



ONUSIDA

PROGRAMME COMMUN DES NATIONS UNIES SUR LE VIH/SIDA

HCR
UNICEF
PAM
PNUD
UNFPA
ONU DC
OIT
UNESCO
OMS
BANQUE MONDIALE

La poursuite des droits :

Études de cas sur le traitement judiciaire
des droits fondamentaux des personnes vivant
avec le VIH

COLLECTION MEILLEURES PRATIQUES DE L'ONUSIDA



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

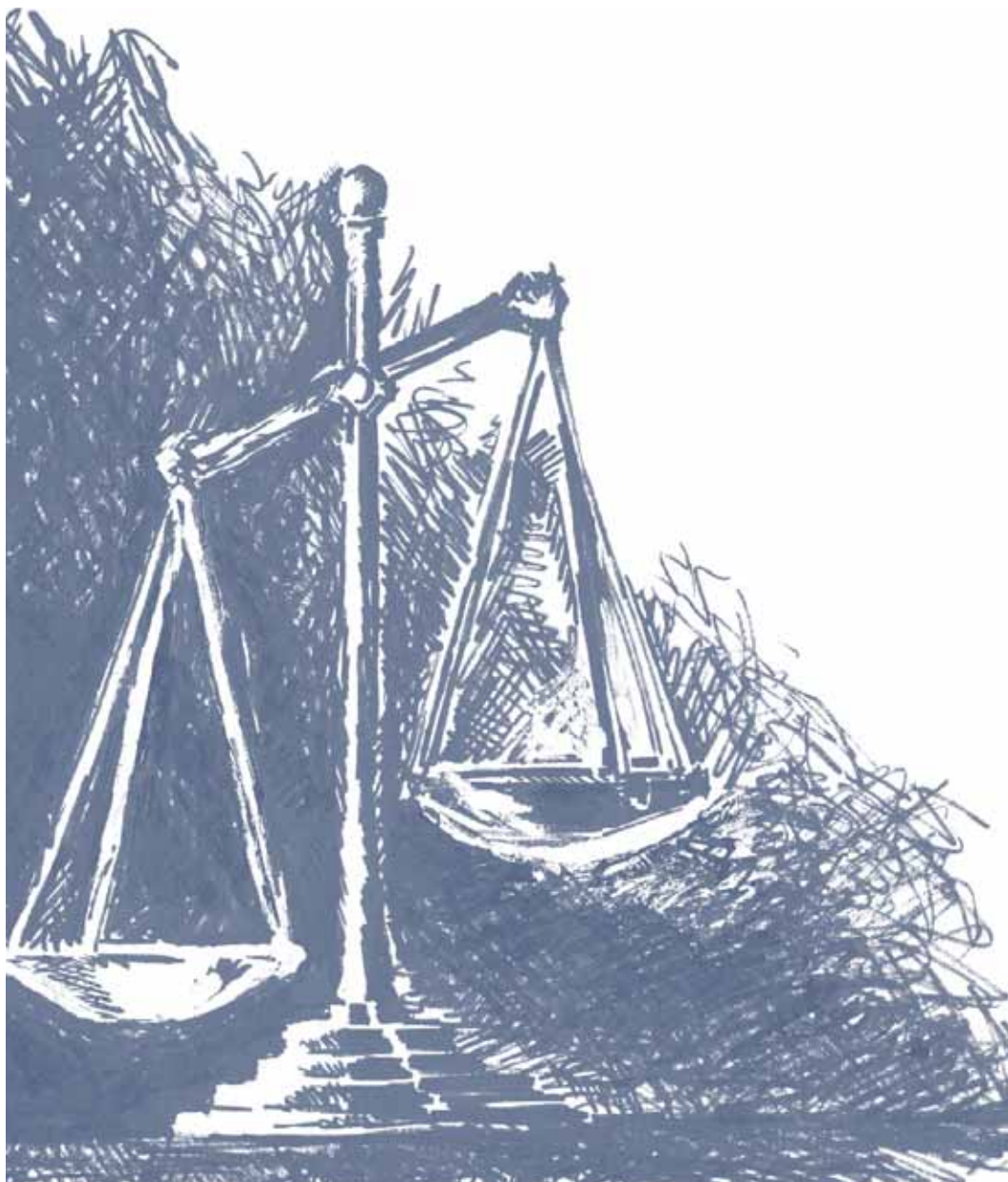


Photo de couverture : Réseau juridique canadien/réalisé par Luke Nicholson et Mélanie Paul-Hus

Étude publiée conjointement par le Réseau juridique canadien VIH/SIDA
et le Programme commun des Nations Unies sur le VIH/SIDA (ONUSIDA)

ONUSIDA/06.01F (version française, septembre 2006)

Version originale anglaise, UNAIDS/06.01E, mars 2006 :

Courting Rights: Case Studies in Litigating the Human Rights of People Living with HIV

Traduction – ONUSIDA

© Programme commun des Nations Unies sur le VIH/SIDA (ONUSIDA) 2006.

Tous droits de reproduction réservés. Les publications produites par l'ONUSIDA peuvent être obtenues auprès du Centre d'information de l'ONUSIDA. Les demandes d'autorisation de reproduction ou de traduction des publications de l'ONUSIDA – qu'elles concernent la vente ou une distribution non commerciale – doivent être adressées au Centre d'Information à l'adresse ci-dessous ou par fax, au numéro +41 22 791 4187 ou par courriel : publicationpermissions@unaids.org.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent

de la part de l'ONUSIDA aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

La mention de firmes et de produits commerciaux n'implique pas que ces firmes et produits commerciaux sont agréés ou recommandés par l'ONUSIDA, de préférence à d'autres. Sauf erreur ou omission, une majuscule initiale indique qu'il s'agit d'un nom déposé.

L'ONUSIDA ne garantit pas que l'information contenue dans la présente publication est complète et correcte et ne pourra être tenu pour responsable des dommages éventuels résultant de son utilisation.

Catalogage à la source: Bibliothèque de l'OMS:

La poursuite des droits : études de cas sur le traitement judiciaire des droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH.

(ONUSIDA collection meilleures pratiques)

« Étude publiée conjointement par le Réseau juridique canadien VIH/SIDA et le Programme commun des Nations Unies sur le VIH/SIDA (ONUSIDA). »
« ONUSIDA/06.01F ».

1.SIDA – législation. 2.Infection à VIH – législation. 3.Droits homme – législation. 4.Health services accessibility – législation. 5.Étude de cas. I.ONUSIDA. II.Organisation mondiale de la Santé. III.Réseau juridique canadien VIH/SIDA. IV.Série.

ISBN 92 9 173489 6

(Classification NLM : WC 503.7)

ONUSIDA – 20 avenue Appia – 1211 Genève 27 – Suisse
Téléphone : (+41) 22 791 36 66 – Fax : (+41) 22 791 41 87
Courrier électronique : unaids@unaids.org – Internet : <http://www.unaids.org>

La poursuite des droits :
Études de cas sur le traitement
judiciaire des droits fondamentaux
des personnes vivant avec le VIH



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



ONUSIDA

PROGRAMME COMMUN DES NATIONS UNIES SUR LE VIH/SIDA

HCR
UNICEF
PAM
PNUD
UNFPA

ONUDC
OIT
UNESCO
OMS
BANQUE MONDIALE

Remerciements

Cette étude a été réalisée et rédigée par Richard Elliott, Joanne Csete, Richard Pearshouse et Glenn Betteridge du Réseau juridique canadien VIH/SIDA, avec l'aide éditoriale de Susan Timberlake, conseiller de l'ONUSIDA pour les droits de la personne. Richard Elliott a revu l'ensemble du document. Parfois, certains résumés ou commentaires de certaines études sont des adaptations d'éléments déjà publiés par le Réseau juridique ; les sources originales sont alors citées. Les auteurs tiennent à remercier leurs collègues dans plusieurs pays qui leur ont communiqué des éclairages ou documentations complémentaires sur des arrêts et décisions d'un certain nombre d'instances. Des remerciements particuliers sont également adressés à Ian Malkin, German Rincon Perfetti, Debbie Mankovitz, Michaela Clayton, Karyn Kaplan, David Szablowski, Liesl Gertholtz et Katie Gibson pour leur contribution aux recherches.

Le financement de ce projet a été fourni par l'ONUSIDA.

Les opinions exprimées dans ce document sont celles des auteurs et ne traduisent pas nécessairement les positions ou politiques de l'ONUSIDA.

Remarque : Sauf indication contraire, toutes les traductions de textes originaux rédigés dans des langues autres que l'anglais sont celles des auteurs et ne doivent donc pas être considérées comme des traductions officielles.

Table des matières

I. Discrimination liée au VIH	9
<i>Canada (Procureur général) c. Thwaites</i> , [1994] 3 CF 38 (Cour fédérale du Canada – Section de première instance, 1994)	10
<i>XX v. Gun Club Corporation et al.</i> , Cour constitutionnelle, jugement n° SU-256/96 (1996)	13
<i>M.X. c. Z.Y.</i> , AIR 1997 Bom 406 (Haute cour de justice, 1997)	18
<i>M. X c. Hôpital Z</i> , (1998) 8 SCC 296, modifié 2002 SCCL.COM 701 (appel civil No. 4641 de 1998), Cour suprême de l'Inde (1998 & 2002)	21
<i>A, C & autres c. Union indienne & autres</i> , Haute cour de Bombay [Mumbai], Demande d'assignation No. 1322 de 1999	21
<i>JRB et al. c. Ministère de la Défense</i> , affaire No. 14000, Cour suprême de justice du Venezuela (division politique et administrative) (1998)	27
<i>Haindongo Nghidipohamba Nanditume c. Ministère de la Défense</i> , affaire No. LC 24/98, Labour Court (tribunal du travail) de Namibie (2000)	31
<i>Hoffmann c. South African Airways</i> , Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, Affaire CCT 17/00 (2000) ; 2001 (1) SA 1 (CC) ; 2000 (11) BCLR 1235 (CC)	35
<i>XX c. Ministère de la Défense nationale</i> (Académie militaire Général José María Córdova), affaire No. T-707205, troisième chambre d'appel de la Cour constitutionnelle (2003)	39
<i>Karen Perreira c. école Buccleuch Montessori Pre-School and Primary (Pty) Ltd et al.</i> , Haute cour d'Afrique du Sud, affaire No. 4377/02 (2003)	42
<i>Diau c. Botswana Building Society (BBS)</i> , affaire No IC 50/2003, <i>Industrial Court</i> (tribunal des affaires de l'industrie) du Botswana (2003)	45
II. Accès aux traitements liés au VIH	49
<i>Alonso Muñoz Ceballos c. Instituto de Seguros Sociales</i> , Cour constitutionnelle de Colombie, jugement No. T-484-92 (1992)	50
<i>Luis Guillermo Murillo Rodríguez et al. c. Caja Costarricense de Seguro Social</i> , Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice, décision No. 6096-97 (1997)	54
<i>William García Alvarez c. Caja Costarricense de Seguro Social</i> , Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice, décision No. 5934-97 (1997)	54
<i>D c. Royaume-Uni</i> , Cour européenne des droits de l'homme, affaire No. 146/1996/767/964 (1997)	58
<i>Cruz del Valle Bermudez et al. c. Ministère de la Santé et de l'action sociale (Ministerio de Sanidad y Asistencia Social)</i> , Cour Suprême du Venezuela (chambre politique et administrative), décision No. 916, Court File No. 15.789 (1999)	64
<i>Jorge Odir Miranda Cortez et al. c. Salvador</i> , Commission interaméricaine des droits de l'homme, compte-rendu No. 29/01, affaire 12.249 (2001)	69
<i>Pharmaceutical Manufacturers' Association et 41 autres c. Président de l'Afrique du Sud et 9 autres</i> , Haute cour d'Afrique du Sud, division de la province du Transvaal, affaire No. 4183/98 (2001)	72

<i>AV & CM c. Ministerio de Salud de la Nación</i> , tribunal fédéral civil et commercial (No. 7), 26 avril 2002	80
<i>Ministère de la Santé et autres c. Organisation Treatment Action Campaign et autres</i> , Cour constitutionnelle d’Afrique du Sud, CCT 8/02 (2002)	83
<i>Hazel Tau & autres c. GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim</i> , <i>Competition Commission</i> (commission de la concurrence) de l’Afrique du Sud (2003)	87
<i>AIDS Access Foundation et al. c. Bristol Myers-Squibb Company et Département de la propriété intellectuelle</i> , Tribunal central chargé du commerce international et de la propriété intellectuelle, affaire No. Tor Por 34/2544, affaire No. 92/2545 (2002)	93
<i>Edgar Mauricio Carpio Castro et al. c. Programa Nacional del SIDA-VIH-ITS</i> (Programme national contre le VIH/SIDA et les IST) & <i>Ministerio de Salud Pública</i> (Ministère de la santé publique), Tribunal constitutionnel (troisième chambre), Décision No. 0749-2003-RA (2004)	96
III. Prévention et soins liés au VIH dans les prisons	99
<i>Pedro Orlando Ubaque c. Directeur de la Prison modèle nationale</i> , Cour constitutionnelle de Colombie, décision No. T-502/94 (1994)	100
<i>R. c. Lo Chi Keung</i> , (1996) 3 HKCA 155	103
<i>HKSAR c. Vasquez Tarazona Jesus Juan</i> , (2001) 941 HKCU 1	103
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department (Ministère de l’Intérieur) ex parte Glen Fielding</i> [1999] EWHC Admin 641 (Haute cour de justice, Division du Banc de la Reine — <i>Queen’s Bench</i>)	106
<i>Détenus A-XX c. État de Nouvelle-Galles-du-Sud</i> (1995) 38 NSWLR 622.	109
<i>Van Biljon et autres c. Minister of Correctional Services (Ministère des Services pénitentiaires) et autres</i> (1997) 50 BMLR 206, Haute cour (Division de la Province du Cap de Bonne espérance)	113
<i>Strykiwsky c. Mills et Canada</i> (Commissaire du Service correctionnel du Canada et le Service correctionnel du Canada), Cour fédérale du Canada – Section de première instance, N° du greffe T-389-00 (2000)	117
<i>P.W. c. South Africa Department of Correctional Services</i> (département des services pénitentiaires d’Afrique du Sud) (1997–2003)	120
<i>Stanfield c. Minister of Correctional Services (Ministère des Services pénitentiaires) et autres</i> , (2003) 12 BCLR 1384 (Haute cour – Division de la Province du Cap de Bonne espérance)	123
<i>Leatherwood et al. c. Campbell</i> , United States District Court for the Northern District of Alabama (cour de district fédéral du district nord de l’Alabama), affaire No. CV-02-BE-2812-W (2004 –)	127

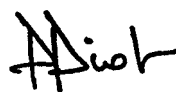
Préface

L'un des enseignements majeurs de l'épidémie de VIH est qu'il ne suffit pas d'informer les gens sur les modes de transmission du virus pour escompter qu'ils modifient tout naturellement leurs comportements les plus intimes afin de se protéger eux-mêmes et de protéger les autres. De même, il ne faut pas attendre que tout un chacun traite les personnes vivant avec le VIH avec dignité, compassion et respect. Au contraire, ce que l'expérience nous a enseigné c'est qu'il faut responsabiliser les individus et leur apporter un appui pour qu'ils se protègent et protègent les autres dans le contexte de l'épidémie, que ce soit de l'infection virale proprement dite, de la stigmatisation ou la discrimination liée au virus, ou encore des conséquences potentiellement mortelles des maladies associées au SIDA.

Pour donner aux gens les moyens de faire face au VIH et au SIDA, la meilleure approche consiste à protéger l'ensemble de leurs droits – civils, économiques, politiques, sociaux et culturels. Or, pour faire appliquer ces droits dans les pays et au sein des communautés, rien n'est plus efficace que de demander leur application concrète, le cas échéant devant les instances judiciaires.

Cette publication présente un éventail d'exemples dans lesquels tout un ensemble de personnes – militants du SIDA, détenus ou encore personnes vivant avec le VIH – ont demandé devant des tribunaux nationaux la reconnaissance et l'application de droits humains fondamentaux dans le contexte du VIH. Ce faisant, ils ont non seulement offert des exemples édifiants de courage et de solidarité, mais parfois aussi contribué à modifier en profondeur la riposte nationale au VIH. Grâce à certaines victoires obtenues dans les prétoires, la discrimination contre les personnes vivant avec le VIH dans l'accès à l'emploi ou à une carrière militaire est devenue illégale dans certains pays. Le droit à la santé inscrit dans les constitutions nationales a été interprété comme étant le droit à un traitement du VIH, et on a reconnu aux détenus emprisonnés, comme à tout le monde, le droit à des services d'appui, de prévention et de traitement du VIH.

Face au VIH, le droit est un outil parfois lent et imparfait, et une mauvaise loi peut conduire à une mauvaise réponse donnée à l'épidémie. Mais quand la loi fortifie et protège les droits des personnes touchées par l'épidémie, elle œuvre à mettre en place le type d'environnement favorable à une riposte efficace. Notre souhait est que les affaires présentées ici seront autant d'incitations à recourir au droit, et aux tribunaux si nécessaire, pour faire en sorte que la riposte au VIH de chaque pays s'appuie sur le respect des droits de l'homme.



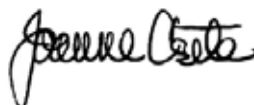
Dr. Peter Piot
Directeur exécutif
ONUSIDA

Avant-propos

Protéger, promouvoir et faire respecter les droits fondamentaux des personnes vulnérables ou vivant avec le VIH restent autant de défis essentiels auxquels doit répondre la riposte mondiale contre le SIDA. Pour autant, le concept des « approches fondées sur les droits de l'homme » est bien trop souvent resté lettre morte, et rares sont les programmes bien conçus ou suffisamment financés explicitement élaborés pour lutter contre les atteintes aux droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH. Telle est malheureusement la situation, alors même que deux décennies d'expérience ont montré sans ambiguïté que le manque d'attention accordée aux droits des personnes touchées par le VIH sapait l'efficacité des politiques et programmes d'action contre le VIH, mais aussi que la marginalisation et la discrimination à l'encontre de différents groupes dans de nombreuses sociétés continuaient d'alimenter la pandémie. Entre autres, ces groupes sont les personnes vivant avec le VIH, les femmes et les filles, les orphelins, les hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes, les professionnel(le)s du sexe, les détenus et les consommateurs de drogues. Face à cette situation, il est urgent de mettre au point des outils sur lesquels les pays et les personnes touchées par le VIH pourraient s'appuyer pour faire en sorte que les « approches fondées sur les droits » deviennent autre chose que des déclarations d'intention.

Le droit national de chaque pays est un outil auquel on peut recourir pour protéger, promouvoir et faire respecter les droits de l'homme. Toutefois, comme le montre le présent ouvrage, le droit peut être tout à la fois un instrument de protection des droits fondamentaux et un obstacle à leur application. Au fil des ans, les personnes vivant avec le VIH ont parfois pu bénéficier de la protection qu'offre la loi, mais elles ont dû à d'autres moments contester la législation devant les tribunaux pour faire en sorte que celle-ci prenne en compte les droits fondamentaux auxquels elles peuvent prétendre au même titre que tout le monde. Les affaires présentées ici illustrent de quelle manière une action en justice peut contribuer à renforcer le poids des droits de l'homme dans le droit national — ou échouer à le faire. Destiné aux législateurs, juristes, avocats et responsables politiques, pour leur permettre de mieux comprendre et utiliser le droit au service de la riposte contre le SIDA, cet ouvrage expose des exemples d'actions liées au VIH menées devant les tribunaux du monde entier.

Les *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme* des Nations Unies encouragent tous les pays à veiller à ce que leur législation soutienne la protection, la promotion et la mise en application des droits fondamentaux des personnes vulnérables et vivant avec le VIH. Nous espérons que les expériences présentées dans ces pages, et les enseignements qu'on peut en tirer, aideront les pays à faire en sorte que leur droit national tienne pleinement compte des droits fondamentaux des personnes touchées par le VIH, de façon à ce que l'outil judiciaire contribue énergiquement à la riposte contre le VIH.

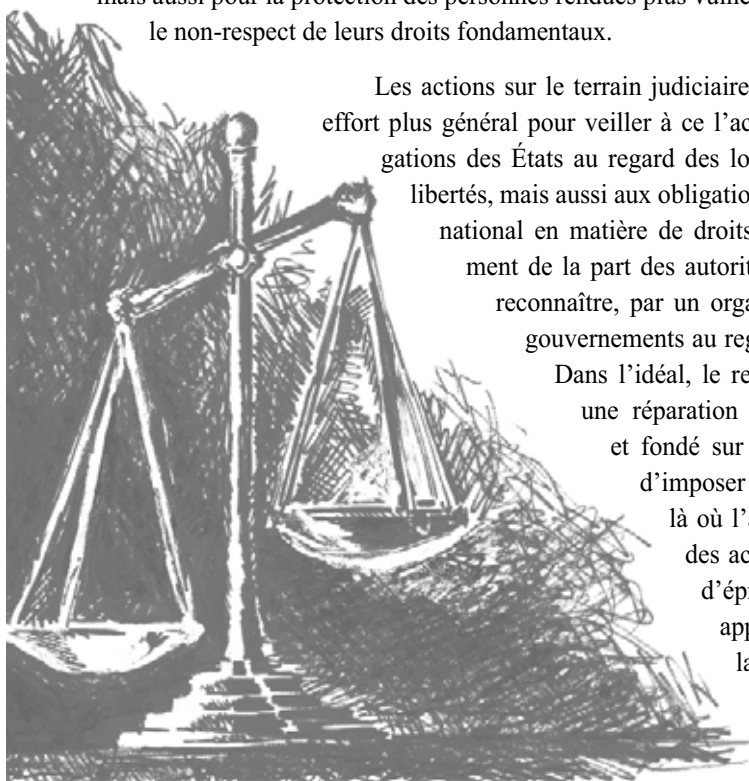


Joanne Csete
Directrice générale
Réseau juridique canadien VIH/SIDA

Introduction

Le VIH et le SIDA ont soulevé d'innombrables questions sur le plan juridique, et déclenché de véritables « tempêtes judiciaires » aux quatre coins du monde.¹ À l'épidémie virale, on a répondu, entre autres choses, par une « épidémie » de lois et de politiques. Dès 1991, l'Organisation mondiale de la Santé recensait 583 lois et règlements concernant l'infection au VIH et le SIDA dans les différents pays. Dans certains cas, la législation a utilement contribué à régler ou anticiper certaines des difficultés, au niveau des structures ou des personnes, qui entretiennent et alimentent l'épidémie. Dans d'autres, malheureusement, elle a contribué à entretenir et amplifier les problèmes.

Il n'est pas étonnant qu'une telle multiplication de législations donne lieu à un accroissement concomitant des actions en justice. Dès les premiers temps de l'épidémie, les réponses apportées au VIH/SIDA ont souvent été fondées sur des informations erronées, des préjugés et un certain opportunisme politique, avec pour conséquence des violations des droits de l'homme. De la même manière, le manque d'attention qu'on accorde aux intérêts et au bien-être des personnes socialement exclues, économiquement marginalisées et/ou mal vues sur le plan politique, a lui aussi été à l'origine de dénis de droits pourtant fondamentaux. Pour que les choses s'améliorent ou qu'elles changent, différentes stratégies peuvent être suivies et dans différentes enceintes. La *Déclaration universelle des droits de l'homme* stipule que « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ».² L'exercice de ce droit – ou les tentatives en ce sens – représente un mécanisme important pour la défense et la promotion des droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH, mais aussi pour la protection des personnes rendues plus vulnérables au VIH par la marginalisation et le non-respect de leurs droits fondamentaux.



Les actions sur le terrain judiciaire peuvent s'inscrire dans le cadre d'un effort plus général pour veiller à ce l'action publique soit conforme aux obligations des États au regard des lois nationales garantissant les droits et libertés, mais aussi aux obligations qui leur sont faites par le droit international en matière de droits de l'homme. Lorsqu'il y a manquement de la part des autorités, l'action en justice permet de faire reconnaître, par un organe indépendant, la responsabilité des gouvernements au regard de leur action ou de leur inaction. Dans l'idéal, le recours aux tribunaux permet d'obtenir une réparation nécessaire, par un examen impartial et fondé sur des principes, voire d'encourager ou d'imposer une intervention de l'autorité publique là où l'action politique est défailante. Face à des acteurs privés, les poursuites permettent d'éprouver l'interprétation et la mise en application des politiques publiques, dans la mesure où elles mettent en lumière les intérêts qui l'emportent dans les interactions privées, et elles peuvent aussi être à l'origine d'évolutions

¹ Juge Michael Kirby (Haute cour d'Australie). Présentation au Symposium international de réflexion sur le SIDA, Paris, 22-23 octobre 1987. Voir également : M Kirby. The New AIDS Virus—Ineffective and Unjust Laws. *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes* 1988 ; 1 : 304–312.

² Déclaration universelle des droits de l'homme, Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies (1948), UN Doc A/810 : Article 8.

vers une société plus juste. À l'occasion, les procès confèrent un certain pouvoir aux personnes socialement désavantagées, et notamment les groupes les plus vulnérables au VIH. Et même lorsque ces actions n'aboutissent pas, elles mettent en évidence les domaines dans lesquels une réforme juridique ou politique est nécessaire, et contribuent ainsi au processus général d'évolution des sociétés.

Les recherches menées pour cette étude ont révélé des schémas judiciaires extrêmement hétérogènes en matière de VIH. Dans certains ressorts, de nombreuses décisions ont été prises sur un large éventail de questions posées par les affaires liées au VIH/SIDA. En particulier, la jurisprudence est abondante dans un grand nombre de pays à revenus élevés. Dans ce type de contexte, on peut inférer qu'il existe un cadre juridique et réglementaire précis ainsi que des organisations de la société civile dotées des ressources suffisantes pour faire de la voie judiciaire un outil capable de peser sur les lois et les politiques. Dans ces pays, on dispose aussi généralement d'une abondante documentation sur ces questions, y compris des publications faisant état régulièrement de l'évolution de la jurisprudence en matière de VIH. En revanche, dans de nombreux autres pays, pour des raisons d'histoire, de culture ou de ressources, les politiques et législations concernant le VIH bénéficient d'une attention moindre, et les actions en justice sont moins fréquentes. Dans certains ressorts, les tribunaux n'ont encore pas eu une seule affaire liée au VIH. Bien sûr, il existe d'importantes exceptions, dont plusieurs sont présentées ici.

Par ailleurs, les avocats sont trop souvent mal informés des évolutions dans les autres ressorts — y compris les victoires obtenues dans les prétoires dont ils pourraient s'inspirer pour atteindre des résultats comparables dans leur propre contexte. Souvent, les arrêts des tribunaux des ressorts moins bien dotés en ressources ne sont pas facilement accessibles dans le domaine public, et d'ailleurs les avocats n'y ont pas toujours accès aux bases de données, à Internet ou aux autres outils nécessaires pour tirer les enseignements des précédents judiciaires.

En conséquence, la présente compilation d'affaires a été soigneusement pensée pour une utilisation de la jurisprudence dans le contexte des pays en développement, dans l'objectif de mettre en avant des affaires exemplaires. Ces dernières ont été sélectionnées dans des bases de données juridiques, sur Internet, par des comptes-rendus dans les médias et par le biais de contacts avec des personnes et des organisations spécialisées dans les politiques et législations liées au VIH dans de nombreux pays. Cette publication ne prétend pas à l'exhaustivité, ni thématiquement, ni géographiquement. La tâche bien plus considérable consistant à créer un fonds mondial des affaires liées au VIH reste à accomplir. À titre de première contribution, cette publication synthétise une sélection d'affaires dans trois domaines thématiques où ont été menées de nombreuses affaires axées sur la protection et la promotion des droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH :

- discrimination liée au VIH ;
- accès aux traitements liés au VIH ; et
- prévention et soins du VIH dans les prisons.

La présente publication a été réalisée *par* des avocats et militants du VIH et des droits de l'homme *pour* des avocats et militants du VIH et des droits de l'homme. Elle se propose d'élargir la base de connaissances des avocats et de mettre en lumière la manière dont le recours aux tribunaux a été utilisé, avec succès ou non, dans un éventail de pays en tant qu'outil stratégique de défense des droits fondamentaux. Même si les systèmes législatifs et juridiques varient entre les pays, il est frappant de constater combien sont comparables les problèmes juridiques avec lesquels sont aux prises les personnes vivant avec le VIH. Partager l'expérience dans le domaine de l'action judiciaire liée au VIH peut aider à mieux comprendre les facteurs non juridiques (la stigmatisation par exemple) qui font obstacle à l'utilisation du recours judiciaire pour défendre les droits de l'homme, à utiliser de manière créative les textes et mécanismes juridiques pour protéger les personnes vulnérables et faire progresser les droits de l'homme et à cerner les limites de la loi en tant qu'outil de protection des droits fondamentaux, et partant, l'importance d'associer l'action judiciaire à une mobilisation sociale plus large et à d'autres formes d'action militante pour des droits de l'homme.

I. Discrimination liée au VIH



Canada – Un tribunal déclare anticonstitutionnelle la discrimination exercée à l'encontre d'un militaire atteint du VIH

Canada (Procureur général) c. Thwaites, [1994] 3 CF 38 (Cour fédérale du Canada – Section de première instance, 1994)

Tribunal et date de la décision

Le Tribunal canadien des droits de la personne a rendu sa décision initiale le 7 juin 1993.³ À la suite d'un examen judiciaire, la Cour fédérale du Canada (Section de première instance) a rendu son jugement le 25 mars 1994.

Parties

Le plaignant était Simon Thwaites, matelot-chef des Forces armées canadiennes (FAC). M. Thwaites a porté plainte contre les FAC au motif qu'elles avaient commis un acte discriminatoire à son endroit en refusant de continuer de l'employer et en restreignant ses fonctions et ses possibilités à cause de sa séropositivité.

Réparation demandée

Invoquant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le plaignant a demandé la délivrance d'une ordonnance stipulant que les Forces armées canadiennes avaient commis un acte discriminatoire illégal lié au handicap causé par sa séropositivité et exigeant un dédommagement au titre des salaires perdus passés et futurs (de l'ordre de 150 000 CAD ou 130 000 USD) ainsi que des dommages-intérêts spéciaux (5 000 CAD ou 4 300 USD) et le remboursement des frais de justice.

Résultat

La Cour fédérale a maintenu la décision initiale du Tribunal canadien des droits de la personne, qui avait statué que les Forces armées canadiennes avaient commis un acte discriminatoire illégal lié au handicap du plaignant et accordé à ce dernier des dommages-intérêts.

Contexte et faits⁴

Thwaites avait été membre des FAC depuis environ neuf ans et demi, de juin 1980 au 23 octobre 1989, date à laquelle il a obtenu sa libération des FAC pour raisons médicales, à savoir l'infection à VIH. Au moment de sa libération, il était opérateur d'armement lourd et d'équipement de surveillance électronique sur divers navires de guerre.

En 1986, Thwaites a découvert qu'il était séropositif. De mai 1986 à novembre 1987, sa maladie a progressé sans incident. Pourtant, à l'automne 1986, il a été retiré de son cours final de qualification en vue de devenir caporal en chef et, en même temps, sa cote de sécurité a été réduite. Ce n'est qu'après une audience devant un tribunal administratif, en 1992, qu'il a découvert avoir été retiré

³ Thwaites c. Canada (Forces armées canadiennes), [1993] CHRD No. 9 (QL).

⁴ Ce résumé et certains des commentaires qui suivent sont adaptés de : R. Ellis & P. Engelmann. Le VIH/SIDA et les forces armées au Canada. *Bulletin canadien VIH/sida et droit* 1995; 1(3): 1, 14-15

en raison de son orientation sexuelle, et non de sa séropositivité.⁵ À la fin d'octobre et en novembre 1987, il a commencé à avoir des symptômes du VIH, notamment des sueurs nocturnes et une baisse de la numération de ses cellules T. En mars 1988, les médecins militaires ont procédé à une évaluation médicale fondée uniquement sur les antécédents médicaux (c'est-à-dire sans examen physique), et sa catégorie médicale a alors été rétrogradée. En conséquence, en novembre 1988, les FAC décidaient de relever Thwaites de ses fonctions à compter du 23 octobre 1989.

En octobre 1989, après sa libération, M. Thwaites a porté plainte contre la Commission canadienne des droits de la personne, alléguant qu'il avait fait l'objet d'un acte discriminatoire lié à son handicap.

Arguments juridiques et points abordés

En juin 1993, après une longue enquête menée en 1992, le Tribunal des droits de la personne a accueilli la plainte de Thwaites. Le tribunal a conclu que les FAC avaient l'obligation d'évaluer correctement les risques associés au fait de garder Thwaites, y compris les risques associés au fait qu'il aille en mer, loin d'un hôpital. Les forces armées étaient également tenues d'envisager diverses options de substitution à la réforme pure et simple, par exemple, l'emploi d'adjoints médicaux sur les navires conjointement avec les médecins militaires pour aider M. Thwaites, ou sa mutation à un autre poste militaire.

Le tribunal a statué que les FAC avaient commis un acte discriminatoire à l'égard de Thwaites en raison de sa déficience (à savoir l'infection à VIH), en contravention avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il a statué que les forces armées n'avaient pas rempli leur obligation juridique de composer avec la déficience de Thwaites et n'avaient pas évalué individuellement ses capacités eu égard au risque qu'il pouvait poser à lui-même et à d'autres. Le tribunal a également statué que le risque accru lié au fait de garder une personne ayant une déficience devait être plus que minime, avant que les Forces ne puissent justifier une mise à pied pure et simple.

À titre de compensation, le tribunal a ordonné aux FAC de payer l'arriéré de solde ainsi que certaines sommes futures qui auraient été payables à Thwaites s'il était demeuré à son emploi. Le tribunal a accordé le montant maximal pour le préjudice moral (5 000 CAD, soit environ 4 300 USD) et son indemnité totale s'élevait à plus de 160 000 CAD (soit environ 139 000 USD). Le tribunal a également accordé à Thwaites ses frais d'avocats et d'actuares.

Les FAC ont demandé que cette décision fasse l'objet d'un examen judiciaire par la Cour fédérale du Canada (Section de première instance). Elles ont également présenté une requête à la Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance provisoire leur permettant de suspendre le paiement à M. Thwaites en attendant l'issue de l'examen judiciaire. En septembre 1993, la Cour fédérale a refusé d'accorder l'ordonnance provisoire, affirmant qu'il fallait permettre à Thwaites « de vivre le reste de sa vie dans la dignité ».

En mars 1994, la Cour fédérale a rejeté la demande d'examen judiciaire des forces armées dans sa totalité. En rendant son jugement, la Cour a émis quelques réserves concernant certains aspects techniques du raisonnement juridique du Tribunal, liés aux subtilités de la législation canadienne sur l'antidiscrimination appliquée au contexte de l'emploi, telle qu'elle était interprétée à l'époque. S'agissant des conclusions et résultats essentiels, la Cour a néanmoins estimé que le Tribunal avait statué correctement et qu'il n'y avait pas lieu de renverser son ordonnance.

⁵ Thwaites c. Canada (Forces armées canadiennes), [1993] CHRD No 9 (Tribunal canadien des droits de la personne, Décision No. 9/93) (QL).

Commentaires

Il est intéressant de noter, comme l'a fait le tribunal, que l'approche des FAC face au VIH est devenue beaucoup plus rigide depuis 1985, date d'introduction de sa première politique. À l'origine, les autorités médicales militaires préconisaient une approche souple, axée sur les besoins d'un membre en particulier, après évaluation de ses aptitudes. Cependant, en 1988, les forces armées ont choisi de suivre une approche davantage fondée sur les catégories, classant automatiquement comme médicalement inaptes au service les gens vivant avec le VIH.

Cette dernière approche a été modifiée en 1991 : dorénavant, il n'y aurait réforme automatique pour raisons médicales que si l'intéressé présentait des symptômes, ou s'il était asymptomatique et avait une numération des cellules T inférieure à 500. Toutefois, il faut noter que cette politique impliquait la libération d'un grand nombre d'individus asymptomatiques, malgré un bon état de santé. Commentant cette nouvelle directive, le tribunal a affirmé dans l'arrêt *Thwaites* que « les FAC ne peuvent échapper à leur responsabilité de traiter ces personnes de façon individuelle. » Le tribunal a par ailleurs indiqué qu'« il ne convient pas de prévoir une catégorie médicale générale pour les personnes infectées. »

L'arrêt *Thwaites* a été l'un des premiers au monde à traiter la question de la discrimination à l'encontre des personnes vivant avec le VIH dans l'armée. Comme on le verra dans plusieurs autres exemples récapitulés dans ces pages, dans de nombreux autres ressorts, les tribunaux qui ont été amenés à statuer sur des cas de discrimination à l'encontre de militaires atteints du VIH n'ont pas suivi une approche aussi nettement axée sur les droits de la personne. En marge de la question de la discrimination liée au VIH dans le contexte particulier de l'armée, l'arrêt *Thwaites* a créé un précédent important dans la législation canadienne pour les personnes vivant avec le VIH qui continuent d'occuper un emploi.

Colombie – La Cour constitutionnelle juge un cas de licenciement contraire aux droits de l’employé à l’égalité, à l’emploi, au respect de la vie privée, à la santé et à la sécurité sociale

XX v. Gun Club Corporation et al., Cour constitutionnelle, jugement n° SU-256/96 (1996)

Tribunal et date de la décision

La Cour constitutionnelle en formation plénière a rendu ce jugement le 30 mai 1996.

Parties

Le plaignant « XX », dont l’identité ne peut être divulguée par ordonnance de la Cour, était un ancien employé de la Gun Club Corporation. Les défendeurs étaient la Gun Club Corporation (« Gun Club »), l’Institut de la sécurité sociale (ISS) et un médecin recruté par le Gun Club pour fournir des services médicaux à ses employés. Le plaignant était représenté par un avocat de la Ligue colombienne de lutte contre le SIDA (Liga Colombiana de lucha contra el Sida).

Réparation demandée

Le procès a été intenté pour contester la légalité de la décision de la Gun Club Corporation de mettre fin au contrat de travail de XX après que sa séropositivité eut été dépistée. Le plaignant a demandé plusieurs ordonnances lui garantissant un dédommagement pour les avantages perdus en raison de son licenciement, y compris le maintien de son admissibilité à une pension de maladie de l’organisme de sécurité sociale. Le plaignant a demandé que la Cour :

- ordonne à la Gun Club Corporation de lui verser une allocation mensuelle de base pendant 14 mois, jusqu’à ce que XX commence à toucher la pension de maladie de l’organisme de sécurité sociale ;
- ordonne à la Gun Club Corporation de continuer à verser des cotisations à l’organisme de sécurité sociale jusqu’à ce que ce dernier accepte de prendre à sa charge la pension de maladie de XX ;
- condamne l’organisme de sécurité sociale et le médecin défendeur pour avoir violé le droit au respect de la vie privée d’un patient, et leur ordonne de verser des dommages-intérêts à XX ;
- envoie une copie du jugement au procureur public national, afin qu’une enquête soit menée concernant le juge du tribunal de circuit qui avait instruit le dossier en première instance ; et
- ordonne au Secrétaire de la santé de district et au Ministère de la Santé de mener une enquête sur deux autres sociétés auprès desquelles XX avait sollicité un emploi, au motif qu’elles imposaient aux candidats à l’embauche un test de dépistage du VIH.

Résultat

Le 30 mai 1996, la Cour constitutionnelle réunie en séance plénière a, dans sa majorité, accueilli l'appel de XX contre les décisions rendues par le tribunal de circuit, reconnaissant le droit du plaignant à l'égalité, la dignité, l'emploi, la santé et la sécurité sociale. La Cour constitutionnelle a ordonné que :

- le Gun Club indemnise le plaignant XX au titre du préjudice causé par son licenciement ;
- l'organisme de sécurité sociale accorde au plaignant la même couverture-maladie qu'avant son licenciement ;
- l'organisme de sécurité sociale verse au plaignant une pension de maladie, avec effet à partir de la date à laquelle les symptômes du SIDA se sont déclarés ; et que
- des copies du jugement soient envoyées au Tribunal de déontologie médicale.

Contexte et faits

Le plaignant XX a commencé à travailler à la Gun Club Corporation le 16 mars 1992. Pendant la durée de son emploi, XX a été suivi par le Dr Álvaro Murra Erazo, le troisième défendeur dans cette affaire, qui était associé au Club et exerçait la médecine dans les locaux du Club. Agissant au nom de l'employeur, le Gun Club, le médecin a ordonné à XX de se soumettre à un test de dépistage du VIH le 28 avril 1994. Selon XX, lorsque le test s'est révélé positif, le médecin lui aurait conseillé de quitter le Club. Le jour même, XX a été convoqué dans le bureau du directeur du Club et il lui a été demandé de signer une lettre prérédigée dans laquelle il demandait à être suspendu pendant une période de 30 jours avec maintien de son salaire. Le 1^{er} juin 1994, le Club a prolongé la période de suspension rémunérée d'un mois. Le 1^{er} juillet 1994, date d'expiration de la deuxième période de suspension rémunérée, XX a reçu une lettre de la direction du Club l'informant de la résiliation de son contrat de travail.

Le 3 août 1994, XX et le Gun Club ont comparu à une audience de conciliation devant le 10^{ème} tribunal du travail du circuit de Santafé de Bogotá. À la suite de cette procédure de conciliation, le Gun Club a accepté de verser au plaignant une somme mensuelle de 170 \$. D'après le plaignant, cette décision était contraire à la loi, qui exige que ce type d'indemnité soit versé immédiatement en une fois. Par la suite, lorsque XX s'est adressé au directeur du Club pour réclamer son dû, on lui a répondu que le Club n'avait aucune responsabilité vis-à-vis de lui. Durant cette période, XX n'a pas trouvé d'emploi, car deux des employeurs qu'il avait approchés lui ont demandé d'effectuer un test de dépistage du VIH comme condition d'embauche.

Arguments juridiques et points abordés

La plainte de XX a été entendue en première instance par la Chambre pénale de la Cour supérieure de la circonscription judiciaire de Santafé de Bogotá. Le 24 août 1995, la chambre a rendu une ordonnance provisoire pour éviter que le droit à la vie et à la santé du plaignant ne soit irrémédiablement compromis. La chambre a ordonné au Gun Club de payer les frais médicaux du plaignant pendant que l'affaire était encore devant les tribunaux. Au bout du compte, elle a conclu que le Gun Club avait bien enfreint le droit de XX à la vie et à la santé, mais qu'il était impossible d'établir que l'organisme de sécurité sociale et le médecin défendeur avaient violé son droit au respect de la vie privée. XX et le Gun Club ont tous deux fait appel de cette décision.

Le premier pourvoi a été instruit par la Chambre d'appel pénale de la Cour suprême de justice, qui a annulé la décision rendue en première instance et rejeté l'action en justice invoquant les droits fondamentaux de XX. Tenant compte du fait qu'entre-temps, XX avait retrouvé un emploi

auprès de la société Wimpy Colombiana Ltd. et qu'il avait donc accès à des services médicaux et pouvait prétendre à une pension d'invalidité, la Cour a considéré que le préjudice irréversible était impossible à prouver et que XX ne pouvait donc pas invoquer son droit à la vie et à la santé pour porter plainte.

L'appel de cette décision a été entendu par la Cour constitutionnelle réunie en séance plénière. Celle-ci a déclaré que, par principe, elle ne pouvait autoriser la discrimination à l'encontre des personnes atteintes du VIH ou du SIDA, précisant que « le niveau de civilisation d'une société se mesure, entre autres, à l'aune de ce qu'elle met en œuvre pour venir en aide aux faibles, aux malades et, de manière générale, aux nécessiteux, et non, au contraire, à la mesure dans laquelle elle autorise la discrimination à l'encontre de ces personnes ou leur élimination. » Le Tribunal a considéré que l'État ne pouvait pas autoriser la discrimination à l'encontre des personnes atteintes du VIH ou du SIDA pour deux raisons :

Premièrement, parce que le respect de la dignité humaine interdit qu'une personne juridique fasse l'objet d'un traitement discriminatoire, du fait que la discrimination est un acte injuste en soi et que l'état de droit se fonde sur la justice, qui est la base de l'ordre social. Deuxièmement, parce qu'en vertu de l'article 13 [de la Constitution de la Colombie], le droit à l'égalité implique pour l'État l'obligation de protéger tout particulièrement les personnes en situation de faiblesse manifeste.

Concernant la procédure de conciliation entre XX et la Gun Club Corporation engagée par le Tribunal du travail, la Cour constitutionnelle a estimé que pour être valable, une conciliation ne devait pas bafouer les droits fondamentaux. En conséquence de quoi la Cour a entrepris d'examiner les droits en question.

La Cour a jugé que le Club ne pouvait pas résilier les contrats de travail de ses employés comme bon lui semblait. Selon elle, bien qu'un employeur ne soit pas tenu de maintenir indéfiniment un contrat de travail, un employé « ne peut être licencié au motif de sa séropositivité, car cet argument implique une ségrégation sociale grave, la pratique d'une forme d'apartheid médical et l'ignorance de l'égalité de tous les citoyens et du droit à la non-discrimination. »

La Cour constitutionnelle a considéré qu'il n'était pas approprié, au vu des faits considérés, d'ordonner que XX soit réintégré dans son ancien emploi, notant que XX n'avait pas sollicité cette forme de réparation, que sa réintégration ne corrigerait pas l'atteinte portée à sa dignité et qu'elle pourrait se révéler dangereuse pour XX maintenant que ses employeurs et collègues connaissent son état de santé.

La Cour constitutionnelle a conclu que le moyen le plus efficace de faire valoir les droits de XX était de le dédommager financièrement et de rétablir son droit à la sécurité sociale (qui dépendait des cotisations versées dans le cadre de son emploi). Il a ordonné au Gun Club de payer à XX la somme convenue lors de l'audience de conciliation devant le Tribunal du travail, ainsi que des dommages-intérêts dont le montant serait fixé par la Chambre pénale d'appel de la Cour suprême de justice. Il a également ordonné que XX soit réaffilié à l'organisme de sécurité sociale et déclaré que XX serait admissible à une pension de maladie lorsque la progression de sa maladie aurait atteint le stade ouvrant droit à cette prestation.

La Cour constitutionnelle a également conclu que le Dr Murra, le médecin défendeur, était en relation étroite avec l'organisme de sécurité sociale et le Gun Club, et que cette relation avait permis que la séropositivité de XX soit connue du Club. La Cour a estimé que la divulgation de ces informations sur la santé de XX à son employeur constituait une violation du droit du patient au respect de sa vie privée. La Cour a confirmé qu'elle demandait une enquête sur ce médecin et ordonné qu'une copie du jugement soit envoyée à cette fin au Tribunal de déontologie médicale.

Enfin, la Cour constitutionnelle a déclaré que XX pourrait solliciter d'autres formes de réparation en intentant une action en justice contre les deux sociétés qui lui avaient demandé, de manière discriminatoire, de se soumettre à un test de dépistage du VIH préalablement à son embauche.

Commentaires

La décision de la Cour constitutionnelle invoque les droits constitutionnels, tels que les droits au respect de la vie privée, à l'égalité, à l'emploi, à la santé et à la sécurité sociale. L'application de ces lois reflète la législation et les normes internationales en vigueur en matière de droits de la personne.

La décision de la Cour constitutionnelle correspond à une application des clauses antidiscrimination de la législation colombienne. La législation internationale sur les droits humains garantit la protection contre toute forme de discrimination, y compris le licenciement abusif d'une personne consécutif à la divulgation de sa séropositivité. La discrimination est interdite par les Articles 2 et 26 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. L'Article 26 stipule :

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.⁶

La Commission des droits de l'homme de l'ONU a confirmé que le terme « autre situation » tel qu'il figure dans les clauses antidiscrimination des traités internationaux sur les droits humains doit s'entendre comme incluant l'état de santé, y compris le VIH/SIDA.⁷

Licencier un employé parce qu'il est séropositif constitue clairement une infraction au droit à la non-discrimination prévu par la législation internationale. Aussi les États doivent-ils légiférer contre ce type de comportement et prévoir des réparations appropriées. De même, refuser à des patients atteints du VIH l'accès aux soins médicaux ou à une pension de maladie constitue un acte discriminatoire illégal. Ce refus constitue en outre une infraction au droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé susceptible d'être atteint, défini par l'Article 12 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Cet article stipule que les mesures que devront prendre les États pour garantir l'accès « devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer [...] la création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie. »⁸ Dans son commentaire général 14, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU explique que « les établissements de santé, les biens et les services doivent être accessibles à tous, en particulier aux sections de la population les plus vulnérables ou les plus marginalisées, dans la loi et dans les faits, sans discrimination dans les domaines interdits. »⁹ Ces domaines incluent « l'état de santé (y compris le VIH/SIDA). »¹⁰

⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Article 26.

⁷ Commission des droits de l'homme de l'ONU. Résolutions 1995/44 (3 mars 1995) et 1996/43 (19 avril 1996), entre autres.

⁸ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Article 12(d).

⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU. Le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint. (Commentaire général 14), Doc. E/C.12/2000/4 (2000), para 12(b).

¹⁰ Ibid., para 18.

Cette affaire mettait également en lumière une situation dans laquelle un individu s'était vu ordonner par son médecin de se soumettre à un test de dépistage du VIH, test dont les résultats avaient ensuite été divulgués à l'employeur et à d'autres personnes sur le lieu de travail de l'intéressé. Ce comportement constitue une infraction au droit au respect de la vie privée, reconnu, entre autres, par la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 ainsi que par des traités ultérieurs. L'Article 12 de la Déclaration stipule : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

Le droit au respect de la vie privée revêt une importance particulière dans le contexte de la santé, et en particulier dans celui du VIH, qui continue de susciter un fort ostracisme. Dans le contexte du VIH, la protection du droit au respect de la vie privée est vitale pour permettre aux individus de se faire dépister et soigner en ayant moins à craindre la discrimination. Cela signifie que, pour protéger le droit au respect de la vie privée, mais aussi dans le souci de mettre en œuvre une politique de santé publique de qualité et de réaliser le droit à la santé, les États doivent prendre des mesures pour garantir aux personnes atteintes du VIH le respect de leur vie privée. S'agissant de la conduite du médecin impliqué dans cette affaire, qui a été légitimement sanctionnée par la Cour constitutionnelle, il est à noter qu'aussi bien le Commentaire général 14 relatif au droit à la santé mentionné dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* que les *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme* de l'ONU recommandent que « les pouvoirs publics et le secteur privé élaborent pour les questions concernant le VIH/SIDA des codes de conduite traduisant les principes des droits de l'homme en codes de pratique et de responsabilité professionnelles, assortis de mécanismes d'accompagnement en vue de la mise en œuvre et de l'application de ces codes. »¹¹

Enfin, la non-fourniture de conseils adaptés aux personnes qui effectuent un test de dépistage du VIH avant et après la réalisation de ce test limite le droit de la personne à recevoir des informations essentielles sur la santé. Le droit de jouir du meilleur état de santé susceptible d'être atteint inclut « le droit de rechercher, de recevoir et de diffuser des informations concernant les questions de santé »¹² et implique, pour les États, l'obligation de prendre les mesures nécessaires à « la prévention et au traitement des maladies épidémiques, professionnelles et autres. »¹³ Pour assurer la pleine exécution de ces obligations au regard du VIH/SIDA, les *Directives internationales* préconisent que « la législation en matière de santé publique [...] garantisse, dans la mesure du possible, l'accès à des conseils pré — et post-test dans tous les cas », car le conseil garantit la nature volontaire du dépistage du VIH et contribue à l'efficacité des soins apportés ultérieurement ou à la prévention du VIH.

