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: Réflexion juridique sur la définition de la politique suisse de la santé

Autor: Sprumont, Dominique / Joset, Natacha

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896193

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: 16.07.2025

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

Réflexion juridique sur la définition de la politique suisse de la santé

DOMINIQUE SPRUMONT*/NATACHA JOSET**

* Prof. Dr. iur., Directeur adjoint de l'Institut de droit de la santé à l'Université de Neuchâtel et vice-directeur de la Swiss School of Public Health et de l'Ecole Romande de santé publique.

** Doctorante en droit de la santé publique, Faculté de droit, Université de Neuchâtel.

Table des matières

A. Introduction 91
B. Mandat de la Confédération dans le domaine de la santé 95
I. Survol du droit constitutionnel de la santé et de son évolution 95
II. La protection de la santé selon l'art. 118 Cst. 97
III. Portée de l'art. 118 al. 1 Cst. sur les autres domaines de compétence de la Confédération 98
C. La notion de santé en droit suisse: état des lieux 103
I. Les notions de santé, santé publique et de système de santé dans le rapport « Santé2020 » 105
II. La définition de la santé (et du droit de la santé) dans la doctrine suisse . . . 109
III. La définition de la santé dans la législation suisse 114
IV. Les notions de santé et santé publique selon le Tribunal fédéral 118
D. Les notions de santé et santé publique dans une perspective interdisciplinaire . . 121
I. De la nécessité d'une approche interdisciplinaire non-exclusive 121
II. Quelques repères historiques 122
III. Le concept de santé selon différentes perspectives 124
IV. Conséquences sous l'angle juridique 127
E. Conclusion 131
Bibliographie 133

Remerciements

Les auteurs tiennent à remercier sincèrement Géraldine Marks, collaboratrice scientifique à l'IDS, et Songül Yavavli, assistante-doctorante à l'IDS, pour leur relecture attentive des dernières épreuves de cet article ainsi que pour leurs remarques critiques[1].

A. Introduction

Le 11 janvier 2016, le Conseil d'État neuchâtelois a adopté une nouvelle stratégie de prévention et promotion de la santé faisant partie d'une stratégie sanitaire globale, la dernière en date en Suisse. Celle-ci vise notamment à « élargir le débat, actuellement focalisé sur les soins (hospitaliers notamment) pour embrasser réellement le champ de la santé et poser l'objectif d'améliorer la santé de la population »[2]. Cette stratégie ambitionne d'« apporter une amélioration notable, en termes de vision commune, et servir d'outil de coordination et de suivi »[3].

1 Les diverses sources dans le présent document ont été citées en date du 11 mai 2016.

2 Département des finances et de la santé du canton de Neuchâtel, Stratégie cantonale de prévention et promotion de la santé 2016–2026 (2016), p. 54. En guise d'arrière-plan, il faut noter que la stratégie hospitalière du canton de Neuchâtel a, en effet, subi ces dernières années de nombreuses remises en question de la part des différents acteurs du système de soins, population y comprise. Cela n'amenuise pas pour autant la pertinence de cette observation comme nous le verrons par la suite.

3 Ibidem.

Elle est fondée sur le principe-directeur que la politique sanitaire consiste en l'ensemble des choix stratégiques faits par l'État et ce y compris dans des domaines qui ne sont pas directement liés à la santé[4]. Ce faisant, le Conseil d'État neuchâtelois a défini une politique intégrant l'ensemble des déterminants de la santé[5] et dépassant donc les responsabilités du seul département de la santé[6]. Ladite stratégie liste les définitions retenues de certains termes particuliers[7] afin de préciser les prémisses sur lesquelles elle repose concernant les notions de « santé »[8], « prévention des maladies », « promotion de la santé », « déterminants de la santé », « health in all policies »[9] et d'« inégalités de santé ». En sus, les principes soutenant la démarche sont également clairement énumérés[10], à savoir: la responsabilité sociale et collective, la durabilité, l'égalité des chances, l'empowerment, la collaboration et coopération et enfin la démarche de santé publique[11]. Puis, conscient du nombre de problématiques potentiellement concernées par une politique de santé reposant sur une définition large de la santé, le Conseil d'État neuchâtelois a établi une liste de critères de priorisation[12].

Au niveau international cette fois, le 25 septembre 2015, l'Assemblée des Nations Unies a adopté les « Objectifs du Développement Durable » (ODD)[13] qui se placent en continuité avec la Déclaration du Millénaire de l'ONU de 2000. Parmi les Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD) de 2000, déjà quatre des huit objectifs faisaient référence explicitement à la santé[14]. Parmi les 17 ODD, figure cette fois en troisième position la « Bonne

---

4 Idem, p. 7.

5 À ce sujet cf. ci-dessous section D.II.

6 Département des finances et de la santé du canton de Neuchâtel, Stratégie cantonale de prévention et promotion de la santé 2016–2026 (2016), p. 4, 22. Ce constat est fait tout en reconnaissant que des rapprochements entre les départements sont nécessaires. Idem, p. 22.

7 Département des finances et de la santé du canton de Neuchâtel, Stratégie cantonale de prévention et promotion de la santé 2016–2026 (2016), p. 10–12.

8 Étant donné que nous allons nous pencher en particulier sur la définition de ce terme, nous précisons ici que le Conseil d'État neuchâtelois a retenu les définitions de la santé de l'OMS (Organisation mondiale de la santé), de la Charte d'Ottawa ainsi que celle de la Loi de santé neuchâteloise. Nous reviendrons sur ces définitions au point B.III.

9 Cf. à ce sujet ci-dessous point C.IV.

10 Département des finances et de la santé du canton de Neuchâtel, Stratégie cantonale de prévention et promotion de la santé 2016–2026 (2016), p. 12–13.

11 Qui recoupe en fait les principes d'Evidence Based Medicine et Evidence Based Policy. Cf. à ce sujet ci-dessous point B.

12 Département des finances et de la santé du canton de Neuchâtel, Stratégie cantonale de prévention et promotion de la santé 2016–2026 (2016), p. 13.

13 Résolution adoptée par l'Assemblée générale A/RES/70/1.

14 OMD 4, réduire de deux tiers la mortalité infantile; OMD 5, améliorer la santé maternelle; OMD 6, combattre le VIH-SIDA, le paludisme, la tuberculose et d'autres maladies; OMD 8, mettre en place un partenariat pour le développement, objectif qui mentionne notamment la cible E: en coopération avec l'industrie pharmaceutique, rendre les médicaments essentiels disponibles et abordables dans les pays en développement. Boidin Bruno, La santé dans une conception élargie (2015), p. 7.

santé et le bien-être », soit: « Permettre à tous de vivre en bonne santé et promouvoir le bien-être de tous à tout âge ». La santé se retrouve ainsi au cœur de la stratégie de l'ONU qui vise à éradiquer la pauvreté, protéger la planète et garantir la prospérité pour tous. L'ensemble des ODD[15] peut d'ailleurs être mis en relation avec la santé de manière indirecte, ces éléments pouvant être rattachés aux déterminants de la santé[16].

Entre ces deux niveaux cités en exemple, figure la Confédération qui a elle-même développé sa propre stratégie en matière de santé nommée « Santé2020 »[17]. Le Conseil fédéral s'est, en effet, pourvu d'une stratégie globale en matière de santé, sous forme d'un rapport intitulé « Santé2020 » adopté le 23 janvier 2013, qui définit sa vision politique en fixant les domaines d'action prioritaires avec les principaux objectifs, mesures et projets identifiés. À partir de ce rapport de politique générale en matière de santé, le Conseil fédéral et le Département fédéral de l'intérieur ont précisé toute une série de stratégies spécifiques dans de nombreux domaines tels que les addictions, la résistance aux antibiotiques, la santé psychique et les maladies non transmissibles. Outre le fait de constituer un document de référence, le rapport « Santé2020 » sert aussi d'outil de pilotage de cette politique. Celle-ci doit permettre de combler les lacunes décelées dans le système de santé à savoir: une transparence limitée, l'absence d'un pilotage ciblé ou de bases statistiques et analytiques, un faible investissement dans la prévention et le dépistage précoces des maladies. Cette stratégie a été développée sur ce qui pouvait rester des cendres de la loi fédérale sur la prévention qui n'a jamais passé le cap du Parlement[18]. Cette dernière avait d'ailleurs pour ambition, tout comme les deux exemples cités ci-dessus, de favoriser « un changement de paradigme, à savoir le passage de soins de santé entièrement axés sur le curatif à une politique de santé davantage orientée vers le préventif »[19]. Cette ambition ne se retrouve cependant pas dans la stratégie du Conseil fédéral « Santé2020 » qui semble fondée sur une vision plutôt

---

15 « [1] Pas de pauvreté, [2] Faim zéro, [3] Bonne santé et bien-être, [4] Éducation de qualité, [5] Égalité entre les sexes, [6] Eau propre, [7] Énergie propre et d'un coût abordable, [8] Travail décent et croissance économique, [9] Industrie, innovation et infrastructures, [10] Inégalités réduites, [11] Villes et communautés durables, [12] Consommation et production responsables, [13] Lutte contre le changement climatique, [14] Vie aquatique, [15] Vie terrestre, [16] Paix, justice et institutions efficaces, [17] Partenariats pour la réalisation des objectifs. ‹http://www.undp.org/content/undp/fr/home/sdgoverview/post-2015-development-agenda/goal-3.html›.

16 Boidin Bruno, La santé dans une conception élargie (2015), p. 8-10.

17 Office fédéral de la santé publique, Santé2020. Politique de la santé: les priorités du Conseil fédéral (2013).

18 Cette dernière devait d'ailleurs permettre tout comme « Santé2020 » de « renforcer la coordination et le pilotage des mesures, de clarifier la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, et de réorganiser les flux et le pilotage financiers ainsi que les compétences au niveau fédéral ». Message du Conseil fédéral du 30 septembre 2009 relatif à la loi fédérale sur la prévention et la promotion de la santé (Loi sur la prévention, LPrév), FF 2009 6389, 6399; Projet 09.076 du Parlement.

19 Message LPrév, FF 2009 6389, 6439.

restrictive de la santé et de la compétence en santé déléguée à la Confédération à l'art. 118 Cst[20].

Dans la réflexion que nous présentons ici, le droit constitutionnel représente à la fois l'outil essentiel de la réalisation des objectifs de santé publique en tant qu'intérêt public et droit fondamental ainsi que l'un des nombreux déterminants de la santé. Comme le laisse entendre le rapport « Santé2020 », la définition des tâches relevant des cantons et de la Confédération pourrait être améliorée, ainsi que la transparence et le pilotage de l'ensemble de la politique de santé[21]. Cela sous-entend un débat de fond sur la notion de santé et sur le rôle de l'État en la matière, débat qui, on peut le regretter, n'a pas réellement eu lieu autour du projet de loi fédérale sur la prévention. En ce qui concerne précisément la politique de santé suisse, il s'agit de s'interroger sur l'existence d'un outil juridique pouvant conduire à une politique de la santé prenant en compte l'ensemble des paramètres pertinents.

Dans un premier temps, le présent rapport a pour but de revenir aux fondements de la politique de santé de la Confédération, à savoir le droit constitutionnel de la santé. Un bref survol du développement des compétences fédérales en matière de santé permettra de planter le décor de notre analyse. Nous nous concentrerons ensuite sur l'art. 118 Cst. qui joue une place essentielle dans la définition des compétences fédérales en matière de santé. La question centrale dans cet exercice sera de déterminer le champ d'application de cette disposition, ce qui nous amènera à nous pencher sur la notion de la santé en droit suisse. À partir du rapport stratégique « Santé2020 », nous tenterons de dégager avec plus de précision la terminologie de la Confédération. La doctrine, la législation et la jurisprudence permettront de compléter ce panorama juridique des concepts de santé et de santé publique également abordés sous un angle interdisciplinaire. Il s'agira enfin d'en tirer les conséquences sous l'angle juridique et de proposer quelques pistes de réflexions.

Même si ces thèmes seront évoqués, il ne sera pas directement question du droit à la santé et du droit de la santé en tant que nouvelle branche du droit. Nous ne reviendrons pas non plus en particulier sur le développement et l'échec du projet de loi fédérale sur la prévention. L'accent sera surtout mis ici sur une réflexion générale concernant la politique suisse de la santé sous un angle juridique. Il s'agit de tenter de clarifier la manière dont l'État, en particulier la Confédération, comprend son rôle en matière de santé et se donne ou non les moyens de ses ambitions. Notre réflexion s'attachera en particulier à déterminer dans quelle mesure le droit pourrait ouvrir des perspectives nouvelles en la matière en invitant à porter un regard différent sur la situation actuelle.

---

20 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

21 Office fédéral de la santé publique, Santé2020. Politique de la santé: les priorités du Conseil fédéral (2013), p. 13.

B. Mandat de la Confédération dans le domaine de la santé

I. Survol du droit constitutionnel de la santé et de son évolution

Selon le principe de subsidiarité, ancré à l'art. 5*a* de la Constitution fédérale, l'ingérence de l'État est nécessaire si l'action des personnes ou des entités locales est insuffisante – ce qui implique également la non-ingérence de l'État si cette action est suffisante[22]. Ainsi il n'y a d'intérêt public (et donc éventuellement d'activité étatique) « que là où, selon les conceptions politiques dominantes, il existe un besoin, social, économique, culturel, que l'évolution des forces du marché laisse insatisfait »[23] ou que les initiatives privées ne sont pas aptes ou motivées à prendre en charge, notamment en vue de protéger des populations vulnérables ou de garantir les droits fondamentaux[24].

La santé publique, à la fois intérêt public et droit fondamental individuel, ne peut être suffisamment protégée, maintenue et favorisée par l'action des seuls individus. La protection de la santé publique, nécessitant à la fois une démarche éducative, préventive, curative et de réhabilitation, ne saurait être raisonnablement confiée au seul secteur privé si l'on veut garantir que les valeurs cardinales démocratiques telles que la solidarité et la protection des plus faibles, soient respectées. Le principe de subsidiarité concerne également la répartition des compétences, en particulier dans un État fédéral. L'autorité la plus proche de l'individu (communale ou cantonale) devrait intervenir avant l'autorité supérieure (fédéral en l'occurrence) sauf si la matière nécessite une harmonisation des règles. Ainsi, la Confédération s'est vue attribuée des compétences croissantes en la matière. La place de la santé dans la Constitution fédérale n'a cessé d'évoluer depuis 1848 dans le respect du principe de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons inscrit à l'art. 3 de la Constitution fédérale déjà depuis 1848[25]. De manière schématique, les compétences attribuées à la Confédération se subdivisent en 5 domaines: (1) la police sanitaire[26], (2) les assurances sociales[27], (3) l'environnement[28], (4) le « biodroit »[29] et (5) les soins (de base et de médecine complémentaire)[30]. À ces domaines généraux, on pourrait d'ailleurs ajouter des compétences spécifiques telles que le

---

22 Barroche Julien, La subsidiarité – Le principe et l'application (2008), p. 784.

23 Moor Pierre/Martenet Vincent/Flückiger Alexandre, Droit administratif. Les fondements (2012), p. 757.

24 Sprumont Dominique, Le service public et les services d'intérêt public: l'exemple de la santé (2006), p. 188–189.

25 « Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral ».

26 Art. 63, 95, 105, 110 et 118 Cst.

27 Art. 112, 116 et 117 Cst.

28 Art. 74 Cst.

29 Art. 118b, 119, 119a et 120 Cst.

30 Art. 117a et 118b Cst.

travail, secteur où les premières prescriptions en matière de protection de la santé des travailleurs ont été édictées[31].

Les questions de police sanitaire, notamment en matière de lutte contre les maladies ou de réglementation des professions médicales, sont abordées dès 1874 dans la Constitution fédérale. En ce qui concerne les assurances sociales, leur inscription dans la Constitution fédérale accompagne le développement de l'État-providence, tout d'abord avec les assurances maladies et accidents jusqu'à l'assurance-maternité. Concernant cette dernière, on notera le décalage entre l'introduction en 1945 de l'art. 34^{quinquies} dans la Constitution, qui en fixe le principe, et l'adoption de la révision de la loi sur les allocations pour perte de gain du 3 octobre 2003 qui instaure véritablement une assurance-maternité au niveau fédéral[32]. La protection de l'environnement est consacrée en 1971 par l'introduction de l'art. 24^{septies} dans la Constitution fédérale de 1874. Son inscription à l'art. 74 de la « nouvelle » Constitution fédérale de 1999 s'accompagne d'une mention expresse des questions de prévention. Le « biodroit », qui porte sur les questions de début et de fin de vie, de recherche, de transplantation d'organes ainsi que de procréation médicalement assistée et de génétique, prend quant à lui ancrage dans la Constitution fédérale dès le début des années 1990. Son émergence correspond au début de la bioéthique et au débat public que suscite de manière générale le développement des sciences de la vie. En effet, si le progrès médical suscite de grands espoirs, il soulève aussi des craintes. Un encadrement juridique et éthique de ces avancées technologiques prend ainsi rapidement forme. Enfin, sans doute aussi en partie en réaction à la technicisation croissante de la médecine, les soins de base et de médecine complémentaire ont récemment fait leur entrée dans la Constitution fédérale.

