

Réseau juridique canadien VIH/sida

REVUE VIH/SIDA, DROIT ET POLITIQUES

VOLUME 12, NUMÉRO 2/3, DÉCEMBRE 2007

Contagion législative : propagation de nouvelles lois problématiques sur le VIH en Afrique occidentale

Les lois modèles peuvent être un élément utile à la lutte contre le VIH/sida, mais à condition d'être solidement ancrées dans les principes des droits humains. En 2004, l'organisme AWARE-HIV/AIDS a préparé une loi type sur le VIH, pour l'Afrique occidentale. Quelques pays de cette région ont déjà rédigé des lois nationales fondées sur cette loi type. Dans le présent article, Richard Pearshouse examine certaines des principales dispositions de cette loi type, et y identifie des problèmes en ce qui concerne les droits humains; ces problèmes devraient être réglés avant qu'une telle loi soit considérée comme un modèle pour les législatures nationales.

Introduction

Il y a presque 20 ans que le juge Michael Kirby de l'Australian High Court a formulé une mise en garde contre la propagation d'un type de virus dangereux, les « lois fortement inefficaces ».¹ Si tôt dans l'épidémie, le juge Kirby

voir page 5



Canadian HIV/AIDS Legal Network | Réseau juridique canadien VIH/sida



La publication de la *Revue VIH/sida, droit et politiques* est rendue possible en partie grâce aux contributions de l'American Bar Association (ABA) ainsi que de l'Initiative droit et santé et du Projet médias et santé du Programme de santé publique de l'Open Society Institute.

 OPEN SOCIETY INSTITUTE
Public Health Program

Numéro trilingue

Ce numéro est trilingue : anglais, français et russe – une première pour la *Revue*! La version russe des articles est au milieu du document et ses pages ont une bordure grise.

Section spéciale : l'Initiative droit et santé

Ce numéro de la *Revue* contient une section spéciale composée d'une série d'articles qui décrivent des interventions reliant le VIH/sida et les droits humains, en Afrique et en Europe de l'Est. Ces interventions ont été pilotées par l'Initiative droit et santé du Programme de santé publique de l'Open Society Institute.
Voir page 65.

Выпуск на трех языках

Данный выпуск журнала публикуется на трех языках: английском, французском и русском – впервые в истории Обзора! Русская версия расположена в середине данного тома; края страниц русской версии окрашены в серый цвет.

Contagion législative : propagation de nouvelles lois problématiques sur le VIH en Afrique occidentale

de la page 1

avait identifié ce qu'il a décrit comme des « sous-variantes » de lois fortement inefficaces, par exemple pour le test obligatoire à des groupes vulnérables ou la restriction de la liberté de mouvement des personnes vivant avec le VIH/sida. Il a signalé que :

le virus dont je parle ici n'est pas visible au microscope. Il s'agit néanmoins d'un développement tangible qui peut être décelé dans un nombre croissant de sociétés. À certains égards, cela est aussi apeurant et dangereux que le VIH. L'hôte n'est pas le corps d'un individu, mais plutôt le corps politique.²

Depuis 20 ans qu'a été lancé l'avertissement du juge Kirby, nombre de pays ont décidé de se doter de lois nationales sur le VIH/sida. Dans plusieurs cas, il s'agit de lois générales, de grande portée, i.e. des lois « omnibus » en lien avec le VIH.

(Les pays n'ont pas tous adopté des lois générales sur le VIH. Certains ont aussi révisé des lois existantes, notamment en lien avec la santé publique ou contre la discrimination – alors que d'autres n'ont pas adopté de loi spécifique, mais plutôt établi une réponse nationale par le biais d'un document-cadre de politiques, comme un plan stratégique national.)

Bien qu'il n'existe pas à proprement parler de modèle établi, pour les lois générales en matière de VIH, il existe à présent

suffisamment d'exemples pour identifier des caractéristiques communes, tant positives que négatives. Souvent, de telles lois créent une instance nationale de coordination des activités sur le VIH/sida, et de surveillance; instaurent des activités d'éducation et d'information; régissent la sécurité de l'approvisionnement en sang, tissus et organes; établissent les principes juridiques du test du VIH et du counselling en la matière; établissent des protections contre la discrimination liée au VIH; et incluent des garanties de confidentialité de la séropositivité au VIH. Elles peuvent aussi prévoir des peines relevant du droit criminel, pour certaines infractions à la loi, voire des peines spécifiques pour la transmission du VIH ou l'exposition à l'infection.

Pratiquement sans que l'on ne le remarque hors de la région, l'Afrique occidentale est le site d'une prolifération de lois nationales sur le VIH, depuis quelques années. Depuis 2005, sept lois nationales sur le VIH ont été adoptées, dans cette région (au Bénin, en Guinée, en Guinée-Bissau, au Mali, au Niger, au Togo et, plus récemment, au Sierra Leone).³ D'après un observateur, six autres pays ont actuellement des projets de loi nationaux en préparation.⁴ Ces développements font de l'Afrique occidentale l'une des régions les plus « légiférées » au monde (sinon

la plus « légiférée »), en ce qui concerne le VIH.