¹¹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, Commentaire général 14, para 18 ; Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et Programme commun des Nations Unies sur le VIH/SIDA. *Le VIH/SIDA et les droits de l'homme : Recommandations internationales* (1998), para 10.

¹² Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, Commentaire général 14, para 12(b) (iv).

¹³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, Commentaire général 14, para 18; *Recommandations internationales*, para 10.

Inde – La Cour rend en arrêt contre la politique des employeurs consistant à refuser l’embauche des personnes vivant avec le VIH

M.X. c. Z.Y., AIR 1997 Bom 406 (Haute cour de justice, 1997)

Tribunal et date de la décision

Ce jugement a été rendu en 1997 par la Haute cour de justice de Bombay.

Parties

Le requérant était M.X., régulièrement employé comme travailleur occasionnel par la société Z.Y., intimé dans cette affaire, une entreprise du secteur public sous contrôle du gouvernement indien. Le gouvernement était d’ailleurs cité comme deuxième intimé dans cette affaire.

Réparation demandée

M.X. demandait un arrêt de la cour contre la décision discriminatoire, prise par l’entreprise à son encontre, de ne pas le maintenir dans son emploi du fait de son statut sérologique, notamment en invalidant les politiques discriminatoires de son employeur et en le réintégrant à son poste avec versement d’indemnités et d’arriérés de salaire.

Résultat

La Haute cour a donné raison au requérant, ordonnant sa réintégration, après une visite médicale établissant son aptitude au poste, et le versement de 40 000 INR (soit 900 USD) à titre de dédommagement pour ses pertes de revenus.

Contexte et faits

En 1986, M.X. a passé une entrevue auprès de la société Z.Y., puis a été ensuite régulièrement employé par cette entreprise comme travailleur occasionnel jusqu’en 1994. Conformément à la politique de l’entreprise, les travailleurs occasionnels signaient un registre et étaient placés sur une liste d’attente. Le cas échéant, ceux en bonne santé pouvaient être employés à titre permanent. En 1990, M.X. a passé une visite médicale, auprès d’un médecin engagé par l’entreprise, comprenant différents examens qui n’ont mis aucun problème en évidence. M.X. a donc conservé son statut de travailleur occasionnel, mais d’autres personnes en dehors de la liste d’attente, certaines plus expérimentées que lui et d’autres moins, ont été nommées à des postes permanents au fur et à mesure des vacances d’emploi.

En 1993, M.X. a dû passer une nouvelle visite médicale, comprenant cette fois-ci un dépistage du VIH. M.X. a été testé séropositif, mais à tous autres points de vue il a été jugé en bonne santé. Le médecin qui l’a examiné a certifié que M.X. était apte à occuper un emploi. Malgré cet avis médical, l’entreprise Z.Y. a retiré M.X. de sa liste d’attente.

M.X. a écrit à l’entreprise en faisant valoir qu’il était apte à tenir son emploi, et qu’en outre il était la seule source de revenus pour sa famille. Il a également écrit au directeur des services sanitaires du gouvernement de l’État, faisant valoir sa situation et demandant à cette instance d’enjoindre à l’entreprise Z.Y. de lui permettre de continuer à travailler, au moins à titre de travailleur occasionnel. Par courrier,

le directeur des services sanitaires a donc indiqué à Z.Y. que, sur le plan médical, rien ne justifiait qu'on refuse un emploi à M.X., en conséquence de quoi Z.Y. devait continuer de l'employer comme travailleur occasionnel. À cette occasion, le directeur des services sanitaires a également attiré l'attention de l'entreprise sur les directives rédigées par le Programme national de lutte contre le SIDA, qui stipulent que le statut sérologique ne saurait constituer une base acceptable pour congédier un employé.

L'organisation *HIV/AIDS Unit of the Lawyers Collective*, qui offre des services d'aide juridique aux personnes vivant avec le VIH/SIDA et mène des travaux de recherche et de sensibilisation sur les questions juridiques relatives au VIH, a examiné le cas de M.X. et constaté que l'entreprise avait diffusé à l'interne une circulaire écrite demandant la pratique d'un dépistage du VIH auprès de tous les employés et postulants à un emploi. Cette instruction prévoyait en outre le rejet des candidatures des postulants séropositifs et la mise à pied des employés testés séropositifs. L'organisation a donc déposé une plainte au nom de M.X. arguant que l'entreprise avait violé ses droits constitutionnels, remettant en cause son retrait de la liste d'attente, et demandant sa réintégration avec indemnités et arriérés de salaire.

Arguments juridiques et points abordés

Le requérant, M.X. a fait valoir que, aux termes de l'Article 21 de la Constitution indienne qui protège le droit à la vie, il était fondé à revendiquer des moyens de subsistance, la jurisprudence considérant ceux-ci comme une facette importante du droit à la vie. En outre, toute remise en cause de ce droit doit s'analyser à la lumière du droit constitutionnel à l'égalité (Article 14). Il en découle que tout traitement différencié doit être rationnellement lié à l'objectif de la politique incriminée, et doit par ailleurs être juste, équitable et raisonnable.

L'entreprise Z.Y. a fait valoir que le requérant M.X. ne pouvait se prévaloir d'aucun droit juridique lui garantissant un poste de travailleur permanent, et souligné qu'elle était en outre légitimement fondée à recruter des candidats répondant à certains critères médicaux et à refuser ceux souffrant d'une maladie grave. Elle a de plus indiqué que le fait d'embaucher une telle personne supposait des conséquences financières et administratives qu'il ne lui appartenait pas de supporter.

La Cour a rejeté les arguments de l'entreprise pour faire sienne la position du requérant M.X., estimant que :

la règle incriminée qui consiste à refuser un emploi à une personne séropositive au seul motif de son statut sérologique, sans tenir compte de ses capacités à occuper l'emploi ni du fait qu'il ne constitue pas une menace pour les autres sur le lieu de travail, est clairement arbitraire et déraisonnable, et contrevient à l'ensemble des dispositions de l'Article 14 et de l'Article 21 de la Constitution de l'Inde. À ce titre, nous estimons que la circulaire [de l'employeur] [...] dans la mesure où elle donne instruction de mettre à pied les employés dont la séropositivité est établie par le test ELISA, est anticonstitutionnelle, illégale et invalide et, par conséquent, rejetée.¹⁴

La Cour a poursuivi en soulignant l'importance de la non-discrimination dans la réponse au VIH/SIDA :

De notre point de vue, l'État et les entreprises publiques telles que [ZY] ne peuvent pas adopter une position brutale et inhumaine consistant à dire qu'elles n'emploieront que des personnes dont elles ont la certitude qu'elles seront toujours à même de travailler jusqu'à l'heure de la retraite. Comme il ressort à l'évidence des éléments auxquels nous avons fait référence précédemment, les choses les plus importantes à l'égard des personnes vivant avec le VIH sont le soutien de la communauté, l'appui économique et la non-discrimination à leur rencontre. Ces critères sont également fondamentaux au regard de la prévention et de la lutte contre cette terrible maladie. Compte tenu de la menace généralisée que cette maladie fait peser sur le monde en général, et ce pays en particulier, l'État ne saurait permettre que l'on condamne ainsi les victimes de l'infection au VIH, dont une

¹⁴ M.X. c. Z.Y., AIR 1997 Bom 406 (Haute cour de justice, 1997), paragraphe 54, www.lawyerscollective.org.

bonne part est réellement frappée par le sort, à une mort économique certaine. Ce n'est pas dans l'intérêt général et en outre la Constitution l'interdit. Dans une telle affaire, les intérêts respectifs des personnes séropositives, des employeurs et de la société doivent être mis en équilibre. Si cela signifie d'imposer une charge économique à l'État, les entreprises publiques ou la société, il leur appartient de la supporter au nom de l'intérêt général.¹⁵

Ayant conclu qu'il y avait bien eu violation de droits constitutionnels, la Cour s'est ensuite penchée sur la question des réparations. Outre l'invalidation de la politique discriminatoire de l'entreprise Z.Y., la Cour a ordonné la réintégration immédiate de M.X. dans la liste des travailleurs occasionnels, à charge pour l'entreprise de faire appel à lui en fonction des besoins. Compte tenu également du temps écoulé entre la plainte et la décision, la Cour a ordonné que M.X. se soumette à une nouvelle visite médicale pour évaluer sa condition physique, et que l'entreprise l'embauche comme travailleur permanent si son état s'avérait compatible avec un tel poste. Enfin, la Cour a ordonné à l'entreprise de verser à M.X. ses arriérés de salaire à compter de la date de sa mise à pied illégale.

Commentaires

Outre qu'elle est conforme aux normes internationales largement acceptées en matière de droits de l'homme, la décision dans cette affaire a créé un précédent très positif en Inde au regard du droit à l'égalité dans l'emploi pour les personnes vivant avec le VIH. Même si la Haute cour n'a pas fait expressément référence à des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dans son arrêt, elle s'est tout de même abondamment référée à un certain nombre de déclarations sur la question du VIH et de l'emploi — notamment la résolution de l'Organisation mondiale de la Santé adoptée par les États membres, l'Organisation internationale du travail et le *Southern African Code on HIV/AIDS and Employment* (code des pays d'Afrique australe sur le VIH/SIDA et l'emploi). Elle a également cité la *National HIV Testing Policy* (politique nationale en matière de dépistage du VIH) publiée en 1995 par la *National AIDS Control Organisation* (organisation nationale de lutte contre le SIDA), qui relève du ministère indien de la Santé et des affaires familiales (*Ministry of Health and Family Welfare*). Tous ces instruments établissent sans ambiguïté que le dépistage obligatoire du VIH dans le contexte de l'emploi est irrationnel et injustifié, et constitue en outre une violation des droits humains.

Malheureusement, si cette décision est dans l'ensemble très positive, la Haute cour n'a pas explicitement interdit le dépistage du VIH pré-embauche, un point pourtant affirmé dans plusieurs des sources citées. En fait, l'arrêt de la Haute cour laisse la porte ouverte à ce type de dépistage. En spécifiant que le requérant devait se soumettre à une nouvelle visite médicale pour évaluer son état physique au regard des exigences du poste, la Cour a précisé « y compris au regard du VIH », alors même qu'elle avait préalablement déclaré que son statut sérologique ne devait pas entrer en ligne de compte dans la décision d'embauche. De ce point de vue, la Cour n'a pas tranché la question de savoir si un dépistage du VIH pré-embauche (ou un dépistage obligatoire imposé aux employés) constitue ou non une violation des droits fondamentaux.

À titre secondaire, dans cette affaire, la Haute cour a également examiné la demande formulée par le requérant qu'il ne soit pas fait mention de son identité. La Cour a examiné la jurisprudence de la Cour suprême de l'Inde en la matière, ainsi que de tribunaux australiens, et conclu qu'un tel arrêt était approprié et « dans l'intérêt de l'administration de la justice », à la lumière de la stigmatisation importante toujours attachée au VIH, et de l'ostracisme et la discrimination auxquels sont toujours en butte les personnes vivant avec le VIH. Sur le plan du droit en Inde, cette décision était également bienvenue, dans la mesure où elle permettait de répondre à un problème, parmi bien d'autres, posé aux personnes vivant avec le VIH, tout en s'appuyant sur le système judiciaire pour protéger et promouvoir les droits de l'homme.

¹⁵ Ibid., paragraphe 56.

Inde – La Cour suprême nie le droit au mariage pour les personnes vivant avec le VIH, puis revient sur cette décision

***M. X c. Hôpital Z*, (1998) 8 SCC 296, modifié 2002 SCCL.COM 701 (appel civil No. 4641 de 1998), Cour suprême de l'Inde (1998 & 2002)**

***A, C & autres c. Union indienne & autres*, Haute cour de Bombay [Mumbai], Demande d'assignation No. 1322 de 1999**

Tribunal et date de la décision

La première décision de la Cour suprême de l'Inde dans l'affaire *M. X c. Hôpital Z* a été rendue le 21 septembre 1998. Le 10 décembre 2002, la Cour suprême a réexaminé certains aspects du premier jugement qui étaient sortis du cadre des questions portées devant elle en première instance, avec pour effet de nier le droit au mariage aux personnes vivant avec le VIH. Entre ces deux dates, en 1999, la Haute Cour de Bombay [Mumbai] avait rendu un jugement dans l'affaire *A, C & Autres*, fondé sur une interprétation du jugement initial de la Cour suprême de 1998 allant dans le sens du respect et de la protection des droits de la personne.

Parties

L'appelant, M. « X », était une personne vivant avec le VIH dont le droit à la confidentialité avait été violé par l'intimé, l'Hôpital « Z ».

Réparation demandée

L'appelant souhaitait obtenir des dommages pour la rupture de confidentialité ayant entraîné l'annulation de son mariage et un ostracisme de la part de sa communauté.

Résultat

La Cour suprême a rejeté la demande de dommages de M. X et exonéré l'hôpital et son praticien de toute responsabilité pour la rupture de confidentialité, arguant que celle-ci était justifiée afin de prévenir tout préjudice pour la fiancée de M. X. De manière inutile, la Cour a également statué que le Code pénal indien, qui criminalise les négligences ou malveillances susceptibles de propager une maladie infectieuse potentiellement mortelle, faisait juridiquement obligation aux personnes vivant avec le VIH de ne pas contracter de mariage. Par la suite, il a été demandé à la Cour suprême de réexaminer ce point et, dans son jugement suivant, elle a pris ses distances avec ses positions antérieures.¹⁶

Contexte et faits

M. X, médecin au sein d'une administration, a été sollicité pour accompagner un parent d'un ministre du gouvernement de l'état du Nagaland dans un hôpital de Madras où il devait subir une opération chirurgicale. Au cours de l'opération, il est apparu qu'une transfusion sanguine était néces-

¹⁶ Cour suprême de l'Inde (2002). 2002 SCCL.COM 701.

saire. M. X a accepté de donner son sang et l'échantillon a été soumis à divers tests. Ce sang n'a pas été utilisé, mais on a découvert à cette occasion que M. X était positif au VIH. Quelques semaines plus tard, M. X a demandé en mariage Melle « Y », l'union devant être célébrée quelques mois plus tard. Pour une raison donnée, le médecin ayant pratiqué l'intervention chirurgicale à l'hôpital a informé le ministre de la séropositivité de M. X. À son tour, le ministre en a avisé la sœur de M. X. Par la suite, M. X est retourné à l'hôpital où son statut sérologique a été confirmé par des tests complémentaires. Au cours d'une rencontre entre M. X et Melle Y et sa famille, la décision a été prise d'annuler le mariage. Toutefois, la nouvelle de la séropositivité de M. X s'étant diffusée au sein de sa communauté, celui-ci a été frappé d'un ostracisme très important, à telle enseigne qu'il a dû se résoudre à quitter son état pour s'installer à Madras.

M. X a déposé une demande en dédommagement auprès de la *National Consumer Disputes Redressal Commission* (commission nationale pour le règlement des litiges) contre l'Hôpital Z, dont le praticien hospitalier n'avait pas respecté son obligation de confidentialité concernant le statut sérologique de M. X, ce qui lui avait causé un préjudice. La commission a rejeté sa demande au motif qu'il pouvait porter l'affaire devant un tribunal civil. M. X a donc intenté une procédure devant l'instance d'appel civil de la Cour suprême de l'Inde.

Arguments juridiques et points abordés

Comme il est précisé dans le jugement de la Cour suprême, aux termes de l'*Indian Medical Council Act* (loi sur le conseil des médecins de l'Inde), le Conseil est autorisé à prescrire des normes juridiquement contraignantes concernant la pratique professionnelle des praticiens et médecins. Dans ce cadre, le *Code of Medical Ethics* (code de déontologie médicale) fait interdiction aux médecins de faire état des « éléments secrets relatifs à un patient appris dans l'exercice de la profession. » La seule exception prévue à cette disposition stipule que ces données « peuvent être communiquées à un tribunal sur injonction du juge. »

La Cour a admis pour principe fondamental que l'obligation de confidentialité faite au médecin correspond à un droit du patient en la matière. Elle a ensuite précisé qu'un « droit » est une prérogative dont le non-respect constitue juridiquement une infraction. Le respect de cette prérogative est donc une obligation légale. Toutefois, elle a également indiqué que cette corrélation n'est pas absolue, dans le sens où tout droit n'est pas nécessairement associé à une obligation correspondante. Dans ce cas précis, elle a donc statué qu'il y avait une exception à l'obligation de confidentialité imposée au médecin :

Par conséquent, l'argument de... l'appelant [M. X] selon lequel les intimés [l'Hôpital Z et le médecin] étaient tenus par l'obligation de confidentialité aux termes du *Code of Medical Ethics* (code de déontologie médicale) de l'*Indian Medical Council* (conseil des médecins de l'Inde) n'est pas recevable dans la mesure où le mariage envisagé [avec Melle Y] faisait peser un risque sanitaire sur une personne identifiée, qu'il convenait dès lors de protéger de toute transmission de la maladie dont souffre l'appelant. En conséquence, le droit à la confidentialité auquel souhaite prétendre l'appelant n'est pas applicable dans la présente situation.¹⁷

La Cour a certes admis que l'interprétation déjà donnée de certaines dispositions telles que le droit à la liberté individuelle (Article 21 de la Constitution indienne) établit un droit à la vie privée, et cité en outre de nombreuses décisions constitutionnelles prises aux États-Unis et en Inde allant dans ce sens. Toutefois, elle a ensuite réexaminé la question de la confidentialité « dans le contexte du mariage » et souligné le fait que tous les régimes matrimoniaux juridiquement applicables en Inde (*Hindu Marriage Act*, *Dissolution of Muslim Marriages Act*, *Parsi Marriage and Divorce Act* et *Special Marriage Act* – loi sur le mariage hindou, loi sur la dissolution des mariages musulmans, loi

¹⁷ M. X contre l'Hôpital Z. (1998) 8 SCC 296 (Cour suprême de l'Inde), www.lawyerscollective.org.

sur le mariage et le divorce parsi et loi spéciale sur le mariage) comportent des dispositions autorisant la séparation ou le divorce lorsque l'un des deux époux « est porteur d'une maladie vénérienne ». La Cour a donc estimé que :

Dès lors que la loi considère qu'une « maladie vénérienne » est un motif de divorce pour l'homme ou la femme, toute personne déjà porteuse de la maladie avant même le mariage n'est pas fondée à contracter ladite union aussi longtemps qu'elle n'en est pas complètement guérie. [...] En outre, aussi longtemps que la personne n'est pas guérie de la maladie vénérienne contagieuse [...], son droit au mariage ne peut être exercé et appliqué par la voie judiciaire et doit être considéré comme étant un droit suspendu.¹⁸

Par ailleurs, la Cour a invoqué l'*Indian Penal Code* (code pénal indien) (articles 269–270) qui prévoit des sanctions pénales pour « toute action négligente susceptible de favoriser la propagation d'une maladie mettant la vie d'autrui en danger » et « toute action malveillante susceptible de favoriser la propagation d'une maladie mettant la vie d'autrui en danger ». La Cour a alors fait valoir que ces dispositions « font obligation à l'appelant de ne pas se marier, cet acte de mariage, outre qu'il constitue une infraction, étant susceptible de propager à son épouse une maladie à l'évidence de nature à mettre sa vie en danger. » Enfin, revenant sur le point de la rupture de confidentialité — soit la question principale portée devant elle — la Cour suprême a estimé que, compte tenu des dispositions du code pénal, le médecin se serait rendu complice d'un délit pénal en maintenant le secret sur la séropositivité de l'appelant. Selon l'opinion de la Cour, la décision du médecin visait à préserver le droit à la vie de la fiancée de M. X, plus important que le droit à la vie privée de M. X. En conséquence de quoi, cette rupture de confidentialité n'engage absolument pas sa responsabilité.

La Cour suprême conclut ainsi son jugement :

« Le SIDA est le produit d'une pulsion sexuelle indisciplinée [*sic*]. Cette pulsion, qui est la principale faiblesse humaine lorsqu'on ne la discipline pas, peut affliger et s'emparer de n'importe qui aussi élevée ou, dans ce précis, aussi basse sa position puisse-t-elle être dans la société [*sic*]. Les personnes touchées par l'effroyable maladie qu'est le « SIDA » méritent toute notre compassion. Elles ont droit à tout le respect dû aux êtres humains. Leur compagnie ne peut et ne doit pas être évitée, au risque sinon d'entraîner de graves conséquences psychologiques pour elles. Ces personnes doivent exercer un métier. L'accès aux emplois dans la fonction publique ne doit pas leur être interdit. [...] Néanmoins, les « relations sexuelles » avec ces personnes, ou la possibilité d'avoir de telles relations avec elles, doivent être évitées dans la mesure où celles-ci pourraient avoir pour effet de propager à d'autres cette horrible maladie. La Cour ne saurait aider une personne à agir en ce sens.¹⁹

Commentaires

Le recours à une telle justification pour exonérer le médecin de l'hôpital des faits qui lui étaient reprochés dans ce cas particulier est pour le moins troublant. Premièrement, il convient de souligner que le médecin n'a pas averti M. X du résultat positif de sa sérologie, alors même qu'il était la première personne, voire la seule, à qui cette information devait être communiquée. Au lieu de cela, le médecin en a informé le ministre au parent duquel M. X s'était proposé de donner son sang (celui-ci n'ayant au bout du compte pas été utilisé au cours de l'intervention). Finalement, cette information est parvenue à la fiancée de M. X, soit la personne dont la Cour estime qu'elle courait un danger, et dont elle invoque le bien-être pour justifier la flagrante rupture de confidentialité. Il est illogique de dégager la responsabilité du médecin et de l'hôpital au nom de ces motifs. C'est uniquement après communication à M. X du résultat de son test qu'il aurait été possible d'examiner la nécessité ou la légitimité d'en informer sa fiancée. Aucun élément avancé dans le jugement ne constitue un motif valable pour lequel le médecin aurait dû communiquer au ministre cette information confidentielle concernant la santé de M. X.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

Deuxièmement, il apparaît que la Cour suprême n'a pas tenu compte de ce que formule explicitement le *Code of Medical Ethics* (code de déontologie médicale) adopté par l'*Indian Medical Council* (conseil des médecins de l'Inde). En effet, le code stipule sans ambiguïté que les informations confidentielles concernant un patient peuvent être communiquées « uniquement » sur injonction d'un juge d'un tribunal. Dans le cas présent, il n'y a pas eu de telle injonction. La Cour s'est contentée de noter qu'il existait une forme comparable d'exception en droit britannique, celui-ci autorisant la communication d'informations confidentielles « dans un nombre très limité de circonstances dans lesquelles l'intérêt public l'exige. Ces circonstances surviennent par exemple [...] lorsqu'il existe un risque sanitaire immédiat ou dans un avenir proche (mais pas un risque passé ou éloigné dans le temps). » La Cour a également indiqué que les lignes directrices du *General Medical Council of Great Britain* (conseil général des médecins de Grande-Bretagne) relatives à la divulgation d'une sérologie positive autorisent la communication « lorsqu'une personne donnée court un risque grave et clairement identifié d'infection si elle n'est pas informée. » Sur cette base, la Cour suprême de l'Inde a estimé que le *Code of Medical Ethics* (code de déontologie médicale) « prévoit lui aussi une exception au devoir de confidentialité et autorise la divulgation dans les circonstances indiquées précédemment, lorsque l'intérêt public prime le droit à la confidentialité, en particulier lorsque la situation fait courir un risque immédiat ou proche à des tiers. » Or, le *Code of Medical Ethics* (code de déontologie médicale) ne prévoit pas une telle règle dérogatoire et stipule expressément que la divulgation est autorisée « uniquement » sur injonction judiciaire. À l'évidence, la Cour suprême a voulu inscrire cette exemption dans le droit indien, mais rien ne permettait de dire que celle-ci découlait du *Code of Medical Ethics* (code de déontologie médicale).

Par ailleurs, la Cour suprême a fait sienne l'opinion selon laquelle le droit dénierait aux personnes vivant avec le VIH le droit de se marier. Ce faisant, la Cour est allée au-delà de la question sur la rupture de confidentialité qui lui était posée, et a ainsi donné naissance à une nouvelle disposition discriminatoire. Quelles que soient les inquiétudes légitimes que la Cour pouvait nourrir quant aux risques de transmission entre époux, il n'était pas nécessaire pour autant qu'elle adopte une telle position dans laquelle le déni complet d'un droit élémentaire, au motif d'une sérologie positive, est en contradiction non seulement avec les principes internationaux en matière de droits de la personne, mais aussi avec la jurisprudence de l'Inde sur l'égalité.

Cette affaire a mis en évidence la dimension antagoniste pouvant exister entre différentes considérations relevant des droits de la personne. La Cour ne s'est guère efforcée de justifier sa position, se contentant de nier le droit au mariage aux personnes vivant avec le VIH, alors même que ce droit est reconnu comme étant un droit fondamental de la personne. Or, dans le même temps, un certain nombre d'organisations indiennes de défense des femmes, préoccupées par les inégalités entre les sexes profondément enracinées dans la société indienne qui font que les femmes n'ont guère voix au chapitre au regard du mariage ou même des relations sexuelles avec leurs maris, ont salué cette décision comme une mesure à même de protéger les femmes contre le VIH et le SIDA.

À la suite à la décision de la Cour suprême, des avocats ont intenté une action en justice [*A, C & autres c. Union indienne & autres*] contre la déclaration de la Cour niant le droit au mariage aux personnes vivant avec le VIH ou le SIDA. Représentées par le groupe *Lawyers Collective HIV/AIDS Unit*, quatre personnes (dont deux vivant avec le VIH) ont déposé une requête auprès de la Haute cour de Bombay lui demandant de déclarer :

- qu'une personne vivant avec le VIH ou le SIDA a le droit de se marier et que ce droit n'est ni perdu ni suspendu au motif de son statut sérologique au regard du VIH ;
- qu'une personne vivant avec le VIH qui contracte un mariage avec une autre personne consentante, après l'avoir informée de sa situation, ne commet pas un acte délictueux au regard du code pénal indien ; et

- que le devoir primordial des médecins est de préserver la confidentialité des informations relatives à leurs patients, exception faite pour un nombre très limité de circonstances exceptionnelles dans lesquelles ils peuvent être amenés à faire état de certaines informations, par exemple lorsqu'une tierce partie est exposée à un risque imminent.

Les requérants ont fait valoir que le droit au mariage est un droit fondamental de la personne humaine, reconnu dans plusieurs instruments internationaux (tels que la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*), dans la Constitution indienne et dans plusieurs arrêtés et jugements de la Cour suprême elle-même, et qui ne peut donc être restreint que par une disposition légale adoptée par l'instance compétente. Ils ont également souligné que rien ne justifie que l'État nie aux personnes vivant avec le VIH le droit de se marier ou qu'il les poursuive si leur époux consentant est informé de leur état. En outre, ils ont fait remarquer que le fait de suspendre des droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH ne pouvait que les pousser à se cacher et à éviter les dépistages, contribuant par-là même à la propagation du VIH. Enfin, ils ont indiqué que l'on peut prévenir la transmission du VIH par l'adoption de pratiques sexuelles à moindre risque, et que les risques de transmission mère-enfant peuvent être significativement réduits par des interventions appropriées.

En réponse, le *Solicitor General* (ministre de la Sécurité publique) fédéral s'est efforcé de soutenir la décision de la Cour suprême. Outre le raisonnement déjà exposé, il a indiqué qu'il était justifié d'interdire totalement de se marier aux personnes vivant avec le VIH, au nom de la protection des droits de la femme. Le tribunal a synthétisé la position officielle des autorités de la manière suivante :

Selon le docte *Additional Solicitor General* de l'Inde, la proposition soutenue par les requérants selon laquelle une personne séropositive pourrait être autorisée à se marier après information de son futur conjoint de son état sérologique, est trop large pour être acceptée. Selon lui, une telle position n'est envisageable que dans une société individualiste où les degrés d'instruction et d'éducation sont élevés. Il estime que dans un contexte social tel que celui de l'Inde, la Cour doit tenir compte de ce qu'est la position des femmes dans la société, des incapacités particulières auxquelles elles sont confrontées, et de l'impact des conditions sociales telles que la pauvreté, l'illettrisme et les pressions socio-économiques exercées sur les femmes. Selon lui, imposer un simple consentement n'est pas suffisant pour protéger les femmes contre l'exploitation, notamment dans le sens où elles représentent une catégorie extrêmement vulnérable à la transmission du VIH.²⁰

Un argument du même ordre a été avancé par un intervenant — Majlis Manch, une organisation non gouvernementale proposant des conseils et une aide juridique aux femmes en détresse. Cet intervenant a estimé que le déni du droit au mariage aux personnes vivant avec le VIH constituait une restriction raisonnable pour protéger les droits des femmes, particulièrement vulnérables au risque d'infection par leurs partenaires masculins :

[I] l est relativement optimiste d'imaginer qu'une ordonnance de cette Cour autorisant le mariage des personnes séropositives est susceptible de profiter aux femmes, et que les hommes se montreront disposés à épouser des femmes touchées par le VIH. À l'inverse, une telle décision pourrait avoir des conséquences négatives pour un grand nombre de femmes le cas échéant forcées de se marier avec des hommes malades. [...]

Le droit des [personnes] séropositives de contracter un mariage, même avec un consentement éclairé, doit être replacé dans le contexte d'une réalité sociale où des termes tels que « divulgation » et « consentement » perdent leur signification pour un grand nombre de femmes. En Inde, l'occasion est rarement donnée à une femme d'exprimer un consentement éclairé. [...] [T] out jugement

²⁰ A, C & autres contre l'Union indienne & autres, Haute cour de Bombay [Mumbai], demande d'assignation No. 1322 of 1999, paragraphe 19, www.lawyerscollective.org.

de cette Cour qui autoriserait les personnes séropositives à se marier ne pourrait être interprété que comme un piège mortel pour l'immense majorité des femmes. [...]

L'Inde est l'un des rares pays à n'avoir toujours pas légalement reconnu le viol conjugal. En conséquence, le consentement au mariage dans le contexte de l'Inde équivaut dans les faits à un consentement à des rapports sexuels quotidiens et répétés. Si les parents consentent à marier leur fille à un homme séropositif, ou même si la jeune fille y consent elle-même, conformément au cadre légal fixé, ce consentement équivaudra automatiquement à un consentement à des rapports sexuels répétés mettant sa vie en danger. Un consentement au mariage ne peut pas être compris comme un consentement à un véritable suicide.²¹

L'intervenant a demandé à la Cour de déclarer que tous les organismes prodiguant des services de soins et de conseils aux personnes vivant avec le VIH ont l'obligation légale d'informer les conjoints des patients de leur statut sérologique, puis d'apporter un conseil aux couples sur les risques des rapports sexuels non protégés. Dans l'hypothèse où elle autoriserait une personne séropositive à se marier avec une personne séronégative, l'intervenant a également appelé la Cour à n'accepter cette possibilité qu'après dépôt d'une demande préalable et examen par elle-même du consentement au mariage du conjoint séronégatif.

Bien que l'affaire ait d'abord été portée devant la Haute cour de Bombay, M. X a intenté une nouvelle action devant la Cour suprême pour obtenir une clarification sur ces points et remettre en question les décisions de la Cour. En conséquence, la Haute cour de Bombay a rejeté la requête déposée par « A », « C » et autres, au motif qu'il était préférable que la Cour suprême tranche directement cette question. L'affaire a donc été portée devant la Cour suprême, où les mêmes arguments ont été présentés. Dans sa décision, la Cour suprême a confirmé la validité de sa décision originelle quant au bien-fondé des actions du médecin visant à informer du diagnostic sérologique de M. X « les personnes alliées à la jeune fille qu'il comptait épouser ». Toutefois, la Cour a admis que, relativement à la requête portée devant elle,

il n'était pas nécessaire qu'elle aille jusqu'à adopter une position générale sur les droits et obligations dans le contexte du droit à la vie privée ou à la confidentialité, ou quant à savoir si les personnes concernées ont le droit ou non de se marier, ou encore, dans l'hypothèse où ces personnes se marient, quant à savoir si elles commettent un délit au regard de la loi, ou quant à savoir s'il y a lieu de suspendre leur droit au mariage pendant la période où elles sont malades. En conséquence, toutes les observations formulées par la Cour sur ces questions étaient inutiles, en particulier lorsqu'elles se sont révélées hors de propos après notification à toutes les parties concernées. Dans cette perspective, la Cour estime que les observations formulées, à l'exception de la déclaration statuant que le droit de l'appelant [à la vie privée] n'avait pas été enfreint en quoi que ce soit par la communication de son statut sérologique aux parents de sa fiancée, ne sont pas justifiées.²²

En fin de compte, la Cour suprême a pris ses distances par rapport aux déclarations qu'elle avait formulées dans sa précédente décision et qui apparaissaient comme niant le droit au mariage pour toutes les personnes vivant avec le VIH. Cependant, elle ne les a pas explicitement désavouées ou corrigées, ce qui aurait été préférable. De plus, le premier jugement, qui exonère le médecin de sa rupture de confidentialité sur la base d'une interprétation excessivement indulgente du droit, est maintenu.²³

²¹ Demande d'intervention de Majlis Manch, 6 avril 2000, archivée. Pour plus de commentaires sur la question de la sexospécificité et du VIH/SIDA en Inde, voir: M. Dhaliwal. Creation of an enabling and gender-just legal environment as a prevention strategy for HIV/AIDS among women in India. Bulletin canadien VIH/SIDA et droit 1999; 4(2/3): 86-89, www.aidslaw.ca.

²² *M. X contre l'Hôpital Z*, 2002 SCCL.COM 701 (Cour suprême de l'Inde, 2002), paragraphe 6, www.lawyerscollective.org.

²³ Le texte intégral des deux arrêts de la Cour suprême dans l'affaire *M. X contre l'Hôpital Z* (1998, 2002) et de l'arrêt dans l'affaire *A, C & autres contre l'Union indienne & autres*, ainsi que les commentaires du groupe *Lawyers Collective HIV/AIDS Unit*, peuvent être consultés sur le site : www.lawyerscollective.org/lc-hiv-aids/index.htm (section « Judgements »).

Venezuela – Un tribunal soutient la police militaire qui interdit le service actif au personnel vivant avec le VIH, mais enjoint au Ministère de la Défense de protéger leur vie privée et leur santé

JRB et al. c. Ministère de la Défense, affaire No. 14000, Cour suprême de justice du Venezuela (division politique et administrative) (1998)

Tribunal et date de la décision

Les poursuites judiciaires ont été intentées en septembre 1997. La Cour suprême de justice (division politique et administrative) a rendu son verdict le 20 janvier 1998.

Parties

Les requérants sont quatre membres des forces armées vénézuéliennes (respectivement de la Garde nationale, la police militaire, l'armée de terre et l'académie militaire), à qui une sérologie positive au VIH a été diagnostiquée. Dans cette affaire, l'intimé est le Ministère de la Défense.

Réparation demandée

Les requérants ont intenté une procédure d'*amparo*²⁴ au motif que le Ministère de la Défense n'aurait pas respecté plusieurs de leurs droits humains, en contravention avec le droit international et la Constitution vénézuélienne, en les relevant de leurs postes et en ne leur fournissant pas la prise en charge médicale appropriée. En particulier, ils ont fait état de violations de leurs droits à la dignité et l'intégrité personnelle, à la vie privée, au travail, à la santé et à la non-discrimination et l'égalité devant la loi. À ce titre, ils demandaient une injonction obligeant le Ministère de la Défense à respecter ces droits et à prendre les mesures voulues pour les faire appliquer. Les requérants demandaient également une injonction visant à les réintégrer à leurs postes et à annuler la directive ministérielle imposant le retrait du service actif du personnel vivant avec le VIH.

Résultat

La Cour suprême a en partie donné suite à la demande des requérants. La Cour a en effet estimé que le Ministère avait violé leurs droits à la vie privée et à la santé. Cependant, elle a rejeté leur demande selon laquelle leurs droits au travail, à la dignité et à la non-discrimination et l'égalité devant la loi n'auraient pas été respectés, et soutenu la politique du Ministère faisant interdiction au personnel vivant avec le VIH de rester en service actif et leur faisant obligation de se mettre en « congé de maladie ».

Contexte et faits

Dans le cadre des examens obligatoires pour entrer dans les forces armées, tous les requérants ont dû se soumettre à un test de dépistage du VIH. Chacun d'eux a été dépisté séronégatif à cette occasion et a donc pu prendre son emploi militaire. Par la suite, trois d'entre eux ont fait l'objet d'un

²⁴ Le recours d'*amparo* est une forme d'action prévue par le droit civil de certains pays d'Amérique latine que l'on peut décrire comme une « injonction constitutionnelle » —c'est-à-dire une injonction en urgence pour faire cesser ou prévenir une violation des droits constitutionnels. Cette action est comparable à la demande d'*habeas corpus*, mais avec un champ d'application plus large que la seule remise en question de la légalité de la détention ou de l'emprisonnement d'une personne. Dans certaines autres juridictions d'Amérique latine, il existe une procédure équivalente appelée une *tutela*.

dépistage dans le cadre d'un traitement médical, et le quatrième a dû se soumettre à nouveau dépistage lors d'une demande de changement d'unité.

Dès lors qu'ils ont été dépistés séropositifs au VIH, les requérants ont été retirés du service actif ordinaire et contraints de se mettre en arrêt maladie, alors même qu'ils étaient tous asymptomatiques. Cette obligation résultait d'une directive émise par le Ministère de la Défense spécifiant que l'infection au VIH ou le SIDA sont « incompatibles » avec les fonctions requises du personnel militaire, de sorte que les militaires porteurs du VIH doivent être immédiatement suspendus de leurs fonctions. Cette directive stipule en outre que l'identification d'un membre séropositif au sein d'une unité doit donner lieu à la recherche d'autres cas éventuels. (Le fait n'est pas directement spécifié dans le rapport, mais on peut supposer que ladite recherche implique la conduite d'un dépistage obligatoire du VIH.)

Par ailleurs, le diagnostic de séropositivité des requérants a été communiqué à leurs supérieurs hiérarchiques, ainsi qu'à d'autres militaires sur leurs lieux de travail (y compris, dans un cas au moins, par la publication du statut sérologique de la personne sur un panneau d'affichage du régiment). De ce fait, les requérants ont eu à subir un harcèlement et d'autres formes de discrimination de la part d'autres militaires, notamment concernant leurs comportements du fait qu'on leur supposait d'avoir des rapports sexuels avec d'autres hommes.

Alors qu'ils bénéficiaient censément de certains avantages pendant leur « arrêt maladie », notamment des soins d'un hôpital militaire, les requérants ne recevaient en fait que des compléments de vitamine E et aucun autre traitement (tels que des antirétroviraux ou un traitement de prévention des infections opportunistes), et il était prévu que leur accès à l'hôpital cesserait dès que leur mise à pied deviendrait effective.

Arguments juridiques et points abordés

Les requérants ont appuyé leur demande sur les dispositions contenues dans divers instruments tels que :

- la Déclaration universelle des droits de l'homme ;
- la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme ;
- la Convention américaine relatives aux droits de l'homme ;
- le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ;
- le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; et
- la Constitution de la République du Venezuela.

La Cour a examiné chacune des violations d'un droit de la personne alléguées par les requérants, en se référant aux éléments soumis par les parties.

S'agissant du *droit à la vie privée*, la Cour a déterminé que ce droit recouvrait le droit à l'intimité concernant la vie personnelle et l'état de santé. Dans ce cas précis, elle a souligné que la divulgation du statut sérologique positif des requérants par leurs supérieurs hiérarchiques avait été à l'origine du harcèlement dont ils avaient souffert de la part des autres militaires, ce qui avait eu pour effet de nuire à leur dignité, à leur honneur et leur réputation. La Cour a pris bonne note de ce qu'est la « réalité de la société vénézuélienne » à savoir que le VIH et le SIDA sont des choses dont on ne parle pas, que les personnes vivant avec le VIH sont généralement isolées et que le VIH est perçu comme un juste châtement pour un comportement immoral. La Cour a explicitement rejeté ce point de vue, mais, dans ce contexte de mépris des droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH, elle a estimé que le Ministère pouvait être tenu responsable de n'avoir pas donné d'instructions interdisant aux officiers de divulguer le statut sérologique des requérants. Dans sa défense, le Ministère s'est retranché derrière la politique demandant la classification « confidentielle » de toutes les informations relatives aux cas de SIDA, avec un traitement de ces données conforme à la directive générale sur les

documents classifiés. La Cour n'a pas jugé cet argument approprié, le Ministère n'ayant pas apporté suffisamment d'éléments quant aux mesures prises pour protéger la confidentialité des soldats séropositifs. Cette omission a eu pour effet de violer le droit à la vie privée des requérants.

S'agissant du *droit à la santé*, la Cour a souligné que ce droit créait une obligation pour l'État d'apporter aux personnes séropositives un soutien physique, psychologique, économique et social dans la recherche du plus haut niveau de santé qu'elles peuvent atteindre, et notamment en reconnaissant la dignité de ces personnes. La Cour a estimé que le droit à la santé des requérants, tel que défini dans la Constitution, la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, n'avait pas été respecté dans la mesure où le Ministère ne leur avait pas apporté les soins médicaux dont ils auraient dû bénéficier au regard de leur statut sérologique.

S'agissant du *droit au travail*, la Cour a souligné qu'il s'agissait d'un droit fondamental directement associé à la dignité et l'épanouissement des personnes. Néanmoins, sur la base des éléments soumis par le Ministère, la Cour a fait sienne l'opinion selon laquelle l'infection à VIH « est incompatible avec un emploi militaire dans le service actif ». La Cour s'est en particulier appuyée sur des documents comportant des généralisations sur l'impact du VIH sur les forces armées, avec des déclarations telles que « tous les militaires porteurs du VIH mettent en péril leur vie et celle des autres ». En conséquence, la Cour a estimé que le Ministère n'avait pas violé le droit au travail des requérants en les relevant de leurs postes habituels pour les mettre d'office en arrêt maladie. La Cour a estimé que cette mesure protégeait la santé des requérants et celle des autres (des « risques de contamination ») et contribuait également à la « sécurité de l'État ». Elle a donc rejeté la requête des requérants sur ce point.

S'agissant du *droit à la dignité, la non-discrimination et l'égalité devant la loi*, la Cour a analysé conjointement ces demandes étroitement associées, mais rejeté les arguments des requérants qui faisaient valoir que le harcèlement auquel ils avaient été soumis avait violé leurs droits à la dignité et à la non-discrimination. Par ailleurs, les requérants ont avancé qu'ils subissaient également une discrimination par rapport aux autres personnes vivant avec le VIH, en ne recevant pas le traitement médical approprié. La Cour a explicitement souligné que, dans le contexte des violations des droits de l'homme, il n'est pas nécessaire d'établir l'intention ; le fait qu'une telle violation découle d'un type de conduite donné est suffisant.

Cependant, elle a estimé que le fait d'imputer au Ministère la violation des droits des requérants à la dignité et la non-discrimination sur la base du comportement du personnel des forces armées « reviendrait à aller très loin », et reviendrait également à rendre le Ministère responsable d'une attitude très répandue par rapport au VIH/SIDA, sur laquelle elle n'a aucune emprise. La Cour a donc estimé que, pour qu'une responsabilité soit engagée, il fallait qu'il existe un lien entre la personne dont le droit à la dignité est bafoué et la personne responsable de ce préjudice.

S'agissant du *droit à l'égalité devant la loi*, la Cour a repris le même raisonnement que pour le droit à travail, concluant que pour les mêmes raisons qu'exposées précédemment — protection des requérants, des autres militaires des forces armées et de la sécurité nationale — le Ministère n'avait pas violé les droits des requérants. La Cour n'a pas cherché à définir plus avant ce que recouvrait la notion de droit à l'égalité. De la même manière, elle a rejeté sans examen spécifique la demande des requérants selon laquelle ils étaient victimes d'une discrimination par rapport aux autres personnes vivant avec le VIH. Le jugement indique que peu d'éléments sont apportés pour étayer ce point.

Au final, la Cour a partiellement admis la procédure d'*amparo* des requérants, enjoignant au Ministère de la Défense de :

- rédiger immédiatement des directives visant à protéger la confidentialité du personnel vivant avec le VIH/SIDA, y compris les requérants ;

- garantir immédiatement la mise en place d'un traitement médical adapté pour les requérants dans le cadre de la sécurité sociale militaire ;
- adopter, dans un délai d'un mois, une directive visant à informer tous les militaires des forces armées sur le VIH, notamment sur la nécessité de faire preuve d'un comportement éthique et de solidarité avec les personnes vivant avec le VIH ; et
- solliciter des fonds auprès du Congrès pour la mise en œuvre de mesures visant à prévenir le VIH au sein des forces armées et à prendre en charge les militaires en ayant besoin.

Commentaires

Du point de vue des droits de l'homme, cette décision est mitigée. Certains éléments sont positifs. La Cour a jugé l'État responsable de n'avoir pas protégé la confidentialité d'informations personnelles relatives à la santé de certains de ses agents, lui a enjoint d'assurer une prise en charge médicale appropriée à ses militaires vivant avec le VIH et le SIDA, a demandé l'adoption de mesures volontaristes visant à lutter contre les attitudes discriminatoires et améliorer la prévention, les soins, le traitement et l'appui au sein des forces armées. Elle décrit et rejette sans ambages la stigmatisation entourant la question du VIH et appelle l'État et la société vénézuélienne dans son ensemble à agir dans un esprit de solidarité. Cependant, la Cour rejette la demande des requérants de servir dans les forces armées. Le Ministère de la Défense a présenté à la Cour plusieurs publications dans lesquelles on s'inquiète du risque que présenterait pour les forces armées un taux élevé d'infections à VIH parmi ses militaires. Ces publications assènent d'autres déclarations à l'emporte-pièce en s'interrogeant par exemple sur la prévalence du VIH parmi les officiers de l'armée et de la police, sachant que ces groupes sont souvent des sources importantes pour les dons du sang. Sur la base de ces généralisations, la Cour conclut que l'infection à VIH est incompatible avec une carrière militaire. De la même manière, elle ne prend pas sérieusement en compte, dans ce contexte, la question de savoir si les requérants n'ont pas eu à souffrir de discrimination après avoir été suspendus de leurs postes, alors même que rien n'indiquait qu'ils n'étaient pas en mesure de remplir leurs missions. De ce point de vue, la décision ne protège pas vraiment les droits humains des personnes vivant avec le VIH.

Cette décision ne cadre pas avec d'autres positions plus récentes et plus encourageantes d'autres ressorts d'Amérique latine. Par exemple, voir le cas de *XX c. Ministère de la Défense nationale* en Colombie (Cour constitutionnelle, 2003) présenté dans ce document. Plus récemment, dans un jugement qui crée un précédent, un tribunal mexicain a estimé en 2004 qu'une loi établissant le VIH/SIDA comme motif de renvoi de l'armée était à la fois discriminatoire et anticonstitutionnelle. Cette décision s'applique au cas d'un sergent vivant avec le VIH qui s'est plaint d'avoir été renvoyé de l'armée de manière discriminatoire après avoir sollicité une aide médicale pour lui-même et sa famille. Le procès a duré cinq ans. À l'appui de son ordonnance statuant que la loi autorisant les forces armées à renvoyer des militaires au motif de leur statut sérologique n'était pas recevable du fait que d'autres instruments garantissent l'accès à la santé et la non-discrimination, le tribunal – en l'occurrence le *Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa* – a cité la constitution mexicaine, d'autres dispositions fédérales et six traités internationaux. En 2004, cette décision était apparemment la première dans son genre ; elle crée un précédent susceptible d'encourager des actions similaires de la part d'autres militaires également victimes de discrimination.²⁵

²⁵ Le jugement original de la Cour n'avait pu être obtenu au moment de la publication. Ceci dit, plusieurs médias avaient publié des informations sur cette affaire, notamment les articles suivants : Justicia mexicana condena despido a militares con VIH, *Mural.com*, 30 mai 2004 ; D.Cevallos. Mexique : Court rules military cannot discharge HIV-positive soldier (La Cour estime que l'Armée ne peut pas renvoyer des militaires séropositifs). *Inter Press Service*, 1^{er} juin 2004 ; D.Devellos. Mexique : Jueces amparan a militares con VIH. *Inter Press Service*, 1^{er} juin 2004 ; Ordena Tribunal restituir derechos a militares con VIH/sida, *Letra S*, 3 juin 2004 ; A Medina. Triunfo legal para militares con sida: El caso de un suboficial dado de baja abre el precedente para la revision de otros casos. *La Jornada*, 7 juin 2004.

Namibie – L'exclusion des forces de défense d'un homme séropositif est discriminatoire

Haidongo Nghidipohamba Nanditume c. Ministère de la Défense, affaire No. LC 24/98, Labour Court (tribunal du travail) de Namibie (2000)

Tribunal et date de la décision

La Labour Court (tribunal du travail) de Namibie a rendu son jugement le 10 mai 2000.

Parties

Le demandeur était un homme vivant avec le VIH et l'intimé le Ministère de la Défense.

Réparation demandée

N. demandait au tribunal une ordonnance enjoignant aux Forces de défense namibienne de mettre un terme à l'attitude discriminatoire manifestée à son encontre en raison de statut séropositif et de traiter sa demande d'enrôlement sans tenir compte de ce statut.

Résultat

Le tribunal a estimé que les Forces de défense namibienne se rendaient effectivement coupables d'une discrimination inéquitable. Toutefois, il a également ordonné que l'on procède à des tests de dépistage du VIH plus approfondis dans le cadre des visites médicales de sélection, et autorisé l'exclusion des Forces de défense namibienne les candidats à l'enrôlement présentant un taux de cellules T et une charge virale en dehors de certaines limites. Dans le cas particulier de N., le tribunal lui demandé de se soumettre à ces tests supplémentaires, avec obligation pour les Forces de défense namibienne de l'enrôler si ses résultats étaient conformes aux limites fixées.

Contexte et faits

Aux termes du *Defence Act* (loi sur la défense), les recrues des Forces de défense namibiennes sont tenues de se soumettre à une visite médicale. N. est un ancien membre de l'organisation de lutte pour la libération nationale *South-West Africa People's Organization*, au sein de laquelle il a reçu une formation militaire en exil. En septembre 1996, il a demandé à être enrôlé, et c'est dans le cadre de ce processus qu'un dépistage a révélé sa séropositivité au VIH. Deux semaines plus tard, un médecin militaire des Forces de défense namibiennes l'en a avisé, ainsi que du fait que son enrôlement ne serait pas accepté. Un mois plus tard, un rapport médical complet établissait qu'il était globalement en bonne santé et que, d'après le médecin qui l'avait examiné, il ne présentait aucune déficience susceptible d'entraver la bonne exécution des missions d'un agent de l'État. Son statut sérologique était donc l'unique motif du rejet de son enrôlement dans les Forces de défense namibienne.

Arguments juridiques et points abordés

Le demandeur reproche aux Forces de défense namibiennes d'avoir contrevenu au *Labour Act* (loi sur le travail) de 1992 (article 107) qui interdit toute discrimination à l'emploi « de nature inéquitable », ainsi que toute discrimination liée à un handicap. Les Forces de défense namibiennes

reconnaissent que le rejet de la candidature de N. est motivé par sa séropositivité uniquement, mais conteste que cette décision constitue une discrimination inéquitable. Les Forces de défense namibiennes admettent qu'elles comptent sans doute dans leurs rangs du personnel militaire séropositifs, du fait que le dépistage ne figurait pas dans le processus de recrutement lors de la création des Forces de défense, mais aussi parce que certains militaires peuvent avoir contracté le virus après leur engagement. En fait, les éléments produits par les Forces de défense namibiennes concernant la « politique de non-discrimination dans toute la mesure du possible » qu'elles adoptent lorsqu'un de leurs membres est diagnostiqué séropositif au VIH, montrent qu'elles intègrent un grand nombre de militaires vivant avec le VIH/SIDA. Il apparaît également qu'aucun dépistage n'est effectué sur les militaires une fois qu'ils sont enrôlés.