Cette évolution des compétences de la Confédération dans le domaine de la santé a principalement consisté à lui attribuer des tâches nouvelles liées aux changements de société, par exemple en matière d'assurances sociales, mais aussi aux progrès médicaux, en ce qui concerne le « biodroit ». Cela ne s'est pas fait *stricto sensu* par transfert de compétences des cantons en faveur de la Confédération, avec un abandon correspondant de leurs propres prérogatives, mais par acquisition de nouvelles compétences dans des domaines qui jusque-là n'étaient pas considérés comme relevant de tâches étatiques. La Constitution fédérale s'est ainsi renforcée au rythme des nouveaux enjeux de société exigeant une intervention de l'État sans remise en cause des compétences originelles des cantons dans le domaine de la santé.

---

31 Art. 110 al. 1 let. a Cst. et év. 122 Cst. pour la protection en droit privé: art. 328 CO.

32 Art. 16b et ss LAPG.

II. La protection de la santé selon l'art. 118 Cst.

Sur la base de ces dispositions, quel est le champ de compétences de la Confédération en matière de santé? La question ne se pose pas seulement en relation avec les compétences des cantons, mais au sein même de l'administration fédérale. Jusqu'où le Conseil fédéral, les différents départements et les offices concernés peuvent agir afin de protéger et améliorer la santé de la population au niveau suisse? Le premier domaine spécifique en matière de santé attribué à la Confédération est celui de la lutte contre les maladies inscrit à l'art. 69 aCst. qui deviendra l'art. 118 al. 2 let. b de la Constitution fédérale de 1999. Comme il ressort du texte de la disposition originale, cette compétence était particulièrement limitée à l'origine: « La législation concernant les mesures de police sanitaire contre les épidémies et les épizooties qui offrent un danger général, est du domaine de la Confédération » (art. 69 aCst. de 1874). À cette date, seuls la variole, le choléra, le typhus et la peste étaient couverts et le champ d'action de la Confédération était restreint à des mesures de police, à l'exclusion de mesures de prévention. La situation a toutefois évolué[33]. L'art. 69 aCst. est révisé en ces termes en 1913: « La Confédération peut prendre, par voie législative, des mesures destinées à lutter contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'homme et des animaux ». D'une part, le cercle des pathologies visées est élargi et, d'autre part, la Confédération n'est plus limitée uniquement à des mesures de police dans ses moyens d'action. Cette teneur est proche de celle de l'art. 118 al. 2 let. b Cst. actuel avec toutefois une différence notable introduite à l'art. 118 al. 1 qui précise: « Dans les limites de ses compétences, la Confédération prend des mesures afin de protéger la santé ».

Bien que central dans cette disposition, ni l'art. 118 de la Constitution fédérale ni le message du Conseil fédéral y relatif ne fournissent directement de définition de la santé. Cette observation faite, Biaggini[34] reprend la définition suivante d'une personne en bonne santé (énoncée dans un autre contexte par Poledna et Berger) censée déterminer la portée de l'art. 118 Cst.: « konstruktiv Sozialbeziehungen aufbauen kann, sozial integriert ist, die eigene Lebensgestaltung an die wechselhaften Belastungen des Lebensumfeldes anpassen kann, dabei individuelle Selbstbestimmung sichern und den Einfluss mit den genetischen, physiologischen und körperlichen Möglichkeiten herstellen kann »[35]. Poledna dans son commentaire de la disposition en déduit plutôt

33 Pour un historique détaillé de cette disposition et des compétences de la Confédération en matière de lutte contre les maladies, consulter Hänni Christian/Harbath Stephan/Sprumont Dominique, La résistance aux antibiotiques (2006), p. 45–94.

34 Art. 118 § 5, Biaggini in: Biaggini Giovanni/Schürer Stefan, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG (2007), p. 555.

35 Poledna Tomas/Berger Brigitte, Öffentliches Gesundheitsrecht (2002), p. 1.

qu'il s'agit d'une « offenen, wandelbaren Begriff der Gesundheit »[36]. Plus précisément, cette notion irait au-delà de l'absence de maladie et d'infirmités mais ne se laisserait définir qu'en fonction des époques ou en fonction du domaine juridique en question.

La question de la nature de la santé telle que mentionnée dans l'art. 118 al. 1 Cst. semble particulièrement délicate, certaines analyses juridiques allant jusqu'à en ignorer quasiment l'existence[37]. POLEDNA précise que la santé n'est pas ici comprise en tant que bien de police (Polizeigut) *uniquement* mais comporte également des aspects de l'ordre de la protection du bien-être et de la prévention (« fürsorgerische und Wohlfahrtsaspekte »)[38]. Pour BIAGGINI, c'est le bien de police en premier lieu (sans préciser quoi d'autre) qui est protégé et c'est le bien juridique de la santé *publique* qui est visé en particulier[39]. Cela signifie selon BIAGGINI toujours, que même si cela peut être le cas indirectement, le mandat de l'art. 118 al. 1 Cst. ne concerne ni la santé individuelle ni la santé animale et ne fonde aucun droit à des mesures étatiques ou à des prestations[40].

III. Portée de l'art. 118 al. 1 Cst. sur les autres domaines de compétence de la Confédération

Selon POLEDNA, le mandat du premier alinéa s'applique aux atteintes imminentes à la santé de l'homme. En sus, la protection face aux atteintes indirectes (telles que dues à la mauvaise qualité de l'air ou un environnement bruyant) serait régie par le droit de l'environnement (précisément l'art. 74 Cst.)[41]. La protection de la santé consisterait donc prioritairement en l'élimination des dan-

36 Art. 118 § 4 Poledna in: EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung (2014), p. 2072.

37 On peut noter en passant que dans le cadre de l'expertise juridique demandée en lien avec une éventuelle législation relative à la protection contre les chiens dangereux, la question de la compétence de la Confédération dans ce domaine n'a été résolue que sous l'angle de l'alinéa 2. Il n'a été fait aucune mention d'une éventuelle compétence relevant de l'art. 118 al. 1. MÜLLER MARKUS/FELLER RETO, Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Schutze des Menschen vor gefährlichen Tieren (insb. Hunden) (2007), p. 199 ss. JAAG et RÜSSLI ont quant à eux rapidement réglé la question par la négative dans le cadre de la question de constitutionnalité de la protection contre la fumée passive. JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, Schutz vor Passivrauchen: verfassungsrechtliche Aspekte. AA050008 Beschluss des Kassationsgerichts, 7. Oktober 2005 (2006), p. 24–26.

38 Art. 118 § 4, Poledna in: EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung (2014), p. 2072.

39 Art. 118 § 4, Biaggini in: BIAGGINI GIOVANNI/SCHÜRER STEFAN, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG (2007), p. 555.

40 Art. 118 § 4, Biaggini in: Ibidem.

41 Art. 118 § 3, Poledna in: EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung (2014), p. 2072. On note que la protection de la santé animale en particulier serait régie par la disposition y relative à savoir l'art. 80 Cst.

gers, ce qui comprend également dans le cadre de l'alinéa 2 des mesures de prévention et de promotion de la santé y compris pour des dangers plus abstraits[42]. On pourrait ainsi penser que POLEDNA restreint le champ d'application de l'alinéa 1 de sorte qu'il recouvre dans les faits uniquement les cas où l'État prend des mesures de police, situation qui remplirait *a priori* les mêmes critères. Cependant, AUBERT, largement soutenu par la doctrine[43], prête à l'alinéa 1 une fonction programmatrice censée mettre en valeur le but que les mesures prises selon l'alinéa 2 doivent remplir: à savoir la protection de la santé. D'après ces mêmes auteurs, cette compétence fragmentaire de l'art. 118 al. 1 Cst.[44] est complétée par d'autres mandats relevant d'autres dispositions constitutionnelles[45] pour lesquelles la Confédération doit également protéger la santé. Dans le même sens, l'Office fédéral de la justice (OFJ) dans le cadre d'une expertise relative à la fumée passive affirme que l'alinéa 1 de l'art. 118 Cst. ne constitue pas une délégation de compétences en tant que telle mais a plutôt une fonction programmatique en lien avec l'alinéa 2. L'alinéa 1 préciserait le but pour lequel la Confédération peut prendre des mesures dans les domaines définis à l'alinéa 2[46].

Quant au champ d'application de l'art. 118 al. 1 Cst., le message du Conseil fédéral relatif à cette disposition distingue les dangers directs compris dans l'article 118 des autres atteintes (indirectes) qui seraient dues au bruit, à la pollution de l'air, de l'eau ou de l'environnement qui, elles, sont visées par le droit de l'environnement[47] (en particulier les art. 73 ss Cst). Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'atteintes directes relevant de l'alinéa 2 ou d'atteintes indirectes rele-

---

42 Art. 118 § 3, Poledna in: Ibidem.

43 Art. 118 § 4, Aubert in: AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale (2003), p. 927; BIAGGINI GIOVANNI/SCHÜRER STEFAN, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG (2007), p. 555; Art. 118 § 5–6, Poledna in: EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung (2014), p. 2072–2073; JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, Schutz vor Passivrauchen: verfassungsrechtliche Aspekte. AA050008 Beschluss des Kassationsgerichts, 7. Oktober 2005 (2006), p. 24; Art. 118, Gächter/Renold-Burch in: WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID, Bundesverfassung. Basler Kommentar (2015), p. 1855.

44 En ce qui concerne l'alinéa 2, il ne s'agit pas seulement d'une compétence mais d'un mandat c'est-à-dire: « der Bund darf und muss in gesetzgeberischer Hinsicht alles vorkehren, was nötig und geeignet ist, damit er die ihm von der Bundesverfassung spezifisch zugewiesenen Aufgaben erfüllen kann » OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Frage der Grundlage für eine Bundesgesetzgebung zum Schutz vor dem Passivrauchen (2004), part. II. 1.

45 POLEDNA cite entre autres: l'art. 41 al. 1 let. b, 95 al. 1, 95 al. 2, 110 al. 1 let a, 117 ainsi que certaines lois qui en découlent: Code civil (droit de protection de l'adulte et de l'enfant), Loi sur l'agriculture, Loi sur la protection de l'environnement, etc. BIAGGINI quant à lui: les art. 58 ss, 104, 110, 119, 119a et la réglementation découlant de l'art. 118 al. 2 Cst.

46 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Frage der Grundlage für eine Bundesgesetzgebung zum Schutz vor dem Passivrauchen (2004), part. II. 1.

47 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 338.

vant d'autres dispositions, la Confédération doit prendre en compte les aspects liés à la santé[48]. SCHÜPBACH et AL reformulent ainsi: « Nach Meinung des Bundesrates ist die Wendung so zu verstehen, dass der Bund bei all seinen Tätigkeiten gesundheitspolitische Überlegungen einzubeziehen habe »[49]. On notera que *de facto* les dangers indirects et donc non concernés par l'art. 118 al. 2 Cst. sont plus abstraits mais sont aussi les plus nombreux. À défaut de préciser pour chacun d'entre eux le champ de compétence spécifique de la Confédération sous l'angle de la santé, il pourrait exister alors un risque potentiel, dans un système fédéraliste comme le nôtre, que plus aucun échelon ou aucune institution ne se sente responsable en matière de santé[50]. En effet, quand plusieurs personnes ou organismes sont responsables, le risque est grand que personne ne le soit véritablement, chacun s'appuyant sur la responsabilité de l'autre pour ne pas remplir la sienne. Ce phénomène apparaît à intervalles réguliers dans les discussions relatives à la prévention et à la promotion de la santé, discussions qui, généralement, se résolvent grâce ou à cause de l'argument de la responsabilité individuelle qui finalement arrange de nombreux acteurs.

Quant à la cible de ces mesures, selon GÄCHTER et RENOLD-BURCH « Das Ziel besteht im Schutz der [...] öffentlichen Gesundheit [...]. Es geht um die Abwehr mehr oder weniger konkreter Gefahren für die Gesundheit der Allgemeinheit und damit um gesundheitspolizeiliche Interessen. [...] Nicht im Zentrum stehen hingegen der individuelle Gesundheitszustand des Menschen und dessen Verbesserung mittels allgemeinder gesundheitsfödernder Massnahmen; dies allein schon deshalb, weil es hierfür an einer entschprechenden Kompetenz des Bundes fehlt »[51].

Lors de l'adoption de l'art. 69 de la Constitution de 1874 relatif à la lutte contre les maladies, il ressortait « clairement que ce sont des préoccupations d'ordre économique et social plus que des motifs purement sanitaires qui se trouvent à l'origine de l'art. 69 Cst. C'est surtout parce qu'elles frappent une frange importante de la population et sont de nature à porter gravement atteinte à sa capacité de travail et, partant, à l'économie, que la Confédération doit lutter contre les maladies mentionnées à l'art. 69 Cst. On doit en déduire que seules tombent dans la compétence de la Confédération les maladies transmissibles d'une certaine gravité, qui ont des conséquences néfastes sur le plan économique et social. Une maladie transmissible comme le rhume n'est probablement pas suffisamment grave pour justifier une intervention de la Confédéra-

48 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 338.

49 Schüpbach Mike/Forster Peter/Zeltner Thomas, Gesundheitsrecht (2005), p. 206.

50 POLEDNA TOMAS, Gesundheitsrecht (2005), p. 17.

51 Art. 118 § 4, Gächter/Renold-Burch in: WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID, Bundesverfassung. Basler Kommentar (2015), p. 1855. C'est apparemment aussi ce qui différencie l'art. 118 de l'art. 41 puisque ce dernier viserait en premier l'individu. Art. 41 § 34, Gächter/Werder, in: Idem, p. 818.

tion »[52]. Malgré le fait que la doctrine reconnaisse que la conjonction « et » est mal choisie pour ce qui est des caractéristiques des maladies provoquant l'action de la Confédération, MALINVERNI est d'avis que c'est en fait dans ces cas-là que la Confédération agira *de facto*[53].

Il existe une incertitude selon une partie de la doctrine de savoir si la compétence fédérale de l'art. 118 al. 2 Cst. est épuisée par la Confédération. S'agissant d'une compétence concurrente[54], il faudrait ainsi déterminer si les cantons peuvent légiférer dans les domaines où la Confédération n'a pas fait usage de sa compétence de manière exhaustive[55]. Cela paraît d'emblée être le cas dans le domaine des maladies non transmissibles. Cette interprétation est aussi admise par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de contrôle des médicaments. Le Tribunal fédéral s'est notamment prononcé à ce sujet dans une affaire fribourgeoise concernant un groupe de droguistes qui contestaient la compatibilité avec le droit fédéral de dispositions de la loi sur la santé cantonale imposant un devoir d'autorisation pour les spécialités de comptoir fabriquées en petite quantité. Il a considéré à ce propos que la délégation de compétence de l'art. 118 al. 2 Cst. n'accordait pas une compétence exclusive à la Confédération et que, « loin d'enlever toute compétence aux cantons, le législateur a, au contraire, expressément évoqué leur responsabilité pour garantir effectivement la sécurité des spécialités de comptoir … »[56]. Il ne s'agit d'ailleurs pas ici de remettre en question la compétence des cantons en santé publique[57], cette disposition ne distribuant pas de nouvelle compétence. Comme le répètent JAAG et RÜSSLI en se référant à l'art. 118 al. 1 « Diese Bestimmung hat keine kompetenzbegründende Funktion; das Gesundheitswesen ist grundsätzlich Sache der Kantone »[58]. La Confédération dispose ainsi en matière de santé d'une compétence concurrente non limitée aux principes qui lui permet d'agir dans tous les domaines qui relèvent de ses compétences et cela, au-delà de ceux mentionnés à l'art. 118 al. 2 Cst.

---

52 Art. 69 Cst. § 15 Malinverni, in: AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/BOIS PHILIPPE/KOLLER HEINRICH, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (1996), p. 5.

53 Art. 69 Cst. § 15 Malinverni, in: Ibidem.

54 Cf. à ce sujet art. 118 § 3, Biaggini in: BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG. Kommentar (2007), p. 555.

55 Comparer à ce sujet art. 118 § 7, Poledna in: EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung (2014), p. 2073.

56 Arrêt du 30 août 2002 (2P.38/2001), cons. 2.4.2.

57 Art. 118 § 6, Poledna in: EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung (2014), p. 2072; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Frage der Grundlage für eine Bundesgesetzgebung zum Schutz vor dem Passivrauchen (2004), part. I. 1.

58 JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, Schutz vor Passivrauchen: verfassungsrechtliche Aspekte. AA050008 Beschluss des Kassationsgerichts, 7. Oktober 2005 (2006), p. 24.

