

LA VULNÉRABILITÉ AU VIH DES HOMOSEXUELS EN AFRIQUE : UNE ANALYSE BASÉE SUR LE DROIT À LA SANTÉ

Christine Vézina

Volume 40, numéro 1-2, 2009–2010

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1107375ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10387>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Vézina, C. (2009). LA VULNÉRABILITÉ AU VIH DES HOMOSEXUELS EN AFRIQUE : UNE ANALYSE BASÉE SUR LE DROIT À LA SANTÉ. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 40(1-2), 131–197.
<https://doi.org/10.17118/11143/10387>

Résumé de l'article

La stigmatisation et la discrimination des personnes homosexuelles en Afrique, dont la criminalisation de l'homosexualité est une manifestation importante, sont largement répandues et contribuent à accroître leur vulnérabilité au VIH. Dans un tel contexte d'hostilité à l'égard de l'homosexualité et à la reconnaissance de leur droit à l'égalité, l'auteur suggère que le droit à la santé, qui connaît des percées significatives dans l'ordre juridique africain, constitue un outil normatif pertinent à mobiliser par les défenseurs des droits des homosexuels. Dans le but de soutenir cette position, elle démontre que le droit à la santé lorsqu'il est interprété à la lumière des lignes directrices, déclarations et autres textes normatifs émanant des instances internationales spécialisées, telle l'ONUSIDA, constitue un véritable vecteur d'inclusion des homosexuels.

ARTICLE

LA VULNÉRABILITÉ AU VIH DES HOMOSEXUELS EN AFRIQUE : UNE ANALYSE BASÉE SUR LE DROIT À LA SANTÉ

par Christine VÉZINA**

La stigmatisation et la discrimination des personnes homosexuelles en Afrique, dont la criminalisation de l'homosexualité est une manifestation importante, sont largement répandues et contribuent à accroître leur vulnérabilité au VIH. Dans un tel contexte d'hostilité à l'égard de l'homosexualité et à la reconnaissance de leur droit à l'égalité, l'auteur suggère que le droit à la santé, qui connaît des percées significatives dans l'ordre juridique africain, constitue un outil normatif pertinent à mobiliser par les défenseurs des droits des homosexuels. Dans le but de soutenir cette position, elle démontre que le droit à la santé lorsqu'il est interprété à la lumière des lignes directrices, déclarations et autres textes normatifs émanant des instances internationales spécialisées, telle ONUSIDA, constitue un véritable vecteur d'inclusion des homosexuels.

The stigmatisation of, and discrimination against homosexuals is widespread in Africa, as manifested by laws criminalizing homosexuality. This contributes to some extent to their increased vulnerability to HIV. In a context marked by hostility towards homosexuality as well as towards the recognition of homosexuals' right to equality, the writer suggests that the right to health, which has benefited from significant positive developments in African law, constitutes a relevant normative tool for those advocating the rights of homosexuals. To this end, the writer posits that the right to health, when interpreted in the light of various directives, declarations and other normative documents including those adopted by the UNAIDS, represents a useful vehicle for promoting the inclusion of homosexuals.

*. L'auteur est doctorante au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

SOMMAIRE

Introduction		133
I.	Les violations des droits des HRH : un déterminant du risque de transmission du VIH	137
II.	Le cadre normatif du droit à la santé en Afrique	146
A.	Le droit à la santé dans l'ordre juridique international.....	150
B.	Le droit à la santé dans l'ordre juridique africain.....	162
III.	La lutte au VIH au prisme du droit à la santé : une démarche d'inclusion des HSH	178
A.	Les normes et standards de la lutte au VIH	178
B.	L'inclusion des HSH à travers le respect, la protection, la promotion et la mise en œuvre du droit à la santé	183
Conclusion		192

Introduction

L'homosexualité est une réalité qui bien que « sans frontières »¹, suscite encore de vives oppositions à travers le monde. La stigmatisation et la discrimination à l'égard des

-
1. Il s'agit du thème de la Journée Internationale de lutte contre l'Homophobie du 17 mai 2009. Fondation Émergence, « L'homosexualité n'a pas de frontières, Campagne 2008-2009 », *Journée internationale contre l'homophobie, 17 mai 2009. Rapport d'activités 2008-2009*, 2009 (23 juin 2010), en ligne : Homophobie.org <http://www.homophobie.org/utilisateur/documents/rapport_2008-2009.pdf>. Le thème contre-carre l'idée encore répandue en Afrique que l'homosexualité est un mal de l'occident. Voir les déclarations publiques des présidents de la Namibie, du Zimbabwe et de la Zambie à l'effet que l'homosexualité est « un-african ». Human Rights Watch, International Gay and Lesbian Human Rights Commission, *More than a Name: State Sponsored Homophobia and its Consequences in Southern Africa*, USA, Human Rights Watch, 2003 aux pp. 12-50 (28 juin 2010), en ligne: [hrw.org](http://hrw.org/reports/2003/safrica) <hrw.org/reports/2003/safrica>. Voir aussi la déclaration du Ministre de la justice camerounais au sujet de la détention de 11 hommes pour sodomie en 2005 : « (...) by virtue of the African culture, homosexuality is not a value accepted in the Cameroonian society »; Cameroonian Ministry of Justice, Doc 2603/CD 05/022/PPE/DDHCI/MJ, 23 Jan. 2006, cité par Rachel Murray, Frans Viljoen, « Towards Non-Discrimination on the Basis of Sexual Orientation : The Normative Basis and Procedural Possibilities Before the African Commission on Human and Peoples's Rights and the African Union » (2007) 29:1 Human Rights Quarterly 86 à la p. 93, le document cité est en la possession des auteurs. Pourtant, de nombreuses études démontrent toutefois que l'homosexualité existe en Afrique. Le contraire, voir, par exemple, Stephen O. Murray et et Will Roscoe, dir., *Boy-Wives and Female Husbands: Studies of African Homosexualities*, New York, Saint Martin's Press, 1998; Wayne Dynes, « Homosexuality in Sub-Saharan Africa » (1983) Gay Books Bull 20; Cary Alan Johnson, « Hearing Voices: Unearthing Evidence of Homosexuality in Precolonial Africa », dans, Delroy Constantine-Simms, (dir.), *The Greatest Taboo: Homosexuality in Black Communities*, Alyson Books, 2000, 132. Voir aussi à titre d'exemple, l'introduction au Nigéria d'un projet de loi prévoyant que les pratiques homosexuelles sont « un Biblical, unnatural and definitely un-African », Leo Igwe, « On the Proposed Bill to Ban Same Sex Marriages in Nigeria », *The Guardian (Nigeria)* 2006 (28 juin 2010), 65, en ligne: Africa Regional Sexuality Ressource Centre <www.arsrc.org/resources/publications/sia/jan06/viewpoint.htm>.