Outre les dispositions du *Labour Act* (loi sur le travail), le tribunal a également tenu compte des *Guidelines for the Implementation of a National Code on HIV/AIDS in Employment* (directives pour la mise en œuvre d'un code national sur le VIH/SIDA dans le monde du travail) publiées par le gouvernement namibien en 1998. Même si celles-ci n'ont pas force de loi, le tribunal les a trouvées instructives. En particulier, le tribunal a relevé l'instruction selon laquelle aucun dépistage du VIH ne doit être imposé comme condition à l'embauche, les employés devant être soumis à une « visite médicale normale pour juger de leur aptitude au travail sans aucun dépistage du VIH ». Par ailleurs, ces directives stipulent que les employés vivant avec le VIH « doivent travailler dans des conditions normales aussi longtemps qu'ils ont la capacité de le faire, et lorsqu'ils ne sont plus en mesure d'occuper leur poste, un emploi de substitution doit leur être proposé sans préjudice aux avantages dont ils bénéficient. »

Le tribunal a estimé qu'un test de dépistage du VIH ne permettait pas à lui seul de déterminer l'aptitude physique d'une recrue à servir dans les forces armées, notant que « si un militaire ne se soumet pas [à une numération des cellules T et une mesure de la charge virale], alors il y a lieu d'abandonner le dépistage du VIH, celui-ci ne permettant pas d'atteindre l'objectif normalement assigné à un examen médical. » Le tribunal a conclu que le statut sérologique au regard du VIH ne constituait pas un critère raisonnable pour refuser la candidature d'une personne à l'enrôlement dans les forces armées, et qu'un dépistage du VIH ne permettait pas à lui seul d'évaluer l'état physique d'une personne et son aptitude pour un poste donné. En conséquence, le tribunal a jugé que l'éviction du demandeur des Forces de défense namibiennes au seul motif de son statut sérologique constituait une « discrimination inéquitable », contraire aux dispositions du *Labour Act* (loi sur le travail).

Cela étant, le tribunal n'a pas statué contre le dépistage du VIH comme condition préalable à l'enrôlement dans les forces armées, mais ordonné au contraire que les visites médicales des recrues intègrent non seulement un dépistage du VIH, mais aussi une numération des cellules T et une mesure de la charge virale. Dans son ordonnance, il s'est appuyé sur les éléments donnés par les experts médicaux selon lesquels :

une personne séropositive peut être en aussi bonne santé que toute autre personne, mais à mesure que le nombre de ses cellules T diminue et que sa charge virale augmente, son état physique se détériore progressivement. [...] Une combinaison de ces deux indicateurs permet d'établir un pronostic sur le délai au terme duquel une personne souffrira du SIDA proprement dit. Les deux experts médicaux s'accordent à estimer qu'une personne présentant une numération de cellules T inférieure à 200 et une charge virale supérieure à 100 000 n'est probablement pas en mesure de prendre part aux activités exigeantes et harassantes d'une unité militaire de combat.

En conséquence, le tribunal a ordonné qu'aucune personne ne peut être rejetée des Forces de défense namibiennes au seul motif de son statut sérologique, dès lors qu'elle est par ailleurs en bonne condition physique, à moins que sa numération de cellules T soit inférieure à 200 et sa charge virale supérieure à 100 000.

Dans un premier temps, le demandeur avait annoncé qu'il allait faire appel du jugement, avant de renoncer et d'indiquer qu'il se conformerait à la décision du tribunal.

Commentaires

Cette décision a créé un précédent important en rejetant la politique des Forces de défense namibiennes consistant à évincer les recrues au seul motif de leur statut sérologique, le tribunal estimant que cela n'était pas rationnel dans le cadre d'un examen visant à évaluer la condition physique et l'aptitude à l'entraînement et au service dans les forces de défense. Cependant, pour corriger ce problème, le tribunal a ordonné la mise en place d'examen complémentaires pour les personnes séropositives, considérant que la numération des cellules T et la mesure de la charge virale constituent des indicateurs fiables de l'état physique.

On peut toutefois se demander si le fait d'étendre la portée et le caractère intrusif des visites médicales *avant* l'embauche représente la meilleure avancée qui soit. Les Forces de défense namibiennes ont admis qu'elles appliquent une politique consistant à transférer leurs militaires séropositifs, lorsque leur état de santé l'impose, vers des unités ou des postes moins exigeants sur les plans physique et psychologique, mais elles ont également souligné que l'affectation d'une recrue à une unité ou un poste particulier n'intervient qu'*après* une période d'entraînement relativement exigeante. Le tribunal semble avoir accepté cette approche et admis que la numération des cellules T et la mesure de la charge virale, en tant qu'indicateurs de la progression de la maladie, constituent des critères que les Forces de défense namibiennes sont fondées à utiliser pour évaluer l'aptitude des recrues.

À la lumière de ce jugement, il apparaît que le tribunal n'a même pas pensé que le fait de mettre en avant la primauté de l'entraînement comme préalable à l'obtention d'un poste au sein des Forces de défense namibiennes pouvait être discriminatoire puisque cela revient à créer un obstacle à l'emploi pour les personnes vivant avec le VIH (ou tout autre handicap). En fait, une personne séropositive pourrait très bien occuper valablement divers types de postes au sein des forces de défense, même si sa numération de cellules T tombe sous les 200 et/ou si sa charge virale dépasse les 100 000. Ce qui est demandé, c'est une évaluation individuelle des aptitudes en relation avec les exigences du poste concerné. Sur l'ensemble des personnes séropositives que l'on a affectées à des postes aménagés, certaines se sont sûrement retrouvées dans cette exacte situation. D'ailleurs, lorsque des antirétroviraux (entre autres traitements) sont proposés aux personnes vivant avec le VIH, on peut tout à fait supposer qu'une bonne part d'entre elles restent capables d'assurer les fonctions de leur poste. Ces éléments montrent combien une exclusion générale de toutes les personnes vivant avec le VIH n'est ni appropriée ni justifiée, et doit donc être considérée comme une discrimination contraire à la loi.

Au bout du compte, le tribunal a autorisé les Forces de défense namibiennes à maintenir en place leur procédure consistant à imposer un entraînement difficile à tous les candidats à l'enrôlement – même si cette exigence est sans rapport logique avec le type de condition physique requis pour certains postes – et, sur cette base, a ordonné la conduite de visites médicales *plus* approfondies au regard du VIH. Dès lors, on peut considérer que cela revient à remplacer une forme de discrimination injustifiée (c'est-à-dire une exclusion générale fondée sur le statut sérologique) par un autre obstacle discriminatoire, plus pernicieux et difficile à remettre en cause.

D'aucuns escomptaient que la décision rendue dans cette affaire pourrait avoir des implications positives au niveau des forces armées de la région de l'Afrique australe, où la prévalence du VIH parmi les militaires est préoccupante et où la discrimination liée au VIH reste largement généralisée, y compris du fait de politiques discriminatoires comparables à celles évoquées dans le cas présent. En février 2001, le Ministère de la Défense namibien a accueilli un colloque régional pour l'élaboration d'une politique en matière de VIH/SIDA, auquel ont participé les ministres de la Défense de sept pays de la Communauté de développement de l'Afrique australe. Les participants se sont entendus

pour dire que l'exclusion de recrues des forces de défense au seul motif de leur statut sérologique ne constituait pas une démarche rationnelle, et ont adopté un ensemble de recommandations visant à répondre aux besoins particuliers de l'institution militaire sans discrimination inéquitable envers les personnes vivant avec le VIH.

Toutefois, quelques semaines plus tard, le gouvernement namibien a introduit le *Defence Amendment Bill* (projet d'amendement sur la défense) de 2001, en totale contradiction avec ces recommandations. Aux termes de ce projet de loi, les Forces de défense namibiennes « ne doivent enrôler aucune personne souffrant d'une maladie susceptible d'évoluer au point d'amoindrir sa capacité à subir toute forme d'entraînement éventuellement requise, ou à assurer ses fonctions en tant que membres des forces de défense. » Ce projet de loi a été adopté par l'Assemblée nationale en mars 2001, puis par le Conseil national en mai 2001. En conséquence, le *Defence Amendment Act* (loi d'amendement sur la défense) impose désormais aux Forces de défense namibiennes d'évincer les recrues au seul motif de leur statut sérologique, ce qui réduit à néant les avancées en matière de droits de l'homme obtenues dans cette affaire.²⁶

Des pratiques comparables perdurent, voire ont été adoptées, dans d'autres pays de la région. Par exemple, en décembre 2004, le gouvernement du Swaziland a annoncé une nouvelle politique de dépistage du VIH applicable à tous les militaires des forces de défense, aux termes de laquelle toutes les personnes diagnostiquées séropositives (notamment les pilotes, mécaniciens de bord et contrôleurs aériens) doivent être relevées de leur poste, et seules peuvent être enrôlées les recrues séronégatives au test de dépistage.²⁷

Toutes ces pratiques et politiques sont en contradiction avec l'interdiction inscrite dans le droit international de toute discrimination fondée sur le statut sérologique. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Article 26) stipule que la loi doit garantir à toutes les personnes une protection équitable et efficace contre toute discrimination fondée sur différents motifs explicitement nommés, ainsi que sur « toute autre situation ». La Commission des droits de l'homme des Nations Unies a plusieurs fois réaffirmé que cette disposition interdit la discrimination basée sur le statut sérologique au regard du VIH/SIDA.²⁸ Les *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme* recommandent aux États d'adopter ou de renforcer leur législation antidiscrimination de façon à protéger les personnes vivant avec le VIH/SIDA, notamment contre la discrimination à l'emploi, et en veillant à ce que les domaines couverts soient le plus larges possible. Ces directives recommandent spécifiquement l'adoption de dispositions garantissant « une protection contre le dépistage du VIH comme condition à l'embauche, ou pour l'obtention d'une promotion, d'une formation ou d'un avantage. »²⁹

²⁶ Ce commentaire est basé, en partie, sur l'article de M. Figueira. Le Parlement de la Namibie ignore un comité de la SADC et la Labour Court sur les tests de sérodiagnostic dans l'armée. *Revue canadienne VIH/SIDA et droit*, 2002 ; 7(1): 42-43.

²⁷ Swaziland. Army unveils HIV/AIDS policy. *IRIN PlusNews*, 24 décembre 2004.

²⁸ Commission des droits de l'homme des Nations Unies, « Protection des droits fondamentaux des personnes infectées par le virus de l'immunodéficience humaine (Vih) ou atteintes du syndrome de l'immunodéficience acquise (SIDA), » Résolution 1995/44. Voir également les résolutions 1996/43, 1999/49, 2001/51, 2003/37 et 2005/84.

²⁹ *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme*. Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme & Programme conjoint des Nations Unies sur le VIH et le SIDA, 1998. Directive 5.

Afrique du Sud – La Cour interdit à une compagnie aérienne toute discrimination fondée sur le VIH

Hoffmann c. South African Airways, Cour constitutionnelle d’Afrique du Sud, Affaire CCT 17/00 (2000) ; 2001 (1) SA 1 (CC) ; 2000 (11) BCLR 1235 (CC)

Tribunal et date de la décision

L’arrêté de la Cour constitutionnelle d’Afrique du Sud a été publié le 28 septembre 2000. Il s’agissait d’un appel contre une décision de la Haute cour de 2000.

Parties

Dans cette affaire, l’appelant est un homme vivant avec le VIH et l’intimé la compagnie aérienne South African Airways, propriété d’une entreprise appartenant à la République d’Afrique du Sud. La South African Airways avait pour politique de ne pas embaucher de personnes séropositives au VIH aux différents postes de personnel de bord. *AIDS Law Project*, une organisation non gouvernementale défendant les droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH, a sollicité et obtenu d’être admise au titre d’*amicus curiae* dans cet appel.

Réparation demandée

L’appelant voulait obtenir de la Cour une injonction imposant à la South African Airways de l’embaucher comme agent de bord.

Résultat

La Cour constitutionnelle a enjoint à la South African Airways d’offrir un poste de agent de bord à Hoffmann. La South African Airways a par ailleurs été condamnée à dédommager Hoffmann de ses frais de justice pour ses actions auprès de la Haute cour et de la Cour constitutionnelle.

Contexte et faits

En septembre 1996, Hoffman sollicite un emploi de agent de bord auprès de la South African Airways. À la fin de l’entretien d’embauche, sa candidature est retenue et il passe alors une visite médicale comportant une épreuve de recherche des anticorps VIH. Il ressort de l’examen médical qu’il présente les aptitudes requises pour occuper le poste, mais la recherche des anticorps VIH donne un résultat positif. Par la suite, le rapport de la visite médicale est modifié et Hoffmann déclaré inapte pour le poste du fait de sa séropositivité.

La South African Airways avait alors pour politique de ne pas embaucher de personnes séropositives au VIH aux différents postes de personnel de bord. Cette pratique était censément en place pour garantir l’aptitude des membres du personnel de bord à un service dans le monde entier, qui leur fait obligation d’être vaccinés contre la fièvre jaune conformément aux directives du *National Department of Health* (département national de la santé). Or, la South African Airways estimait que les personnes séropositives étaient susceptibles de réagir négativement à ce vaccin. De plus, toujours d’après la South African Airways, les personnes séropositives ayant tendance à contracter des infections opportunistes, elles risquaient de ne pas être en mesure d’exécuter les procédures de sécurité et

d'urgence. Enfin, la compagnie estimait que l'espérance de vie des personnes séropositives était trop courte pour justifier le coût d'une formation. Les pratiques de la South African Airways n'interdisaient toutefois pas l'embauche de personnes séropositives aux autres postes, mais uniquement à ceux de personnel en cabine.

L'expert médical de la South African Airways a produit des éléments indiquant que seules les personnes dont la numération des cellules T CD4+ tombe en dessous des 300 cellules/microlitre présentent le cas échéant un risque professionnel lié à leur état physique. Toujours selon cet expert, au moment de la visite médicale de Hoffman, rien n'indiquait qu'il avait atteint la phase asymptomatique mais avec immunodéficience, ou encore qu'il avait développé le SIDA.

Dans son rôle d'*amicus curiae*, *AIDS Law Project* a soumis à la Cour des informations médicales, approuvées par l'expert de la South African Airways, montrant qu'une personne séropositive asymptomatique est tout à fait en mesure d'assurer le travail d'un agent de bord en cabine. *AIDS Law Project* a également établi que les personnes présentant une immunodéficience ne sont pas forcément prédisposées aux infections opportunistes et qu'elles peuvent donc être vaccinées contre la fièvre jaune, du moment que le nombre de leurs cellules CD4+ reste au-dessus d'un certain niveau.

Arguments juridiques et points abordés

Devant la Haute cour, Hoffmann avait mis en cause la constitutionnalité du refus qui avait été opposé à sa demande d'emploi, estimant que celui-ci constituait une discrimination inéquitable et violait ses droits constitutionnels à l'égalité, la dignité humaine et à des pratiques équitables en matière d'embauche. En réponse, la South African Airways avait répondu que la décision de ne pas embaucher Hoffmann s'appuyait sur une politique interne motivée par des considérations d'ordre médical, opérationnel et de sécurité. La South African Airways avait aussi fait valoir que si elle était obligée d'employer des personnes séropositives, cela pourrait avoir de sérieuses répercussions sur son image auprès du public, et la mettrait en outre dans une position défavorable par rapport aux compagnies concurrentes (des entreprises privées à qui la Constitution ne s'applique pas) dotées d'une même politique de non-embauche de personnes séropositives parmi leur personnel de cabine. La Haute cour avait alors reçu les arguments de la South African Airways et conclu que sa politique ne constituait pas une discrimination inéquitable à l'encontre des personnes séropositives.

En appel devant la Cour constitutionnelle, devant des données médicales indiscutables, la South African Airways a admis que sa pratique consistant à refuser certaines personnes aux postes de agent de bord en cabine en raison de leur statut sérologique n'était pas fondée sur le plan médical et donc inéquitable. Pour autant, la South African Airways a précisé que sa « véritable » politique consistait à refuser l'embauche aux agents de bords séropositifs dont l'infection au VIH atteignait un stade tel que la compagnie estimait qu'ils n'étaient pas en mesure d'occuper ce poste.

La Cour a refusé de prendre en compte la légalité de la « véritable » politique de la South African Airways pour deux raisons. Premièrement, cette nouvelle version était différente de celle examinée en première instance par la Haute cour, à savoir un refus global d'employer des personnes séropositives au poste de agent de bord en cabine. Deuxièmement, c'est le *Labour Court* (tribunal du travail), en tant que chambre spécialisée avec les prérogatives requises pour trancher les questions dans le domaine de l'emploi, qui était l'instance appropriée pour examiner un litige portant sur un examen médical visant à déterminer l'aptitude à occuper un poste.

La Cour constitutionnelle a donc examiné la requête constitutionnelle de Hoffmann. En tant que personne morale appartenant à une entité sous contrôle public, la South African Airways est bien soumise aux règles de la Constitution et la Cour a fondé son jugement uniquement sur le droit à l'égalité tel que défini dans la Constitution sud-africaine (article 9). Dans l'examen d'une requête

portant sur la clause relative au droit à l'égalité de la Constitution, un tribunal doit évaluer trois points essentiels :

- Premièrement, est-on dans le cas d'une différenciation fondée sur un lien rationnel avec un objectif légitime poursuivi par la puissance publique ? En l'absence d'un tel lien rationnel, il y a infraction à l'article 9.
- Deuxièmement, s'il existe un lien rationnel, la différenciation incriminée s'apparente-t-elle à une discrimination inéquitable ?
- Troisièmement, si la différenciation incriminée s'apparente à une discrimination inéquitable (et si elle relève d'une disposition légale d'application générale), cette différenciation peut-elle être justifiée aux termes de la disposition de la Constitution autorisant certaines limitations aux droits constitutionnels) (article 36).

Au regard du premier point, Hoffmann a fait valoir que les pratiques de la South African Airways en matière d'embauche étaient irrationnelles dans la mesure où la compagnie écartait systématiquement les candidats séropositifs, alors même que des informations médicales objectives établissent que toutes les personnes séropositives ne sont pas inaptes à la fonction de agent de bord en cabine. Hoffmann a également souligné qu'il n'était pas rationnel d'appliquer la politique d'embauche aux seuls candidats à un poste, en négligeant les agent de bords déjà embauchés. La Cour s'est rangée aux arguments de Hoffman, estimant que la politique d'embauche de la South African Airways était irrationnelle : le fait que certaines personnes séropositives ne soient pas, dans certaines conditions, aptes à occuper les fonctions de agent de bord en cabine ne justifie pas l'exclusion de ce poste de toutes les personnes vivant avec le VIH.

Pour le deuxième point, la Cour a estimé que la politique de la South African Airways constituait une discrimination inéquitable à l'encontre de Hoffman du fait de son statut sérologique. À cet égard, elle a souligné que les personnes vivant avec le VIH représentent l'un des groupes les plus vulnérables de la société sud-africaine, victimes de préjugés et stéréotypes et ce, en dépit des informations médicales dont on dispose sur les modes de transmission. Par conséquent, toute discrimination à l'encontre des personnes séropositives est un « exemple supplémentaire de stigmatisation » et « une atteinte à leur dignité ». La Cour a ajouté que l'*Employment Equity Act* (loi sur l'équité en matière d'emploi) garantit une protection spéciale aux personnes vivant avec le VIH, du fait de l'impact que la discrimination à l'embauche peut avoir sur leur capacité à gagner leur vie.

La Cour a également estimé que l'argument des intérêts commerciaux de la South African Airways, sachant que d'autres compagnies appliquent des pratiques comparables consistant à exclure les personnes vivant avec le VIH des postes de agent de bord en cabine, ne relevait pas du cadre de la Constitution et n'était pas légitime. D'après elle, cette notion s'appuie sur la peur, l'ignorance et les stéréotypes des dangers supposés que pourraient poser les personnes vivant avec le VIH, sans tenir aucunement compte des circonstances particulières. La Cour a déclaré que « le droit constitutionnel de l'appelant à ne pas être victime d'une discrimination inéquitable ne peut pas être déterminé en fonction de la perception erronée qu'un public mal informé peut avoir des personnes vivant avec le VIH », ni déterminé par les pratiques des autres compagnies aériennes non soumises à la Constitution.

Enfin, comme la politique de la South African Airways ne constitue pas une « disposition légale d'application générale », la Cour n'a pas examiné le troisième point, tel que défini dans la clause relative au droit à l'égalité de la Constitution.

Ayant déterminé que la South African Airways avait bien pratiqué une discrimination inéquitable, la Cour constitutionnelle a examiné ensuite la question de la réparation et ordonné à la compagnie de proposer immédiatement un poste à Hoffmann. Toutefois, passé un délai de 30 jours après la date de l'offre, celle-ci deviendrait caduque. Hoffmann n'ayant pas préalablement averti la

South African Airways qu'il chercherait à obtenir un dédommagement rétroactif, et aucun élément n'ayant été produit devant la Cour constitutionnelle démontrant que Hoffmann ait eu à souffrir une perte de revenu consécutive au refus d'embauche, la Cour n'a pas opté pour une décision rétroactive. Par ailleurs, la South African Airways a été condamnée à dédommager Hoffmann de ses frais de justice pour ses actions auprès de la Haute cour et de la Cour constitutionnelle.

Commentaires

La décision de la Cour stipule qu'une exclusion globale à l'embauche des personnes séropositives contrevient au principe constitutionnel de l'égalité. Chaque candidat à un emploi doit être évalué en fonction de ses propres qualités particulières, y compris ses aptitudes à remplir les fonctions de son emploi, et non pas sur le seul critère de son statut sérologique. Comme l'a souligné la Cour constitutionnelle, les personnes vivant avec le VIH ne peuvent pas être « condamnées à une mort économique » par déni d'égalité dans la recherche d'un emploi. Toujours selon les termes de la Cour, cette décision est une validation du principe *ubuntu* — un mot zoulou désignant le fait de reconnaître la valeur humaine et le respect de la dignité de chaque personne. Compte tenu de la stature de la Cour constitutionnelle sud-africaine, ce jugement a une importance considérable tant au plan national qu'international, en particulier dans la mesure où il peut inciter les magistrats d'autres pays africains à étendre la protection juridique contre la discrimination des personnes vivant avec le VIH.

Au plan national, le fait que la Cour ait mentionné l'*Employment Equity Act* (loi sur l'équité en matière d'emploi) revêt lui aussi une importance majeure, dans la mesure où peu d'employeurs sont soumis aux dispositions de la Constitution. De ce fait, les Sud-africains séropositifs qui ne travaillent pas pour l'État ou une entreprise publique doivent s'en remettre à l'*Employment Equity Act* (loi sur l'équité en matière d'emploi) pour se protéger contre la discrimination à l'embauche. Depuis, l'analyse de la discrimination donnée par la Cour constitutionnelle dans cette affaire inspire le *Labour Court* (tribunal du travail) et autres instances dans les affaires relevant de cette loi.

Enfin, cette affaire montre la portée que peuvent avoir les actions compensatoires pour les personnes vivant avec le VIH qui se tournent vers les tribunaux pour faire valoir leurs droits. Dans cette affaire, faute d'éléments probants, la Cour n'a pas imposé à la South African Airways de dédommager Hoffmann pour une hypothétique perte de revenus imputable au fait qu'il n'avait pas été embauché. Si les principes juridiques élaborés par la jurisprudence ont un impact essentiel, les intérêts des parties doivent aussi être protégés et il y a lieu à cet égard de produire des éléments particuliers à l'appui des requêtes.

Colombie – La Cour constitutionnelle condamne une académie militaire pour n’avoir pas respecté les droits d’un étudiant séropositif au VIH

XX c. Ministère de la Défense nationale (Académie militaire Général José María Córdova), affaire No. T-707205, troisième chambre d’appel de la Cour constitutionnelle (2003)

Tribunal et date de la décision

La troisième chambre d’appel de la Cour constitutionnelle a rendu sa décision le 5 juin 2003.

Parties

L’appelant, dont l’identité est maintenue secrète sur ordre d’un tribunal, était un étudiant de l’académie militaire « Général José María Córdova », avec le grade de second lieutenant. L’intimité était l’académie militaire.

Réparation demandée

XX avait intenté des poursuites pour contester la légalité de la décision prise par l’académie militaire de le renvoyer à la suite d’un test positif de dépistage du VIH. À la date de son renvoi, l’appelant n’était qu’à deux mois d’être promu au grade de sous-lieutenant. Dans sa plainte déposée le 28 octobre 2002, il estimait que ses droits à la vie, à l’égalité, au travail, à la vie privée, à la santé et à la liberté de choisir sa profession avaient été violés. Dans son action devant la troisième chambre d’appel de la Cour constitutionnelle, l’appelant demandait à la Cour d’ordonner :

- sa réintégration comme étudiant au sein de l’académie militaire « Général José María Córdova », avec le grade de second lieutenant et les mêmes droits et prérogatives que si la décision de le renvoyer n’avait jamais été prise ;
- la concrétisation de sa promotion au grade de sous-lieutenant ;
- son affectation à un poste en conformité avec son statut de personne vivant avec le VIH ;
et
- la garantie d’un niveau de soins tel que défini dans le Décret 1543 de 1997.³⁰

Résultat

Le 5 juin 2003, la troisième chambre d’appel de la Cour constitutionnelle a cassé le jugement en première instance de la chambre d’appel civile de la Cour suprême de justice, et ordonné à l’académie militaire de :

- réintégrer XX dans son cursus vers l’obtention du grade de sous-lieutenant, dans un délai de 48 heures après notification de la décision aux parties ;

³⁰ Le Décret 1543 de 1997 est la législation nationale colombienne « réglementant la gestion de l’infection au virus de l’immunodéficiência humaine (VIH), du syndrome d’immunodéficiência acquise (SIDA) et des autres infections sexuellement transmissibles (IST) ». Gazette officielle No. 43, 062, 17 juin 1997.

- admettre XX au grade de sous-lieutenant dans un délai de 10 jours après notification de la décision aux parties, sous condition qu'il satisfasse à toutes les exigences prévues ;
- affecter XX à un poste en conformité avec sa situation au sein de l'académie, ou en tant que sous-lieutenant au sein de l'armée ; et
- lui apporter les soins médicaux voulus, tels que déterminés par des médecins compétents en matière.

Contexte et faits

L'appelant est entré à l'académie militaire « Général José María Córdova » le 3 septembre 1999. La visite médicale effectuée à cette date établit qu'il était alors en bonne condition physique. Il a ensuite obtenu sa promotion du grade de cadet à celui de second lieutenant et était en passe d'obtenir celle au grade de sous-lieutenant de l'Armée colombienne. À la suite d'un don du sang effectué le 24 mai 2002, l'équipe médicale des Forces armées a diagnostiqué sa séropositivité au VIH le 16 septembre 2002. À cette date, il était asymptomatique, sans toux ni perte de poids. Or, malgré cela, l'équipe médicale des Forces armées a déclaré XX inapte au service militaire actif en raison d'une « diminution de 100 % de ses capacités à occuper sa fonction ». Le 30 septembre, l'académie militaire prenait la décision de le renvoyer, alors même qu'il demandait uniquement un délai de deux mois pour obtenir son grade de sous-lieutenant.

XX a déposé une plainte le 28 octobre 2002 et l'affaire a été entendue en première instance par la chambre civile de la Cour supérieure de Neiva. Dans sa décision du 19 novembre 2002, la cour a confirmé l'indépendance de l'équipe médicale des Forces armées et son aptitude à prendre une telle décision. XX a alors fait appel devant la chambre d'appel civile de la Cour suprême de justice qui, le 16 décembre 2002, a confirmé la décision prise en première instance en précisant néanmoins que XX pouvait toujours en appeler au Tribunal sanitaire des armées. Toutes les possibilités de recours au sein de l'institution militaire n'ayant pas été épuisées, la Cour estimait que la décision de l'appelant de porter l'affaire en justice était prématurée.

XX a alors interjeté appel devant la troisième chambre d'appel de la Cour constitutionnelle qui a accepté sa requête alors même que le Tribunal sanitaire des armées ne s'était pas prononcé sur la question, estimant que l'affaire portait sur la violation de droits fondamentaux et que tout recours devant le Tribunal sanitaire des armées ne serait par nature qu'administratif et non pas judiciaire. En conséquence, la Cour a estimé qu'elle était fondée à entendre la requête de l'appelant.

Arguments juridiques et points abordés

La Cour constitutionnelle a estimé que les établissements de l'enseignement supérieur (y compris ceux des Forces armées) ne sont pas exonérés de l'obligation de respecter les droits constitutionnels. À l'appui de cette observation, la Cour a évoqué des affaires dans lesquelles elle avait défendu le droit de femmes officiers au sein des Forces armées à participer à des formations spécialisées proposées par l'institution militaire. La Cour a fait sienne la position selon laquelle un traitement différencié et préjudiciable réservé aux personnes vivant avec le VIH violait la Constitution. Elle a cité une affaire précédente dans laquelle elle avait estimé :

[I] l convient de rappeler qu'une personne malade du SIDA ou séropositive au VIH est un être humain et, qu'à ce titre, elle bénéficie, conformément à l'Article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de tous les droits établis dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, sans qu'elle ait à être soumise à une discrimination, ou des décisions arbitraires, du fait de son statut sérologique. Il serait illogique de traiter une personne malade d'une manière préjudiciable à son intégrité physique, morale ou personnelle.³¹

³¹ Cour constitutionnelle de Colombie, Décision SU-256 (1996).

La Cour a repris une autre conclusion de cette affaire, en l'occurrence que « l'on ne peut pas qualifier de maladie le fait d'être à la fois en bonne santé et séropositif au VIH ».³² En conséquence, la Cour constitutionnelle a conclu que la décision de l'équipe médicale selon laquelle XX avait perdu 100 % de ses capacités à occuper sa fonction, tout en le diagnostiquant asymptomatique, était fondée sur un préjugé ne reflétant aucunement un diagnostic objectif, et estimé que la décision de renvoyer l'étudiant était discriminatoire. En outre, la Cour a statué que cette décision « violait le droit de l'appelant à l'éducation et son droit à choisir une profession, dans la mesure où elle l'empêchait de poursuivre ses études sans aucune justification recevable. »

La Cour a jugé que, pour garantir pleinement son droit à l'intégrité et protéger sa dignité personnelle, il y aurait lieu d'affecter XX à une activité adaptée ne l'exposant pas à un risque de détérioration de sa condition physique et lui permettant de recevoir un traitement antirétroviral ou tout autre traitement prescrit. Enfin, la Cour a estimé que le droit de l'appelant à la santé faisait obligation à l'académie militaire de lui assurer la prise en charge médicale voulue, y compris un traitement antirétroviral.

Commentaires

Pour étayer sa décision, la Cour constitutionnelle s'est appuyée sur les droits à la vie, à l'égalité, au travail, à la vie privée, à la santé et à la liberté de choisir sa profession, ainsi que sur les dispositions antidiscriminatoires de la législation colombienne. L'application de ces textes est conforme aux normes et au droit internationaux en matière de droit de l'homme.

Le droit international relatif aux droits de l'homme garantit une protection contre toute forme de discrimination. Par exemple, les articles 2 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantissent des droits égaux à toutes les personnes : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».³³ En 1995, même si elle l'avait déjà implicitement exprimé auparavant, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a pour la première fois explicitement confirmé l'interdiction de la discrimination sur la base de la situation d'une personne au regard du VIH ou du SIDA, dans la mesure où celle-ci relève du cadre défini par l'expression « ou de toute autre situation » figurant dans le Pacte international et d'autres instruments,³⁴ une conclusion réaffirmée à plusieurs reprises par la suite.³⁵ De la même manière, les *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme* recommandent aux États de promulguer ou renforcer les lois sur l'antidiscrimination et autres lois qui protègent les groupes vulnérables, les personnes touchées par le VIH/SIDA et les personnes souffrant d'un handicap contre la discrimination dans le secteur public et dans le secteur privé.³⁶

³² Décision SU-256 de 1996.

³³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Article 26.

³⁴ Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *Protection des droits fondamentaux des personnes infectées par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ou atteinte du syndrome de l'immunodéficience acquise (SIDA)*, Résolution 1995/44.

³⁵ Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *Protection des droits fondamentaux des personnes infectées par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ou atteinte du syndrome de l'immunodéficience acquise (SIDA)*, Résolutions 1996/43, 1999/49, 2001/51, 2003/37 et 2005/84.

³⁶ *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme*. Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme & Programme conjoint des Nations Unies sur le VIH et le SIDA, 1998, paragraphe 30.

Afrique du Sud – Un tribunal rejette une plainte contre une école pour report de l'admission d'une enfant vivant avec le VIH

Karen Perreira c. école *Bucleuch Montessori Pre-School and Primary (Pty) Ltd et al.*, Haute cour d'Afrique du Sud, affaire No. 4377/02 (2003)

Tribunal et date de la décision

La Haute cour d'Afrique du Sud (Division de Witwatersrand, Johannesburg) a rendu son jugement le 22 octobre 2003.

Parties

La demanderesse Karen Perreira, représentée par l'organisation non gouvernementale *AIDS Law Project*, a intenté son action au nom de sa petite fille vivant avec le VIH. Elle accusait l'intimé, l'établissement scolaire privé *Bucleuch Montessori School*, de discrimination à l'encontre de son enfant. L'établissement *Sister Helga Creche (Pty) Ltd*, le Ministère de l'Éducation et le Ministère du Développement social étaient également cités comme intimés. (Aucun dédommagement n'était demandé contre les ministères, hormis la prise en charge des coûts en cas d'opposition à l'action intentée, ce qui n'a pas été le cas.) Sur accord des parties, l'action contre le second intimé, l'établissement *Sister Helga Creche*, a été disjointe de celle contre la *Bucleuch Montessori School*.

Réparation demandée

La demanderesse Karen Perreira voulait obtenir un arrêt déclarant que la *Bucleuch Montessori School* avait fait montre d'une attitude discriminatoire et illicite, contraire à la constitution, en refusant d'admettre son enfant.

Résultat

La Haute cour a rejeté la demande de Karen Perreira, avec dépens.

Contexte et faits

En janvier 2001, la demanderesse Karen Perreira a inscrit une petite fille dont elle avait la garde dans un établissement où, d'après ce qu'on lui avait dit, trois places étaient alors libres. Au moment de l'inscription, Karen Perreira a informé l'école de la séropositivité de sa petite fille de 2 ans et demi, croyant qu'il était dans l'intérêt de l'enfant que l'école connaisse son état.

Par la suite, on l'a avertie qu'une réunion des professeurs avait eu lieu pour discuter de l'admission de sa fille, et que de sérieuses réserves avaient été exprimées quant à la capacité de l'école à accueillir des enfants séropositifs et quant aux risques de transmission en milieu scolaire. L'école a déclaré à Karen Perreira qu'elle souhaitait reporter l'admission jusqu'au moment où sa fille aurait atteint l'âge de trois ans et « dépassé le stade où les enfants mordent ».

Karen Perreira a expliqué au principal que le statut sérologique de sa fille ne faisait courir aucun risque, pas plus aux élèves qu'aux enseignants, mais il lui est alors apparu clairement que l'école n'accepterait pas son enfant du fait de sa séropositivité. Le jour suivant, Karen Perreira a

remis une lettre à l'école pour se plaindre du refus d'admission infligé à sa fille en raison de son statut sérologique. Ensuite, elle ne s'est pas rendue avec sa fille à un nouveau rendez-vous avec l'école. L'établissement n'a pas répondu à sa lettre.

La Buccleuch Montessori School a refusé d'admettre que la demande d'admission était totalement rejetée, mais qu'elle était à juste titre retardée à une date ultérieure, en raison des inquiétudes manifestées par les enseignants. L'école a exprimé des craintes à propos de risques de transmission aux autres enfants, invoquant la possibilité de morsures, de grattage de piqûres d'insectes et de partage de sucreries. L'école a également indiqué qu'elle ne se croyait pas en mesure d'admettre un enfant séropositif, parce qu'aucun de ses enseignants n'avait reçu de formation sur la façon de traiter les enfants séropositifs.

Arguments juridiques et points abordés

La demanderesse Karen Perreira a fait valoir que l'école avait violé le droit de sa fille à l'égalité garanti par la Constitution (article 9), ainsi que les dispositions constitutionnelles relatives au droit à l'éducation des enfants. À l'appui de sa demande, elle a produit des déclarations sous serment d'experts concernant les risques de transmission du VIH en milieu scolaire, des documents concernant la politique de non-discrimination du ministère de l'Éducation, et des arrêts de la jurisprudence internationale.

L'école a bien voulu admettre que si elle s'était rendue coupable de discrimination à l'encontre de la petite fille au motif de sa séropositivité, cela constituerait une infraction contraire à la Constitution. La Haute cour a confirmé ce point de vue. Toutefois, les parties ne se sont ensuite pas entendues sur la question de savoir si la demande d'admission avait réellement été rejetée du fait de sa séropositivité. L'école a néanmoins reconnu qu'elle avait recommandé de reporter l'admission jusqu'au moment où elle se considérerait prête à admettre des enfants séropositifs au VIH, et jusqu'à ce que la petite fille ait « dépassé le stade où les enfants mordent ». La demanderesse soutenait que cette pratique constituait de la discrimination injustifiée envers l'enfant. Pour sa part, la Haute cour a estimé que la proposition du principal de reporter l'admission de l'enfant :

[...] ne constitue pas une décision définitive. Il ressort clairement des faits objectifs que l'intimé [Buccleuch Montessori School] reste disposé à examiner la candidature de l'enfant à l'admission. En conséquence, la cour estime que l'intimé n'a pas pris la décision d'exclure une enfant au seul motif de son statut sérologique. La plainte est donc rejetée, avec dépens.

Karen Perreira a interjeté appel contre ce jugement, avant d'abandonner ses démarches.

Commentaires

Comme l'a souligné *AIDS Law Project*, ce jugement est décevant dans son approche de la question de la discrimination dans la mesure où il ne traite pas des conséquences du rejet de l'admission de la fille de Karen Perreira :

Selon *AIDS Law Project (ALP)*, ce jugement est douteux parce qu'il autorise une école à exclure un enfant séropositif du moment qu'elle reporte son admission plutôt que de la refuser carrément. Le jugement ne donne aucune indication quant aux critères sur lesquels le report d'admission pourrait être fondé, sa durée et les dispositions que l'école devrait prendre pour recevoir les enfants séropositifs. Le jugement peut également servir de précédent à d'autres établissements où des fournisseurs de services souhaiteraient exclure les personnes qui vivent avec le VIH/SIDA.³⁷

³⁷ *AIDS Law Project*. Note concernant Buccleuch Montessori Nursery School, non datée, www.alp.org.za.

De fait, les inquiétudes exprimées par l'établissement enseignant concernant l'éventualité d'une transmission du VIH ne sont pas raisonnables, compte tenu des risques extrêmement faibles de transmission dans ce contexte. À ce titre, elles constituent ce que l'on peut considérer comme une discrimination inéquitable contraire à la loi. Par ailleurs, le jugement ne tranche pas la question de savoir si l'autre justification avancée par l'école est recevable — en l'occurrence le fait qu'elle ne se croyait pas en mesure d'admettre un enfant séropositif. L'organisation *AIDS Law Project* a exprimé sa préoccupation de la manière suivante :

Le jugement ne donne aucune indication sur les dispositions que les écoles maternelles devraient prendre pour recevoir les enfants séropositifs, et ne dit absolument rien sur le fait qu'il n'est pas raisonnable, en Afrique du Sud, qu'un établissement scolaire décrète ne pas être en mesure d'accueillir des enfants séropositifs [...] *AIDS Law Project* aurait préféré que la Haute cour envoie un message fort à destination des écoles maternelles indiquant que tout refus d'admettre des enfants séropositifs est illicite et anticonstitutionnel.³⁸

Malgré ces inquiétudes, Karen Perreira et *AIDS Law Project* ont préféré ne pas faire appel du jugement. L'affaire avait attiré l'attention sur ces questions et, après examen attentif, ils ont estimé qu'il était peu probable que ce jugement puisse être invoqué pour refuser l'admission d'enfants séropositifs dans les écoles.

³⁸ *AIDS Law Project*. Communiqué de presse : *Karen Perreira v. Buccleuch Montessori Nursery School*, 22 octobre 2003, www.alp.org.za.

Botswana – Une employée ne peut pas être renvoyée pour avoir refusé de se soumettre à une épreuve pour la recherche des anticorps VIH

Diau c. Botswana Building Society (BBS), affaire No IC 50/2003, Industrial Court (tribunal des affaires de l'industrie) du Botswana (2003)

Tribunal et date de la décision

L'arrêt de l'*Industrial Court* (tribunal des affaires de l'industrie) du Botswana a été rendu en décembre 2003.

Parties

La demanderesse est Sarah Diau, employée de l'intimé dans cette affaire, l'entreprise Botswana Building Society, jusqu'à ce qu'elle soit renvoyée peu de temps après avoir refusé de se soumettre à une épreuve pour la recherche des anticorps VIH.

Réparation demandée

La demanderesse demandait à être réintégrée et indemnisée pour mise à pied abusive et traitement humiliant. Elle souhaitait également obtenir une déclaration stipulant que ses droits aux termes de l'*Employment Act* (loi sur l'emploi) et de la Constitution avaient été violés.

Résultat

L'*Industrial Court* (tribunal des affaires de l'industrie) a ordonné à l'intimé de réintégrer la demanderesse et de lui verser un dédommagement correspondant à quatre mois de salaire.

Contexte et faits

Par lettre en date du 18 février 2002, une place d'adjoint à la sécurité à l'essai a été proposée à Sarah Diau au sein de la Botswana Building Society. Cette lettre précisait que l'obtention du poste ne serait effective qu'après une visite médicale effectuée par un médecin recruté et rémunéré par la Botswana Building Society. Sarah Diau a pris son emploi le 25 février 2002. Dans un courrier du 27 août 2002, la Botswana Building Society lui a demandé de produire un document officiel faisant état de son statut sérologique et ce, dans le cadre de sa visite médicale de pré-embauche. Par lettre en date du 7 octobre 2002, Sarah Diau a fait savoir qu'elle refusait de produire un tel document. Dans un nouveau courrier daté du 19 octobre 2002, la Botswana Building Society l'a informée qu'aucun poste permanent ne lui serait proposé. Sarah Diau a alors intenté des procédures.

Arguments juridiques et points abordés

L'*Industrial Court* (tribunal des affaires de l'industrie) a été saisi pour déterminer si la rupture du contrat de Sarah Diau par l'intimé était illicite ou arbitraire, aux termes soit de l'*Employment Act* (loi sur l'emploi) soit des droits du citoyen tels que définis dans la Constitution du Botswana.

En premier lieu, le tribunal a examiné la question de savoir si, au moment de sa mise à pied, Sarah Diau avait achevé sa période d'essai. Ayant statué que tel était bien le cas, le tribunal a estimé qu'elle était alors une employée de plein droit. En conséquence, la Botswana Building Society n'était pas fondée à la renvoyer sans motif valable. Le tribunal a donc jugé que l'entreprise avait agi d'une manière inéquitable sur le plan du fond et de la procédure, aucun motif de renvoi ne lui ayant été signifié.

Le tribunal a ensuite estimé que, concrètement, Sarah Diau avait été renvoyée pour avoir refusé de se soumettre à un dépistage du VIH, et statué qu'elle était en droit de désobéir à une telle instruction dans la mesure où celle-ci était « à la fois irrationnelle et déraisonnable, ce test de dépistage n'étant *a priori* pas directement lié aux exigences du poste ».

Ayant décrit cette exigence d'un dépistage du VIH comme un « test postembauche obligatoire », le tribunal s'est ensuite penché sur la question de savoir si l'employeur (la Botswana Building Society) avait violé les droits constitutionnels de la demanderesse en lui imposant ce dépistage, avant de la renvoyer après qu'elle eut refusé de s'y soumettre. Dans sa demande, Sarah Diau invoquait ses droits à la vie privée, à la non-discrimination, à ne pas être soumise à un traitement inhumain ou dégradant et à la liberté, tels qu'ils sont définis dans la Constitution du Botswana. En réponse, la Botswana Building Society a fait valoir que la Constitution ne s'appliquait pas dans son cas puisqu'elle n'est ni une institution publique ni une entreprise détenue par l'État. Le tribunal a qualifié l'intimé d'« organisme privé opérant assurément dans le domaine public » et non pas « un organisme d'État tel qu'on l'entend d'ordinaire dans le droit constitutionnel. »

Pour autant, le tribunal a rejeté les arguments de l'employeur, estimant que les droits du citoyen tels qu'ils sont définis dans la Constitution du Botswana s'appliquent à la Botswana Building Society dans le cas particulier de cette affaire et ce, pour deux raisons. Premièrement, la Constitution du Botswana n'a pas été conçue par ses auteurs pour être limitée aux seuls établissements publics. Deuxièmement, la Constitution doit donner lieu à une interprétation ouverte et généreuse, qui tienne compte des réalités de la vie moderne. De ce fait, les droits du citoyen doivent s'appliquer aux entités privées lorsque s'exerce un pouvoir social ou commercial qui ne relève pas du domaine traditionnel de l'État. Dans le monde du travail, les employés sont, vis-à-vis de leurs employeurs, dans une position comparable à celle des personnes vis-à-vis de l'État.

Le tribunal s'est ensuite attaché à déterminer si la Botswana Building Society avait violé les droits constitutionnels de Sarah Diau, pour conclure que son droit à la vie privée n'avait pas été enfreint. En effet, le dépistage du VIH n'ayant pas été pratiqué, la violation de ce droit ne pouvait être constituée.

Le tribunal a également estimé que l'intimé n'avait pas agi de manière discriminatoire dans l'esprit de la Constitution, puisque rien n'établissait que Sarah Diau avait eu à subir un traitement particulier. Autrement dit, la cause de son renvoi n'était pas la suspicion ou la perception d'une possible séropositivité. À cet égard, le tribunal a reconnu que le statut sérologique était l'un des « autres » motifs au nom desquels la Constitution interdit la discrimination.

En revanche, le tribunal a considéré que le droit de Sarah Diau à ne pas être soumise à un traitement inhumain ou dégradant avait bien été violé. « Sanctionner une personne parce qu'elle a refusé de se soumettre à une violation de sa vie privée ou de son intégrité physique est avilissant, indigne et dégradant et marque un manque de respect à l'égard de la valeur intrinsèque de l'être humain. » Le tribunal a souligné que cette conclusion était d'autant plus vraie dans le contexte du VIH, « où la moindre suspicion que quelqu'un est VIH/SIDA [*sic*] peut lui valoir d'être victime de solides préjugés et fortement ostracisé et stigmatisé. Le tribunal a déclaré que le fait de mettre à pied un employé pour un refus de subir un dépistage du VIH constituait une « forme de mort économique ». Du point de vue du tribunal, les personnes devraient être incitées, par l'éducation, à se soumettre à des dépistages

volontaires du VIH, fondés sur le consentement éclairé, tel que le préconise la Politique nationale du Botswana sur le VIH/SIDA, ainsi qu'un certain nombre d'instruments juridiques internationaux.

Enfin, le tribunal a estimé que la Botswana Building Society avait violé le droit de Sarah Diau à la liberté dans la mesure où l'obligation de se soumettre à un dépistage du VIH avec une mise à pied à la clé en cas de refus était une « demande irrationnelle, car totalement déconnectée des exigences particulières du poste ».

Le tribunal a donc ordonné à la Botswana Building Society de réintégrer Sarah Diau à compter du 12 janvier 2004, et de lui verser quatre mois de salaire à titre de dédommagement. Le tribunal a bien spécifié que cette somme n'était pas une rémunération et qu'elle s'entendait donc nette, sans déduction de charges aucune. Le tribunal n'a pas statué sur la partie à qui imputer les frais de justice.

Commentaires

Du point de vue des droits de l'homme, cette décision est mitigée, avec des aspects positifs et négatifs. Sur le plan positif, elle affirme l'application « horizontale » de la constitution du Botswana aux entités autres que les institutions publiques. Selon le tribunal, les acteurs privés qui représentent une puissance économique et sociale considérable, et qui partant exercent un pouvoir majeur sur la vie des personnes, n'échappent pas à la Constitution. Dans les systèmes juridiques où les acteurs privés ne sont soumis à aucune règle en matière de droits de l'homme, et où seules les dispositions constitutionnelles applicables protègent les droits fondamentaux des personnes, l'application de la constitution aux acteurs autres que les entités publiques peut contribuer à préserver les droits des personnes vivant avec le VIH.

Autre élément positif, le tribunal a utilisé la Politique nationale du Botswana sur le VIH/SIDA comme un outil majeur dans son analyse interprétative de la Constitution, pour autant que ses dispositions sont conformes aux valeurs de la Constitution. Pour le tribunal, cette politique n'avait pas de valeur réglementairement contraignante, du fait qu'elle n'a pas force de loi, mais elle était importante étant donné que le Botswana n'a pas adopté de loi concernant le dépistage du VIH.

Enfin, dernier élément positif, le tribunal s'est montré disposé à examiner des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, les constitutions d'autres pays, des décisions prises par d'autres pays concernant le VIH, ainsi que d'autres sources internationales sur le sujet du VIH — dont certaines comportant une dimension relative aux droits fondamentaux. Plus spécifiquement, le tribunal a examiné les meilleures pratiques de l'Organisation mondiale de la Santé, les conventions de l'Organisation internationale du travail, les *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme* de l'ONUSIDA et du Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, les constitutions du Canada, de l'Inde, de la Namibie, du Sri Lanka et de l'Afrique du Sud, ainsi que des arrêts de tribunaux sud-africains concernant le dépistage du VIH.

En revanche, le fait que le tribunal ait caractérisé le dépistage du VIH comme un « test postembauche obligatoire » plutôt que comme un test obligatoire conditionnant l'embauche constitue un aspect négatif majeur dans cette décision. En effet, l'intimé a spécifiquement demandé, par écrit, un document officiel établissant le statut VIH de son employée plus de six mois après que celle-ci eut pris ses fonctions. Or, il ressort clairement des éléments présentés que l'embauche de la demanderesse était conditionnée à la conduite d'une visite médicale comprenant un dépistage du VIH ou la communication d'un document officiel établissant le statut sérologique. En conséquence, la décision ne règle pas la question de savoir si la pratique d'un dépistage du VIH comme condition à l'embauche est légale au Botswana. Dans un pays tel que le Botswana, où le taux d'infection au VIH au sein de la population en âge de travailler est extrêmement élevé, la loi doit s'efforcer de protéger les droits fondamentaux des personnes en prévenant les atteintes à ces droits et non pas seulement en proposant des réparations lorsque ces atteintes ont eu lieu.

L'analyse étroite que donne le tribunal de la question de la discrimination liée au VIH est une autre limite de cette décision. Certes, il est encourageant que le tribunal reconnaisse le caractère anticonstitutionnel au Botswana de la discrimination fondée sur la séropositivité réelle ou supposée d'une personne, mais son approche du problème de l'exigence d'un dépistage du VIH comme condition à l'embauche ne garantit pas une protection pleine et entière contre ce type de discrimination. De nombreux ressorts considèrent comme une discrimination à l'embauche et, partant, interdisent toute demande au postulant d'informations sur son état matrimonial, sa religion, son orientation sexuelle, sa race ou son ethnicité, pour n'en citer que quelques-unes. De la même manière, dans de nombreux ressorts, le fait de demander à un employé son statut sérologique est considéré en lui-même comme une pratique discriminatoire interdite par la loi. Cette affaire offrait une bonne occasion au tribunal de prendre l'initiative d'affirmer le caractère intrinsèquement discriminatoire, au regard de la Constitution du Botswana, de la pratique consistant à imposer un dépistage du VIH comme condition à l'embauche. Cela aurait été en phase avec la déclaration du tribunal selon laquelle « il convient de donner une interprétation large et clairement affirmée des propos de la Constitution, de façon à traduire concrètement son esprit dans les faits, et ce d'autant plus concernant les dispositions constitutionnelles relatives à la protection des droits fondamentaux de la personne ».