On notera que cette interprétation est confirmée par un récent arrêt du Tribunal fédéral dans lequel il affirme: « L'art. 118 al. 1er Cst. habilite la Confédération à prendre, dans les limites de ses compétences, des mesures afin de protéger la santé. Il ressort déjà de ce libellé que cette règle ne fonde pas de compétences, le domaine de la santé étant en principe du ressort des cantons. La Confédération ne jouit d'un pouvoir législatif, relativement à la protection de la santé, que dans le cadre des compétences qui lui sont déjà conférées, ainsi que dans les domaines énumérés de façon exhaustive à l'art. 118 al. 2 Cst., au nombre desquels figure la « lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux » (let. b). C'est dès lors uniquement dans les domaines mentionnés à l'art. 118 al. 2 Cst. que la Confédération jouit d'une compétence générale [d'édicter des règles dotées de la primauté] »[59]. On peut en déduire *a contrario* que dans les autres domaines que ceux fixés à l'art. 118 al. 2 Cst. la Confédération dispose d'une compétence concurrente fragmentaire (par opposition à générale), dans la mesure où elle vise à protéger la santé conformément à l'art. 118 al. 1 Cst. Par autres domaines, il faut entendre ici l'ensemble des domaines de compétences attribués explicitement à la Confédération par la Constitution fédérale. Selon les termes du Conseil fédéral dans son message relatif à l'art. 118 Cst.: « Dans toutes ses activités, lesquelles se fondent non seulement sur la disposition du 2e alinéa *mais aussi sur les autres compétences conférées dans le titre 3*, il lui appartient de prendre en compte les aspects liés à la santé »[60] (nos italiques). L'art. 118 al. 1 Cst. permet ainsi d'envisager un rôle plus actif de la Confédération dans la protection de la santé des individus et de la population, au-delà de l'alinéa 2 et des domaines spécifiques énumérés. La portée de cette compétence dépend toutefois largement de la manière dont sont comprises les notions de santé et de santé publique.

Dans le cadre des travaux préparatoires relatifs à la loi fédérale sur la prévention, la question avait par ailleurs été posée de savoir si une modification constitutionnelle était nécessaire afin d'assurer son ancrage légal. Or, assez rapidement le Conseil fédéral a nié cette nécessité étant donné que les art. 117 et 118 al. 2 Cst.[61]. impliquent également « la prévention, de la promotion de la santé et de la détection précoce, à savoir la lutte contre les maladies transmissibles, très répandues ou particulièrement dangereuses et la réduction des coûts de santé en découlant »[62]. L'existence de la base constitutionnelle de la loi sur la prévention ne laissait ainsi pas l'ombre d'un doute. On peut cependant reprocher une certaine ambiguïté dans la position du Conseil fédéral, qui d'un côté affirme la

59 ATF 139 I 242, 247, JdT 2014 I 71, 75 (trad.), cf. également références citées.

60 Message Constitution, FF 1997 I 1, 338.

61 Cette compétence n'étant donc selon le Conseil fédéral que partiellement épuisée par la Confédération. Cf. Message LPrév, FF 2009 6389, 6401.

62 Message LPrév, FF 2009 6389, 6417.

constitutionnalité de la loi sur la prévention sur la base de l'art. 118 al. 2 et d'un autre promeut une loi qui vise à « à prendre en compte les *déterminants de la santé et à associer tous les domaines politiques concernés* lors de la planification et de la mise en œuvre des mesures de prévention, de promotion de la santé et de détection précoce »[63]. La question est résolue par le biais d'une restriction, à savoir: l'application de la loi, telle que par le biais des objectifs nationaux par exemple, doit se rapporter à des maladies spécifiques[64]. On peut d'ailleurs se demander si ce n'est pas le retour par la petite porte d'une vision pathogénique de la santé. Cette impression est d'ailleurs renforcée quand le Conseil fédéral affirme que bien que non limitée aux instruments de police sanitaire, la Confédération ne peut légiférer en matière de promotion de la santé « que lorsqu'il existe une étroite connexité matérielle avec la prévention »[65] d'une catégorie citée par l'art. 118 al. 2 let. b Cst. Sautant ensuite tout un pan d'argumentation, il affirme « la notion de « santé » peut être comprise dans un sens plus large que celui de ne souffrir d'aucune maladie; de fait, il est possible de promouvoir la santé, au titre de bien, dans une très large mesure. A cet égard, la Confédération ne bénéficie d'aucune compétence. La promotion de la santé dans de telles proportions est du ressort des cantons. La Confédération n'est donc pas habilitée à prendre des mesures de promotion de la santé globales et ne visant pas une maladie en particulier »[66]. L'analyse de la notion de santé en droit suisse nous amène cependant à relativiser cette position.

C. La notion de santé en droit suisse: état des lieux

De quo locutum est? Préciser ce dont il est question est le point de départ de tout raisonnement juridique. Cela implique aussi bien de préciser les notions que de clarifier la terminologie. Le choix des mots n'est évidemment pas anodin. Il permet de s'assurer que chacun parle effectivement de la même chose ou, au contraire, de constater une absence de consensus et, partant, le besoin de mieux définir et délimiter la thématique. Cette démarche s'avère d'autant plus importante en droit suisse que notre ordre juridique est à l'image de notre société multilingue et multiculturelle. Il ne s'agit donc pas seulement de s'accorder sur les termes et les définitions, il faut aussi s'assurer qu'il existe une certaine cohérence dans leur traduction d'une langue à l'autre. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il paraît ainsi indispensable de s'attarder sur la manière dont la santé, dans ces différentes dimensions, est appréhendée dans les princi-

63 Nous soulignons. Art. 2 al. 2 let. e LPrév.
64 Message LPrév, FF 2009 6389, 6450.
65 Message LPrév, FF 2009 6389, 6501.
66 Message LPrév, FF 2009 6389, 6501.

pales sources du droit suisse en s'intéressant aussi à la manière dont les termes sont traduits, en particulier en français et en allemand.

La notion de santé est largement influencée par le système de prise en charge des coûts, et en particulier par les assurances sociales. Ce système reconnaît un rôle central à une conception scientifique/médicale de la santé. Cela au détriment d'autres aspects. Ainsi, l'art. 32 de la loi fédérale sur l'assurance maladie (LAMal)[67] fixe les conditions générales de remboursement des soins dans le cadre de l'assurance obligatoire. La règle de base est que ces prestations « doivent être efficaces, appropriées et économiques ». L'article précise que « l'efficacité doit être démontrée selon des méthodes scientifiques » et que « l'efficacité, l'adéquation et le caractère économique des prestations sont réexaminés périodiquement ». La LAMal place ainsi la science au centre du système de financement des soins par les assurances sociales[68]. *Mutatis mutandis*, la même règle vaut en matière d'assurance accident, assurance invalidité et assurance militaire bien qu'elle ne soit pas formulée de manière aussi explicite. Par exemple, l'art. 16 de la loi fédérale sur l'assurance militaire (LAM)[69] prescrit que « L'assuré a droit à un *traitement approprié et économique* visant à améliorer son état ou sa capacité de gain ou à les préserver d'une atteinte plus considérable » (nos italiques). La démonstration scientifique des caractères approprié (et, sous-entendu, efficace) ainsi qu'économique de la prestation est implicite.

L'importance que le législateur a donnée à la science en matière de couverture d'assurances sociales a donné lieu à un débat nourri, notamment en relation avec les médecines complémentaires. Plusieurs d'entre elles sont aujourd'hui prises en charge par l'assurance de base et la Constitution fédérale a été complétée en 2009 par un article invitant la Confédération et les cantons à pourvoir, « dans les limites de leurs compétences respectives, à la prise en compte des médecines complémentaires » (art. 118a Cst.). Cette ouverture en faveur des médecines dites naturelles n'a toutefois pas remis en cause le paradigme du caractère scientifique de la médecine contemporaine et, par extrapolation, de la santé publique.

Il ressort aussi des règles en matière de formation et de pratique des professionnels de la santé[70] que notre société s'attend à ce que tout fournisseur de soins travaille conformément aux standards de sa profession, standards qui reposent sur des preuves scientifiques. On parle ainsi couramment de médecine

---

67 Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal) (RS 832.10).

68 Longchamp Guy, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale (2004), p. 97-145.

69 Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (LAM) (RS 833.1).

70 Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd) (RS 811.11); Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (Loi sur les professions de la psychologie, LPsy) (RS 935.81); Projet et message concernant la loi fédérale sur les professionnels de la santé (LPSan) du 18 novembre 2015, FF 2015 7925 et 7989.

fondée sur les preuves ou Evidence Based Medicine (EBM). De nombreuses initiatives, comme le projet Cochrane qui a fêté ses vingt ans en 2015, visent d'ailleurs à systématiser l'évaluation des choix thérapeutiques et à offrir au grand public la possibilité « de décider de sa santé en connaissance de cause »[71]. La gouvernance de notre système de soins apparaît ainsi fortement influencée par l'évolution de la science et la recherche. Le rapport sur la santé dans le monde 2013 de l'OMS intitulé « La recherche pour la couverture sanitaire universelle »[72] souligne ce mouvement.

Le principe d'une médecine fondée sur des preuves scientifiques (EBM) étant élevé dans les assurances sociales au rang d'une exigence légale, il paraît opportun d'adopter une démarche identique en matière de droit de la santé et, partant, de politique de la santé, les deux approches étant indissociables à la lumière du principe de la légalité. Notre réflexion se place en effet à la frontière entre théorie et pratique, entre la loi ou le droit dans les textes et la manière dont les autorités politiques et administratives les mettent en œuvre. La question essentielle qui se pose est de déterminer dans quelle mesure notre politique de santé se traduit dans l'ordre juridique (respectivement en est l'expression) et reflète les dernières connaissances en matière de santé publique. Une telle question amène à s'interroger sur les fondements conceptuels de la politique de santé en Suisse.

Il s'agit de se rapprocher de la vision que partagent le législateur et l'administration fédérale et cantonale sur ce qui constitue le système de santé, ses éléments constitutifs, mais aussi ses limites. Une compréhension partagée des notions de base et des mesures à prendre afin de répondre pleinement aux besoins de santé des individus et de la population dans le cadre du mandat constitutionnel paraît en effet une précondition essentielle à toute politique de santé fondée sur les preuves ou Evidence Based Policy (EBP).

I. Les notions de santé, santé publique et de système de santé dans le rapport « Santé2020 »

Dans un pays fédéraliste comme la Suisse, où les compétences en matière de santé sont réparties entre la Confédération et les cantons et où le principe de subsidiarité consacré à l'art. 5a Cst. joue un rôle important, la stratégie « Santé2020 » apporte un éclairage bienvenu sur la manière dont la politique de santé est conçue, réalisée et évaluée au niveau national. Ce rapport compense, en partie, l'absence d'une législation-cadre en matière de santé publique au niveau fédéral. Il s'agit de trouver le bon équilibre afin d'encourager le cercle le plus large possible de milieux intéressés (offices fédéraux, autorités cantonales, professionnels de la santé, établissements de soins, industrie phar-

71 ‹http://swiss.cochrane.org/fr/home#about-cochrane›.
72 ‹http://www.who.int/whr/2013/report/fr/›.

maceutique, assurances sociales et privées, associations de patients, ligues de santé, etc.) à collaborer sur des objectifs communs afin de répondre au mieux aux besoins de santé de la population.

Le rapport « Santé2020 » jouant un rôle croissant dans l'organisation du système de santé suisse, il paraît utile d'analyser les notions fondamentales qui le sous-tendent. En effet, dès lors que les autorités fédérales et cantonales au plus haut niveau, ainsi que l'ensemble des acteurs du système de santé, du secteur public comme du secteur privé, sont amenés à s'y référer, le rapport « Santé2020 » pourrait s'avérer être un outil intéressant de clarification et d'harmonisation des notions et des pratiques. Sous cet angle, il ne peut laisser les juristes indifférents. Afin de déterminer les champs terminologiques contenus dans ledit rapport, nous avons ainsi procédé à un recensement des termes utilisés dans les versions allemande, française et italienne du texte. La tâche s'avère toutefois plus délicate qu'il n'y paraît, le rapport ne contenant pas de définition de la santé, de la santé publique, ou encore du système de santé. Une analyse plus approfondie s'impose donc pour saisir le sens attribué à ces termes.

En introduction, le rapport met l'accent sur le fait que la population suisse est en bonne santé, mais aussi qu'elle est « très satisfaite des prestations de son système de santé »[73]. Cette remarque est intéressante dans la mesure où elle fait directement référence à des prestations, autrement dit aux soins. Dans une large mesure, le rapport s'intéresse en effet davantage aux soins, à leur organisation et à leur financement qu'à la santé publique ou au système de santé au sens large. Si l'on s'en tient aux quatre domaines d'action identifiés, à savoir (1) qualité de vie; (2) égalité des chances; (3) qualité des soins et (4) transparence, la santé n'apparaît pas explicitement alors que les soins sont un domaine spécifique. Le décalage est encore plus frappant si l'on analyse les mesures de base envisagées. En effet, sur les 36 mesures prévues, 26 (ou plus de 70 %) concernent directement les soins, les professionnels de la santé (ou fournisseurs de prestations) et les assureurs ou le financement des soins en général.

Fait marquant, les remarques concernant les coûts de la santé portent quasi exclusivement sur les coûts des prestations du système de soins, en particulier sous l'angle du financement par les assurances sociales. Ainsi, il est fixé un objectif 2.2 dans le domaine de l'égalité des chances qui vise à « maintenir la santé à un niveau abordable en accroissant l'efficacité ». Le rapport précise à ce propos: « Les coûts et les primes en hausse constante représentent une charge financière énorme pour les personnes à bas revenu et la classe moyenne. Il s'agit de définir de nouvelles solutions pour éviter que plus de la moitié de la population doive demander des réductions de primes »[74]. L'enjeu ici est explicitement

73 Office fédéral de la santé publique, Santé2020. Politique de la santé: les priorités du Conseil fédéral (2013), p. 4.

74 Idem, p. 9.

la hausse des primes d'assurance-maladie. Il s'effectue ainsi un glissement sémantique par lequel les coûts de la santé font en réalité références aux primes d'assurance-maladie et où le système de santé est assimilé à un marché des soins. Ce décalage est du reste confirmé par le constat suivant dans la section sur les avantages et coûts du système de santé: « **Le secteur de la santé est un marché en pleine croissance**. Quant à l'industrie pharmaceutique et au secteur de la technologie médicale, ce sont deux poids lourds des exportations helvétiques. Le fait que la population de notre pays soit en bonne santé représente en outre un atout économique de taille »[75].

Alors que le rapport « Santé2020 » traite pour l'essentiel de questions liées aux soins, on peut légitimement s'interroger s'il est propre à atteindre son objectif de définir une « stratégie globale »[76] de la santé. La comparaison des versions allemande, française et italienne souligne d'ailleurs une relative confusion entre ces notions de base. Ainsi, l'expression « Gesundheitssystem » est citée 43 fois en allemand, alors que la version française ne parle que 36 fois de « système de santé » et la version en italien 42 fois de « sistema sanitario ». A l'opposé, il est fait mention 5 fois en allemand de « Gesundheitsversorgung » alors qu'il y a une seule mention du « système de soins » en français et 25 fois l'expression « assistenza sanitaria » en italien. Ce dernier terme traduit dans la majorité des cas le terme « Versorgung » (cité 63 fois) et « soins » (cité 72 fois). De manière générale, le terme « Gesundheitswesen » apparaît 6 fois en allemand, auquel il faut rajouter une référence à la « Public Health » (en anglais dans le texte et figurant également en italien sans autre équivalent que les termes déjà mentionnés) concernant la formation des professionnels de la santé, alors que la version française ne comprend que 2 mentions à la santé publique (si l'on fait abstraction des 2 citations de l'Office fédéral de la santé publique) et aucune référence à la « Public Health ».

Cette brève analyse sémantique du rapport « Santé2020 » met en évidence un certain flottement terminologique et conceptuel. Il ne permet pas de dégager une vision claire des fondements théoriques qui sous-tendent la politique du Conseil fédéral en matière de santé. Pourtant, celui-ci est conscient qu'une action portant uniquement sur le système de soins ne permet pas de protéger et améliorer efficacement la santé de la population. Il admet en effet à ce propos: « Il ne faut toutefois pas oublier ici que **l'état de santé de la population suisse dépend à 60 % de facteurs externes à la politique de la santé**, comme l'éducation, la sécurité sociale, la situation professionnelle et le revenu, l'environnement ou encore la situation en matière de transports et de logement. Il serait toutefois possible d'influer de manière ciblée, au niveau fédéral, sur ces déterminants sociaux et liés à l'environnement en renforçant la collaboration avec les

75 Nous soulignons. Idem, p. 16.

76 Selon l'expression du site de l'Office fédéral de la santé publique: ‹http://www.bag.admin.ch/gesundheit2020/index.html?lang=fr›.

départements concernés »[77]. Une telle remarque confirme que la vision du Conseil fédéral sur sa politique de santé est plutôt restrictive, limitée principalement aux domaines du droit interventionnel et structurel de la santé[78], autrement dit aux champs de compétences restreints du Département fédéral de l'intérieur, de l'OFSP et de l'OFAS. Il se fonde ainsi sur une interprétation stricte du mandat constitutionnel. Est-ce pourtant la seule voie possible? N'est-il pas envisageable de construire une nouvelle politique de la santé qui tienne mieux compte des dernières connaissances en santé publique mais aussi d'une interprétation plus dynamique de la Constitution fédérale?

