Voir: OMS, La recherche-développement pour répondre aux besoins sanitaires des pays en dévelop-

droit pour définir un cadre plus favorable à la recherche et au développement pharmaceutique[239]. Une proposition plus générale encore, milite pour l'adoption d'une convention-cadre sur la santé mondiale qui fixerait les priorités, les principes et valeurs fondamentales, les mécanismes à utiliser et les moyens de financement[240]. Ces propositions sont particulièrement intéressantes en ce qu'elles reposent sur l'idée que le droit international doit être un instrument au service de la résolution collective de problèmes de nature transnationale[241], mais encore en ce qu'elles mettent en évidence les lacunes du droit international en matière de santé publique. De nombreux sujets doivent faire l'objet d'une nouvelle règlementation au niveau international et des priorités doivent être fixées afin que les efforts des différents acteurs impliqués soient complémentaires et non concurrents.

Un état des lieux des normes du droit international de la santé et des lacunes ou difficultés éventuelles doit être dressé. Classiquement, les sources du droit international prennent la forme de conventions ou traités, de coutumes internationales, de principes généraux[242] mais aussi d'actes juridiques unilatéraux adoptés par les Etats ou les organisations internationales, et de principes généraux du droit international public[243]. A ces sources traditionnelles du droit international doivent en outre être ajoutées les manifestations de volonté susceptibles d'influencer les activités des Etats ou des organisations internationales. Ainsi, alors que certains textes contraignants sont dépourvus d'effets dans la pratique, certains actes ou manifestations de volonté dépourvus de caractère obligatoire et relevant de cet ensemble aux contours et contenu incertains appelé « soft law », ont une influence réelle sur le développement et le contenu des systèmes juridiques nationaux[244].

Les normes juridiques intervenant dans le domaine de la santé publique sont tout d'abord celles qui ont été adoptées par l'OMS, ainsi que par certaines institutions onusiennes spécialisées disposant de compétences complémentaires dans le domaine de la santé publique (I). Ces normes, ensuite, sont celles qui interviennent dans le domaine de la santé publique alors qu'elles sont élaborées

---

pement: renforcement du financement et de la coordination au niveau mondial, Genève 2012, chap. 6, disponible sur le site ‹www.who.int›.

239 OMS, *Ibid.*

240 Lawrence O. Gostin, A Proposal for a Framework Convention on Global Health, Journal of International Economic Law 10/4 (2007), pp. 989-1008.

241 Concernant cette discussion, voir: Fidler (note 47); Allyn L. Taylor, Governing the globalization of public health, Journal of Law, Medicine and Ethics 32/3 (2004), pp. 500–508.

242 Art. 38 (1), Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ) du 26 juin 1945. Cet article inclut aussi les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes parmi les sources en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Ces sources ne seront pas évoquées ici.

243 Voir en ce sens Christian Dominicé, La société internationale à la recherche de son équilibre, Cours général de droit international public, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye 370 (2006), chap. II, pp. 73-138, p. 80.

244 Sur le concept de « soft law », voir: Daniel Thürer, Soft Law, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online publication 2009, 12 p.

dans d'autres domaines du droit international public voire, par des organes qui ne disposent pas de compétences normatives dans le domaine de la santé (II).

I. Le droit de l'OMS: un ensemble incomplet

Le système international de production des normes est un système décentralisé dans lequel interviennent l'ONU et ses agences spécialisées au nom des Etats qui participent en leur sein à l'élaboration et à l'adoption des sources formelles du droit. Dans le domaine de la santé publique, c'est l'OMS qui a reçu une compétence de principe, d'autres institutions spécialisées intervenant néanmoins de manière complémentaire (1). L'OMS, dans le cadre de la réalisation de son but défini comme celui « d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible »[245], n'a fait jusqu'à aujourd'hui qu'un usage restreint de ses compétences normatives (2).

1. Des compétences normatives très importantes

En accordance avec le principe de spécialité, les agences spécialisées de l'ONU n'interviennent que dans les limites des compétences qui leur ont été attribuées et qui définissent le champ de leur action *ratione materiae*[246]. La première intervention de l'ONU dans le domaine de la santé a été la création en 1946 de l'OMS qui est dotée d'une compétence normative très large destinée à la formulation d'une politique globale en matière de santé (a). L'OMS coopère aussi dans ce domaine avec d'autres agences spécialisées intervenant de manière subsidiaire dans le domaine de la santé publique (b)[247].

a. Les compétences normatives (théoriques) très importantes de l'OMS

L'OMS a pour fonction principale « d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible ». Cette fonction implique un grand nombre d'activités énumérées à l'art. 2 de sa Constitution. Il s'agit d'activités de coordination (des travaux et des acteurs)[248], d'assistance technique aux Etats[249] reposant sur

245 Art. 1, Constitution de l'OMS.

246 Art. 57, Charte de l'ONU. Conformément à la CIJ dans son avis du 8 juillet 1996, Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, « (...) les organisations internationales sont (...) dotées par les Etats qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir ». Voir: CIJ Recueil 1996 (I), p. 78, § 25.

247 L'OMS a conclu de nombreux accords de partenariat avec d'autres institutions onusiennes concernées par les questions de santé publique. Ces institutions et leurs compétences ne sont pas présentées et analysées ici de manière exhaustive. Voir sur ces accords: BEIGBEDER (note 93), chap. IX. La liste de ces accords est reproduite dans: OMS, Documents fondamentaux, 48e éd., Genève 2014, disponible sur le site ‹www.who.int›.

248 Art. 2 a, b, h, i et j, Constitution de l'OMS.

249 Art. 2 c, d et e, Constitution de l'OMS.

le développement des compétences nécessaires en son sein[250], de développement de politiques spécifiques (par exemple pour la protection de la santé des enfants et des mères)[251], de soutien à la recherche, à l'enseignement et à l'éducation[252] et, finalement, des activités normatives[253].

Concernant ce dernier type d'activités, la Constitution donne des indications très précises. L'OMS doit ainsi s'occuper de tenir à jour la nomenclature internationale des maladies et de développer ou d'encourager l'adoption de normes internationales concernant les aliments, les produits biologiques et pharmaceutiques[254]. Elle doit aussi promouvoir l'adoption et la mise en œuvre de conventions, accords, règlements et la formulation de recommandations sur toutes les questions internationales de santé. Ces pouvoirs sont d'autant plus importants que l'OMS a la possibilité dans ces matières de faire adopter des textes juridiques de nature contraignante et d'en contrôler la mise en œuvre[255]. Elle peut ainsi faire adopter par son Assemblée, soit des conventions ou accords[256], soit des règlements[257]. Au-delà, l'AMS a aussi la possibilité de formuler des recommandations aux Etats membres[258]. Les recommandations, qui ne se sont pas contraignantes, peuvent se rapporter à toute question entrant dans le champ de compétence de l'OMS. Il en est de même pour les conventions qui ont donc un champ d'application très large. Les conventions sont de nature contraignante et elles doivent être adoptées à la majorité des deux tiers des Membres présents et votants[259]. D'une manière classique, elles n'entrent en vigueur pour chaque Etat membre qu'après l'accomplissement des mesures nationales nécessaires à leur ratification. Les règlements – et il s'agit là d'un mécanisme tout à fait exceptionnel en droit international[260] – entrent automatiquement en vigueur pour

250 Art. 2 e, f et g, Constitution de l'OMS.

251 Art. 2 l, Constitution de l'OMS. D'autres activités spécifiques sont mentionnées à l'art. 2 g, h, i, m, p, s et t, Constitution de l'OMS.

252 Art. 2 n, o, p, q et r, Constitution de l'OMS.

253 Art. 2 k, s et u, Constitution de l'OMS.

254 Art. 2 u, Constitution de l'OMS.

255 Art. 19 à 23, Constitution de l'OMS.

256 Art. 19, Constitution de l'OMS.

257 Art. 21, Constitution de l'OMS.

258 Art. 23, Constitution de l'OMS.

259 Art. 19, Constitution de l'OMS. L'art. 70 du Règlement intérieur de l'AMS (tel que révisé lors de la 67e AMS par la résolution WHA 67.2 du 23 mai 2014 (WHA67/2014/REC/1)), précise en outre que seules les décisions sur les questions importantes sont prises à la majorité des deux tiers. Il s'agit des questions touchant à l'adoption de conventions ou d'accords, au montant du budget effectif, à la suspension de privilèges attachés au droit de vote, etc. Les décisions sur d'autres questions sont par conséquent prises à la majorité (simple) des Membres présents et votants (art. 71).

260 Voir plus particulièrement sur ce point: Laurence Boisson de Chazournes, Le pouvoir règlementaire de l'Organisation mondiale de la Santé à l'aune de la santé mondiale: réflexions sur la portée et la nature du Règlement sanitaire international de 2005, in: Nicolas Angelet et al. (éd.), Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon, Bruxelles 2007, pp. 1157–1181.

tous les Etats membres à l'exception de ceux qui auront fait connaître au Directeur général qu'ils les refusent ou qui auront formulé des réserves à leur sujet[261]. Cette technique très particulière, qui permet a priori une harmonisation efficace des normes, n'est utilisable que dans les cinq domaines techniques suivants énumérés par la Constitution: la lutte contre la propagation des maladies d'un pays à l'autre, la nomenclature des maladies, la standardisation des méthodes de diagnostic, des règles de mise sur le marché, de publicité et de désignation des produits biologiques, pharmaceutiques et similaires[262].

Concernant la mise en œuvre de ces normes juridiques, la Constitution de l'OMS, sur le modèle des compétences de l'OIT développé depuis 1919[263], impose plusieurs contraintes aux Etats. Une fois une convention ou un accord adopté par l'AMS, les Etats sont ainsi tenus de faire les démarches nécessaires au niveau interne pour ratifier le texte concerné. Dans le cas d'un échec de la procédure interne, ils doivent communiquer au Directeur général les raisons de cet échec[264]. En outre, les Etats sont liés par un système de contrôle qui impose l'envoi annuel de rapports d'ordre général sur l'amélioration de la santé des populations et la mise en œuvre des textes contraignants ou recommandations[265].

b. Les compétences normatives complémentaires d'autres institutions onusiennes

L'OIT et l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) sont deux institutions spécialisées des Nations Unies dont les compétences dans le domaine de la santé publique sont importantes. L'intervention de l'OIT dans ce domaine est expressément prévue par ses textes fondateurs adoptés respectivement en 1919, avec l'introduction de la Constitution de l'OIT dans le Traité de Versailles, et en 1946, avec l'intégration dans cette Constitution de la Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944. L'OIT a pour but général l'amélioration du sort des travailleurs et la promotion du bien commun et de la justice sociale[266]. Dans le domaine de la santé publique, sa compétence est très large puisqu'elle concerne l'encouragement des programmes visant d'une part, l'extension des mesures de sécurité sociale et des soins médicaux complets[267] et, d'autre part, la « protection adéquate de la vie et de la

261 Art. 22, Constitution de l'OMS. Il est à noter que la Constitution ne donne pas de précision sur la technique de vote à respecter. La majorité simple s'impose par conséquent.

262 Art. 21, Constitution de l'OMS.

263 Le statut de l'OIT a été adopté le 29 juin 1919 et intégré au Traité de Versailles (Partie XIII). L'art. 405 impose déjà l'obligation expresse pour les Etats de faire les démarches internes nécessaires à la ratification des conventions. Le système des rapports a été introduit en 1946 (art. 19, Statut de l'OIT).

264 Art. 20, Constitution de l'OMS.

265 Art. 61 à 65, Constitution de l'OMS.

266 Partie II, Déclaration de Philadelphie.

267 Partie III f), Déclaration de Philadelphie.

santé des travailleurs dans toutes les occupations »[268]. Pour remplir ces missions, l'OIT dispose de compétences normatives très étendues. Elle peut ainsi faire adopter par la Conférence des représentants de ses membres, des conventions ou des recommandations[269]. Les Etats sont liés par les obligations définies par les conventions alors que les recommandations sont des instruments non contraignants destinés à encourager les Etats à atteindre un but précis en suivant un « mode d'emploi » déterminé par l'OIT. Ces compétences normatives sont renforcées par des compétences de contrôle qui permettent à l'Organisation d'encadrer les démarches internes des Etats pour la ratification des conventions[270], pour leur mise en œuvre[271], ainsi que pour l'application des recommandations[272].

La compétence de la FAO dans le domaine de la santé publique, bien qu'incontestée, est une compétence implicite. La FAO, qui a remplacé en 1945 l'Institut international d'agriculture qui avait vu le jour en 1905[273], a pour but premier de contribuer – notamment à travers l'adoption de traités internationaux[274] – à la réalisation du bien-être général des populations. Sa mission est d'une part, d'élever le niveau de nutrition et les conditions de vie des populations et, d'autre part, d'améliorer le rendement de la production et l'efficacité de la répartition de tous les produits alimentaires et agricoles, mais aussi la condition des populations rurales[275]. En résumé, la FAO doit contribuer à l'expansion de l'économie mondiale et à libérer l'humanité du fléau de la faim[276].