Enfin, le tribunal n'a pas accordé à la demanderesse l'intégralité du dédommagement auquel elle pouvait prétendre. Aux termes du *Trade Disputes Act* (loi sur les litiges professionnels et commerciaux), elle aurait pu obtenir l'équivalent de six mois de salaire. Compte tenu des conclusions du tribunal desquelles il ressort que les conditions de l'éviction de la demanderesse étaient « parfaitement inéquitables et constituaient une atteinte injustifiable à sa dignité et son droit à la liberté », on peut largement estimer que le dédommagement maximal aurait dû être accordé.

II. Accès aux traitements liés au VIH



Colombie – L'État a l'obligation constitutionnelle de garantir un traitement contre le VIH

Alonso Muñoz Ceballos c. Instituto de Seguros Sociales, Cour constitutionnelle de Colombie, jugement No. T-484-92 (1992)

Tribunal et date de la décision

En première instance, un arrêt interlocutoire a été rendu par le Juzgado Cuarto Superior de Tulua Valle le 25 mars 1992. La Cour constitutionnelle a rendu sa décision finale sur le bien-fondé de la demande le 11 août 1992.

Parties

Le demandeur Alonso Muñoz Ceballos a intenté une action (*acción de tutela*) contre l'*Instituto de Seguros Sociales* (organisme de sécurité sociale) de Colombie.

Réparation demandée

Le demandeur a déposé une requête d'injonction de protection de ses droits constitutionnels fondamentaux (*acción de tutela*) spécifiant son droit de continuer à recevoir le traitement médical approprié, notamment contre le VIH et le SIDA, auquel contribuait l'institut de sécurité sociale. Sa requête demandait également une injonction avant dire droit imposant à l'hôpital de poursuivre les soins dans l'attente d'un jugement dans cette affaire.

Résultat

Pour éviter des atteintes irréversibles à la santé du demandeur, la Cour a accordé l'injonction avant dire droit demandant à l'institut de sécurité sociale de poursuivre la fourniture du traitement à Muñoz au-delà de la limite fixée de 180 jours, jusqu'à ce que l'institut de sécurité sociale ou une autorité judiciaire compétente ait jugé du bien-fondé de sa demande. La Cour a accordé un délai de quatre mois au demandeur pour déposer une demande plus détaillée auprès de l'instance chargée des « contentieux ». Au terme de ce délai, faute du dépôt d'une telle demande, l'injonction avant dire droit cesserait de prendre effet.

Muñoz a donc déposé sa demande plus détaillée et, au bout du compte, la Cour constitutionnelle a ordonné à l'institut de sécurité sociale de définir clairement, dans les 15 jours suivant la date du jugement, les services médicaux et hospitaliers auxquels le demandeur pouvait prétendre, que ce soit à titre de bénéficiaire d'une couverture pour invalidité ou de tout autre programme applicable, en conformité avec les prescriptions de la Cour concernant la nature et la portée des droits à la santé et à la non-discrimination. La Cour a également ordonné à l'organisme d'informer le tribunal qui avait jugé l'affaire en première instance que la position dudit organisme pourrait être remise en question par la voie judiciaire si celui-ci venait à manquer aux instructions de la Cour. Dans la phase couverte par l'injonction avant dire droit, l'institut de sécurité sociale a également été sommé de maintenir la fourniture des services dont le demandeur bénéficiait auparavant.

Contexte et faits

Sur la base de sa carrière professionnelle déjà accomplie, le demandeur avait pu bénéficier pendant un certain temps, avant le diagnostic de sa séropositivité, d'une couverture maladie assurée par l'institut de sécurité sociale *Instituto de Seguros Sociales*, par un établissement de santé publique.

Il a ensuite été informé que cet établissement mettrait un terme à sa prise en charge médicale gratuite dans un délai de 180 jours. Dans la nécessité de continuer à bénéficier de ces services, et notamment l'accès aux traitements, le demandeur a intenté une action en justice demandant une injonction en urgence afin d'éviter la violation imminente de ses droits fondamentaux.

Arguments juridiques et points abordés

La Cour a eu à examiner deux questions importantes au regard des droits de l'homme :

- (i) l'interprétation du droit d'accès aux services de soins de santé, tel que défini dans la loi colombienne ; et
- (ii) le droit des personnes vivant avec le VIH et le SIDA à la non-discrimination.

Pour procéder à cet examen dans le contexte de la requête de l'appelant, la Cour a en premier lieu analysé les dispositions applicables de la Constitution colombienne.

S'agissant du *droit à la santé*, la Constitution (Article 49) stipule que l'État est responsable de la santé en tant que service au public et qu'il garantit « l'accès de tous aux services de promotion, de protection et de recouvrement de la santé ». La Constitution affirme aussi que chaque personne a le droit de chercher à obtenir des soins pour sa propre santé, ainsi que celle de la communauté dans laquelle elle vit. Elle précise également qu'il appartient à l'État d'organiser, réglementer et gérer la fourniture des services de santé aux résidents, en conformité avec les principes d'efficacité, d'universalité et de solidarité sociale. Il relève également de la responsabilité de l'État de mettre en place des mesures et dispositions réglementant les services de santé fournis par des entités privées, et de surveiller et contrôler ces prestataires privés. Enfin, la Constitution affirme que c'est la loi qui fixe les termes selon lesquels les soins de santé fondamentaux pour tous les résidents sont libres et obligatoires.

Par ailleurs, la Constitution (Article 13) affirme le *droit à la non-discrimination* au regard d'un certain nombre de motifs. Elle précise que l'État doit promouvoir les conditions favorables à la concrétisation de l'égalité, et adopter par ailleurs des mesures pour des groupes marginalisés ou confrontés à la discrimination. La Constitution fait également une obligation particulière à l'État de protéger les personnes « en situation de faiblesse » du fait de leur situation économique ou de leurs conditions physique et mentale, et de réparer les abus et mauvais traitements contre ces personnes. (Dans la liste motifs de discrimination illégaux, tels que le sexe, la race, l'origine, la religion, etc., il n'est fait aucune mention de l'état sanitaire ou du handicap, ni même du VIH ou du SIDA. Néanmoins, le jugement de la Cour se fonde à l'évidence sur le postulat selon lequel ces dispositions constitutionnelles s'appliquent aux personnes vivant avec le VIH/SIDA.)

Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle a confirmé l'avis du tribunal de première instance selon lequel les droits, garantis par la Constitution, d'accès aux services de soins de santé et de non-discrimination faisaient obligation à l'institut de sécurité sociale de prendre en charge le traitement médical de Muñoz.

La Cour a relevé que le droit à l'égalité figure dans le chapitre de la Constitution colombienne consacré aux droits « fondamentaux », alors que le droit d'accès aux services de santé figure dans un article distinct sur les « droits économiques, sociaux et culturels ». La Cour a alors expliqué que la santé étant inhérente au concept de dignité humaine, celle-ci était en conséquence protégée par la Constitution, en particulier dans le cas des personnes vulnérables du fait de leur situation économique ou de leurs conditions physique et mentale. Vu sous cet angle, le droit à la santé a pour objectif de garantir le droit fondamental à la vie (tel que protégé par l'Article 11 de la Constitution), auquel l'État doit accorder un traitement prioritaire. C'est pour cette raison que la Constitution pose la santé comme une responsabilité de l'État et garantit l'accès de tous aux moyens pour la protéger et la promouvoir. De ces dispositions découle l'obligation constitutionnelle de l'État de mettre en œuvre des mesures

en ce sens, notamment en réglementant la fourniture des services de soins de santé, et de définir par la voie législative les conditions dans lesquelles l'accès aux soins doit être gratuit.

Selon la Cour, on peut considérer que le droit à la santé comporte différents éléments qui ne sont pas toujours distincts les uns des autres. Dans certains cas, le droit à la santé est une expression immédiate du droit à la vie, de sorte que toute atteinte à la santé d'une personne constitue une atteinte à sa vie. De ce point de vue, le droit à la santé est un droit fondamental. Toutefois, sous d'autres aspects, le droit à la santé est compris comme le droit à une aide. Aux termes de la Constitution colombienne, l'État est revêtu de certaines fonctions sociales. En reconnaissant le droit aux services de santé, la Constitution fait obligation à l'État de mener des actions particulières concrètes, y compris par l'élaboration d'une législation, pour garantir non seulement des services médicaux, mais aussi un accès aux hôpitaux, aux laboratoires et aux établissements pharmaceutiques. Si la distinction entre la santé en tant que droit fondamental et la santé en tant que droit à une aide est floue et susceptible de fluctuer selon les affaires considérées, la Cour a néanmoins conclu que, en principe, « le droit à la santé est un droit fondamental lorsqu'il a trait à la protection de la vie. »

Dans cette affaire, la Cour a reconnu la gravité de la maladie de l'appelant, et estimé que lui refuser l'accès à des services de soins essentiels, dont il bénéficiait auparavant par l'institut de sécurité sociale, reviendrait à violer son droit fondamental à la santé. Si l'institut de sécurité sociale est soumis à certaines réglementations et procédures qu'il y a lieu d'observer, il n'en existe pas moins pour l'État une obligation générale de permettre l'accès aux services de santé aux personnes dans une situation telle que celle de l'appelant. C'est ce dernier point qui a retenu toute l'attention de la Cour. En conséquence, elle a ordonné à l'institut de sécurité sociale de définir clairement, dans un court délai, les droits de Muñoz à des services de soins, que ce soit à titre de bénéficiaire d'une couverture pour invalidité ou de tout autre programme applicable, et d'informer le tribunal de première instance des détails de l'affaire et de son jugement. Par un arrêt interlocutoire, l'organisme de sécurité sociale a été sommé de maintenir en vigueur les services auparavant offerts à l'appelant.

Commentaires

La Cour s'est essentiellement penchée sur deux dispositions relatives aux droits de l'homme contenues dans la Constitution nationale, en particulier l'article reconnaissant explicitement l'obligation pour l'État de protéger et promouvoir la santé, en garantissant notamment un libre accès aux services de santé à ceux qui en ont besoin. En soulignant le statut fondamental de ce droit (et des obligations correspondantes), la Cour a cité le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (Article 12), qui reconnaît expressément le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. Toutefois, ce n'était qu'une simple évocation, sans analyse détaillée de l'interprétation donnée par les organes colombiens ou d'autres du droit défini dans ce traité international. Si la décision est à saluer dans la mesure où elle applique cet instrument international, il est regrettable que la Cour n'ait pas plus largement exposé son point de vue sur la question, dans la mesure où cela aurait fait progresser ce droit dans la législation colombienne.

Le droit à l'égalité est également évoqué et, dans le contexte de l'accès aux services de soins de santé, la Cour a souligné l'obligation particulière incombant à l'État envers ceux rendus « vulnérables » par la pauvreté ou leurs « conditions physique ou mentale » (c'est-à-dire ayant un handicap). La Constitution n'interdit pas explicitement la discrimination en raison d'un handicap et n'insiste pas expressément sur le droit des personnes handicapées à un traitement équitable ; plus spécifiquement, elle exprime une approche « humanitaire » fondée sur la notion de charité. Dans ce contexte restreint, la Cour constitutionnelle souligne néanmoins que les personnes vivant avec le VIH ont droit à un accès équitable aux services de soins de santé dispensés par l'organisme de sécurité sociale, et corrige la décision discriminatoire prise par cet organisme de mettre un terme à ces services.

Cette affaire est l'une des premières d'Amérique latine dans laquelle on a examiné le contenu et le caractère applicable du droit à la santé, dans le contexte d'une plainte déposée par une personne vivant avec le VIH contre un refus discriminatoire de prise en charge de ses soins. Bien qu'elle n'ait pas spécifiquement trait à la question des antirétroviraux, une plainte identique a été déposée la même année au Costa Rica (voir l'étude de cas ci-après). Même si, au bout du compte, l'affaire costaricienne n'a pas été conclue avec succès, elle a ouvert la voie aux efforts qui, par la suite, ont permis une avancée majeure dans l'accès au traitement dans la région.

Costa Rica – La sécurité sociale doit prendre en charge le coût des médicaments antirétroviraux des personnes vivant avec le VIH et le SIDA

Luis Guillermo Murillo Rodríguez et al. c. Caja Costarricense de Seguro Social, Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice, décision No. 6096-97 (1997)

William García Alvarez c. Caja Costarricense de Seguro Social, Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice, décision No. 5934-97 (1997)

Tribunal et date de la décision

Dans l'affaire *García*, le jugement de la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice du Costa Rica a été rendu le 23 septembre 1997. Dans l'affaire *Murillo*, la même Cour a rendu un jugement similaire le 26 septembre 1997, trois jours plus tard. (L'affaire *Murillo* avait été portée en justice à une date antérieure, mais la grande urgence dans l'affaire *García* introduite plus tard appelait une réponse rapide de la Cour.)

Parties

Dans chacune des deux affaires, les demandeurs sont des personnes vivant avec le VIH, nécessitant un traitement antirétroviral et ayant droit à une prise en charge de leurs frais médicaux par la caisse costaricienne de sécurité sociale (la CCSS, *Caja Costarricense de Seguro Social*). Les actions sont menées à l'initiative de militants de l'association de défense des droits de l'homme *Agua Buena Human Rights Association*. La CCSS est l'intimée.

Réparation demandée

Dans les deux cas, les demandeurs intentent une procédure d'*amparo*³⁹ qui demande en urgence une injonction de la Cour ordonnant à la CCSS d'étendre sa prise en charge aux traitements antirétroviraux, de façon à protéger leurs droits à la vie et à la santé.

Résultat

Le 23 septembre 1997, la Cour a ordonné à la CCSS de fournir immédiatement à William García les médicaments antirétroviraux voulus. Trois jours plus tard, le 26 septembre 1997, la Cour a rendu un jugement similaire dans l'affaire de Guillermo Murillo et des deux autres demandeurs, enjoignant à la CCSS de fournir les combinaisons antirétrovirales adaptées à leur état clinique et prescrites par leurs médecins. La Cour a également condamné la CCSS aux dépens des frais et dommages supportés par les demandeurs.

³⁹ Le recours d'*amparo* est une forme d'action prévue par le droit civil de certains pays d'Amérique latine que l'on peut décrire comme une « injonction constitutionnelle » —c'est-à-dire une injonction en urgence pour faire cesser ou prévenir une violation des droits constitutionnels. Cette action est comparable à la demande d'*habeas corpus*, mais avec un champ d'application plus large que la seule remise en question de la légalité de la détention ou de l'emprisonnement d'une personne. Dans certaines autres juridictions d'Amérique latine, il existe une procédure équivalente appelée une *tutela*.

Contexte et faits

Le système national (public) de sécurité sociale du Costa Rica, financé par la caisse costaricienne de sécurité sociale (la CCSS, *Caja Costarricense de Seguro Social*), prend en charge les soins de santé de la plupart des résidents. Pour sa part, la caisse est financée essentiellement par les cotisations des employeurs et salariés, qui représentent un pourcentage de chaque salaire versé. Pour tout salarié, le fait de cotiser permet d'étendre sa couverture à ses proches. Les personnes au chômage peuvent s'affilier auprès de la caisse en contractant, moyennant une redevance (assortie d'une aide), une « assurance volontaire » qui n'assure qu'une couverture limitée pour les problèmes de santé graves.

En 1992, plusieurs personnes vivant avec le VIH ont demandé sans succès une décision de justice enjoignant à la CCSS de prendre en charge l'antirétroviral AZT (Cour suprême, Jugement No. 280-92, 7 février 1992). En rejetant cette requête, la Cour a évoqué le fait que l'AZT n'est pas un traitement curatif et que les bienfaits qu'il procure ne sont « pas concluants », et noté en outre son prix élevé. Elle a ensuite demandé si, dans l'hypothèse où elle ordonnerait la prise en charge de ce médicament pour ce groupe de personnes, il ne faudrait pas alors prendre en charge les frais des autres patients atteints d'une maladie grave ou en phase terminale. (La Cour n'a pas cherché à répondre à cette importante question, estimant peut-être que l'État costaricien pourrait bien être obligé, au titre du droit fondamental à la santé, de prendre des mesures raisonnables pour répondre à ces besoins.)

Plusieurs années plus tard, après l'arrivée en 1996 des antiprotéases, une nouvelle classe de médicaments antirétroviraux promettant d'améliorer considérablement l'état du système immunitaire et la santé des personnes vivant avec le VIH, des militants du SIDA costariciens ont relancé et intensifié leurs efforts pour obtenir une prise en charge par la CCSS des médicaments nécessaires aux personnes vivant avec le VIH. Malgré des demandes répétées et une intense action de lobbying, en 1997, la CCSS a déclaré carrément à un groupe de personnes vivant avec le VIH et le SIDA et à leurs avocats qu'elle ne prendrait pas en charge les antirétroviraux voulus pour traiter l'infection à VIH.

En réponse, trois personnes vivant avec le VIH (dont Guillermo Murillo, le premier Costaricien à rendre largement public son statut de séropositif), qui toutes nécessitaient un traitement antirétroviral, ont intenté en août 1997 une action en justice devant la Cour constitutionnelle, demandant un recours en urgence contre la violation de leur droit constitutionnel à la vie. Quelques semaines plus tard, l'un des militants à l'origine de la procédure a été contacté par une ancienne connaissance, William Garcia, qui vivait avec le VIH, était hospitalisé avec une pneumonie et au seuil de la mort. Devant l'urgence de sa situation, une autre requête a été introduite devant la Cour constitutionnelle, avec l'espoir que la perspective de son décès imminent, directement lié au fait qu'il n'avait pas accès aux antirétroviraux, forcerait la Cour à agir.

Arguments juridiques et points abordés

Dans les deux affaires, les demandeurs ont fait valoir que le refus de l'État de prendre en charge les médicaments antirétroviraux par sa caisse de sécurité sociale menaçait de violer leur droit à la vie, compte tenu du fait que l'absence de ces traitements les condamnait à une mort certaine.

Dans sa décision, la Cour a souligné que les droits à la vie et à la santé sont des « valeurs supérieures et absolues », citant en cela la Constitution nationale costaricienne et les instruments internationaux ratifiés par le Costa Rica, tels que la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*, et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. La Cour a également cité explicitement le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre, tel que défini dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (Article 12).

Dans les débats sur le cas de la caisse de sécurité sociale, la Cour a affirmé qu'un tel système national de protection sociale constituait un « pilier fondamental du système démocratique national ». Au Costa Rica, la caisse de sécurité sociale est un organisme auquel l'essentiel de la population contribue, et dont presque tous profitent pour leurs soins médicaux. La Cour a souligné la mission « cruciale et fondamentale » de la caisse, ainsi que sa contribution à la « solidarité nationale ».

Dans les affaires examinées, la caisse a indiqué qu'elle n'était pas financièrement en mesure de fournir les médicaments antirétroviraux demandés, et que le fait de lui imposer la prise en charge de ces produits reviendrait à sonner « le début de la fin du système de sécurité sociale ». Toutefois, la Cour a estimé que la caisse ne pouvait pas légitimement invoquer l'argument financier pour se soustraire à l'obligation qui est le fondement même de son existence, à savoir prendre en charge les soins médicaux nécessaires. À cette fin, elle a cité le texte d'un de ses arrêts dans une affaire antérieure (Jugement No. 5130-94) :

Si le droit à la vie, et partant le droit à la santé, est tout particulièrement protégé dans tous les États modernes fondés sur le droit, tout argument juridique avancé pour entraver l'exercice de ces droits ne saurait être retenu dans la mesure où [...] sans le droit à la vie, tous les autres droits sont sans fondements. [...] À quoi servent tous les autres droits et garanties, tous les organismes et programmes, tous les acquis et avantages de notre système de libertés, si un seul d'entre nous se voit dénier son droit à la vie et à la santé ?

La Cour a poursuivi en soulignant que, dans le cadre d'une froide analyse comptable, il ne faut pas examiner seulement le coût de la fourniture des antirétroviraux, mais aussi le prix qu'impose, directement et indirectement, le fait de priver de leur traitement des personnes qui inévitablement deviennent alors malades.

Comme indiqué précédemment, la Cour est aussi revenue sur sa décision de 1992 (Jugement No. 280-92, du 7 février 1992) dans laquelle elle refusait d'ordonner à la caisse de sécurité sociale de prendre en charge l'antirétroviral AZT pour les personnes vivant avec le VIH, au motif de son coût élevé et de ses effets insuffisamment démontrés. La Cour a noté que le traitement du VIH avait considérablement changé depuis sa décision de 1992, avec une efficacité des nouveaux antirétroviraux, pour ce qui est de la réduction de la morbidité et de la mortalité, largement établie. Par ailleurs, du point de vue épidémiologique, elle a relevé que le SIDA constituait une cause de mortalité majeure au Costa Rica, « un fait qui à lui seul appelle une action immédiate de la part des autorités nationales ».

En conséquence, la Cour a décidé de modifier sa jurisprudence antérieure, à la lumière d'une situation nouvelle et pressante, concluant que « la fourniture d'une assistance médicale efficace aux personnes vivant avec le SIDA est une obligation imposée à l'État du Costa Rica, en vertu des principes de justice et de solidarité qui sont au cœur du régime de protection sociale défini par la Constitution et de la mission même de la Caisse de sécurité sociale ».

La Cour a admis que sa décision était susceptible de causer un certain désarroi aux autorités en charge de la caisse de sécurité sociale, mais a estimé néanmoins qu'« au vu de l'expérience [de la caisse] depuis plus d'un demi-siècle d'existence, et de son savoir-faire éprouvé pour relever les défis de la protection de la santé publique, cette décision ne manquera pas de favoriser l'émergence des nouvelles réponses qu'attendent les personnes vivant avec le VIH et la société costaricienne dans son ensemble ».

La Cour a donc ordonné à la caisse costaricienne de sécurité sociale de fournir sans délai aux demandeurs les combinaisons antirétrovirales adaptées à leur état clinique et prescrites par leurs médecins. La Cour a également condamné la CCSS aux dépens des frais et dommages supportés par les demandeurs.

Commentaires

Une semaine après cette décision, des dizaines de personnes vivant avec le VIH ont fait part de leur intention de déposer des requêtes pour obtenir un accès aux médicaments. Face au risque de voir arriver des centaines de demandes, la Cour a enjoint à la caisse de sécurité sociale d'élaborer un plan visant à assurer la couverture de toutes les personnes vivant avec le VIH et nécessitant un traitement antirétroviral, ce que la caisse a fait en quelques semaines. Le Costa Rica est ainsi devenu le premier pays d'Amérique centrale à intégrer la prise en charge des médicaments antirétroviraux dans son plan national d'assurance maladie. En grande partie grâce à cet accès élargi au traitement, le nombre des décès liés au SIDA au Costa Rica est passé de 102 en 1997 à 44 en 1998, alors même que le nombre des cas de SIDA diagnostiqués a augmenté pendant cette même période.⁴⁰

Ces affaires ont également contribué à diffuser l'action militante au-delà des frontières du Costa Rica. Ainsi, en avril 1998, une organisation défendant les droits des personnes vivant avec le VIH au Panama a déposé une requête demandant à la Cour suprême panaméenne un arrêt enjoignant à la caisse de sécurité sociale de prendre en charge les médicaments antirétroviraux, selon l'exemple de ce qui s'était passé au Costa Rica. En décembre 1998, la Cour a rejeté cette demande en s'appuyant sur des arguments techniques, sans tenir compte de sa valeur positive intrinsèque, mais elle a tout de même souligné que la caisse de sécurité sociale était tenue d'assurer des soins de santé appropriés.

Même si la Cour suprême panaméenne n'a pas suivi l'exemple de son homologue costaricienne, la décision de la Cour suprême du Costa Rica a créé un précédent qui a eu une importance politique majeure au plan régional. En effet, le rejet de la demande par la Cour panaméenne n'a pas pour autant mis un terme aux revendications. En mai 1999, sous la pression d'une campagne continue d'actions en justice, d'actions de lobbying et de manifestations (avec le blocus de certaines rues), la caisse de sécurité sociale panaméenne (*Caja de Seguro Social*) a annoncé qu'elle étendait son plan de prise en charge des soins aux médicaments antirétroviraux, pour les personnes affiliées comme pour celles dénuées de couverture sociale. Même si, au bout du compte, c'est l'action politique qui a permis d'infléchir la politique des autorités panaméenne, les décisions de la Cour costaricienne dans les affaires *Murillo* et *García*, ainsi que les modifications profondes qu'elles ont entraînées dans l'action publique au Costa Rica, n'ont certainement pas été étrangères à l'évolution croissante de la région sur ces questions.

⁴⁰ R Stern. Activists win Supreme Court challenge in Costa Rica. HIV/AIDS and Human Rights: Stories from the Frontlines. International Council of AIDS Service Organizations, juin 1999, p. 17.

Royaume-Uni – La Cour européenne des droits de l’homme statue que l’expulsion d’un homme vivant avec le SIDA vers un pays où il ne peut se procurer un traitement adapté constitue un traitement inhumain

D c. Royaume-Uni, Cour européenne des droits de l’homme, affaire No. 146/1996/767/964 (1997)

Tribunal et date de la décision

La Cour européenne des droits de l’homme a rendu son jugement le 2 mai 1997.⁴¹

Parties

Le demandeur « D. » est un citoyen de Saint-Kitts menacé d’expulsion par le Royaume-Uni. L’intimé est le gouvernement du Royaume-Uni.

Réparation demandée

Le demandeur D. souhaitait obtenir un arrêt interdisant au Royaume-Uni de l’expulser vers Saint-Kitts, au motif que cela constituerait une violation de plusieurs droits fondamentaux tels que définis dans la *Convention européenne des droits de l’homme*.

Résultat

La Cour européenne des droits de l’homme a pris un arrêt favorable à l’un des quatre arguments de D., estimant que cette expulsion constituerait un traitement dégradant ou inhumain, contraire à l’Article 3 de la *Convention*.

Contexte et faits

Ressortissant de Saint-Kitts, D. arrive au Royaume-Uni en 1993 et demande un visa de tourisme de deux semaines. À l’aéroport, il est trouvé en possession de cocaïne et les services de l’immigration lui refusent l’autorisation d’entrer sur le territoire, ce qui ne l’empêche toutefois pas d’être placé en détention et poursuivi. Quelques mois plus tard, il plaide coupable à l’accusation d’avoir sciemment enfreint l’interdiction d’importer une drogue illicite et est condamné à six ans d’emprisonnement. En août 1994, pendant son incarcération, il est atteint de pneumonie à *pneumocystis carinii* (PCP), une infection opportuniste courante, et un diagnostic de séropositivité au VIH est alors posé. En août 1995, la numération de ses cellules T4 tombe en dessous de 10, et on lui diagnostique le SIDA. Il souffre d’anémie chronique, d’infections pulmonaires d’origine bactérienne, de malaises et d’éruptions cutanées ; très amaigri, il passe par des périodes d’asthénie.

En janvier 1996, au vu de son bon comportement, une permission de sortie exceptionnelle lui est accordée, mais juste avant sa libération conditionnelle, les services de l’immigration ordonnent qu’il soit expulsé vers Saint-Kitts. Par conséquent, dès l’instant de sa sortie, il est placé en rétention dans l’attente de son expulsion. Plusieurs mois plus tard, alors que la procédure est toujours en cours,

⁴¹ *Rapports des Arrêts et Décisions 1997-III*, p. 795, § 59; (1997), 24 EHRR 423 (Cour européenne des droits de l’homme). L’arrêt peut également être consulté sur le site de la Cour, www.echr.coe.int.

il est libéré et autorisé à vivre dans un logement spécialement aménagé pour recevoir les malades du SIDA et mis à leur disposition par une organisation caritative s'occupant de personnes sans domicile. Il y est logé et nourri et y reçoit certaines prestations, le tout gratuitement. On lui administre des médicaments antirétroviraux et de la pentamidine pour prévenir toute reprise de la pneumonie. Quelques mois plus tard, peu avant que son affaire passe devant la Cour européenne de justice (voir ci-après), il est admis à l'hôpital et son pronostic vital est réservé.

Quelques jours après l'arrêté d'expulsion, les avocats de D. demandent au ministre de lui accorder un permis de séjour au Royaume-Uni pour des raisons d'ordre humanitaire, étant donné que son expulsion vers Saint-Kitts lui ferait perdre le bénéfice du traitement médical prodigué et, partant, réduirait son espérance de vie. Son médecin au Royaume-Uni signale que « l'espérance de vie [de D.] serait considérablement raccourcie s'il devait être renvoyé à Saint-Kitts où il ne disposerait d'aucun médicament ; il importe que lui soit administré de la pentamidine contre la PCP et qu'il reçoive sans retard un traitement antibiotique pour toute nouvelle infection dont il sera vraisemblablement atteint ». Le pronostic est très défavorable, l'espérance de vie de D. étant estimée entre huit et douze mois avec le traitement actuel. La suppression de thérapies dont l'efficacité est démontrée et de soins médicaux convenables réduirait de plus de la moitié la durée de vie prévisible. D'après les informations transmises par la Croix Rouge et la Haute Commission des États des Caraïbes orientales, les centres médicaux de Saint-Kitts ne sont pas équipés pour prodiguer le traitement nécessaire à l'intéressé, et aucun centre de soins n'y dispense de médicaments pour traiter le sida. Enfin, D. ne compte aucun parent qui pourrait se charger de lui à Saint-Kitts.

Le Royaume-Uni établit une distinction entre permis d'*entrée* et permis de *séjour*, particulièrement importante dans le cas des personnes vivant avec le VIH. Les directives officielles suivies par les services de l'immigration stipulent que, s'agissant d'une demande de permis d'entrée au Royaume-Uni, toute personne vivant avec le VIH ou le SIDA qui ne répond pas aux critères énoncés se voit refuser l'entrée. Pour les demandes de permis de séjour, les directives prévoient parallèlement à ces règles une certaine souplesse pour des raisons d'ordre humanitaire, notamment : « il peut y avoir des cas où il apparaît qu'il n'existe aucun centre susceptible de traiter le demandeur dans son pays d'origine. Lorsque des éléments donnent à penser que, faute de traitement, la durée de vie de l'intéressé sera sérieusement raccourcie, il convient normalement d'accorder le permis de séjour ».⁴²

Toutefois, le chef des services de l'immigration rejette la demande formulée en ce sens, deux jours après son dépôt. Le courrier stipule :

Nous apprenons avec tristesse l'état de santé de M. D [...], mais ne pensons pas, conformément à la politique définie par les services de l'immigration, qu'il soit juste, de manière générale ou dans le cas d'espèce, de permettre à une personne souffrant du SIDA de rester sur le territoire à titre exceptionnel lorsque, comme c'est le cas en l'occurrence, le traitement au Royaume-Uni est financé sur fonds publics par le Service national de santé. Il ne serait pas non plus juste que les malades du SIDA bénéficient d'un régime différent de celui d'autres malades [...]

D sollicite alors en vain auprès de la *High Court* (haute cour) l'autorisation de faire contrôler par le juge cette décision. La *Court of Appeal* (cour d'appel) rejette sa nouvelle demande d'autorisation, estimant que la décision du chef des services de l'immigration « relève parfaitement de sa compétence et que la Cour ne saurait en conséquence la revoir ».

En conséquence, D. dépose une requête auprès de la Commission européenne des droits de l'homme, arguant que la décision du Royaume-Uni de l'expulser contrevient à plusieurs dispositions de la *Convention européenne des droits de l'homme*. En juin 1996, la Commission juge l'affaire

⁴² Immigration and Nationality Department of the Home Office, Policy Document BDI 3/95 (août 1995), paragraphe 5, cité dans le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme, paragraphe 28.

recevable et D. peut donc exposer sa requête à la Cour européenne des droits de l'homme.⁴³ L'affaire est déférée à la Cour en octobre 1996, qui rend son jugement en mai 1997.

Arguments juridiques et points abordés

D. affirme que son expulsion du Royaume-Uni vers Saint-Kitts l'exposerait à un risque de voir sa fin hâtée, ce qui constituerait un traitement inhumain et dégradant et une atteinte à son intégrité physique du fait qu'il est atteint du SIDA et que son expulsion le priverait d'un traitement médical et de conditions de vie appropriés. En conséquence, selon la *Convention européenne des droits de l'homme*, son expulsion violerait :

- le droit à la vie (Article 2) ;
- l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (Article 3) ;et
- le droit au respect de la vie privée (Article 8).

L'*interdiction des traitements inhumains ou dégradants* (Article 3) est au cœur du jugement de la Cour. D. affirme que son expulsion vers Saint-Kitts le condamnerait à passer la fin de sa vie à souffrir dans la solitude et la misère. Le Royaume-Uni soutient qu'il ne serait soumis à aucune forme de traitement enfreignant les normes de la Convention. Voici comment la Cour synthétise la position du Royaume-Uni :

Les souffrances et l'espérance de vie réduite qui seraient son lot proviendraient du fait qu'il a atteint le stade terminal d'une maladie incurable ainsi que des carences du système sanitaire et social d'un pays pauvre en voie de développement. Il se trouverait dans une situation identique à celle des autres victimes du sida vivant à Saint-Kitts. Il aurait d'ailleurs été refoulé en janvier 1993 dans cette île, où il a passé la majeure partie de sa vie, s'il n'avait pas été poursuivi et condamné au Royaume-Uni. [...]Même si le traitement et les médicaments ne sont pas du niveau de ceux qui lui sont actuellement prescrits au Royaume-Uni, cela ne saurait en soi emporter violation de l'article 3.⁴⁴

Dans sa décision sur la recevabilité de l'affaire, la Commission européenne avait conclu que l'expulsion de D. vers Saint-Kitts engagerait la responsabilité du Royaume-Uni au titre de l'article 3, même si le risque qu'il subisse des traitements inhumains et dégradants découle de facteurs dont les autorités de ce pays ne sauraient être jugées responsables. La Cour reprend à son compte ce point de vue, estimant que l'Article 3 :

[...] consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Telle est précisément la raison pour laquelle la Cour a constamment répété, dans ses précédents arrêts portant sur l'extradition, l'expulsion ou le refoulement de personnes vers des pays tiers, que l'Article 3 prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants et que ses garanties s'appliquent même si cette personne s'est livrée à des agissements répréhensibles.⁴⁵

La Cour détermine que D. étant physiquement présent sur le territoire du Royaume-Uni et sous son autorité depuis 1993, il appartient au Royaume-Uni de lui garantir les droits énoncés à l'article 3, quelle que soit la gravité de l'infraction qu'il a commise.

La Cour admet que ce principe a jusqu'à présent été appliqué par la Cour dans des affaires où le risque que la personne soit soumise à l'un quelconque des traitements interdits découlait d'actes intentionnels des autorités publiques du pays de destination ou de ceux d'organismes indépendants de l'État contre lesquels les autorités n'étaient pas en mesure de lui offrir une protection appropriée. Toutefois, elle déclare devoir « se réserver une souplesse suffisante pour traiter de l'application de cet

⁴³ Décision de l'admissibilité de la requête No. 30240/96. DG contre le Royaume-Uni, 26 juin 1996.

⁴⁴ Cour européenne des droits de l'homme, jugement, paragraphes 42-43.

⁴⁵ Ibid., paragraphe 47 [omission des références aux jugements précédents].

article [article 3] dans les autres situations susceptibles de se présenter ».⁴⁶ Dans cette affaire, la Cour relève que :

Le requérant se trouve en phase terminale d'une maladie incurable. [...] L'arrêt brutal de ces prestations [dont il bénéficie actuellement au Royaume-Uni] entraînerait pour lui les conséquences les plus graves. Nul ne conteste que son expulsion hâterait sa fin. [...] Compte tenu de ces circonstances exceptionnelles et du fait que le requérant est parvenu à un stade critique de sa maladie fatale, la mise à exécution de la décision de l'expulser vers Saint-Kitts constituerait, de la part du [Royaume-Uni], un traitement inhumain contraire à l'Article 3. [...] Celui-ci est devenu dépendant des soins médicaux et palliatifs qu'il reçoit actuellement et il est sans nul doute psychologiquement prêt à affronter la mort dans un environnement tout à la fois familial et humain. Même si l'on ne peut dire que la situation qui serait la sienne dans le pays de destination constitue en soi une violation de l'Article 3, son expulsion l'exposerait à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses et constituerait donc un traitement inhumain. [...] [C] ompte tenu des circonstances très exceptionnelles de l'affaire et des considérations humanitaires impérieuses qui sont en jeu, force est de conclure que la mise à exécution de la décision d'expulser le requérant emporterait violation de l'Article 3.

S'agissant du *droit à la vie* (Article 2), la Cour s'est rangée à l'avis de la Commission européenne des droits de l'homme selon lequel il n'est pas nécessaire d'examiner les griefs de D. au titre de cet article, dans la mesure où ils sont indissociables au fond de ceux soulevés dans sa requête concernant l'interdiction *des traitements inhumains ou dégradants* (Article 3). De même, la Cour a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'analyser plus avant son grief selon lequel les atteintes à son intégrité physique résultant de son expulsion vers Saint-Kitts constitueraient également une violation de son *droit au respect de la vie privée* (Article 8).

Commentaires

Comme l'indiquent les autres cas présentés dans cette publication, la majorité des affaires concernant « l'accès au traitement » visent à obtenir une application directe des obligations incombant aux États au regard des droits tels que le droit à la santé ou le droit à la vie. La présente affaire est donc inhabituelle dans la mesure où elle demande l'accès au traitement (médicaments, mais aussi soins et prise en charge au sens large) au nom de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants.

C'est assurément une avancée considérable qu'une instance judiciaire telle que la Cour européenne des droits de l'homme statue que le fait de refuser l'accès aux soins médicaux appropriés, au moins dans les dernières phases de l'évolution de la maladie, constitue un traitement inhumain ou dégradant, et partant qu'elle suspende le bras d'un État dans l'expulsion de personnes illégalement présentes sur son territoire. Toutefois, même si cela n'est pas explicitement affirmé, la Cour paraît craindre d'ouvrir les vannes du « tourisme médical », avec l'arrivée de « réfugiés médicaux » en provenance de pays en développement vers des pays plus riches dotés d'un système de santé public capable de leur offrir l'accès à des soins pouvant leur sauver la vie ou allonger leur espérance de vie. Par conséquent, force est de souligner que cette décision s'appuie très lourdement sur la dimension humaine particulière de cette affaire, et que ce faisant elle ne constitue pas un précédent susceptible d'être largement appliqué au-delà d'un petit nombre de cas concernant des personnes en aussi grande détresse que le demandeur.

Les actions menées par la suite ont montré les limites de ce jugement. En effet, les quelques affaires dans lesquelles on a tenté de s'appuyer sur cette décision antérieure n'ont pas abouti, ce qui montre les réticences qu'a la Cour à étendre l'applicabilité de l'Article 3 de la *Convention* à la protection des personnes dans une situation sanitaire personnelle grave contre toute expulsion vers un pays en développement où l'accès aux soins appropriés est limité.

⁴⁶ Ibid., paragraphe 49.

Par exemple, en 1998, la Commission européenne des droits de l'homme a estimé que l'expulsion de la France vers la République démocratique du Congo (anciennement le Zaïre) d'une personne vivant avec le VIH violait l'Article 3, l'infection ayant déjà atteint un stade avancé nécessitant des séjours répétés à l'hôpital et les installations de soins dans le pays de destination étant incertaines. Pour autant, la Cour a ensuite rayé l'affaire du rôle.⁴⁷ Deux ans plus tard, dans l'affaire d'une ressortissante zambienne vivant avec le VIH et menacée d'expulsion de la Suède,⁴⁸ la Cour européenne des droits de l'homme a réaffirmé la position qui était la sienne dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni*, mais débouté néanmoins la requérante en faisant valoir : qu'elle n'était que séropositive (et n'avait donc pas encore atteint la phase terminale du SIDA) ; qu'elle n'avait intenté que récemment une thérapie antirétrovirale ; que selon l'ambassade de Suède, des traitements contre le SIDA étaient disponibles en Zambie ; et que ses enfants et d'autres membres de sa famille vivaient en Zambie. Dans ces conditions, la Cour n'a pas jugé qu'une expulsion de la Suède vers la Zambie constituerait un traitement inhumain contraire à l'Article 3 de la *Convention*.

Plus récemment, en mai 2005, la Chambre des Lords du Royaume-Uni a adopté une décision donnant une interprétation très restrictive du jugement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni*. En effet, dans l'affaire *N. (FC) c. Secretary of State for the Home Department* (Ministère de l'Intérieur),⁴⁹ la Chambre des Lords a rejeté une requête en appel introduite par une jeune femme de 30 ans vivant avec le VIH, qui faisait valoir que son expulsion vers l'Ouganda, un pays où l'accès aux médicaments et soins contre le VIH est incertain, constituait une violation de la *Convention européenne*. Après avoir fui son pays où elle avait été kidnappée et violée par les membres de la LRA (Lord's Resistance Army) et une faction des forces de sécurité ougandaises, elle était arrivée au Royaume-Uni en 1998 où elle avait demandé l'asile. Diagnostiquée séropositive à son arrivée, elle avait vu son état se stabiliser pendant toutes les années de son séjour au Royaume-Uni grâce aux médicaments et soins médicaux. Sa demande d'asile a été rejetée par le ministère, mais un juge lui a permis d'interjeter appel, estimant que son expulsion constituerait une forme de torture ou de traitement inhumain ou dégradant, contraire à l'Article 3 de la *Convention européenne*. Au bout du compte, la Chambre des Lords a cassé cette décision pour maintenir l'ordre d'expulsion.

Dans cette affaire-ci, les Lords se sont donné du mal pour interpréter le jugement rendu dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni* de la manière la plus étroite possible. Ils sont partis du principe que les États ont le droit de contrôler l'entrée, la résidence et l'expulsion des « étrangers ». Toutefois, en exerçant ce droit, un État ne doit pas contrevenir à l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants établie par la *Convention européenne*. Cependant, les étrangers menacés d'expulsion ne peuvent pas revendiquer une autorisation de séjour dans cet État pour bénéficier du maintien d'une assistance médicale ou autre. Le champ d'application de l'Article 3 de la *Convention européenne* peut être élargi dans un souci humanitaire ou médical, mais uniquement dans des « circonstances exceptionnelles » — comme c'était le cas pour D. confronté à une mort imminente lorsque la Cour européenne a pris sa décision en 1997. Dans l'affaire de N, la Chambre des Lords a estimé qu'elle était en bonne santé et que sa mort n'était pas imminente. En conséquence, sa situation ne pouvait être considérée comme « exceptionnelle ». Les Lords ont donc autorisé son expulsion, mais noté également que le Ministre de l'Intérieur (Home Secretary) pourrait juger à propos de ne pas l'expulser vers l'Ouganda. Par conséquent, aux termes de la jurisprudence du Royaume-Uni, la disponi-

⁴⁷ *BB contre la France*, demande No. 30930/96, décision du 9 mars 1998; affaire ensuite rayée du rôle par la Cour, le 7 septembre 1998.

⁴⁸ *SCC contre la Suède*, Cour européenne des droits de l'homme, affaire No. 46553/99, 15 février 2000 www.echr.coe.int.

⁴⁹ [2005] UKHL 31, www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050505/home.pdf.

bilité des traitements et soins médicaux dans le pays d'origine d'un requérant n'est virtuellement plus un critère pertinent dans une requête au titre de l'Article 3 de la *Convention européenne* ; seules les personnes gravement malades ont une chance d'être protégées contre une expulsion. À l'évidence, la Chambre des Lords a craint de créer un précédent qui ouvrirait la porte à « d'autres étrangers malades du SIDA qui voudraient bénéficier [des traitements et soins associés] » au Royaume-Uni.⁵⁰

⁵⁰ Ibid., paragraphe 92.

Venezuela – La Cour constitutionnelle ordonne au gouvernement de mener une action d’envergure pour que soit respecté le droit constitutionnel de bénéficiaire de traitements et soins médicaux

Cruz del Valle Bermudez et al. c. Ministère de la Santé et de l’action sociale (Ministerio de Sanidad y Asistencia Social), Cour Suprême du Venezuela (chambre politique et administrative), décision No. 916, Court File No. 15.789 (1999)

Tribunal et date de la décision

La chambre politique et administrative de la Cour suprême du Venezuela a rendu son jugement le 15 juillet 1999.⁵¹

Parties

Presque 170 personnes vivant avec le VIH et nécessitant des traitements antirétroviraux et des examens cliniques, mais dépourvues de toute couverture sociale dans le cadre du programme national de « sécurité sociale » lié à l’emploi, ont mené cette action en justice contre le Ministère de la Santé et de l’action sociale. Les demandeurs étaient représentés par des avocats du groupe d’action pour les droits de l’homme *Acción Ciudadana Contra el SIDA* (action citoyenne contre le SIDA). Au final, compte tenu de la décision rendue par la Cour, les bénéficiaires *de facto* de la procédure ont été non seulement les demandeurs, mais aussi toutes les personnes vivant avec le VIH résidant au Venezuela.

Réparation demandée

Les demandeurs ont intenté une procédure d’*amparo* en faisant valoir qu’en ne leur fournissant pas les traitements antirétroviraux prescrits, le Ministère violait leurs droits à la vie, à la santé, à la liberté et la sécurité des personnes, à l’égalité, et aux bienfaits de la science et de la technologie. Les demandeurs voulaient obtenir un arrêt de la Cour enjoignant au gouvernement de prendre les mesures voulues pour que soient respectés pleinement ces droits.

Résultat

La Cour suprême a jugé en faveur des demandeurs et fixé au gouvernement un certain nombre de mesures particulières à adopter, qui vont au-delà de la seule fourniture des traitements, avec obligation pour le Ministère de rechercher les dotations budgétaires nécessaires. De manière très importante, la Cour a également déclaré que cette action n’était pas conçue pour profiter uniquement aux demandeurs dans cette affaire, mais à tous les Vénézuéliens dans la même situation.

⁵¹ *Bermudez et al. v. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, Cour suprême de justice du Venezuela, affaire No. 15.789, décision No. 916 (15 juillet 1999).

Contexte et faits

À plusieurs reprises, des tribunaux vénézuéliens, et notamment la cour la plus élevée du pays, avaient affirmé que le gouvernement devrait entreprendre une action positive pour garantir aux personnes vivant avec le VIH l'accès aux médicaments antirétroviraux, aux soins médicaux pour le traitement des infections opportunistes et aux laboratoires spécialisés pour le traitement efficace de l'infection au VIH et des infections opportunistes. Ces instances fondaient cette obligation sur le droit à la vie, le droit à la santé et le droit aux bienfaits de la science.⁵²

Un certain nombre d'autres affaires majeures avaient précédé l'affaire *Cruz Bermudez*, et préparé le terrain à une décision aussi importante de la part de la Cour suprême.

En mai 1997, un tribunal avait reconnu le droit des bénéficiaires de la sécurité sociale à la fourniture sans interruption de médicaments antirétroviraux (y compris les antiprotéases), et ordonné à l'organisme vénézuélien de sécurité sociale de fournir ces traitements aux personnes vivant avec le VIH/SIDA et y ayant droit.⁵³

Plus tard au cours de cette même année, l'organisme vénézuélien de sécurité sociale a trouvé un règlement dans une affaire menée par plus de 300 personnes vivant avec le VIH et ayant droit à une prise en charge par l'administration nationale de la sécurité sociale, en acceptant de couvrir les dépenses médicales liées au VIH.⁵⁴

En août 1998, dans l'affaire *NA c. Ministère de la Santé et de l'action sociale (Ministerio de Sanidad y Asistencia Social)*, la Cour suprême a donné tort au ministère de n'avoir pas assuré la couverture des médicaments et soins du VIH et du SIDA dans le cadre du système public de soins de santé. Ce système est l'option de dernier recours dans la mesure où il propose des services de soins à tous ceux ne bénéficiant pas d'une prise en charge dans le cadre du programme national de « sécurité sociale », administré par l'organisme vénézuélien de sécurité sociale et lié au système de cotisations versées sur les salaires. Dans cette affaire, la Cour a ordonné la fourniture des soins et médicaments.⁵⁵

Le verdict dans l'affaire *Cruz Bermudez et al. c. Ministère de la Santé et de l'action sociale* s'appuie sur ces précédents, mais prend une dimension particulière avec le dédommagement ordonné par la Cour suprême. Dans cette affaire, la Cour suprême avait à examiner la même question que dans l'affaire *NA* de l'année précédente : le système public de soins de santé est-il tenu de fournir des médicaments antirétroviraux aux personnes qui ne bénéficient pas d'une « couverture sociale » ?

Fondant leur requête sur cinq déclarations précises relatives aux droits de l'homme reconnus dans le droit international et le droit vénézuélien, les demandeurs ont fait valoir qu'en ne fournissant pas les médicaments nécessaires à des personnes ne bénéficiant pas de la couverture sociale de l'organisme vénézuélien de sécurité sociale, le système public de soins de santé violait ce faisant leurs droits :

- à la vie ;
- à la santé ;
- à la liberté et la sécurité des personnes ;
- à la non-discrimination ; et

⁵² Pour une discussion plus approfondie, voir Mary Ann Torres. The Human Right to Health, National Courts and Access to HIV/AIDS Treatment: A Case Study from Venezuela. *Chicago Journal of International Law* 2002; 3(1): 105.

⁵³ Edgar Carrasco. Acción Ciudadana Conral el SIDA (ACCSI), Venezuela. « Derechos Humanos y el Acceso a Antirretrovirales en América Latina y el Caribe, » janvier 2001, p. 5.

⁵⁴ Mary Ann Torres. Access to Treatment as a Human Right: A Discussion of the Aspects of the Right to Health under National and International Law in Venezuela. LL.M. Thèse universitaire de la Faculté de droit de Toronto, 2000 (en archive).

⁵⁵ *NA et al. v. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, affaire No. 14.625, Cour suprême de justice du Venezuela, 14 août 1998.

- aux bienfaits de la science et de la technologie.

La Cour a rejeté les arguments concernant le droit à la liberté et la sécurité des personnes et le droit à l'égalité, citant en cela sa décision précédente sur ces mêmes arguments dans l'affaire *NA c. Ministère de la Santé et de l'action sociale de 1998* (voir précédemment), et réaffirmé son point de vue selon lequel la liberté personnelle protégée par la Constitution est la « liberté physique » ; autrement dit, il s'agit d'une protection contre l'incarcération ou la détention arbitraires qui ne va pas jusqu'à imposer aux autorités de garantir l'accès aux soins de santé. Concernant la « sécurité des personnes », la Cour a adopté un point de vue également restrictif, se contentant de souligner qu'elle ne voyait rien dans la conduite du gouvernement susceptible d'attenter à ce droit, ou même de s'apparenter à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant, comme définis dans la *Convention contre la torture*, dans la mesure où il n'y a aucune intention d'infliger une douleur ou de nuire aux personnes vivant avec le VIH, ou d'attenter à leur dignité. De la même manière, la Cour a rejeté la demande fondée sur le droit à la non-discrimination. Comme pour sa décision de 1998, la Cour a indiqué que le système de santé dans son ensemble souffre d'un manque de ressources et que rien n'indique que les personnes vivant avec le VIH soient traitées de manière différente par rapport aux autres.