La politique extérieure de la Suisse en matière de santé adoptée par le Conseil fédéral le 9 mars 2012 apporte à ce propos une piste intéressante de réflexion. Comme cela est mentionné dans le rapport y relatif: « La Suisse est le premier pays à avoir publié une convention d'objectifs nationale interministérielle relative à des questions globales de santé. Depuis sa signature, cette convention fait donc figure d'exemple au niveau international »[79]. Ledit rapport poursuit en affirmant que: « Vivre dans un pays développé, c'est vivre dans une société offrant à tous des options sociales, écologiques et économiques conciliables avec une vie dans la dignité. Ceci comprend l'accès à la formation et aux soins, mais aussi la prise en compte de la vulnérabilité et de l'insécurité, ainsi que la possibilité d'influer sur le cadre de la pauvreté en participant à la vie politique et en surmontant l'exclusion et le manque de moyens[80]. Cette conception repose sur la reconnaissance du droit fondamental de tout être humain à la possession du meilleur état de santé physique et mentale qu'il est capable d'atteindre prévu par la Constitution de l'OMS »[81]. Le point de départ de la politique extérieure de la Suisse en matière de santé s'avère ainsi moins préoccupé par le système de soins que par la réalisation du droit à la santé dans ses dimensions sociale, écologique et économique à la lumière du principe de dignité humaine. Pour reprendre le rapport du Conseil fédéral: « la politique extérieure en matière de santé est fondée sur la primauté du droit et sur les droits de l'homme »[82]. Cela implique la mise en place de structures de bonne gouvernance[83] à tous les niveaux d'intervention, dans un esprit d'équité et d'attention

---

77 Nous soulignons. Office fédéral de la santé publique, Santé2020. Politique de la santé: les priorités du Conseil fédéral (2013), p. 7.

78 Cf. ci-dessous section D.IV.

79 Département fédéral des affaires étrangères/département fédéral de l'intérieur (édit), Politique extérieure suisse en matière de santé (2012), p. 7.

80 Cette conception est d'ailleurs également suggérée dans le préambule de la Constitution fédérale: « Le peuple et les cantons suisses, [...] sachant [...] que la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres arrêtent la Constitution que voici ».

81 Département fédéral des affaires étrangères/département fédéral de l'intérieur (édit), Politique extérieure suisse en matière de santé (2012), p. 10.

82 Idem, p. 13.

83 Sur la conception de la Direction du Développement et de la Coopération (DDC) en matière de « bonne gouvernance »: ‹https://www.eda.admin.ch/deza/fr/home/themes-ddc/plaidoyer-bonne-gouvernance/bonne-gouvernance.html›.

particulière à la lutte contre les effets de la pauvreté sur la santé. Cette question de la précarité est peut-être moins pressante en Suisse que dans les pays dits en voie de développement, mais les inégalités et discriminations dans la réalisation du droit à la santé pour tous dans notre pays n'en restent pas moins réelles. Il serait ainsi bénéfique que le Conseil fédéral transpose, du moins en partie, sa politique extérieure en matière de santé dans sa stratégie nationale.

II. La définition de la santé (et du droit de la santé) dans la doctrine suisse

Les auteurs suisses qui s'intéressent au droit de la santé n'échappent pas à l'obligation de définir la nature du domaine qui les préoccupe. On pourrait ainsi espérer retrouver dans la littérature une définition de la santé, respectivement du droit de la santé, à partir de laquelle chacun et chacune pourrait se positionner. La tâche s'avère toutefois plus ardue que prévue. Non sans provocation, LANDOLT affirme de manière apodictique que « Das Gesundheitsrecht kennt keine Gesundheitsdefinition »[84]. Considérant que le vocabulaire juridique repose plutôt sur le modèle biomédical (par opposition aux modèles psychologique ou social) et porte surtout sur les états pathologiques, il aborde cette notion *a contrario* en passant en revue les différentes atteintes à la santé définies en droit des assurances sociales, à savoir la maladie, l'accident et l'invalidité. Comme le relève notamment SCHWENDENER, avant les assurances-maladies, nul n'avait besoin de définir l'état d'une personne comme étant malade ou en santé[85]. La part des soins à rembourser a ainsi longtemps servi d'unique base pour la définition de la maladie et donc de la santé. Sous cet angle, poser une définition du droit de la santé s'avère évidemment délicat, LANDOLT s'attachant plutôt à énoncer les différentes normes qui pourraient y être rattachées aux niveaux constitutionnel, législatif et réglementaire. On retrouve une même approche de systématisation du droit de la santé à partir de la doctrine et des sources existantes de cette branche particulière du droit en émergence chez ZENGER[86]. D'un point de vue théorique, il en ressort une image relativement éclatée et infra-juridique du droit de la santé dont il n'apparaît pas toujours clairement quels sont les liens entre ses différents éléments.

À l'opposé, pour GÄCHTER et RÜTSCHE, ce n'est pas tant l'absence de définition de la santé qui pose problème, mais la multiplicité de ces dernières: « So paradox dies auch klingen mag: Dem Gesundheitsrecht darf *kein einheitlicher Gesundheitsbegriff* der einen oder anderen Art zu Grunde gelegt werden, wenn die Perspektive nicht zu sehr eingeengt werden soll. Vielmehr ist der Gesund-

84 LANDOLT HARDY, Öffentliches Gesundheitsrecht (2009), p. 3.

85 SCHWENDENER MYRIAM, Krankheit und Recht (2008), p. 5. Cf. dans le même sens POLEDNA TOMAS, Gesundheitsrecht (2005), p. 14.

86 ZENGER CHRISTOPH ANDREAS, Was ist Gesundheitsrecht? (2003), p. 15–38.

heitsbegriff im jeweiligen Regelungsumfeld entsprechend der Zwecksetzung des jeweiligen gesundheitsrechtlichen Teilsystems zu konkretisieren »[87].

POLEDNA et BERGER expriment la même difficulté. En s'inspirant de la définition de la santé consacrée dans le préambule de la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé[88], ils proposent de la définir comme un processus dynamique dans lequel l'individu cherche à optimiser son environnement à travers quatre facteurs: les conditions génétiques et biologiques, les possibilités médico-techniques, le style de vie ainsi que l'environnement naturel et social[89]. Cette définition porte en fait indirectement sur la notion de « déterminants de la santé ». Ils s'attachent ensuite à distinguer les « services de santé » (Gesundheitswesen) d'un côté, de la santé publique (Public Health – *en anglais* dans le texte) de l'autre. Notons que ces auteurs refusent explicitement de parler d'un « système de santé » (Gesundheits*system*) suisse car, selon eux, cela sous-entendrait une planification au niveau national alors que chaque canton dispose de son propre système. Ils limitent ainsi l'usage de l'expression « système de santé » au seul niveau cantonal. En ce qui concerne les « services de santé » (Gesundheitswesen), les mêmes auteurs proposent la définition suivante: « alle Einrichtungen und Massnahmen zur Versorgung mit medizinischen, paramedizinischen und pflegerischen Gütern sowie Dienstleistungen, die das Ziel haben, den Gesundheitszustand der Bevölkerung zu erhalten oder zu verbessern »[90]. On peut alors s'interroger s'il est vraiment question ici de « services de santé » ou plutôt de « prestation » (Leistung)[91] ou de « soin » (Versorgung, Pflege). Ceci n'est pas sans créer une certaine confusion dans la mesure où le terme « Gesundheitswesen » est généralement traduit en français par « santé publique » comme, par exemple, dans la désignation de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) (Bundesamt für Gesundheitswesen, BAG). D'ailleurs, par contraste avec leur définition des « services de santé » (Gesundheitswesen), POLEDNA et BERGER définissent la santé publique (Public Health, öffentliche Gesundheit) comme étant « alle staatlichen analytischen und organisatorischen Anstrengungen, welche sich mit der Erkennung von Gesundheitsproblemen in der Bevölkerung sowie mit deren Verbesserung oder Verhinderung befassen »[92]. L'appellation

87 GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHE BERNHARD, Gesundheitsrecht (2013), p. 4.

88 Constitution de l'organisation mondiale de la santé, signée à New York le 22 juillet 1946, approuvée par l'Assemblée fédérale le 19 décembre 1946 (RS 0.810.1).

89 POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, Öffentliches Gesundheitsrecht (2002), p. 1. Comme GÄCHTER et RÜTSCHE, ils font référence au « manuel de santé publique » de GUTZWILLER et JEANNERET (1re éd. 1996), aujourd'hui édité par GUTZWILLER et PACCAUD (3e éd. 2009). Ce document important dans la formation en santé publique des professionnels de la santé en Suisse établit toutefois une confusion entre la Constitution de l'OMS de 1946 et la Charte d'Ottawa sur la promotion de la santé, la première datant de 1946 la seconde de 1986 (et non 1976 comme indiqué aussi bien par GÄCHTER et RÜTSCHE que POLEDNA et BERGER).

90 Idem, p. 2.

91 Art. 24 ss LAMal.

92 POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, Öffentliches Gesundheitsrecht (2002), p. 5.

« Sozial- und Präventivmedizin » est également utilisée comme synonyme de « Public health »[93]. L'aspect multidisciplinaire de la santé publique est ici clairement mis en évidence. La distinction entre « services de santé » (Gesundheitswesen) et santé publique (Public Health, öffentliche Gesundheit) n'est toutefois pas évidente et on peut discuter de la pertinence de tirer une ligne de démarcation claire entre ces deux concepts.

Pour revenir à la définition de la santé *stricto sensu*, plusieurs auteurs[94] mettent également en lumière la diversité des approches, aussi bien dans le langage commun que dans les disciplines académiques spécialisées: sciences naturelles, psychologie, sociologie, droit, etc.: « Es handelt sich auch nicht um einen spezifisch rechtlichen Begriff mit einigermassen klar umrissenem Gehalt (Lehre und Rechtsprechung), sondern vielmehr um einen hochgradig unbestimmten, konkretisierungsbedürftigen Begriff, der in unterschiedlichen Bezugsrahmen zur Anwendung kommt – primär natürlich im medizinischen Bereich und im Versicherungswesen, aber auch in Bezug auf die Entwicklung der Umwelt, der Staatsfinanzen oder der Wirtschaft »[95].

Fait intéressant, Burch s'arrête brièvement sur les définitions légales de la santé en droit cantonal, constatant qu'il n'y en a pas en droit fédéral. À ce propos, elle indique que même le projet de loi sur la prévention (qui n'a pas passé le cap des Chambres fédérales) ne comprenait pas de définition de la santé. Comme Landolt, elle s'intéresse alors plutôt aux définitions des atteintes à la santé selon la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales[96]. On notera toutefois que Burch reprend ensuite de manière systématique différents éléments constitutifs de la santé pour en offrir une analyse détaillée[97]: 1. absence de maladie (ou d'autre atteinte à la santé); 2. état de complet bien-être; 3. processus dynamique (par opposition à un état statique); 4. norme sociale (définie par son adaptabilité et sa performance); 5. esthétisme et « wellness ». Elle opère ensuite une distinction similaire à celle de Poledna et Berger entre « santé publique » et « santé populationnelle » (« öffentliche Gesundheit » et « Volksgesundheit ») d'un côté et « Public Health » (*en anglais* dans le texte) (comme champ scientifique spécifique) de l'autre. Si les notions de « öffentliche Gesundheit » et « Volksgesundheit » retenues par Burch semblent en partie recouvrir celle de « Gesundheitswesen » selon Poledna et Berger, elle s'avère beaucoup plus large. En effet, elle précise à ce propos

93 Burch Stephanie, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention (2014), p. 20–21; Poledna Tomas, Gesundheitsrecht (2005), p. 19.

94 Burch Stephanie, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention (2014); Gächter Thomas/Rütsche Bernhard, Gesundheitsrecht (2013); Schwendener Myriam, Krankheit und Recht (2008), p. 3 ss.

95 Burch Stephanie, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention (2014), p. 5.

96 Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) (RS 830.1).

97 Burch Stephanie, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention (2014), p. 10–23.

que: « Der Begriff der öffentlichen Gesundheit hat angesichts der zunehmenden staatlichen Gesundheitsförderungs- und Präventionsmassnahmen eine Ausweitung erfahren und wird nicht mehr nur in einem (engen) polizeirechtlichen Sinn verstanden. Vielmehr wird der Staat zunehmend in einem allgemeinen Sinne als zuständig für die Gesundheit seiner Bevölkerung erachtet. Der gesunde Körper wird zum Anknüpfungsobjekt « bio-politischer Regulierung »[98] und die individuelle Gesundheit dadurch mit der Gesundheit der Bevölkerung verbunden. Insofern kann es allenfalls trotz (oder gerade wegen) der rechtlichen Konturlosigkeit doch wieder richtig sein, in diesem Zusammenhang von der « Volksgesundheit » statt von der öffentlichen Gesundheit zu sprechen, zumindest im juristischen Kontext. »[99]

Il faut en particulier mentionner ici l'analyse particulièrement poussée de SCHWENDENER dans le domaine. Cet examen précis et systématique rassemble, en effet, les multiples facettes de la définition de la maladie et de la santé, démontrant par-là la multiplicité des perspectives possibles sur la question. Se concentrant cependant sur la définition de maladie dans le domaine des assurances sociales, elle arrive à la conclusion concernant la santé, qu'il n'y a pas de définition suffisamment concluante ou établie[100]. Bien qu'affirmant que les aspects à la fois biomédicaux, personnels et socioculturels ne doivent pas être délaissés, sa conclusion se restreint à la seule dimension individuelle de la santé: « Der Umgang mit der eigenen Gesundheit ist ohnehin immer auch eine persönliche Angelegenheit – durch die eigenen Erwartungen und Vorstellungen geprägt »[101]. SCHWENDENER ne semble ainsi pas convaincue par la praticité d'une vision globale de la santé: « Allerdings ist ein in diesem Sinn umfassendes Modell von Gesundheit und Krankheit schwer operationalisierbar und erfassbar und – für die Jurisprudenz – wenig praktikabel. Werden Gesundheit und Krankheit als Kontinuum verstanden, so wird eine Abgrenzung sehr schwierig »[102]. L'analyse de SCHWENDENER se révèle en réalité principalement focalisée sur l'aspect individuel tant de la maladie que de la santé, puisqu'il s'agit à partir de ces notions de définir l'existence ou non de droits à des prestations[103]. Cette approche rejoint celle de LANDOLT et LONGCHAMP[104] cherchant une définition de la santé ou de la maladie afin de répondre à l'unique question de l'étendue de la couverture des assurances sociales. À l'opposé d'autres au-

98 Ceci constitue une référence indirecte à FOUCAULT et ses considérations sur le biopouvoir. Cf. à ce sujet: BLANCHETTE LOUIS-PHILIPPE, Michel Foucault (2006); FOUCAULT MICHEL, Histoire de la sexualité (1976).

99 BURCH STEPHANIE, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention (2014), p. 19.

100 SCHWENDENER MYRIAM, Krankheit und Recht (2008), p. 17.

101 Ibidem.

102 Idem, p. 64.

103 Idem, p. 165.

104 LANDOLT HARDY, Öffentliches Gesundheitsrecht (2009); LONGCHAMP GUY, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale (2004); SCHWENDENER MYRIAM, Krankheit und Recht (2008).

teurs[105] définissent la santé afin d'en obtenir une vision plus globale, dans une conception de santé publique. SCHWENDENER reconnaît cependant que la conception biomédicale empêche une certaine marge de manœuvre au niveau de la politique de santé et que la prochaine évolution du domaine sera probablement d'opérer un rééquilibrage en faveur de la prévention et de la promotion de la santé par rapport à la médecine curative[106].

Dans un article de 1996, GUILLOD et SPRUMONT, tout en portant un regard critique sur la définition de la santé selon l'OMS, s'en inspirent pour en dégager plusieurs éléments de base dont certains ont déjà été évoqués plus haut, notamment par BURCH, ainsi que POLEDNA et BERGER, à savoir:

1. La santé n'est pas simplement l'absence de maladie ou de handicap;
2. Elle est un état évolutif qui doit être évalué selon des critères tant physiques, psychiques que sociaux (vision dynamique de la santé);
3. Comme état de bien-être, la santé ne peut s'apprécier seulement selon des critères objectifs mais également subjectifs[107].