homosexuels sont des phénomènes répandus dans de nombreux pays, notamment dans les pays d'Afrique. Cette situation est attribuable aux pressions sociales et religieuses, à l'institutionnalisation des pratiques homophobes, à la répression et à la criminalisation des relations sexuelles entre partenaires consentants de même sexe². Il résulte de ces pratiques et normes une marginalisation des hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes³ qui les confine au silence et à la clandestinité⁴. Alors que la prévalence du VIH chez les HSH est

-
2. Voir l'information accessible, en ligne : International Lesbian and Gay Association <http://www.ilga.org> en ligne : International Gay and Lesbian Human Rights Commission <<http://www.iglhrc.org/site/iglhrc>>. La Cour Constitutionnelle Sud-Africaine a été appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de l'infraction de sodomie en vertu de la *Common Law* et l'a déclarée inconstitutionnelle en 1998. *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. The Minister of Justice*, [1998] (12) BCLR 1517 (CC) (S.Afr.).
 3. « On entend par "hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes" toute personne de sexe masculin qui a des rapports sexuels avec un homme - définition qui renvoie à diverses identités sexuelles ainsi qu'aux hommes pratiquant à l'occasion une sexualité homosexuelle, sans pour autant se considérer comme des homosexuels ou des "gays". » ONUSIDA, *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, Genève, 2006 à la p. 1, [*Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*]. La stigmatisation de l'homosexualité entraîne des effets pervers chez l'ensemble des hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes et pas seulement chez les homosexuels. Dans le présent texte, nous référerons indistinctement aux homosexuels et aux hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes [HSH]. Sur les effets pervers de cette désignation, voir Rebecca M. Young et Iian H. Meyer, « The trouble with "MSM" and "WSW": erasure of the sexual-minority person in public health discourse » (2005) 95 *Am J. Public Health* 1144.
 4. Suzan Timberlake parle d'un déni de l'existence des HSH. Suzan Timberlake, « Men Having Sex with Men and Human Rights, The UNAIDS Perspective », *ILGA World Conference, Pre-Conference: MSM & Gay Men's Health* Genève, 2006, 1 (28 juin 2010), en ligne : Unaid.org <http://data.unaids.org/pub/Speech/2006/20060508_SP_Timberlake_1_LGA_en.pdf>. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, supra note 3 à la p. 2. Voir *Toonen c. Australia*, Communication 488/92, Comité des droits de l'homme, Doc. NU CCPR/C/50/D/488/1992 (1994) [*Toonen*] au par. 8.5. Dans cette affaire, le Comité des droits de l'homme a endossé l'argument à l'effet que la criminalisation de l'homosexualité

généralement plus élevée que dans la population en général⁵, cette marginalité crée des obstacles dans l'accès au dépistage du VIH, à l'information, aux moyens de prévention, aux soins, aux traitements⁶ et aux services d'appui et, par conséquent, augmente les risques de transmission du VIH⁷.

Pour renverser cette situation attentatoire aux droits fondamentaux (I. Les violations des droits des hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes : un déterminant du risque de transmission du VIH), nous suggérons que le droit à la santé est un outil normatif (II. Le cadre normatif du droit à la santé en Afrique) qui mérite d'être mobilisé par les défenseurs des droits des HSH. Le droit à la santé présente en effet un intérêt particulier

conduit les HSH à la clandestinité ce qui contribue à accroître leur vulnérabilité au VIH.

5. Dans de nombreux pays du monde, elle est jusqu'à vingt fois plus élevée que dans la population générale. ONUSIDA et PNUD, Communiqué, « Ripostes au sida: hommes ayant des relations sexuelles avec les hommes », 2009 (1er juillet 2010), en ligne : Programme des Nations Unies <<http://content.undp.org/go/newsroom/2009/may/aids-responses-failing-men-who-have-sex-with-men-and-transgenderpopulations.fr;jsessionid=aob-sr08DE97?categoryID=412141&lang=fr>>. ONUSIDA, Archives de reportages 2008, « ICASA 2008 : Hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes et VIH en Afrique », 2008 (1er juillet 2010), en ligne : Unaid.org <www.unaids.org/fr/KnowledgeCentre/Resources/FeatureStories/archive/2008/20081207_msm.asp> [ICASA 2008 : Hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes et VIH en Afrique]. ONUSIDA, *Rapport sur l'épidémie mondiale du sida 2008*, Genève, 2008 (ci-après [Rapport ONUSIDA, 2008]); Stefan Baral, Frangiscos Sifakis, Farley Cleghorn *et al.*, « Elevated risk for HIV infection among men who have sex with men in low- and middle-income countries 2000-2006: a systematic review » (2007) 4e PLoS Med. 339.
6. Lorsqu'ils sont disponibles. À la fin 2008, 44% des personnes en ayant besoin avaient accès aux antirétroviraux sur le continent africain. ONUSIDA, OMS, *Aide-mémoire. Afrique Subsaharienne 09* (1er juillet 2010, en ligne : Unaid.org <http://data.unaids.org/pub/FactSheet/2009/20091124_FS_SSA_fr.pdf>.
7. Tant pour les HRH que pour la population en général. En effet, les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes peuvent aussi avoir des partenaires féminins ou une épouse. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, supra note 3 à la p. 1.

parce que tout en prévoyant un arsenal de mesures⁸ destinées à protéger la santé des individus, il constitue un véritable vecteur d'inclusion pour les personnes vulnérables et marginalisées, en raison notamment de leur orientation sexuelle (III. La lutte au VIH au prisme du droit à la santé : une démarche d'inclusion des HSH).