Le développement si rapide d'un tel nombre de lois sur le VIH n'est pas le fruit du hasard, mais plutôt la conséquence d'un projet pour promouvoir une loi type sur le VIH, dans la région.⁵

Loi type

En septembre 2004, un petit projet, l'Action for West Africa Region–HIV/AIDS (AWARE–HIV/AIDS), a organisé un atelier à N'djamena, au Tchad. Établi au Ghana, AWARE–HIV/AIDS est actif dans toute l'Afrique occidentale. Il reçoit du financement de l'USAID et est réalisé par Family Health International, avec des fonds additionnels d'organismes états-unis comme Population Service International et le Constella Futures Group.⁶

Le but énoncé de l'atelier tenu à N'djamena était d'adopter une loi type sur le VIH. Un grand nombre de parlementaires de la région y ont assisté. Au cours des trois journées de la réunion, une loi type sur le VIH/sida pour l'Ouest et le Centre de l'Afrique (« la loi type ») a été adoptée par les participants, de même qu'un plan pour sa promotion dans la région.

Les lois modèles sont un outil relativement commun pour la réforme du droit. Cette approche implique l'élaboration d'un « modèle » législatif, que chaque ressort est ensuite libre de modifier et d'adopter.

Cela offre l'avantage d'un partage d'information, évitant la duplication d'efforts que représenterait l'élaboration de lois distinctes, dans chaque ressort en vase clos. Les Nations Unies, par exemple, ont une loi type contre la discrimination raciale.⁷ Une loi type est également utile pour normaliser les approches, d'un ressort à l'autre, par des cadres juridiques similaires, y compris dans les pays qui ont un système de gouvernement fédéral.

Cependant, une loi type n'est utile que si son contenu est bon; sinon, les problèmes et les erreurs risquent de se répéter dans les lois qui ont pris modèle sur elle.

Une loi type n'est utile que si son contenu est bon; sinon, les problèmes et les erreurs risquent de se répéter dans les lois qui ont pris modèle sur elle.

La loi type de l'AWARE-HIV/AIDS est décrite, dans des communiqués, comme une réponse au besoin de « loi sur les droits humains, dans la région, qui protège les personnes qui sont infectées et celles qui sont exposées au VIH » [trad.].⁸ Dans l'introduction de la loi type, on peut lire :

L'ignorance des modes de transmissions [sic], nourrit la peur irrationnelle de l'infection, entraînant les préjugés, la discrimination et la stigmatisa-

tion contre les PVVIH et celles qui leur sont associées. La violation des droits humains des personnes infectées ou affectées par le VIH/SIDA réduit l'efficacité des programmes de prévention, de traitement et de prise en charge du VIH/SIDA.⁹

La loi type comporte plusieurs éléments positifs; notamment :

- des dispositions garantissant le counselling pré-test et post-test;
- des dispositions garantissant des services de soins de santé aux personnes vivant avec le VIH/sida;
- des protections de la confidentialité médicale; et
- des interdictions de discrimination au motif de la séropositivité, avérée ou inférée, au VIH, y compris en milieu de travail, dans les établissements d'éducation, le milieu des soins de santé ainsi que dans les domaines du crédit et de l'assurance.

Examinée à travers la lorgnette des droits humains, cependant, la loi type renferme plusieurs dispositions problématiques.

La loi type d'AWARE-HIV/AIDS examinée du point de vue des droits humains

Il existe des conseils spécifiques sur les manières dont les droits humains devraient être intégrés dans les lois sur le VIH. Par exemple, les *Directives internationales* sur le VIH/sida et les droits de la personne (les « Directives internationales »), développées lors d'une série de réunions consultatives d'experts organisées par le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme (OHCHR) et le Programme

commun des Nations Unies sur le VIH/sida (ONUSIDA), renferment 12 recommandations spécifiques sur la promotion et la protection des droits de la personne dans le contexte de l'épidémie du VIH/sida.¹⁰

Le *Guide pratique à l'intention du législateur sur le VIH/sida, la législation et les droits de l'homme* (le « Guide pratique à l'intention du législateur »), publié en 1999 par l'Union interparlementaire et l'ONUSIDA,¹¹ propose des mesures concrètes que les législateurs et les responsables d'État peuvent adopter afin d'appliquer les *Directives internationales*.

Malheureusement, plusieurs éléments de la loi type vont à l'encontre de ces orientations proposées.

Éducation et information

L'article 2 de la loi type prévoit la création de campagnes d'éducation et d'information dans les écoles. Une partie de l'article stipule que « [i] est strictement interdit de dispenser une instruction telle que celle prévue au présent article aux mineurs sans une consultation préalable et avisée avec les parents dont le consentement libre et éclairé est requis tant dans le contenu de l'enseignement que du matériel utilisé ».