Dans cette optique, les deux auteurs plaident pour une compréhension de la santé qui englobe autant les bien portants que les malades, défendant ainsi une politique de santé, et partant un droit de la santé, qui soit davantage « salutogénique » que « pathogénique »[108]. Une telle proposition rejoint les fondements de la Charte d'Ottawa pour la promotion de la santé adoptée par l'OMS en 1986[109] qui affirme que bien que constituant une ressource de la vie quotidienne, la santé ne représente toutefois pas le but de la vie, « c'est un concept positif mettant l'accent sur les ressources sociales et personnelles, et sur les capacités physiques »[110].

Même si sa thèse porte sur le droit aux soins, STEFFEN semble partager une vision similaire[111]. Elle marque toutefois sa préférence pour une autre définition de la santé, à savoir la « capacité fonctionnelle » des individus, capacité qui doit se « comprendre dans un sens très large et non comme le fonctionnement d'une sorte de mécanique biologique [...] jusqu'à dire qu'il s'agit de la capacité de vivre, ou plus: la *capacité de pouvoir être* »[112]. Le souci de STEFFEN est de s'émanciper de la notion de bien-être en se concentrant sur l'existence même

105 GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHE BERNHARD, Gesundheitsrecht (2013); GUILLOD OLIVIER/SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé: un droit en émergence (1996); POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, Öffentliches Gesundheitsrecht (2002).

106 SCHWENDENER MYRIAM, Krankheit und Recht (2008), p. 165.

107 GUILLOD OLIVIER/SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé: un droit en émergence (1996), p. 338–340. Sur ces différentes dimensions de la santé, voir également SPRUMONT DOMINIQUE, Le service public et les services d'intérêt public: l'exemple de la santé (2006), p. 163.

108 GUILLOD OLIVIER/SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé: un droit en émergence (1996), p. 352.

109 Charte qui a été adoptée lors de la Première Conférence internationale sur la promotion de la santé, Ottawa (Canada), 17–21 novembre 1986.

110 Charte d'Ottawa, p. 1.

111 STEFFEN GABRIELLE, Droit aux soins et rationnement (2002), p. 69–75.

112 Idem, p. 71.

des individus. On notera qu'elle fait ainsi le choix de cibler en priorité la santé des individus, davantage que la population, ce qui se justifie sous l'angle du droit aux soins qui la préoccupe en priorité.

Ce rapide survol de la doctrine, sans prétention d'exhaustivité, permet de se faire une première idée de la complexité des enjeux terminologiques et conceptuels en présence. Même si certains se refusent à poser une définition positive de la santé (pas simplement en opposition à la maladie et au handicap), la majorité des auteurs met au contraire en lumière la multiplicité des approches possibles et les nombreuses définitions qui en découlent. Les problèmes terminologiques mettent par ailleurs en évidence certaines différences entre auteurs alémaniques et romands. Pour la doctrine germanophone, le vocabulaire est particulièrement riche: Gesundheit, Gesundheitswesen, Gesundheitssystem, öffentliche Gesundheit, Volksgesundheit, Gesundheitszustand der Bevölkerung et Public Health (*en anglais* dans le texte) sans pour autant que les auteurs s'entendent sur leur définition. Le choix des mots en français semble plus restreint: santé, santé publique et système de santé. À cela, il convient de rajouter la notion de « système de soins » qui semble plus appropriée pour traduire la notion de Gesundheitssystem selon POLEDNA et BERGER.

À ce stade, il paraît surtout intéressant de souligner la tendance de nombreux auteurs à ne pas limiter leur réflexion au seul domaine juridique, mais à y intégrer les apports d'autres disciplines comme l'économie de la santé[113], la santé publique[114], la politique de santé[115] mais aussi l'histoire[116]. Il sera sans doute utile de revenir sur ce point, aussi bien sur la manière dont les juristes posent la définition des notions de base applicables dans le domaine de la santé, de la santé publique etc., que sur leur interprétation et mise en œuvre.

III. La définition de la santé dans la législation suisse

S'il est vrai que notre droit constitutionnel ou la législation fédérale ne comprennent pas de définition de la santé, la Suisse n'en reste pas moins membre de l'OMS et, à ce titre, elle demeure tenue par la Constitution de l'OMS. Celle-ci précise dans son préambule: « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». Cette définition est remise en cause quasiment depuis

113 Cf. GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHE BERNHARD, Gesundheitsrecht (2013), p. 9; POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, Öffentliches Gesundheitsrecht (2002), p. 1.

114 Cf. BURCH STEPHANIE, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention (2014), p. 6–8; POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, Öffentliches Gesundheitsrecht (2002), p. 1 (cf. références à Gutzwiller/Jeanneret).

115 Cf. GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHE BERNHARD, Gesundheitsrecht (2013), p. 14.

116 Cf. BURCH STEPHANIE, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention (2014), p. 7; SCHWENDENER MYRIAM, Krankheit und Recht (2008), p. 37–40.

ses origines[117], d'une part en raison de son caractère utopiste, un « état de complet bien-être » étant un objectif quasi inatteignable[118] et, d'autre part car elle projette une vision trop statique de la santé[119]. L'une et l'autre critique paraissent toutefois en partie discutables et ne tiennent pas compte de ses fondements historiques. Les auteurs de la Constitution de l'OMS et les Etats qui y ont adhéré à l'origine n'ignoraient pas la quasi-impossibilité matérielle de parvenir pour chaque être humain et de manière durable à un tel état de complet bien-être. On peut même s'interroger si un tel objectif est vraiment souhaitable[120]. Il s'agissait toutefois à l'époque d'offrir une aspiration au monde[121] et de marquer le passage à une ère nouvelle qui tourne le dos aux atrocités d'une ampleur inégalée de la Seconde Guerre mondiale. La Constitution de l'OMS dénote ainsi le même idéalisme qui caractérise les institutions des Nations Unies avant la Guerre froide[122].

Indépendamment de ces éléments, la définition de la santé consacrée dans le préambule de la Constitution de l'OMS avait un caractère précurseur qui lui garantit une certaine pertinence pour notre époque. Ainsi, elle présente l'intérêt de ne pas se limiter à définir la santé de manière négative, autrement dit, par simple opposition aux atteintes à la santé. La définition de l'OMS introduit de manière explicite dans le cadre normatif international le modèle bio-psycho-social qui demeure la référence de base en matière biomédicale et de santé publique. L'être humain est un animal social et la santé de chacun dépend aussi

---

117 Voir notamment LARSON JAMES, The World Health Organization's Definition of Health: Social versus Spiritual Health (1996) et références.

118 Une étude récente met du reste en évidence que seule une personne sur vingt dans le monde serait en bonne santé, bonne santé qui consisterait selon ses auteurs à ne souffrir d'aucune des maladies selon la classification internationale de l'OMS (ICD10): VOS THEO/BARBER RYAN/BELL BRAD/BERTOZZI-VILLA AMEILA, Global, regional, and national incidence, prevalence, and years lived with disability for 301 acute and chronic diseases and injuries in 188 countries, 1990–2013 (2015).

119 SCHWENDENER va plus loin en affirmant que la maladie et la santé représentent à la fois des idées abstraites et fonctionnelles et que, dans ce sens, elles sont sans cesse relatives, dynamiques, momentanées, dépendantes d'une multitude de facteurs et donc sujettes à un constant renouvellement. SCHWENDENER MYRIAM, Krankheit und Recht (2008), p. 9.

120 À ce propos, nous invitons le lecteur à voir ou revoir le film d'Alain Jessua « Paradis pour tous » (1982) avec Patrick Dewaere. Ce dernier y joue le rôle d'un courtier en assurance dépressif qui bénéficie du premier vaccin contre la dépression. Il se retrouve alors dans un univers où toutes pensées négatives sont exclues. Rapidement, d'autres « volontaires » se font également vacciner pour former une communauté grandissante dans laquelle chacun ne voit que la vie en rose. Cela n'est pas sans créer de fortes tensions chez les autres, frustrés de subir la grisaille du quotidien et de l'impossible dialogue avec les personnes vaccinées et, partant, béates. Le film se termine dans une spirale où le monde entier se fait finalement « traiter » marquant ainsi la fin de l'humanité. Il s'agit du dernier film de Patrick Dewaere qui s'est suicidé un mois avant sa sortie.

121 Dans le même sens, SCHWENDENER parle d'orientation (Orientierung). SCHWENDENER MYRIAM, Krankheit und Recht (2008), p. 9.

122 Un peu de cet idéalisme ne serait d'ailleurs pas de trop aujourd'hui pour contrer la montée des extrémismes, religieux ou nationalistes, que l'on peut observer dans le monde ces dernières années.

des autres et de ses rapports aux autres. La Cour européenne des Droits de l'Homme a ainsi jugé à maintes reprises qu'un isolement cellulaire prolongé avec absence de contact avec d'autres personnes constituait une forme de torture en violation de l'art. 3 CEDH[123], rappelant les besoins de relations sociales de tout être humain[124]. En soulignant la dimension sociale de la santé, la définition de l'OMS invite en outre à ne pas se limiter aux seules actions de santé dirigées sur les individus, mais à raisonner et à agir sous l'angle sanitaire également au niveau des communautés et de la population.

Autre élément important, si l'on fait abstraction (par nécessité[125]) de l'impératif d'un état de complet bien-être pour tous, la définition de l'OMS est loin de projeter une image statique de la santé. Au contraire, si on considère que cet état de complétude est le but idéal à atteindre, cette définition souligne la tangibilité de l'état de bien-être qui caractérise chaque individu. Par définition, notre santé est un état variable. La définition de l'OMS peut ainsi aussi se comprendre comme invitant à considérer la santé comme un processus dynamique, la recherche d'un équilibre entre ses différentes dimensions bio-psycho-sociales qui sont autant complémentaires qu'indissociables.

Au-delà des critiques que suscite la définition de la santé selon l'OMS, elle agit comme un catalyseur, un point de référence à partir duquel peuvent se construire d'autres définitions, que ce soit en continuité ou en opposition par rapport à elle. Ce phénomène s'observe notamment en passant en revue les législations sanitaires cantonales. Ainsi, deux cantons, Lucerne et Nidwald, ont repris mot pour mot cette définition dans leur loi sur la santé: « Die Gesundheit ist ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen »[126]. Sans définir *stricto sensu* la santé dans sa législation sanitaire, Zurich en souligne aussi la triple dimension bio-psycho-sociale consacrée dans la Constitution de l'OMS. L'article premier de sa loi de santé précise en effet: « Dieses Gesetz bezweckt den Schutz und die Förderung der menschlichen Gesundheit *in ihren biologischen, psychologischen und sozialen Dimensionen*. Massnahmen des Kantons und der Gemeinden wahren die Eigenverantwortung des Individuums »[127] (nos italiques).

Par contraste avec les cantons alémaniques, toutes les législations sanitaires romandes comprennent une définition de la santé. Ainsi, l'art. 2 al. 4 de la loi

---

123 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

124 Voir notamment l'arrêt du 8 juillet 2004 dans l'affaire Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie (requête n° 48787/99) ou l'arrêt du 18 mars 2014 dans l'affaire Öcalan c. Turquie (requêtes nos 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07).

125 Voir remarques ci-dessus.

126 Lucerne: art. 1 al. 2 Gesundheitsgesetz vom 13. September 2005, SRLU 800. Nidwald: art. 1 al. 2 Gesetz zur Erhaltung und Förderung der Gesundheit (Gesundheitsgesetz, GesG) vom 30. Mai 2007, SRNW 711.1.

127 Art. 1 al. 1 Gesundheitsgesetz (GesG) vom 2. April 2007, RZH 810.1

sur la santé du canton de Fribourg indique: « La santé, comme état de bien-être physique, psychique et social qui ne s'apprécie pas uniquement en fonction de la maladie et du handicap, est *un bien fondamental qui doit être protégé* »[128] (nos italiques). Cette définition est la plus proche de celle de l'OMS, à la grande nuance qu'il n'est pas fait référence à un état de complet bien-être. La santé est ici affirmée d'abord comme un intérêt public. La loi de santé neuchâteloise comprend la même affirmation: « [La santé] est un bien fondamental qui doit être protégé »[129]. Mais la santé est aussi présentée comme un droit fondamental dans d'autres cantons. Par exemple, l'art. 1 al. 2 de la loi sanitaire jurassienne spécifie: « La santé consiste en un état de bien-être physique, mental et social; *elle relève des droits de la personne* » (nos italiques)[130]. Le Tessin adopte une position mixte en affirmant la double dimension de droit fondamental et d'intérêt individuel et collectif de la santé: « Lo Stato promuove e salvaguarda la salute della popolazione quale bene fondamentale dell'individuo e interesse della collettività nel rispetto della libertà, dignità e integrità della persona umana »[131].

En termes de définition, les cantons de Genève, Neuchâtel et du Valais ont adopté une formulation assez similaire, à savoir:

> « La santé consiste en un état physique, psychique et social qui favorise à tout âge l'équilibre de la personne au sein de la collectivité » (Loi sur la santé (GE): art. 2)[132].

> « La santé est un état de bien-être qui tend à un équilibre physique et psychique favorisant l'épanouissement de chaque individu au sein de la collectivité » (Loi de santé (NE): art. 2 al. 1 et 2).

> « La santé est un état de bien-être physique et psychique permettant l'épanouissement de chaque individu au sein de la collectivité » (Loi sur la santé (VS): art. 2 al. 3)[133].

Outre la dimension bio-psycho-sociale, ces définitions dégagent toute une vision plutôt dynamique de la santé en mettant l'accent sur la recherche d'équilibre et d'épanouissement qu'elle représente.

Paradoxalement, les cantons romands semblent ainsi davantage respectueux sur le fond de la définition de la santé selon l'OMS, définition qu'ils adoptent tous tout en lui apportant des aménagements, alors que les cantons alémaniques semblent plus critiques à son sujet, mais ne s'autorisent pas à la reformuler lorsqu'ils l'introduisent dans leur législation. Fait important, il se dégage un certain consensus en Suisse romande en ce qui concerne la définition légale de la santé, comme droit fondamental et intérêt public, alors que la majorité des cantons alémaniques demeurent silencieux à ce sujet.

---

128 Art. 2 de la Loi sur la santé (LSan) du 16 novembre 1999 (RSF 821.0.1).

129 Loi de santé du 6 février 1995 (RSN 800.1).

130 Loi sanitaire du 14 décembre 1990 (RSJU 810.01).

131 Art. 1 Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario (Legge sanitaria) del 18 aprile 1989, RSTI 6.1.1.1.

132 Loi sur la santé du 7 avril 2006, RSG K 1 03.

133 Loi sur la santé du 14 février 2008, RSVS 800.1.

IV. Les notions de santé et santé publique selon le Tribunal fédéral

La jurisprudence concernant la notion de santé est à l'image de la législation et de la doctrine. Elle ne l'aborde pas de front en énonçant une définition, mais en dégage différentes facettes au gré des cas d'espèce. Ainsi, plus que la santé, ce sont ses atteintes qui retiennent le plus l'attention du Tribunal fédéral. La structure de nos assurances sociales exige en effet de qualifier précisément la nature du problème de santé à l'origine d'une prise en charge thérapeutique ou prophylactique afin de savoir de quel régime d'assurance il dépend, les conditions de prise en charge n'étant pas les mêmes selon la LAMal, la LAA[134] ou la LAI[135].

Dans un arrêt de 1988, le Tribunal fédéral a affirmé: « Vu la diversité des formes que peuvent revêtir les états et processus morbides, la notion juridique de la maladie – *qui ne se confond pas nécessairement avec la notion de maladie telle que la décrit la science médicale* – se prête difficilement à une définition stricte »[136] (nos italiques). *In casu*, il s'agissait de déterminer si le transsexualisme constituait un état pathologique correspondant à la notion de la maladie au sens de l'art. 12 al. 1 LAMA[137], ce que l'arrêt a confirmé. Il faut rappeler que la LAMA ne comprenait pas de définition de la maladie ce qui a abouti à une importante casuistique. Cette question a été en partie résolue depuis l'entrée en vigueur de l'art. 3 LPGA, mais il demeure toujours aussi délicat en pratique de savoir si une atteinte à la santé constitue ou non une maladie au sens de la loi[138]. Dans le cadre du présent article, nous retiendrons surtout l'affirmation par le Tribunal fédéral d'un fossé existant entre notion juridique et notion médicale ou scientifique de la maladie. Ce constat n'est pas limité à ce seul domaine, le droit ayant sa logique propre, mais est-il vraiment inéluctable? Rappelons ainsi les références explicites à la science dans la LAMal et les autres assurances sociales, et le fait que la plupart des auteurs analysés ci-dessus se réfèrent explicitement à l'état des connaissances en dehors du domaine juridique pour appréhender la notion de santé. Pour le moins, cela plaide pour une approche interdisciplinaire plutôt qu'un isolement du raisonnement juridique dans ce domaine.

Outre l'abondante casuistique sur la notion de maladie, d'accident ou de handicap, la jurisprudence du Tribunal fédéral s'intéresse aussi beaucoup à la santé en tant qu'intérêt public dans la mesure où, en tant que telle, la santé peut justifier une restriction d'un droit fondamental conformément à l'art. 36 Cst. À

---

134 Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA, RS 832.20).