Cette mission de réalisation de la « sécurité alimentaire » est étroitement liée à l'objectif de réalisation du meilleur état de santé possible. La définition de la sécurité alimentaire communément acceptée est en effet celle qui a été retenue par le Plan d'action du sommet mondial de l'alimentation adopté en 1996 pour mettre en œuvre les engagements énoncés dans la Déclaration sur la sécurité alimentaire mondiale[277]. Conformément à ce Plan, la sécurité alimentaire pré-

---

268 Partie III g), Déclaration de Philadelphie.

269 Art. 19, Constitution de l'OIT.

270 Art. 19 al. 5, Constitution de l'OIT.

271 Art. 22, Constitution de l'OIT.

272 Art. 19 al. 6 a-d), Constitution de l'OIT.

273 William-Horsfall Carter, L'Institut international d'agriculture de Rome, Esprit International 81/2 (1928), pp. 81–94. L'auteur insiste sur le fait que l'Institut ne devait pas être considéré comme un simple service d'informations, mais plutôt comme un forum au sein duquel les puissances adhérentes pouvaient réfléchir au développement de mesures de protection des intérêts communs des agriculteurs et d'amélioration des conditions de la production.

274 Art. 14, Constitution de la FAO. La FAO poursuit en outre la réalisation de ses missions à travers la collecte et la diffusion d'informations, d'analyses, d'assistance technique aux Etats afin qu'ils développent des politiques et stratégies appropriées (art. 1 al. 1, 2 et 3).

275 Constitution de la FAO, adoptée le 16 octobre 1945 et entrée en vigueur le 16 octobre 1945.

276 La fonction de lutte contre la faim a été ajoutée en 1965 dans la Constitution de la FAO afin de mettre en phase les buts de cette Organisation et les préoccupations exprimées lors des discussions qui devaient conduire à la conclusion du PIDESC qui garantit dans son article 11 al. 2 le droit fondamental de toute personne d'être à l'abri de la faim.

277 Déclaration adoptée à Rome le 13 novembre 1996, lors du sommet mondial de l'alimentation, organisé au siège de la FAO, par 112 chefs d'Etat et de gouvernement et par plus de 70 représen-

sente une dimension à la fois quantitative et qualitative; elle n'existe que « (...) lorsque tous les êtres humains ont, à tout moment, un accès physique et économique à une nourriture suffisante, saine et nutritive leur permettant de satisfaire leurs besoins énergétiques et leurs préférences alimentaires pour mener une vie saine et active »[278].

L'importance de la réalisation des différentes dimensions de la sécurité alimentaire pour la réalisation du meilleur état de santé possible a été confirmée à différentes reprises. Le Comité des droits économiques sociaux et culturels dans son observation générale relative au droit à la santé a ainsi considéré que « le droit à la santé est étroitement lié à d'autres droits de l'homme, [comme notamment le droit à l'alimentation] et dépend de leur réalisation »[279]. L'aspect qualitatif de la sécurité alimentaire avait en outre dès 1948 été identifié comme un sujet d'intérêt commun pour la FAO et l'OMS. L'accord de coopération conclu entre ces deux organisations prévoit ainsi une coopération pour les questions touchant à l'utilisation des pesticides, à l'hygiène des aliments ou bien encore au secteur de la santé des animaux[280]. La protection du consommateur contre les risques pour la santé est essentielle et elle passe par le développement de standards de sécurité et de principes directeurs[281]. Selon l'OMS, les maladies d'origine alimentaire (à l'exemple du choléra, de l'hépatite A, des salmonelloses et des listérioses) touchant tous les Etats sans distinction, représentent un enjeu de santé publique fondamental à l'échelle mondiale[282]. Elles sont causées par les bactéries, les virus, les parasites, les toxines et les produits chimiques qui se propagent sur l'ensemble de la chaîne alimentaire. Leur coût humain est considérable: le rapport publié par l'OMS au mois de décembre 2015 révèle ainsi que près de 600 millions de personnes tombent malades chaque année après avoir consommé des aliments contaminés; 420 000 personnes en meurent et, parmi elles, on compte 125 000 enfants de moins de cinq ans[283].

---

tants de haut niveau d'autres pays. Ce sommet avait pour but le renouvellement de l'engagement des Etats d'éradiquer la faim et la malnutrition et d'assurer à tous une sécurité alimentaire durable.

278 FAO, Plan d'action du sommet mondial de l'alimentation, 13 novembre 1996, § 1. La version anglaise utilise l'expression « active and healthy life ».

279 CDESC, OG 14 (note 144), § 3.

280 Accord adopté par la première AMS le 17 juillet 1948, reproduit dans: OMS, Documents fondamentaux, Genève 2014, p. 57, disponible sur le site ‹www.who.int›.

281 AG ONU, Résolution 39/248 du 9 avril 1985, Protection du consommateur (A/RES/39/248).

282 Voir les explications données dans: OMS, Communiqué de presse, Maladies d'origine alimentaire: près d'un tiers des décès surviennent chez les enfants de moins de 5 ans, 3 décembre 2015, disponible sur le site ‹www.who.int›.

283 OMS, WHO estimates of the global burden of foodborne diseases, Foodborne diseases burden epidemiology reference group 2007–2015, Genève 2015, disponible sur le site ‹www.who.int›.

2. *Des compétences normatives (trop) peu utilisées*

Le droit de l'OMS, tel qu'élaboré de manière autonome ou en collaboration avec ces institutions, est caractérisé par sa grande technicité (a), mais aussi par la limitation de son champ d'application à des questions qui tout en étant des questions absolument centrales, ne couvrent pas l'ensemble du champ d'application de la santé mondiale (b).

a. Le droit international technique de la santé

aa. Le droit de l'OMS

Depuis sa création, l'OMS a développé de nombreux standards et normes indispensables pour la définition de politiques générales de santé publique, mais aussi pour la coopération entre les Etats, les industries, les chercheurs dans le domaine de la santé et pour l'amélioration de l'accès aux produits pharmaceutiques et autres biens de santé. Le premier règlement adopté en 1948 par l'AMS conformément à l'art. 21 de la Constitution de l'OMS, avait ainsi pour but de « (...) permettre l'analyse systématique, l'interprétation et la comparaison des données de mortalité et de morbidité recueillies dans différents pays ou régions et à des époques différentes »[284]. Ce règlement contient la « Classification internationale des maladies, traumatismes et causes de décès » (CIM). Cette classification est un instrument au service des Etats et de l'OMS qui dépendent d'une information la plus fiable possible sur la santé des populations pour l'élaboration et la formulation de politiques nationales ou globales en matière de santé publique. Elle a fait l'objet de nombreuses révisions et a été complétée par d'autres classifications développées afin de fournir des informations plus précises sur la santé des populations et les systèmes de soins[285]. Ces classifications imposent des codes qui doivent être utilisés par les Etats membres dans la préparation de leurs rapports destinés à l'OMS[286]. Elles offrent « un langage commun pour améliorer la communication et permettre des comparaisons de données entre les pays du point de vue des disciplines de santé, des services et des évolutions dans le temps »[287].

---

284 OMS, CIM-10, Classification statistique internationale des maladies et problèmes de santé connexes, 10e révision, Genève 2008, p. 1, disponible sur le site ‹www.who.int›.

285 Les classifications de référence sont les suivantes: la CIM, la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de santé (CIF) et la Classification des actes médicaux (CIAM). Il existe aussi des classifications connexes (concernant par exemple les soins de santé primaires ou les causes externes de traumatismes) et des classifications dérivées (relatives par exemple aux maladies pour l'oncologie, aux troubles mentaux et du comportement, etc.). Voir sur la Famille des classifications: Richard Madden, Catherine Sykes, T Bedirhan Ustun, World health organization family of international classifications: definition, scope and purpose, Genève 2007, disponible sur le site ‹www.who.int›.

286 Les Etats sont dans l'obligation de fournir à l'OMS « des rapports statistiques et épidémiologiques » (art. 64, Constitution de l'OMS), ainsi que « toutes informations supplémentaires se rapportant à la santé » (art. 65).

287 OMS, CIM-10, p. 3.

Conformément à sa Constitution[288], l'OMS est aussi intervenue pour définir des procédures et standards applicables aux produits pharmaceutiques, aux médicaments biologiques tels les vaccins, les sérums, les toxines, les produits allergènes et les médicaments dérivés du sang ou du plasma humain. Ces normes, bien qu'adoptées sous la forme de recommandations, doivent être considérées comme quasi contraignantes. Concernant les produits biologiques, l'OMS a repris le programme de standardisation créé en 1921 par l'Organisation d'hygiène de la Société des Nations qui consistait en l'établissement d'étalons internationaux et d'unités internationales d'activité pour les substances biologiques. Les étalons biologiques internationaux sont des instruments utiles pour assurer dans le monde entier l'uniformité de désignation de l'activité des préparations utilisées dans le domaine médical. Cette activité ne peut en effet être correctement caractérisée par des moyens physiques et chimiques[289]. Ces normes de nature scientifique sont destinées à faciliter l'échange de substances biologiques entre les pays et à assurer que ces produits constituent des agents thérapeutiques ou prophylactiques sûrs, fiables et efficaces. L'OMS recommande aux Etats de les introduire dans leurs pharmacopées nationales[290].

Concernant les produits pharmaceutiques, l'OMS a aussi adopté un certain nombre de recommandations d'ordre très technique[291]. Il s'agit notamment de recommandations relatives au système des dénominations communes internationales (DCI) qui a été mis en place en 1953. Ce système permet d'identifier les substances pharmaceutiques ou leurs principes actifs[292]. Les DCI sont des appellations uniques reconnues au niveau international. Elles relèvent du domaine public contrairement aux noms de marque choisis par le propriétaire d'un produit pharmaceutique fini qui constituent une propriété privée. L'identification des substances est nécessaire pour permettre la communication et les échanges d'informations entre professionnels et chercheurs. Elle est aussi nécessaire pour favoriser la commercialisation des médicaments tout en assurant la sécurité des patients[293]. Les DCI sont en effet destinées à être utilisées dans les pharmacopées, l'étiquetage, l'information relative au produit, la publicité et le matériel promotionnel ou bien encore la règlementation pharmaceutique et la

288 Art. 2 u, 21 d) et e), 23, Constitution de l'OMS.

289 Voir les explications techniques dans le rapport du Directeur général sur les normes et unités internationales pour les substances biologiques établi pour la 18e AMS (WHA 18_PB-7), p. 2.

290 Plus précisément sur les activités et le rôle du Comité d'experts de la standardisation biologique: Philippe Duclos, Jean-Maris Okwo-Bele, Recommandations et politiques vaccinales mondiales, le rôle de l'OMS, Médecine/Sciences 23 (2007), pp. 409–416.

291 Les activités de l'OMS dans ce domaine sont très nombreuses. Il s'agit notamment des activités relatives à la pharmacopée internationale et au système OMS de certification.

292 Le système a été lancé par la Résolution WHA 3.11 adoptée par l'AMS en mai 1950.

293 Sur l'importance du système pour la protection des malades et sur la procédure d'adoption des dénominations pour chaque principe actif, voir: Sabine Kopp-Kubel, Dénominations communes internationales (DCI) pour les substances pharmaceutiques, Bulletin de l'Organisation mondiale de la Santé 73/4 (1995), pp. 425–429.

littérature scientifique. Selon la procédure élaborée par le Conseil exécutif de l'AMS, une DCI devient une « dénomination recommandée » qui doit être reconnue par les Etats membres une fois qu'une période de quatre mois – au cours de laquelle chaque personne peut formuler une objection formelle à la dénomination proposée – s'est écoulée[294].

Il s'agit aussi de recommandations relatives à l'établissement de règles de bonne conduite applicables à la fabrication des médicaments. Les règles applicables ont été adoptées sous la forme de directives par le Comité d'experts des spécifications relatives aux préparations pharmaceutiques et elles doivent être appliquées par les Etats. L'OMS définit les bonnes pratiques de fabrication comme « un des éléments de l'assurance de la qualité, garantissant que les produits sont fabriqués et contrôlés de façon uniforme et selon des normes de qualité adaptées à leur utilisation et spécifiées dans l'autorisation de mise sur le marché »[295].

bb. Les normes techniques applicables dans le domaine de l'alimentation

Dans le domaine de l'alimentation et de la santé des consommateurs, la collaboration entre l'OMS et la FAO a pris la forme depuis 1963 d'une commission mixte appelée Commission du Codex Alimentarius[296]. Cette Commission, administrée conjointement par la FAO et par l'OMS, est chargée de mettre au point des normes de sécurité alimentaire universellement acceptées. Cela signifie plus précisément qu'elle doit adresser des propositions aux directeurs généraux de la FAO et de l'OMS et être consultée par eux en ce qui concerne toutes les questions intéressant la mise en œuvre du programme mixte FAO/OMS sur les normes alimentaires dont l'objet est: « a) protéger la santé des consommateurs et assurer des pratiques loyales dans le commerce alimentaire; b) promouvoir la coordination de tous les travaux en matière de normes alimentaires (...); c) établir un ordre de priorité et prendre l'initiative et la conduite du travail de préparation des projets de normes (...); d) mettre au point les normes préparées (...) et, les publier dans un codex alimentarius, soit comme normes régionales,

294 Art. 5 et 8, Résolution EB 15.R7 de 1955 (telle que révisée par la Résolution EB 43.R9 de 1969 du Conseil exécutif), Procédure à suivre en vue du choix de dénominations communes internationales recommandées pour les préparations pharmaceutiques. Voir: Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé 60 (1955), pp. 3 et 173 (1969), p. 10. Le droit européen recommande son utilisation. Voir: directive 92/27/CEE, du 31 mars 1992, concernant l'étiquetage et la notice des médicaments à usage humain, art. 1.