Cette approche ne tient pas compte de la réalité de l'âge de la première relation sexuelle, dans plusieurs pays. Au Mali et en Guinée, par exemple, l'âge moyen de la première relation sexuelle chez les filles est de 16 ans.¹² L'accès des enfants à l'éducation sexuelle ne devrait pas dépendre de ce qui est considéré approprié par leurs parents.

Il serait préférable que des programmes complets d'éducation fournissent une information complète, factuelle et sans préjugés, au sujet de la prévention du VIH, y compris de

l'information sur l'usage adéquat et constant des condoms; ces éléments sont cruciaux pour les adolescents et les jeunes adultes, en tel contexte. L'accès à l'information sur le VIH/sida est un droit humain.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIRDCP) garantit à toute personne « la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce », y compris de l'information sur sa santé.¹³ Le droit à l'éducation est garanti par de nombreux instruments internationaux des droits de la personne, dont la Convention internationale des droits de l'enfant.¹⁴

Les Directives internationales incitent les États à prendre des mesures positives pour « veiller à ce que les enfants et les adolescents aient accès, dans le cadre et à l'extérieur de l'école, à des informations et à un enseignement appropriés en matière de santé, notamment à des informations sur les moyens de prévenir et de soigner l'infection au VIH ou le SIDA, ces informations et cet enseignement étant conçus en fonction de leur âge et de leurs capacités, pour les rendre aptes à maîtriser de manière avisée et responsable leur sexualité ».¹⁵

Obligations de divulgation et « devoir d'avertir »

L'article 26 de la loi type requiert qu'une personne diagnostiquée séropositive au VIH divulgue cette information à son « conjoint ou partenaire sexuel » [régulier] dès que possible, et au plus tard six semaines après le diagnostic. Le centre de test sera obligé de divulguer l'information aux conjoints et partenaires sexuels après cette période, en veillant à ce que tous les efforts soient faits pour que les

partenaires puissent avoir une compréhension complète de la situation.

Cette exigence est trop large. Pourquoi la divulgation est-elle requise par la loi, sans égard au degré de risque de transmission? Requérir cette divulgation, par une disposition générale, à tout partenaire sexuel – sans égard à des éléments comme la conduite sexuelle en cause, l'application de précautions pour prévenir la transmission du VIH, la capacité de la PVVIH/sida de faire cette divulgation en toute sécurité, ou les craintes de répercussions pour cette personne – est une atteinte injustifiée à la vie privée et expose les PVVIH/sida à la stigmatisation, à la discrimination, à la violence et à d'autres abus.

La divulgation de la séropositivité au VIH peut être difficile, pour diverses raisons, notamment le stigmatisme et la honte qui s'associent encore trop souvent à cette affection.

La divulgation de la séropositivité au VIH peut être particulièrement difficile, pour diverses raisons, notamment à cause du stigmatisme et de la honte qui s'associent encore trop souvent à cette affection. Dans certains cas, particulièrement pour les femmes, la crainte de violence peut être une raison de ne pas informer un partenaire. Dans certains ressorts,

le processus de la notification des partenaires est doté d'un examen de la possibilité de violence domestique, ou de référence à des services spécialisés si le cas s'avère. Les Directives internationales recommandent la notification volontaire des partenaires, mais avec considération de situations exceptionnelles :

Aux termes de la législation relative à la santé publique, les professionnels de la santé doivent être autorisés, mais sans y être obligés, à décider, suivant la nature du cas et en fonction de considérations éthiques, d'informer les partenaires sexuels d'un patient de sa séropositivité. Une telle décision est cependant subordonnée aux critères suivants :

- Le porteur du virus a reçu tous les conseils nécessaires;
- Ces conseils ont été inutiles pour provoquer chez lui le changement de comportement souhaité;
- Le porteur du virus a refusé d'informer ses partenaires ou n'a pas consenti à ce qu'ils soient informés;
- Un risque réel de transmission du VIH au(x) partenaire(s) existe;
- Le porteur du virus a reçu un préavis suffisant;
- Si possible, l'identité du porteur du virus n'est pas révélée au(x) partenaire(s);
- Le cas échéant, un suivi est assuré pour aider les intéressés.¹⁶

Le test du VIH

L'article 18 interdit le test obligatoire du VIH en général, mais crée un certain nombre d'exceptions, notamment :

- « lorsqu'une personne est inculpée d'infection à VIH/sida d'une

autre personne ou tentative d'infection à VIH par quelque moyen que ce soit;

- lorsqu'une personne est inculpée de viol;
- lorsque la détermination du statut sérologique à VIH est nécessaire pour résoudre un litige matrimonial »;
- dans les cas de don d'organe, de tissus ou de sang; et
- « lorsqu'une femme enceinte subit un examen médical ».¹⁷

Étant donné le caractère intrusif de l'imposition du test du VIH, elle constitue une violation du droit de la personne à la vie privée et à l'intégrité corporelle.¹⁸ Le test du VIH sans consentement est presque toujours injustifié¹⁹ et comme dans le cas d'autres violations de droits humains, les raisons invoquées à titre de justification nécessitent un examen minutieux.