135 Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20).

136 ATF 114 V 153, 155 (cons. 2a).

137 Loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance-maladie et accident (LAMA).

138 Voir notamment Gächter Thomas/Schwendener Myriam, Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff (2009); Landolt Hardy, Öffentliches Gesundheitsrecht (2009), p. 3-22; Longchamp Guy, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale (2004), p. 97-145; Schwendener Myriam, Krankheit und Recht (2008), p. 71 ss.

ce propos, un arrêt mérite particulièrement que l'on s'y arrête. Dans cette affaire de 1992, toujours pertinente aujourd'hui, le Tribunal fédéral a dû se prononcer sur la compatibilité de la loi fribourgeoise sur la prophylaxie dentaire scolaire avec la liberté personnelle et le droit au respect de la vie privée et familiale des enfants concernés ainsi que de leurs parents[139]. Cette loi prévoyait une obligation pour tous les enfants à l'école enfantine et à l'école obligatoire de se soumettre à un contrôle dentaire et, en cas de besoin, de suivre le traitement prescrit par un médecin dentiste. En cas de non-respect de ces obligations, la loi prévoyait des sanctions, sous forme d'amendes de CHF 20.– à CHF 1000.–. Un des éléments clé de l'arrêt porte sur le fait de savoir si la santé, comme intérêt public, pouvait justifier une restriction des droits des enfants et de leurs parents. Cette question fait l'objet des considérants 6b et c.

Tout d'abord le Tribunal fédéral rappelle que « les mesures étatiques de lutte contre les maladies ont comme but d'intérêt public l'amélioration de la santé des citoyens (« santé publique ») »[140]. Dans la version originale, le Tribunal fédéral parle en fait d'amélioration et de protection de la santé de la population: « Das öffentliche Interesse an der Bekämpfung von Krankheiten verfolgt den Zweck *der Verbesserung und des Schutzes der Gesundheit der Allgemeinheit* (‹Volksgesundheit›) »[141] (nos italiques). Le Tribunal fédéral ne fait donc pas une stricte différence entre la prévention et la lutte à proprement parler contre les maladies: « Ces mesures tendent [...] à améliorer l'état de santé moyen de la population »[142]. La notion de maladie n'est pas ici limitée aux seules maladies transmissibles, mais recouvre toutes celles qui présentent un danger pour des tiers (par exemple en raison des comportements agressifs qu'elle induit), ou encore celles dont la prise en charge implique un coût élevé. Comme le souligne le Tribunal fédéral, « Il n'est toutefois pas aisé de faire, dans ce domaine, la distinction entre les intérêts publics et privés ... Une vision globale est [...] nécessaire: il est [...] dans l'intérêt de tous que chacun soit en bonne santé ».[143] Il se dégage de cet arrêt trois dimensions importantes de la santé publique: premièrement, un devoir de l'État d'assurer des conditions générales de vie qui garantissent un état de santé de la population le plus élevé possible; deuxièmement, la nécessité de garantir à chacun un accès aux soins nécessaires compte tenu de son état de santé, en particulier pour les personnes qui ne sont pas aptes à sauvegarder elles-mêmes leurs intérêts et, troisièmement, le financement de ces mesures. En conclusion, le Tribunal fédéral défend une vision relativement

139 ATF 118 Ia 427, JdT 1994 I 566 (trad.).

140 ATF 118 Ia 427, 437, JdT 1994 I 566, 572 (trad.).

141 L'usage du terme « Volksgesundheit » peut paraître surprenant au vu de la connotation négative de cette expression, cf. Burch Stephanie, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention (2014), p. 20. Il crée certainement un malaise et dénote la difficulté de tracer une ligne claire entre les véritables besoins de santé publique et les dérives totalitaires qui peuvent en découler.

142 ATF 118 Ia 427, 437, JdT 1994 I 566, 572 (trad.).

143 Ibidem.

large du rôle de l'État dans le domaine de la santé lorsqu'il affirme: « Dans la conception actuelle de l'État de droit, la santé est considérée, en quelque sorte, comme une tâche ou un service public » « Das Gesundheitswesen ist im Rechtsstaat heutiger Prägung denn auch weitgehend – und jedenfalls weit über den Bereich des Schutzes vor Fremdgefährdung hinaus – als öffentliche Aufgabe (service public) konzipiert »[144] (en français dans le texte)[145].

Cette vision rejoint partiellement la notion de « couverture sanitaire universelle » telle qu'affirmée en 2005 par l'Assemblée mondiale de la santé[146] et en 2012 par l'Assemblée générale des Nations Unies[147]. « La couverture sanitaire universelle consiste à veiller à ce que l'ensemble de la population ait accès, sans discrimination, à des services de base, définis au niveau national, pour ce qui est de la promotion de la santé, de la prévention, du traitement et de la réadaptation, et à des médicaments de base, sûrs, abordables, efficaces et de qualité, tout en faisant en sorte que leur coût n'entraîne pas de difficultés financières pour les usagers, en particulier les pauvres, les personnes vulnérables et les couches marginalisées de la population. »[148]. Cette approche marque un changement substantiel dans la perception de la santé aussi bien comme droit fondamental que comme intérêt privé et public. En effet, la réalisation du droit individuel à la santé passe nécessairement par la mise en œuvre de mesures d'intérêt public qui protègent et améliorent la santé de tous. Sans aller jusqu'à proposer une définition spécifique de la santé, l'ATF 118 I 427 ouvre ainsi des perspectives intéressantes sur la manière dont il conviendrait d'appréhender cette notion sous l'angle juridique en tenant compte également des facteurs de santé qui contribuent à sa protection et à son amélioration, ainsi que du financement de ces mesures. Cette vision systémique de la santé, considérée pour elle-même, mais aussi à la lumière des éléments qui l'influencent, s'avère particulièrement novatrice et actuelle.

---

144 ATF 118 Ia 427, 438, JdT 1994 I 566, 573 (trad.).

145 Sur cette vision du Tribunal fédéral de la santé comme service public, SPRUMONT DOMINIQUE, Le service public et les services d'intérêt public: l'exemple de la santé (2006), p. 161–192.

146 Systèmes de sécurité sociale: Financement durable de la santé, couverture universelle et systèmes de sécurité sociale. Document 58/20, Cinquante-huitième Assemblée mondiale de la Santé, 7 avril 2005.

147 Santé mondiale et politique étrangère. Point 123 de l'ordre du jour, Soixante-septième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, New York, 12 Décembre 2012.

148 Santé mondiale et politique étrangère. Point 123 de l'ordre du jour, Soixante-septième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, New York, 12 Décembre 2012.

D. Les notions de santé et santé publique dans une perspective interdisciplinaire

I. De la nécessité d'une approche interdisciplinaire non-exclusive

La façon dont une société définit la santé en dit aussi beaucoup sur le lien qu'elle entretient avec la médecine. En l'occurrence, dans les pays dits développés, elle révèle une forme de médicalisation de la société. Sans adhérer au jugement négatif qu'ILLICH porte sur le système de soins, dont il considère qu'il produit plus de problèmes pour la santé que de bénéfices, il paraît intéressant de rappeler les trois effets « iatrogènes » de cette dérive médicale qu'il a mise en évidence[149]. D'abord, (1) certains progrès (notamment médicaux) créent eux-mêmes des risques en en réduisant d'autres (usage abusif des antibiotiques par exemple). Ensuite, deux types de dépendances aux soins émergent au sein des sociétés dotées d'un fort système de soins, à savoir: (2) une dépendance individuelle qui découle de la menace de surconsommation tant au niveau de la demande que de l'offre et (3) une dépendance structurelle[150] liée à la focalisation extrême de la société sur une vision médicale de la santé. Par ricochet, cela n'est pas sans incidence sur la manière dont se définissent les politiques de santé et celle dont les juristes appréhendent la santé.

Comme illustré plus haut, il apparaît dans le rapport « Santé2020 » et chez plusieurs auteurs une difficulté de distinguer le système de santé au sens large du système de soins, les deux notions étant souvent présentées comme synonymes. On pourrait y voir un signe de la médicalisation de notre société dans laquelle nombreux sont ceux qui ne se préoccupent de leur santé que lorsqu'ils sont malades et qu'ils ont besoin de traitement, projetant ainsi une vision « pathogénique » de la santé et du système de santé. L'échec récent du projet de loi fédérale sur la prévention pourrait aussi constituer un indice de cette dépendance à la médecine et aux soins de notre société. En passant, il convient de ne pas négliger le rôle prépondérant des professionnels de la santé dans la définition et la mise en œuvre des politiques de santé. Cette contribution n'est en effet pas exempte de conflits d'intérêts. Alors qu'un des discours dominants en matière de politique de santé est un meilleur contrôle des coûts engendrés par les soins, une redéfinition de la politique de la santé pourrait sous-entendre une restriction des revenus des professionnels concernés. Il paraît dès lors légitime que ces derniers ne soient pas nécessairement enclins à proposer des solutions qui pourraient limiter la part du marché des prestations de soins[151]. Cet argument vaut pour l'ensemble des acteurs de ce marché, y compris les assurances sociales ou privées. Ce biais ne devrait pas être sous-estimé dans l'analyse des po-

149 ILLICH IVAN, Némésis médicale: l'expropriation de la santé (1975).

150 Sur les conséquences de la médicalisation de la société, voir EARLE SARAH, Exploring health (2007), p. 52.

151 Dans le même sens: POLEDNA TOMAS, Gesundheitsrecht (2005), p. 15–16.

litiques de santé et des concepts sur lesquelles elles reposent. Il devrait au moins inciter à garder une certaine distance critique dans l'appréciation de la situation. À l'opposé, une définition trop idéaliste de la santé augmenterait de façon démesurée le nombre des malades, renvoyant alors le message d'une société dénuée d'individualité ou de changements[152].

Tous ces éléments plaident en faveur d'une ouverture de notre compréhension de ce que constituent la santé, la santé publique et le système de santé au-delà des concepts strictement juridiques et médicaux. Une telle approche pourrait en effet apporter un éclairage utile sur la perception juridique de ces concepts. Cela pourrait notamment aider à dégager certains éléments et caractéristiques de la santé propres à définir un droit de la santé, respectivement une politique de santé fondée sur l'état de la science (Evidence Based Law and Policy).

II. Quelques repères historiques

Déjà dans le mythe qui sert de cadre au serment d'Hippocrate[153], les filles d'Asklépios, dieu de la médecine, Hygié et Panacée, personnifient la dimension préventive et curative de la protection de la santé. Hygié symbolise les bienfaits de se maintenir en bonne santé par l'utilisation de la seule raison, en adoptant les bons comportements, notamment en termes alimentaires, et dans le choix de son lieu de vie. Panacée, quant à elle, représente les bienfaits de l'utilisation du savoir médical et des plantes. Ces deux approches de la santé sont encore aujourd'hui celles que l'on oppose le plus souvent. L'histoire de la médecine et de la santé se caractérise en fait par une succession de changements de paradigmes se focalisant tantôt sur les soins, tantôt sur la prévention, respectivement tantôt sur la santé individuelle, tantôt sur la santé collective.

Ainsi, après les débuts plutôt hésitants du développement des soins au Moyen Âge, les humanistes de la Renaissance, puis les penseurs des Lumières considèrent la santé comme un art de vivre en société. Puis, aux aspirations scientifiques de la médecine du XVIIe siècle, succède la réalité d'une population en pleine expansion qui se déplace et se révèle particulièrement fragile. Les grandes épidémies du XVIIIe siècle engendrent, quant à elles, des mesures de police sanitaire plus franches et ouvrent la porte à une conception collective de la santé, base de l'hygiénisme[154].

---

152 Idem, p. 15.

153 « Je jure par Apollon médecin, par Asklépios, Hygie et Panacée, par tous les dieux et toutes les déesses, les prenant à témoin, de remplir, selon ma capacité et mon jugement, ce serment et ce contrat », Hecketsweiler Philippe, Histoire de la médecine (2010), p. 63.

154 L'hygiénisme est défini comme la « doctrine pratique visant à améliorer le cadre et les conditions de vie de la population (alimentation, habitat, travail) afin de diminuer la mortalité, alors considérable, et d'allonger l'espérance de vie, [et cherche] à corriger les comportements individuels et à amender les modes de vie (alcoolisme, prostitution) » Morelle Aquilino/Tabuteau

Le processus de contagion est assez mal connu jusqu'à la révolution pasteurienne vers 1870. Cette dernière met en lumière la dimension sociale de toute maladie par le fait que « face aux microbes, la solidarité entre les hommes s'impose »[155]. On ne peut plus considérer seulement l'individu isolé, il s'agit désormais d'évaluer la santé de la population dans son ensemble. Cette nouvelle démarche jettera cependant également dans l'ombre les moyens de prévention de maladies liées aux simples facteurs environnementaux pour se focaliser uniquement sur la maladie[156]. Là encore la tension entre les paradigmes de la santé centrée sur la prévention versus le traitement de la maladie se manifeste.

Avec les deux guerres mondiales, les progrès de la médecine s'intensifient, d'abord dans les domaines de la médecine d'urgence, de la chirurgie et de l'organisation des soins, puis, avec la pénicilline, dans la lutte contre les maladies transmissibles. La science médicale se divise en spécialisations (liées à la pathologie ou la localisation anatomique par exemple) soutenue par une industrie pharmaceutique florissante. Le développement des assurances sociales et une espérance de vie en hausse contribuent également à propager l'idée d'une médecine toute puissante, de soins illimités capables de venir à bout de la plupart des maladies. Cependant, le coût du système de soins se fait de plus en plus lourd, ce qui oblige les autorités sanitaires et politiques à revoir leur copie. On retiendra en particulier dans ce contexte le rapport LALONDE[157], représentatif de cette prise de conscience. Ce rapport mandaté au début des années 1980 par le gouvernement canadien, avait pour but de trouver une solution aux difficultés que posait déjà à l'époque le financement des soins. Il s'agissait ainsi de repenser ce qui fait que les individus sont en bonne santé, autrement dit de discerner les facteurs qui influencent la santé en dehors des soins. Le rapport LALONDE a mis ainsi en évidence la manière dont la santé individuelle et collective est influencée par différents facteurs ou déterminants. Plusieurs classifications de ces déterminants de la santé voient alors le jour, et mettent en exergue la non-exclusivité du système de soins parmi les facteurs d'influence de la santé, les autres étant les facteurs environnementaux (physiques ou socio-économiques), le mode de vie, la biologie et la génétique. Le droit lui-même constitue un déterminant de la santé par le fait qu'il détermine les fonctions des institutions publiques et qu'il peut modifier d'autres déterminants sociaux tels que les conditions de vie et de travail ainsi que la qualité de l'environnement physique[158].

DIDIER, La santé publique (2010), p. 16–17. Cette théorie, reposant sur des prémisses relevant du scientisme, a également constitué le ferment de l'eugénisme avec les dérives dramatiques que l'on connaît. On ne peut ainsi ignorer comment la santé peut s'avérer un prétexte socio-politique aux pires abominations en permettant de voiler partiellement les intentions de leurs auteurs.

155 Idem, p. 23–24.

156 CASSIS IGNAZIO, La santé publique (2011), p. 1239.

157 LALONDE MARC/Gouvernement du Canada/Ministère de la santé nationale et du bien-être social, Nouvelle perspective de la santé des Canadiens (1981).

158 BURRIS SCOTT, Law in a social determinants strategy: a public health law research perspective (2011), p. 23.

Puis, pendant la fin du XXe siècle et le début du XXIe, avec la transition épidémiologique qui mènera à une nette prévalence des maladies non transmissibles et chroniques sur les maladies infectieuses, on prend de plus en plus en compte l'influence du mode de vie individuel. Dans ce contexte, la crise du SIDA dans les années 1990 dévoile toute l'importance que les comportements peuvent avoir sur la santé publique. Elle a du reste conduit à la création au niveau international d'une nouvelle agence spécialisée des Nations Unies, ONUSIDA, dont la tâche est d'assurer une prise en charge de cette maladie par des mesures allant largement au-delà des seuls soins aux malades. De même, la défense des personnes séropositives et atteintes du SIDA marque l'avènement des droits humains dans le domaine de la santé, notamment comme moyen de protection des plus vulnérables et de lutte contre les discriminations. Enfin, dans les années 1980–1990, les affaires du sang contaminé, de nombreuses infections étant liées à une transfusion, remettent en partie en cause la confiance du public par rapport aux autorités sanitaires. De nouvelles règles sont ainsi adoptées afin de renforcer le contrôle du sang[159].