295 OMS, Série des rapports techniques, n° 823 (1992), Annexe 1.

296 Le programme mixte sur les normes alimentaires, les statuts et le règlement de cette Commission ont été adoptés successivement par la Conférence de la FAO en 1961 et l'AMS en 1962. Voir notamment: Nathalie Ferraud-Ciandet, La Commission du Codex Alimentarius, Journal du droit international 4 (2009), pp. 1181–1212. D'une manière générale sur la Commission du Codex Alimentarius, son origine et ses réalisations, voir le manuel publié par l'OMS: FAO/OMS, Comprendre le codex alimentarius, 3e éd., Rome 2006.

soit comme normes mondiales, avec les normes internationales déjà mises au point par d'autres organismes (...) »[297].

La Commission a développé le Codex Alimentarius qui contient plus de 200 normes sur les limites maximales de résidus, les additifs alimentaires, les contaminants, les toxines, ou bien encore sur l'étiquetage des produits alimentaires emballés. Le Codex Alimentarius contient aussi des codes d'usage en matière d'hygiène qui fournissent des conseils pour la production, la transformation, le stockage et la distribution sans danger des aliments. Enfin, il contient des directives qui ont pour but la protection des consommateurs en rapport avec des sujets très divers. Ces normes et standards sont décrits par l'OMS comme constituant « la référence mondiale pour les consommateurs, les producteurs et les transformateurs de denrées alimentaires, les organismes nationaux de contrôle des aliments et le commerce international des produits alimentaires » et comme ayant un impact considérable « sur tous ceux qui interviennent dans la production et la transformation des aliments et sur la sensibilisation de ceux qui les utilisent »[298].

Malgré le fait que les statuts du Codex ne confèrent pas à ces normes de valeur contraignante, les membres de la Commission n'étant pas tenus ni de les adopter, ni d'informer la Commission de l'utilisation qu'ils en font, il faut les considérer comme étant quasi obligatoires. De nombreuses critiques ont été formulées[299] concernant notamment la légitimité de la Commission à produire de telles normes[300]. Les causes de l'évolution de la nature de ces normes sont diverses. Elles sont liées au caractère très représentatif de la Commission, à la procédure décisionnelle choisie qui repose sur le consensus, mais aussi à l'influence de la Résolution sur la protection des consommateurs adoptée en 1985 par l'AG de l'ONU recommandant expressément aux Etats d'adopter les normes du Codex Alimentarius[301]. Elles sont aussi très directement liées à la référence expresse aux normes du Codex par deux accords adoptés dans le cadre de l'OMC. Ainsi, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC)[302] et l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS)[303] fondent explicitement leurs règlementations alimentaires sur les normes du Codex. Le second accord se réfère en outre aux standards non contraignants

297 Art. 1, Statuts de la Commission du Codex Alimentarius, adoptés en 1961 par la FAO et en 1963 par l'AMS, révisés en 1966 et 2006.

298 FAO/OMS (note 296), préface.

299 Ferraud-Ciandet (note 296), p. 9.

300 Voir Ravi Afonso Pereira, Why would international administrative activity be any less legitimate? A study of the Codex Alimentarius Commission, in: Armin von Bogdandy (note 54), pp. 541–571.

301 AG ONU, Résolution 39/428 (note 281).

302 Art. 2 et point 3, Annexe A, Accord OTC (entré en vigueur le 1er janvier 1995).

303 Art. 3 § 4, Accord SPS. Selon cet article, les membres de l'OMC doivent notifier au Comité des mesures SPS toute mesure qui ne serait pas fondée sur les normes du Codex et en indiquer les raisons.

à l'origine établis par une autre commission créée sous les auspices de la FAO: la Commission des mesures phytosanitaires chargée de la mise en application de la Convention internationale pour la protection des végétaux.

cc. Les normes techniques applicables dans le domaine du travail

Dans le domaine de la protection de la santé au travail, l'OMS est intervenue à travers la formulation de stratégies[304] qui font référence aux standards définis par l'OIT. De multiples conventions, recommandations et codes de conduite ont en effet été adoptés par cette dernière Organisation[305]. Ces traités et autres documents traitent de tous les aspects techniques de la santé au travail, établissent des standards et définissent les principes applicables pour la mise en œuvre de ces standards dans les Etats membres[306].

Certaines conventions établissent des standards de protection des travailleurs contre des risques spécifiques[307]. Ainsi, par exemple, afin de prévenir les maladies et lésions professionnelles dues aux produits chimiques utilisés sur leur lieu de travail, la Convention adoptée en 1990 par l'OIT prévoit notamment un système de classification des produits selon le danger représenté pour la santé, un étiquetage et un marquage de ces produits, ou bien encore l'établissement de fiches de données de sécurité comportant les informations essentielles sur ces produits[308]. La Recommandation sur les produits chimiques adoptée au même moment va encore plus loin dans le détail en précisant par exemple les critères de classification des produits chimiques ou bien encore les renseignements devant figurer absolument sur leurs étiquettes[309].

D'autres conventions prévoient des standards précis applicables pour la préservation de la santé des travailleurs dans certaines branches économiques[310]. Il

---

304 Voir notamment la stratégie mondiale pour la santé au travail pour tous 2008–2017, AMS, Résolution WHA 49.12 du 25 mai 1996 (WHA49/1996/REC/1).

305 Voir la liste complète des Conventions et Recommandations en annexe de la Recommandation (nº 197) de l'OIT sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail, du 15 juin 2006. Les codes de conduite sont aussi très nombreux, disponibles sur le site de l'OIT ‹www.ilo.org›.

306 Ces conventions, importantes dans le cadre de la prévention en matière de sécurité et de santé au travail, ne contiennent pas de normes techniques à proprement parler. Elles définissent les principes de base et la méthodologie nécessaires pour l'amélioration des politiques nationales et l'action requise par les Etats et leurs entreprises (voir: Convention (nº 155) sur la sécurité et la santé des travailleurs de 1981 et son Protocole de 2002; Convention (nº 187) sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail qui vise la promotion de la culture de prévention dont les bases sont notamment fixées dans la Convention (nº 155)).

307 Il s'agit des conventions suivantes de l'OIT: Convention (nº 115) sur la protection contre les radiations de 1960; Convention (nº 139) sur le cancer professionnel de 1974; Convention (nº 148) sur le milieu du travail (pollution de l'air, bruit et vibrations) de 1977; Convention (nº 162) sur l'amiante de 1986; Convention (nº 170) sur les produits chimiques de 1990. Les recommandations nº 114, 147, 156, 172, 175 et 177 complètent les Conventions sur chacun de ces sujets.

308 Art. 6, 7 et 8, Convention (nº 170).

309 Art. 7 et 8, Recommandation (nº 177).

310 Il s'agit des Conventions (nº 120) sur l'hygiène (commerce et bureaux) de 1964; (nº 152) sur la sécurité et l'hygiène dans les manutentions portuaires de 1979; (nº 167) sur la sécurité et la santé

en est ainsi, par exemple, de la Convention sur la sécurité et la santé dans l'agriculture adoptée en 2001 qui fixe les mesures que les Etats doivent introduire dans leur législation nationale afin de permettre la prévention et la protection des travailleurs. L'évaluation des risques, l'information des travailleurs, les mesures de prévention et de protection, les mesures en cas d'accidents ou d'urgence sont autant d'activités définies par la Convention et la Recommandation qui y est associée[311].

b. Le droit général de l'OMS: un champ d'application encore trop restreint

aa. Le « droit dur » de la santé mondiale:

Malgré des compétences normatives importantes, l'OMS a eu peu recours aux instruments juridiques classiques du droit international. Sur une même période au cours de laquelle l'OIT a adopté 189 conventions[312], l'OMS a adopté uniquement deux règlements, dont l'un est de nature très technique[313], et une convention. Les explications du rejet par l'OMS de l'utilisation des instruments juridiques contraignants sont multiples[314]. Une première explication repose sur l'approche médicale des questions de santé publique qui a été pendant longtemps dominante au sein de l'OMS[315]. Cette approche a été favorisée à la fois par la formation médicale d'une grande partie du personnel[316] et par la réalisation de progrès scientifiques très importants dans le domaine médical à partir du milieu du XXe siècle. L'utilisation de vaccins et d'antibiotiques permet alors en effet d'espérer que de nombreuses questions de santé dont l'impact est majeur sur les populations, vont pouvoir être rapidement résolues[317]. Le succès de la campagne de vaccination contre la variole illustre parfaitement ce point[318].

---

dans la construction de 1988; (n° 176) sur la sécurité et la santé dans les mines de 1995; et (n° 184) sur la sécurité et la santé dans l'agriculture de 2001. Les recommandations n° 120, 160, 175, 183, 192 complètent les Conventions sur chacun de ces sujets.

311 *Ibid.*

312 L'OIT a aussi adopté 204 recommandations au cours de cette période. Voir les informations sur le site ‹www.ilo.org›.

313 Voir notre analyse du Règlement contenant la CIM, supra.

314 Voir les analyses suivantes: David P. Fidler, International law and global public health, The University of Kansas Law Review 48 (1999–2000), pp. 1-58; Allyn L. Taylor, Making the WHO work: a legal framework for universal access to the conditions of health, American Journal of Law and Medicine 18/4 (1992), pp. 303–346.

315 Fidler, *ibid.*, p. 22.

316 Voir aussi sur l'analyse des compétences du personnel de l'OMS: David P. Fidler, The future of the World Health Organization: What Role for International Law?, Vanderbilt Journal of Transnational Law 31 (1998), pp. 1079–1112; Taylor (note 314).

317 Voir sur l'histoire des antibiotiques: Papp Desiderio, Histoire des antibiotiques, Revue d'histoire des sciences et de leurs applications 7/2 (1954), pp. 124–138.

318 La variole a été officiellement éradiquée en 1979. Voir: OMS, Rapport final de Commission mondiale pour la Certification de l'Eradication de la Variole, Genève 1979, disponible sur le site ‹www.who.int›. Une campagne analogue visant l'éradication de la poliomyélite a été lancée en 1988. Voir: OMS, Poliomyélite, Aide-mémoire n° 114, avril 2016, disponible sur le site ‹www.who.int›.

Ainsi, alors que dans le domaine de l'environnement, les progrès scientifiques encouragent les Etats à élaborer un ensemble cohérent de règles juridiques autorisant la coopération entre les différents acteurs concernés[319], dans le domaine de la santé, les progrès scientifiques éclipsent pendant longtemps les autres instruments et mécanismes de collaboration[320].

Une seconde explication est liée au rejet de l'usage des normes contraignantes dans le domaine de la santé. Pour certains auteurs ce rejet s'explique par référence au domaine particulier de la santé publique: dans ce domaine, non seulement la régulation ne peut reposer sur la contrainte[321], mais encore les instruments juridiques, par définition peu flexibles, ne sont pas adaptés. Il s'agit en effet de donner le plus rapidement possible une réponse à des questions jusqu'alors inédites ou bien encore de réagir à des évolutions scientifiques ou techniques importantes[322]. En outre, le processus d'élaboration des traités multilatéraux est souvent considéré comme trop complexe, les intérêts politiques et économiques des Etats étant extrêmement importants dans ce domaine et les Etats défendant jalousement leur souveraineté[323]. Ce processus est par conséquent considéré comme emportant des coûts trop élevés liés à des démarches trop longues – sans oublier, au niveau national, la lenteur des processus d'adoption et de mise en œuvre des traités – et comme ne permettant pas d'impliquer les nombreux acteurs non étatiques concernés[324]. Les deux instru-

---

319 Voir notamment sur la « profusion normative » dans ce domaine: Sandrine Maljean-Dubois, La mise en œuvre du droit international de l'environnement, Les notes de l'Iddri n° 3, Paris 2003. Plus particulièrement sur le rôle de la science, l'auteur constate comme suit: « Sous la pression des opinions publiques, alertées par les scientifiques (...) les gouvernements trouvent dans les instruments juridiques un moyen de lutter contre l'aggravation brutale de l'état de l'environnement », p. 10. Les difficultés rencontrées pour la poursuite de négociations ou la mise en œuvre des obligations conventionnelles sont aussi analysées, p. 25 s.

320 C'est cependant grâce à l'appui des résultats scientifiques démontrant incontestablement les effets du tabac sur la santé, qu'une convention a pu être négociée dans ce domaine. Voir plus largement sur ce sujet: Benjamin Mason Meier, Breathing Life into the Framework Convention on Tobacco Control: Smoking Cessation and the Right to Health, Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics 5 (2005), pp. 137–192; Ronald Bayer, James Colgrove, Science, Politics, and Ideology in the Campaign against Environmental Tobacco Smoke, American Journal of Public Health 92/6 (2002), pp. 949–954.

321 David P. Fidler, David L. Heymann, Stephen M. Ostroffm Terry P. O'Brien, Emerging and reemerging infectious diseases, The international lawyer 31/3 (1997), pp. 773–799, p. 786.

322 Voir en ce sens: Claude Vignes, The Future of International Health Law: WHO Perspectives, International Digest of Health Legislation 40 (1989), pp. 16–19, p. 18.