En revanche, la Cour a fondé sa décision favorable aux demandeurs sur les arguments étroitement associés, des droits à la vie, à la santé et aux bienfaits de la science et la technologie, réaffirmant en cela l'approche qu'elle avait retenue dans l'affaire de 1998. Elle a notamment déclaré que le droit à la vie étant un « droit positif », l'État doit se doter de politiques de santé publique qui visent à protéger ce droit, notamment par des mesures de prévention et de traitement du VIH :

Nous estimons que tous les citoyens — y compris les demandeurs dans cette affaire — ont le droit de voir leur santé protégée, et qu'il en découle l'obligation corrélative pour l'État de veiller à ce que ce droit puisse s'exercer en conséquence, en particulier dans le cas des personnes n'ayant pas les moyens de payer pour leurs soins de santé.⁵⁶

Pour sa part, le Ministère n'a pas nié que les personnes vivant avec le VIH ne reçoivent pas les médicaments prescrits par leurs médecins, mais a fait valoir que compte tenu du coût « il ne [lui] est à l'évidence pas possible de satisfaire tous les besoins des patients vivant avec le VIH/SIDA ».⁵⁷ La Cour a reconnu la difficulté de la situation, mais a refusé d'admettre qu'elle constitue une justification suffisante pour violer les droits des demandeurs. À titre de réparation, la Cour suprême a donc ordonné au ministère de trouver les dotations budgétaires voulues pour se conformer à ses obligations légales, telles que définies dans l'arrêt. En outre, elle a également statué que, pour tous les citoyens vénézuéliens et résidents, le ministère doit :

- fournir de manière régulière les médicaments antirétroviraux prescrits et prendre les mesures nécessaires pour garantir un approvisionnement sans interruption ;
- prendre en charge tous les examens préalables requis pour la prise d'antirétroviraux et le traitement des infections opportunistes ;
- fournir les soins et médicaments voulus pour le traitement des infections opportunistes ;
- élaborer une politique d'information, de traitement et d'aide médicale complète à l'intention des personnes vivant avec le VIH ou le SIDA et ayant droit à une aide sociale ; et
- entreprendre des activités de recherche sur le VIH et le SIDA au Venezuela, afin d'élaborer et mettre en place des programmes et infrastructures de prévention de la transmission du VIH et de fourniture de soins aux personnes infectées.

⁵⁶ Ibid, traduit en anglais par Mary Ann Torres et reproduit dans David P. Fidler. *International Law and Public Health: Materials on and Analysis of Global Health Jurisprudence*. Transnational Publishers: Ardsley, New York, 2000, p.321.

⁵⁷ Ibid.

Commentaires

Cette affaire est survenue après de nombreuses actions contre la pratique de l'État consistant à exclure des programmes de protection sociale les médicaments vitaux pour les personnes vivant avec le VIH. Dans ce contexte, la Cour a estimé dans l'affaire *Cruz Bermudez* que la réparation accordée dans une procédure d'*amparo* ne devait pas être limitée aux seuls demandeurs, mais étendue à toutes les personnes dans une situation comparable. Sous cet angle, l'affaire est non seulement une victoire pour les personnes vivant avec le VIH, mais aussi un précédent important dans la jurisprudence vénézuélienne en matière de protection des droits constitutionnels. Il semble que l'approche de la Cour traduise une certaine frustration liée au fait de revenir toujours sur les mêmes questions dans une série de requêtes disjointes, et marque la préférence donnée par la Cour à une décision dynamique qui anticipe les problèmes et délimite clairement les obligations de l'État pour répondre aux besoins des personnes vivant avec le VIH.

Si la décision dans l'affaire *Cruz Bermudez* a marqué un progrès majeur dans ce domaine, des développements survenus par la suite ont malheureusement montré que les victoires remportées dans les prétoires ne se traduisent pas automatiquement par des améliorations pour les personnes dont les droits sont menacés, notamment lorsque la mise en œuvre des obligations fixées par la Cour reste très loin du compte.⁵⁸ De ce fait, les militants ont intenté de nouvelles procédures dans le cadre d'une action visant à contraindre le gouvernement à se conformer aux décisions de justice.

Par exemple, en avril 2001, la Cour suprême a rendu un arrêt dans l'affaire *López et al. c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales* (organisme vénézuélien de sécurité sociale),⁵⁹ dans laquelle 29 personnes vivant avec le VIH menaient une procédure d'*amparo* contre cet organisme pour manquement dans la fourniture de médicaments antirétroviraux prescrits par des médecins spécialistes, manquement dans la fourniture régulière des préparations telle que recommandée par les spécialistes, et/ou pour la fourniture d'inhibiteurs de transcriptase inverse uniquement au lieu des inhibiteurs de protéase nécessaires pour une association thérapeutique efficace. Les demandeurs reprochaient également à l'organisme de n'avoir pas versé les pensions d'invalidité auxquelles ils avaient droit, avec de graves conséquences sur leur santé physique et psychique, ainsi que sur la santé et le bien-être économique de leurs familles, dont certains membres étaient eux-mêmes séropositifs. Enfin, ils déclaraient que l'organisme avait refusé de prendre en charge les frais de laboratoire relatifs à des examens (numération des lymphocytes ou mesure de la charge virale, par exemple) nécessaires pour la bonne administration d'une association thérapeutique.

Comme dans les affaires précédentes, les demandeurs invoquaient des manquements à un certain nombre de droits de l'homme garantis par la Constitution vénézuélienne et le droit international (*Déclaration universelle des droits de l'homme* ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* ; et *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*), soulignant que les interruptions dans la fourniture de leurs traitements avaient entraîné une détérioration de leur système immunitaire, une résistance du virus aux médicaments, des infections opportunistes, une souffrance mentale et des décès, en contravention complète de leurs droits à la vie, à la santé, et à la liberté et la sécurité des personnes. Ils accusaient également l'organisme vénézuélien de sécurité sociale d'avoir manqué à leur droit à la sécurité sociale en leur refusant l'accès aux services de soins de santé appropriés auxquels leur donnait pourtant droit leur programme de protection sociale. Enfin, ils estimaient que le fait de ne pas fournir les médicaments et de ne pas prendre en charge les frais de laboratoire relatifs aux examens nécessaires pour un traitement efficace des personnes vivant avec le VIH (ELISA, test Western blot, mesure de la charge virale, tests requis pour le traitement des infections opportu-

⁵⁸ Pour un exemple comparable, voir la discussion ci-après sur les actions multiples menées en Argentine par des militants en faveur d'un accès efficace et sans interruption aux traitements antirétroviraux appropriés.

⁵⁹ *Lopez et al. v. Instituto Venezolano de Seguros Sociales*, Cour suprême du Venezuela (Chambre constitutionnelle), jugement No. 487-060401 (6 avril 2001).

nistes, par exemple) constituait une violation de leur droit de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications — qui selon eux est un droit inhérent de la personne humaine (même s’il ne figure pas expressément dans la Constitution) garanti par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (Article 15).

La Cour suprême a estimé que l’organisme vénézuélien de sécurité sociale avait violé les droits fondamentaux des demandeurs et, comme dans l’affaire *Cruz Bermudez*, a élargi la portée de la décision d’*amparo* à toutes les personnes vivant avec le VIH et bénéficiant d’une couverture sociale auprès de cet organisme. En outre, la Cour a ordonné à l’organisme vénézuélien de sécurité sociale :

- de fournir des inhibiteurs de transcriptase inverse et de protéase aux patients, selon les prescriptions de leurs spécialistes ;
- de prendre en charge les frais de laboratoire relatifs à des examens nécessaires pour la bonne administration d’une association thérapeutique (mesure de la charge virale) et d’autres examens raisonnablement accessibles dans le pays et nécessaires pour le traitement du VIH, du SIDA et des infections opportunistes ; et
- de fournir les médicaments nécessaires pour le traitement des infections opportunistes.

Notant les termes et expressions de la Constitution nationale (Article 83), la Cour a conclu que le droit à la santé était constitutionnellement posé comme un droit social fondamental et non pas comme un objectif de l’État. La Cour a donc jugé que le fait de ne pas fournir sans interruption les médicaments appropriés, et de ne pas prendre en charge les frais de laboratoire relatifs aux examens nécessaires pour la bonne administration d’une association thérapeutique et le traitement des infections opportunistes, constituait une violation du droit des demandeurs à la santé et une menace pour leurs droits à la vie, aux bienfaits de la science et de la technologie, et à la sécurité sociale.

Entre la décision dans l’affaire *Cruz Bermudez* et celle dans l’affaire *Lopez*, il est devenu largement admis dans la jurisprudence vénézuélienne que le programme national de sécurité sociale (assurant une couverture sociale à tous les ayant droits au titre des cotisations salariales) et le système public de soins de santé (pour les personnes ne pouvant prétendre à une couverture sociale) doivent assurer la prise en charge des traitements nécessaires aux personnes vivant avec le VIH. Pour autant, ces traitements ne sont pas toujours accessibles ou correctement financés ou fournis. Les actions en justice se sont révélées être un outil important et nécessaire pour faire avancer les droits de l’homme, mais en aucun cas un outil suffisant à lui seul.

Salvador – La Commission interaméricaine des droits de l’homme rédige un premier arrêt statuant que l’État doit fournir un traitement antirétroviral

Jorge Odir Miranda Cortez et al. c. Salvador, Commission interaméricaine des droits de l’homme, compte-rendu No. 29/01, affaire 12.249 (2001)

Tribunal et date de la décision

La Commission interaméricaine des droits de l’homme a émis un arrêt avant dire droit le 29 février 2000. Elle a ensuite rendu sa décision sur la recevabilité de la plainte le 7 mars 2001.⁶⁰

Parties

Jorge Odir Miranda Cortez, président d’Atlacatl (l’association salvadorienne des personnes vivant avec le VIH), et 26 autres personnes vivant avec le VIH ont déposé une requête au motif que le gouvernement du Salvador aurait violé leurs droits garantis par la *Convention américaine relative aux droits de l’homme* en ne leur fournissant pas la thérapie antirétrovirale voulue pour prévenir leur décès et améliorer leur qualité de vie. Les requérants étaient assistés de militants de l’association de défense des droits de l’homme *Agua Buena Human Rights Association* (du Costa Rica) et de la *Foundation for Studies for the Application of Law* (FESPAD).

Réparation demandée

Les requérants demandaient un arrêt avant dire droit relevant des « mesures de précaution » (*medidas cautelares*) de la Commission afin de prévenir ou faire cesser une violation des droits de l’homme, en enjoignant au gouvernement salvadorien de fournir des médicaments antirétroviraux aux personnes vivant avec le VIH, à titre temporaire jusqu’à l’examen de leur requête par la Commission.

Résultat

Sans préjuger du fond de l’affaire, la Commission a émis l’arrêt interlocutoire (avant dire droit) de mesures de précaution enjoignant au gouvernement salvadorien de fournir des médicaments antirétroviraux et autres soins médicaux voulus aux 27 requérants, dans l’attente de l’examen de leur requête sur le fond (examen alors en cours devant la Cour suprême du Salvador). Elle a ensuite rendu une décision indiquant que la requête était recevable devant la Commission, étape préliminaire à l’examen de la requête sur le fond.⁶¹

⁶⁰ Le texte intégral de la décision de la Commission interaméricaine peut être consulté à l’adresse suivante : www.cidh.org/annualrep/2000eng/chapteriii/admissible/elsalvador12.249.htm.

⁶¹ Lorsque la Commission juge une requête recevable, elle procède à un examen sur le fond, puis rédige un rapport comportant des recommandations qu’elle transmet à titre confidentiel aux autorités assorti d’une date butoir pour la mise en conformité avec ces recommandations. Si l’État ne s’y conforme pas dans le délai imparti, la Commission peut alors émettre un deuxième rapport éventuellement rendu public, ou encore transmettre l’affaire à la Cour interaméricaine des droits de l’homme. Pour plus d’informations sur la Commission, voir www.cidh.oas.org et plus d’information sur la Cour, voir www.corteidh.or.ca.

Contexte et faits

Au moment de cette affaire, on estimait à 1 500 au moins le nombre des Salvadoriens vivant avec le VIH, dont une majorité n'avait pas accès aux traitements antirétroviraux, et dont seule une minorité bénéficiait d'une prise en charge au titre du système public de sécurité sociale, qui d'ailleurs n'offrait pas d'accès à ces médicaments. Les requérants avaient préalablement intenté diverses procédures d'*amparo*⁶² devant les tribunaux du Salvador. Alors qu'elle avait accepté de recevoir leur requête en 1999, la Cour suprême (division constitutionnelle) retardait sa décision sur le fond. En désespoir de cause d'obtenir une solution devant une instance nationale, les requérants se sont résolus à porter l'affaire devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

Arguments juridiques et points abordés

Les requérants ont fait valoir que l'État du Salvador avait violé, et continuait de violer, leurs droits à la vie, à bénéficier d'un traitement humain, à l'égalité de traitement devant la loi, à la protection juridique, ainsi que leurs droits économiques, sociaux et culturels, tels que reconnus dans la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*. Par ailleurs, les requérants invoquaient une violation du *Protocole de San Salvador* de 1988, qui complète la Convention, et dont l'Article 10 garantit le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé qu'elle soit capable d'atteindre et fait obligation aux États qui l'ont ratifié de prendre un ensemble de mesures pour appliquer ce droit. Enfin, ils en ont appelé à diverses dispositions de la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme* et d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme. Leur requête se fondait sur le manquement de la part de l'État dans la fourniture des combinaisons antirétrovirales voulues pour prévenir leur décès et améliorer leur qualité de vie, et sur le fait que ce manquement constituait, de la part de l'organisme salvadorien de sécurité sociale, une discrimination à leur endroit fondée sur leur statut sérologique.

En janvier 2000, des militants ont informé la Commission que 10 des 36 membres d'origine du groupe ayant intenté les premières actions devant les tribunaux du Salvador étaient morts pendant que ces instances retardaient leur jugement. Le 29 février 2000, à titre de mesure avant dire droit, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, a ordonné au gouvernement salvadorien de :

[...] fournir les soins médicaux voulus pour protéger la vie et la santé de Jorge Odir Miranda Cortéz et des 25 autres [requérants]. [...] En particulier, la Commission demande que l'illustre gouvernement [du Salvador] fournisse les médicaments antirétroviraux nécessaires pour éviter la mort des personnes susmentionnées, ainsi que les soins hospitaliers, les autres traitements requis et le soutien nutritionnel à même de renforcer le système immunitaire et d'empêcher le développement de maladies et d'infections.⁶³

Cette décision interlocutoire devait demeurer en vigueur pendant 6 mois, le temps que soient menés les examens sur le fond devant la Commission (ce délai a sans doute été allongé, compte tenu de la date de la décision de la Commission). Après d'autres plaidoiries et examens, le 7 mars 2001, la Commission a déclaré la recevabilité de l'affaire, notant que près de deux années s'étaient écoulées depuis le dépôt de la requête devant la Cour suprême, sans qu'aucune décision ait été prise.

⁶² Le recours d'*amparo* est une forme d'action prévue par le droit civil de certains pays d'Amérique latine que l'on peut décrire comme une « injonction constitutionnelle » —c'est-à-dire une injonction en urgence pour faire cesser ou prévenir une violation des droits constitutionnels. Cette action est comparable à la demande d'*habeas corpus*, mais avec un champ d'application plus large que la seule remise en question de la légalité de la détention ou de l'emprisonnement d'une personne.

⁶³ Atlacatl & Asociación Agua Buena. «Inter-American Human Rights Commission Orders El Salvador to Provide Antiretroviral Therapy» [communiqué de presse], 1^{er} mars 2000 ; R Stern. «La Comisión Interamericana de Derechos Humanos Ordena a El Salvador Que Suministre Medicamentos Contra el HIV.» Agua Buena Asociación, 1^{er} mars 2000, www.aguabuena.org/articulos/salvador.html.

Peu après, en avril 2001, sans doute stimulée par les critiques de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, la Cour suprême de justice du Salvador a rendu un arrêt dans la procédure d'*amparo* de Miranda fondée sur son droit à la vie et son droit à la santé, enjoignant à l'organisme salvadorien de sécurité sociale de lui fournir une thérapie antirétrovirale. Cette décision a rendu sans objet la requête devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme, qui n'a donc pas procédé à l'examen sur le fond.

Commentaires

La décision d'avril 2001 de la Cour suprême du Salvador paraît avoir été prise, au moins en partie, sous la pression de la décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme rendue le mois précédent. De ce point de vue, le recours des militants à une instance internationale chargée des droits de l'homme a fructueusement fait progresser une requête déjà en cours relative au respect de droits fondamentaux. Il convient également de noter que cette décision de la Cour suprême salvadorienne a sans doute pesé sur l'adoption de la « loi sur le VIH » un peu plus tard au cours de l'année 2001. Si plusieurs dispositions de la législation contreviennent à divers droits fondamentaux, la *Loi sur la prévention et la lutte contre l'infection liée au virus de l'immunodéficience humaine* affirme le droit de chaque personne vivant avec le VIH et le SIDA à des « soins de santé et traitements médicaux, chirurgicaux et psychologiques », ainsi qu'à des conseils et « mesures de prévention pour empêcher la progression de l'infection. »⁶⁴

Au-delà de son incidence sur l'amélioration de la situation des droits de l'homme au Salvador, cette affaire a été particulièrement importante dans la mesure où elle a donné lieu à la première décision détaillée de la part de la Commission interaméricaine des droits de l'homme sur la question de l'accès aux médicaments et du droit fondamental à la santé, tel qu'il s'articule dans les instruments de l'organisation interaméricaine de défense des droits de l'homme. À ce titre, elle a contribué à l'action militante pour des traitements antirétroviraux à l'échelle de la région, en complément d'autres affaires assez retentissantes devant un certain nombre d'instances nationales. Dans quelques affaires antérieures, la Commission avait déjà eu à se pencher sur le droit à la santé, et la question particulière de l'accès aux médicaments, mais uniquement au milieu d'autres considérations, ce qui lui avait valu de ne faire l'objet que de commentaires en passant.⁶⁵

L'arrêt dans l'affaire *Odir Miranda et al.* a été le premier cas relevant de l'accès aux médicaments pour les personnes vivant avec le VIH où une instance nationale a pris une décision avant toute autre instance régionale relative aux droits de l'homme. Sous cet angle, la décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme concernant l'admissibilité de la requête, et son arrêt interlocutoire ordonnant l'application de mesures de précaution avant l'examen de la requête sur le fond, ont constitué un précédent positif très important.

⁶⁴ *Loi sur la prévention et la lutte contre l'infection liée au virus de l'immunodéficience humaine* (Décret No 588, 24 octobre 2001), Article 5(a).

⁶⁵ Voir également *Affaire de la tribu Ache* (1977), affaire 1802—Paraguay, dans le rapport annuel 1977 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 20 avril 1978, OEA/Ser.L/V/II.43 ; *Affaire de la tribu Yanomani* (1985), résolution No. 12/85, affaire 7615—Brésil, dans le rapport annuel 1984-1985 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 5 mars 1985, OEA/Ser.L/V/II.66 ; et les *Affaires de Cuba* (1982)—*Valladares c. Gouvernement de Cuba*, dans le rapport annuel 1981-1982 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.57 (Doc 6, rev 1) ; *Aleman Pelaez et al. c. Cuba*, affaire 4677—Cuba (1981), dans le rapport annuel 1981-1982 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.54 (Doc 9, rev 1) ; *Capote Rodriguez et al. c. Cuba*, affaire 4429—Cuba (1981) ; *Prisonniers politiques de la prison Combinado del Este c. Cuba*, Case 4402—Cuba (1981), dans le rapport annuel 1980-1981 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.54 (Doc 9, rev 1).

Afrique du Sud – L'intervention d'un groupe de militants du SIDA permet de faire avancer l'analyse du droit des brevets sous l'angle des droits de l'homme, et de défendre une loi favorable à la vente des médicaments à un prix abordable

Pharmaceutical Manufacturers' Association et 41 autres c. Président de l'Afrique du Sud et 9 autres, Haute cour d'Afrique du Sud, division de la province du Transvaal, affaire No. 4183/98 (2001)

Tribunal et date de la décision

Initialement, la Haute cour devait entendre l'affaire le 18 avril 2001, mais au début de l'audience, les parties ont indiqué qu'elles étaient sur le point de parvenir à un accord. À la suite d'un entretien avec le juge dans son cabinet, la cour a ajourné l'audience au lendemain. Le 19 avril 2001, les parties ont annoncé à la cour être parvenues à un accord.

Parties

Les demandeurs étaient la *Pharmaceutical Manufacturers' Association of South Africa* (association des laboratoires pharmaceutiques d'Afrique du Sud, une association représentant les laboratoires pharmaceutiques détenteurs de brevets, c'est-à-dire des multinationales dans leur ensemble), et 38 entreprises pharmaceutiques. L'intimé *de facto* était le gouvernement de la République d'Afrique du Sud, en les personnes nommément désignées du président Nelson Mandela (qui n'était plus en poste au moment où le litige a été réglé), du Ministère de la Santé, du porte-parole de l'Assemblée nationale, du *Registrar of Patents* (chambre d'enregistrement des brevets), de la présidence du *Medicines Control Council* (conseil de surveillance des médicaments), ainsi que du premier ministre et du ministre de la Santé de la province de Gauteng. Un groupe de la société civile défendant l'accès aux traitements et soins de santé des personnes vivant avec le VIH, *Treatment Action Campaign*, a sollicité et obtenu le titre d'*amicus curiae* lui permettant d'assister aux débats et d'y prendre part.⁶⁶

Réparation demandée

Les demandeurs souhaitaient obtenir une déclaration selon laquelle certains amendements à la législation sud-africaine réglementant les médicaments, et en particulier certaines dispositions relatives aux brevets et prix des produits pharmaceutiques, étaient anticonstitutionnels et contraires aux obligations de l'Afrique du Sud au regard du droit international (en l'occurrence l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* de l'OMC) et donc non valides à ce titre. Pour sa part, le groupe *Treatment Action Campaign* défendait la validité de la législation et sa conformité aux obligations constitutionnelles du gouvernement et aux obligations de l'Afrique du Sud au regard du droit international en matière de droits de l'homme.

⁶⁶ Pour un commentaire détaillé sur l'affaire de l'un des militants ayant participé à l'élaboration de la stratégie juridique et politique, voir : M Heywood. Debunking "Conglomo-talk": A Case Study of the Amicus Curiae as an Instrument for Advocacy, Investigation and Mobilization. *Law, Democracy & Development* 2002; 2: 133-162. Ce article, ainsi que bon nombre d'autres documents de l'organisation Treatment Action Campaign sur cette affaire, peuvent être consultés sur le site de l'organisation : www.tac.org.za (section « Documents » sous l'onglet « Medicines Act Course Case »). La présente discussion s'appuie largement sur l'analyse de Heywood.

Résultat

Au bout du compte, le litige a été réglé par un accord entre la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* et le gouvernement sud-africain. (En tant qu'intervenant sans être partie au procès, le groupe *Treatment Action Campaign* n'a pas pris part à cet accord.) Dans ce règlement, la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* a accepté de retirer son action en justice et le gouvernement a réaffirmé son intention de se conformer à ses obligations au titre de l'Accord de l'OMC. (Le gouvernement a tenu à souligner que la législation mise en cause par les demandeurs était bien conforme à l'Accord de l'OMC, ce que s'accordaient à reconnaître pratiquement tous les observateurs informés. En conséquence, l'accord entre les parties a essentiellement été un retrait de la requête des demandeurs.) Le gouvernement a également promis de consulter l'industrie pharmaceutique détentrice de brevets lors de l'élaboration des réglementations qui feraient suite à la loi, une fois celle-ci entrée en vigueur, une pratique qui aurait d'ailleurs été mise en œuvre dans tous les cas de figure.

Contexte et faits

Conformément aux obligations qui sont les siennes dans le cadre de la nouvelle Constitution postapartheid, le gouvernement sud-africain a, au cours des années 1990, adopté un ensemble de mesures concernant la politique relative à la santé et aux produits pharmaceutiques et visant à améliorer l'accès aux services de soins de santé et à garantir un accès équitable aux médicaments en Afrique du Sud.

Le 31 octobre 1997, l'Assemblée nationale a ainsi adopté le *Medicines and Related Substances Control Amendment Act*, No. 90 de 1997 (amendement relatif au contrôle des médicaments et substances connexes, plus communément appelé « *Medicines Act* », « loi sur les médicaments »). Cette loi a été approuvée par les provinces et signée par le Président Nelson Mandela en novembre 1997. Comme son nom l'indique, cette nouvelle législation venait modifier un texte préexistant, en l'occurrence le *Medicines and Related Substances Control Act* (loi relative au contrôle des médicaments et substances connexes) de 1965, en introduisant une batterie de mesures visant à rendre les médicaments plus abordables.

L'industrie pharmaceutique détentrice de brevets était fermement opposée à certains aspects de cette législation. Ainsi, le 18 février 1998, la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* et 40 entreprises pharmaceutiques multinationales ont déposé un *Avis de motion et Affidavit* auprès de la Haute cour de Pretoria, afin d'obtenir un arrêt déclarant anticonstitutionnelles certains articles de cette loi, au motif qu'elles violeraient leurs droits de propriété protégés par la Constitution. Ils demandaient également un jugement interlocutoire (avant droit dit) interdisant au président et au Ministre de la Santé de faire appliquer ces articles en particulier. En conséquence de cette action en justice, et de nombreux autres développements, la mise en application de la loi a été retardée pendant plusieurs années. Les demandeurs n'ont pas hâté le jugement par la Cour de leur affaire, mais plutôt exercé une pression politique de façon à maintenir le blocage de la mise en œuvre de la législation. Peu à peu, cette affaire a retenu une attention croissante, pas seulement en Afrique du Sud, mais dans le monde entier.⁶⁷

Dans les mois suivants, l'action de lobbying menée par l'industrie pharmaceutique avait porté ses fruits puisque le représentant commercial des États-Unis inscrivit alors l'Afrique du Sud sur la liste annuelle du gouvernement américain recensant les pays qui, de son point de vue, ne protègent pas de la manière voulue les droits de propriété intellectuelle des entreprises américaines et pourraient ainsi être exposés à des représailles commerciales. Ce geste a suscité des critiques de plus en plus

⁶⁷ Voir: A. Gray A et al. *Analysis of the Drug Policy Process in South Africa, 1989-2000*. Center for Health Policy University of the Witwatersrand, mai 2001 ; P. Bond. *Globalization, Pharmaceutical Pricing and South African Health Policy: Managing Confrontation with US Firms and Politicians*. *International Journal of Health Services*, 1999 ; 4 : 765-792.

vives de la part des militants du SIDA, en particulier aux États-Unis où les militants se sont acharnés sur le vice-président américain pendant sa campagne électorale l'année suivante, condamnant son attitude envers l'Afrique du Sud pour une loi visant à accroître l'accès aux médicaments dans un pays confronté à une épidémie de VIH galopante. Face à cet activisme, le président Clinton a signé un « décret-loi » reconnaissant le droit des pays africains à se doter, sans interférence des États-Unis, d'une législation conforme à l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* de l'OMC et ayant pour objectif d'améliorer l'accès aux médicaments.

C'est à cette même époque que l'organisation *Treatment Action Campaign* a été lancée, précisément le 10 décembre 1998 (Journée internationale des droits de l'homme). Au cours des années suivantes, *Treatment Action Campaign* allait organiser de nombreuses manifestations exigeant le retrait des poursuites, et nouer parallèlement des liens avec des militants pour l'accès aux traitements dans le monde entier. Cette collaboration a joué un rôle crucial en permettant une large mobilisation lorsque l'affaire est finalement revenue devant les tribunaux en 2001.

En 2000, pour sensibiliser l'opinion sur la question des brevets et des obstacles tarifaires à la commercialisation de médicaments meilleur marché pour les Sud-africains vivant avec le VIH, le groupe *Treatment Action Campaign* lance une campagne ciblée dans laquelle il met au défi Pfizer Inc. de réduire le prix de son médicament antifongique Fluconazole (commercialisé sous licence en Afrique du Sud sous le nom de Diflucan). Le groupe *Treatment Action Campaign* obtient un large retentissement lorsque son président importe illégalement 5 000 comprimés d'un bioéquivalent générique du Fluconazole, acheté auprès d'un laboratoire thaïlandais pour une fraction du prix demandé en Afrique du Sud par Pfizer. Le groupe *Treatment Action Campaign* organise une conférence de presse pour annoncer le lancement d'une « campagne de défi » contre l'industrie pharmaceutique accusée d'abuser des brevets en pratiquant des prix excessifs, et défie l'industrie et le gouvernement de le poursuivre pour infraction à la loi sur les brevets. Ces tactiques, et l'attention qu'elles suscitent, contribuent à mettre au premier plan la question des brevets et de ses conséquences sur le prix des médicaments, ce qui prépare le terrain à l'épreuve de force avec la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* pour son action en justice contre les amendements au *Medicines Act* (loi sur les médicaments). La pression exercée par la campagne de défi de l'organisation *Treatment Action Campaign* a certainement joué un rôle majeur dans la décision prise par Pfizer de faire don du Diflucan au secteur public du système de santé sud-africain pour traiter les infections opportunistes des personnes vivant avec le SIDA.

L'action menée par la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* devant les tribunaux était bloquée depuis 1998, tout comme toute possibilité pour le gouvernement de faire appliquer la *Medicines Act* (loi sur les médicaments). Dans l'incapacité de répondre dans un délai approprié aux requêtes de la *Pharmaceutical Manufacturers' Association*, le gouvernement avait demandé un report. En conséquence de cette situation, la législation adoptée par l'Assemblée nationale et signée par le président ne pouvait entrer en vigueur.

Le 10 novembre 2000, la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* boucle finalement son dossier et les audiences sont prévues pour mars 2001. Le 11 janvier 2001, un représentant de la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* informe l'organisation *Treatment Action Campaign* des dates fixées. L'organisation décide alors de demander à la Cour l'autorisation d'intervenir dans les débats à titre d'*amicus curiae* (intervenant désintéressé) de façon à faire valoir certains arguments fondés sur les atteintes aux droits fondamentaux et constitutionnels des Sud-africains vivant avec le VIH imputables au fait que les mesures législatives adoptées pour baisser les prix des médicaments n'étaient toujours pas mises en application. Pour mobiliser l'intérêt international sur cette question, et attirer l'attention sur les audiences où la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* escomptait faire pression pour bloquer la législation, l'organisation *Treatment Action Campaign* organise une conférence de presse le 16 janvier 2001 pour annoncer sa décision de solliciter le droit d'intervenir dans l'affaire. Parallèlement, elle lance une campagne internationale appelant la *Pharmaceutical*

Manufacturers' Association à renoncer. Le 6 mars 2001, soit le lendemain du jour où des conférences de presse et manifestations contre les laboratoires pharmaceutiques avaient été organisées dans des villes du monde entier, la Haute cour accorde le statut d'*amicus curiae* à l'organisation. L'audience est reportée au 18 avril 2001 pour permettre au groupe *Treatment Action Campaign* de préparer ses arguments, et permettre à la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* et au gouvernement de préparer leurs réponses.

Arguments juridiques et points abordés

Points contestés par les laboratoires pharmaceutiques au sujet de la législation :

La *Pharmaceutical Manufacturers' Association* fait état de problèmes juridiques dans presque toutes les parties de la législation. Néanmoins, au bout du compte, le débat se concentre sur quatre mesures clés conçues pour faire baisser le prix des médicaments.

Premièrement, on fait grand cas de la question de la *cession de licences obligatoires*, c'est-à-dire la pratique consistant à accorder à une personne autre que le détenteur d'un brevet (par exemple, une entreprise produisant un médicament générique) l'autorisation légale de fabriquer ou importer le médicament breveté sans qu'il y ait violation de la propriété intellectuelle. À cet égard, il est important de noter que, contrairement à ce que les médias ont beaucoup dit, la question des cessions de licences obligatoires n'était pas particulièrement soulevée par la législation contestée. D'ailleurs, le *Patent Act* (loi sur les brevets) comportait déjà des dispositions prévoyant la cession de licences obligatoires pour les médicaments brevetés. Ce n'était donc pas une nouveauté introduite dans le droit sud-africain par les amendements au *Medicines Act* (loi sur les médicaments), ni d'ailleurs un point mis en cause par la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* dans son action. Cependant, le débat politique suscité par l'affaire sur la question des brevets et de l'accès aux médicaments génériques meilleur marché (ainsi que la campagne de défi lancée par l'organisation *Treatment Action Campaign* contre le brevet de Pfizer sur le Fluconazole) a bien souvent, et fort naturellement, fait référence au mécanisme de cession de licences obligatoires, en tant que dispositif essentiel pour faire baisser les prix des médicaments en permettant l'arrivée sur le marché des producteurs de génériques. Toutefois, à proprement parler, la cession de licences obligatoire n'était pas au cœur du débat judiciaire, et ce n'était pas non plus un point sur lequel l'organisation *Treatment Action Campaign* souhaitait particulièrement intervenir.

Deuxièmement, le nouveau *Medicines Act* (article 15C) permettait l'*importation parallèle*, à savoir l'importation en Afrique du Sud d'un médicament breveté, mais par une personne autre que le détenteur du brevet, après que ce médicament a été mis sur le marché dans un autre pays par le détenteur du brevet, ou avec son consentement. Autrement dit, l'importation parallèle permet à l'acheteur de tirer parti des situations où un laboratoire commercialise un médicament à meilleur marché dans un autre pays. L'importation parallèle ne concerne pas l'accès aux versions génériques d'un médicament, mais désigne la pratique consistant à rechercher le meilleur prix pratiqué sur la place mondiale par le fabricant d'un produit breveté.

Troisièmement, le nouveau *Medicines Act* (article 22F) autorise la *substitution générique* — c'est-à-dire la pratique autorisant à substituer, lorsque cela est possible, à un produit de marque prescrit par un médecin un médicament générique équivalent, mais moins cher. La législation précise que la substitution générique n'est pas autorisée si le médecin a expressément exclu cette option.

Enfin, le nouveau *Medicines Act* (article 22G) autorise le Ministère de la Santé à établir une réglementation relative à un *système de tarification transparent* comportant un *prix unique*, c'est-à-dire « le seul prix auquel les producteurs pourront vendre leurs médicaments [...] à toute personne autre que l'État » (dans le secteur privé). Autrement dit, la législation permet la création d'un dispositif de contrôle des prix des médicaments.

Dans sa remise en cause de ces dispositions, la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* centre ses arguments sur la clause relative au droit de propriété de la Constitution (article 25), qui stipule : « Nul ne peut être privé de son droit de propriété excepté dans des termes de loi d'application générale, et aucune loi ne peut autoriser une expropriation arbitraire ». La *Pharmaceutical Manufacturers' Association* fait également valoir que la loi contrevient aux obligations de l'Afrique du Sud aux termes de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* de l'OMC.

Intervention de l'organisation Treatment Action Campaign :

En intervenant dans cette affaire, l'organisation *Treatment Action Campaign* avait pour objectif de défendre les droits fondamentaux des Sud-africains confrontés à la nécessité de se procurer des médicaments à des prix moins élevés, un point de vue que le gouvernement n'avait guère mis en avant dans sa défense de la législation. Donc, outre une remise en cause de la présentation donnée par la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* de la législation et de ses conséquences pour l'Afrique du Sud, l'organisation *Treatment Action Campaign* s'est appuyée sur la Constitution sud-africaine, la jurisprudence d'autres ressorts, et le droit international en matière de droit de l'homme pour défendre les articles du *Medicines Act* contestés par le demandeur.

L'organisation *Treatment Action Campaign* s'est donc attachée à démontrer pour quelles raisons les trois mesures de l'importation parallèle, de la substitution générique et du système de tarification étaient tout à la fois nécessaires et défendables :

Le principal argument de l'organisation a été que l'accès à la santé est un droit fondamental qui prend le pas sur le droit à la propriété privée — en particulier lorsque le détenteur de ce droit abuse de sa position. Plus spécifiquement, l'organisation a fait valoir que le principe même des médicaments antirétroviraux brevetés (dont des millions de personnes ont besoin en Afrique) confirme exactement ce que disent les intimés, à savoir que les brevets servent à imposer des prix prohibitifs. Or, certaines des mesures contenues dans la loi, notamment l'article 15C [importation parallèle] pourraient permettre de baisser les prix des médicaments brevetés. De même, tout aussi importante à cet égard pourrait être la contribution de l'article S22F (relative à la substitution générique) sur la diminution du prix des médicaments permettant de prévenir et traiter les infections opportunistes — sans parler des avantages potentiels pour le système de santé dans son ensemble.⁶⁸

[...]

Sur le plan juridique, l'organisation a souligné qu'aucune des trois clauses contestées n'était anti-constitutionnelle. De fait, elles sont toutes trois dictées par le devoir positif incombant au gouvernement de « concrétiser progressivement » le droit d'accès aux services de soins de santé,⁶⁹ de protéger les droits tels que le droit à la dignité,⁷⁰ le droit à la vie,⁷¹ le droit à l'égalité,⁷² et de respecter le devoir d'agir dans le meilleur intérêt des enfants⁷³ — autant de droits et devoirs qui dépendent des

⁶⁸ M Heywood. Debunking "Conglomo-talk": A Case Study of the *Amicus Curiae* as an Instrument for Advocacy, Investigation and Mobilization. *Law, Democracy & Development* 2001; 5(2): 133. Le texte de cet exposé, présenté à la conférence *Health, Law and Human Rights: Exploring the Connections – An International Cross-Disciplinary Conference Honoring Jonathan M. Mann*, Philadelphie, PA, 29 septembre-1^{er} octobre 2001, peut être consulté sur le site www.alp.org.za (sous la rubrique « Access to treatment »).

⁶⁹ Constitution de la République d'Afrique du Sud, article 27.

⁷⁰ *Ibid.*, article 10.

⁷¹ *Ibid.*, article 11.

⁷² *Ibid.*, article 9.

⁷³ *Ibid.*, article 28.

mesures pouvant être prises pour améliorer les conditions socioéconomiques.⁷⁴ Selon les termes de l'organisation, les pauvres sont : « directement dépendants de la capacité de l'État à remplir l'obligation constitutionnelle qui est la sienne de concrétiser de manière progressive leur droit de bénéficier d'un accès aux services de soins de santé ».⁷⁵

Même s'il est apparu que certains aspects de la loi constituaient bien une infraction anti-constitutionnelle du droit de propriété, l'organisation *Treatment Action Campaign* a fait valoir que :

[...] dans le cadre de la Constitution sud-africaine, certains droits peuvent être limités du moment que les infractions correspondantes sont « raisonnables et justifiées dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté » [article 36 de la Constitution]. L'organisation *Treatment Action Campaign* estimait donc que si on jugeait qu'une mesure du *Medecines Act* constituait une limite du droit de propriété, cela serait justifié compte tenu de l'obligation qu'a le gouvernement d'améliorer l'accès aux services de soins de santé, mais aussi au regard d'autres obligations découlant des instruments internationaux.

En l'occurrence, l'organisation faisait référence aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'Afrique du Sud et imposant à ce titre des obligations contraignantes à l'État. L'organisation *Treatment Action Campaign* contestait par ailleurs la position de la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* selon laquelle la nouvelle législation enfreignait les obligations de l'Afrique du Sud au regard de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* de l'OMC. Dans son Article 6, cet Accord indique sans ambiguïtés que les pays sont libres d'autoriser l'importation parallèle dans le cadre de leur droit national. De même, l'Accord n'interdit pas les pratiques de substitution générique ou la réglementation des prix des produits pharmaceutiques. L'organisation *Treatment Action Campaign* a produit des éléments établissant que ce sont là des pratiques courantes dans de nombreux pays, y compris des pays industrialisés.

L'organisation *Treatment Action Campaign* a également profité de l'occasion de son intervention pour soulever un point beaucoup plus fondamental dans l'affaire présentée à la Cour et à l'opinion toute entière. Voici son propos, tel que rapporté par Heywood :

Pour finir, l'organisation *Treatment Action Campaign* a porté une attaque contre l'un des principaux dogmes martelés par la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* dans les prétoires et les médias, à savoir que la loi sur les médicaments constituait une violation du droit de propriété intellectuelle de nature à spolier les investisseurs privés de la juste rémunération de leurs efforts d'invention et de recherche, ce qui reviendrait à saper les conditions nécessaires aux activités de recherche dans les domaines de la pharmacie et de la médecine. [Tel que figurant dans l'affidavit de l'organisation *Treatment Action Campaign*.]

Or, les coûts de recherche et développement supportés par les demandeurs ont déjà été plusieurs fois récupérés. À plusieurs reprises, l'organisation *Treatment Action Campaign* a mis au défi, par exemple, Glaxo Wellcome et Pfizer, figurant au nombre des demandeurs, de communiquer quels sont leurs coûts de R-D pour la mise au point des antirétroviraux et autres médicaments. Cette information n'a jamais été transmise.

⁷⁴ Sur ce terrain, l'organisation *Treatment Action Campaign* peut revendiquer le soutien du Président de la Cour constitutionnelle, qui déclare : « [...] comment peut-il y avoir la moindre dignité dans la vie d'une personne qui n'a pas accès à un logement, aux soins de santé, à l'alimentation, à l'eau ou encore, s'agissant de personnes dans l'impossibilité de se prendre en charge, sans une aide appropriée ? Or, les politiques sociales et économiques relèvent par excellence du ressort du gouvernement. Dans l'élaboration de ces politiques, le gouvernement doit non seulement prendre en considération les droits des personnes à vivre dans la dignité, mais aussi l'intérêt général de la collectivité dans la répartition des ressources. Dans ce contexte précis, la justice individualisée doit peut-être céder le pas à l'intérêt général ». Voir : Arthur Chaskalson, *Human Dignity as a Foundational Value of Our Constitutional Order*, *The Third Bram Fischer Lecture*, *SA Journal on Human Rights*, 2000 (16), 193-205.

⁷⁵ Heywood, *supra*, citant l'affidavit de l'organisation *Treatment Action Campaign* (paragraphe 13).

L'affidavit donnait une liste d'un certain nombre de médicaments essentiels pour le traitement du VIH et des infections opportunistes, et sommait la *Pharmaceutical Manufacturers' Association* de sortir de sa réserve pour venir expliquer d'où provenaient ces médicaments et quelles sommes publiques et privées avaient été investies pour leur mise au point. Et c'est exactement ce qu'a fait l'organisation *Treatment Action Campaign*.⁷⁶

Commentaires

L'organisation *Treatment Action Campaign* a recouru à un certain nombre de stratégies qui ont mis en évidence la dimension humaine des questions juridiques traitées devant la Cour. Les représentants de l'organisation ont expliqué que leur objectif « était de transformer un débat juridique aride en discussions sur des vies humaines, ce qui était important pour faire l'éducation à la fois du tribunal, mais aussi de l'opinion publique ». ⁷⁷ En déposant un grand nombre d'affidavits portant sur des situations personnelles de personnes vivant avec le VIH et de médecins en butte à des médicaments hors de prix, l'organisation s'est mise en mesure de contrer efficacement les arguments juridiques abstraits présentés par la *Pharmaceutical Manufacturers' Association*. Cette stratégie s'est révélée payante en donnant une dimension supérieure essentielle à cette affaire.

En collaborant avec le *Congress of South African Trade Unions* (congrès des syndicats sud-africains), la principale fédération de syndicats du pays avec près de deux millions de membres, l'organisation *Treatment Action Campaign* a par ailleurs renforcé sa capacité à mobiliser des foules pour des manifestations organisées aux moments clés et aux endroits stratégiques dans tout le pays. Par ailleurs, compte tenu des liens historiques existant entre le parti *African National Congress* et la fédération syndicale *Congress of Trade Unions*, la pression exercée sur le gouvernement du parti *African National Congress* n'en a été que plus vive. En échangeant régulièrement des informations et en nouant des relations avec des militants du SIDA et des organisations non gouvernementales dans de nombreux pays, l'organisation *Treatment Action Campaign* a en outre bénéficié d'un soutien mondial, que ce soit par le biais de manifestations organisées devant les sièges mondiaux des grands laboratoires ou d'une pétition « Drop the case » (Arrêtez les poursuites) lancée par Médecins Sans Frontières et signée par plus de 250 000 personnes dans le monde entier.

Selon Mark Heywood de l'organisation *Treatment Action Campaign* et de l'ONG *AIDS Law Project*, les deux organisations qui ont mené l'intervention à titre d'*amicus curiae* et la mobilisation politique autour de l'affaire, la participation de l'organisation *Treatment Action Campaign* dans les débats, ainsi que ses campagnes, ont été des succès sur plusieurs fronts.

Une bataille juridique de trois années vient de s'achever, permettant enfin au gouvernement de mettre en application la loi sur les médicaments. Au plan international, la mise sous les projecteurs des questions relatives aux médicaments, aux prix, aux brevets et au droit à la santé a permis d'élargir considérablement un mouvement naissant qui demande que l'on considère la santé comme un droit fondamental et qui promeut l'idée selon laquelle les marchandises telles que les médicaments, vitales pour la santé, devraient bénéficier dans le cadre du droit relatif aux brevets d'un traitement différent de celui des marchandises sans lien direct avec la dignité ou le bien-être humains. Cette conviction a sans nul doute eu une incidence sur les négociations autour des ADPIC qui se sont déroulées lors de la Conférence ministérielle de l'OMC à Doha en novembre 2001. La Déclaration sur l'accord sur les ADPIC (qui reconnaît que « Chaque État membre a le droit d'accorder des licences obligatoires ») traduit la confiance accrue des pays en développement dans la défense du droit à la santé contre les incursions des entreprises multinationales sur la base de leur interprétation des règles du commerce.⁷⁸

⁷⁶ Heywood, *supra*.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, Conférence ministérielle, quatrième session, (WT/MIN(01)/DEC/W/2).

Les efforts de l'organisation *Treatment Action Campaign* ont également eu des répercussions considérables au niveau national, qui se sont traduites par exemple par une mobilisation de la société civile pour les droits socioéconomiques, des pressions sur l'industrie pharmaceutique pour une baisse des prix des médicaments antirétroviraux, et la promesse tenue que la mise en application des dispositions de la nouvelle loi entraînerait de nouvelles baisses des prix. Comme le souligne Heywood, cette affaire a été l'occasion d'entendre des représentants de l'État affirmer sous serment que le prix constituait le seul obstacle à l'utilisation des antirétroviraux. Il en découle que le gouvernement aura bien du mal à s'opposer à un accès aux antirétroviraux dans tout le pays si les militants du SIDA parviennent à en faire baisser significativement le prix.

Même si cette affaire n'a pas donné lieu à un jugement, elle a eu des répercussions énormes en Afrique du Sud et ailleurs. Stimulée par cette victoire, l'organisation *Treatment Action Campaign* est vite passée à d'autres combats — notamment un autre procès contre le gouvernement et les laboratoires pharmaceutiques. Deux autres exemples sont présentés ci-après — le jugement ordonnant à l'État de rendre l'antirétroviral névirapine accessible aux femmes enceintes de façon à réduire la transmission du VIH de la mère à l'enfant, et celui fondé sur la loi sur la concurrence obligeant deux entreprises à céder sous licences leurs médicaments à des producteurs de génériques.

Argentine – Un tribunal ordonne au Ministère de la Santé de prendre des mesures pour garantir la fourniture sans interruption de médicaments antirétroviraux

AV & CM c. Ministerio de Salud de la Nación, tribunal fédéral civil et commercial (No. 7), 26 avril 2002

Tribunal et date de la décision

Le jugement du tribunal fédéral civil et commercial (No. 7) a été rendu le 26 avril 2002.

Parties

Melle A.V. et M. C.M., tous deux vivant avec le VIH et le SIDA, ont intenté une action en leur nom propre et au nom de toutes les personnes dans la même situation qu'eux. Ils étaient représentés par le *Centro de Estudios Legales y Sociales* (Centre d'études juridiques et sociales). Leur action était intentée contre le Ministère de la Santé.

Réparation demandée

Les deux demandeurs ont introduit une procédure d'*amparo* demandant une ordonnance de « mesures de protection » (« *medidas cautelares* ») au nom de toutes les personnes vivant avec le VIH et recevant des antirétroviraux du Programme contre le SIDA du Ministère de la santé. La mesure de protection demandée était un arrêt enjoignant au gouvernement de prendre immédiatement des mesures pour faire en sorte que le Programme contre le SIDA puisse garantir la fourniture sans interruption des médicaments.

Résultat

La Cour suprême a accordé l'injonction demandée le jour même de la demande.

Contexte et faits

Cette affaire est survenue dans un contexte ayant pour toile de fond un précédent procès où l'on demandait la sûreté de l'accès au traitement pour les personnes vivant avec le VIH. En 1996, huit organisations non gouvernementales argentines avaient en effet intenté une procédure d'*amparo* contre le Ministère de la Santé et de l'action sociale au motif de ses manquements dans l'approvisionnement en médicaments de certaines personnes vivant avec le VIH et le SIDA. Dans les trois jours, le tribunal avait ordonné au ministère de fournir les médicaments.⁷⁹ Au début de l'année 1998, les organisations non gouvernementales avaient intenté une deuxième procédure d'*amparo*, au nom de nombreuses personnes vivant avec le VIH, contre le ministère et le système de sécurité sociale (qui prend en charge les soins médicaux de différents segments de la population), toujours pour manquements dans l'approvisionnement en antirétroviraux. Le tribunal de première instance et la cour d'appel avaient accédé à la demande et ordonné aux autorités de fournir les médicaments sans interruption et aux moments voulus aux personnes vivant avec le VIH et pouvant bénéficier de ces programmes. En février 1999, la Cour suprême a confirmé ces deux décisions.⁸⁰

⁷⁹ M. Bianco et al. Human rights and access to treatment for HIV/AIDS in Argentina. Series of Case Studies on Human Rights. Latin American & Caribbean Council of AIDS Service Organizations (LACCASO), 1999, p. 15.

⁸⁰ Ibid.

Malgré ces arrêts, les difficultés dans l'accès aux médicaments ont perduré pour les personnes vivant avec le VIH, d'où un nouveau recours en justice. Le 1^{er} juin 2000, la Cour suprême de justice a à son tour confirmé les décisions précédentes, dans le cadre d'une nouvelle procédure d'*amparo* intentée par une coalition d'organisations non gouvernementales actives sur la question du SIDA.⁸¹ La Cour suprême a ordonné au Ministère de la Santé de garantir un approvisionnement en médicaments régulier, opportun et sans interruption aux personnes vivant avec le VIH, par l'intermédiaire du système de santé public, d'une façon qui permette de protéger le droit à la santé, constitutif du droit à la vie. Ce droit est expressément reconnu dans la Constitution argentine, dans la loi argentine sur le SIDA, ainsi que dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. La Cour suprême a rejeté l'argument du gouvernement selon lequel les chambres des deux premières instances avaient outrepassé leurs attributions en s'arrogeant des prérogatives de l'exécutif, autorisé à prendre des décisions d'ordre budgétaire.

Toutefois, en raison d'un ensemble d'obstacles administratifs, notamment l'incapacité du ministère à s'approvisionner en temps voulu et un litige sur les coûts, le stock de médicaments disponibles a été épuisé, et la fourniture aux patients a été interrompue. En 2002, l'affaire a une nouvelle fois été portée devant les tribunaux, dans le cadre de cette procédure d'urgence conçue pour protéger les droits constitutionnels.