En raison des récentes arrestations de personnes homosexuelles sur le continent africain⁹, nous concentrerons notre réflexion sur cette région du monde. Néanmoins, l'analyse est pertinente pour l'ensemble des pays faisant face à la

-
8. Il s'agit prioritairement de mesures prévoyant des obligations étatiques mais des acteurs privés offrant des services et soins de santé ou dont les activités ont un impact sur la santé peuvent aussi être visés par certaines de ces obligations. *Observation générale no. 14, infra* note 61 aux par. 63-65. Sur l'impact des nouveaux modes de gouvernance sur la mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels et notamment du droit à la santé, voir Lucie Lamarche, « Economic and Social Rights in an Era of Governance and Governance Arrangements in Canada: The Need to Re-visit the issue of Implementation of International Human Rights Law » dans *Canada and International Law: Is our House in Order?*, Kingston, Queen's McGill Press, publication à venir (l'auteur remercie la professeur Lamarche de lui avoir transmis une copie du texte).
 9. En juin 2010, un couple d'homosexuels a été condamné au Malawi à 14 ans de travaux forcés après avoir voulu célébrer publiquement leur union. Kathryn Senior, « HIV, Human Rights and men who have sex with men », (2010) 10 *The Lancet.com/ infection* 448. Le 7 janvier 2009, 9 homosexuels avaient été condamnés à 8 ans d'emprisonnement ferme au Sénégal pour « acte impudique et contre nature et association de malfaiteurs ». Après avoir été décriée par la France, la Cour d'appel de Dakar a annulé cette condamnation et exigé la libération des inculpés. « Les neuf Sénégalais condamnés pour homosexualité vont être libérés », *Têtu* 2009 (2 juillet 2010), en ligne : <http://www.tetu.com/actualites/international/les-neuf-senegalaiscondamnes-pour-homosexualite-vont-etre-liberes-14472> >. France Diplomatie, « La Cour d'Appel de Dakar annule la condamnation de neuf personnes pour homosexualité » 2009 (23 juin 2010), en ligne : [http://www.diplomatie.gouv.fr/ : France diplomatie < http : //www.diplomatie.gouv.fr/fr/pays-zones-geo_833/Senegal_355/france-senegal_1239/presentation_3537/cour-appel-dakarannule-Condammation-neuf-personnes-pour-homosexualite-21.04.09_72355.html?xtor=RSS-1](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/pays-zones-geo_833/Senegal_355/france-senegal_1239/presentation_3537/cour-appel-dakarannule-Condammation-neuf-personnes-pour-homosexualite-21.04.09_72355.html?xtor=RSS-1).

problématique et ayant adhéré au Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels¹⁰.

I. Les violations des droits des HRH : un déterminant du risque de transmission du VIH

Les hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes sont marginalisés et stigmatisés dans de nombreux pays à travers le monde¹¹. Selon une étude récente, 86 pays criminalisent les relations sexuelles entre partenaires consentant de même sexe¹². De ce nombre, 7 États prévoient la peine de mort¹³ et d'autres disposent de diverses peines pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à vie et le travail forcé¹⁴. En Afrique, 38

10. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976), [PIDESC].

11. Kathryn Senior, *supra* note 9.

12. amfAR, « MSM, HIV, and the Road to Universal Access—How Far Have We Come? » *Special Report*, USA, amfAR, 2008 (3 juillet 2010), en ligne : http://www.amfar.org/uploadedFiles/In_the_Community/Publications/MSM%20HIV%20and%20the%20Road%20to%20Universal%20Access.pdf. Voir aussi SIDA, *LGBTI issues in the world: A Study on Swedish policy and administration of Lesbian, Gay, Bisexual Transgender and Intersex issues in international development cooperation*, Stockholm, Government Offices of Sweden, 2005 (5 juillet 2010), en ligne : http://www.msc.st/Sidas_HBT-Arbete.pdf. En 2005, l'étude répertoriait 70 États criminalisant l'homosexualité.

13. Parmi lesquels figurent le Soudan, l'Arabie Saoudite, l'Afghanistan, le Pakistan, l'Iran et la Mauritanie, SIDA, *ibid.* à la p. 19.

14. Les pays qui pénalisent durement les actes homosexuels sont entre autres, l'Égypte, le Kenya, l'Ouganda, la Namibie, le Zimbabwe, le Bangladesh et la Tanzanie. Les sentences peuvent englober l'emprisonnement à vie, le travail forcé, les coups de fouets publics et divers châtiments corporels. Certains pays, tels le Nicaragua, l'Inde, le Mozambique, l'Angola, le Botswana, et l'Éthiopie, peuvent prévoir des peines allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement, le travail forcé, des amendes importantes et les châtiments corporels, SIDA, *ibid.* aux pp. 19-20.

États sur 53 criminalisent l'homosexualité¹⁵. Dans ces pays, les agressions commises à l'endroit des HSH ont lieu en toute impunité. Les victimes taisent les abus par crainte de dévoiler leur orientation sexuelle et d'être en retour poursuivies plutôt que protégées¹⁶.

L'absence de protection constitutionnelle contre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle¹⁷ ou, lorsqu'elle est prévue, sa violation¹⁸, donne notamment lieu à une institutionnalisation de l'homophobie, au déni des besoins de santé des homosexuels et à une discrimination dans l'accès aux soins et services de santé¹⁹. De plus, la criminalisation et la discrimination rendent la tâche extrêmement ardue pour les hommes qui souhaitent se regrouper et travailler ouvertement à la prévention du VIH et au plaidoyer²⁰. Dans certaines situations, la