323 Cette affirmation est vérifiée de manière exemplaire au sein de l'UE. Si les efforts politiques de certains chefs de l'Etat ont permis le développement d'une compétence importante de la Communauté puis de l'UE dans le domaine de la santé, il n'en reste pas moins que l'art. 168 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) n'attribue qu'une compétence résiduelle à l'Union dans certains domaines précis (notamment la fixation des normes de qualité et de sécurité des médicaments), l'Union n'étant autorisée à intervenir pour l'amélioration de la santé que de manière complémentaire. Sur le développement et le contenu du droit européen de la santé, voir: Estelle Brosset (dir.), Droit européen et la protection de la santé: Bilan et perspectives, Bruxelles 2015.

324 Kevin A. Klock (The soft law alternative to the WHO's treaty power, Georgetown Journal of International Law 44 (2013), pp. 821–846) insiste plus particulièrement sur les coûts en terme

ments juridiques adoptés en 2003 pour la Convention-cadre et 2005 pour le RSI sont par conséquent des instruments tout à fait remarquables au regard de ce rejet et de ces arguments. Au-delà, il s'agit aussi d'instruments remarquables en soi, leurs caractéristiques ouvrant de nouvelles perspectives quant à l'usage du droit pour l'amélioration de la santé mondiale.

Le RSI (2005), tout d'abord, est le résultat d'une révision en profondeur du RSI adopté en 1951 et modifié en 1969. La révision de 2005 avait été réclamée par l'AMS en 1995 au regard de l'échec du système collectif de prévention et de contrôle des maladies contagieuses[325]. Jusqu'alors, les Etats étaient tenus d'adresser une notification à l'OMS, dès qu'un cas de maladie soumise au RSI était signalé[326] et de l'informer de l'évolution de la situation et des mesures adoptées[327]. En outre, ils étaient aussi tenus de réaliser certaines préparations d'ordre sanitaire (notamment au niveau des ports et aéroports), et de respecter les dispositions du RSI définissant, d'une part, le type de documents sanitaires pouvant être exigé à leurs frontières en cas d'épidémie et précisant d'autre part, les mesures pouvant être considérées comme acceptables au regard des objectifs poursuivis[328].

Le RSI (2005) introduit de nombreux changements concernant en premier lieu la définition des évènements faisant l'objet de la surveillance et de la coopération internationale. Ainsi que cela a été noté précédemment, le RSI (2005) s'applique en effet à tous les évènements, touchant un ou plusieurs Etats ou encore de portée mondiale, et tels que susceptibles de présenter un danger pour la santé publique quelle qu'en soit l'origine (naturelle, accidentelle, délibérée) ou la source (agents biologiques, chimiques ou rayons ionisants)[329]. Aussi, et même si certaines maladies doivent toujours obligatoirement faire l'objet d'une surveillance[330], le champ d'application du RSI (2005) est beaucoup plus large que celui des règlements précédents. En second lieu, le RSI (2005) inclut les sources d'informations non étatiques parmi la liste des sources dont l'OMS peut tenir compte dans son évaluation des évènements survenant

---

de temps. D'une manière générale sur les difficultés relevées quant à l'usage du « droit dur » par rapport au « droit mou », voir: GREGORY C. SCHAFFER, MARK A. POLLACK, Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance, Minnesota Law Review 94 (2010), pp. 706–799.

325 Voir: OMS, RSI (1969), 3e éd. annotée, Genève 1983, Avant-propos.

326 Art. 3 et 4, RSI (1969).

327 Art. 5–13, RSI (1969).

328 Art. 23, RSI (1969).

329 Voir les définitions de « maladie » et de « risque pour la santé publique », art. 1, RSI (2005).

330 Le RSI prévoit en annexe un schéma (ou algorithme) sur lequel les Etats doivent s'appuyer pour apprécier la nature des évènements auxquels ils sont confrontés. Cet instrument prévoit une liste de maladies (incluant entre autres le choléra, la peste pulmonaire, la fièvre jaune, les fièvres hémorragiques virales) dont la survenance doit déclencher automatiquement l'utilisation de l'algorithme proposé. Voir: Instrument de décision permettant d'évaluer et de notifier les évènements qui peuvent constituer une urgence de santé publique de portée internationale, RSI (2005), Annexe 2.

sur le territoire des Etats membres[331]. L'OMS peut aussi demander aux Etats de vérifier les informations ainsi fournies. En troisième lieu, le RSI (2005) impose aux Etats l'obligation de développer des capacités essentielles en matière de santé publique – ce qui constitue une obligation d'amélioration du système de santé publique dans son ensemble et non pas uniquement une amélioration des capacités sanitaires aux points d'entrée et de sortie du pays – et de désigner des points focaux nationaux chargés de la surveillance et de la coopération[332]. Pour finir, la procédure applicable à la prise de décision au sein de l'OMS dans le cadre de la gestion d'une crise en particulier est aussi précisée[333].

La Convention-cadre pour la lutte antitabac, ensuite, qui a été adoptée après de longues années de réflexion et de négociation[334], est aussi un instrument tout à fait innovant au regard de sa forme et de son contenu. Ainsi, tout d'abord, la forme choisie est particulière. Une convention-cadre est un traité multilatéral de nature contraignante par lequel les Etats s'engagent à adopter les mesures législatives, exécutives, administratives et autres nécessaires à sa mise en œuvre[335]. Une telle convention définit normalement les conditions de la coopération des différents acteurs pour le présent et le futur, tout en précisant les principes et valeurs fondamentales à respecter et en ouvrant la possibilité aux Etats membres d'adopter des mesures ou des standards qui pourront par la suite être améliorés, approfondis, renforcés ou adaptés. En d'autres termes, les Etats peuvent ainsi définir les conditions générales de leur collaboration sans être bloqués par des questions complexes de nature politique et économique. En outre, la possibilité de repousser à plus tard la négociation de problèmes ou sujets particuliers permet de prendre en compte les avancées scientifiques et technologiques éventuelles ultérieures[336].

Ensuite, d'un point de vue matériel, la Convention-cadre définit des principes directeurs et fixe des règles nouvelles qui pourraient éventuellement servir de modèle pour la régulation internationale d'autres produits néfastes à la santé. Les principes concernent notamment la nécessité d'informer le public sur le risque mortel lié au tabac, l'engagement des Etats d'adopter des mesures

---

331 Art. 9, RSI (2005).

332 Art. 4 et 5, RSI (2005).

333 Art. 12, RSI (2005).

334 L'AMS avait demandé en 1995 qu'une réflexion soit menée sur la réponse juridique à apporter aux problèmes de santé publique de portée mondiale engendrés par le tabac (Résolution WHA 48.11 du 12 mai 1995 (WHA48/1995/REC/1)) reconnaissant par là même les limites du programme de lutte contre le tabac mis en place à travers de multiples stratégies et recommandations depuis les années 1970. Sur les efforts de l'OMS dans la lutte contre le tabac avant l'adoption de la CCLAT: Allyn Taylor, An international regulatory strategy for global tobacco control, Yale Journal of International Law 21 (1996), pp. 257–304, p. 278 s.

335 D'une manière générale sur ce type d'instrument, voir: Nele Matz-Lück, Framework Agreements, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online publication 2011.

336 Sur les avantages des conventions-cadres et leur utilisation dans le domaine du droit international de l'environnement, voir plus particulièrement: Taylor (note 334), p. 295; Matz-Lück, *ibid.*, § 10 et s.

plurisectorielles (et notamment législatives et exécutives), la coopération internationale et l'implication de la société civile. Les mesures à adopter s'adressent à la fois à la demande et à l'offre dans le domaine du tabac: il s'agit d'obtenir une réduction de la demande de tabac en adoptant par exemple des mesures de nature financières et fiscales[337]; il s'agit aussi d'agir sur l'offre en produits du tabac en luttant contre le commerce illicite[338] et la vente aux mineurs[339] et en encourageant des activités de remplacement économiquement viables pour les producteurs[340]. Au-delà, diverses dispositions traitent de la responsabilité, définissent les mécanismes de surveillance et encouragent la coopération scientifique et technique entre les Etats[341].

Pour autant, et malgré l'importance des questions traitées par ces deux instruments pour l'amélioration de la santé mondiale, des lacunes très importantes subsistent. Ces deux instruments ne règlent pas dans leur ensemble les termes de la coopération des acteurs dans ce domaine. Le RSI comme la Convention-cadre ont un champ d'application limité. Le RSI est concerné en premier lieu par les questions de propagation internationale des maladies (principalement les maladies contagieuses) et de protection des intérêts commerciaux et économiques des Etats. Il en ressort ainsi de l'art. 2 du RSI (2005) selon lequel: « [l]'objet et la portée du présent Règlement consistent à prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux ». Quant à la Convention-cadre, bien que son objectif soit très large puisqu'il s'agit de « protéger les générations présentes et futures des effets sanitaires, sociaux et économiques dévastateurs de la consommation » ou de l'exposition à un produit responsable de la mort de plusieurs millions de personnes chaque année dans le monde[342], son champ d'application se limite à la lutte contre un seul et unique produit néfaste pour la santé: le tabac.

Dans un cas comme dans l'autre cependant, et malgré les difficultés d'application mises à jour à l'occasion de la crise du virus Ebola[343] ou bien encore les

---

337 Art. 6, CCLAT. D'autres mesures sont proposées visant à la protection contre l'exposition au tabac, à la règlementation de la composition des produits, à l'éducation, etc. (voir art. 8 à 14, CCLAT).

338 Art. 15, CCLAT. Un premier protocole a été négocié concernant cette question. Il s'agit du Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac, adopté le 12 novembre 2012 par la Conférence des Parties.

339 Art. 16, CCLAT.

340 Art. 17, CCLAT.

341 Art. 20, CCLAT.

342 Voir: OMS, Global status report on noncommunicable diseases 2010, Genève 2011, disponible sur le site ‹www.who.int›.

343 Les faiblesses du RSI (2005) avaient été soulignées avant la crise Ebola. Voir notamment: Bradly J. Condon, Tapen Sinha, The effectiveness of pandemic preparations: legal lessons from the 2009 influenza epidemic, Florida Journal of International Law, 22/1 (2010), pp. 1-30.

inégalités dans l'application de la Convention-cadre[344], ces deux instruments confirment le caractère prometteur de l'usage du droit par l'OMS. Les réformes engagées pour parer aux déficits du RSI (2005)[345] d'une part, ou pour continuer à développer d'autres mesures de lutte antitabac, d'autre part, démontre la volonté et la capacité de l'OMS d'influencer le contenu des stratégies nationales et internationales en matière de santé et de placer les Etats devant leurs responsabilités vis-à-vis des populations.

bb. Le « droit mou »: une méthode très largement utilisée aux effets incertains

Cette volonté, l'OMS en a fait preuve depuis le début de ses activités en usant de « soft law » pour imposer des standards de nature très technique comme ceux présentés précédemment, mais aussi pour influer d'une manière beaucoup plus générale sur les Etats et le contenu de leurs politiques de santé publique. Les stratégies, programmes, principes directeurs[346], directives mais aussi les codes de conduite, sont autant d'instruments auxquels l'OMS a eu recours pour contourner les obstacles présentés comme inhérents au droit dur.

Le contenu, l'impact et les conditions de l'adoption par l'AMS, respectivement en 1981 et en 2010, du Code de conduite international de commercialisation des substituts au lait maternel et du Code de pratique mondial pour le recrutement international des personnels de santé, illustrent parfaitement ce point. Le premier Code, destiné à contrer la politique de promotion des produits manufacturés pour l'allaitement artificiel au détriment de l'allaitement au sein, compromettait directement les intérêts commerciaux et économiques de certaines grandes compagnies multinationales dont les activités étaient plus particulièrement engagées dans les pays en développement[347]. Les Etats-Unis d'Amérique ayant contesté la compétence de l'OMS à intervenir dans le domaine économique et l'industrie ayant mené une campagne contre l'adoption d'une règlementation en la matière[348], l'AMS a renoncé à donner une forme contraignante au Code qui a été adopté sous la forme d'une recommandation[349]. De même, le Code de pratique mondial pour le recrutement international des

344 Voir: OMS, Rapport sur les progrès mondiaux réalisés dans la mise en œuvre de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac 2012, Genève 2013, notamment p. 66 et s.

345 Voir supra, partie A.

346 Les exemples de principes et directives sont nombreux. Voir notamment: AMS, Résolution WHA 40.25 de mai 1987, Principes régissant les relations entre l'OMS et les organisations non gouvernementales (WHA40/1987/REC/1); OMS, Directives pour la prise en charge de l'infection tuberculeuse latente, Genève 2015, disponibles sur le site ‹www.who.int›.

347 Voir l'analyse du conflit entre les intérêts économiques et de santé publique par: Julia Richter, Soft Law als Brückenbauer zwischen Wirtschaft und dem Schutz der Gesundheit? Eine Analyse des Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten, Archiv des Völkerrechts 52 (2014), pp. 545–565. Voir en outre: Judith Richter, Holding Corporations Accountable. Corporate Conduct, International Codes and Citizen Action, London/New York 2001.