Arguments juridiques et points abordés

Le tribunal fédéral civil et commercial, une chambre de première instance, a pris bonne note du jugement antérieur de juin 2000 (dans l'affaire *Asociación Benghalensis*) dans lequel la Cour suprême se prononçait en faveur de la requête des demandeurs et confirmait que le gouvernement devait garantir un approvisionnement continu des médicaments antirétroviraux. Il a en outre souligné que le retard pris par les organes publics responsables ne saurait être justifié dès lors qu'il y va de la vie et de la santé de personnes. En conséquence, le juge a ordonné au Ministère de la Santé de fournir immédiatement aux deux demandeurs les produits prescrits : efavirenz (EFV), stavudine (d4T) et lamivudine (3TC). S'agissant des autres personnes vivant avec le VIH, dont les intérêts étaient représentés dans la procédure collective d'*amparo*, le tribunal a, sur la même base, ordonné au ministère de prendre les mesures voulues dans les deux jours pour garantir un approvisionnement régulier et continu des médicaments permettant de traiter le VIH.

Commentaires

Cette affaire n'est qu'un des maillons d'une chaîne de décisions dans lesquelles les personnes vivant avec le VIH ont toujours eu gain de cause, les tribunaux enjoignant à chaque fois au gouvernement de prendre des mesures positives pour garantir l'accès aux médicaments antirétroviraux. Toutefois, ce qui s'est passé en Argentine, ainsi que dans plusieurs autres pays également, montre que si elles sont nécessaires, les victoires sur le terrain judiciaire ne sont pas toujours suffisantes pour protéger le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé qu'elle soit capable d'atteindre. Aussi longtemps que les gouvernements n'ont ni les moyens ni la volonté de consacrer les ressources nécessaires, ou de résoudre les problèmes systémiques dans l'administration des programmes, les décisions judiciaires appuyant les droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH ne produiront pas les effets voulus. Les actions en justice peuvent contribuer à amplifier les actions de sensibilisation et, si elles aboutissent et qu'on utilise stratégiquement ce résultat, elles peuvent aussi donner un élan important. Malheureusement, sans action militante complémentaire pour les droits de l'homme, ni culture du respect des droits et de la loi, les jugements ne sont que des victoires sur le papier.

⁸¹ *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social*, Cour suprême de justice d'Argentine, Fallos 323:1339 (1^{er} juin 2000), <http://cuadernos.bioetica.org/fallos12.htm>.

En juillet 2003, le Réseau argentin des personnes vivant avec le VIH/SIDA a publié un court rapport recensant les insuffisances permanentes au niveau de l'accès au traitement et dépistage du VIH en Argentine, et notamment les interruptions dans l'approvisionnement en médicaments, les inquiétudes quant à la qualité des médicaments fournis, et les équipements et fournitures inadaptés pour le diagnostic du VIH, la mesure de la charge virale et la numération des CD4+. Sur la base de ces informations, le *Centro de Estudios Legales y Sociales* (Centre d'études juridiques et sociales) a intenté une nouvelle action devant les tribunaux, avec à la clé un arrêt ordonnant au Ministère de la Santé de se conformer en urgence à l'arrêt précédent lui enjoignant de régulariser l'accès aux médicaments, sous peine, à défaut, d'une amende de 1 000 USD par jour (les fonds étant alors attribués à la mise en œuvre du plan national de lutte contre le SIDA) et de poursuites éventuelles au pénal pour non-respect des décisions de justice.⁸² Le tribunal a estimé que l'attitude de l'État constituait une « menace illégale et arbitraire contre le droit à la vie et la préservation de la santé ». Il a également explicitement rejeté l'argument de l'État relatif à d'autres urgences budgétaires, soulignant que la « santé publique ne peut pas être soumise aux vicissitudes du marché ou à une hypothétique amélioration de l'économie du pays ».⁸³ Une procédure visant à examiner l'éventualité d'un outrage à magistrat en la matière a même été intentée.⁸⁴

⁸² « Intiman al Ministerio de Salud a regularizar la entrega de medicamentos contra el VIH/SIDA. » *Boletín CELS: Derechos Humanos Argentina* août 2003 ; 1(1), www.cels.org.ar.

⁸³ CELS. « Condenan al Ministerio de Salud por no garantizar el tratamiento de las personas que viven con HIV, » résumé daté du 15 mars 2004, www.cels.org.ar.

⁸⁴ *Ibid.*

Afrique du Sud – La Cour constitutionnelle ordonne au gouvernement de mettre en application un plan pour la distribution de médicaments antirétroviraux de façon à réduire la transmission du VIH de la mère à l'enfant

Ministère de la Santé et autres c. Organisation Treatment Action Campaign et autres, Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, CCT 8/02 (2002)

Tribunal et date de la décision

La Cour constitutionnelle a rendu son jugement le 5 juillet 2002. Il s'agissait d'un appel d'un jugement antérieur rendu par la Haute cour (de Pretoria).

Parties

À l'origine, les demandeurs (intimés devant la Cour constitutionnelle) étaient l'organisation *Treatment Action Campaign*, le *Children's Rights Centre* (centre pour la défense du droit des enfants) et un médecin (le docteur Haroon Saloojee), et les intimés (appelants devant la Cour constitutionnelle) le Ministère national de la Santé, ainsi que les ministères de la Santé de chaque province (à l'exception de la province du Cap-Occidental). Trois organisations intervenaient également dans l'affaire : *Institute for Democracy in South Africa*, *Community Law Centre* et *Cotlands Baby Sanctuary*.

Réparation demandée

L'organisation *Treatment Action Campaign* et les autres demandeurs voulaient obtenir un arrêt enjoignant au gouvernement de garantir l'accès au médicament antirétroviral névirapine à toutes les femmes enceintes vivant avec le VIH en Afrique du Sud, de façon à réduire le risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant.

Résultat

La Haute cour a accepté la requête de l'organisation *Treatment Action Campaign*, mais le gouvernement a alors fait appel de cette décision. La Cour constitutionnelle a alors rejeté l'appel et ordonné au gouvernement sud-africain de faire en sorte que le médicament antirétroviral névirapine soit disponible dans les cliniques et hôpitaux publics, aux fins de prévention de la transmission du VIH de la mère à l'enfant. La Cour a également estimé que les pouvoirs publics avaient l'obligation constitutionnelle de mettre en œuvre un programme concrétisant le droit des femmes enceintes et des nourrissons de bénéficier d'un accès à des services de santé pour la prévention de la transmission.

Contexte et faits⁸⁵

Les autorités sud-africaines avaient fait le choix de ne pas mettre en œuvre un programme national de réduction du risque de la transmission du VIH de la mère à l'enfant. À la place, elles avaient retenu deux établissements dans chaque province, où devaient être examinés différents aspects

⁸⁵ Le présent résumé et le commentaire ci-après sont adaptés du texte original suivant : L Gertholtz. Le plus haut tribunal du pays ordonne au gouvernement de fournir un antirétroviral contre la transmission périnatale. *Revue canadienne VIH/SIDA et droit* 2002 ; 7(2/3): 50-52 (www.aidslaw.ca).

du programme. Parallèlement, elles avaient refusé de rendre disponible le médicament antirétroviral névirapine au niveau des sites extérieurs à l'étude, et interdit aux hôpitaux non rattachés aux sites pilotes de prescrire et administrer la névirapine aux mères séropositives.

Après quatre années d'actions de lobbying, de sensibilisation et de mobilisation du public, l'organisation *Treatment Action Campaign* et les autres demandeurs ont intenté leur action devant la Haute cour de Pretoria en août 2001, afin d'obtenir que le gouvernement garantisse l'accès à la névirapine pour toutes les femmes enceintes séropositives et les nouveaux nés. En décembre 2001, la Haute cour a rendu un arrêt favorable à la requête de l'organisation *Treatment Action Campaign*.⁸⁶ Le gouvernement a alors interjeté appel devant la Cour constitutionnelle.

Arguments juridiques et points abordés

Le jugement a porté spécifiquement sur deux droits garantis aux Sud-africains par leur Constitution : le droit de bénéficier d'un accès aux services de soins de santé, y compris les soins relatifs à la santé reproductive (article 27), et le droit des enfants à des services de soins de santé élémentaires (article 28).

Article 27 : droit de bénéficier d'un accès aux services de soins de santé

La Cour a estimé qu'il n'était en rien nécessaire d'examiner le caractère applicable d'une disposition relative à un droit socioéconomique, puisque ces droits sont « applicables sans ambiguïté aucune ».⁸⁷ Par conséquent, la question posée à la Cour était de savoir si l'organisation *Treatment Action Campaign* avait bien établi que le programme adopté par les autorités pour « fournir un accès aux services de soins de santé aux mères séropositives et à leurs nouveaux nés manquait aux obligations qui sont les siennes au regard de la Constitution ».⁸⁸ La Cour a limité le débat entre l'organisation *Treatment Action Campaign* et le gouvernement à deux questions essentielles : était-il raisonnable que le gouvernement limite la névirapine aux sites pilotes ? Et le gouvernement avait-il une « politique d'ensemble pour la prévention de la transmission mère-enfant » ?⁸⁹

Pour justifier son refus d'autoriser la prescription de la névirapine en dehors des sites pilotes, le gouvernement a avancé quatre raisons :

- (i) des interrogations quant à l'*efficacité* de la névirapine si elle est administrée dans un contexte où ne sont pas aussi dispensés les ensembles complets de soins du type de ceux des sites pilotes ;
- (ii) la question de savoir si la fourniture isolée de doses de névirapine aux mères et aux enfants n'est pas susceptible d'entraîner par la suite une *résistance* à la névirapine et autres antirétroviraux ;
- (iii) la *sûreté* du médicament proprement dit ; et
- (iv) la question de savoir si le secteur public disposait de la *capacité* pour dispenser les ensembles complets de soins.

La Cour a examiné attentivement chacune de ces questions. S'agissant de l'*efficacité*, la Cour a jugé sans équivoque qu'il ressortait clairement « de la preuve que la fourniture de névirapine

⁸⁶ Haute cour d'Afrique du Sud (Division de la Province du Transvaal), affaire No. 21182/2001, 14 décembre 2001. Les documents et le jugement de la Cour sont consultables en ligne à l'adresse suivante : www.tac.org.za, et un résumé est présenté dans : L Gerntholtz. Le plus haut tribunal du pays ordonne au gouvernement de fournir un antirétroviral contre la transmission périnatale. *Revue canadienne VIH/SIDA et droit* 2002 ; 6(3): 1, 20-24.

⁸⁷ Jugement, paragraphe 25.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid., paragraphe 47.

sauvera la vie d'un nombre significatif d'enfants, même administrée de manière isolée sans l'ensemble complet de soins et de services d'appui proposés dans les sites de recherche et de formation ».⁹⁰ La Cour a même été jusqu'à indiquer que lorsque les mères n'ont pas accès à des substituts du lait maternel (proposés dans les sites pilotes) ou lorsqu'elles choisissent d'allaiter, les bienfaits de la névirapine ne sont pas perdus.⁹¹

La Cour a aussi rejeté l'argument relatif à la *résistance* au médicament, soulignant que le risque valait la peine d'être couru, l'autre choix de l'alternative étant la souffrance et la mort du fait de l'infection au VIH. Sur la base des éléments présentés, la Cour a aussi jugé que les inquiétudes exprimées sur la *sûreté* du médicament n'étaient rien moins qu'hypothétiques, l'Organisation mondiale de la Santé recommandant ce produit sans restriction pour la prévention de la transmission mère-enfant et le *South African Medicines Control Council* (conseil de surveillance des médicaments) l'ayant enregistré avec cette indication thérapeutique.

S'agissant de la *capacité*, la Cour a reconnu que le manque de ressources et de personnel formé pouvait à juste titre peser sur la faculté des pouvoirs publics à proposer des « ensembles complets » à l'échelle du secteur public tout entier. Pour autant, ce facteur n'a rien à voir avec la question de savoir s'il y a lieu de proposer la névirapine dans les cliniques et hôpitaux publics autres que les sites de recherche, qui eux disposent des installations nécessaires pour le dépistage et les services de conseils.

La Cour a ensuite examiné le caractère raisonnable du choix de confiner la névirapine aux sites pilotes, et statué que cette stratégie :

[...] ne répond pas aux besoins des mères et de leurs enfants nouveaux nés qui n'ont pas accès à ces sites. Elle ne fait pas la distinction entre l'évaluation des programmes visant à réduire la transmission mère-enfant et la nécessité d'offrir un accès aux services de soins de santé à tous ceux qui n'ont pas accès aux sites pilotes.⁹²

Ensuite, après avoir examiné cette décision de ne pas fournir la névirapine en dehors des sites pilotes à la lumière des critères définis précédemment dans son arrêt rendu dans l'affaire *Grootboom*,⁹³ la Cour a jugé que cette politique ne répondait pas aux besoins des personnes les plus vulnérables, qu'elle était « inflexible »,⁹⁴ et qu'elle contrevenait à l'article 27 (2) de la Constitution.

La Cour a ensuite cherché à déterminer s'il existait bien un plan visant à lutter contre la transmission du VIH de la mère à l'enfant, et a conclu que cette question était étroitement liée à la politique interdisant la prescription de névirapine en dehors des sites pilotes. L'examen approfondi des éléments communiqués a montré que l'ensemble complet pour la prévention de la transmission mère-enfant proposé dans tous les sites pilotes comprenait des services de dépistage et de conseils, la prescription le cas échéant de névirapine, la fourniture de substituts alimentaires à l'allaitement et un suivi comprenant l'administration de vitamines et d'antibiotiques et la surveillance des progrès des enfants. Aucun hôpital public extérieur aux sites pilotes ne pouvait administrer la névirapine. Or, comme la Cour l'a constaté, de nombreux établissements publics étaient déjà dotés de programmes de dépistage et de conseils, y compris de conseils sur les différentes options d'alimentation. Un petit nombre d'entre eux proposaient même des substituts à l'allaitement.

⁹⁰ Ibid., paragraphe 57.

⁹¹ Ibid., paragraphe 58.

⁹² Ibid., paragraphe 67.

⁹³ *Gouvernement de la République d'Afrique du Sud et autres c. Grootboom et autres*, 2001 (1) SA 46 CC; 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

⁹⁴ Jugement, paragraphe 80.

En l'espèce, le programme ne répondait donc pas aux critères fixés dans la Constitution, dans la mesure où il n'intégrait pas « des personnes qui pourraient à raison être incluses dans le programme, si son objectif est bien de fournir un traitement médicalement indiqué pour lutter contre la transmission mère-enfant ». ⁹⁵

Le gouvernement a fait valoir avec véhémence que la Cour n'avait pas le pouvoir de rendre un arrêt l'obligeant à appliquer une politique donnée. De fait, cela contreviendrait à la doctrine de la séparation des pouvoirs, qui est l'un des piliers de toute démocratie constitutionnelle. Face à cet argument, la Cour a estimé que « bien qu'il n'existe pas une ligne claire délimitant les rôles respectifs du législatif, de l'exécutif et du judiciaire, il y a certains sujets qui relèvent essentiellement d'un bras de l'autorité publique plutôt que d'un autre ». ⁹⁶ Toutefois, ce constat n'a pas empêché la Cour de prendre une décision ayant un impact sur la politique.

Article 28 : droit des enfants à des services de soins de santé élémentaires

Dans son jugement, la Cour ne s'est pas penchée sur les droits des enfants. Néanmoins, elle a quelque peu corrigé la position qu'elle avait adoptée dans sa décision dans l'affaire *Grootboom*, estimant que l'obligation de fournir des soins de santé aux enfants incombait plus aux parents qu'à l'État. Dans la présente affaire, la Cour a déterminé que l'État a une obligation de faire en sorte que les familles s'occupent des soins aux enfants, sans préciser plus avant la nature exacte et la portée de cette obligation.

L'arrêt de la Cour

La Cour a ordonné au gouvernement de lever immédiatement les restrictions à la fourniture de névirapine dans les hôpitaux extérieurs aux sites pilotes, et d'élaborer un programme complet visant à réduire les risques de transmission du VIH de la mère à l'enfant.

Commentaires

Attendu avec la plus grande impatience, l'arrêt de la Cour constitutionnelle a été rendu au début du mois de juillet 2002, peu avant l'ouverture de la XIV^e Conférence internationale sur le SIDA à Barcelone, et a bénéficié d'une attention considérable de la part des médias et de la société civile dans le monde entier. De manière inhabituelle, ce jugement a été rendu à l'unanimité des onze juges, et non pas attribué à l'un d'eux en particulier, ce qui montre l'importance accordée par la plus haute juridiction d'Afrique du Sud à cette affaire. D'ailleurs, l'affaire *Organisation Treatment Action Campaign c. Ministère de la Santé* est devenue emblématique du combat judiciaire pour le droit à la santé. Les militants de la cause avaient espéré que cette décision serait la dernière sur cette question et qu'aucune autre action ne serait plus nécessaire sur ce front pour garantir au minimum cette forme de traitement contre le VIH. Malheureusement, si certaines provinces ont significativement accru l'accès à la névirapine, toutes ne l'ont pas fait. Malgré la victoire judiciaire, de nombreuses femmes n'étaient toujours pas en mesure de protéger leurs enfants de l'infection au VIH, et de nombreux enfants étaient toujours contaminés. Plusieurs mois après cette décision, l'organisation *Treatment Action Campaign* s'est entretenue avec le vice-président de l'Afrique du Sud sur la question de l'élaboration et la mise en application d'un plan national pour la prévention de la transmission mère-enfant, pour faire suite à la décision de la Cour. Néanmoins, les relations entre les militants et les autorités restent tendues, et des menaces ont été faites d'entamer de nouvelles actions en justice pour contraindre le gouvernement à améliorer l'accès aux traitements.

⁹⁵ Ibid., paragraphe 125.

⁹⁶ Ibid., paragraphe 98.

Afrique du Sud – Un groupe de militants du SIDA s'appuie sur la loi sur la concurrence pour remettre en cause les pratiques de tarification des laboratoires pharmaceutiques et imposer un accord débouchant sur l'octroi de licences volontaires sur des antirétroviraux brevetés

Hazel Tau & autres c. GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim, Competition Commission (commission de la concurrence) de l'Afrique du Sud (2003)

Tribunal et date de la décision

Cette action a pris la forme d'une plainte déposée en septembre 2002 devant la *Competition Commission* (commission de la concurrence) d'Afrique du Sud, contre les prix excessifs pratiqués par les laboratoires pharmaceutiques GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim sur quatre médicaments antirétroviraux. Le 16 octobre 2003, après instruction de la plainte, la Commission a rendu ses conclusions (non contraignantes) et décidé de transmettre la plainte au *Competition Tribunal* (tribunal de la concurrence) pour une audience assortie d'une décision contraignante. Pour éviter une telle issue, les défendeurs ont accepté un accord peu après.⁹⁷

Parties

À l'origine, les plaignants étaient huit personnes (quatre personnes vivant avec le VIH, une infirmière et trois médecins), l'organisation *Treatment Action Campaign*, le *Congress of South African Trade Unions* (congrès des syndicats d'Afrique du Sud) et le *Chemical, Energy, Paper, Printing, Wood and Allied Workers Union* (syndicat des travailleurs des secteurs de la chimie, l'énergie, le papier, l'imprimerie, le bois et des industries connexes). En février 2003, ils ont été rejoints par deux autres plaignants : le National AIDS Consortium (consortium national pour le SIDA) et un volontaire de l'organisation *Treatment Action Campaign*, décédé par la suite d'une maladie liée au SIDA en juin 2003.

Les intimés étaient les entreprises pharmaceutiques multinationales GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim, et plus spécifiquement : GlaxoSmithKline South Africa (Pty) Ltd. (le représentant sud-africain du groupe d'entreprises GlaxoSmithKline, détenteur du droit exclusif de commercialiser certains antirétroviraux brevetés en Afrique du Sud) ; Glaxo Group Ltd. (un groupe d'entreprises pharmaceutiques dont le siège est au Royaume-Uni) ; Boehringer Ingelheim (Pty) Ltd. (la division sud-africaine de CH Boehringer Group, un groupe d'entreprises pharmaceutiques dont le siège est en

⁹⁷ *Competition Commission of South Africa* (Commission de la concurrence d'Afrique du Sud). Communiqué de presse (No. 29 de 2003) : Competition Commission finds pharmaceutical firms in contravention of the Competition Act, 16 octobre 2003, www.compcom.co.za. La documentation officielle soumise à la commission est consultable dans sa quasi-totalité sur le site web de l'organisation *Treatment Action Campaign* à l'adresse suivante : www.tac.org.za (sur la page « Documents », voir sous l'onglet "Competition Commission Complaint against GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim"). Pour une discussion complète sur cette affaire, ainsi qu'une présentation du contexte politique dans lequel s'est inscrite l'action militante en faveur des traitements contre le VIH en Afrique du Sud, voir : AIDS Law Project & Treatment Action Campaign. *The Price of Life: Hazel Tau and Others vs GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim*. Johannesburg: ALP, 2002 (www.alp.org.za).

Allemagne, et détenteur du droit exclusif de commercialiser l'antirétroviral névirapine en Afrique du Sud) ; Ingelheim Pharmaceuticals (Pty) Ltd (une autre entreprise sud-africaine qui détient l'enregistrement de la névirapine auprès du *Medicines Control Council* — conseil de surveillance des médicaments) ; et Boehringer-Ingelheim International *GMBH*.

Réparation demandée

Les requérants demandaient à la Commission de transmettre la plainte, après instruction, au *Competition Tribunal* (tribunal de la concurrence), assortie d'une recommandation demandant au tribunal d'exercer de ses pouvoirs pour :

- ordonner aux intimés de cesser leurs pratiques abusives en matière de tarification ;
- déclarer « pratique interdite » la conduite des intimés et, partant, susceptible de donner lieu à des poursuites de la part de toute personne pouvant établir avoir eu à subir une perte ou un dommage imputable à cette pratique ; et
- ordonner une amende administrative correspondant à 10 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise en Afrique du Sud (exportations comprises) au cours de l'exercice financier précédent.

Résultat

Le 16 octobre 2003, la *Competition Commission* (commission de la concurrence) a annoncé sa décision de transmettre la plainte au *Competition Tribunal* (tribunal de la concurrence). Après instruction des faits, la Commission concluait que GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim avaient contrevenu au *Competition Act* (loi sur la concurrence) en pratiquant une tarification excessive au détriment des consommateurs, en interdisant à tout concurrent potentiel l'accès à une installation essentielle, et en se livrant à des actions visant à exclure la concurrence. À la suite de cette décision, les requérants et intimés sont rapidement parvenus à un accord, par lequel GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim acceptaient d'accorder des licences volontaires sur leurs médicaments brevetés contre paiement d'une redevance.

Il convient également de noter que, en septembre 2003, un peu avant que la Commission rende sa décision, les groupes *Treatment Project* (projet pour le traitement) et *Generic Antiretroviral Procurement Project* (projet pour l'approvisionnement en antirétroviraux génériques) de l'organisation *Treatment Action Campaign* avait demandé à Boehringer Ingelheim la cession de licences volontaires pour l'importation de névirapine générique. En cas de difficultés, les deux groupes envisageaient de déposer une demande de licences obligatoires auprès du *Commissioner of Patents* (comité des brevets). En venant étayer le dossier d'une telle demande, la décision de la Commission a accru la pression sur Boehringer Ingelheim en faveur d'une transaction avant d'en arriver à ces extrémités.

Contexte et faits

Avec plusieurs millions de personnes touchées et la maladie parmi les premières causes de mortalité dans le pays, l'Afrique du Sud est au nombre des pays les plus durement touchés par le VIH. Dans leur majorité, les Sud-africains utilisent les services du secteur public pour leurs soins de santé, mais ce système ne propose pas de traitement complet aux personnes vivant avec le VIH — et en particulier, il n'offre pas un accès universel aux traitements antirétroviraux. À l'époque de cette affaire, on estimait que 20 000 personnes seulement avaient accès à un traitement antirétroviral par l'intermédiaire du secteur privé. Dans cette affaire, forts des succès judiciaires précédents, les militants du SIDA entendaient s'appuyer sur la loi nationale sur la concurrence pour mettre en cause les politiques de prix pratiqués en Afrique du Sud par les fabricants de quatre médicaments antirétroviraux.

Arguments juridiques et points abordés

Le *Competition Act* (loi sur la concurrence) de 1998 interdit à une entreprise en position dominante sur un marché d'appliquer des « prix excessifs au détriment des consommateurs ». L'organisation *Treatment Action Campaign* et les autres requérants estimaient que les laboratoires GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim s'étaient engagés dans une pratique de prix abusifs sur les antirétroviraux, en contravention avec les dispositions de la loi, avec pour conséquence directe des décès prématurés liés au SIDA, et pourtant prévisibles et évitables. Cette plainte portait spécifiquement sur les médicaments antirétroviraux suivants :

- la zidovudine (AZT, sous la marque Retrovir[®]) ;
- la lamivudine (3TC, sous la marque 3TC[®]) ;
- la combinaison de zidovudine et de lamivudine dans un même comprimé (AZT +3 TC, sous la marque Combivir[®]) ; et
- la névirapine (sous la marque Viramune[®]).

À l'époque de l'affaire, les trois premiers de ces antirétroviraux étaient sous brevet de GlaxoSmithKline, et le quatrième sous brevet de Boehringer Ingelheim.

Pour chacun de ces médicaments, les requérants ont mis en avant des éléments précis et détaillés, en comparant quatre prix :

- le dernier prix en date demandé par GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim au secteur privé en Afrique du Sud ;
- le dernier meilleur prix international en date proposé aux pays en développement par GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim ;
- le meilleur prix proposé par des fabricants de versions génériques de ces produits, jugés acceptables selon le processus de préqualification de l'OMS pour l'approvisionnement des institutions des Nations Unies ; et
- le meilleur prix proposé par des fabricants de génériques produisant une version générique de ces antirétroviraux.⁹⁸

Les requérants ont ainsi mis en évidence les écarts de prix énormes entre les prix demandés en général au secteur public en Afrique du Sud et les prix pratiqués ailleurs pour des médicaments génériques. Du fait que GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim détenaient des brevets leur conférant un droit de commercialisation exclusif sur ces médicaments, les génériques correspondants n'étaient pas disponibles en Afrique du Sud. Dans ce contexte, et sachant que les antirétroviraux ne peuvent pas se substituer les uns aux autres, GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim jouissaient d'une position dominante sur le marché. Néanmoins, les requérants ont fait valoir que la protection donnée par un brevet « n'autorise pas une entreprise à pratiquer des prix sans aucun rapport raisonnable avec la valeur économique de la marchandise concernée ».

Les requérants ont également souligné comment la politique tarifaire de GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim avait pour effet de limiter l'accès, dans le secteur public comme dans le secteur privé, à un traitement qui permet pourtant d'améliorer les conditions d'existence et de sauver des vies. Bien entendu, cette situation créait un obstacle supplémentaire à la mise en place par les autorités, à l'échelle du secteur public, d'un plan global de traitement du VIH et du SIDA. Pour les

⁹⁸ Les requérants ont transmis ce dernier groupe de prix en précisant bien que cette catégorie comportait des produits génériques dont la commercialisation en Afrique du Sud n'avait pas encore été approuvée par le *Medicines Control Council* (conseil de surveillance des médicaments) ou préqualifiée par l'OMS. Ils ont donc indiqué qu'ils les communiquaient à titre indicatif et ne comptaient pas les utiliser dans le cadre de leur action devant la Commission de la concurrence.

personnes contraintes d'acheter leurs propres médicaments dans le secteur privé ou ne disposant que d'une prise en charge limitée (par exemple, dans le cadre de leur emploi), ces prix élevés étaient synonymes de traitement inexistant ou insuffisant, ou d'options thérapeutiques limitées. Les requérants ont donc fait valoir que ces pratiques se faisaient « au détriment » des consommateurs — l'un des points à démontrer pour établir l'infraction au *Competition Act* (loi sur la concurrence) — et en particulier au détriment de leurs droits à la vie, à la dignité et à l'égalité d'accès aux services de soins de santé garantis par la Constitution sud-africaine.

Aux termes du *Competition Act* (loi sur la concurrence), il faut non seulement établir que le prix pratiqué par une entreprise en situation dominante est au détriment des consommateurs, mais également qu'il est « excessif ». Les textes définissent un « prix excessif » comme étant un prix sans aucun « rapport raisonnable avec la valeur économique » du bien ou du service considéré. Pour déterminer ce qu'est un prix « raisonnable », les requérants ont estimé qu'il convenait d'observer ce que serait ce prix sur un marché concurrentiel (c'est-à-dire sans la protection des brevets) avec une marge bénéficiaire normale, mais aussi, dans ce contexte précis, les facteurs suivants :

- une redevance raisonnable pour le recouvrement des coûts de recherche et développement, proportionnée à la production du bien, que les autres producteurs ou vendeurs d'un bien équivalent sur le marché n'auraient pas eu à supporter ;
- une indemnité à titre de gratification et d'incitation pour l'innovation et l'esprit d'entreprise ;
- la nature et l'ampleur du préjudice pour les consommateurs lié au prix élevé (en tenant compte par exemple du fait qu'un prix élevé entraîne des décès évitables et des souffrances inutiles, ainsi que l'ampleur et la gravité du problème sanitaire considéré) ; et
- les conséquences négatives du prix élevé sur des droits protégés par la Constitution et reconnus au plan international.

Sur la base de ces éléments, les requérants ont estimé que les prix imposés par GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim étaient « considérablement disproportionnés par rapport à la valeur économique des biens, même en incluant les coûts de production et de R-D et une marge bénéficiaire appropriée ». Entre autres choses, les requérants ont fait état d'informations non confidentielles concernant les taux de rendement des laboratoires pharmaceutiques détenteurs de brevets (tout en soulignant que, forte de ses prérogatives, la Commission pourrait aisément se procurer les informations supplémentaires voulues, concernant des produits ou des entreprises en particulier, afin d'affiner encore l'évaluation). Les requérants ont également démontré que, même en retenant les fourchettes les plus favorables à GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim en matière de coûts de R-D et de taux de rendement « normal », les prix pratiqués restaient tout de même largement excessifs. Sur le chapitre des coûts de la R-D, les requérants ont aussi apporté des éléments démontrant qu'un financement public avait été accordé pour les travaux de recherche sur ces antirétroviraux, et suggéré à la Commission de demander à GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim de lui communiquer les chiffres réels, que ces deux entreprises n'avaient alors jamais divulgués.

Le 16 octobre 2003, la *Competition Commission* (commission de la concurrence) a rendu une décision dans laquelle elle donne raison aux requérants, mais va même plus loin. Non seulement, elle confirme que GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim se sont bien livrés à une tarification abusive, mais elle signale aussi deux autres infractions au *Competition Act* (loi sur la concurrence) liées au refus de ces entreprises d'accorder des licences à des fabricants de génériques. La commission a alors indiqué qu'elle allait demander au *Competition Tribunal* (tribunal de la concurrence) d'accorder des licences obligatoires à des fabricants de génériques, de façon à permettre un approvisionnement durable des Sud-africains en antirétroviraux moins chers.

Commentaires

Cet appel à la législation sur la concurrence a permis d'aboutir à des résultats concrets, synonymes d'un meilleur accès à des médicaments moins chers, non seulement dans toute l'Afrique du Sud, mais également à l'échelle de l'Afrique subsaharienne dans son ensemble. À ce titre, cette affaire a démontré l'efficacité des opérations combinant une action tactique en justice et une large mobilisation de la société civile.

À la suite de la plainte devant la *Competition Commission* (commission de la concurrence), mais avant sa décision en octobre 2003, les laboratoires GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim ont tous deux accordé des licences volontaires à Aspen Pharmacare, un fabricant sud-africain de médicaments génériques, pour la production de névirapine, d'AZT et de 3TC. Toutefois, ces licences comportaient certaines limites. Pour la névirapine, Boehringer Ingelheim accordait uniquement l'autorisation de fabriquer une version générique pour la vendre au gouvernement (et pas aux pharmacies ou aux programmes médicaux). Pour l'AZT et le 3TC, GlaxoSmithKline autorisait Aspen à fabriquer des versions génériques pour les vendre au gouvernement, aux organisations non gouvernementales et aux employeurs proposant des traitements antirétroviraux à leurs salariés non rattachés à un système de protection sociale. En revanche, ces licences ne permettaient pas aux fabricants de génériques de tenir un véritable rôle sur le marché du secteur privé, sur lequel une majorité de Sud-africains se procurent leurs services et produits de soins de santé. De même, Aspen n'était absolument pas autorisé à proposer ces produits sur les marchés hors Afrique du Sud.

À la suite de la décision de la commission, des pressions croissantes se sont exercées sur GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim en faveur d'une réduction des prix de leurs médicaments sur le marché sud-africain et de l'octroi de licences à des fabricants de génériques. Le jour même où la commission rendait son arrêt, GlaxoSmithKline modifiait sa licence pour autoriser Aspen à vendre l'AZT et le 3TC au secteur privé, et pour exporter ces produits dans tous les pays de l'Afrique subsaharienne. Parallèlement, GlaxoSmithKline baissait encore ses prix au secteur public, aux organisations non gouvernementales et aux entreprises proposant des traitements antirétroviraux à leurs salariés. Pour autant, aucun des deux laboratoires n'acceptait d'octroyer de licence à d'autres fabricants de génériques, ce qui limitait d'autant les perspectives de baisse des prix sous l'effet concurrentiel.

Le 10 décembre 2003 (Journée internationale des droits de l'homme et quatrième anniversaire de la création de l'organisation *Treatment Action Campaign*), les requérants ont annoncé être parvenus à des accords avec GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim pour régler le différend porté devant la *Competition Commission* (commission de la concurrence). L'effet de ces accords était de permettre la mise en application d'un accord antérieur négocié par la *Clinton Foundation*, et annoncé une semaine après la décision de la commission en octobre 2003, aux termes duquel certains laboratoires pharmaceutiques vendraient des trithérapies aux gouvernements des pays de l'Afrique subsaharienne au prix de 140 USD par patient et par an. Dans ce cadre, GlaxoSmithKline et Boehringer Ingelheim s'engageaient à :

- élargir leurs licences volontaires avec Aspen Pharmacare pour autoriser la vente au secteur privé et l'exportation vers les pays de l'Afrique subsaharienne (en s'engageant à ne demander l'application d'aucun brevet dans ces pays) ;
- accorder des licences équivalentes à deux autres entités ; et
- ne percevoir aucune redevance supérieure à 5 % des ventes nettes d'un produit.

Par ailleurs, GlaxoSmithKline a également accepté d'accorder des licences équivalentes à Thembalani Pharmaceuticals (une entreprise conjointe regroupant la filiale sud-africaine de Ranbaxy, un grand fabricant indien de génériques, et Adcock Ingram Holdings). Enfin, les groupes *Treatment*

Project (projet pour le traitement) et *Generic Antiretroviral Procurement Project* (projet pour l'approvisionnement en antirétroviraux génériques) de l'organisation *Treatment Action Campaign* ont conclu un accord avec Boehringer Ingelheim selon lequel le laboratoire leur accorderait à chacun une licence gratuite et non exclusive pour l'importation et la distribution de névirapine en Afrique du Sud.

Thaïlande – Des personnes vivant avec le SIDA contestent le brevet d’une entreprise portant sur un médicament antirétroviral

AIDS Access Foundation et al. c. Bristol Myers-Squibb Company et Département de la propriété intellectuelle, Tribunal central chargé du commerce international et de la propriété intellectuelle, affaire No. Tor Por 34/2544, affaire No. 92/2545 (2002)

Tribunal et date de la décision

Le jugement a été rendu par le Tribunal central chargé du commerce international et de la propriété intellectuelle, le 1^{er} octobre 2002.⁹⁹

Parties

Les requérants – deux personnes vivant avec le VIH et une organisation non gouvernementale thaïlandaise, la fondation *AIDS Access Foundation* — demandaient un accès à une version générique meilleur marché du médicament antirétroviral didanosine (ddI). L’action était intentée à la fois contre le laboratoire pharmaceutique multinational Bristol Myers-Squibb, qui détient le brevet sur ce produit en Thaïlande, et contre le Département de la propriété intellectuelle dépendant du gouvernement thaïlandais.

Réparation demandée

Les requérants demandaient que soit invalidé, au moins en partie, le droit de propriété intellectuelle que détient Bristol Myers-Squibb sur la ddI, de façon à permettre la production et la distribution d’une version générique meilleur marché de ce médicament en Thaïlande.

Résultat

Le tribunal a donné raison aux requérants, estimant que Bristol Myers-Squibb avait tenté d’exercer un droit de propriété exclusif sur ce produit au-delà de la plage de dosage spécifiée à l’origine dans l’enregistrement du brevet, en supprimant la phrase « compris entre 5 et 100 mg par dose ». En l’occurrence, l’objectif recherché, et atteint, par Bristol Myers-Squibb était de freiner la production de génériques de ce produit et de préserver son monopole sur la ddI en Thaïlande. Le tribunal a reconnu le caractère illégal de cette suppression et ordonné au Département de la propriété intellectuelle de remettre le texte du brevet dans sa version légitime. Le laboratoire Bristol Myers-Squibb a également été condamné aux dépens des frais de justice.

Contexte et faits

Par le biais de l’Organisation publique des produits pharmaceutiques, le Ministère thaïlandais de la Santé publique fournissait, à un prix raisonnable, des versions génériques de grande qualité de

⁹⁹ Les informations présentées ici ont en partie été adaptée de K. Kaplan et al. « Thaïlande – La revendication du brevet d’un médicament antirétroviral est déclarée invalide ». *Revue canadienne VIH/SIDA et droit* 2002 ; 7(2/3): 60-61 (www.aidslaw.ca). Les auteurs de cette synthèse ont également préparé une traduction non officielle en anglais du jugement original en thaï. Voir également : K Ahmad. Thailand court forces reversal of drug firm antiretroviral patent. *Lancet* 2002 ; 360: 1231.

quelques médicaments antirétroviraux. Cependant, pour certains antirétroviraux, la question des droits de propriété intellectuelle plaçait l'Organisation publique des produits pharmaceutiques dans l'incapacité juridique de produire légalement des génériques. Parallèlement, les autorités thaïlandaises se montraient réticentes à imposer des licences obligatoires ou à user de l'autorité publique pour élargir la gamme des produits proposés par l'Organisation. En conséquence, du fait de leur prix prohibitif, les antirétroviraux autres que ceux proposés par l'Organisation restaient inaccessibles à la plupart des personnes vivant avec le VIH en Thaïlande. Dans ce contexte, les militants thaïlandais pour l'accès aux traitements faisaient campagne pour la couverture du prix entier de la thérapie antirétrovirale par le système de soins de santé universels, ainsi que pour une participation concrète à la mise sur pied de services complets pour le traitement du VIH dans les hôpitaux du pays.

Bristol Myers-Squibb, le laboratoire fabriquant la ddI, détenait un certain nombre de brevets thaïlandais sur ce produit, avec à la clé un droit exclusif de fabrication, importation et commercialisation du médicament en Thaïlande. Parmi eux figurait un brevet couvrant la formulation en comprimés tamponnés de ce médicament. Les militants thaïlandais ont alors contesté la validité de ce brevet au motif que le fait d'ajouter un antiacide pour tamponner le composé, soit une pratique courante en pharmacie, ne représentait pas une innovation suffisante pour justifier une protection au titre de la propriété intellectuelle.

En 1999, ces militants ont demandé au gouvernement d'octroyer une licence obligatoire pour permettre à l'Organisation publique des produits pharmaceutiques de produire une version générique du produit. Une telle mesure était envisageable dans le cadre des dispositions de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* de l'OMC, qui permettent spécifiquement l'octroi de licences obligatoires d'inventions brevetées, sous certaines conditions, notamment le versement d'une « rémunération appropriée » au détenteur du brevet (Article 31). Le gouvernement américain, qui par le passé avait fait part de son opposition à l'octroi d'une licence obligatoire par le gouvernement thaïlandais, a fait savoir aux militants qu'il n'émettrait aucune objection si les autorités thaïlandaises venaient à imposer une licence obligatoire pour faire face à la crise du SIDA, à condition bien sûr qu'elles respectent les dispositions de l'*Accord* de l'OMC.¹⁰⁰

Cependant, les responsables des ministères thaïlandais de la Santé publique et du Commerce n'ont jugé bon ni de répondre officiellement à la demande des militants, ni d'octroyer une licence obligatoire. En conséquence, le laboratoire Bristol Myers-Squibb est resté la seule source de ddI tamponnée en Thaïlande. Au moment de l'affaire, Bristol Myers-Squibb vendait ses comprimés de ddI tamponnés de 100 mg au prix de 44 bahts l'unité (au cours d'alors, il fallait 42 bahts pour 1 USD). Les Thaïlandais vivant avec le VIH qui n'avaient pas les moyens de payer les comprimés tamponnés devaient se contenter de la ddI générique en poudre produite par l'Organisation publique des produits pharmaceutiques. Sous cette forme, la prise du médicament est moins simple : il est plus difficile à transporter, plus difficile à prendre discrètement puisqu'il faut le mélanger à un liquide, et les risques d'effets secondaires tels que des diarrhées sont plus importants. Toutes ces complications gênent le bon suivi des prescriptions combinant différents antirétroviraux.

Lors de l'enregistrement du brevet, Bristol Myers-Squibb avait indiqué que ledit brevet portait sur des comprimés tamponnés contenant entre 5 et 100 mg du produit actif. Par la suite, Bristol Myers-Squibb et le Département de la propriété intellectuelle dépendant du gouvernement thaïlandais ont retiré cette mention du brevet, dans le but d'étendre le droit de propriété intellectuelle de Bristol Myers-Squibb à toute formulation de plus de 100 mg par dose. Or, un tel brevet interdisait à un fabricant de génériques, tel que l'Organisation publique des produits pharmaceutiques, de produire des comprimés tamponnés de ddI.

¹⁰⁰ Lettre de Joseph S. Papovich, représentant commercial des Etats-Unis, à Paisan Tan-Ud, Président du Réseau thaïlandais des personnes vivant avec le VIH/SIDA (TNP+), datée du 27 janvier 2000.

Arguments juridiques et points abordés

Le 9 mai 2001, les requérants ont intenté leur action en justice contre Bristol Myers-Squibb, faisant valoir que l'enregistrement du brevet avait été modifié illégalement dans le but d'étendre encore le monopole sur ce produit.

Bristol Myers-Squibb et le Département de la propriété intellectuelle soutenaient que, comme les demandeurs n'étaient pas des fabricants et/ou des concurrents, ils ne pouvaient être considérés comme une partie lésée et n'avaient donc pas le pouvoir d'intenter la poursuite. Le tribunal a rejeté cet argument et a conclu que les demandeurs avaient un intérêt à faire valoir (comme parties lésées). La Cour a déclaré que « les médicaments sont essentiels à la vie humaine, par opposition à d'autres produits que les consommateurs peuvent choisir de consommer ou non », et que « le traitement de la vie et de la santé l'emporte sur toute autre considération ». Le tribunal a souligné que « ce principe a été mondialement reconnu » dans l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* de l'OMC. En conséquence, le tribunal a conclu que les parties lésées par la modification illégale du brevet ne pouvaient être limitées aux fabricants ou vendeurs concurrents du médicament breveté.

Une fois ceci posé, le tribunal a examiné le fond de l'affaire et conclu au caractère illicite de la suppression par Bristol Myers-Squibb et le Département de la propriété intellectuelle de la mention « compris entre 5 et 100 mg par dose », dans le but de bloquer l'entrée sur le marché de concurrents vendant des génériques meilleur marché.

La Cour a ordonné que la condition limitative concernant le dosage, illégalement supprimée de la demande de brevet, soit rétablie, mais également à Bristol Myers-Squibb de payer les frais de justice des requérants.

Commentaires

Véritable première dans l'histoire judiciaire de la Thaïlande, cette affaire a été intégralement menée par des militants de la société civile qui ont perçu à la fois la possibilité et l'utilité de recourir à la loi pour contester la protection abusive de brevets bloquant l'accès à un médicament vital pour la plupart des Thaïlandais vivant avec le VIH.¹⁰¹ À cet égard, il est important que le tribunal ait fait une référence directe à la Déclaration de Doha de l'OMC pour étayer explicitement la conclusion selon laquelle les droits à la vie et à la santé peuvent prendre le pas sur les droits de propriété. Certains États et commentateurs ont prétendu que la Déclaration de Doha n'avait aucun poids juridique, s'agissant d'une déclaration « purement politique », mais c'est incontestablement faux sur le plan du droit, et cette affaire a utilement montré comment cette Déclaration pouvait également peser sur les décisions de justice à l'échelon des pays.

À la suite de cette décision, les militants thaïlandais pour l'accès aux traitements ont incité le gouvernement à ordonner à l'Organisation publique des produits pharmaceutiques de commencer sans délai à fabriquer une version générique de la ddI sous forme de comprimés tamponnés de plus de 100 mg. Des représentants de l'Organisation ont déclaré qu'ils pourraient fabriquer le médicament sous forme de comprimés tamponnés à la moitié du prix exigé par Bristol Myers-Squibb. Le 16 octobre 2002, l'Organisation a annoncé qu'elle fabriquerait une version générique du comprimé tamponné dans des gammes de posologie différentes des formulations de 5-100 mg protégées par le brevet, si elle était certaine que Bristol Myers-Squibb ne porterait pas le jugement en appel.¹⁰² À la date de la présente publication, aucune procédure d'appel n'était intentée.

¹⁰¹ Pour d'autres commentaires, voir : N Ford *et al.* The role of civil society in protecting public health over commercial interests: lessons from Thailand. *Lancet* 2004; 363: 560-63.

¹⁰² P. Thepgumpanat. Thailand takes on US giant over AIDS drug. Reuters, 9 octobre 2002 ; Thai government to begin producing didanosine. Kaiser Daily HIV/AIDS Report, 18 octobre 2002 (avec référence au *Financial Times*, 17 octobre 2002) ; S Sivaram. Patient rights win over patent rights. Inter Press Service, 20 octobre 2002.

Équateur – Un tribunal ordonne au gouvernement de garantir la fourniture d'antirétroviraux

Edgar Mauricio Carpio Castro et al. c. Programa Nacional del SIDA-VIH-ITS (Programme national contre le VIH/SIDA et les IST) & Ministerio de Salud Pública (Ministère de la santé publique), Tribunal constitutionnel (troisième chambre), Décision No. 0749-2003-RA (2004)

Tribunal et date de la décision

En septembre 2003, les demandeurs ont intenté une action devant le tribunal de première instance qui a rendu un arrêt le 7 octobre 2003. Les défendeurs ont interjeté appel et le Tribunal constitutionnel a rendu sa décision le 28 janvier 2004.

Parties

Les demandeurs sont quatre personnes vivant avec le VIH et nécessitant un traitement antirétroviral. Les défendeurs sont le Ministère de la Santé publique et le Directeur du Programme national contre VIH/SIDA et les infections sexuellement transmissibles.

Réparation demandée

Les demandeurs ont intenté une procédure d'*amparo* pour la protection de leurs droits constitutionnels. En l'occurrence, ils demandaient un arrêt demandant à l'État de remettre immédiatement en place la fourniture de médicaments antirétroviraux, dans les quantités, dosages et posologies prescrits par leurs médecins, ainsi que la conduite des examens de mesure de la charge virale, de numération des cellules CD4 et CD8, et des tests génotypiques et phénotypiques, nécessaires à la conduite d'un traitement efficace aux antirétroviraux.

Résultat

Le tribunal de première instance a donné raison aux demandeurs, concluant que l'État avait violé leurs droits constitutionnels à la vie et à la santé, et ordonné au Ministère de la Santé et au Directeur du Programme national contre VIH/SIDA et les IST de prendre des mesures urgentes pour fournir les traitements appropriés et assurer les examens voulus (mesure de la charge virale et numération des cellules CD4 et CD8). Toutefois, le Ministère de la Justice et le Ministère de la Santé ont fait appel de la décision devant le Tribunal constitutionnel, mais celui-ci a confirmé la décision prise en première instance et a donné lui aussi raison aux demandeurs.

Contexte et faits

Entre juillet et septembre 2002, des dizaines de personnes vivant avec le VIH en Équateur ont déposé des requêtes auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans le but d'obtenir une ordonnance de « mesures de précaution » (*medidas cautelares*) face au refus de l'État de garantir l'accès aux médicaments antirétroviraux nécessaires, ou à ses défaillances en la matière. Ces requêtes faisaient suite au précédent créé l'année d'avant par l'affaire *Odir Miranda et al. c. Salvador*, présentée précédemment.¹⁰³ La Commission a ordonné que des mesures de précaution soient prises

¹⁰³ *Jorge Odir Miranda Cortez et al. c. Salvador*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport No. 29/01, affaire 12.249 (2001).

dans les affaires des 153 requérants. (Trois des quatre demandeurs dans la présente affaire figuraient au nombre des 153 requérants en faveur de qui la Commission avait préalablement ordonné des mesures de précaution.)

En réponse à ces arrêts, le gouvernement équatorien avait mis en place des services de soins de santé dans les hôpitaux publics à destination des personnes vivant avec le VIH en Équateur, comprenant notamment des thérapies antirétrovirales. En conséquence, les requérants ont alors pu bénéficier de soins médicaux, d'analyses médicales, d'antirétroviraux et de médicaments contre les infections opportunistes. Toutefois, en mai 2003, la distribution de l'un de ces antirétroviraux (indinavir) a été suspendue et, à compter de septembre 2003, il n'y avait plus qu'un seul antirétroviral encore distribué. C'est cette défaillance dans la fourniture de médicaments nécessaires qui a été à l'origine de cette procédure.

Arguments juridiques et points abordés

Les requérants ont fait valoir que le refus de fournir les médicaments constituait une violation de :

- leur droit à la vie, tel que reconnu dans la Constitution (Article 23.1), qui stipule que l'État garantit « l'inviolabilité de la vie » ;
- leur droit à la santé, tel que reconnu dans la Constitution (Articles 42 et 43), qui affirme la protection de la santé par l'État et la gratuité des programmes et mesures de santé publique ; et
- le droit à un traitement gratuit contre le VIH/SIDA, tel qu'établi dans la « Loi sur la prévention du VIH/SIDA et la prise en charge intégrale des soins » (*Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH/SIDA*, Article 6b) et le Décret sur les soins aux personnes vivant avec le VIH/SIDA (*Reglamento para la Atención a las personas que viven con el VIH-SIDA*, Article 3).

Pour commencer, le Tribunal constitutionnel a analysé le principe selon lequel l'État équatorien doit protéger le droit à la santé de son peuple, tel que le définissent la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme* de 1948 (Article XI) et le *Protocole de San Salvador* de 1988 qui complète la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* de 1969. Dans son Article 10, le *Protocole* stipule que toutes les parties ont reconnu que toute personne a le droit à la santé et que la santé est un « bien public ». Les parties au *Protocole* se sont également engagées à adopter des mesures visant, entre autres objectifs, la « prévention et le traitement des maladies endémiques [...] et autres » et « la satisfaction des besoins sanitaires des groupes les plus exposés et des personnes les plus vulnérables du fait de leur état de pauvreté ».

Le tribunal a affirmé, « sans préjuger de son propre statut d'indépendance, que le droit à la santé faisait partie intégrante du droit à la vie ». En outre, le tribunal a estimé que le droit à la santé non seulement fondait les citoyens à exiger de l'État qu'il adopte des politiques, plans et programmes généraux en matière de santé, mais qu'il faisait parallèlement obligation à l'État d'élaborer des normes, de mener des travaux de recherche, de fixer des politiques publiques, de créer des institutions adaptées et de les mettre à la disposition des populations pour protéger et promouvoir la santé. Le tribunal a noté que la Constitution affirmait que l'État doit garantir la promotion et la protection de la santé (Article 42), et que les programmes et mesures en matière de santé publique doivent être gratuits pour tous, les services de soins médicaux publics étant destinés à ceux qui en ont besoin (Article 43).