-
15. Stéphane Waffo, « L'Afrique dans le placard », *Quartier libre*, 2009 (1er juillet 2010), en ligne : Quartier libre <<http://quartierlibre.ca/LAfrique-dans-le-placard>>.
16. SIDA, *supra* note 12 à la p. 20.
17. Dans le cadre des négociations relatives au Protocole facultatif se rapportant au PIDESC, les États africains se sont opposés à une formulation large des motifs de discrimination prohibés dans le Préambule et ont insisté pour que la liste précise de la *DUDH* soit utilisée. Selon Claire Mahon, les États étaient réfractaires à l'idée d'introduire l'orientation sexuelle et le genre à titre de motifs prohibés de discrimination. Voir Claire Mahon, « Progress at the Front: the Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights » (2008) 48 : 4 *Human Rights Law Review* 617 à la p. 639.
18. Bien que la Constitution sud-africaine interdise la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et qu'elle ait autorisé les unions entre époux de même sexe en 2006, les homosexuels, les lesbiennes et les personnes transgenres en demeurent victimes. SIDA, *supra* note 12 aux pp. 39, 40 et 57.
19. SIDA, *ibid.* à la p. 19. Le manque de formation des travailleurs de la santé nuit également à la fourniture de soins et de services adaptés aux besoins des hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes. Par exemple, au Kenya, les travailleurs chargés du counselling individuel dans les sites de dépistage du VIH n'ont aucune formation relative aux modes de transmission chez les HRH. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, *supra* note 3 à la p. 2.
20. SIDA, *ibid.*

promotion du condom et la possession de matériel d'information sur la prévention du VIH auprès des HSH ont été utilisés pour prouver la commission d'actes criminels par des HSH²¹. Cette situation est particulièrement problématique si l'on considère que l'expérience et les études démontrent la très grande pertinence de la prévention par les pairs dans le changement des comportements à risque²². Dans certains pays, le déni de l'homosexualité est si grand que les HRH ne sont tout simplement pas désignés à titre de populations cibles dans les stratégies de lutte au VIH²³.

En somme, la violation des droits fondamentaux des HRH contribue à augmenter leur vulnérabilité au VIH²⁴. De fait, des environnements sociaux et juridiques²⁵ répressifs à l'égard des

-
21. SIDA, *ibid.* à la p. 20 *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, *supra* note 3 à la p. 2.
 22. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, *supra* note 3 à la p. 2; L. Williamson *et al.*, « The Gay Men's Task Force: the impact of peer education on the sexual health behaviour of homosexual men in Glasgow » (2001) 77 *Sex Transm Infect.* 427; J. Elford *et al.*, « Peer led HIV prevention among homosexual men in Britain » (2002) 78 *Sex Transm Infect.* 158.
 23. Voir par exemple, Cameroun, *Rapport de progrès sur la Déclaration d'engagement sur le VIH /sida*, *infra* note 46 Government of Uganda, *UNGASS Country Progress Report, Uganda 2006-2007*, 2008 (1er juillet 2010), en ligne : <http://data.unaids.org/pub/Report/2008/uganda_2008_country_progress_report_en.pdf>. Par ailleurs, certains groupes non gouvernementaux travaillent sur le terrain sans désigner les HSH à titre de groupe vulnérable afin de ne pas attirer l'attention des autorités conservatrices.
 24. Le Comité des droits de l'homme a d'ailleurs endossé l'argument à l'effet que la criminalisation de l'homosexualité nuit aux programmes de prévention du VIH dans l'affaire *Toonen*. Aussi, l'ONUSIDA fait de la création d'un environnement juridique protecteur une des 10 priorités de son cadre de résultats 2009-2011. UNAIDS, *Joint Action for Results: UNAIDS Outcome Framework, 2009-2011*, UNAIDS, Genève, 2009, mis à jour en mars 2010 (1er juillet 2010), en ligne : [Unaids.org <http://data.unaids.org/pub/Report/2010/jc1713_joint_action_en.pdf>](http://data.unaids.org/pub/Report/2010/jc1713_joint_action_en.pdf).
 25. La récente création de la Commission mondiale sur le VIH et le droit dont le mandat consiste à approfondir la compréhension de l'impact de l'environnement juridique sur les réponses nationales au VIH témoigne de l'importance des enjeux juridiques en la matière. Voir PNUD,

homosexuels induisent une clandestinité qui se traduit, en pratique, par l'incapacité à rechercher un soutien médical adapté, par des obstacles au dépistage du VIH et par l'adoption de comportements sexuels à risque²⁶.

Cette situation explique en grande partie pourquoi il n'existe que très peu de données sur la prévalence du VIH chez les HRH en Afrique. Le déni des autorités fait en sorte que de nombreux États ne recueillent aucune donnée épidémiologique sur les HRH. Quant aux États qui procèdent à ce genre d'exercice, il n'est pas évident de dégager un portrait réaliste de la situation puisque les hommes qui fréquentent les ressources demeurent une minorité²⁷. Cela entraîne des conséquences néfastes sur la prévention du VIH. La méconnaissance des facteurs de risque, des comportements et des besoins²⁸ des HRH nuit en effet au développement de programmes de prévention et de soins adaptés à leurs besoins²⁹. Comme le précise Rachel Murray et Frans Viljoen :

An important consequence of non-recognition of the existence of gays and of a denial of their rights is that they are — despite increased biological vulnerability — excluded from HIV prevention strategies, educational campaigns, and other sex education. This may foreclose

Communiqué, « Lancement de la Commission mondiale sur le VIH et le droit : « Remédier aux lois punitives et aux violations des droits de l'homme qui entravent l'efficacité des réponses au SIDA » 2010 (2 juillet 2010), en ligne : <http://data.unaids.org/pub/PressRelease/2010/20100624_pr_lawcom_fr.pdf>.

26. ICASA 2008 : *Hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes et VIH en Afrique*, supra note 5.
27. « In Africa, there is no data available but an estimate of HIV prevalence among gay men in Western Cape, South Africa by health professionals is that it is probably over 30% compared to approx 7% in the general adult population », *SIDA*, supra note 12 à la p. 22 *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, supra note 3 à la p. 2.
28. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, *ibid*.
29. Richard Parker, Sharrif Khan, et Peter Aggleton, « Conspicuous by their absence? Men who have sex with men (MSM) in developing countries : implication for HIV prevention » (1998) 8: 4 *Critical Public Health* 329.

the possibility of those at risk having access to HIV education and prevention, further reinforcing internalized stigma, and thus placing them at greater risk of HIV infection³⁰.

Il en résulte qu'au niveau mondial, moins de un HSH sur vingt a accès aux services de prévention, de traitement et de prise en charge du VIH dont ils ont besoin³¹.