Imposition du test aux personnes accusées de viol ou de transmission ou tentative de transmission à autrui

On devrait faire preuve d'extrême prudence, quant à l'adoption d'une loi prévoyant d'imposer le test du VIH aux personnes accusées de ces crimes – principalement parce qu'une telle utilisation du test du VIH :

- ne procure pas une information fiable et en temps opportun, au sujet du risque d'infection pour la victime d'agression;²⁰
- constitue une approche malavisée, potentiellement néfaste, aux besoins de la victime d'agression;²¹
- contrevient aux droits de l'accusé à l'intégrité corporelle, à la vie privée et à la dignité humaine; et²²

- peut ne pas être propice au rétablissement psychologique de la victime d'agression.²³

Le but présumé de l'imposition du test aux personnes accusées de crimes sexuels est de fournir une occasion aux victimes de recevoir une prophylaxie post-exposition (PPE) si elles ont pu être exposées au VIH. Cependant, la loi devrait assurer à toutes les victimes de crimes sexuels l'accès à la PPE et à un counselling en la matière, sans égard au fait que le test du VIH soit imposé ou non aux agresseurs.

Imposition du test pour résoudre un litige matrimonial

La résolution d'un conflit matrimonial requiert rarement, voire jamais, que l'on force quiconque à passer le test du VIH. Par ailleurs, il n'est pas recommandé que la séropositivité au VIH soit un motif pour annuler un mariage, puisque cela contribuerait à accroître la stigmatisation des personnes vivant avec le VIH.

Imposition du test aux femmes enceintes

Un énoncé de politique de l'ONUSIDA sur le test du VIH et le counselling affirme :

Qu'il y ait ou non présence de facteurs de risque, ou potentiel d'intervention efficace pour prévenir la transmission, on ne doit pas obliger une femme [enceinte] à se faire tester. Par contre, il faut lui donner tous les renseignements qui lui permettront de prendre ses propres décisions concernant le test [du] VIH, la reproduction et l'allaitement au sein.²⁴

L'offre systématique du test du VIH aux femmes enceintes (et non le

test systématique, qui est effectué automatiquement sauf si la personne a exprimé un refus explicite), accompagnée de counselling et suivie d'une procédure pour le consentement éclairé, est une réponse appropriée aux objectifs de santé publique ainsi qu'au respect, à la protection et à la réalisation des droits humains.

La criminalisation de la transmission du VIH ou de l'exposition à l'infection

L'art. 36 de la loi type aborde la question de la criminalisation de la transmission du VIH et de l'exposition à l'infection. Malheureusement, compte tenu de la complexité particulière de cet enjeu, l'article 36 est formulé maladroitement et il manque de clarté. Sans raison apparente, l'ordre des sous-paragraphes est inversé dans les versions française et anglaise, et des différences évidentes s'observent entre ces deux versions du texte.

Par ailleurs, une partie de l'art. 36 de la loi type crée une infraction de « transmission volontaire ». Il y est affirmé que toute personne coupable de transmission volontaire du VIH recevra une sanction. La « transmission volontaire » est définie à l'article 1 comme « tout attentat à la vie d'une personne par l'inoculation de substances infectées par le VIH, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées ». La « transmission du VIH » est également définie, avec la clarification que l'infection peut se produire en raison de rapports sexuels, de transfusion de sang, de partage d'aiguille intraveineuse, d'instruments qui percent la peau, ou en situation mère-enfant.

Dans la mesure où un recours au droit pénal intervient, en lien avec le

VIH, les Directives internationales recommandent que :

La législation pénale et/ou la législation relative à la santé publique ne doit pas viser expressément les cas exceptionnels de transmission délibérée et intentionnelle du VIH, mais plutôt les traiter comme un autre délit.^(*) Elle garantirait ainsi que les éléments de prévisibilité, d'intention, de causalité et de consentement sont clairement stipulés dans la loi à l'appui d'un verdict de culpabilité et/ou de peines plus sévères.²⁵

En ce qui concerne cette partie de l'art. 36 de la loi type, il est approprié d'inclure, comme préalable à la possibilité de responsabilité criminelle, la nécessité que l'accusé eût connaissance du fait qu'il était séropositif au VIH. Cependant, l'expression « de quelque manière » ratisse trop large, en particulier si l'on tient compte de la définition donnée à « transmission du VIH » dans la loi type. Dans les faits, l'on risque d'imposer des peines criminelles dans des situations où :

- une personne a pratiqué le sexe, indifféremment de sa divulgation au partenaire sexuel et du risque réel de transmission;
- une personne a pris les mesures pour désinfecter une seringue, une aiguille ou un autre instrument qui perce la peau, indifféremment de sa divulgation au partenaire sexuel et du risque réel de transmission; et
- une mère a transmis le VIH à son enfant, y compris *in utero* ou pendant l'accouchement ou la phase du travail, indifféremment des précautions appliquées pour réduire le risque de transmission et du risque réel de transmission.