III. Le concept de santé selon différentes perspectives

Comme nous l'avons vu plus haut, plusieurs juristes suisses reconnaissent que le concept de santé peut s'aborder sous différents angles. Qu'en est-il dans les autres disciplines académiques qui se préoccupent également de la question? Rappelons en effet que les mêmes auteurs font explicitement référence à des sources non juridiques. Il paraît ainsi intéressant de faire un bref survol des réflexions en dehors du droit sur la notion de santé. Premièrement, la santé sous l'angle biomédical se focalise sur la maladie et définit la santé en creux à partir des observations de pathologies. Autrement dit, « la science biologique n'essaie pas de distinguer la santé de la maladie. La biologie s'intéresse à l'interaction entre les organismes vivants et leur environnement »[160]. Deuxièmement, la santé qui comprend une approche psychique et sociale met en parallèle la santé avec la notion d'équilibre et se définit donc comme un « état d'équilibre physiologique et psychologique, par contre [...] la maladie [est] la réaction de l'organisme à une perturbation de son équilibre interne »[161] et « un état durable d'équilibre ou d'harmonie entre les humains et

159 Corpataux Vincent, L'utilisation du sang à des fins thérapeutiques (2012), p. 19–40.

160 Notre traduction. Texte original: « Biological science does not try to distinguish between health and disease. Biology is concerned with the interaction between living organisms and their environment ». King Lester S., What is disease? (1954), p. 193.

161 Notre traduction. Texte original: « state of physiological and psychological equilibrium, whereas [...] disease [is] the organism's reaction to a disturbance of its inner equilibrium ». Lewis Aubrey, Health as a social concept (1953), p. 113.

leur environnement physique, biologique et social qui leur permet de coexister indéfiniment »[162].

Il faut encore ajouter à ces différentes approches, le préjugé normatif selon lequel la santé est *a priori* considérée comme bonne et donc chargée de valeurs (qu'elles soient métaphysiques, morales, sociales ou politiques). Comme le résume COGGON « la santé est considérée comme un bienfait, et on doit à ce titre la valoriser et agir en faveur de sa protection. La santé implique des devoirs »[163]. Ainsi, la santé a une valeur que ce soit par sa contribution à l'épanouissement humain ou parce qu'elle constitue une condition *sine qua non* pour atteindre d'autres buts (valeur intrinsèque ou instrumentale)[164]. GOSTIN ajoute que non seulement la santé permet à l'être humain de fonctionner (theory of human functioning) mais également qu'elle représente un des buts premiers des États démocratiques avec la sécurité et un certain bien-être, des biens qui ne peuvent être atteints que par l'effort collectif[165].

La protection de la population passe également par le fait de ne pas imposer un fardeau financier trop lourd pour l'économie. Cela concerne à double titre la prévention des atteintes à la santé. Premièrement il convient d'éviter qu'une trop grande partie de la population soit empêchée de contribuer à la prospérité de la société en étant personnellement atteinte ou en devant prendre soin de proches ou encore en raison de mouvements, notamment de panique, qui paralyseraient l'économie et les institutions. Deuxièmement, le système de soins représentant un poste important de dépenses pour les individus et la collectivité, la prévention est un moyen de limiter ces dépenses en réduisant les atteintes à la santé et le coût des soins qui en découlent[166].

Comme nous l'avons déjà évoqué dans le bref historique de la santé, l'économie a pris une place croissante dans le débat sur les politiques de santé dès les années 1980. Il paraît utile de mentionner à ce propos les recherches d'EVANS qui ont notamment influencé les travaux de l'OCDE sur l'analyse des systèmes de santé qui demeurent un modèle et un outil important de pilotage des politiques nationales de santé[167]. En effet, EVANS a mis en évidence la nécessité de mieux distinguer d'une part le système de soins, principalement préoccupé par la prise en charge des personnes atteintes dans leur santé et le finan-

162 Notre traduction. Texte original: « a sustainable state of equilibrium or harmony between humans and their physical, biological, and social environments that enables them to coexist indefinitely ». LAST JOHN M., A dictionary of public health [online] (2012).

163 Notre traduction. Texte original: « health is said to be good, and thus something that we ought to value and ought to act to protect. Health entails imperatives ». COGGON JOHN, What makes health public? (2012), p. 13.

164 Ibidem.

165 GOSTIN LAWRENCE O., Public health law. Power, duty, restraint (2008), p. 7.

166 *A contrario*, il est important de constater que le marché des soins produit aussi de la richesse. C'est en effet un domaine en plein essor et un des secteurs qui crée le plus d'emplois.

167 EVANS TIMOTHY G., Why are some people healthy and others not? (1994); EVANS ROBERT G./ STODDART GREGORY L., Producing health, consuming health care (1990).

cement de ces soins, et, d'autre part, le système de santé au sens large qui inclut l'ensemble des déterminants de la santé, y compris le système de soins[168]. Son modèle intégratif met en évidence, d'un point de vue économique, qu'un accroissement illimité des dépenses dans le système de soins s'avère en réalité préjudiciable à la santé de la population, en limitant la capacité de la société d'investir dans les autres déterminants de la santé. Depuis les années 1970, plusieurs études sur l'impact des différents déterminants de la santé ont mis en évidence que le système de soins ne contribue qu'à raison de 10 à 15% à l'état de santé de la population, l'environnement ou les comportements individuels et collectifs ayant un rôle beaucoup plus grand[169].

Si de manière générale, cette opinion est relativement bien admise en économie de la santé et en santé publique[170], il convient toutefois de reconnaître qu'elle n'a pas (encore) véritablement trouvé écho dans les politiques de la santé, y compris en Suisse.

La santé du point de vue sociologique, a quant à elle, constitué le point de départ d'une nouvelle théorie: la salutogénèse. Selon l'approche salutogénique, la santé et la maladie se placent aux extrémités d'un continuum. Pour reprendre l'illustration d'Antonovsky, chaque être humain se trouve dans une rivière où il est plus ou moins en bonne santé en fonction de différents facteurs tels que le courant ou les capacités de l'individu en natation[171]. La tâche du système de santé, dans cette optique, consiste en l'assistance de la population dans le mouvement en direction du pôle santé du continuum[172]. Bien que les approches pathogénique et salutogénique soient en réalité complémentaires, le changement de paradigme peine à se voir réaliser plus concrètement dans les politiques de santé. Evans et Stoddart[173] le constataient déjà en 1990: les beaux principes de la Charte d'Ottawa et le slogan « Health in all policies » n'avaient pas pu être implémentés dans les politiques nationales de santé publique ni dans les administrations.

---

168 Cf. notamment Evans Robert G./Stoddart Gregory L., Producing health, consuming health care (1990).

169 Dever G. E. Alan, An epidemiological model for health policy analysis (1976), p. 465; McGinnis J. M./Williams-Russo P./Knickman J. R., The Case For More Active Policy Attention To Health Promotion (2002), p. 78, 83. Pour les chiffres détaillés par atteintes à la santé: Center for Disease Control/U.S. Departement for health and human services, Ten Leading Causes of Death in the United States 1977 (1980), p. 35 ss; McGovern Laura/Miller George/Hughes-Cromwick Paul, Health Policy Brief: The Relative Contribution of Multiple Determinants to Health (2014).

170 Evans Robert G./Stoddart Greg L., Consuming research, producing policy? (2003). »Producing research, consuming policies …

171 Antonovsky Aaron, The salutogenic model as a theory to guide health promotion (1996), p. 13–14.

172 Earle Sarah, Exploring health (2007), p. 50.

173 Evans Robert G./Stoddart Gregory L., Producing health, consuming health care (1990).

IV. Conséquences sous l'angle juridique

Ce panorama des différentes définitions de la santé permet ainsi d'identifier l'influence que l'une ou l'autre perspective sur la santé peut avoir sur une politique de santé. Le défi réside dans le fait de ne pas en rester là. En effet, tant la notion de santé sous la forme de continuum que la définition de l'OMS peuvent aider à conceptualiser une vision de la santé sous forme d'objectifs étant à la fois compatible avec le droit, les sciences biomédicales et la santé publique. Comme le systématise STEFFEN, la santé définie comme absence de maladie favorise un « système de soins de maladie »[174], tandis que la santé considérée sous l'angle d'un bien-être multidimensionnel encourage un « système de soins de santé », et enfin lorsque la santé est définie de manière à prendre en compte les potentialités, les compétences et les besoins de la personne cela peut aboutir à un « système de soins de la personne »[175].

Une vision large de la notion de santé reconnaît explicitement l'existence de prérequis nécessaires[176] afin de rendre la santé possible[177]. Ainsi, un éventail de domaines aussi larges que la paix[178], un logement, un accès à l'éducation, de la nourriture convenable, un revenu, un écosystème stable, une justice sociale et un traitement équitable est proposé comme résumant les conditions préalables à la santé de l'individu[179]. L'amélioration de la santé d'une population requiert la garantie de l'ensemble de ces prérequis non sanitaires. Il s'agit en particulier de prendre en compte les facteurs ou les conséquences liés à la santé dans toutes les mesures prises par l'État. Cette « politique des pouvoirs publics favorable à la santé » (health in all policies) se définit par une préoccupation particulière pour la santé et l'équité dans tous les domaines et, par ce moyen, la création d'un environnement (qui est un déterminant de la santé) favorable afin de mener une vie saine et ce de manière simplifiée, également en supprimant les obstacles identifiés y compris dans les secteurs non sanitaires[180].

La définition de la santé consacrée par la Constitution de l'OMS paraît une base de référence intéressante pour en saisir les différents éléments. D'un point de vue opérationnel, la santé pourrait ainsi se définir comme « un état de bien-être bio-psycho-social qui ne s'apprécie pas uniquement en fonction de la maladie et du handicap ». Une telle définition établit un continuum entre bonne et mauvaise santé qui apparaît comme un processus dynamique. L'état de santé de chaque individu varie tout au cours de sa vie selon des facteurs favorisant

---

174 Idem, p. 1347.

175 STEFFEN GABRIELLE, Droit aux soins et rationnement (2002), p. 73.

176 Ces prérequis recoupent une partie des déterminants de la santé évoqués plus haut (cf. ci-dessus section D.II).

177 Cf. également BRIGNON JEAN/GALLOUJ CAMAL, Précis de santé publique et d'économie de la santé (2011), p. 89–90.

178 Etonnamment non mentionnée dans la version française de la Charte d'Ottawa.

179 Charte d'Ottawa, p. 1–2.

180 Charte d'Ottawa, p. 3.

ou péjorant la santé et qui ne sont pas exclusivement liés à la maladie, au handicap ou aux soins. D'un point de vue juridique, la santé s'appréhende autant comme un **droit fondamental** (droit à la santé) que comme un **bien de la personnalité** (santé individuelle) et un **intérêt public** (santé communautaire/santé publique). La vision du Tribunal fédéral dégagée dans son arrêt ATF 118 Ia 427 offre une synthèse intéressante de cette dimension multiple de la santé. Il convient de ne pas isoler la notion de la santé, mais de toujours y associer les éléments qui l'influencent de manière directe ou indirecte. Le raisonnement juridique doit ainsi également intégrer les **déterminants de la santé**.

À partir de là, il convient de distinguer systématiquement le **système de soins**, dont la vocation première est de prendre en charge les personnes malades ou souffrant d'une atteinte à la santé, du **système de santé** au sens large qui inclut l'ensemble des déterminants de la santé et leurs interactions aux niveaux individuel et collectif. À ce propos, le fait reconnu que le système de soins contribue de manière proportionnellement faible à l'état de santé de la population est un élément qui doit nécessairement être pris en compte dans la réflexion juridique sur la réalisation du droit à la santé. La place prépondérante du système de soins dans les discours relatifs à la politique de santé dans notre pays doit être replacée dans ce contexte en tenant compte des nombreux intérêts qui traversent le marché des soins, que ce soit du point de vue des professionnels de la santé, des hôpitaux, de l'industrie pharmaceutique, des assureurs, que des patients-assurés-citoyens eux-mêmes. Il ne s'agit pas cependant d'opposer le système de soins au système de santé, le premier étant une partie intégrante du second. L'objectif est d'atteindre un juste équilibre entre la fourniture des soins nécessaires à un prix supportable en prévenant une surconsommation, respectivement un surinvestissement dans les soins au préjudice des autres déterminants de la santé. De même, la santé individuelle et le droit à la santé ne peuvent être dissociés de la santé publique. La protection et l'amélioration de la santé de chacun exigent des conditions de base qui ne peuvent être garanties par les personnes elles-mêmes. Cela exige des mesures au niveau communautaire et sociétal qui impliquent une intervention de l'État. Il est ainsi inexact et réducteur de vouloir opposer liberté individuelle et santé publique, la réalisation des droits fondamentaux, en particulier le droit à la santé, reposant sur le système de santé dans son ensemble.

Mandaté par l'Institut de médecine des États-Unis, Winslow définit la mission de la santé publique comme suit: « générer *un effort communautaire organisé* afin de répondre à l'intérêt public en matière de santé en appliquant les connaissances scientifiques et techniques pour prévenir les maladies et promouvoir la santé »[181]. Dans ce sens, la santé publique doit être comprise comme une

181 Notre traduction. « Texte original: « to generate *organized community effort* to address the public interest in health by applying scientific and technical knowledge to prevent disease and promote health ». Nous soulignons. Institute of Medicine (US)/Committee for the Study of the Future of Public Health/Division of Health Care Services, The future of public health (1988), p. 7.

notion supérieure (hyperonyme ou Oberbegriff) comprenant les fonctions du système de soins, de la prévention et de la promotion de la santé ainsi que la sécurité sanitaire[182]. Santé publique et système de santé peuvent sous cet angle être considérés comme des notions synonymes. Les organisations privées, les individus et les institutions publiques participent tous à cette mission, ces dernières ayant cependant comme tâche particulière et essentielle de garantir un cadre permettant la réalisation de cette mission[183]. Les services de santé publique constituent ainsi un des éléments essentiels de la santé publique, mais ils ne couvrent pas l'ensemble du système de santé[184].

En fait, la santé publique présente trois facettes complémentaires pour reprendre la classification de MORELLE et TABUTEAU[185]. Il s'agit d'abord d'un objectif politique ou d'un but de l'État. Ce volet de la santé publique rejoint l'adage de Cicéron: « Salus populi est suprema lex »[186]. Elle apparaît ainsi autant comme un droit fondamental que comme intérêt public avec pour finalité la réalisation du droit à la santé. Il s'agit du cœur de la politique de la santé. Ensuite, la santé publique peut se comprendre comme la mise en œuvre de la politique publique ou l'ensemble des mesures étatiques qui visent à atteindre cet objectif. Dans ce sens, la santé publique recouvre le droit de la santé dans sa globalité. Enfin, la santé publique se perçoit comme un mode de raisonnement ou l'objet d'une démarche scientifique qui vise à l'analyser, la comprendre et, dans la mesure du possible, en prédire le développement. La santé publique apparaît ainsi comme un domaine scientifique interdisciplinaire où les sciences biomédicales ainsi que les sciences humaines et sociales, y compris le droit et l'économie de la santé, participent à une meilleure compréhension des différents éléments constitutifs et déterminants et à éclairer ainsi les choix (plus ou moins favorables) dans les politiques de santé.

---

182 Cf. également « [l]e système de santé regroupe les équipements et les interventions dont le but principal est de promouvoir, restaurer ou entretenir la santé de la population ». PEWSNER DANIEL/EGGER MATTHIAS/GUETG RETO/NARTEY LINDA/PACCAUD FRED, Aspects politiques et administratifs (2009), p. 104. « Health systems are defined as: … the ensemble of all public and private organizations, institutions and resources mandated to improve, maintain or restore health. Health systems encompass both personal and population services, as well as activities to influence the policies and actions of other sectors to address the social, environmental and economic determinants of health. (WHO Regional Office for Europe, 2008) Health systems are, therefore, more than health care and include disease prevention, health promotion and efforts to influence other sectors to address health concerns in their policies ». ZIGLIO ERIO/SIMPSON SARAH/TSOUROS AGIS, Health promotion and health systems (2011), p. 218.

183 Institute of Medicine (US)/Committee for the Study of the Future of Public Health/Division of Health Care Services, The future of public health (1988), p. 7. Cf. également GOSTIN LAWRENCE O., Public health law. Power, duty, restraint (2008), p. 8.