348 Julia Richter, *ibid.*, p. 552 (et les références à l'ouvrage de Judith Richter, *ibid.*).

349 Art. 23, Constitution de l'OMS.

personnels de santé a aussi été adopté sous la forme d'un instrument non contraignant. Ce choix, s'il n'a pas permis d'écourter la longueur dans le temps des négociations[350], a autorisé l'implication dans le processus d'élaboration de nombreux acteurs non étatiques et l'adoption par les Etats de solutions innovantes et éventuellement plus ambitieuses[351].

S'il est difficile de mesurer l'influence de ces instruments de soft law dans la pratique, il faut noter que l'absence de caractère contraignant ne leur interdit pas d'avoir une portée normative réelle. De nombreuses analyses de droit comparé montrent en effet l'application de différentes dispositions des codes dans les législations nationales[352]. Une telle portée normative est aussi évidente dans le cas du « programme des médicaments essentiels » lancé en 1977 à la demande de l'AMS. A cette époque, le constat de l'incapacité des pays en développement à fournir les produits pharmaceutiques répondant aux besoins de santé les plus élémentaires de leurs populations[353], avait poussé l'AMS à demander la mise au point de « (...) méthodes permettant à l'Organisation de fournir une plus grande assistance directe aux Etats membres pour les conseils touchant le choix et l'achat, à des prix raisonnables, de médicaments essentiels de qualité bien établie correspondant à leurs besoins sanitaires »[354]. La réponse de l'OMS a pris la forme d'une liste de médicaments essentiels définis comme étant « (...) ceux qui satisfont aux besoins de la majorité de la population en matière de soins de santé; [les médicaments essentiels] doivent donc être dispo-

350 Les discussions avaient débuté en 2004 et conduit à l'analyse de la crise du personnel médical dans le monde dans le Rapport sur la santé 2006. Voir: OMS, Travailler ensemble pour la santé, Genève 2006, disponible sur le site ‹www.who.int›.

351 Sur le contenu du Code, voir: Allyn L. Taylor, Lenias Hwenda, Bjørn-Inge Larsen, Nils Daulaire, Stemming the Brain Drain – A WHO Global Code of Practice in International Recruitment of Health Personnel, New England Journal of Medicine 365 (2011), pp. 2348–2351.

352 Concernant le Code de conduite pour le recrutement de personnel médical, les conclusions sur son influence sont contradictoires. Voir Taylor/Hwenda/Darsen/Daulaire, *ibid.*, qui donne plusieurs exemples nationaux de législation reprenant les principes du Code. Voir au contraire l'analyse suivante selon laquelle ce Code n'a pas eu pour l'instant l'effet attendu: Jennifer S Edge, Steven Hoffman, Empirical impact evaluation of the WHO Global Code of Practice on the International Recruitment of Health Personnel in Australia, Canada, UK and USA, Globalization and Health 9/60 (2013), 10 p. Concernant le Code de conduite sur les substituts au lait maternel, voir: OMS, UNICEF, IBFAN, Marketing of Breast-milk Substitutes: National Implementation of the International Code, Status Report 2016, Genève 2016. Dans un communiqué de presse, l'OMS a déploré que « [s]ur les 194 pays analysés (...), 135 disposent d'une forme d'instrument juridique liée au Code international de commercialisation des substituts du lait maternel et aux résolutions qui en découlent adoptées ultérieurement par [l'AMS]. Cela représente une hausse par rapport aux 103 de 2011, l'année de la dernière analyse de l'OMS. Néanmoins, seulement 39 pays ont des lois intégrant l'ensemble des dispositions du Code, une légère augmentation par rapport à 37 en 2011 ». Voir: OMS, UNICEF, IBFAN, Communiqué de presse, Les lois destinées à protéger l'allaitement sont insuffisantes dans la plupart des pays, 9 mai 2016, disponible sur le site ‹www.who.int›.

353 Sur l'historique du programme d'action pour les médicaments essentiels, voir: OMS, Le concept de médicaments essentiels et sa mise en œuvre (DAP/85.1), disponible sur le site ‹www.who.int›.

354 AMS, Résolution WHA 28.66 de mai 1975.

nibles à tout moment, en quantité suffisante, sous la forme pharmaceutique appropriée, et à un prix accessible pour les individus et la communauté »[355]. Cette liste, publiée pour la première fois en 1977, puis révisée à de nombreuses reprises, sert de modèle aux Etats pour l'adoption de listes nationales adaptées à leurs besoins.

Le succès du programme a été confirmé à de maintes reprises à la fois par l'analyse des politiques pharmaceutiques nationales[356], mais aussi par celle des programmes d'organisations internationales comme l'Unicef ou le HCR[357] ou bien encore celle des campagnes menées par la société civile dans le domaine de l'accès aux médicaments[358]. En outre, le concept de médicaments essentiels a été repris par les instruments du droit international des droits de l'homme comme élément clé de la réalisation du droit à la santé[359].

II. Le droit international de la santé: un droit fragmenté

Le processus de réforme de l'OMS à l'ordre du jour de la 69e AMS qui s'est tenue en mai 2016, est un processus dans lequel l'OMS s'est engagée depuis 2009[360]. L'un des problèmes fondamentaux à l'origine de la volonté de réforme était celui de la définition du rôle de l'OMS par rapport à celui d'autres acteurs de la santé au plan international. Comme point de départ du processus de réforme, le rapport établi en 2010 par le Directeur général identifiait les fonctions essentielles pour l'exercice desquelles les Etats membres considèrent que l'OMS est particulièrement compétente. Parmi ces fonctions figurait la fonction

---

355 OMS, L'utilisation des médicaments essentiels – 9e rapport du Comité OMS d'experts, Série des rapports techniques 2000. Cette définition a évolué, la sélection reposant depuis 2001 sur des données scientifiques probantes touchant la prévalence des maladies, l'efficacité et l'innocuité des médicaments et la comparaison entre le coût et l'efficacité. Voir en ce sens le rapport présenté lors de la 109e AMS par le Secrétariat: OMS, Stratégie pharmaceutique de l'OMS: procédure révisée pour la mise à jour de la liste modèle OMS des médicaments essentiels, 7 décembre 2001 (EB 109/8), p. 4, disponible sur le site ‹www.who.int›. Voir aussi: Richard Laing, Brenda Waning, Andy Gray, Nathan Ford, Ellen ‹T Hoen, 25 years of the WHO essential medicines lists: progress and challenges, The Lancet 361 (2003), pp. 1723–1729, p. 1724. En outre, le critère du coût a été revisité. La dernière liste adoptée en 2015 comprend certains médicaments malgré leur prix très élevé. Leur grande efficacité et l'existence d'un besoin sanitaire important sont des critères essentiels. Il revient alors aux Etats avec l'aide de l'OMS de trouver des solutions pour permettre un accès équitable à ces médicaments. Voir sur ce point: OMS, The selection and use of essential medicines, Report of the WHO expert Committee, WHO technical report series 2015, disponible sur le site ‹www.who.int›.

356 De nombreux Etats ont ainsi adopté des listes nationales de médicaments essentiels en s'appuyant sur la liste modèle de l'OMS. Voir: OMS, Stratégie pharmaceutique de l'OMS, *ibid.*

357 *Ibid.*

358 Laing (note 355), p. 1726 s. et références citées.

359 Voir les multiples références dans: Stephen P. Marks, Access to Essential Medicines as a Component of the Right to Health, in: Andrew Clapham et Mary Robinson (éd.), Realizing the Right to Health, Swiss Human Rights Book Series Vol. 3, Zurich 2009, pp. 82-101.

360 OMS, Conseil exécutif, Rapport du Directeur général, Le financement futur de l'OMS (EB128/21), 108e session, 15 décembre 2010.

normative de l'Organisation qui est, de par sa spécialisation, la mieux placée pour fournir des « conseils impartiaux et autorisés »[361]. Dans l'exercice de cette fonction essentielle, l'OMS est soutenue, voire aussi concurrencée, à la fois par des organisations interétatiques qui participent à l'élaboration de règles de droit international dans d'autres domaines interférant avec des questions de santé (1), et par des acteurs interétatiques ou non gouvernementaux qui, sans disposer de compétences normatives en matière de santé publique, influencent le contenu des politiques internationales et nationales de santé publique, voire le contenu matériel des normes juridiques (2).

1. L'intervention d'autres branches du droit international dans le domaine de la santé

a. Des régimes juridiques complémentaires

aa. Les matières connexes

De nombreux instruments juridiques de droit international, sans avoir été conçus exclusivement pour la promotion et la protection de la santé publique, ont une incidence réelle dans ce domaine et doivent par conséquent être retenus comme éléments du droit international de la santé. Il en est ainsi, comme cela a déjà été mentionné[362], dans le cadre du droit international des droits de l'homme[363], qui garantit le droit à la santé mais aussi les autres droits en lien avec la santé. Il en est ainsi aussi dans le cadre du droit international médical[364], qui concerne plus spécialement les garanties et obligations applicables au personnel médical, ou bien encore du droit humanitaire[365], qui traite des questions d'accès aux soins de santé, en temps de guerre, pour les forces armées et les populations civiles, et qui fixe des règles destinées à limiter l'usage des armes[366].

bb. Le droit international de l'environnement et la santé publique

Au-delà, le domaine de l'environnement est devenu un domaine clé dans lequel sont développées des règles de droit international qui, pour la plupart, sans avoir été élaborées expressément dans le but de promouvoir et protéger la santé publique, sont utiles à la promotion et à l'amélioration de la santé publique[367].

---

361 *Ibid.*, p. 2.

362 Voir supra, partie A.

363 Voir notre analyse supra, partie B. Le droit international de la bioéthique est à rattacher à ce domaine et à celui du droit humanitaire. Il ne contient que peu de règles juridiques « autonomes ». Voir sur ce point: Crouzatier (note 39), pp. 91-103.

364 Voir la présentation de ce domaine par Crouzatier, *ibid.*, pp. 65–76.

365 *Ibid.*, pp. 75–89; Harouel-Bureloup (note 33), pp. 113–126.

366 Voir notamment: Convention sur l'interdiction des armes biologiques de 1972; Convention sur certaines armes classiques de 1980; Convention sur l'interdiction des armes chimiques de 1993.

367 Pour une vue d'ensemble du droit international de l'environnement au regard des questions de santé publique, voir: Yasmin von Schirnding, William Onzivu, Andronico O. Adede, In-

La prise de conscience des conséquences des dégradations environnementales sur la santé publique a été officiellement exprimée pour la première fois dans la Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement adoptée à Stockholm en 1972[368]. Il était précisé que les « niveaux dangereux de pollution de l'eau, de l'air, de la terre et des êtres vivants[; les] perturbations profondes et regrettables de l'équilibre écologique de la biosphère[,] la destruction et l'épuisement de ressources irremplaçables » représentaient autant de « graves déficiences (...) dangereuses pour la santé publique, mentale et sociale de l'homme »[369]. Ce constat a été confirmé expressément dans de nombreuses déclarations de nature non contraignante[370]. Il a aussi été inscrit dans certains instruments juridiques du droit de l'environnement, sans néanmoins que des règles précises et concrètes ne soient systématiquement adoptées pour protéger et promouvoir la santé publique. Dans certains cas, la santé publique n'est même pas mentionnée, sa protection devant découler directement de l'amélioration de la protection environnementale[371].

La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux adoptée le 17 mars 1992[372], et plus particulièrement son Protocole sur l'eau et la santé[373], et la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants adoptée le 22 mai 2001[374], font partie des conventions qui non seulement, reconnaissent expressément les dangers pour la santé humaine engendrés par les dégradations de l'environnement[375], mais encore, définissent la protection de la santé publique comme étant l'un de leurs objectifs principaux et en tirent les conséquences[376]. Le Protocole sur

---

ternational environmental law and global public health, Bulletin of the World Health Organization 80/12 (2002), pp. 970–974.

368 Déclaration de Stockholm du 16 juin 1972 (A/CONF.48/14/Rev.1).

369 Pt. I, al. 3, Déclaration de Stockholm.

370 Le droit à la santé a été réaffirmé à de nombreuses reprises dans les déclarations adoptées en marge des conférences internationales sur l'environnement et le développement (rencontres décennales des « Sommets de la Terre »). Voir notamment: Déclaration de Rio de 1992 (principe 1), Plan d'action pour le 21e siècle de 1992 (chapitre 6 sur la protection et la promotion de la santé); Déclaration de Rio + 10 de 2002 (§ 53); Déclaration Rio + 20 de 2012 (§ 138).

371 Les Conventions suivantes ne mentionnent pas explicitement la santé publique: Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979; Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone de 1985; Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination de 1989; Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière de 1989.

372 Convention entrée en vigueur le 6 octobre 1996.

373 Protocole adopté à Londres le 17 juin 1999 et entré en vigueur le 4 août 2005.

374 Convention entrée en vigueur le 17 mai 2004.

375 Préambule, Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux; Préambule, Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants.

376 La Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs adoptée le 5 septembre 1997 prévoit aussi des mesures intéressantes (notamment concernant l'information des populations, art. 6 et 13) pour la protection de la santé publique.

l'eau et la santé définit ainsi la promotion de la protection de la santé et du bien-être de l'homme comme l'un de ses buts[377] et prévoit des mesures concrètes devant être mises en œuvre notamment dans le cadre des systèmes intégrés de gestion de l'eau[378]. La Convention de Stockholm, pour sa part, prévoit deux types de mesures bénéfiques à la protection de la santé: le premier type vise à l'interdiction de l'usage de certaines substances chimiques[379]; le second concerne l'amélioration de la transparence des politiques publiques et l'information des populations[380].