Omissions dans la loi type

Femmes

L'« Exposé des motifs » de la loi type énumère, entre autres, les principes suivants parmi les « principaux aspects » de la loi proposée :

La loi type n'aborde aucun des facteurs sociaux, culturels, économiques et juridiques qui rendent les femmes plus vulnérables devant le VIH.

« L'État s'attaquera vigoureusement aux conditions qui aggravent la propagation de l'infection à VIH, notamment, la pauvreté, les inégalités relatives au genre, les pratiques culturelles à risque »; et

« Le Gouvernement devra reconnaître la vulnérabilité accrue des femmes et des enfants et prendre les mesures nécessaires pour répondre à leurs besoins spécifiques. »

Néanmoins, la loi type ne fait pas mention des droits des femmes et elle n'aborde aucun des facteurs sociaux, culturels, économiques et juridiques qui sont spécifiques à la vulnérabilité accrue des femmes devant l'infection à VIH et les rendent plus susceptibles d'être aux prises avec des répercussions de cette infection.

Détenus

L'art. 8 de la loi type prévoit que de l'information sur le VIH doit être fournie « de la manière la plus appropriée » dans tous les centres de détention. Il donne aux ministères de la Justice, de l'Intérieur et de la Santé le pouvoir d'application de cet article. Bien qu'il soit implicite que certains détails restent à déterminer par voie de règlement subsidiaire, l'art. 8 ne fournit aucune indication quant aux éléments à régler. Pour être efficace, l'information sur le VIH doit être accompagnée de la prestation d'équipement concret pour prévenir l'infection par le VIH, en prison comme ailleurs, par exemple des condoms et du matériel stérile pour l'injection.

Autres personnes vulnérables

Très peu de choses, dans la loi type, abordent le cas de personnes vulnérables ou les programmes dont elles ont besoin.

Lois nationales sur le VIH

Les tenants de la loi type citent maintes fois la souveraineté des États comme un facteur de poids et contrepoids [« *check and balance* »], en rapport avec la loi type. Autrement dit, les États demeurent libres d'adopter, d'adapter, de modifier ou de rejeter le modèle, au motif de leur situation et de leurs besoins particuliers.

Compte tenu de l'expérience de la loi type de N'djamena, c'est une perspective empreinte de naïveté. En dépit des nombreuses dispositions problématiques au regard de la perspective des droits de la personne, la loi type est présentée comme un modèle (i.e., un idéal, une pratique exemplaire) législatif. Et, de fait, toutes les lois nationales sur le VIH

qui ont été adoptées par des pays de l'Afrique occidentale ont clairement été influencées par la loi type. L'une d'entre elles, récemment adoptée par la Guinée-Bissau, en est une réplique presque mot pour mot.

Généralement, les lois nationales sont basées en grande partie sur les dispositions de la loi type, avec certaines modifications, additions ou omissions mais suivant les mêmes grandes lignes législatives. Par exemple, les dispositions sur la notification des partenaires et sur le « devoir d'avertir » des professionnels de la santé, dans les lois du Niger, du Mali et du Togo, sont essentiellement identiques aux éléments susmentionnés de la loi type.

Parfois, les lois nationales présentent des dispositions supplémentaires qui sont un prolongement de la même intention législative que celle de la loi type. Lorsque les dispositions de la loi type font fi des principes des droits humains et des lois qui en découlent, les dispositions correspondantes dans les lois nationales peuvent exacerber ces problèmes. Par exemple :

- l'art. 2 de la loi guinéenne ajoute une autre restriction (au texte de la loi type) à l'éducation et à l'information sur le VIH/sida, en interdisant expressément l'éducation sur le VIH/sida aux enfants de moins de 13 ans;
- l'art. 28 de la loi guinéenne exige le test du VIH avant le mariage;
- l'art. 50 de la loi togolaise stipule le test obligatoire périodique des travailleuses et travailleurs sexuels, pour le VIH et des infections transmissibles sexuellement.²⁶

En dépit des recommandations contenues dans les Directives inter-

nationales à l'effet de ne pas créer d'infraction criminelle spécifique au VIH,²⁷ toutes les lois nationales de la région, relativement au VIH, établissent des dispositions pénales sur la « transmission volontaire du VIH ».²⁸ Aucune des lois ne contient de définition de l'expression « volontaire » – une omission qui est contraire à la mise en garde des Directives internationales à l'effet que, dans le cas d'infractions criminelles de transmission ou exposition, l'on s'assure « que les éléments de prévisibilité, d'intention, de causalité et de consentement sont clairement stipulés dans la loi à l'appui d'un verdict de culpabilité et/ou de peines plus sévères ».²⁹

Seule la loi togolaise offre un certain éclairage quant à l'élément mental requis pour démontrer la culpabilité en droit pénal : l'art. 53 de cette loi stipule que « [s]ont considérés comme des crimes : ... les relations sexuelles non protégées dans le souci de transmettre le virus ou toute autre activité de propagation *volontaire* du virus ».