Au-delà des normes constitutionnelles générales, le tribunal a aussi pris en compte un certain nombre de dispositions ordinaires relatives au VIH, au SIDA et à la santé, notant par exemple que l'objectif de la *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud* (Loi organique relative au système de

santé) de 2002 était de garantir un accès équitable et universel aux services de soins de santé, par l'intermédiaire d'un réseau de services décentralisés, et que cette législation était l'expression du principe de solidarité sociale face aux besoins sanitaires de la fraction la plus vulnérable de la population. Cette approche est en phase avec le *Código de la Salud* (Code de la santé) qui stipule que le Programme national contre le VIH/SIDA et les IST relève de l'effort que l'État doit mener pour promouvoir la santé individuelle et collective, avec l'obligation de fournir des médicaments à tous les hôpitaux et centres de santé publics (Article 96). Enfin, en complément de ces dispositions, il y a l'obligation faite au Ministère de la Santé d'acheter des médicaments pour les distribuer, aux termes de la *Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH-SIDA* (Loi sur la prévention du VIH/SIDA et la prise en charge intégrale des soins) de 2000, et du *Reglamento para las personas que viven con el VIH-SIDA* (Décret sur les soins aux personnes vivant avec le VIH/SIDA) de 2002.

De manière tout à fait intéressante, le Tribunal constitutionnel a également noté expressément que l'Équateur avait adopté la *Déclaration d'engagement sur le VIH/SIDA* de la Session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le VIH/SIDA de 2001, par laquelle tous les États membres de l'Assemblée se sont engagés à garantir l'accès pour tous aux traitements, et à mettre en place ou renforcer des systèmes pour la supervision, la promotion et la protection des droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH.

Examen fait des dispositions légales applicables, le Tribunal a expressément affirmé que le droit constitutionnel équatorien créait des obligations positives pour l'État en matière de droits sociaux, et que les obligations ainsi créées prenaient effet immédiatement et avaient « force de loi », en conséquence de quoi un tribunal pouvait en demander l'application. Dans le cas précis de cette affaire, le Tribunal a également reconnu que le droit à la santé était un droit économique dont les requérants étaient fondés à demander directement l'application. Sur la base des auditions, le Tribunal a conclu au manquement du Ministère de la Santé à son obligation de fournir les antirétroviraux voulus, manquement à l'origine de dommages considérables pour les requérants vivant avec le VIH et en violation de droits garantis par la Constitution équatorienne et d'autres instruments internationaux ratifiés par l'Équateur. Le Ministère avait donc bien violé les droits fondamentaux à la vie et à la santé des requérants. En conséquence, le Tribunal a accédé à leur requête et ordonné au Ministère de la Santé de prendre des mesures immédiates pour garantir l'accès aux antirétroviraux dont l'approvisionnement avait été interrompu, et aux services connexes voulus pour la bonne prescription de ces traitements.

Commentaires

Cette affaire a représenté une avancée majeure pour l'Équateur, même si les arguments avancés avaient, à cette époque, été déjà largement débattus par de nombreux ressorts d'Amérique latine. Elle reprend le schéma, assez habituel des arrêts des instances de cette région, de références aux instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme. À l'évidence, les instruments tels que le *Protocole de San Salvador*, et en particulier la référence qui y est faite au droit à la santé, ont été beaucoup plus largement examinés et utilisés par les tribunaux d'Amérique latine, que ceux de l'Amérique du Nord. Par ailleurs, ce jugement est aussi exemplaire dans la mesure où le tribunal a fondé sa décision sur la *Déclaration d'engagement sur le VIH/SIDA* de la Session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui n'est pas une résolution juridiquement contraignante, montrant ainsi que cette Déclaration peut se révéler être un outil utile pour les défenseurs des droits de l'homme et de la société civile.

III. Prévention et soins liés au VIH dans les prisons



Colombie – La Cour soutient les droits des détenus séropositifs

Pedro Orlando Ubaque c. Directeur de la Prison modèle nationale, Cour constitutionnelle de Colombie, décision No. T-502/94 (1994)

Tribunal et date de la décision

En première instance, le tribunal pénal municipal de Bogota No. 79, avait rendu la première décision le 24 mai 1994. En appel, la Cour constitutionnelle avait rendu son jugement le 4 novembre 2004.

Parties

Le requérant, Pedro Orlando Ubaque, avait porté plainte contre le Directeur de la Prison modèle nationale.

Réparation demandée

Le requérant demandait que les détenus séropositifs de l'Aile 3 de la Prison modèle nationale soient réaffectés dans une autre partie de l'établissement où « ils pourraient vivre dans une plus grande dignité ».

Résultat

Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle a accordé trois mois au directeur de la prison pour mener des travaux visant à améliorer l'Aile No. 3 (« l'aile VIH/SIDA »). La Cour a laissé à la discrétion du directeur la décision de savoir si les détenus pouvaient être transférés dans une autre partie de l'établissement pendant les travaux.

Contexte et faits

À l'époque de la procédure, les informations disponibles sur la prévalence du VIH dans la population carcérale colombienne étaient parcellaires et peu fiables. Certains rapports faisaient état de taux de prévalence entre 1 et 3 %, alors que de l'avis des observateurs le taux de prévalence réel devait être entre 10 et 35 fois celui indiqué dans les statistiques officielles.¹⁰⁴

Le requérant était l'un des détenus de l'Aile No. 3 de la Prison modèle nationale, « l'aile VIH/SIDA », où était placé tout détenu séropositif. Il affirmait que les conditions de vie dans cette aile étaient telles que les cellules en étaient inhabitables. En particulier, il indiquait que :

[...] l'aile où nous sommes gardés est inhabitable à cause de l'humidité provoquée par le fait que nous sommes au-dessus de la citerne qui alimente l'ensemble de l'établissement et toute la population carcérale. Il y a des fuites dans certaines cellules et, dans les autres, l'humidité a provoqué des détériorations. Ces conditions ont des répercussions sur notre santé, notamment des allergies respiratoires et des douleurs osseuses, à cause du froid qui règne et de l'absence de circulation d'air dans cette partie enclavée des bâtiments.

¹⁰⁴ Liga Colombiana de Lucha Contra el SIDA. « Informe preliminar sobre la situación de los privados de la libertad y el VIH/SIDA en Colombia » (non daté), www.laccaso.org/pdfs/prisioncol.pdf.

Aux dires du requérant, le directeur de la prison était parfaitement au courant de ces conditions puisqu'il avait visité l'aile incriminée en personne. Toujours selon lui, le directeur avait promis de transférer les détenus dans une autre partie de la prison dans les huit jours, et pour la durée des travaux, mais rien n'avait été fait.

Arguments juridiques et points abordés

En première instance, le tribunal municipal a rejeté la plainte, estimant que certaines améliorations avaient été apportées aux conditions de vie dans les cellules. En outre, le tribunal estimait qu'il n'était pas souhaitable de mettre des détenus séropositifs en contact avec les autres détenus. Le tribunal a ainsi statué :

Compte tenu du fait que le virus du SIDA constitue une menace pour la santé publique, [et] que la maladie est une épidémie mortelle et sans aucun traitement à ce jour, il y a lieu d'assurer, par tous les moyens nécessaires, une protection fondamentale des personnes dans l'enceinte de la Prison modèle nationale. De plus, cette situation fait obligation à la direction de prendre les précautions nécessaires pour éviter la propagation de cette menace bien réelle et croissante à la santé publique.

Le requérant a fait appel de cette décision. À titre de question préliminaire, il a été demandé à la Cour constitutionnelle d'indiquer si le requérant pouvait intenter l'action en son nom, mais aussi au nom de trois autres détenus de la même aile. La Cour a rejeté cette demande, indiquant qu'il n'y avait aucun élément dans sa plainte au nom duquel il pourrait représenter ses codétenus.

Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle devait indiquer si les conditions de détention, en particulier les conditions de vie dans les cellules, étaient de nature à mettre en péril les droits du requérant, en particulier son droit à la vie et son droit à la santé. La Cour a reconnu que les autorités pénitentiaires avaient effectivement consenti des efforts en direction des détenus séropositifs, avec notamment des services médicaux et dentaires et une zone de repos, de façon à leur offrir une qualité de vie particulière. Pour autant, les niveaux d'humidité dans l'aile de l'établissement où était placé le requérant avaient des conséquences sur sa santé et mettaient sa vie en danger, compte tenu de la sensibilité accrue aux maladies des personnes séropositives, consécutive à l'affaiblissement de leurs défenses immunitaires. La Cour a donc estimé que « malgré les efforts déjà consentis par les autorités de la prison, et ceux encore envisagés pour améliorer les conditions physiques et sanitaires dans l'aile incriminée », le directeur devait apporter de nouvelles améliorations dans un délai imparti, pour que soient respectés les droits du requérant à la santé et à la vie.

La Cour a cité, en la réaffirmant, l'une de ses décisions antérieures¹⁰⁵ dans laquelle elle estimait que les personnes séropositives ou malades du SIDA jouissent des mêmes droits que les autres et que, compte tenu de la gravité de la maladie, les autorités ont l'obligation d'offrir à ces personnes une protection particulière pour garantir le respect de leurs droits fondamentaux et de leur dignité, et pour éviter toutes formes ou actes de stigmatisation ou de discrimination à leur encontre.

La Cour ne s'est pas penchée directement sur la question de la ségrégation des détenus séropositifs, et a laissé à la discrétion du directeur la possibilité de réaffecter les détenus, en lui recommandant d'agir en la matière sur la base de « critères rationnels ».

¹⁰⁵ Cour constitutionnelle de Colombie, décision No. T-505/92 (2002).

Commentaires

La décision de la Cour constitutionnelle aborde les conditions de détention sous l'angle du droit à la vie et du droit à la santé. *L'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus des Nations-Unies* (1955) stipule que :

Les locaux de détention et, en particulier, ceux qui sont destinés au logement des détenus pendant la nuit, doivent répondre aux exigences de l'hygiène, compte tenu du climat, notamment en ce qui concerne le cubage d'air, la surface minimum, l'éclairage, le chauffage et la ventilation.¹⁰⁶

Cette décision va au-delà du principe largement accepté fixé dans les *Règles des Nations Unies* selon lequel les détenus ont droit au minimum à un niveau de soins équivalent à celui disponible au sein de la communauté, en reconnaissant que les détenus séropositifs nécessitent des mesures de protection particulières du fait de leur susceptibilité à différentes maladies ou infections, en particulier lorsqu'ils sont confinés dans un environnement hygiéniquement insuffisant. Pour autant, la Cour n'a pas saisi l'occasion qui s'offrait à elle de se pencher sur les pratiques de ségrégation des détenus séropositifs à l'écart du reste de la population carcérale. Les *Directives de l'OMS sur l'infection à VIH et le SIDA dans les prisons* de 1993 précisent :

Puisqu'il n'est pas considéré utile, ni à propos, d'imposer aux membres de la communauté infectés par le VIH des mesures de ségrégation ou d'isolement ni d'imposer des restrictions à leurs activités professionnelles, sportives ou ludiques, il conviendrait d'adopter la même attitude à l'égard des détenus infectés par le VIH. Les décisions d'isolement pour raison de santé devraient être prises uniquement par le corps médical et pour des motifs identiques à ceux qui valent pour le public en général, en application des règles et règlements de santé publique. Les droits des détenus ne devraient pas être restreints plus qu'il n'est absolument nécessaire pour des raisons médicales [...]¹⁰⁷

Les *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme* des Nations Unies précisent que la mise à l'isolement et la ségrégation des détenus séropositifs sont contraires aux normes relatives aux droits de l'homme. La Directive 4 recommande ainsi que les mesures prises à l'égard des détenus comprennent notamment les suivantes :

Les autorités pénitentiaires doivent prendre toutes les mesures nécessaires — engagement d'un personnel suffisant, surveillance efficace, mesures disciplinaires, etc. — pour protéger les prisonniers contre le viol et la violence et la coercition sexuelles. Elles doivent aussi assurer aux prisonniers (ainsi qu'au personnel pénitentiaire, le cas échéant) l'accès, en matière de VIH, à une information sur la prévention, à l'éducation requise, aux tests volontaires, aux conseils, aux moyens prophylactiques (préservatifs, hypochlorite de soude et matériel d'injection propre), au traitement et aux soins, et à la participation volontaire à des tests cliniques liés au VIH, de même qu'assurer la confidentialité et interdire les tests obligatoires, la ségrégation et le refus d'utiliser les installations de la prison et de bénéficier des privilèges et programmes de libération prévus pour les prisonniers porteurs du virus. Il faudrait étudier la possibilité d'accorder une libération anticipée aux prisonniers atteints du SIDA pour des raisons d'ordre humanitaire.¹⁰⁸

Il aurait été plus encourageant que la Cour choisisse d'examiner la question de la ségrégation des détenus vivant avec le VIH et donne des orientations, sur la base des normes internationales, au Directeur de la prison et autres responsables de la politique carcérale en Colombie.

¹⁰⁶ Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus des Nations-Unies (1955) : Article 10.

¹⁰⁷ *Directives de l'OMS sur l'infection à VIH et le SIDA dans les prisons* (1993), paragraphe 27.

¹⁰⁸ *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme*. Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme & Programme conjoint des Nations Unies sur le VIH et le SIDA, 1998. Paragraphe 29.

Hong Kong – Demandes de réduction de peine pour des raisons d'ordre humanitaire pour des prisonniers vivant avec le VIH

R. c. *Lo Chi Keung*, (1996) 3 HKCA 155

HKSAR c. *Vasquez Tarazona Jesus Juan*, (2001) 941 HKCU 1

Tribunal et date de la décision

Dans la première affaire, *Lo Chi Keung*, l'arrêt de la Cour d'appel a été rendu en 1996. Dans la seconde, *Jesus Juan*, l'arrêt a été rendu par la chambre de première instance de la Haute cour de la région administrative spéciale de Hong Kong en 2001.

Parties

Dans les deux affaires, les requérants étaient des détenus condamnés. Dans la première affaire, l'intimé était, à l'époque, la Couronne britannique, Hong Kong étant alors encore une colonie britannique. La seconde affaire s'étant déroulée après la restitution de Hong Kong à la Chine, l'intimé était alors la région administrative spéciale de Hong Kong.

Réparation demandée

Dans les deux affaires, les requérants demandaient une réduction de leur peine pour des raisons d'ordre humanitaire, étant tous deux séropositifs au VIH. Dans la première affaire, le détenu de 27 ans avait été condamné pour infraction à la législation sur les armes et purgeait une peine de 8 ans à la prison de Stanley. Dans la seconde, il s'agissait d'un ressortissant chilien, condamné pour association de malfaiteurs et contrefaçon (faux papiers), purgeant une peine de 13 mois à la prison de Stanley.

Résultat

Dans chacune des affaires, le tribunal a rejeté la demande de réduction de peine. Les arrêts rendus ont retenu des approches similaires.

Contexte et faits

Ancienne colonie britannique, Hong Kong est officiellement devenue une « Région administrative spéciale » de la République populaire de Chine en 1997, après le départ du dernier gouverneur britannique. Hong Kong avait reconnu l'épidémie de VIH et a pris des mesures certaines d'intervention. Depuis un certain temps, Hong Kong comptait également un groupe en plein développement d'organisations de la société civile travaillant sur le VIH. La première des deux affaires a été jugée sous l'autorité judiciaire britannique, à une époque où aucune thérapie antirétrovirale n'était disponible pour un prisonnier à Hong Kong. Lorsque la seconde affaire a été entendue, le système judiciaire était toujours plus britannique que chinois, mais l'intervention de la « Région administrative spéciale » au VIH était suivie de très près par une société civile émergente qui commençait à jouer un rôle moteur dans la lutte contre le VIH dans la République populaire de Chine.

Arguments juridiques et points abordés

Dans les deux affaires, la question fondamentale était de déterminer s'il y avait lieu de réduire, pour des raisons d'ordre humanitaire, la peine d'un détenu séropositif. Les deux requérants demandaient une telle réduction. Dans les deux cas, l'État contestait cette demande.

Dans la première affaire, alors qu'une lettre d'un des membres du personnel médical de la prison de Stanley confirmait le statut sérologique du requérant (*Lo Chi Keung*) le tribunal estimait qu'aucun élément n'établissait que celui-ci était à la phase terminale de sa maladie ou près de cette phase, ni non plus que la prison de Stanley n'était pas en mesure de mettre à disposition les « équipements nécessaires et appropriés » pour ses soins. Néanmoins, pour laisser la porte ouverte à un réexamen de la situation au cas où l'état du requérant viendrait à se détériorer, le tribunal indiquait : « Rien ne nous paraît justifier qu'on envisage, pour des raisons d'ordre humanitaire, une réduction de la peine à laquelle le requérant a été condamné. [...] Nous restons assurés que les responsables surveilleront étroitement l'état physique du requérant, de façon à permettre toute autre demande d'une procédure spéciale de libération anticipée pour un homme dans son état ».

Dans la deuxième affaire (*Jesus Juan*) une observation du même type indiquait que toute détérioration de l'état de santé du requérant pourrait justifier un nouvel examen de sa demande. Cette fois-ci, le tribunal notait que le « regrettable état de santé » du requérant était l'un des facteurs qui suscitent la « compassion humaine », mais réaffirmait néanmoins qu'il était de son devoir de « se montrer raisonnablement ferme à l'égard des crimes et délits » dans ses décisions.

Dans une affaire postérieure portée devant la Cour d'appel de Hong Kong,¹⁰⁹ une décision comparable a été opposée à un requérant condamné pour trafic de drogues, qui demandait une réduction de sa peine à 8 ans d'emprisonnement en raison d'un cancer de la thyroïde. Du fait de sa maladie et de son traitement, ce détenu souffrait d'une hypocalcémie (accompagnée de nausées et de vomissements) qui lui avait valu d'être hospitalisé. Dans cette affaire, la Cour a noté que :

[Le requérant] ne peut guère se prévaloir de son dossier médical au regard de sa condamnation. De fait, sa maladie est antérieure à sa condamnation et il est largement reconnu que, à l'exception de quelques cas rarissimes, la situation médicale d'un condamné n'est pas un critère de réduction de peine pris en compte par la Cour. La direction de la prison veillera à ce qu'il reçoive le traitement approprié, comme c'est le cas depuis sa mise en détention.

Dans cette affaire, la Cour a estimé que le cancer de la thyroïde était un critère qui aurait dû être pris en compte en première instance. Tout comme dans les affaires relatives aux cas de VIH exposées précédemment, la Cour a estimé que :

[l'] état de santé n'est généralement pas un critère pris en compte pour l'allègement d'une peine correspondant à une sanction dûment prononcée, en particulier pour les crimes et délits graves. [...] Pour autant, nous ne nous opposons pas à l'idée selon laquelle, dans les cas extrêmes qui le justifient, la Cour serait fondée à tenir compte de ces questions pour faire la part entre l'intérêt général et les conditions exceptionnellement difficiles endurées par un détenu.

La Cour a fait sien le point de vue selon lequel plus un crime est grave, plus il retient l'attention du public et, partant, plus la sanction doit être exemplaire. En la matière, le trafic de drogues était cité parmi les actes les plus graves.

¹⁰⁹ HKSAR c. *Tsang Wai Kei*, [2003] HKEC 1056.

Commentaires

On pourrait considérer que la question des libérations anticipées pour raisons d'ordre humanitaire relève moins des droits de l'homme que des valeurs humanitaires. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Article 7) interdit les sanctions cruelles et inhabituelles, susceptibles d'être invoquées dans une affaire de libération anticipée, mais tel n'a apparemment pas été le cas dans ces affaires. L'*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus des Nations-Unies* ne traite pas directement de la réduction des peines pour raisons d'ordre humanitaire, mais relève néanmoins que les responsables médicaux doivent présenter un rapport à la direction chaque fois qu'ils estiment que « la santé physique ou mentale d'un détenu a été ou sera affectée par la prolongation ou par une modalité quelconque de la détention », ce qui permet d'envisager la possibilité d'une action dans ce type de contexte. Les *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme* recommandent « que l'on envisage la libération anticipée des détenus vivant avec le SIDA », ¹¹⁰ mais cet instrument n'a aucun effet juridiquement contraignant.

Les libérations anticipées pour raisons d'ordre humanitaire ne soulèvent pas nécessairement les questions relatives au « droit à la santé » qu'on rencontre, par exemple, dans une action judiciaire visant à garantir un certain type ou une certaine qualité de soins pour un détenu, ou la fourniture de services de prévention comme du matériel d'injection propre. Par ailleurs, lorsque l'infection au VIH est antérieure à la condamnation, comme dans les affaires de Hong Kong, il n'est pas possible d'imputer un quelconque manquement à l'État du point de vue de la prévention de l'infection. En fait, les affaires de ce type soulèvent des problèmes plus subjectifs tels que l'évaluation du degré de souffrance associé à l'état physique d'un détenu, la mesure dans laquelle le système médical carcéral peut atténuer ces souffrances, mais aussi peut-être la question plus générale du caractère discrétionnaire des décisions en matière de condamnation. Quoiqu'il en soit, il ne faut pas oublier que les détenus séropositifs peuvent rester asymptomatiques pendant longtemps, et on pourrait faire valoir que le fait d'attendre que leur état physique se dégrade avant d'envisager une libération anticipée constitue une violation de leur droit à la santé, s'il apparaissait que leur maladie pourrait être mieux suivie ou mieux traitée à l'extérieur. Dans ces affaires, cet argument n'a pas été avancé.

¹¹⁰ *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme*. Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme & Programme conjoint des Nations Unies sur le VIH et le SIDA, 1998. Paragraphe 29(e).

Royaume-Uni – Fourniture de préservatifs aux détenus

R. c. Secretary of State for the Home Department (Ministère de l'Intérieur) ex parte Glen Fielding [1999] EWHC Admin 641 (Haute cour de justice, Division du Banc de la Reine — Queen's Bench)

Tribunal et date de la décision

Haute cour de justice, Division du Banc de la Reine (*Queen's Bench*), juillet 1999 (décision en appel en janvier 2000).

Parties

Le demandeur était un homosexuel, incarcéré à la maison d'arrêt de Littlehey (une prison gérée par les pouvoirs publics), qui se plaignait de ne pouvoir se procurer de préservatifs. L'intimé était le Ministère britannique de l'Intérieur, qui a compétence sur le système carcéral au Royaume-Uni.

Réparation demandée

Pendant sa détention à Littlehey, le demandeur était parvenu à se faire envoyer des préservatifs depuis l'extérieur de la prison, mais ceux-ci lui avaient été confisqués, pour être remis au service médical de la prison qui refusait de les lui donner. Par la suite, il a été transféré vers un établissement géré par le secteur privé, où il pouvait obtenir des préservatifs sans aucune difficulté. Une fois remis en liberté, il a poursuivi son action. Lorsque l'affaire est passée en jugement, la question de l'accès aux préservatifs ne se posait plus pour lui puisqu'il n'était plus à la prison de Littlehey. Néanmoins, il poursuivait ses efforts pour obtenir une modification de la politique de l'État concernant l'accès aux préservatifs des détenus.

Résultat

Les deux arrêts, en première instance en 1999 et en appel en 2000, ont été rendus en faveur de la position du Ministère de l'Intérieur — à savoir que les préservatifs sont accessibles uniquement sur prescription du médecin d'un établissement carcéral.

Contexte et faits

Le Ministère de l'Intérieur a présenté sa politique sur les préservatifs dans les prisons dans une lettre de 1995 indiquant aux médecins des prisons qu'ils étaient libres dans « l'exercice de leur jugement clinique » en matière de prescription de préservatifs aux détenus. Cette lettre précisait également que les détenus ne pouvaient avoir accès aux préservatifs que par l'intermédiaire du service médical des établissements, en faisant valoir que l'objectif de cette approche était de préserver la santé, en particulier du point de vue des risques de transmission du VIH, mais pas « d'encourager l'homosexualité ». Enfin, la lettre indiquait que « ce conseil juridique était motivé par le fait que ne pas prescrire de préservatifs lorsque les circonstances l'exigent peut présenter un risque juridique de manquement à l'obligation de soins » en conséquence de quoi les médecins étaient encouragés à prescrire préservatifs et lubrifiants « dans les cas où, selon leur jugement clinique, il existe un risque connu d'infection au VIH du fait de comportements sexuels à risque ». Cependant, en 1997, lorsque le requérant, alors détenu à la prison de Littlehey, a demandé des préservatifs, le médecin de la prison, en vertu de son droit de prescrire des préservatifs dans des « circonstances rares et exceptionnelles », a estimé qu'aucun élément clinique ne justifiait une telle mesure exceptionnelle.

Arguments juridiques et points abordés

Le requérant a expliqué que dans la mesure où les détenus ne savent pas nécessairement si eux-mêmes ou leurs partenaires sexuels sont séropositifs — même lorsque des tests de dépistage du VIH sont proposés, la « fenêtre » entre l'infection et la séroconversion détectable est telle que le VIH peut très bien n'être pas détecté à un moment donné — ils devraient avoir régulièrement accès à des préservatifs. Ensuite, il a fait valoir que lorsqu'un détenu sollicite des préservatifs auprès des autorités, cela signifie qu'il a l'intention d'avoir des rapports sexuels avec pénétration qui, par définition, « comportent un risque de propagation du VIH, ce qui ôte toute pertinence à la question du jugement clinique d'un médecin ». L'avocat du requérant a par ailleurs souligné que le fait de limiter l'accès aux préservatifs constituait une infraction au respect de la vie privée des détenus, protégé par la *Convention européenne des droits de l'homme*, et fait observer qu'aucun « motif relevant de la politique publique » ne peut justifier qu'on interdise à des détenus de faire le choix d'entreprendre une démarche pour se protéger. Selon ses propres termes, il est « irrationnel » de priver les détenus qui en ont les moyens de la possibilité de se procurer des préservatifs auprès du secteur privé.

La Cour a bien voulu reconnaître que le médecin-chef de la prison de Littlehey avait peut-être mal interprété la politique du Ministère de l'Intérieur sur les préservatifs « en en donnant une lecture significativement restrictive ». En revanche, la Cour s'est montrée moins conciliante sur l'opinion exprimée concernant le caractère « irrationnel » de la politique, estimant notamment que :

On pourrait raisonnablement considérer le fait de fournir des préservatifs à la demande comme un encouragement à l'homosexualité. Or, la Cour a estimé que les services pénitentiaires étaient fondés à éviter d'appliquer une politique susceptible de donner cette impression.

« [L]es préservatifs pouvant être utilisés pour d'autres usages que ceux pour lesquels ils ont été conçus », les services pénitentiaires doivent avoir pour prérogative de pouvoir contrôler l'accès à ces articles.

« Le simple fait que quelqu'un dise vouloir un préservatif ne signifie pas qu'il est véritablement homosexuel, ni qu'il a nécessairement l'intention de se livrer à des activités sexuelles avec pénétration ou d'autres activités sexuelles dangereuses, ni non plus qu'il est forcément partie consentante à toute activité potentiellement envisageable ». Par conséquent, mieux vaut laisser aux médecins le soin d'évaluer si un préservatif est nécessaire pour de « véritables raisons de santé ».

La Cour a aussi noté que, aux termes de la *Convention européenne des droits de l'homme*, le requérant est en principe fondé à demander le respect de son orientation sexuelle et « de ses conséquences pratiques », mais a souligné également que contrairement à la majorité des détenus (ce qui désigne probablement les hétérosexuels) « la détention ne l'empêche pas d'exprimer en quoi que ce soit sa sexualité ». Néanmoins, la Cour a indiqué que la véritable question n'était pas en l'occurrence le droit d'avoir des relations sexuelles, mais la santé.

Enfin, la Cour a estimé que le Ministère de l'Intérieur devrait clarifier la formulation de sa politique de façon à éviter les interprétations trop restrictives. Cette position a été réaffirmée par l'instance d'appel qui a à son tour rejeté la demande du requérant.

Commentaires

Les *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme* recommandent la fourniture de préservatifs dans les prisons. De plus, il semble que le fait de limiter l'accès des détenus aux préservatifs contrevienne à l'un des principes fondamentaux de l'*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus des Nations-Unies*,¹¹¹ selon lequel les détenus doivent avoir

¹¹¹ Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus des Nations-Unies (1955).

accès au même niveau de services que le reste de la population. Or, les préservatifs sont des articles bon marché et facilement accessibles au Royaume-Uni. Ce principe d'équivalence a été réaffirmé pour l'Organisation mondiale de la Santé dans ses *Directives de l'OMS sur l'infection à VIH et le SIDA dans les prisons* de 1993, qui stipulent que « des préservatifs devraient être mis à la disposition des détenus pendant toute la durée de leur détention. »¹¹²

On s'accorde aujourd'hui à reconnaître le rôle essentiel des préservatifs dans la prévention du VIH, de sorte qu'on peut aisément envisager qu'ils fassent partie des services nécessaires pour « jouir du meilleur état de santé qu'on soit capable d'atteindre », tel que garanti par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (Article 12), auquel le Royaume-Uni est partie. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, qui est l'organe chargé de superviser et promouvoir le respect par les États de leurs obligations aux termes du *Pacte*, a publié une « Observation générale » sur le droit fondamental à la santé. Il note que les États parties au *Pacte* sont liés par l'obligation de respecter le droit à la santé « en s'abstenant de refuser ou d'amoindrir l'égalité d'accès de toutes les personnes, dont les détenus » et en s'abstenant également « de restreindre l'accès aux moyens de contraception et à d'autres éléments en rapport avec la santé sexuelle et génésique ». ¹¹³

Selon l'administration des services pénitentiaires du Royaume-Uni, au moment de la présente publication, la règle de la prescription par un médecin reste la seule méthode permettant à un détenu d'accéder à des préservatifs. Des organisations non gouvernementales du Royaume-Uni ont indiqué que, s'il est théoriquement possible d'obtenir des préservatifs par l'intermédiaire des médecins des prisons, dans la pratique cette disposition interdit presque aux détenus de se procurer des préservatifs en toute confidentialité ou de protéger leur droit à l'intimité pourtant garanti par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Article 17). Par ailleurs, ces ONG ont également souligné que la longueur du délai entre le moment où un détenu demande des préservatifs et celui où il les reçoit effectivement sape l'efficacité des préservatifs dans la prévention du VIH et des autres infections sexuellement transmissibles.

¹¹² *Directives de l'OMS sur l'infection à VIH et le SIDA dans les prisons* (1993), p. 5.

¹¹³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint. (Observation générale 14), UN Doc. E/C.12/2000/4 (2000), paragraphes 34 et 35.

Australie – Un procès à l’origine d’une modification de la politique relative aux préservatifs dans les prisons

Détenus A-XX c. État de Nouvelle-Galles-du-Sud (1995) 38 NSWLR 622.

Tribunal et date de la décision

Le tribunal de première instance a rendu son arrêt le 5 octobre 1994. En premier appel, la Cour d’appel de la Cour suprême de Nouvelle-Galles-du-Sud a rendu son arrêt le 29 juin 1995. En second appel, la Haute cour d’Australie a rendu sa décision le 23 novembre 1995.¹¹⁴

Parties

Les requérants étaient cinquante détenus des prisons de Nouvelle-Galles-du-Sud qui avaient déposé une plainte contre l’État de Nouvelle-Galles-du-Sud. L’action a été intentée par l’organisation *Aboriginal Legal Service*.

Réparation demandée

Les détenus voulaient un jugement ordonnant aux autorités de la Nouvelle-Galles-du-Sud de réformer leur politique relative aux préservatifs dans les prisons. Plus spécifiquement, ils demandaient :

- un arrêt enjoignant à l’État de Nouvelle-Galles-du-Sud, par l’intermédiaire du *Commissioner of Corrective Services* (commissaire chargé des services pénitentiaires) et du *Director General of the Department of Corrective Services* (directeur général du département des services pénitentiaires), d’autoriser les requérants et les autres détenus hommes des prisons de Nouvelle-Galles-du-Sud à posséder et utiliser des préservatifs ;
- une déclaration affirmant que la décision de ne pas fournir de préservatifs aux détenus masculins, et de leur en interdire la possession et l’utilisation, constituait une infraction au devoir de soins de l’État de Nouvelle-Galles-du-Sud envers les requérants ; et
- un arrêt enjoignant à l’État de Nouvelle-Galles-du-Sud de fournir des préservatifs aux requérants et autres détenus masculins des prisons de Nouvelle-Galles-du-Sud, et de leur en autoriser la possession et l’utilisation.

Résultat

Le tribunal de première instance a rejeté deux des trois demandes et ordonné que soit reformulée la troisième, de façon à ce que la requête soit présentée au nom des quatre requérants concernés, et non pas sous forme d’action collective pour tous les détenus. En premier appel, la Cour d’appel de l’État de Nouvelle-Galles-du-Sud a confirmé le jugement. En second appel, la Haute cour d’Australie n’a pas autorisé l’introduction de l’appel.

¹¹⁴ Le texte du jugement de la Cour d’appel de l’État de Nouvelle-Galles-du-Sud peut être consulté à l’adresse suivante : www.austlii.edu.au/au/cases/nsw/supreme_ct/unrep110.html et la retranscription des débats devant la Haute cour d’Australie est consultable à l’adresse suivante : www.austlii.edu.au. Pour plus d’informations sur cette affaire, voir : R. Jürgens. Australie: des prisonniers poursuivent pour avoir droit au condom. *Bulletin canadien VIH-Sida et droit* 1994; 1(1): 5; R. Jürgens. Australie: suivi de l’affaire des condoms dans les prisons. *Bulletin canadien VIH-Sida et droit* (1993) 1(3): 3; I. Malkin. « La responsabilité des gouvernements de faire en sorte que les détenus ne soient pas exposés au VIH en milieu carcéral », Annexe 1 in: *VIH/SIDA et prisons*. Réseau juridique canadien VIH/SIDA et droit, www.aidslaw.ca/Maincontent/issues/prisons/APP1.html.

Contexte et faits

Jusqu'au milieu des années 1990, la politique du *Department of Corrective Services* (département des services pénitentiaires) de Nouvelle-Galles-du-Sud (et celle de la majorité des autres services pénitentiaires australiens) était d'interdire la distribution de préservatifs. Les autorités étaient certes au fait qu'une activité sexuelle était pratiquée dans les prisons, mais elles s'en remettaient à l'éducation comme première mesure de prévention du VIH. Même si elle n'a pas abouti dans les prétoires, cette affaire a néanmoins fait pression sur les autorités dans le sens d'une modification de la politique.

Arguments juridiques et points abordés

Les détenus ont affirmé que la décision de ne pas fournir de préservatifs aux détenus masculins et de leur en interdire la possession et l'utilisation :

- était si déraisonnable qu'elle en constituait une faute dans l'exercice du pouvoir ;
- autorisait l'introduction d'une ordonnance d'*habeas corpus* (ordre écrit demandant l'examen de la légitimité de la détention d'une personne) ; et
- constituait une violation du devoir de soins dû aux détenus par le *Department of Corrective Services* (département des services pénitentiaires).

En première instance, le juge a rejeté les deux premiers motifs. Pour le troisième — à savoir que la politique violait le devoir de soins dû aux détenus par le *Department of Corrective Services* (département des services pénitentiaires) — le juge a demandé que la requête soit reformulée, de façon à ce qu'elle soit intentée au nom des quatre requérants concernés, et non pas sous forme d'action collective au nom de 50 détenus.

Les détenus ont fait appel de la décision du juge, estimant qu'ils devraient pouvoir :

- solliciter une ordonnance d'*habeas corpus* ;
- s'en remettre à la *Magna Carta* ; et
- poursuivre la procédure sous forme d'action collective au nom de 50 au lieu de revoir leurs revendications.

Après examen des décisions prises par les tribunaux britanniques, canadiens et américains, la Cour d'appel de l'État de Nouvelle-Galles-du-Sud a rejeté les arguments concernant l'*habeas corpus*, ainsi que ceux fondés sur un éventuel manquement à la *Magna Carta*. Enfin, elle a rejeté le troisième motif d'appel, concluant qu'en demandant la limitation du nombre de requérants, le tribunal de première instance n'avait fait qu'user dûment de son pouvoir discrétionnaire. En l'occurrence, cette décision avait pour objectif que soit examiné un éventail approprié d'éléments factuels, que l'audience dégage des lignes directrices utiles pour les futurs plaignants et affaires, et que la présente affaire soit gérée de manière efficace.

Les détenus en ont donc appelé à la Haute cour d'Australie, demandant la possibilité de solliciter une ordonnance d'*habeas corpus* et de s'en remettre à la *Magna Carta*. La Haute cour a estimé qu'il n'y avait aucune raison suffisante de douter du bien-fondé de la décision de la Cour d'appel, et a refusé en conséquence d'autoriser le pourvoi demandé.

Malgré le rejet des trois motifs invoqués devant la Cour d'appel de l'État de Nouvelle-Galles-du-Sud (décision ensuite confirmée par la Haute cour) la décision de la Cour suprême n'a pas pour autant clos l'affaire. En effet, les arguments fondés sur les actes de négligence restaient recevables.

Le juge n'a pas accepté de remettre en cause la « décision politique » de ne pas fournir de préservatifs aux détenus incarcérés, arguant que tout examen juridique d'une question relevant de « considérations politiques » reviendrait à « [faire passer] le pouvoir politique du Parlement et des électeurs aux tribunaux ». Toutefois, il a ensuite indiqué que les choses pourraient « être considérées différemment si les détenus invoquaient un manquement au devoir dû à leur endroit en tant que personnes ». Si une décision politique ne peut en effet être critiquée par une instance judiciaire, ses conséquences peuvent en revanche l'être — en l'occurrence, un manquement au devoir de soins des détenus.

Si l'existence du devoir de soins était établie, alors un arrêt ordonnant que l'on cesse la négligence pourrait être envisagé, même s'il constituait en cela une nouveauté. Toutefois, la Cour a indiqué que le devoir de soins pourrait être difficile à établir dans la mesure où l'on pourrait considérer que les détenus contribuent à la situation par leur propre négligence, voire qu'ils assument volontairement le risque d'être atteints. Pour autant, la négligence éventuelle des détenus n'enlèverait rien à celle des autorités. En outre, l'argument du risque volontairement assumé « mérite sûrement d'être minoré sachant qu'on peut s'interroger sur la marge de décision volontaire dont jouissent les détenus dans leurs actions ».

Si la Cour d'appel a cité plus ou moins en détail la décision du juge sur ce point, elle n'a en rien critiqué la substance de ses propos. En se référant à sa décision, la Cour d'appel a déclaré (au paragraphe 8) :

Le juge n'a vu aucune raison pour laquelle la Cour ne pourrait pas, dans une affaire appropriée, rendre un arrêt ordonnant que soit mis fin à une négligence, même en l'absence d'éléments démontrant un préjudice. À ce titre, si les requérants pouvaient établir que l'interdiction d'utiliser des préservatifs imposée par le Département constituait un manquement au devoir de soins qui leur est dû, ils seraient fondés à demander une ordonnance en la matière.

La Cour d'appel a conclu (au paragraphe 39) : « Il reste donc aux requérants à demander à la *Common Law Division* (division du droit commun) de modifier leur plainte d'une manière qui soit en accord avec les arrêts du juge et les conclusions auxquelles je suis parvenu ».

Il est intéressant de noter que, dans son intervention orale devant la Haute cour, le conseiller juridique de la Couronne pour l'État de Nouvelle-Galles-du-Sud a accepté la décision du juge selon laquelle quatre des requérants pouvaient intenter une action pour négligence. Ce faisant, il laissait entrevoir une défense basée sur des considérations relatives à la politique.

Commentaires

« Étant donné le danger croissant que posent le VIH et l'hépatite en milieu carcéral, mis en évidence par les cas de séroconversion pendant la détention, il y a plus de raisons que jamais d'intenter un recours judiciaire éprouvé et capable d'une certaine souplesse d'application et ce, pour tenter d'amener des changements de fond à la politique correctionnelle : par une action en négligence, des détenus pourront démontrer que les autorités carcérales et les gouvernements devront changer leur façon d'agir ». ¹¹⁵ L'importance de cette affaire sur le plan juridique tient au fait qu'elle admet, même si c'est de manière limitée, la possibilité que soient introduites à l'avenir de telles actions en négligence.

Les directives internationales contribuent à fixer les normes appropriées en matière de soins auxquelles les autorités pénitentiaires devraient se conformer dans leur réponse à la question du VIH.

¹¹⁵ I. Malkin. « La responsabilité des gouvernements de faire en sorte que les détenus ne soient pas exposés au VIH en milieu carcéral », Annexe 1 in: *VIH/SIDA et prisons*. Réseau juridique canadien VIH/SIDA et droit, 1996, www.aidslaw.ca/Maincontent/issues/prisons/APP1.html.

Selon les Directives de l’OMS de 1993, la question de la fourniture de préservatifs dans les prisons est claire :

[T]ous les détenus ont le droit de recevoir, y compris à titre préventif, des soins équivalant à ceux qui sont mis à la disposition de la communauté sans discrimination aucune, notamment en ce qui concerne leur statut juridique ou leur nationalité. [...] Puisqu’en dépit des interdictions, des rapports sexuels avec pénétration peuvent se produire entre les détenus, des préservatifs devraient être mis à la disposition des détenus pendant toute la durée de leur détention.¹¹⁶

Cette affaire a été à l’origine d’importantes évolutions politiques concernant la fourniture de préservatifs aux détenus dans l’État de Nouvelle-Galles-du-Sud. En 1996, en partie à la suite de cette affaire, les autorités de Nouvelle-Galles-du-Sud ont décidé de rendre les préservatifs disponibles dans les prisons, après évaluation d’un programme mené avec succès de distribution de préservatifs dans quelques établissements de l’État.

¹¹⁶ *Directives de l’OMS sur l’infection à VIH et le SIDA dans les prisons*. (Version originale 1993, republiée en 1999), UNAIDS/99.47/E, pp. 4–5.

Afrique du Sud – Accès des détenus aux traitements antirétroviraux

Van Biljon et autres c. Minister of Correctional Services (Ministère des Services pénitentiaires) et autres (1997) 50 BMLR 206, Haute cour (Division de la Province du Cap de Bonne espérance)

Tribunal et date de la décision

Ce jugement a été rendu par la Haute cour (Division de la Province du Cap de Bonne espérance) en 1997.¹¹⁷

Parties

Les requérants étaient quatre détenus séropositifs de la prison de Pollsmoor dans la ville du Cap. Les principaux intimés, responsables de l’incarcération des détenus, étaient le *Minister of Correctional Services* (Ministère des Services pénitentiaires), le *Commissioner of Correctional Services* (responsable chargé des services pénitentiaires) et le Commandant de la prison de Pollsmoor. Le *Minister of Health and Welfare* (Ministère de la Santé et des affaires sociales) de la Province du Cap-Occidental était également intimé, mais à un titre moindre.

Réparation demandée

Les requérants demandaient une déclaration établissant qu’ils étaient en droit de recevoir un traitement antirétroviral payé par l’État.

Résultat

Les deux premiers requérants ont obtenu gain de cause. Pour ces détenus à qui une combinaison d’antirétroviraux avait été médicalement prescrite, on a reconnu le droit constitutionnel à un traitement standard approprié, comprenant la fourniture de ces médicaments aux frais de l’État. Les deux autres requérants ont été déboutés.

Contexte et faits

Au moment de cette affaire, aucun médicament antirétroviral n’était proposé dans le secteur public en République d’Afrique du Sud, mais les personnes qui en avaient les moyens pouvaient s’en procurer auprès des établissements privés. Le corps médical s’accordait à estimer qu’il y avait lieu de traiter aux antirétroviraux les personnes séropositives symptomatiques présentant une numération des cellules CD4+ inférieure à 500.

Quelques années avant ce jugement, à la suite d’une affaire antérieure concernant la fourniture d’antirétroviraux, le premier requérant (van Biljoen) s’était vu prescrire une polythérapie incluant de l’AZT dans le cadre d’un accord passé avec les autorités de la prison. En libération conditionnelle, il avait poursuivi son traitement à l’AZT auprès d’un hôpital, mais à ses frais. Condamné une nouvelle fois à six ans d’emprisonnement, on lui avait dans un premier temps refusé l’accès aux médicaments

¹¹⁷ Cette affaire est parfois citée comme *Biljon c. Ministère des services pénitentiaires ou B. c. Ministère*.

antirétroviraux, avant de finir par les lui donner aux frais de l'État. Puis il s'est évadé. Pendant sa fuite, il n'a pas pu se procurer d'antirétroviraux par manque de moyens. Une fois arrêté de nouveau, il a été placé en détention à Pollsmoor, où il ne recevait pas d'antirétroviraux. Un médecin généraliste privé a alors établi que la numération de ses cellules CD4+ était de 298, et a recommandé qu'on lui administre de l'AZT avec du ddC ou du 3TC – une recommandation plus tard confirmée par un médecin hospitalier extérieur à l'hôpital –, mais cette thérapie ne lui a pas été fournie. Cette action était donc la troisième qu'il menait contre les autorités.

Le deuxième requérant, qui purgeait une peine de dix ans d'emprisonnement, présentait une numération des cellules CD4+ de 148. Son état physique se dégradait et on lui avait prescrit de l'AZT et du ddI. Pendant une certaine période, il avait pu se procurer ces médicaments à ses frais, mais il n'avait plus les moyens de poursuivre.

Les troisième et quatrième requérants présentaient eux aussi des numérations basses de leurs cellules CD4+, mais aucun traitement antirétroviral ne leur avait été prescrit. À l'époque où les plaintes ont été déposées et où les décisions ont été prises, le *Department of Correctional Services* (département des services pénitentiaires) ne s'était pas doté de directives claires sur les questions des détenus séropositifs et de l'accès aux médicaments antirétroviraux.

Arguments juridiques et points abordés

Cette affaire a soulevé trois questions importantes concernant les droits constitutionnels des personnes vivant avec le VIH/SIDA en Afrique du Sud :

- les détenus séropositifs parvenus à la phase symptomatique de la maladie et dont la numération des cellules CD4+ est inférieure à 500 sont-ils fondés à recevoir un traitement antirétroviral approprié ? ;
- le coût de ce traitement doit-il être pris en charge par l'État ? ; et
- moins directement, la non-fourniture par l'État d'un traitement aux détenus séropositifs est-elle anticonstitutionnelle ?

D'emblée, la Cour a indiqué que les requérants, comme tous les détenus, avaient droit d'être soignés et traités sur le plan médical aux frais de l'État. La Cour a donc concentré son analyse sur la portée de ce droit et sur les obligations concomitantes qui en découlent pour le système carcéral.

S'agissant de savoir si les détenus dont la numération des cellules CD4+ tombe sous le seuil cliniquement acceptable doivent recevoir une thérapie antirétrovirale, la Cour a répondu que c'était là une question à laquelle les experts doivent répondre. Sur la base de ce postulat, les affaires des troisième et quatrième requérants n'ont pas été examinées plus avant puisqu'aucun expert ne s'était prononcé sur la nécessité de leur administrer une thérapie antirétrovirale. Pour les deux premiers requérants, à qui un traitement antirétroviral avait été prescrit, la Cour a poursuivi son examen pour déterminer s'il appartenait à l'État de prendre en charge le coût de ces traitements. Sur ce point, la question était de savoir à quoi correspond un « traitement médical approprié », tel que défini par la Constitution et tel que pris en compte dans certaines affaires antérieures relatives aux droits des détenus.

Les autorités carcérales ont fait valoir que les détenus ne pouvaient prétendre à d'autres soins que ceux globalement mis à la disposition de la communauté, et donc qu'un traitement « approprié » pour les détenus ne comprenait pas les médicaments antirétroviraux, dans la mesure où les personnes dans la même situation médicale que les requérants, mais non incarcérées n'avaient pas droit à des traitements antirétroviraux pris en charge par l'État. En outre, les autorités carcérales estimaient qu'une telle décision concernant le système de santé relevait du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques, en fonction des ressources disponibles et des autres demandes.

La Cour a rejeté ce point de vue, estimant que l'argument budgétaire ne saurait constituer une réponse satisfaisante à faire à un détenu qui demande un traitement médical approprié auquel la Constitution lui donne droit. De fait, la Constitution sud-africaine garantit aux détenus le droit fondamental aux soins médicaux, ce qu'elle ne garantit pas aux personnes non incarcérées. D'une manière significative, la Cour a estimé que « [...] l'État a un devoir de soins plus grand vis-à-vis des détenus séropositifs qu'envers les citoyens en général touchés par la même infection ». ¹¹⁸ Selon la Cour, la norme du traitement médical approprié n'est pas déterminée en fonction de ce que l'État apporte aux patients séropositifs en dehors du système carcéral.

De plus, notant les conditions de surpopulation et de manque d'hygiène dans lesquelles vivent les détenus, ainsi que les risques que cela fait courir à leur santé, la Cour a déclaré :

Même si l'on accepte [...] comme principe général que les détenus ne sont pas fondés à recevoir un traitement médical de meilleure qualité que celui fourni par l'État aux patients en dehors du système carcéral, ce principe peut [...] ne pas s'appliquer aux détenus séropositifs au VIH. En effet, dans la mesure où l'État maintient ces détenus dans des conditions où ils sont plus exposés aux infections opportunistes que les patients séropositifs à l'extérieur, le traitement médical approprié que l'État doit leur fournir est un traitement à même d'améliorer leur système immunitaire et non pas simplement celui qu'il fournit aux patients séropositifs à l'extérieur. ¹¹⁹

Du point de vue de la Cour, le traitement revendiqué par les premier et deuxième requérants (à qui des antirétroviraux avaient été prescrits) n'est « ni plus ni moins qu'un traitement médical approprié » ¹²⁰ auquel la Constitution leur donne droit. En conséquence, les thérapies antirétrovirales déjà prescrites par des médecins doivent être fournies aux premier et deuxième requérants, pour toute la durée de la prescription.

Commentaires

Comme l'a noté un commentateur par la suite, cette affaire est apparue comme une victoire majeure pour les détenus séropositifs en Afrique du Sud, avant de se révéler ensuite une moindre victoire dans la pratique — peut-être du fait que l'affaire n'a pas été suivie d'une action de lobbying ¹²¹ ou parce que la situation sur le plan des thérapies antirétrovirales dans le pays était globalement sombre. Au bout du compte, ces requérants n'ont pas pu recevoir tous les médicaments prescrits, et les autorités carcérales ont peu après élaboré une politique sur le VIH et le SIDA dont on a dit qu'elle était loin d'atteindre la norme proposée dans la décision de la Cour. Dans les faits, le système carcéral pouvait contrôler qui avait accès aux traitements antirétroviraux et qui n'y avait pas accès puisqu'il contrôlait l'accès des détenus aux médecins prescripteurs.

Ce jugement non seulement traduit, mais améliore également le principe établi de longue date dans l'*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus des Nations-Unies* (1955) selon lequel les détenus ont le droit de recevoir des soins équivalant à ceux qui sont mis à la disposition de la communauté. La décision de la Cour respecte ce principe, mais avance en plus l'argument très convaincant selon lequel les détenus ont à supporter des conditions particulièrement difficiles qui justifient qu'ils bénéficient, en compensation, d'une norme de soins supérieure.

Sur le papier, cette décision était également remarquablement novatrice en suggérant que l'État doit faire plus à l'égard des détenus que « concrétiser de manière progressive » le « meilleur état de santé [qu'ils puissent] atteindre » — tel qu'établi dans l'Article 12 du *Pacte international*

¹¹⁸ Van Biljon, paragraphe 51.

¹¹⁹ Ibid., paragraphe 54.

¹²⁰ Ibid., paragraphe 60.