À l'échelle du continent africain, l'Organisation de l'Union Africaine s'est déjà prononcée sur l'impact de la stigmatisation et de la discrimination sur la pandémie de VIH :

[W]e are aware that stigma, silence, denial and discrimination against people living with HIV/AIDS [...] increase the impact of the epidemic and constitute a major barrier to an effective response to it³².

Les réticences des pays africains à accepter une formulation large des motifs de discrimination interdits au préambule du *Protocole facultatif au PIDESC*³³, laissent toutefois croire qu'il existe encore des embûches à la reconnaissance de l'impact négatif de ce type de discrimination³⁴. Par conséquent des réformes aux environnements juridiques hostiles aux homosexuels, tels qu'ils existent par exemple au Sénégal³⁵, au Cameroun et au Nigéria³⁶,

30. Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 à la p. 98.

31. ONUSIDA, *Rapport sur l'épidémie mondiale de SIDA*. *supra* note 4 à la p. 2.

32. OUA, *Déclaration d'Abuja sur le VIH/SIDA, la tuberculose et autres maladies infectieuses connexes*, Doc. off. OAU/SPS/ABUJA/3, (2001) au par. 12 [*Déclaration d'Abuja*].

33. *Infra* note 77; Claire Mahon, *supra* note 17.

34. Le fait de relier ces discriminations aux risques de santé encourus par la population en général peut peut-être renverser cette tendance, voir *infra* à la p. 48.

35. Julie Vandal, « À Dakar, les gays traqués », *Libération.fr* 2010 (10 juillet 2010), en ligne : *Libération.fr* <<http://www.liberation.fr/monde/0101635863-a-dakar-les-gays-traques>>.

36. Le Sénégal, le Cameroun et le Nigéria criminalisent l'homosexualité.

sont des projets qui requièrent une forte mobilisation pour se concrétiser.

Au Sénégal, l'article 319 (3) du Code pénal³⁷ criminalise les rapports homosexuels entre partenaires consentants et la Constitution ne prévoit aucune protection contre la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle³⁸. Paradoxalement, les autorités de santé reconnaissent et documentent de plus en plus la vulnérabilité au VIH des HRH³⁹. Des interventions spécifiques sont réalisées auprès de ces derniers et deux recherches importantes ont été menées afin, notamment, d'établir la prévalence chez ce groupe⁴⁰ et de connaître le pourcentage de HSH rejoints par les programmes de prévention⁴¹. Malgré certains résultats positifs, il est difficile de ne pas remettre en question ces résultats alors que le cadre légal, les perceptions hautement négatives de la population⁴² et la forte opposition de la religion musulmane à l'égard de l'homosexualité demeurent des barrières importantes à la prévention du VIH. Alors que, dans le Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida,

37. Loi n° 66-16 du 12 février 1966.

38. *Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001*, [ci-après la *Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001*], [*Constitution de la République du Sénégal*] (3 juillet 2010), en ligne : Heinonline.org <<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.cow/zssn0001&collection=cow#1>>.

39. République du Sénégal, *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal, 2008-2009, Suivi de la session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le VIH/sida (UNGASS), 2010* à la p. 27 [*Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal*].

40. Selon l'enquête ELIHoS, la prévalence est estimée à 21,8%, (à 34,4% au sein des HRH de 25 ans et plus et de 12,7% au sein des HRH de moins de 25 ans). *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal* à la p. 17.

41. Selon les données fournies, 84,6% des HRH seraient rejoints par des programmes de prévention. *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal*.

42. The Pew Global Project Attitude, *World Publics Welcome Global Trade not Immigration. 47-Nation Pew Global Attitudes Survey*, Pew Research Center, 2007 (3 juillet 2010), en ligne: The Pew Global Attitudes Project <<http://pewglobal.org/files/pdf/258.pdf>>.

Sénégal, 2008-2009, les autorités de santé mentionnent expressément l'existence de la stigmatisation à titre d'obstacles aux efforts de prévention⁴³, elles demeurent silencieuses sur la criminalisation de l'homosexualité et sur le défaut de prohiber la discrimination sur le motif de l'orientation sexuelle.

Au Cameroun, l'article 347 du Code pénal⁴⁴ criminalise les rapports homosexuels et tout comme pour le Sénégal, la Constitution fait défaut de prohiber la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle⁴⁵. Le climat social est stigmatisant à l'égard des homosexuels⁴⁶ et le déni de l'homosexualité est si fort que les autorités ont reconnu pour la première fois, dans le *Rapport de progrès sur la Déclaration d'engagement sur le VIH /sida UNGASS*⁴⁷, grâce à une étude réalisée dans une ville du pays en 2008-2009, que l'homosexualité existe au Cameroun⁴⁸. Mis à part cette mention, le rapport fait défaut de considérer les HSH à titre de groupe vulnérable au VIH et aucune donnée relative à la prévalence du VIH au sein de ce groupe n'est fournie. Parmi les nouveaux défis à relever, on mentionne le besoin de mieux évaluer l'ampleur de l'épidémie chez les groupes marginalisés et les plus à risque et de développer des interventions spécifiques à leur intention⁴⁸, mais rien n'indique que les HSH sont expressément visés.

43. *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal* à la p. 51.

44. Loi 65-LF-24 du 12 Novembre 1965 et loi 67-LF-1 du 12 Juin 1967.

45. *Constitution de la République du Cameroun* du 2 juin 1972, refondue le 18 janvier 1996, [*Constitution de la République du Cameroun*] (3 juillet 2010), en ligne : Heinonline.org <<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.cow/zzcm0004&collection=cow>>.

46. Voir Sandra Fontaine, « Cameroun : sortir du Nkuta » (placard), l'Afrique face aux gays », *Info Sud, tribune des droits humains*, 2010 (5 juillet 2010), en ligne : Info Sud, tribune des droits humains <<http://osi.bouake.free.fr/?Cameroun-sortir-du-Nkuta-placard-l>>.

47. République du Cameroun, *Rapport de progrès sur la Déclaration d'engagement sur le VIH /sida UNGASS*, Janvier 2008-décembre 2009, 2010 [*Rapport de progrès sur la Déclaration d'engagement, Cameroun*].