Si une disposition pénale relative à la transmission est incluse en droit, l'application des mesures pénales devrait être limitée à une conduite où l'on observe ce degré élevé d'intention malicieuse, limitant l'ampleur du plus sérieux instrument juridique d'État et les pénalités conséquentes, aux cas pour lesquels un tel traitement est clairement mérité.

D'autres lois nationales sont beaucoup plus floues quant aux conduites qu'elles pénaliseraient. Par exemple :

- L'art. 27 de la loi du Bénin décrète qu'il est criminel pour toute personne qui sait qu'elle « est infectée par le virus du SIDA » [sic] d'avoir des rapports

sexuels non protégés avec une personne non informée de son état sérologique. On ne requiert pas qu'il y ait eu transmission du VIH.

- L'art. 14 de la loi du Togo impose une obligation à *toute* personne d'utiliser des condoms masculins ou féminins « lors des rapports sexuels à risque ». Dans les faits, cet article rend illégale toute pénétration vaginale ou anale sans condom – et ce sans égard aux circonstances. L'art. 13 vise spécifiquement les PVVIH/sida, leur interdisant tout « rapport sexuel non protégé » – peu importe si elles ont divulgué leur séropositivité à un partenaire, qui est consentant, et peu importe l'état sérologique du partenaire.
- Dans la loi de la Guinée, le crime élémentaire de « transmission volontaire du VIH » découle à la fois de l'art. 35 (qui catégorise comme infraction la transmission du VIH par les rapports sexuels ou par le sang) et de la définition sous-jacente, dans l'art. 1, de l'expression « transmission volontaire du VIH ». La définition semble inclure non seulement les circonstances où le virus est réellement transmis par le biais de substances porteuses, mais aussi toute exposition à de telles substances sans égard aux conséquences. Cette définition semble aussi imposer une responsabilité pénale, relativement à la transmission et même pour l'exposition, sans égard aux éléments suivants : (a) la question de savoir si la personne se savait séropositive ou était consciente du risque de transmission à

autrui; (b) le risque réel de transmission associé à l'activité; (c) la question de savoir si la personne séropositive avait divulgué son état à l'autre personne ou si cette dernière en était consciente de quelque manière; (d) la question de savoir si la personne a pris des moyens pour réduire le risque de transmission (p. ex., condoms, autres mesures de prévention sexuelle, désinfection du matériel d'injection de drogue); et (e) la question de savoir si, dans les circonstances, la PVVIH avait un contrôle sur le degré de risque (p. ex. le port du condom par son mari ou partenaire).

- La définition de « transmission du VIH », dans certaines lois (p. ex. Guinée, Guinée-Bissau, Mali, Niger) inclut la transmission périnatale [ou *transmission mère-enfant* (TME)] : certaines définitions de « transmission du VIH » font expressément référence à la TME; d'autres semblent considérer la TME comme une forme de transmission par le sang. Puisque de telles définitions pourraient être déterminantes pour établir qu'il y a eu infraction de « transmission volontaire du VIH », ces lois semblent considérer la TME comme un crime.
- La loi de la Sierra Leone contient deux articles distincts qui définissent l'infraction de « transmission du VIH ». L'art. 21(1) établit qu'une personne qui est séropositive au VIH (et qui le sait) doit « prendre toutes les mesures et précautions raisonnables pour prévenir la transmission du VIH à d'autres, et dans le cas d'une femme enceinte, au fœtus ». Par

ailleurs, selon l'article 21(2), une personne qui est séropositive au VIH (et qui le sait) ne doit pas sciemment ou par imprudence exposer une autre personne (et dans le cas d'une femme enceinte, le fœtus) au risque de contracter le VIH, sauf si cette personne connaît le fait et accepte volontairement le risque d'être infectée.³⁰

Certaines lois nationales semblent considérer la transmission périnatale du VIH comme une infraction criminelle.

Ces dispositions comportent plusieurs problèmes. Premièrement, elles violeraient le droit au traitement médical sur consentement volontaire et éclairé. Le consentement éclairé à prendre un traitement antirétroviral pour réduire le risque de TME est important, car ce traitement peut affecter la santé de la femme enceinte.³¹

Deuxièmement, l'on ne précise pas ce que l'on entend par « toutes les mesures et précautions raisonnables ». De fait, il est loin d'être évident que de telles mesures et précautions sont articulées avec suffisamment de clarté et suffisamment comprises par les professionnels de la santé

et par les femmes enceintes d'une manière qui ferait en sorte qu'il soit approprié d'appliquer des dispositions pénales pour les écarts à ces mesures et précautions. Pour ne donner qu'un exemple, est-ce que la transmission du VIH par l'allaitement du bébé constituerait un acte passible de responsabilité pénale?