En revanche, ni la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) adoptée en 1992[381], ni son Protocole (dit de Kyoto) adopté en 1997[382], ne font référence à la santé publique[383]. L'objectif ultime de ces instruments est le blocage de l'évolution dangereuse du système climatique afin « que les écosystèmes puissent s'adapter naturellement aux changements climatiques, que la production alimentaire ne soit pas menacée et que le développement économique puisse se poursuivre d'une manière durable »[384]. Bien que la réalisation de cet objectif ne pourra qu'être bénéfique à la santé, une référence explicite à l'objectif de protection et d'amélioration de la santé publique aurait été des plus utiles pour l'interprétation et la mise en œuvre sans ambiguïté des dispositions sur les changements climatiques[385].

Depuis peu, il semble cependant que les enjeux de santé publique dans le cadre environnemental soient mieux pris en compte. Cette tendance ressort du discours du Secrétaire exécutif de la CCNUCC devant la 69e AMS en mai 2016[386]. Elle ressort en outre de l'Accord de Paris signé en décembre 2015 qui demande aux Etats parties « lorsqu'[ils] prennent des mesures pour faire face [aux] changements [climatiques] » de « respecter, promouvoir et prendre en

377 Art. 1, Protocole sur l'eau et la santé.

378 Art. 4, Protocole sur l'eau et la santé.

379 Art. 3, Convention de Stockholm.

380 Art. 10 et 11, Convention de Stockholm.

381 Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) adoptée à New York le 9 mai 1992, entrée en vigueur le 21 mars 1994.

382 Protocole de Kyoto à la CCNUCC adopté le 11 décembre 1997 et entré en vigueur le 16 février 2005. Ce Protocole prévoit des mesures destinées à la lutte contre les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère.

383 La CCNUCC précise uniquement que les « effets néfastes des changements climatiques [sont] les modifications de l'environnement (...) qui exercent des effets nocifs significatifs (...) sur la santé et le bien-être de l'homme » (art. 1). Elle fait en outre une référence indirecte à la santé publique en mentionnant dans son préambule la Déclaration de Stockholm de 1972.

384 Art. 2, CCNUCC.

385 La mise en œuvre d'un mécanisme en particulier serait tout à fait bénéfique pour la promotion de la santé publique. Il s'agit du mécanisme d'adaptation aux changements climatiques prévu à l'art. 4 de la CCNUCC.

386 Voir le communiqué de presse concernant l'allocution de Christiana Figueres, Secrétaire exécutif de la CCNUCC: OMS, Communiqué de presse, L'Assemblée mondiale de la Santé insiste sur l'importance d'une action sanitaire multisectorielle, 24 mai 2016, disponible sur le site ‹www.who.int›.

considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'homme [et] le droit à la santé (...) »[387]. Une telle évolution est d'autant plus nécessaire pour promouvoir et protéger la santé mondiale que des conflits de normes ne sont pas exclus. Un exemple de conflit est celui survenu lorsque l'Indonésie a invoqué la Convention sur la diversité biologique de 1992[388] pour justifier son refus d'envoyer des virus grippaux H5N1, isolés sur son territoire, au réseau mondial OMS de surveillance[389]. Cette Convention protège en effet le droit de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles et leur « pouvoir de déterminer [les conditions de] l'accès aux ressources génétiques »[390]. L'Indonésie exigeait que les échanges de virus grippaux destinés à la surveillance mondiale des épidémies se fassent dans un cadre juridique nouveau garantissant notamment un accès équitable aux vaccins produits à partir des virus fournis au réseau OMS, en cas de pandémie[391]. L'adoption d'un accord non contraignant par l'OMS en 2011 sur ce thème[392] a permis de mettre fin à cette crise, sans pour autant régler définitivement la question de l'accès équitable aux vaccins en cas de pandémie[393].

b. Le droit international du commerce: un régime concurrent ou complémentaire?

Malgré ces conflits éventuels, le droit de l'environnement peut être considéré comme un instrument clé au service de la promotion de la santé publique. En revanche, il n'en est pas ainsi pour le droit international du commerce. Jusqu'à aujourd'hui, d'une manière générale, la santé publique n'a pas été présentée explicitement comme un objectif ultime du droit international du commerce. La santé publique est au contraire un obstacle à la libéralisation des échanges et le droit international du commerce s'applique à définir des normes pour encadrer les mesures adoptées en son nom.

Le droit international du commerce est élaboré et mis en œuvre depuis 1994 sous l'égide de l'OMC qui a été créée pour succéder à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). L'OMC ne dispose pas de compétences dans le domaine de la santé publique. Sa fonction est d'encadrer la conduite des relations commerciales entre ses membres[394] afin de contribuer au

387 Préambule, Accord de Paris, signé le 12 décembre 2015.

388 Convention adoptée le 5 juin 1992 et entrée en vigueur le 29 décembre 1993.

389 Sur l'argumentation de l'Indonésie, voir: David P, Fidler, Influenza virus samples, international law, and global health diplomacy, Emerging infectious diseases 14/1 (2008), pp. 89–94, p. 90 s.

390 Préambule, art. 3 et 15, Convention sur la diversité biologique.

391 Sur les arguments juridiques des parties dans cette affaire, voir: Fidler (note 389).

392 OMS, Cadre de préparation en cas de grippe pandémique pour l'échange des virus grippaux et l'accès aux vaccins et autres avantages, Genève 2013, disponible sur le site ‹www.who.int›.

393 Voir l'analyse suivante: Lawrence O. Gostin, David P. Fidler, WHO's pandemic influenza preparedness Framework: a milestone in global governance for health, The Journal of the American Medical Association 306 (2011), pp. 200–201.

394 Art. 2, Accord de Marrakech.

« relèvement des niveaux de vie, [à] la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective (...) », tout en s'assurant que « les pays en développement, et en particulier les moins avancés d'entre eux »[395] profitent aussi de la croissance du commerce international. Un tel objectif n'est pas à priori en opposition avec l'objectif de protection et d'amélioration de la santé mondiale. Pourtant, les méthodes choisies pour l'atteindre ont pour conséquence une approche négative des questions de santé publique: les mesures nationales pour la protection de la santé publique sont autant de menaces pour les intérêts du commerce international.

Il en ressort ainsi, tout d'abord, du GATT qui a pour but la réduction des obstacles au commerce international des marchandises, ces obstacles prenant la forme de tarifs douaniers ou d'autres mesures à effet équivalent[396]. Le GATT autorise les Etats membres à déroger aux règles du commerce international uniquement lorsque ces dérogations ne constituent pas « une restriction déguisée » et sont « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des animaux »[397]. Cette disposition a été complétée par l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires qui vise une harmonisation de ces mesures afin de réduire leurs effets négatifs sur le commerce[398]. Conformément à l'article 2 de cet Accord, des mesures dérogatoires « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux » restent possibles. Elles doivent cependant, soit être conformes aux normes, directives ou recommandations internationales reconnues[399], soit reposer sur une justification scientifique pertinente[400].

Des dispositions analogues sont aussi inclues dans l'Accord général sur le commerce des services[401] et dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les Adpic)[402]. L'impact de la mise en œuvre de ce dernier Accord sur la santé mondiale fait partie

395 Préambule, Accord de Marrakech.

396 Voir l'analyse des conflits possibles entre les mesures nationales de santé publique et les articles 3 et 11 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) dans: OMC, OMS, les accords de l'OMC et la santé publique. Etude conjointe de l'OMS et du Secrétariat de l'OMC, Genève, 2002, pp. 166–179.

397 Art. XX b), GATT de 1994 (lu conjointement avec le GATT de 1947).

398 Préambule, Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires. Sur l'analyse de cet accord au regard de la santé publique, voir: Gerald G. Sander, Internationaler und europäischer Gesundheitsschutz, Baden Baden 2004, pp. 126–149. Sur les conflits entre les normes du droit international du commerce et la santé publique, voir d'une manière générale: Gostin (note 39), chap. 9.

399 Voir nos remarques supra, partie C.

400 L'accord relatif aux obstacles techniques au commerce précise en outre les conditions dans lesquelles les mesures restrictives pour la protection de la santé peuvent être adoptées.

401 Art. XIV b), Accord général sur le commerce des services, adopté le 15 avril 1994 et entré en vigueur le 1er janvier 1995.

402 Art. 27 al. 2, Accord sur les Adpic, adopté le 15 avril 1994 et entré en vigueur le 1er janvier 1995.

des sujets les plus discutés dans ce domaine[403]. L'Accord sur les Adpic définit en effet un système de brevet destiné à la protection de « toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques » à partir du moment où il s'agit d'une invention nouvelle susceptible d'application industrielle[404]. Ce système, qui vise a priori à favoriser l'innovation pour le profit de tous en protégeant les inventeurs, a pour conséquence de rendre certains produits, à l'instar des produits pharmaceutiques[405], inaccessibles au plus grand nombre ou du moins inaccessibles aux populations les plus pauvres qui sont aussi souvent celles qui en ont le plus besoin[406]. Certes, l'Accord sur les Adpic prévoit certaines flexibilités. Ainsi, conformément à son article 27 alinéa 2, certaines inventions peuvent être exclues de la brevetabilité lorsqu'il est nécessaire d'en empêcher « l'exploitation commerciale (...) pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux (...) ». Cependant, le fait qu'une déclaration supplémentaire ait été jugée nécessaire pour réaffirmer clairement que cet article autorisait les Etats à déroger au système des brevets au nom de la santé publique, met en évidence non seulement l'importance des liens entre les intérêts économiques et sociaux en jeu, mais encore la nécessité pour les Etats de s'interroger sur le respect du droit à la santé dans le cadre de l'approfondissement de leurs relations économiques et commerciales. Cette Déclaration dite de Doha sur l'accord sur les Adpic et la santé publique précise ainsi: « Nous convenons que l'Accord sur les Adpic n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. En conséquence, tout en réitérant notre attachement à l'Accord sur les Adpic, nous affirmons que ledit accord peut et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l'accès de tous aux médicaments. A ce sujet, nous réaffirmons le droit des Membres

403 Les auteurs dans le domaine des droits de l'homme sont particulièrement inspirés par ce sujet. Voir notamment l'analyse et les nombreuses références citées dans: GOSTIN (Global health law, note 39), pp. 289–301.

404 Art. 27 al. 1, Accord sur les Adpic.

405 La mise en œuvre de l'Accord sur les Adpic touche cependant aussi l'usage d'autres marchandises en lien avec la santé publique. Cet accord était central dans la bataille judiciaire concernant la mise en circulation à partir de 2012 en Australie de paquets de cigarettes neutres. Voir l'analyse de la loi australienne de 2011 sur le conditionnement neutre du tabac et de la décision de la Haute Cour sur la requête formée par l'industrie du tabac dans: DANIEL FLETCHER, JT International SA v. Commonwealth: Tobacco plain packaging, Sidney Law Review 35 (2013), pp. 827–843. La bataille juridique n'a pas cessé; la question de la légalité de ces mesures a été ensuite soumise à la procédure des différends de l'OMC (voir: Affaire DS467: Australie – certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques ou autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage).

406 Voir: HESTERMEYER (note 44), chap. introductif sur l'accès aux médicaments antirétroviraux en Afrique.

de l'OMC de recourir pleinement aux dispositions de l'Accord (...), qui ménagent une flexibilité à cet effet »[407].

2. *Les sources « inattendues » du droit international de la santé*

a. *L'élaboration décentralisée des stratégies de santé publique: concurrence ou complémentarité?*

Le droit international vise à définir les conditions et les modalités de la coopération des Etats dans différents domaines. Il s'agit de s'accorder sur les solutions à mettre en place pour résoudre des problèmes d'intérêts communs, la mise en œuvre passant aussi éventuellement par la modification et l'adaptation des systèmes juridiques nationaux. Dans le domaine de la santé, une telle adaptation des systèmes juridiques peut cependant aussi résulter de la mise en place, voire de l'imposition, de stratégies développées par des organisations internationales sans compétences normatives expresses dans le domaine de la santé. Un exemple de ce type est celui de la Banque mondiale créée en 1944 par les accords de Bretton Woods[408]. Le but originel de la Banque était la reconstruction de l'Europe et l'aide aux pays en développement à travers l'attribution de prêts au secteur public[409]. L'aide au développement est rapidement devenue l'activité centrale de la Banque. Dans le domaine de la santé, trois de ses institutions[410] sont intervenues en développant des programmes de prêts en faveur de la santé maternelle, puis à partir de la fin des années 1990 en faveur de la lutte contre le VIH/sida et le développement des systèmes de santé[411]. Ces programmes et les capacités incontestées de financement de cette organisation, ont permis à la Banque mondiale d'exercer une autorité toujours plus grande et déterminante[412] et d'imposer des choix stratégiques influencés par sa propre philosophie[413]. C'est ainsi, comme cela a été évoqué précédemment, que la

---

407 § 4, Déclaration de Doha (note 203).

408 D'une manière générale sur la Banque mondiale, voir: Jean-Pierre Cling, François Roubaud, La Banque mondiale, Paris 2008. Sur le rôle de la Banque mondiale dans le cadre de la santé mondiale, voir: Gostin (note 39), pp. 134–143.