184 Cf. SPRUMONT DOMINIQUE, Le service public et les services d'intérêt public: l'exemple de la santé (2006), p. 167 ss.

185 Cf. MORELLE AQUILINO/TABUTEAU DIDIER, La santé publique (2010), p. 5–6.

186 Cicero, De Legibus, Livre III, part. III, subd. VIII

Forts de cette terminologie dans laquelle s'articulent les notions de santé, santé publique ou système de santé, déterminants de la santé et système de soins, nous adhérons à la définition du droit de la santé de GOSTIN, à savoir « l'étude des compétences législatives et des devoirs de l'État [...] ***visant à assurer les conditions nécessaires pour que la population soit en bonne santé*** (par ex. en identifiant, prévenant et limitant les risques pour la santé et la sécurité de la population), ainsi que des ***limites de la puissance publique*** pour restreindre l'autonomie, la sphère privée, la liberté, la propriété et les autres intérêts juridiquement protégés des individus pour la protection et la promotion de la santé communautaire »[187]. Il ne s'agit plus de s'en tenir uniquement à une compréhension de la santé en tant que telle, mais de prendre également en considération les facteurs qui l'influencent. De même, il est indispensable de souligner l'indissociabilité de la santé publique comme intérêt public et des libertés fondamentales. D'un point de vue juridique, comme suggéré par BURRIS et WAGENAAR, cela permet de distinguer 3 catégories de normes qui forment le droit de la santé, à savoir:

- **Le droit interventionnel de la santé** qui a pour objectif d'influencer directement la santé ou les déterminants de la santé (par ex. le contrôle des denrées alimentaires ou la lutte contre les maladies transmissibles);
- **Le droit structurel de la santé** qui définit les compétences, les devoirs publics et privés et les institutions de la santé (par ex. les dispositions dans les législations sanitaires cantonales qui définissent le rôle des autorités ou les normes concernant la planification hospitalière);
- **Le droit incident de la santé** qui n'entre dans aucune des catégories précédentes mais qui a un impact sur la santé et les déterminants de la santé (par ex. les normes de sécurité routière ou de droit de l'environnement).[188]

L'objectif est d'offrir une vision cohérente du champ d'intervention de l'État dans le domaine de la santé qui repose sur les dernières connaissances scientifiques en la matière en contribuant ainsi à une meilleure efficience dans la définition, la mise en œuvre et l'évaluation des politiques de santé. Sous cet angle, l'État ne peut prétendre gérer l'ensemble du système de santé. Au contraire, son intervention n'est pas souhaitable dans les domaines où les individus et la société civile peuvent se protéger eux-mêmes en adoptant les comportements adéquats. Mais il est aussi essentiel que l'État adopte les mesures nécessaires pour

187 Notre traduction. Texte original: « Public health law is the study of the legal powers and duties of the state, in collaboration with its partners (e.g., health care, business, the community, the media, and academe), 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 constrain for the common good the autonomy, privacy, liberty, proprietary, and other legally protected interests of individuals for the common good ». GOSTIN LAWRENCE O., A Theory and Definition of Public Health Law (2007), p. 1.

188 WAGENAAR ALEXANDER C./BURRIS SCOTT, Public health law research (2013), p. 7 (et références).

garantir la protection et l'amélioration de la santé de tous, en particulier des personnes les plus vulnérables. Cela exige un cadre légal adéquat qui prend racine aussi en dehors des domaines traditionnellement identifiés comme relevant de la santé, par exemple en matière de sécurité routière, de politique sociale ou d'encouragement du sport. Le droit incident de la santé devrait ainsi prendre une part croissante dans la définition et la mise en œuvre des politiques de santé.

E. Conclusion

Nous n'avons ici qu'effleuré les enjeux juridiques sous-jacents de la définition de la politique de santé en Suisse, particulièrement au niveau fédéral. Après avoir constaté la portée potentiellement très large de l'art. 118 al. 1 Cst. qui autorise la Confédération à prendre les mesures nécessaires afin de protéger la santé, dans les limites des différentes compétences que lui attribue la Constitution fédérale, nous avons analysé plus en détail la manière dont la santé et la santé publique sont appréhendées dans notre ordre juridique en s'intéressant plus particulièrement à la stratégie du Conseil fédéral, à la doctrine, à la législation et à la jurisprudence. Notre recherche a visé ensuite à confronter cette image de la santé sous l'angle politico-juridique avec une vision plus interdisciplinaire en se plaçant également dans une perspective historique. Cette étude a mis en évidence le caractère multidimensionnel et multidisciplinaire des notions de santé et de santé publique.

Fait essentiel, il est apparu que la santé n'était pas seulement appréciée pour elle-même, mais souvent en relation avec les différents facteurs qui l'influencent, les déterminants de la santé. Cette vision est ressortie aussi bien de la doctrine que de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la santé comme intérêt public. Même si à ce stade de notre réflexion, une définition particulière ne s'est pas imposée comme faisant consensus, plusieurs éléments sont apparus de manière récurrente pour décrire le concept de santé comme droit fondamental et intérêt public. La santé est un processus dynamique qui a une triple dimension bio-psycho-sociale. La plupart des auteurs voient d'ailleurs plutôt un continuum entre bonne santé d'un côté et maladie ou handicap de l'autre. L'état de santé de chacun varie ainsi entre les deux, faisant de nous des personnes plutôt en bonne santé ou plutôt malade en fonction des périodes et de notre environnement physique et social. À partir de la notion de déterminants de la santé qui regroupent l'ensemble des facteurs endogènes et exogènes qui affectent la santé individuelle et collective, il est aussi apparu une distinction fondamentale entre système de soins et système de santé, le premier prenant une place prépondérante dans la politique de santé, place pourtant inversement proportionnelle à son impact réel sur la santé de la population en termes de mortalité et de morbidité.

Les conditions de départ semblent ainsi réunies pour proposer un autre regard sur la manière dont se construit la politique de santé dans notre pays et la place que le droit pourrait jouer dans cette démarche. Premièrement, il convient de souligner que la Confédération dispose avec l'art. 118 al. 1 Cst. de la capacité de mettre en place une politique globale de la santé qui rejoindrait le principe de « Health in all policies » consacré dans la déclaration d'Ottawa. La Confédération est en mesure de faire un usage plus systématique de sa compétence de protéger la santé dans l'ensemble de son champ d'activité. La protection de la santé ne doit d'ailleurs pas seulement se comprendre dans le sens de mesures restrictives de police mais inclut également des mesures de prévention et de promotion. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, la santé publique comme intérêt public vise ici aussi bien la protection que l'amélioration de la santé de la population[189]. Deuxièmement, la définition d'une politique globale de santé exige de clarifier ses fondements théoriques et pratiques. Ainsi, le fait de concentrer en priorité ses efforts dans le domaine des soins s'avère partiellement en contradiction avec la responsabilité de la Confédération de respecter la santé publique comme partie intégrante de l'ordre public. Il conviendrait de mieux distinguer le rôle du système de soins à l'intérieur du système de santé afin de définir les priorités dans les efforts à consacrer à chacun.

On notera que l'Office fédéral de la santé publique dispose d'un service d'évaluation et de recherche. L'art. 9 de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur[190] mandate en effet explicitement l'OFSP à « étudier les effets des mesures législatives et autres sur la santé ». Cette disposition est complétée par de nombreuses lois spéciales qui exigent une évaluation de leurs effets dans leur domaine respectif comme l'assurance-maladie, les stupéfiants ou la recherche impliquant des êtres humains. Il existe ainsi déjà un outil pour procéder à une telle analyse. Celle-ci pourrait d'ailleurs aussi s'appuyer sur l'expertise de la Swiss School of Public Health (SSPH+) qui réunit huit Universités suisses avec de larges compétences et expériences scientifiques en matière de santé publique. Troisièmement et de manière connexe, il conviendrait dans ce processus de s'intéresser davantage aux déterminants de la santé en dehors du système de soins. Une telle démarche devrait notamment se concentrer sur le rôle des sciences humaines et sociales dans la santé et les connaissances spécifiques que celles-ci peuvent apporter dans notre compréhension de ce concept. Ce faisant, il paraît aussi utile de s'intéresser à la médicalisation de la société et à l'influence prépondérante que les professionnels de la santé exercent sur la définition de la politique de santé, influence qui n'est pas exempte de conflits d'intérêts. On notera que le FNRS a justement lancé en

189 ATF 118 Ia 427.

190 Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur (Org DFI), (RS 172.212.1).

2015 un Programme National de Recherche (PNR) 74 sur le thème « système de santé ». Son titre en allemand est toutefois « Gesundheitsversorgung » et en anglais « Better Health Care ». On retrouve ici la même confusion entre système de soins et système de santé constaté dans la stratégie « Santé2020 » du Conseil fédéral. Du reste, en dépit de son titre en français, le PNR 74 vise explicitement « les recherches innovantes en Suisse dans le domaine des services de santé » dans le but de permettre « d'améliorer les performances en matière de diagnostic, de prévention et de thérapie et l'utilisation du système de santé par les patients »[191]. Il est ainsi à craindre que le système de santé au sens large ne soit pas au centre des préoccupations de la plupart des projets qui seront soutenus par le PNR 74. Une alternative afin d'encourager la recherche dans ce domaine pourrait ainsi consister dans le lancement d'une école doctorale avec pour thème les « sciences humaines et sociales dans la santé ». Les juristes intéressés par la santé trouveraient là un outil précieux pour élargir leur champ de vision et approfondir leur réflexion sur le rôle de l'État dans le domaine de la santé. Cela pourrait au moins susciter un regain d'attention pour la politique de la santé en Suisse dans le meilleur intérêt de la santé publique et de nos droits et libertés à tous.

Bibliographie

Articles, contributions et livres

ANTONOVSKY AARON, The salutogenic model as a theory to guide health promotion, Health promotion international, 11 (1996), nº 1, pp. 11–18

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/BOIS PHILIPPE/KOLLER HEINRICH, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Bâle, Zurich 1996

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zurich, Bâle, Genève 2003

BARROCHE JULIEN, La subsidiarité – Le principe et l'application, Études, 408 (2008), nº 6, pp. 777–788

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG. Kommentar, Zurich 2007

BIAGGINI GIOVANNI/SCHÜRER STEFAN, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2007

191 ‹http://www.snf.ch/fr/pointrecherche/programmes-nationaux-de-recherche/nfp-74/Pages/default.aspx› (dernière consultation le 9 mai 2015).

BLANCHETTE LOUIS-PHILIPPE, Michel Foucault, Lex Electronica, 11 (2006), nº 2,

BOIDIN BRUNO, La santé dans une conception élargie, Mondes en développement, (2015), nº 170, pp. 7–19

BRIGNON JEAN/GALLOUJ CAMAL, Précis de santé publique et d'économie de la santé, 2e éd., Rueil-Malmaison 2011

BURCH STEPHANIE, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention, Bâle 2014

BURRIS SCOTT, Law in a social determinants strategy: a public health law research perspective, Public health reports, 126 (2011), nº Suppl 3, pp. 22–27

CASSIS IGNAZIO, La santé publique, Bulletin des médecins suisses, 92 (2011), nº 32/33, pp. 1239–1247

CENTER FOR DISEASE CONTROL/U.S. DEPARTEMENT FOR HEALTH AND HUMAN SERVICES, Ten Leading Causes of Death in the United States 1977, Atlanta 1980

COGGON JOHN, What makes health public?, Cambridge/UK/New York 2012

CORPATAUX VINCENT, L'utilisation du sang à des fins thérapeutiques, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012

DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DE LA SANTÉ DU CANTON DE NEUCHÂTEL, Stratégie cantonale de prévention et promotion de la santé 2016–2026, Neuchâtel 2016

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES/DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR (édit), Politique extérieure suisse en matière de santé, Berne 2012

DEVER G. E. ALAN, An epidemiological model for health policy analysis, Social Indicators Research, 2 (1976), nº 4, pp. 453–466

EARLE SARAH, Exploring health, in: EARLE Sarah, LLOYD Cathy E., SIDELL Moyra et SPURR Sue (édit.), Theory and research in promoting public health, London 2007, pp. 37–65

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung, 3e éd., Zurich 2014

EVANS ROBERT G./STODDART GREG L., Consuming research, producing policy?, American Journal of Public Health, 93 (2003), nº 3, pp. 371–379

EVANS ROBERT G./STODDART GREGORY L., Producing health, consuming health care, Soc. Sci. Med, 31 (1990), nº 12, pp. 1347–1363

EVANS TIMOTHY G., Why are some people healthy and others not?, Health and human rights, 1 (1994), nº 2, pp. 205–211

FOUCAULT MICHEL, Histoire de la sexualité, Paris 1976

GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHE BERNHARD, Gesundheitsrecht, 3e éd., Bâle 2013

GÄCHTER THOMAS/SCHWENDENER MYRIAM, Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Berne/Zurich 2009

GOSTIN LAWRENCE O., Public health law. Power, duty, restraint, 2e éd., Berkeley/Los Angeles/Londres 2008

GOSTIN LAWRENCE O., A Theory and Definition of Public Health Law, Journal of Health Care Law & Policy, 10 (2007), pp. 1–12

GUILLOD OLIVIER/SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé: un droit en émergence, in: ZEN-RUFFINEN Piermarco et AUER Andreas (éd.), De la Constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, pp. 337–353

HÄNNI CHRISTIAN/HARBATH STEPHAN/SPRUMONT DOMINIQUE, La résistance aux antibiotiques, Chêne-Bourg/Neuchâtel 2006

HECKETSWEILER PHILIPPE, Histoire de la médecine, Paris 2010

ILLICH IVAN, Némésis médicale: l'expropriation de la santé, Paris 1975

Institute of Medicine (US)/Committee for the Study of the Future of Public Health/Division of Health Care Services, The future of public health, Washington, D.C. 1988

JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, Schutz vor Passivrauchen: verfassungsrechtliche Aspekte. AA050008 Beschluss des Kassationsgerichts, 7. Oktober 2005, Pratique juridique actuelle, (2006), pp. 21

KING LESTER S., What is disease?, Philosophy of Science, 21 (1954), pp. 193–203

LALONDE MARC/Gouvernement du Canada/Ministère de la santé nationale et du bien-être social, Nouvelle perspective de la santé des Canadiens, Ministère de la santé nationale et du bien-être social, Ottawa 1981

LANDOLT HARDY, Öffentliches Gesundheitsrecht, Zurich 2009

LARSON JAMES, The World Health Organization's Definition of Health: Social versus Spiritual Health, Social Indicators Research, 38 (1996), pp. 181–192

LAST JOHN M., A dictionary of public health [online], Oxford/New York 2012

LEWIS AUBREY, Health as a social concept, The British Journal of Sociology, 4 (1953), nº 2, pp. 109–124

LONGCHAMP GUY, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, Berne 2004

MARKUS MÜLLER/RETO FELLER, Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Schutze des Menschen vor gefährlichen Tieren (insb. Hunden), JAAC 2007.10, (2007), pp. 199–212

McGinnis J. M./Williams-Russo P./Knickman J. R., The Case For More Active Policy Attention To Health Promotion, Health Affairs, 21 (2002), n° 2, pp. 78–93

McGovern Laura/Miller George/Hughes-Cromwick Paul, Health Policy Brief: The Relative Contribution of Multiple Determinants to Health, Health Affairs, 2014

Moor Pierre/Martenet Vincent/Flückiger Alexandre, Droit administratif. Les fondements, 3e éd., Berne 2012

Morelle Aquilino/Tabuteau Didier, La santé publique, Paris 2010

Office fédéral de la justice, Frage der Grundlage für eine Bundesgesetzgebung zum Schutz vor dem Passivrauchen, JAAC 68.81, 2004

Office fédéral de la santé publique, Santé2020. Politique de la santé: les priorités du Conseil fédéral, Berne 2013

Pewsner Daniel/Egger Matthias/Guetg Reto/Nartey Linda/Paccaud Fred, Aspects politiques et administratifs, in: Gutzwiller Felix et Paccaud Fred (éd.), Médecine sociale et préventive – Santé publique, Berne 2009, pp. 104–123

Poledna Tomas, Gesundheitsrecht, in: Poledna Tomas et Kieser Ueli (éd.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band VIII: Gesundheitsrecht, Bâle/Genève/Munich 2005, pp. 1–42

Poledna Tomas/Berger Brigitte, Öffentliches Gesundheitsrecht, Berne 2002

Schüpbach Mike/Forster Peter/Zeltner Thomas, Gesundheitsrecht, in: Poledna Tomas et Kieser Ueli (éd.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band VIII: Gesundheitsrecht, Bâle/Genève/Munich 2005, pp. 191–262

Schwendener Myriam, Krankheit und Recht, Bâle 2008

Sprumont Dominique, Le service public et les services d'intérêt public: l'exemple de la santé, in: Tanquerel Thierry et Bellanger François (éd.), Le service public: journée de droit administratif 2005, Genève/Zurich/Bâle 2006, pp. 161–192

Steffen Gabrielle, Droit aux soins et rationnement, Berne 2002

Vos Theo/Barber Ryan/Bell Brad/Bertozzi-Villa Ameila, Global, regional, and national incidence, prevalence, and years lived with disability for 301 acute and chronic diseases and injuries in 188 countries, 1990–2013, The Lancet, 386 (2015), n° 9995, pp. 743–800

Wagenaar Alexander C./Burris Scott, Public health law research, San Francisco, CA 2013

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung. Basler Kommentar, Bâle 2015

ZENGER CHRISTOPH ANDREAS, Was ist Gesundheitsrecht?, Revue suisse de droit de la santé, (2003), nº 1, pp. 15–38

ZIGLIO ERIO/SIMPSON SARAH/TSOUROS AGIS, Health promotion and health systems, Health Promotion International, 26 (2011), nº suppl 2, pp. 216–225

Autre matériel

Message du Conseil fédéral du 30 septembre 2009 relatif à la loi fédérale sur la prévention et la promotion de la santé (Loi sur la prévention, LPrév), FF 2009 6389.

Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1.