48. *Ibid.* Indicateur 19 à p. 11.

49. *Ibid.* à la p. 29.

Au Nigéria, les articles 214 et 217 du chapitre 21 du code pénal nigérian⁵⁰ criminalise l'homosexualité, la Constitution ne prévoit aucune protection contre la discrimination sur le motif de l'orientation sexuelle⁵¹ et de nombreux États de la République fédérale prévoient la lapidation en vertu de la charia⁵². Les perceptions sociales sont extrêmement négatives à l'égard de l'homosexualité⁵³. Le rapport de suivi des obligations du Nigéria découlant de la Déclaration d'engagement sur le VIH/sida⁵⁴ fait état des priorités fixées dans le cadre stratégique national 2005-2009⁵⁵. La priorité no. 8 va comme suit :

Objective 8: Create an enabling social, legal and policy environment by a 50% increase in the number of reviewed and operational gender-sensitive and human rights-friendly policies, legislations and the enforcement of laws that protect the rights of the general population, particularly PLWA, by the year 2009⁵⁶.

Pourtant, le 20 janvier 2009, une loi a été voté par la chambre basse du Parlement interdisant le mariage homosexuel et

-
50. *Criminal Code Act*, Nigeria, 1990.
51. *Constitution of the Federal Republic of Nigeria (Promulgation) decree 1999*, Decree no. 24, 5th May 1999 (3 juillet 2010), en ligne : Heinonline.org <<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.cow/zzng0001&collection=cow#3>> [*Constitution of the Federal Republic of Nigeria*] .
52. Voir Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, *Nigéria : information sur le traitement réservé aux personnes homosexuelles par la société et les autorités gouvernementales de même que sur les recours et la protection dont peuvent se prévaloir les personnes homosexuelles ayant subi des mauvais traitements (2008-août 2009)*, (3 juillet 2010), en ligne : Unhcr.org <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b20efe43c.html>> [*Nigéria : informations sur le traitement réservé aux homosexuel*].
53. The Pew Global Attitudes Project, *supra* note 42.
54. Nigeria, *United Nations General Assembly Special Session (UNGASS) Country Progress Report, January 2008-December 2009*, 2010 [*Nigeria Country Progress Report*].
55. National Agency for the Control of AIDS (NACA), *National Strategic Framework (NSF), 2005-2009*, Nigeria.
56. *Nigeria Country Progress Report* à la p. 62.

toute association ou manifestation homosexuelle⁵⁷. Dans la mesure où les autorités nigérianes elles-mêmes ont affirmé au Conseil des droits de l'homme en 2009 que les minorités sexuelles étaient invisibles dans leur pays⁵⁷, il faut certainement s'interroger sur la capacité des autorités à rejoindre les HSH dans le cadre des stratégies de prévention⁵⁹.

De toute évidence, le respect des droits fondamentaux des HSH en Afrique est un objectif qui fait face à des nombreux obstacles. Au niveau international, la protection de leurs droits est fragmentée⁶⁰ et il n'existe aucune convention relative aux droits de homosexuels qui pourraient servir de levier à des transformations juridiques et sociales dans les pays⁶¹. Dans un tel contexte, nous

57. *Nigéria : informations sur le traitement réservé aux homosexuels, supra* note 52.

58. Compte rendu présenté au Conseil des droits de l'homme dans le cadre de l'examen périodique universel, Nigeria, « National Report Submitted in Accordance with Paragraph 15 (A) of the Annex To Human Rights Council Resolution 5/1 », Doc. NU A/HRC/WG.674/NGA/1, 2009 (17 juillet 2010), en ligne : Lib.ohchr.org <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session4/NG/A_HRC_WG6_4_NGA_1_E.pdf>.

59. Selon les données du *Nigeria Country Progress Report*, la prévalence au VIH au sein de ce groupe serait de 13,5%.

60. Il n'existe aucune disposition à cet effet dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ni dans la Convention européenne des droits de l'homme mais une protection a été accordée par le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme sur la base d'une interprétation large du droit à la vie privée. Voir pour le Comité des droits de l'homme, *Toonen*. Voir aussi *Young c. Australia*, Communication 941/2000, Comité des droits de l'homme, Doc. NU CCPR/C/78/D/941/2000 (2003). Pour la Cour européenne des droits de l'homme, voir *Dudgeon c. Royaume-Uni*, (1981), 45A, C.E.D.H., 14; *Norris c. Ireland*, (1991) 142A C.E.D.H et *Modinos c. Cyprus*, (1993) 259A C.E.D.H. Rachel Murray, et Frans Viljoen, *supra* note 1 aux pp. 88 et ss.

61. Les principes de Yogyakarta adoptés par des experts internationaux en 2007, qui visent à lier les questions d'orientation sexuelle et de genre aux droits de la personne pallient d'une certaine manière à cette situation, bien que n'ayant aucune force contraignante. *Principes de Yogyakarta sur l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, Genève, mars 2007 (6 juillet 2010)., en ligne : [Yogyakartaprinciples.org <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.htm>](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.htm). En décembre 2008, la France a

suggerons que le droit à la santé qui prohibe de manière explicite la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle « dans l'accès aux soins de santé et aux éléments déterminants de la santé ainsi qu'aux moyens et titres permettant de se les procurer »⁶², peut, au nom de la prévention du VIH, agir à titre de catalyseur des réformes juridiques et sociales. Voyons maintenant son objet et sa portée, tel que fixés dans l'ordre juridique international et africain.

II. Le cadre normatif du droit à la santé en Afrique

De par son objet, le droit à la santé pose des défis importants de définition. Les approches différentes de la santé à travers les disciplines de la médecine et de la santé publique contribuent à une certaine confusion. La médecine porte son attention sur l'accès à des soins de santé curatifs alors que la santé publique s'intéresse davantage à la protection de la santé des populations et les services de prévention⁶³. La définition large de la santé proposée par l'Organisation mondiale de la santé⁶⁴,

présenté, à la 63e session de l'Assemblée générale des Nations Unies et avec le soutien de 67 États, la première Déclaration relative aux droits des personnes homosexuelles. « Déclaration relative aux droits de l'Homme et à l'orientation sexuelle et l'identité de genre » (3 juillet 2010), en ligne : [ilga.org <http://www.ilga.org/news_results.asp?LanguageID=3&FileID=1213>](http://www.ilga.org/news_results.asp?LanguageID=3&FileID=1213).