¹²¹ Prof. Pierre de Vos. « Prisoners' Rights Litigation in South Africa Since 1994: A Critical Evaluation. » Civil Society Prison Reform Initiative Research Paper, Series No 3 (novembre 2003), www.nicro.org.za/CSPRI.

relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Les contraintes budgétaires sont l'argument le plus fréquemment invoqué par les États pour justifier un niveau inapproprié des services de santé publics, un argument que leur offre la disposition contenue dans le *Pacte international* selon laquelle l'exercice des droits reconnus dans le pacte est assuré progressivement « au maximum de [leurs] ressources disponibles » (Article 2). Dans cette affaire, l'argument budgétaire, appliqué aux hôpitaux dans le système carcéral et en dehors, a été rejeté par la Cour, du fait que les détenus n'ont d'autres choix que s'en remettre totalement aux soins dispensés par l'État. Pour les deux requérants à qui des antirétroviraux avaient été prescrits, et dont l'état physique avait donc été évalué par des spécialistes, la Cour a clairement établi un droit au meilleur état de santé qu'on puisse atteindre.

Même si cette affaire n'a pas été l'avancée judiciaire pour le droit à la santé des détenus qu'elle aurait pu être, le fait que la Cour se soit appuyée sur les principes des droits de l'homme qui sous-tendent le droit à la santé, tel que garanti par la Constitution, méritait d'être salué et a d'ailleurs créé un précédent important pour la défense du droit à la santé de tous les détenus.

Canada – Un détenu obtient une modification de la politique carcérale et un élargissement de l'accès au programme de traitement à la méthadone

Strykiwsky c. Mills et Canada (Commissaire du Service correctionnel du Canada et le Service correctionnel du Canada), Cour fédérale du Canada – Section de première instance, N° du greffe T-389-00 (2000)

Tribunal et date de la décision

L'affaire a été entendue le 30 avril 2002 par la Cour fédérale du Canada – Section de première instance. Le 2 mai 2002, un arrangement a été trouvé avant que le jugement soit rendu.

Parties

Détenu dans un établissement fédéral, le demandeur Strykiwsky sollicitait la mise en œuvre d'un programme de traitement à la méthadone pour traiter sa dépendance aux opiacés. Le défendeur Mills était le directeur de l'établissement où Strykiwsky était incarcéré. Les autres défendeurs étaient le Commissaire du Service correctionnel du Canada (le responsable administratif du Service correctionnel du Canada) et le Service correctionnel du Canada lui-même.

Réparation demandée

Le demandeur revendiquait la mise en œuvre d'un programme de traitement à la méthadone pour lui-même et tous les autres détenus fédéraux qui en avaient besoin et qui désiraient le recevoir, ce que refusaient les défendeurs. Le demandeur a donc intenté une action contre cette décision et le refus répété du Service correctionnel du Canada de mettre en œuvre un programme de traitement à la méthadone dans les prisons fédérales. Le requérant demandait un arrêt établissant que le Service correctionnel du Canada avait l'obligation légale de fournir de la méthadone aux détenus qui pouvaient médicalement y prétendre, et obligeant le Service correctionnel du Canada à lui fournir ce traitement et à mettre en œuvre le programme.

Résultat

Une entente est intervenue entre les parties puisque le Service correctionnel du Canada a adopté une politique visant à accroître l'accès au traitement à la méthadone, deux jours après l'audience de l'affaire par la Cour.

Contexte et faits

Le Service correctionnel du Canada est responsable des soins et de la surveillance des détenus des prisons fédérales canadiennes (c'est-à-dire celles où sont incarcérées les personnes condamnées à des peines supérieures à deux ans). Les données disponibles indiquent que la consommation de drogues injectables est substantiellement plus répandue chez les détenus que dans la popula-

tion canadienne générale.¹²² Dans une étude menée en 1995 auprès des détenus, 11 % indiquaient avoir consommé des drogues injectables pendant leur détention. Parmi les détenus, les taux d'infection au VIH, au virus de l'hépatite B (HBV) et du virus de l'hépatite C (HCV) sont notablement supérieurs chez les consommateurs de drogues injectables que chez les autres.¹²³ À la fin de l'année 2000, 1,66 % de l'ensemble des prisonniers fédéraux étaient séropositifs ; 19,2 % étaient positifs au HCV.¹²⁴ Ces statistiques sont peut-être sous-estimées puisque le dépistage est volontaire et que la stigmatisation et la discrimination, y compris dans les prisons, restent un obstacle au dépistage.

À l'époque où Strykiwsky a intenté son action, le Service correctionnel du Canada appliquait des lignes directrices de sélection des détenus à qui proposer de la méthadone, aux termes desquelles le traitement de Phase 1 n'était offert qu'aux personnes incarcérées dans des prisons fédérales qui étaient déjà inscrites à un programme communautaire de traitement de maintien à la méthadone. Ce n'était que dans des « circonstances exceptionnelles » qu'un détenu qui ne satisfaisait pas aux critères prévus pouvait recevoir de la méthadone. Selon ces lignes directrices, il fallait démontrer que :

- (i) les traitements et programmes disponibles avaient échoué ;
- (ii) la santé du détenu continuait d'être gravement menacée par la dépendance ; et
- (iii) une intervention immédiate était impérativement nécessaire.

Strykiwsky et d'autres détenus dépendants aux opiacés, qui n'étaient pas déjà inscrits à un programme communautaire de traitement de maintien à la méthadone avant leur incarcération, ne pouvaient pas accéder à un tel programme dans le cadre de la Phase 1 ou des critères exceptionnels.

Arguments juridiques et points abordés

Strykiwsky estimait que le Service correctionnel du Canada et les autres défendeurs avaient manqué à leurs obligations légales en ne mettant pas en œuvre l'extension prévue du programme de traitement de maintien à la méthadone, la « Phase 2 » inscrite dans les lignes directrices, ainsi qu'en lui refusant des soins de santé essentiels, en l'occurrence le programme de traitement et tous les services de soins de santé connexes. Il a déposé un avis de demande de contrôle judiciaire, autorisant une instance à contrôler une décision prise par un organe réglementaire sur la base des principes du droit administratif et autres fondements juridiques. Strykiwsky s'appuyait sur la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, et en particulier son article 86 qui stipule que le Service correctionnel du Canada doit fournir à chaque détenu les soins de santé essentiels, ainsi qu'un accès raisonnable aux soins de santé non essentiels qui peuvent faciliter sa réadaptation et sa réinsertion sociale. L'article 89 précise également que la prestation des soins doit satisfaire aux normes professionnelles reconnues. Strykiwsky invoquait par ailleurs trois articles de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie intégrante de la Constitution : l'article 7 de cette Charte qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes, l'article 12 qui garantit le droit de ne pas être soumis à des traitements ou sanctions cruels ou inhabituels et l'article 15 qui garantit le droit à l'égalité.

¹²² Voir : Centre de prévention et de contrôle des maladies infectieuses, Santé Canada, Service correctionnel du Canada. *Prévention et contrôle des maladies infectieuses dans les pénitenciers fédéraux canadiens. 2000-01*. Ottawa: CSC, 2003; Association canadienne de santé publique. *Évaluation des besoins en soins de santé des détenus sous responsabilité fédérale. Revue canadienne de santé publique* 2004 ; 95 (Suppl. 1):S1-S63, www.cpha.ca/shared/cjph/archives/CJPH_95_Suppl_1_e.pdf.

¹²³ Pour la plupart des données présentées dans cette section, voir les résumés dans : Réseau juridique canadien VIH/SIDA. « VIH/SIDA et prisons » (3^{ème} éd., 2004), série de 13 feuillets d'informations, www.aidslaw.ca/Maincontent/issues/prisons.htm.

¹²⁴ Réseau juridique canadien VIH/SIDA. *La lutte au VIH/SIDA dans nos prisons : trop peu, trop tard – Un rapport d'étape*. Montréal, 2002, p. 3-4, www.aidslaw.ca/Maincontent/issues/prisons.htm.

Dans l'ordonnance de consentement, les défendeurs ont reconnu que les détenus dépendant aux opiacés avaient « le droit de recevoir un traitement de maintien à la méthadone en tant que soin de santé essentiel », conformément aux nouvelles lignes directrices relatives au traitement de maintien à la méthadone.

Le 2 mai 2002, le Service correctionnel du Canada a élargi l'accès à la méthadone dans le cadre de ses nouvelles lignes directrices, et a supprimé la Phase 1 et les lignes directrices exceptionnelles.¹²⁵ Le programme de traitement d'entretien à la méthadone a été officiellement mentionné dans les lignes directrices des services de santé. Ces nouvelles lignes directrices fixent des critères d'admission au programme, ainsi que des critères d'admission prioritaire. Cette dernière est accordée aux détenues dépendantes aux opiacées et enceintes (qui présentent un risque élevé de rechute), aux détenus séropositifs, à ceux qui ont été ciblés pour un traitement pour l'hépatite C, ou qui ont des antécédents récents de surdose d'opiacés constituant un danger de mort ou encore une maladie liée à la dépendance. La priorité est également donnée aux détenus qui seront libérés dans les six mois suivants grâce à un plan de libération prévoyant les services d'un fournisseur de traitement à la méthadone dans la collectivité.

Commentaires

En conséquence directe de cette affaire, et de l'évolution de la politique qu'elle a précipitée, les détenus dépendants aux opiacés placés sous la responsabilité du Service correctionnel du Canada ont pu bénéficier d'un accès grandement élargi aux traitements de maintien à la méthadone. Désormais, les critères d'admission appliqués aux détenus sont dans l'ensemble équivalents à ceux appliqués dans la communauté. Bien que l'action judiciaire ait été menée par un détenu, elle a été à l'origine d'une profonde évolution de la politique. Avant celle-ci, le Service correctionnel du Canada parvenait régulièrement à un arrangement individuel en accordant un traitement au détenu demandeur. Dans ce contexte, il n'y avait aucun précédent judiciaire sur lequel les détenus pouvaient fonder leurs demandes. Dans sa requête, Strykiwsky a explicitement inclus « tous les autres détenus fédéraux qui ont besoin du traitement et qui désirent le recevoir », et il a refusé un arrangement en son seul nom personnel. En conséquence, le Service correctionnel n'a pas pu parvenir à une entente en offrant à Strykiwsky un traitement à titre individuel, et n'a eu d'autre choix que d'étendre l'accès au traitement et de laisser la Cour rendre l'arrêt approprié.

Cette affaire a également été importante dans la mesure où Strykiwsky était représenté par un centre juridique d'intérêt public. L'aide juridique publique a été déterminante dans l'évolution des politiques carcérales sous l'effet de la jurisprudence. Traditionnellement, les détenus ont toujours eu un accès limité à l'aide juridique, en particulier dans les pays où les ressources financières sont limitées et où les avocats privés ne sont guère disposés à représenter des détenus *pro bono*.

¹²⁵ Service correctionnel du Canada. *Lignes directrices sur le traitement à la méthadone*. Directive du Commissaire 800-1 (2 mai 2002), www.csc-scc.gc.ca/text/plcy/cdshtm/800-1-gl_e.shtml.

Afrique du Sud – Un ancien détenu obtient un arrangement historique après avoir été infecté au VIH en prison

P.W. c. South Africa Department of Correctional Services **(département des services pénitentiaires d’Afrique du Sud)** **(1997–2003)**

Tribunal et date de la décision

La procédure a été intentée en 1997 et un règlement à l’amiable a été conclu en février 2003.

Parties

Le plaignant (P.W.) poursuivait le South Africa Department of Correctional Services (département des services pénitentiaires d’Afrique du Sud).

Réparation demandée

Infecté au VIH pendant sa détention, le plaignant demandait la prise en charge de ses frais médicaux et pertes de revenus à venir, ainsi qu’un dédommagement pour les torts subis, la douleur et la souffrance. D’après les médias, il réclamait plus de 1,1 million de ZAR (rands sud-africains) (approximativement 179 000 USD).¹²⁶

Résultat

L’affaire s’est soldée par un règlement à l’amiable, dont les termes sont restés confidentiels. D’après les médias, le plaignant aurait accepté un dédommagement de 150 000 ZAR (approximativement 25 000 USD de l’époque). On sait que le *Department of Correctional Services* (département des services pénitentiaires) « déclinait toute responsabilité » pour l’infection des détenus, mais reconnaissait que ceux-ci n’avaient pas été autorisés à avoir des préservatifs avant 1996.

Contexte et faits

D’après les estimations du *Department of Correctional Services* (département des services pénitentiaires), le taux de prévalence du VIH parmi la population carcérale s’établirait à 3 %, mais cette administration a admis que ce chiffre était « irréaliste ».¹²⁷ L’*Institute of Security Studies* estime pour sa part le taux de prévalence du VIH dans les prisons à 45 %.¹²⁸

Incarcé à la prison de Pollsmoor entre novembre 1993 et décembre 1994, le détenu P.W. a à plusieurs reprises été testé séronégatif au cours de cette période. Pendant sa détention, il a eu des relations sexuelles avec un homme séropositif. Il a déclaré qu’il n’était pas informé du statut sérolo-

¹²⁶ *Former South African prison inmate awarded «landmark» court settlement after being infected with HIV in prison.* Kaiser Daily HIV/AIDS Report, 14 février 2003 ; *Former inmate suing South African prison over HIV infection.* Kaiser Daily HIV/AIDS Report, 10 juin 2002.

¹²⁷ K.C. Goyer. *South Africa, HIV/Aids in Prison: Problems, Policies and Potential* (Monograph No. 79). Institute for Security Studies, chapitre 3, février 2003, www.iss.co.za/Pubs/Monographs/No79/Content.html.

¹²⁸ Ibid.

gique de son partenaire au moment de leur relation, et soutenu que les autorités ignoraient et toléraient la pratique des relations sexuelles entre les détenus tout en leur interdisant l'accès aux préservatifs. P.W. a été testé séropositif le 27 novembre 1994, peu avant sa libération.

Arguments juridiques et points abordés

Le plaignant P.W. a intenté son action contre le *South Africa Department of Correctional Services* (département des services pénitentiaires) en 1997. Dans ses déclarations à la cour, P.W. a affirmé que les autorités pénitentiaires savaient que les rapports sexuels entre détenus étaient « courants » et qu'une « part non négligeable » d'entre eux étaient séropositifs. P.W. a également souligné que les autorités ne faisaient rien pour interdire ces rapports sexuels ni pour fournir aux détenus concernés des préservatifs de façon à réduire les risques de transmission du VIH. Le *Department of Correctional Services* (département des services pénitentiaires) a reconnu ces faits.

P.W. a fait valoir que cette politique d'interdiction des préservatifs ne répondait à aucun des objectifs pour lesquels les autorités pénitentiaires sont investies de pouvoirs de contrôle et de direction sur les établissements, soulignant que cette politique avait d'ailleurs été abandonnée en 1996 sans conséquence négative. Le *Department of Correctional Services* (département des services pénitentiaires) a admis que la politique avait été changée, sans admettre pour autant qu'elle était inutile.

P.W. a fait observer que si la politique avait été différente, il n'aurait pas pu avoir ces rapports sexuels ou alors aurait été en mesure de réduire le risque de contracter le VIH par l'utilisation de préservatifs. Dans sa plainte, il affirmait que la conduite des autorités pénitentiaires pouvait s'apparenter à de la négligence et constituait en outre une violation du *Correctional Services Act* (loi sur les services pénitentiaires) de 1959. Enfin, il estimait que le *Department of Correctional Services* (département des services pénitentiaires) avait violé ses droits garantis par la Constitution, en particulier :

- son droit à être détenu dans des conditions compatibles avec la dignité humaine et à recevoir un traitement médical approprié aux frais de l'État ;
- son droit à la liberté et la sécurité des personnes ;
- son droit à ne pas être soumis à la torture sous toutes ses formes – physique, mentale ou émotionnelle – ou à des traitements ou sanctions cruels, inhumains ou dégradants ;
- son droit à la vie ; et
- son droit au respect et à la protection de sa dignité.

Commentaires

Du fait qu'un arrangement a été trouvé, aucune décision judiciaire n'a été prise sur le fond concernant les arguments juridiques avancés par P.W., et cette affaire n'a pas non plus permis d'établir une jurisprudence. Cela dit, elle a montré qu'un procès pouvait servir à tenir un gouvernement responsable de l'impact de ses politiques et de ses actions sur la santé des personnes. En 1996, le *Department of Correctional Services* (département des services pénitentiaires) a élaboré une nouvelle politique pour la gestion des questions relatives au VIH/SIDA dans les prisons. En 2000, une *Management Strategy on HIV/AIDS in Prisons* (stratégie de gestion des questions relatives au VIH/SIDA dans les prisons) est venue compléter cette politique. Cette stratégie couvre à la fois les détenus et le personnel pénitentiaire.

Les *Directives de l'OMS sur l'infection à VIH et le SIDA dans les prisons* de 1993 stipulent que « des préservatifs devraient être mis à la disposition des détenus pendant toute la durée de leur détention ». Ces directives de l'OMS ont contribué à inciter le *Department of Correctional Services* (département des services pénitentiaires) à modifier sa politique. Il est également probable que l'affaire de l'infection de P.W. pendant son incarcération et les risques d'une responsabilité juridique en la

matière ait joué un rôle dans cette évolution. Comme nous l'avons déjà souligné, les *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme* indiquent que :

Les autorités pénitentiaires doivent aussi assurer aux prisonniers (ainsi qu'au personnel pénitentiaire, le cas échéant) l'accès, en matière de VIH, à une information sur la prévention, à l'éducation requise, aux tests volontaires, aux conseils, aux moyens prophylactiques (préservatifs, hypochlorite de soude et matériel d'injection propre), au traitement et aux soins [...].¹²⁹

Dans le texte de sa politique, le *Department of Correctional Services* (département des services pénitentiaires) s'engage à fournir aux détenus l'éducation requise en matière de VIH ainsi que des préservatifs « sur la même base qu'au sein de la communauté ». ¹³⁰ Si cet élément est en phase avec les directives internationales, le paragraphe suivant précise néanmoins :

Un détenu ne peut recevoir de préservatifs avant d'avoir reçu une éducation ou des conseils sur le SIDA, l'utilisation des préservatifs et les dangers des « comportements à haut risque ». Le fait qu'un détenu reçoive des services de conseils doit être consigné dans son dossier médical.¹³¹

À cause de cette disposition, la disponibilité des préservatifs dans les prisons n'est pas comparable à ce qu'elle est au niveau communautaire. L'obligation faite aux détenus de s'entretenir avec du personnel soignant ou médical a limité leur accès aux préservatifs. Sello Cornelius, président du *HIV/AIDS Council* (conseil sur le VIH/SIDA) d'Afrique du Sud — une instance gérée par les détenus et animant des campagnes d'éducation et de sensibilisation, ainsi que des groupes d'appui — a indiqué que les détenus n'étaient pas « à l'aise » de devoir parler aux médecins de la prison pour obtenir des préservatifs. De ce fait, très peu d'entre eux s'adressent au personnel de soins à cette fin. « Ils ont des craintes concernant leur intimité », a souligné Cornelius.¹³² Une autre étude confirme cette critique selon laquelle, dans la pratique, très peu de détenus demandent des préservatifs.¹³³

¹²⁹ *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme*. Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme & Programme conjoint des Nations Unies sur le VIH et le SIDA, 1998, Directive 4, paragraphe 29(e).

¹³⁰ Department of Correctional Services (département des services pénitentiaires), *Management Strategy: AIDS in Prisons: Provision of Condoms to the Prison Population*, Pretoria, 17 mai 1996, cité dans Goyer, *supra* (chapitre 3).

¹³¹ *Ibid.*

¹³² South Africa feeling the impact of HIV in prisons. IRIN PlusNews (non daté), www.plusnews.org/webspecials/HIV-in-prisons/SouthAfrica.asp.

¹³³ Goyer, *supra*.

Afrique du Sud – Mise en liberté conditionnelle des détenus en phase terminale

Stanfield c. Minister of Correctional Services (Ministère des Services pénitentiaires) et autres, (2003) 12 BCLR 1384 (Haute cour – Division de la Province du Cap de Bonne espérance)

Tribunal et date de la décision

Ce jugement a été rendu par la Haute cour (Division de la Province du Cap de Bonne espérance) en 2003.

Parties

Stanfield, le demandeur, était un détenu de 48 ans qui avait déjà purgé environ un tiers de sa condamnation à six années d'emprisonnement et qui en outre était en phase terminale. Les défendeurs étaient les responsables du *Correctional Services Department* (département des services pénitentiaires).

Réparation demandée

Le demandeur sollicitait une mise en liberté conditionnelle immédiate compte tenu du peu de temps qui lui restait à vivre, et de son souhait de le passer auprès des siens.

Résultat

La Cour a accordé la mise en liberté conditionnelle du demandeur. Les autorités médicales de la prison ont tenté de faire casser cette décision, mais la Cour a rejeté leur demande.

Contexte et faits

De l'avis de plusieurs médecins, Stanfield n'avait plus guère d'une année à vivre en raison d'un carcinome à petites cellules compliqué par une maladie cardiaque ischémique à un stade avancé. Alors que le plaignant était à la phase terminale d'une maladie autre que le SIDA, la Cour a néanmoins appuyé sa décision sur de nombreux points directement applicables à la situation des détenus vivant avec le VIH en Afrique du Sud.

Le niveau de prévalence du VIH dans les prisons sud-africaines a été un sujet de controverse dans le débat public. En 2003, l'*Institute of Security Studies*, un centre de recherche à but non lucratif d'Afrique du Sud, estimait que jusqu'à 45 % des 175 000 détenus du pays étaient séropositifs.¹³⁴ Le *Correctional Services Department* (département des services pénitentiaires) retenait pour sa part le chiffre de 3 %, même s'il lui était arrivé de reconnaître qu'il s'agissait d'une sous-estimation. En 2003, le magistrat-inspecteur des prisons estimait que la proportion pourrait aller jusqu'à 60 %, ce que contestaient les autorités pénitentiaires. Une étude menée en 1999 dans les établissements pénitentiaires d'Afrique du Sud établissait que 90 % des décès de personnes en détention étaient liés au VIH/SIDA. Dans la plupart des pays, la prévalence du VIH est plus élevée dans les prisons que dans la population générale. D'après les estimations, en Afrique du Sud, la prévalence du VIH chez les adultes est supérieure à 20 %.¹³⁵

¹³⁴ K.C. Goyer. South Africa, HIV/Aids in Prison: Problems, Policies and Potential (Monograph No. 79). Institute for Security Studies, février 2003 (www.iss.co.za/Pubs/Monographs/No79/Content.html Chapitre 3).

¹³⁵ Concernant les données citées dans ce paragraphe, voir les références dans Goyer, supra.

Dans ce contexte, il n'est guère étonnant que le juge ait noté que l'affaire serait d'un grand intérêt pour les milliers de détenus séropositifs du pays, quand bien même le demandeur n'était pas séropositif lui-même.

Arguments juridiques et points abordés

Le *Correctional Services Act* (loi relative aux services pénitentiaires) de 1959, soit le texte réglementaire applicable dans le cas présent, autorise la mise en liberté conditionnelle médicalement justifiée : « Un détenu incarcéré, quelle que soit sa peine, qui souffre d'une maladie dangereuse, infectieuse ou contagieuse [...] ou dont le placement en liberté conditionnelle est opportun au vu de son état physique, peut à tout moment, sur recommandation d'un médecin, être placé en liberté conditionnelle par le *Commissioner* » (article 69). Dans cette affaire, les points juridiques les plus pertinents pour les détenus vivant avec le VIH/SIDA étaient :

- l'affirmation par le demandeur qu'il avait le droit de mourir dans la dignité ;
- l'affirmation d'un des responsables de la prison selon laquelle il y avait lieu de refuser la libération conditionnelle du détenu, celui-ci étant en bonne santé, n'étant pas cloué au lit et donc physiquement capable de commettre un délit ;
- l'importance de l'environnement carcéral comme source d'infection pour des personnes qu'il est raisonnable sur le plan médical de tenir dans un environnement à faible risque d'exposition aux maladies infectieuses ; et
- la capacité du système carcéral à fournir les soins standard appropriés dans la phase terminale de la maladie.

Sur ces points, la Cour a formulé un certain nombre d'observations particulièrement pertinentes pour les personnes vivant avec le VIH.

Premièrement, la Cour a admis que le demandeur avait le droit de mourir dans la dignité, en se fondant sur les amendements (*Bill of Rights*) à la Constitution sud-africaine (article 10), qui font référence à la dignité inhérente à chaque être humain.

Deuxièmement, la Cour a critiqué le point de vue exprimé par un des responsables de la prison selon lequel M. Stanfield n'était pas cloué au lit et donc suffisamment en bonne santé pour pouvoir commettre à nouveau un délit. Ce responsable avait noté que le fait de libérer le demandeur alors qu'il était dans cet état physique pourrait bien produire un effet négatif sur les autres détenus diagnostiqués en phase terminale d'une maladie, et en particulier du VIH. Tel que reformulé par la Cour, le propos de ce responsable était le suivant :

A l'instar du demandeur, ils sont dans une condition physique qui, au moins temporairement, leur permet de mener une vie normale et, donc, de commettre à nouveau des délits [...]. [Il n'est] pas inconcevable que ces malfaiteurs condamnés, qui savent être en phase terminale d'une maladie, se montrent d'autant plus enclins à commettre des délits s'ils venaient à être remis en liberté par anticipation.¹³⁶

Toujours d'après ce responsable, c'est pour cette raison que de nombreux détenus séropositifs des prisons d'Afrique du Sud « attendaient avec impatience » la décision de la Cour dans cette affaire.

En langage vigoureux, la Cour a rejeté cet argument, notant que l'état de forme apparent du demandeur n'était que temporaire et que, en outre, le fait de juger de sa forme sur son aspect extérieur était tout à la fois une erreur et un manque de respect. Par ailleurs, insister sur la nécessité de le

¹³⁶ Stanfield, paragraphe 34.

maintenir en détention « jusqu'à ce qu'il soit devenu visiblement faible et cloué au lit ne peut en aucun cas être considéré comme un traitement humain conforme à sa dignité ». En fait, la Cour a indiqué que ce point de vue donnait l'impression « qu'il fallait d'abord que le demandeur perde sa dignité pour qu'enfin on puisse le reconnaître et le respecter ».

Troisièmement, sur la question de savoir si l'environnement carcéral pouvait avoir un effet négatif sur la santé du demandeur, la Cour a examiné en profondeur la capacité des hôpitaux pénitentiaires à fournir le traitement spécialisé requis par le carcinome du demandeur, pour conclure finalement qu'ils n'étaient pas à la hauteur de cette tâche. À l'évidence, cette analyse est particulièrement pertinente au regard des soins dispensés aux détenus séropositifs en Afrique du Sud. De plus, la Cour a estimé que le demandeur devait être placé dans un environnement aussi stérile que possible, en particulier du point de vue des infections respiratoires, sachant qu'une infection respiratoire « sur son système immunitaire affaibli pourrait considérablement raccourcir son existence ». La tuberculose est probablement l'infection opportuniste la plus fréquente chez les personnes vivant avec le VIH en Afrique du Sud, et certainement dans les prisons sud-africaines. Sans conteste, elle « raccourcit considérablement » l'existence de nombreux détenus séropositifs. La Cour a spécifiquement noté l'état diminué du système immunitaire du demandeur, particulièrement dangereux « dans les conditions de surpopulation et de manque d'hygiène qui prévalent dans nos prisons ».

Cela étant, la Cour a tout aussi spécifiquement noté la différence existant entre le cas du demandeur et celui du VIH : « L'état du demandeur est irréversible et incurable [...] en aucun cas comparable avec la tuberculose ou le VIH/SIDA, dans le contexte desquels l'espérance de vie sous traitement peut atteindre entre 15 et 25 ans ». La mention « sous traitement » doit être relevée avec toute l'attention qu'elle mérite, en particulier dans le contexte de l'Afrique du Sud où l'accès aux antirétroviraux est globalement limité, mais aussi en tenant compte des obstacles supplémentaires avec lesquels les détenus séropositifs sont souvent aux prises dans les prisons du monde entier. La Cour a néanmoins semblé estimer que les personnes vivant avec le VIH pourraient bénéficier d'une libération conditionnelle pour raisons d'ordre humanitaire lorsqu'elles sont en phase terminale :

Malgré l'augmentation énorme dans nos prisons de la prévalence du VIH/SIDA et des autres maladies présentant une phase terminale, seule une fraction infime des détenus concernés ont été placés en liberté conditionnelle pour raisons médicales au cours de l'année 2002. [...] la libération des prisonniers en phase terminale doit bénéficier d'une attention bien plus importante. Ne pas le faire débouche sur une situation absurde, avec des quantités démesurées de détenus mourant en prisons dans des conditions inhumaines et indignes.¹³⁷

Commentaires

En parlant de « traitement cruel, inhumain et dégradant », la Cour a utilisé les termes du droit international relatif aux droits de l'homme, en faisant écho à l'Article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* — des termes qui figurent également dans la Constitution sud-africaine. L'arrêt emprunte par ailleurs une terminologie très proche de celle de l'Article 10 du *Pacte* qui stipule que « Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ».

La tentative de la Cour pour établir une distinction entre la maladie du demandeur dans cette affaire et le VIH se fonde sur le postulat selon lequel les détenus séropositifs nécessitant un traitement pourraient le recevoir dans les prisons sud-africaines. Dans la mesure où les détenus séropositifs sud-africains ne sont toujours pas en mesure d'exercer leur droit à recevoir un traitement pour leur maladie, bon nombre des arguments favorables au demandeur devraient pouvoir leur être également

¹³⁷ Stanfield, paragraphe 128.

appliqués. Au moment de la publication de la présente étude, les traitements contre le VIH restent malheureusement inaccessibles à de nombreuses personnes en Afrique du Sud qui ne sont pas incarcérées ; certaines instances judiciaires pourraient estimer que c'est un argument plaidant contre le droit des détenus séropositifs à un traitement. Ce type de logique doit être mis en perspective avec l'éventualité décrite de manière si évocatrice par la Cour de « quantités démesurées de détenus mourant en prisons dans des conditions inhumaines et indignes ».

États-Unis d'Amérique – Des soins médicaux inappropriés aux détenus séropositifs constituent une violation des droits

Leatherwood et al. c. Campbell, United States District Court for the Northern District of Alabama (cour de district fédéral du district nord de l'Alabama), affaire No. CV-02-BE-2812-W (2004 –)

Tribunal et date de la décision

La *United States District Court for the Northern District of Alabama* (cour de district fédéral du district nord de l'Alabama) a rendu une décision le 24 juin 2004 (présentée ici de manière synthétique). Au moment de la publication de la présente étude, l'affaire était toujours en cours.

Parties

Les plaignants étaient des détenus de l'établissement pénitentiaire *Limestone Correctional Facility* qui avaient intenté une procédure collective (*class action*) devant la cour fédérale de Birmingham, Alabama, en novembre 2002. Les défendeurs étaient le *Commissioner of the Alabama Department of Corrections* (responsable du département pénitentiaire de l'Alabama), le *Director of Treatment for the Alabama Department of Corrections* (directeur des traitements auprès du département pénitentiaire de l'Alabama), le personnel médical et de surveillance du *Limestone Correctional Facility*, et NaphCare, Inc., l'entreprise privée alors sous contrat pour la fourniture de services médicaux aux détenus.

Réparation demandée

Cette action visait à remettre en question la légalité des conditions de vie et les soins médicaux dispensés au *Limestone Correctional Facility*. Dans leur plainte, déposée en novembre 2002, les plaignants demandaient à la Cour, entre autres choses, qu'elle :

- déclare anticonstitutionnels et illégaux les traitements médicaux et conditions de vie des détenus séropositifs incarcérés au *Limestone Correctional Facility* ; et
- prenne un arrêt préliminaire et permanent enjoignant aux défendeurs, et à leurs successeurs, agents, employés et à toutes autres personnes agissant de concert avec eux de permettre immédiatement aux détenus séropositifs du *Limestone Correctional Facility* d'accéder aux services de médecins spécialistes compétents, à des soins d'urgence adéquats, à des traitements de fin de vie adaptés, et à des diagnostics et traitements médicaux appropriés des infections opportunistes.

Résultat

En juin 2004, le juge d'instance de la Cour de district a approuvé une entente entre les détenus plaignants et l'État de l'Alabama, aux termes de laquelle le *Department of Corrections* avait obligation de :

- (i) ne pas loger les détenus séropositifs dans des dortoirs ;
- (ii) nettoyer les cellules des détenus ; et

- (iii) veiller à ce que son fournisseur médical (une entreprise privée, par exemple) embauche un infirmier à temps plein en tant que coordinateur VIH chargé de gérer un programme de lutte contre les maladies infectieuses, d'assurer l'éducation des détenus en matière de prévention du VIH et des MST, et d'organiser les soins médicaux à l'intention des détenus séropositifs au VIH.

Contexte et faits

À l'époque de cette affaire, l'Alabama appliquait une ségrégation à l'égard des détenus séropositifs, en les tenant à l'écart des autres détenus des établissements pénitentiaires. Le *Limestone Correctional Facility* (Limestone) à Harvest, Alabama, était chargé d'accueillir les détenus séropositifs de l'État. En Alabama, tous les détenus sont soumis à un dépistage obligatoire.

Dans le cadre de cette procédure, le *Southern Center for Human Rights* (centre des droits de l'homme du Sud des États-Unis) basé à Atlanta a publié un rapport en août 2003 rédigé par un spécialiste des maladies infectieuses sur les conditions de vie et les traitements médicaux dispensés à *Limestone*. Dans ses 125 pages, cette étude fournissait une synthèse détaillée de la mort de 38 détenus séropositifs entre 1999 et 2002, pour conclure que le système de soins de l'unité médicale ne répondait pas aux normes minimales. Selon le rapport du médecin, dans la quasi-totalité des 38 décès, « la mort avait été précédée d'un manquement dans la fourniture du traitement ou des soins médicaux appropriés » et des « affections susceptibles d'être prévenues » étaient à l'origine de chaque décès. Par ailleurs, le rapport observait que les dortoirs « surpeuplés » avec des lits superposés côte à côte et tête-bêche « exposaient ces détenus aux défenses immunitaires affaiblies, mais aussi le personnel, à un risque inutile de contracter une maladie contagieuse ». ¹³⁸

Selon les plaignants et le *Southern Centre for Human Rights*, les quelque 240 détenus de *Limestone* étaient gardés dans un immense entrepôt reconverti, rempli de rangées de lits. La plainte déposée indiquait que l'entrepôt était bien souvent glacial ou étouffant, et infesté d'araignées, de rats et d'oiseaux. Pour la plupart, les détenus n'étaient pas en mesure d'occuper les postes ou de suivre les formations proposées aux détenus des autres établissements pénitentiaires. De ce fait, les détenus séropositifs ne pouvaient pas bénéficier de remises de peine pour bon comportement et purgeaient donc des condamnations comparativement plus longues.

D'après le *Southern Centre*, en mai 2003, le *Department of Corrections* de l'Alabama a mis fin à son contrat avec NaphCare, le prestataire privé à qui il avait sous-traité la fourniture des services médicaux aux détenus. Il n'a fait état publiquement d'aucun motif particulier. (Par la suite, en janvier 2004, NaphCare a été écarté en tant que défendeur dans l'affaire.) En octobre 2003, le contrat a été accordé à une autre entreprise, Prison Health Services.

Début octobre 2003, les détenus ont été retirés de l'entrepôt pour être placés dans des cellules. Début 2004, l'Alabama a commencé à intégrer les détenus séropositifs dans des programmes au niveau des établissements, mais la règle et la pratique de la ségrégation sont demeurées en vigueur. ¹³⁹ Pour autant, les pratiques et conditions sanitaires dans l'établissement sont restées médiocres. En mars 2004, le même médecin spécialiste des maladies infectieuses a publié une seconde étude, dans laquelle il estimait que « l'un des échecs médicaux les plus insignes enregistrés à *Limestone* était

¹³⁸ Rapport de Stephen Tabet, MD, MPH, dans l'affaire *Leatherwood c. Campbell*, 26 août 2003, www.schr.org/prisonsjails/press%20releases/limestone_report.8-26-03_web.doc. Pour plus de documentation sur cette affaire, consulter la section consacrée aux prisons du site du Southern Centre for Human Rights, www.schr.org/prisonsjails/.

¹³⁹ Outre l'Alabama, le seul autre État à pratiquer encore dans les années 1990 la ségrégation des détenus séropositifs dans son système pénitentiaire était le Mississippi. En 2001, puis une nouvelle fois en 2004, cet État a pris des mesures pour intégrer des programmes d'éducation et de formation professionnelle. Les derniers développements enregistrés dans le Mississippi sont présentés ci-après.

le nombre de décès évitables. Les patients continuaient de mourir à cause des carences du système médical ». ¹⁴⁰ Il avait examiné en détail le décès de cinq détenus entre octobre 2003 et mars 2004 et constaté, par exemple, qu'un détenu était littéralement mort d'étouffement devant le personnel médical sans recevoir de traitement, tandis qu'un autre avait perdu plus de 80 kilos sans qu'aucun médicament ne lui soit administré ni aucun régime adapté prescrit. Un troisième détenu séropositif touché par la tuberculose avait été placé, avant son décès, dans un dortoir collectif, exposant ainsi au total plus de plus de 200 détenus séropositifs au risque de contracter la tuberculose.

Le 2 juin 2004, le juge a approuvé une entente dans cette affaire, à laquelle les parties étaient parvenues en avril 2004. Le juge estimait notamment que :

[L]es éléments disponibles montrent une absence d'efforts pour sauver des vies par des actions d'amélioration, telles que des études de mortalité ou la recherche et la résolution des problèmes majeurs dans le système médical. Des détenus séropositifs sont morts sans que n'interviennent le personnel médical de *Limestone* ou le *Department of Corrections* de l'Alabama. L'absence de tout effort pour remédier aux problèmes de la part des défendeurs prouve un certain mépris pour la vie humaine et donne à penser que les plaignants auront gain de cause dans l'examen de l'affaire sur le fond. [...] ¹⁴¹

L'entente faisait obligation au prestataire de services médicaux du *Department of Corrections* d'embaucher un infirmier à temps plein en tant que coordinateur VIH chargé de gérer un programme de lutte contre les maladies infectieuses, de planifier les soins des détenus séropositifs, y compris l'évolution des traitements, et d'assurer l'éducation des détenus en matière de prévention du VIH et des MST. Parallèlement, elle interdisait aussi le logement des détenus séropositifs dans des dortoirs et imposait le nettoyage des cellules. En août 2004, la *United States District Court for the Northern District of Alabama* (cour de district fédéral du district nord de l'Alabama) a accepté la décision et la recommandation du juge d'instance et donné son accord à l'entente.

Cela étant, les problèmes ont perduré. Le 17 février 2005, les avocats du *Southern Center for Human Rights*, agissant au nom des détenus séropositifs, ont déposé une requête contre les responsables du *Department of Corrections* de l'Alabama pour manquement dans l'exécution des dispositions de l'entente relatives à la fourniture de soins aux détenus. ¹⁴² Cette requête demandait à la Cour une condamnation pour outrage au tribunal. En autres choses, l'entente prévoyait qu'un médecin et un spécialiste du VIH prescrivent les traitements au *Limestone Treatment Facility*. Or, depuis l'entente, les deux médecins de l'établissement avaient donné leur démission. Dans sa lettre de démission en février 2005, une des spécialistes du VIH évoquait le manque de soutien organisationnel et administratif de la part de l'entreprise Prison Health Services. ¹⁴³ À la fin d'avril 2005, le *Department of Corrections* de l'Alabama et Prison Healthcare Services ont demandé à la Cour de rejeter les « plaintes erronées et imprécises » concernant les soins médicaux figurant dans la requête des détenus visant à obtenir une condamnation pour outrage au tribunal. À l'heure de la présente publication, l'affaire était toujours en cours devant la cour de district.

¹⁴⁰ Rapport complémentaire de Stephen Tabet, MD, MPH, dans l'affaire *Leatherwood c. Campbell*, 11 mars 2004, www.schr.org/prisonsjails/press%20releases/Tabetsupprpt.pdf.

¹⁴¹ L'évaluation du magistrat est consultable à l'adresse suivante : www.schr.org/prisonsjails/press%20releases/Magistrate%20Report%20Recommendation.pdf.

¹⁴² Southern Center for Human Rights. « Motion for contempt filed on behalf of HIV-positive inmates, » 17 février 2005. Communiqué de presse et documents relatifs à la requête consultables à l'adresse suivante : www.schr.org/prisonsjails/press%20releases/press_limestone_contempt.htm.

¹⁴³ Paul von Zielbauer. "Company's Troubled Answer for Fragile Inmates," *New York Times*, 1^{er} août 2005, p. 1 et 11.

Commentaires

L'affaire *Leatherwood c. Campbell* a contraint le *Department of Corrections* de l'Alabama à prendre un certain nombre de mesures pour améliorer les conditions de vie à *Limestone*. La procédure toujours en cours a pour objectif d'obtenir le respect de l'entente conclue. Le fait qu'il faille poursuivre l'action judiciaire montre que le succès des stratégies de défense des droits de l'homme fondées sur le recours judiciaire dépend au bout du compte de l'existence d'une culture de respect des règles du droit, ainsi que d'organismes de contrôle du fonctionnement des institutions.

Les *Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus*, adoptés sous forme de résolution par l'Assemblée générale des Nations Unies, stipulent que les détenus ont le droit à un niveau de soins équivalent à celui disponible au sein de la communauté.¹⁴⁴ Les *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme* des Nations Unies recommandent certaines mesures concernant les détenus :

Les autorités pénitentiaires doivent aussi assurer aux prisonniers (ainsi qu'au personnel pénitentiaire, le cas échéant) l'accès, en matière de VIH, à une information sur la prévention, à l'éducation requise, aux tests volontaires, aux conseils, aux moyens prophylactiques (préservatifs, hypochlorite de soude et matériel d'injection propre), au traitement et aux soins, et à la participation librement consentie à des essais cliniques liés au VIH, de même qu'assurer la confidentialité et interdire les tests obligatoires, la ségrégation et le refus de permettre l'accès aux détenus séropositifs aux installations de la prison et aux privilèges et programmes de libérations prévus pour eux.¹⁴⁵

L'affaire *Leatherwood c. Campbell* n'a pas mis fin à la politique de ségrégation des détenus séropositifs en Alabama. Pourtant, celle-ci va à l'encontre non seulement des *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme*, mais également des *Directives de l'OMS sur l'infection à VIH et le SIDA dans les prisons* qui déclarent :

Puisqu'il n'est pas considéré utile, ni à propos, d'imposer aux membres de la communauté infectés par le VIH des mesures de ségrégation ou d'isolement ni d'imposer des restrictions à leurs activités professionnelles, sportives ou ludiques, il conviendrait d'adopter la même attitude à l'égard des détenus infectés par le VIH. Les décisions d'isolement pour raison de santé devraient être prises uniquement par le corps médical et pour des motifs identiques à ceux qui valent pour le public en général, en application des règles et règlements de santé publique. Les droits des détenus ne devraient pas être restreints plus qu'il n'est absolument nécessaire pour des raisons médicales [...]¹⁴⁶

En contradiction avec cette approche des instances spécialisées dans les domaines du droit à la santé et des droits de l'homme, les tribunaux américains ont apporté leur soutien à la politique de ségrégation des détenus séropositifs de l'Alabama. Par exemple, en 1990, un tribunal fédéral a approuvé le dépistage obligatoire et la ségrégation dans la prison d'État de l'Alabama, déclarant même que les détenus revendiquant une thérapie à l'AZT n'étaient pas fondés à recevoir un traitement « de pointe », mais uniquement des soins raisonnables conformes à la norme prévalant dans la communauté.¹⁴⁷ Au vu des évolutions enregistrées concernant la norme communément acceptée en matière de traitement des personnes vivant avec le VIH, une telle position ne tiendrait théoriquement plus aujourd'hui.

¹⁴⁴ *Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus*, Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 45/111, 45 UN GAOR Sup. (No 49A) 200, UN Doc A/45/49 (1990), Articles 5 et 9.

¹⁴⁵ *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme*. Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme & Programme conjoint des Nations Unies sur le VIH et le SIDA, 1998, Directive 4, paragraphe 29.

¹⁴⁶ *Directives de l'OMS sur l'infection à VIH et le SIDA dans les prisons* (1993), paragraphe 27.

¹⁴⁷ L. Gostin et L. Porter. *AIDS litigation project II: a national survey of federal, state and local cases before courts and human rights commissions. Objective description of trends in AIDS litigation*. Washington, DC: Department of Health and Human Services, Public Health Service, National AIDS Programme Office, 1991.

Pour autant, même encore récemment, la politique de ségrégation a reçu l'appui des cours supérieures. En 1999, dans l'affaire *Davis c. Hopper*,¹⁴⁸ la Cour d'appel des États-Unis (11^{ème} Circuit) a estimé que la ségrégation complète des détenus séropositifs pratiquée par l'Alabama ne contrevenait pas à l'*Americans with Disabilities Act* (loi sur les Américains affectés d'un handicap) ou le *Rehabilitation Act* (loi sur la réinsertion) de 1973. La Cour a soutenu l'argument des responsables du système carcéral selon lequel, compte tenu du comportement imprévisible des détenus et de la nature mortelle du SIDA, tous les détenus séropositifs constituent « une menace directe » pour les autres détenus et les surveillants et doivent donc à ce titre être catégoriquement exclus des programmes des établissements pénitentiaires. En janvier 2000, la Cour suprême des États-Unis a refusé d'examiner un appel de la part de détenus de l'Alabama contestant la ségrégation pratiquée dans les prisons de cet État, et maintenu la décision dans l'affaire *Davis c. Hopper*. Ces décisions vont à l'encontre des normes internationales.

Ces décisions sont aussi contraires aux évolutions survenues dans l'État du Mississippi, le seul autre État américain à avoir maintenu une politique de ségrégation des détenus séropositifs dans les années 1990. En 1990, une action a été engagée au nom des détenus du pénitencier de l'État du Mississippi de Parchman.¹⁴⁹ Dans un arrêt préliminaire en 1999, un juge d'instance a ordonné que les détenus puissent prétendre à des soins contre le VIH d'une qualité conforme à celle fixée dans les directives émises par les *National Institutes of Health* (instituts nationaux de la santé), et que le *Department of Corrections* du Mississippi avait d'ailleurs l'obligation de fournir aux détenus séropositifs sous traitement antirétroviral. En 2001, le Mississippi a intégré ses programmes d'éducation et de formation professionnelle de façon à permettre aux détenus séropositifs de prendre part aux programmes mis en place dans les établissements, même si l'accès aux programmes dans la communauté leur restait interdit. En juin 2004, le même juge d'instance a pris un arrêt enjoignant au *Department of Corrections* du Mississippi d'autoriser les détenus séropositifs à participer aux programmes dans la communauté. Cette injonction a été levée en mars 2005, le juge estimant qu'elle n'était plus nécessaire compte des évolutions positives des conditions de vie des détenus séropositifs.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Affaire No. 98-9663.

¹⁴⁹ *Gates c. Fordice*, Cour de district (Northern District of Mississippi, Greenville Division), affaire No. 4:71CV6-JAD, confirmée par *Moore c. Fordice*, affaire No. No 4:90CV125-JAD, <http://sunset.backbone.olemiss.edu/~llibcoll/ndms/jul99/99D0090P.html>.

¹⁵⁰ Federal Judge Removes Injunction on Mississippi Dept. of Corrections Regarding Treatment of HIV-positive Inmates. *Kaiser Daily HIV/AIDS Report*, 4 avril 2005.

Le Programme commun des Nations Unies sur le VIH/SIDA (ONUSIDA) unit dans un même effort les activités de lutte contre l'épidémie de dix organismes des Nations Unies : le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), le Fonds des Nations Unies pour l'Enfance (UNICEF), le Programme alimentaire mondial (PAM), le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), le Fonds des Nations Unies pour la Population (UNFPA), l'Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC), l'Organisation internationale du Travail (OIT), l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture (UNESCO), l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) et la Banque mondiale.

L'ONUSIDA, en tant que programme coparrainé, rassemble les ripostes à l'épidémie de ses dix organismes coparrainants, tout en ajoutant à ces efforts des initiatives spéciales. Son but est de conduire et de soutenir l'élargissement de l'action internationale contre le VIH sur tous les fronts. L'ONUSIDA travaille avec un large éventail de partenaires – gouvernements et ONG, monde des affaires, scientifiques et non spécialistes – en vue de l'échange de connaissances, de compétences et des meilleures pratiques à travers les frontières.



COLLECTION MEILLEURES PRATIQUES DE L'ONUSIDA

La Collection Meilleures Pratiques de l'ONUSIDA

- est une série de matériels d'information de l'ONUSIDA qui encouragent l'apprentissage, partagent l'expérience et responsabilisent les gens et les partenaires (personnes vivant avec le VIH/SIDA, communautés affectées, société civile, gouvernements, secteur privé et organisations internationales) engagés dans une riposte élargie à l'épidémie de VIH/SIDA et son impact ;
- donne la parole à celles et ceux dont le travail est de combattre l'épidémie et d'en alléger les effets ;
- fournit des informations sur ce qui a marché dans des contextes spécifiques, pouvant être utiles à d'autres personnes confrontées à des défis similaires ;
- comble un vide dans d'importants domaines politiques et programmatiques en fournissant des directives techniques et stratégiques, ainsi que les connaissances les plus récentes sur la prévention, les soins et l'atténuation de l'impact dans de multiples contextes ;
- vise à stimuler de nouvelles initiatives aux fins de l'élargissement de la riposte à l'épidémie de VIH/SIDA au niveau des pays ; et
- représente un effort interinstitutions de l'ONUSIDA en partenariat avec d'autres organisations et parties prenantes.

Si vous désirez en savoir plus sur la Collection Meilleures Pratiques et les autres publications de l'ONUSIDA, rendez-vous sur le site www.unaids.org. Les lecteurs sont encouragés à envoyer leurs commentaires et suggestions au Secrétariat de l'ONUSIDA, à l'attention de l'Administrateur chargé des Meilleures Pratiques, ONUSIDA, 20 avenue Appia, 1211 Genève 27, Suisse.

Jurisprudence – Etudes de cas sur le traitement judiciaire des droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH

Plus de deux décennies d'expérience montrent qu'une attention insuffisante accordée aux droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH ou touchées par le VIH/SIDA peut souvent avoir pour conséquence de saper l'efficacité des politiques et programmes d'action. Les *Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme* des Nations Unies encouragent tous les pays à veiller à ce que leur législation soutienne la protection, la promotion et la mise en application des droits fondamentaux des personnes vulnérables et vivant avec le VIH.

Comme le montrent les études de cas présentées ici, le droit peut être tout à la fois un instrument de protection des droits fondamentaux et un obstacle à leur application. Au fil des ans, les personnes vivant avec le VIH ont parfois pu bénéficier de la protection qu'offre la loi. En d'autres circonstances, c'est l'action de militants courageux qui a permis que le droit protège effectivement les droits fondamentaux auxquels ces personnes peuvent prétendre comme tout un chacun. Cet ouvrage présente 30 affaires dans lesquelles on a défendu ou chercher à faire valoir les droits fondamentaux des personnes vulnérables ou vivant avec le VIH. Avec une large place faite aux affaires portées en justice dans des pays en développement, cette étude examine les efforts menés pour faire appliquer une « approche fondée sur les droits de l'homme » des questions liées au VIH, et ce sur trois fronts : la discrimination, l'accès au traitement, et la prévention et les soins aux détenus en milieu carcéral. L'exposé détaillé des mécanismes utilisés pour défendre les droits de l'homme, représente un outil sur lequel les juristes, avocats, législateurs et responsables politiques peuvent s'appuyer pour utiliser le plus judicieusement possible le droit dans la lutte contre le SIDA.

ONUSIDA
20 AVENUE APPIA
CH-1211 GENEVE 27
SUISSE

Tél. : (+41) 22 791 36 66
Fax : (+41) 22 791 41 87
Courrier électronique : bestpractice@unaids.org

www.unaids.org