409 Cling, *ibid.*, p. 3.

410 La Banque mondiale est composée de cinq organismes: la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), l'Agence internationale pour le développement (AID), la Société financière internationale (SFI), l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). La BIRD, l'AID et l'IFC interviennent dans le domaine de la santé. Voir sur leurs activités le site suivant: ‹www.banquemondiale.org›.

411 Voir Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale, Pour un développement sain. Stratégie de la Banque mondiale pour l'amélioration des résultats en matière de santé, nutrition et population, 2009.

412 Voir la critique par Gostin (note 39), p. 136 et s.

413 Et notamment la philosophie exposée dans son rapport sur le développement dans le monde (note 215).

Banque a pu imposer son approche des soins essentiels aux dépens de celle des soins primaires issue des discussions d'Alma Ata[414].

Un autre exemple est celui de l'AG de l'ONU qui intervient dans le cadre de la compétence générale de l'ONU inscrite dans l'art. 1 de la Charte des Nations Unies[415]. Malgré le fait que l'objectif général de réalisation de la paix soit conditionné par la protection et la promotion de la santé publique[416], les organes onusiens ne se sont pas vus attribuer des compétences appropriées pour l'adoption de normes juridiques contraignantes dans ce domaine. Ainsi, d'une manière générale, les institutions onusiennes ne doivent intervenir qu'en complément des politiques nationales[417] et dans le respect des compétences des institutions spécialisées[418]. L'Assemblée générale a été conçue comme un lieu de discussion des affaires entrant dans le champ d'application de la Charte[419] et ses activités ne peuvent conduire qu'à l'adoption de résolutions qui n'ont pas de caractère contraignant. Pour l'AG de l'ONU, il s'agit d'encourager un comportement particulier de la part des Etats membres, voire du Conseil de sécurité, concernant des questions relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales[420]. Il s'agit aussi de favoriser la coopération internationale dans différents domaines et notamment celui de la santé publique et des droits de l'homme[421]. Le Conseil de sécurité, en revanche, a le pouvoir d'adopter des décisions de nature contraignante qui devraient être acceptées et appliquées par les Etats membres[422]. Néanmoins, ces décisions sont d'une portée thématique – a priori – limitée car elles ne doivent intervenir que dans des situations très particulières de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression[423].

Et pourtant, le rôle de l'ONU ne doit pas être sous-estimé dans le cadre de la santé mondiale. L'ONU, à travers son Assemblée générale a exercé sa compétence générale et participé pleinement à l'élaboration de normes internationales touchant directement – à travers l'adoption d'actes multilatéraux dans les domaines des droits humains ou de l'environnement – ou indirectement, le domaine de la santé publique mondiale. L'ONU remplit ainsi un rôle d'impulsion et d'opérationnalisation. D'un côté, les Etats vont être encouragés à remplir des engagements qu'ils ont déjà acceptés; de l'autre, ils sont invités à réfléchir à la définition de programmes et plans d'action nouveaux pouvant éventuellement

414 Voir notre analyse supra, partie B.
415 Art. 1 § 3, Charte de l'ONU.
416 Art. 55 b, Charte de l'ONU
417 Art. 2 § 7, Charte de l'ONU.
418 Chap. VIII, Charte de l'ONU.
419 Art. 10, Charte de l'ONU.
420 Art. 14 et 62, Charte de l'ONU.
421 Art. 13 a et b, Charte de l'ONU.
422 Art. 25, Charte de l'ONU.
423 Art. 39, Charte de l'ONU. Sur l'exercice exceptionnel de ces compétences par le Conseil de sécurité dans le cadre de la crise Ebola, voir notre analyse supra, partie A.

mener à l'adoption d'engagements de nature conventionnelle. Ainsi, les résolutions adoptées par l'AG de l'ONU produisent dans certains cas ce que Michel Virally a qualifié « d'effets extrinsèques » en s'inscrivant dans le processus d'élaboration du droit international[424]. Certaines résolutions définissent précisément les objectifs, les moyens, les contrôles qui vont encadrer les Etats dans le développement de leurs politiques et stratégies nationales. Elles peuvent aussi en outre organiser un suivi institutionnel contraignant.

A titre d'exemple, il est possible de citer les activités de L'Assemblée Générale dans le cadre de la lutte contre le VIH/sida[425] ou bien encore celui du clonage humain[426]. L'AG a aussi été particulièrement active dans le domaine de la lutte contre les drogues illicites dont l'usage et l'abus font peser une grave menace sur la santé et le bien-être de toute l'humanité[427]. Elle a tenu sa première session extraordinaire sur ce sujet en 1998. Cette session s'est close par l'adoption d'une déclaration politique dans laquelle les Etats se sont engagés à respecter les trois conventions internationales existantes relatives au contrôle des drogues et à suivre un plan d'action prévoyant les objectifs à atteindre, les instruments à utiliser et le suivi de leurs activités[428]. Dans le domaine de la prévention et de la maîtrise des maladies non transmissibles, l'AG a aussi adopté en septembre 2011 une résolution[429] approuvant la Déclaration politique de la Réunion de haut niveau qu'elle avait convoquée l'année précédente[430]. Rappelant le rôle central de l'OMS dans le domaine de la santé, l'AG a précisé qu'il revenait à l'ONU en définitive de veiller à ce que les Etats remplissent les obligations acceptées[431]. C'est sur la base de cette compétence générale qu'elle définit le plan d'action que les Etats doivent suivre et les procédures de suivi de leurs activités à mettre en place[432]. Deux mécanismes sont prévus en ce sens: le premier vise un contrôle sur la base d'indicateurs définis par l'OMS et les Etats permettant d'évaluer les progrès réalisés dans la mise en œuvre des stratégies

---

424 Michel Virally, les actes unilatéraux des organisations internationales, in: Mohammed Bedjaoui (éd.), Droit International: Bilan et perspectives, Paris 1991, pp. 253–276, p. 271.

425 AG ONU, Déclaration d'engagement sur le VIH/sida (note 26).

426 AG ONU, Résolution 59/280 du 8 mars 2005, Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains (A/RES/59/280).

427 AG ONU, Résolution S-20/2 du 10 juin 1998, Déclaration politique (A/RES/S-20/2).

428 Voir les résolutions suivantes de l'AG ONU: Résolution S-20/2, *ibid.*; Résolution S-20/3 du 10 juin 1998, Déclaration (A/RES/S-20/3); Résolution S-20/4 du 10 juin 1998, Mesures propres à renforcer la coopération internationale pour faire face au problème mondial de la drogue (A/RES/S-20/4); Résolution 54/132 du 7 mars 2000, Coopération internationale dans la lutte contre le problème mondiale de la drogue (A/RES/54/132).

429 AG ONU, Résolution 66/2 du 19 septembre 2011, Déclaration politique sur les maladies non transmissibles (A/RES/66/2).

430 AG ONU, Résolution 64/265 du 13 mai 2010 (A/RES/64/265); AG ONU, Résolution 65/238 du 24 septembre 2010 (A/RES/65/238).

431 AG ONU, Résolution 64/265, *ibid.*

432 Les Etats doivent définir de nouvelles stratégies pour prévenir les maladies non transmissibles et notamment concernant l'éducation et l'information sanitaire (pt. 43 s., AG ONU, Résolution 66/2 (note 429)).

et plans nationaux. La résolution encourage la formulation d'indicateurs mais aussi d'objectifs et précise les échéances[433]. Le second mécanisme repose sur le Secrétaire général qui se voit confier la tâche d'analyser les progrès réalisés par les Etats pour améliorer l'action des différentes organisations impliquées dans cette campagne[434]. En outre, les Etats doivent s'appliquer à mettre en œuvre les stratégies mondiales développées par l'OMS en matière d'alimentation, d'exercice physique, d'usage de l'alcool ou bien encore à remplir leurs engagements au titre de la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac[435].

b. L'intervention des partenariats public-privés dans le droit international de la santé

aa. « L'univers surpeuplé de la santé publique »

Les Etats et les organisations intergouvernementales de type onusien sont et restent aujourd'hui encore les acteurs centraux de la santé mondiale[436]. Depuis la fin du XXe siècle, leurs activités sont néanmoins complétées, remplacées voire concurrencées par celles de très nombreux acteurs, nouveaux ou plus anciens. Dans le cadre de l'ONU, l'association des institutions spécialisées au sein d'un même programme est un phénomène récent. Le programme conjoint des Nations Unies pour lutter contre la pandémie de VIH/sida (ONUSIDA/UNAIDS) créé en 1995 pour élargir l'action menée jusqu'alors, en est un exemple[437]. Ce programme rassemble 10 agences spécialisées et est chargé de coordonner leurs actions[438]. Les ONG et les fondations privées en revanche, ne sont pas des acteurs nouveaux[439]. Les premières organisations non gouvernementales sont apparues au XIXe siècle avec pour raison d'être le développement de l'aide humanitaire d'urgence, notamment dans le cadre des guerres[440]. Les Sociétés de secours imaginées par Henry Dunant ont ainsi fait leur appari-

---

433 *Ibid.*, pts. 60–63.

434 *Ibid.*, pt. 64.

435 *Ibid.*, pt. 43.

436 Voir en ce sens l'analyse suivante de l'architecture institutionnelle changeante dans l'univers de la santé mondiale: PETER A. MAMELI, Managing the HIV/AIDS Pandemic: Paving a path into the future of international law and organization, Law and Policy 22 (2000), pp. 203–224. L'auteur insiste sur le fait que ce sont les Etats qui restent au centre du système, p. 205 s.

437 C'est à l'OMS qu'incombait jusqu'alors la responsabilité des actions de l'ONU contre le sida. Au milieu des années 90, il est cependant devenu évident que cette action était insuffisante. Sur la création et le fonctionnement de ce programme, voir: ONUSIDA, Le rapport de l'ONUSIDA: Une riposte conjointe au SIDA en action, Genève 1999. Voir aussi: MAMELI, *ibid.*, p. 208 s.

438 Il s'agit des agences suivantes: UNHCR, UNICEF, PAM, PNUD, FNUAP, OICS, OIT, UNESCO, OMS, Banque mondiale.

439 STEVE CHARNOVITZ, Les ONG: deux siècles et demi de mobilisation, L'Economie politique 13/1 (2002), pp. 6-21.

440 Sur la naissance du CICR au XIXe siècle, voir: EUGÈNE BOREL, L'Organisation internationale de la Croix-Rouge, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1923, p. 575 s.

tion en 1863 sous le nom de Sociétés de la Croix-Rouge[441]. Aujourd'hui, une ONG comme Médecins sans frontières joue un rôle de premier plan dans le domaine de la santé mondiale[442]. De nombreuses autres ONG ayant une assise nationale, régionale ou internationale, sont devenues des partenaires incontournables des programmes de l'OMS[443]. Concernant les fondations privées, celles-ci interviennent dans le domaine de la santé depuis le XIXe siècle à l'instar des fondations philanthropiques créées par Henri Ford ou Rockefeller. Ces deux fondations ont joué un rôle essentiel au niveau national en contribuant au développement du système de santé[444], mais aussi au niveau international. Rockefeller a ainsi apporté un soutien très important pour la mise en place des premières institutions internationales de santé au début du XXe siècle, puis pour celle de l'OMS[445]. Cette fondation contribue aujourd'hui encore au budget de l'OMS et à de multiples programmes de santé mondiale[446]. Sa contribution n'est cependant pas aussi importante que celle de la Fondation Bill & Melinda Gates créée en 2000. La Fondation Gates est aujourd'hui le contributeur privé le plus important dans le domaine de la santé mondiale[447]. Les sommes investies depuis sa création sont extrêmement importantes. Elles permettent le financement à la fois de programmes extrabudgétaires conduits par l'OMS[448], de projets de recherche ou d'exécution de programmes de santé menés par de multiples autres acteurs[449]. Cette fondation contribue aussi fortement au financement de partenariats public-privé qu'elle a contribué à créer à l'instar du Fonds mondial pour la lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme (GF) créé en 2002,

---

441 Le CICR n'est cependant ni une ONG ni une organisation internationale. Voir sur le statut hybride de cette organisation: G. Rona, Le statut du CICR: dans une catégorie à part, 17 février 2004, disponible sur le site ‹www.icrc.org›.

442 MSF a été créée en 1971. Il s'agit de l'une des plus importantes ONG françaises en termes de taille et de croissance avec Handicap International (création en 1982), Médecins du Monde (création en 1980), Comité catholique contre la faim et pour le développement (création en 1961), Action contre la faim (création en 1979).

443 Sur ces partenariats, voir: OMS, L'OMS et la société civile: des liens pour améliorer la santé, Genève 2002; OMS, Alliances stratégiques: le rôle de la société civile dans le domaine de la santé, Genève 2001.

444 Voir l'analyse suivante et les références citées: Ludovic Tournès, La fondation Rockefeller et la naissance de l'universalisme philanthropique américain, Critiques internationales 35/2 (2007), pp. 173–197.

445 *Ibid.*, p. 8. Voir aussi: Céline Paillette, De l'organisation d'hygiène de la SDN à l'OMS: mondialisation et régionalisme européen dans le domaine de la santé, 1919–1954, Bulletin de l'Institut Pierre Renouvin 32/2 (2010), pp. 193–198.