62. L'observation générale n° 14 du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels relative au droit à la santé prohibe toute discrimination sur la base de l'orientation sexuelle au par. 18. *Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Observation générale n° 14*, Doc. off. CDESC NU, 22e sess., Doc. NUE/C.12/2000/4, (2000), [*Observation générale n° 14*] (5 juin 2010), en ligne : [Uunhcr.ch <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument>](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument).
63. Audrey R. Chapman, « Core obligation related to the Right to Health » dans Chapman et Russell ((dir.)) *Core obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerpen, 2002, 185 aux pp. 188-189.
64. *Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé*, 22 juillet 1946, R.T.N.U. 204 (entrée en vigueur le 7 avril 1948), préambule. Sur les

englobant le bien-être être physique mental et social, participe aussi au problème. En rapprochant le concept de santé de celui d'un état de bien-être complet, il devenait en effet ardu de le rattacher à des obligations étatiques réalistement réalisables⁶⁵. Cette définition n'a d'ailleurs pas été reprise dans les textes onusiens. On y a préféré une définition un peu plus restrictive, bien que suffisamment large pour englober à la fois les perspectives de la médecine et de la santé publique⁶⁶.

D'abord reconnu dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁶⁶, le droit à la santé est défini au *PIDESC* comme étant le « droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre »⁶⁸. On l'a longtemps désigné comme un droit programmatique trop imprécis pour être justiciable⁶⁹. Or, ce caractère vague apparaît principalement attribuable au déficit du système de contrôle mis en place par le *PIDESC*⁷⁰. En raison de l'absence de procédure de communications individuelles, l'article 12 du *PIDESC* a pendant longtemps été privé de l'interprétation que seule la confrontation

-
- débats entre une vision large de la santé, telle que celle de l'OMS, et une vision plus restrictive voir Audrey R. Chapman, *ibid.* aux pp. 187-188.
65. Voir Audrey R. Chapman, *ibid.*; Daniel Callahan, *What Kind of Life: A Challenging Exploration of the Goals of Medicine*, New York, Touchstone Books, 1990, aux pp. 34-40; Joseph M. Boyle, Jr., « The Concept of Health and the Right to Health » (1977) 3 *Social Thought* 5.
66. *Toebe*, *infra* note 109 à la p. 174. Voir l'*Observation générale n° 14*.
67. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. No. 13, Doc NU A3810 (1948) 71 (ci-après la « *DUDH* »), art. 25.
68. Sur les imprécisions relatives à cette formulation, voir Audrey R. Chapman, *supra* note 63 à la p. 188; Magdalena Sepúlveda, *infra* note 70 à la p. 7.
69. Au même titre que les autres droits économiques, sociaux et culturels prévus au *PIDESC*. Pour un exposé critique de ces prétentions voir G.J.H. Van Hoof, « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : a Rebuttal of Some Traditional Views » dans Philip Alston et Katarina Tomasevski, dir., dir., *The Right to Food*, Utrecht, Martinus Nijhoff, 1984, 97 aux pp. 108-112.
70. Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Oxford, New York, Intersentia, 2003 à la p. 7.

du droit aux faits rend possible. Cette situation a toutefois beaucoup changé au cours des dix dernières années. Les Observations générales du Comité sur les droits économiques sociaux et culturels⁷¹, les décisions des commissions régionales⁷², les jugements de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud⁷³, de la Cour suprême d'Inde⁷⁴ et d'Argentine⁷⁵ ont en effet précisé les jalons normatifs du droit à la santé. De manière plus prospective, il est possible de croire que ces avancées continueront de se développer lorsque le *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*⁷⁶, récemment adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, entrera en vigueur⁷⁶.

71. *Observation Générale n° 14.*

72. Nous pensons entre autre à *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigéria*, Comm. no. 155/96, 2001 (10 juillet 2010), en ligne : <http://www.escrnet.org/usr_doc/serac.pdf>. [décision SERAC]. Voir aussi les décisions rendues par la Commission inter-américaine des droits de l'homme dans des cas relatifs à l'accès aux médicaments antirétroviraux au Chili (People living with HIV) et au Salvador (Jorge Odir Miranda Cortéz. Caso N° 12.249. Informe de admisibilidad N° 29/01.) (3 juillet 2010) en ligne : <http://www.escrnet.org/caselaw/caselaw_results.htm>.

73. *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others* (TAC) (2002) 5 SA 721 (CC) [décision « TAC »].

74. *C.E.S.C. Limited v. Subbash Chandra Bose*, [1992] AIR 573, 1991 SCR Supl. (2) 267 (7 juillet 2010), en ligne : <http://indiankanoon.org/doc/1510944/>; *Consumer Education and Research Centre and Others v. Union of India and Others* 1995 AIR 922, [1995] SCC (3) 42 JT 1995 (1) 636 1995 SCALE (1)354 (7 juillet 2010), en ligne : <http://www.rishabhdara.com/sc/view.php?case=12876>.

75. *Etcheverry, Roberto E. v. Omint Sociedad Anónima y Servicios*, [2001] S.C.J. Supreme Court of Justice, 13 March 2001; *Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social*, [2000] S.C.J. Supreme Court of Justice, case 323:1339.

76. Doc. off. AG NU A/RES/63/117 (2008), [*Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*], dont l'article 2 prévoit une procédure de communication individuelle.