Troisièmement, la crainte que l'accouchement dans un établissement de soins de santé puisse exposer des femmes à une responsabilité pénale risque d'inciter des femmes à ne pas s'adresser à ces établissements et en particulier aux soins de maternité. Quatrièmement, il est douteux que l'imposition d'une peine criminelle à une mère serve les meilleurs intérêts du nouveau-né.

Conclusion

La pression sur les législateurs et sur les gouvernements, aux quatre coins du monde, de répondre au VIH sur le plan législatif, est énorme.³² Cependant, les lois relatives au VIH, même lorsqu'elles sont maquillées des atours des droits de la personne, ne sont pas toujours un progrès. Les lois en la matière peuvent être déterminantes pour promouvoir des initiatives efficaces en réponse au VIH/sida, mais elles peuvent, en contrepartie, y nuire.

Il existe un cadre détaillé de référence sur les principes des droits humains (les *Directives internationales*), pour guider les législateurs dans le processus d'élaboration de lois en lien avec la pandémie. Afin de contribuer de manière constructive à la réduction de l'impact du VIH, les lois nationales doivent établir un cadre de réel soutien, pour les personnes séropositives et celles qui sont

vulnérables à l'infection. Beaucoup trop souvent, cette réalité semble avoir été laissée pour compte dans les lois sur le VIH qui ont récemment été adoptées en Afrique occidentale.

— Richard Pearshouse

Richard Pearshouse (rpearshouse@aidslaw.ca) est directeur de la recherche et des politiques, pour le Réseau juridique canadien VIH/sida.

la réunion de consultation sur le cadre légal sur le VIH abordant les droits humains et les droits des femmes, Hôtel N'gor Diarama, Dakar, Sénégal, 24–25 juillet 2007.

⁵ Un communiqué de juillet 2007 où l'on décrit l'adoption de la plus récente loi dans la région, est intitulé « Seven down, eleven to go: Sierra Leone seventh country to adopt HIV/AIDS law with help from Constella Futures » [Sept sont faits, onze restent : la Sierra Leone est le septième pays à adopter une loi sur le VIH/sida avec l'aide de Constella Futures] 17 juillet, 2007. Accessible à www.constellagroup.com/news/impact/2007/hiv_aids_model_law_071707.php.

⁶ Voir www.fhi.org/en/HIVAIDS/country/WestAfrica/waficapartners.htm; AWARE-HIV/AIDS, *Regional Workshop to Adopt a Model Law for STI/HIV/AIDS for West and Central Africa – General Report*, septembre 2004 (en filière auprès de l'auteur); Constella Group.

⁷ Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « Législation nationale type servant de ligne directrice aux États pour l'adoption et le développement de lois interdisant la discrimination raciale ». À www.unhchr.ch/french/html/menu6/2/pub962_fr.htm. Pour des exemples en matière de contrôle des drogues illicites, voir www.unodc.org/unodc/en/legal_advisory_common.html.

⁸ Constella Group.

⁹ AWARE-HIV/AIDS.

¹⁰ ONUSIDA/HCDH, *Directives internationales concernant le VIH/sida et les droits de l'homme*, version consolidée de 2006. Accessible via www.ohchr.org/english/issues/hiv/guidelines.htm.

¹¹ ONUSIDA et Union interparlementaire, *Guide pratique à l'intention du législateur sur le VIH/sida, la législation et les droits de l'homme*, 1999. Accessible à www.ipu.org/PDF/publications/aids_fr.pdf. Au moment où nous écrivions cet article, une deuxième édition revue et mise à jour était en voie d'être finalisée.

¹² M. Bozon, *At What Age Do Women and Men Have Their First Sexual Intercourse? World Comparisons and Recent Trends*, Institut National d'Études Démographiques (France) (basé sur des enquêtes du DHS), 2003.

¹³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) à 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), article 19.

¹⁴ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, art. 26; *Pacte international relatif aux droits économiques, culturels et sociaux*, art. 13; *Convention sur l'élimination de la discrimination sous toutes ses formes à l'égard des femmes*, art. 10 et 14; *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, art. 28 et 29.

¹⁵ Directives internationales, par. 38(g).

¹⁶ Directives internationales, directive 3(g).

¹⁷ Pour une raison inconnue, la disposition stipulant le test obligatoire des femmes enceintes dans le cadre des soins prénatals figure dans la version anglaise de la loi type, mais pas dans la traduction française.

¹⁸ Voir, p. ex., l'art. 17 du PIRDCP.

¹⁹ L'unique exception à l'interdiction d'imposer le test obligatoire concerne le cas des dons de sang, de tissus humains et d'organes, où il existe de tout évidence un impératif sanitaire de pratiquer le test du VIH et pour lequel l'État a un devoir légal de diligence envers les receveurs potentiels.