446 Voir par exemple: Fondation Rockefeller, Annual Report 2014, disponible sur le site ‹www.rockefellerfoundation.org›.

447 Voir: Bill and Melinda Gates Foundation, Who we are – foundation factsheet, 2015, disponible sur le site ‹http://www.gatesfoundation.org›.

448 A titre d'exemple, pour l'année 2014, la Fondation Gates a donné 256 521 237 dollars à l'OMS; les Etats membres ont contribué à hauteur de 1 032 868 359 dollars. Voir les informations sur le budget de l'OMS, disponibles sur le site ‹www.who.int›.

449 Voir: Bill and Melinda Gates Foundation (note 447).

ou bien encore de l'Alliance mondiale pour les vaccins et la vaccination (GAVI) créée en 2009[450].

L'OMS, ainsi que l'y autorise sa Constitution[451], participe aussi à l'activité de certaines de ces institutions créées sous la forme de partenariat public-privé. En 2000, l'OMS a en outre précisé les conditions d'un partenariat renforcé avec les entreprises commerciales, les fondations et les organismes à but non lucratif[452]. Les organismes concernés de la société civile et les entreprises privées sont ainsi autorisés, en accord avec ces principes directeurs, à contribuer aux ressources extrabudgétaires de l'OMS ou bien encore à s'engager avec l'OMS – et d'autres organisations internationales, gouvernements, ONG, fondations et entreprises privées (notamment pharmaceutiques) – au sein de partenariats public-privé[453].

La multiplication de ces acteurs depuis la fin des années 1990 a rendu l'identification des auteurs du droit international plus difficile. Pour décrire l'« univers surpeuplé de la santé publique »[454], Margaret Chan distingue entre les acteurs en fonction des objectifs et activités poursuivies: ces activités peuvent être des activités très ciblées d'exécution ou de financement d'une part, en opposition, d'autre part, aux activités fondamentales dont les résultats ne peuvent être visibles que sur le long terme, à l'exemple de celles tendant à la création, au renforcement ou à la consolidation des systèmes de santé. Dans le premier groupe d'acteurs entrent des ONG comme MSF dont la fonction première est de « procurer des soins curatifs et préventifs aux personnes en danger, indépendamment du pays où elles se trouvent » ou encore, « lorsque l'action médicale seule ne permet pas d'assurer la survie des populations (...) [de développer d'autres interventions] dans les secteurs de l'approvisionnement en eau, [l'hygiène sanitaire], la nutrition, la construction d'abris (...) »[455]. Mais il peut aussi s'agir de partenariats public-privé à l'exemple de GAVI dont l'action a pour but de « sauver la vie des enfants et protéger la santé des populations en favorisant un accès équitable à la vaccination dans les pays à faible revenu »[456]. Le Fonds mondial pour le Sida, la tuberculose et le paludisme, pour sa part, poursuit une

450 Sur ces institutions et d'autres partenariats dans le domaine de la santé, voir: Sophie Harman (note 52), chap. 3.

451 Art. 71, Constitution de l'OMS.

452 Conseil exécutif de l'OMS, Principes directeurs applicables à la collaboration avec le secteur privé en matière de santé, Rapport du 30 novembre 2000 (EB107/20).

453 *Ibid.*, p. 4 s. Les art. 13, 15, 16 et 27 de la Constitution de l'OMS prévoient certains mécanismes pour éviter les conflits d'intérêts. La politique de coopération avec les entreprises commerciales qui a été très largement encouragée par des Directeurs généraux successifs de l'OMS, a cependant fait l'objet de nombreuses critiques. Voir: Yves Beigbeder, Les partenariats de l'Organisation mondiale de la Santé, Revue Études internationales XLI/2 (2010), pp. 233–251.

454 Margaret Chan, Consultation informelle sur le financement futur de l'OMS: remarques liminaires, 12 janvier 2010, disponible sur le site ‹www.who.int›.

455 MSF, les 10 principes de MSF, Principe 1, disponible sur le site ‹www.msf.ch›.

456 GAVI, La Stratégie 2016–2020 de Gavi, l'Alliance du Vaccin, 2014, disponible sur le site ‹www.gavi.org›.

activité de financement: il est chargé de répartir les ressources de la Communauté internationale « de façon stratégique [entre les différents] programmes visant à mettre fin aux épidémies de sida, de tuberculose et de paludisme »[457].

bb. L'influence normative des acteurs non gouvernementaux

Pour autant, une telle distinction entre activités d'exécution ou de financement d'un côté, et activités plus fondamentales, de l'autre – incluant l'activité normative par excellence – est difficile à établir, la paroi séparant ces différents types d'activités n'étant pas étanche. Ainsi, si l'ONG MSF indique se consacrer principalement à l'action médicale, elle ne s'interdit pas pour autant de dénoncer les situations de violations manifestes et massives des droits humains et d'utiliser le moyen du lobbying politique pour assurer sa mission[458]. Cette activité, comme celle de GAVI qui s'est aussi donné pour mission de participer au renforcement des systèmes de santé d'une manière plus générale[459], sans être une activité normative, est cependant difficilement classifiable parmi les activités de pure exécution. Cette remarque est encore plus valide dans le cas du Fonds mondial. Il ressort ainsi de la stratégie adoptée pour 2012/2016 que le Fonds cherche à exercer une influence sur l'évolution du système juridique des Etats qu'il soutient. Sur cinq objectifs fixés par la stratégie, trois concernent directement l'activité de financement et deux relèvent d'une activité plus « fondamentale ». Ces objectifs visent en effet la promotion et la protection des droits de l'homme d'une part, et la pérennisation des programmes et avancées, d'autre part[460].

Au-delà, il est aussi nécessaire de mentionner le fait que certains partenariats, intervenant dans des domaines a priori exclusivement techniques, exercent de facto une fonction normative. Un parfait exemple est celui du partenariat public-privé créé en 1990 dans le domaine de la régulation pharmaceutique sous le nom de Conférence internationale d'harmonisation (ICH)[461]. Cette Conférence réunit en son sein des Etats ou organisations internationales avec un statut de membre observateur à l'instar de l'OMS, d'une part, et les représentants des autorités de régulation des produits pharmaceu-

457 Le Fonds Mondial, Mettre fin aux épidémies de sida, de tuberculose et de paludisme, disponible sur le site ‹www.theglobalfund.org›.

458 Voir: MSF (note 455), Principe 2.

459 Voir l'analyse suivante: Peter Hill, The alignment dialogue: GAVI and its engagement with national governments in health systems strengthening, in: S. Rushton, O. D. Williams (éd.), Partnerships and foundations in global health governance, Palgrave macmillan, 2011.

460 The Global Fund, The Global fund Strategy 2010–2016: investing for impact, disponible sur le site ‹www.theglobalfund.org›. Le Fonds Mondial a adopté une nouvelle stratégie le 27 avril 2016: The Global Fund, Investing to end pandemics, disponible sur le site ‹www.theglobalfund.org›.

461 Il s'agit plus précisément de l'International Conference on Harmonization of Technical Requirements for the Registration of Pharmaceuticals for Human Use (ICH).

tiques[462] et des industries pharmaceutiques[463] de trois régions ou pays (Europe, Japon, Etats-Unis d'Amérique) d'autre part[464]. La Conférence a pour fonction l'élaboration et l'adoption de directives sur la qualité, l'innocuité et l'efficacité des médicaments. Cette activité très technique vise à l'harmonisation des critères utilisés par les Etats et leurs agences dans ces différentes régions pour attribuer l'autorisation de mise sur le marché indispensable aux médicaments. Elle est absolument nécessaire pour faciliter la circulation des médicaments au niveau international. La Conférence a adopté plus de 50 directives et développé un instrument d'harmonisation très efficace appelé le « Common Technical Document » qui rassemble les exigences inscrites dans ces différentes directives. Il s'agit en quelque sorte d'un formulaire que les industries désireuses d'obtenir une autorisation de mise sur le marché pour leurs produits pharmaceutiques, doivent remplir. Dans la pratique, les Etats se trouvant dans les régions participantes, mais aussi ceux relevant des régions qui ne collaborent pas directement avec la Conférence pour la définition des directives, ont adopté ce système qui permet de lever des barrières « techniques » à l'accès aux médicaments. Pour autant, l'influence de la Conférence doit être questionnée au regard de sa légitimité à formuler des normes quasi contraignantes. Ce questionnement est d'autant plus nécessaire que l'analyse de ces directives révèle qu'elles ne sont pas toutes de nature purement technique mais qu'elles reflètent des choix de nature politique et éthique[465].

D. Conclusion

En mai 2015, Margaret Chan, Directeur général de l'OMS, concluait son allocution devant la 68e AMS consacrée en grande partie aux enseignements de la flambée épidémique en Afrique de l'Ouest, par les mots suivants: « L'épidémie d'Ebola a ébranlé les fondements mêmes de cette Organisation (...). Elle a constitué un moment décisif pour l'action de l'OMS et une occasion historique que les dirigeants mondiaux doivent saisir pour lui donner une nouvelle raison d'être et les moyens de jouer le rôle de chef de file de la santé mondiale »[466].

---

462 Les autorités de régulation dans le domaine du médicament en Europe, aux Etats-Unis et au Japon sont respectivement: L'Agence européenne du médicament (EMA), la Food and Drug Administration (FDA) et le Ministère de la santé (Japon).

463 L'industrie du médicament est représentée par les organisations suivantes actives dans ces trois régions: EFPIA (Europe), PhRMA (USA) et JPMA (Japon). Le secrétariat de la Conférence est pris en charge par la PhRMA.

464 Sur les activités de cette Conférence et leur influence normative, voir l'analyse suivante et les références citées: Stéphanie Dagron, Global Harmonization through public-private partnership: the case of pharmaceuticals, IRPA GAL Working Paper n° 2/2012. Disponible sur le site du Social Science Research Network (n° 1995035).

465 Voir: Dagron, *ibid.*

466 Chan (note 31).

Margaret Chan faisait ainsi référence à la nécessité pour les Etats de renforcer l'OMS dans son rôle central au sein du système international de sécurité sanitaire, mais aussi et surtout dans son rôle au sein du système de gouvernance mondiale de la santé.

Si les Etats ont réussi à s'entendre depuis peu pour définir une nouvelle stratégie applicable aux situations d'urgence sanitaire[467], il n'est pas certain qu'ils soient prêts à donner à l'OMS le soutien nécessaire pour qu'elle puisse jouer son rôle de chef de file dans le large domaine de la santé mondiale en faisant plus particulièrement usage de ses compétences normatives. Et pourtant, le tour d'horizon réalisé dans cet article a montré non seulement que les besoins de normes juridiques en matière de santé mondiale sont réels, mais encore et surtout que les fondements pour le développement d'un ensemble plus cohérent et homogène de normes juridiques sont posés. Le cadre de développement du droit international de la santé est défini par des principes et valeurs fondamentales reconnues dont la concrétisation a énormément progressé. Des normes de nature technique, mais aussi de nature plus générale existent, l'adoption de la Convention-cadre pour la lutte antitabac ayant en outre balisé la voie à suivre. Tous ces éléments sont encourageants pour l'avenir du droit international qui doit être considéré comme un instrument clé de la gouvernance mondiale.

Il est vrai que la santé est un domaine très particulier. Le droit, en cherchant à s'emparer de questions liées au bien-être des individus doit s'inscrire dans un contexte économique, politique et social dans lequel il est difficile d'aboutir à la définition de règles contraignantes de caractère universel. Et pourtant, des règles doivent être définies pour apporter une réponse aux menaces qui pèsent sur les populations et surtout pour mettre fin aux inégalités entre les Etats mais aussi, à l'intérieur des Etats, entre les individus. Un consensus doit nécessairement être trouvé entre pays riches, pays émergents, pays à faible ou à moyen revenu, et ce même si les intérêts politiques et économiques et les besoins d'ordre sanitaire de ces pays ne sont absolument pas les mêmes.

Au regard de ces difficultés, il est important de rappeler que le droit international est un instrument privilégié au service des populations et des Etats, quel que soit leur niveau de développement économique, pour réaliser l'objectif du bien-être des individus. La définition des fonctions du droit international telles qu'identifiées par l'internationaliste Martti Koskenniemi confirme très clairement ce point. Pour cet auteur, « international law exists to advance the values, interests and preferences that those in dominant positions seek to realize in the world. (...) [I]t also gives voice to those who have been excluded from powerful positions and are regularly treated as the objects of other peoples' policies; it provides a platform on which claims about violence, injustice, and social deprivation may be made even against the dominant elements. It is an instrument of

467 Sur ces progrès, voir le rapport du Directeur général du 11 mars 2016, présenté lors de la 69e AMS (document A 69/4), disponible sur le site ‹www.who.int›.

the critique of power (…). The law is instrumental, but what it is an instrument for cannot be fixed outside the political process of which it is an inextricable part. (…) In this sense, international law's value and its misery lie in its being the fragile surface of political community among social agents – States, other communities, individuals – who disagree about their preferences but do this within a structure that invites them to argue in terms of an assumed universality. (…) [Finally] international law exists as a promise of justice »[468]. Autant d'avantages dont il s'agit de tirer bénéfice dans le domaine de la santé mondiale, pour l'amélioration de la santé de tous de manière juste et égalitaire.

468 Martti Koskenniemi, What is international law for?, in: Malcolm D. Evans, International Law, Oxford 2014, p. 48.