²⁰ Un résultat négatif à un test du VIH administré à un accusé ne constitue pas une preuve définitive à l'effet

que la victime n'a pas été exposée au VIH, puisqu'il se peut que l'on ait administré le test à l'accusé pendant la « période fenêtre » de l'infection à VIH (au cours de laquelle les anticorps au VIH ne sont pas détectables par les tests) : Legal Assistance Centre (LAC), *A Case Against Mandatory HIV Testing of Rapists*, 1997; AIDS Law Project (ALP), Centre for Applied Legal Studies, *Submission on the Compulsory HIV Testing of Alleged Sexual Offenders Bill*, 6 février 2003.

²¹ Relativement au potentiel de répercussions néfastes, le rapport du LAC (voir note précédente) affirme que si l'on applique des mesures de test obligatoire afin de porter des accusations supplémentaires contre les agresseurs sexuels, les victimes de viol pourraient être exposées à des questions au sujet de leurs antécédents sexuels ainsi que de leur état sérologique au VIH avant l'agression. La confidentialité au sujet de la possible séropositivité au VIH, pour la victime, après le procès, pourrait aussi devenir un problème.

²² *Ibid.*

²³ Dans le rapport de l'ALP (cf note 21) il est affirmé que « dans la vaste majorité des cas, le suspect n'est pas appréhendé dans un court laps de temps ». En conséquence, la victime n'a généralement pas l'occasion de connaître le résultat du test du suspect au moment où elle doit prendre une décision d'amorcer ou non une prophylaxie antirétrovirale.

²⁴ ONUSIDA, *Politique de l'ONUSIDA relative au test et au conseil VIH*, 1997, p. 1. Dans les Directives internationales, il est souligné que « [l]es États devraient veiller à ce que toutes les femmes et les jeunes filles en âge de procréer aient accès à des informations et à des conseils fiables et exhaustifs sur la manière de prévenir la transmission du VIH et sur le risque de transmission verticale du virus, ainsi qu'aux moyens disponibles pour réduire ce risque autant que possible ou pour mener à bonne fin une grossesse si elles choisissent de la faire. » : Directives internationales, par. 38(f).

^(*) N.d.t. : L'expression utilisée dans la version française des Directives internationales, « les traiter comme un autre délit », peut porter à confusion. La version originale anglaise dit : « *apply general criminal offences to these exceptional cases* », donc il s'agit d'une recommandation d'avoir recours aux dispositions pénales existantes plutôt que de créer des lois pénales spécialement pour le VIH.

²⁵ Directives internationales, Directive 4, par. 21(a).

²⁶ Les Directives internationales déconseillent le test obligatoire des travailleuses et travailleurs sexuels; on y recommande une approche plus large et non coercitive, en matière de prévention : Directives internationales, par. 29(c).

²⁷ Directives internationales, Directive 4, par. 21(a).

²⁸ Dans les faits, la plupart des dispositions criminalisent l'exposition à l'infection par le VIH, plutôt que sa transmission.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Plutôt que de découler de la loi type, l'art. 21 de la loi de la Sierra Leone semble basé sur l'art. 24 de la *HIV and AIDS Prevention and Control Act (2006)* du Kenya, bien que la mention expresse de la TME n'apparaisse que dans la loi de la Sierra Leone.

³¹ Voir Center for Reproductive Rights, *Pregnant Women Living with HIV/AIDS: Protecting Human Rights in Programs to Prevent Mother-to-Child Transmission of HIV* [briefing paper], août 2005. À www.reproductiverights.org/pdf/pub_bp_HIV.pdf.

³² M.D. Kirby.

¹ M.D. Kirby, *The New AIDS Virus — Ineffective and Unjust Laws*, document inédit préparé pour le Sommet international sur le sida, Paris, 23 octobre 1987, publié dans le *Washington Post*, 2 février 1988, p. 14.

² *Ibid.*

³ La « Loi portant prévention, prise en charge et contrôle du VIH/SIDA en République du Bénin », (n° 2005-31, du 5 avril 2006) au Bénin; la « Loi relative à la prévention, la prise en charge et le contrôle du VIH/sida » (n° 2005-25) en Guinée; la « Loi cadre relative à la prévention, au traitement et au contrôle du VIH/sida » de la Guinée-Bissau; la « Loi fixant les règles relatives à la prévention, à la prise en charge et au contrôle du VIH/SIDA » (n° 06-28, du 29 juin 2006) au Mali; la « Loi relative à la prévention, la prise en charge et le contrôle du Virus de l'Immunodéficience Humaine (VIH) » (n° 2007-08, 30 avril 2007) au Niger; la « Loi sur la prévention et le contrôle du VIH/sida » (2007) en Sierra Leone; et la « Loi portant protection des personnes en matière de VIH/sida » (n° 2005-012) au Togo.

⁴ D'après le professeur Amsatou Sow Sidibe de l'Université Cheikh Anta Diop à Dakar, ces ressorts sont le Cameroun, le Tchad, l'Île Maurice, le Sénégal, la Côte-d'Ivoire et Cap-Vert : A.S. Sidibe, « Étude régionale des cadres légaux relatifs au VIH/SIDA », exposé lors de