77. À ce jour, 332 États ont signé le *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*. Il s'agit de l'Argentine, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Belgique, la Bolivie, la Bosnie-Herzégovine, le Chili, le Congo, l'Équateur, l'Espagne, la Finlande, la France, le Gabon, le Ghana, le Guatemala, la Guinée-Bissau, les Îles Salomon, l'Italie, le Luxembourg, Madagascar, le Mali, la Mongolie, le Monténégro, le Paraguay, les Pays-Bas, le Portugal, le

Puisque nous nous intéressons aux obligations qui incombent aux États africains et plus particulièrement au Sénégal, au Cameroun et au Nigéria, qui ont tous trois signé et ratifié le *PIDESC*⁷⁸ et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁷⁹, nous concentrerons d'abord notre analyse sur l'article 12 du *PIDESC* et sur l'interprétation faite par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels à travers ses Observations générales⁸⁰ (A. Le droit à la santé dans l'ordre juridique international). Nous nous attarderons ensuite sur l'article 16 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* et sur les implications de la jurisprudence africaine relative au droit à la santé à l'échelle du continent africain (B. Le droit à la santé dans l'ordre juridique africain).

Salvador, le Sénégal, la Slovaquie, la Slovénie, le Timor-Leste, le Togo, l'Ukraine et l'Uruguay. De ce nombre, seul l'Équateur et la Mongolie ont ratifié le *Protocole*, alors que 10 ratifications sont requises aux fins de son entrée en vigueur, *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC* art. 18. Voir Amnesty International, « L'Équateur, premier pays à ratifier le nouveau mécanisme de l'ONU pour l'application des droits économiques, sociaux et culturels ». 2010 (9 juillet 2010), en ligne : <<http://www.amnesty.org/fr/news-and-updates/ecuador-first-ratifynew-un-mechanism-enforce-economic-social-and-cultural-ights-2>>. Nations Unies, Collection des Traités, « Chapitre IV, Droits de l'Homme » (23 juillet 2010), en ligne : http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=fr. Sur les obstacles à l'effectivité du *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC* voir Arne Vandenberg et Wouter Vandenhoe, *infra* note 151.

78. Voir l'état des ratifications au 31 décembre 2004, « Status of ratification: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights » (6 juillet 2010), en ligne : www2.ohchr.org/english/law/cescr/ratify.htm
79. *Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée le 27 juin 1981, Doc O.U.A. CAB/LEG/67/3 rev.5 (entrée en vigueur : 21 octobre 1986) [*Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples*] ou [*Charte africaine*].
80. Il s'agit de l'*Observation générale n° 14*, spécifique au droit à la santé et de l'*Observation générale n° 3* au par. 9 qui définit la nature et la portée des obligations à la charge des États en vertu du *PIDESC*. *La nature des obligations des États parties (art. 2 (1) du Pacte)* (1990), *Observation générale n° 3*, Doc. off. CDESC NU, 5e sess, Doc. NU E/1991/23 (1990) [*Observation générale n° 3*].

Tant les textes onusiens que la jurisprudence émanant des États africains sont pertinents à la mise en relief des obligations qui incombent aux États en vertu de la *Charte africaine*. L'article 60 de la *Charte* permet en effet à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples de s'inspirer de ces sources, même si elles ne lient pas les États⁸¹, aux fins de l'interprétation des dispositions de la *Charte*. Tout en reconnaissant que la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* est l'instrument juridique le plus adapté aux valeurs africaines⁸², il y a lieu de souligner sa « texture ouverte »⁸³ à l'égard du droit international et africain.

A. Le droit à la santé dans l'ordre juridique international

Outre la *DUDH* et le *PIDESC*, le droit à la santé est reconnu dans de nombreuses conventions thématiques, telles la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*⁸⁴, la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁸⁵ et dans au moins 115 constitution nationales⁸⁶. En vue d'assurer

-
81. Rachel Murray, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and International Law*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000 à la p. 25.
82. Eva Brems, *Human Rights : Universality and Diversity*, The Hague, Kluwer Law International, 2004 aux pp. 93-94; Nsongurua J. Udombana, « Between Promise and Performance : Revisiting States' Obligations Under The African Human Rights Charter » (2004) 40 *Stan. J. Int'l L* 105 à la p. 110.
83. Nasila S. Rembe, « [O]pen-ended texture », *The System of Protection of Human Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights: Problems and Prospects*, Lesotho, Inst. of S. Afr. Stud., Nat'l University of Lesotho, 1991 à la p. 4.
84. 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13, (entrée en vigueur : 3 septembre 1981), art.12.
85. 20 novembre 1989, Rés. A.G. 44/24, Annexe, (entrée en vigueur : 2 septembre 1990), art. 24.
86. En 2008, 115 États avaient intégré le droit à la santé dans leur constitution. United Nations High Commissioner on Human Rights and the World Health Organization, *The Right to Health*, Fact Sheet n° 31 (8 juillet 2010), en ligne : United Nations High Commissioner on Human Rights and the World Health Organization <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/48625a742.html>>.

l'exercice de ce droit, les États s'engagent à mettre en œuvre toute mesure adéquate, dont notamment, « la prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques [...] ainsi que la lutte contre ces maladies »⁸⁷. L'interprétation du droit à la santé par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, dans *l'Observation générale n° 14*, établit les paramètres des obligations étatiques appelées à être précisées en fonction des problématiques propres aux États parties.

La nature des obligations et le contenu minimum du droit à la santé

Bien que le droit à la santé soit en partie réalisable de manière progressive au maximum des ressources disponibles⁸⁸, il impose aussi des obligations à réalisation immédiate⁸⁹. Il s'agit d'abord de l'obligation de garantir que le droit à la santé sera exercé sans aucune discrimination⁹⁰, notamment en raison de

87. *PIDESC*, art.12 (2) c).

88. *PIDESC*, art. 2 (1).

89. *L'Observation générale n° 14* au par. 30.

90. *PIDESC*, art.2 (2) et (3), art. 3; *Observation générale n° 3*, par., 2.2, *Observation générale n° 14* par. 30 « The Committee has interpreted these provisions as requiring measures to prevent discrimination as well as positive affirmative action initiatives to compensate for past discrimination that go beyond the enactment of legislation » voir: Audrey R. Chapman et Sage Russell, « Introduction » dans Audrey R. Chapman et Sage Russell, dir., *Core obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 1 à la p. 6. Si l'interdiction de discrimination requiert, en plus des mesures législatives destinées à prévenir la discrimination, des mesures positives destinées à compenser pour les discriminations, doit-on alors considérer que ces dernières sont aussi à réalisation immédiate? Voir sur cette question, Matthew Craven, « Assessment of the Progress on Adjudication of Economic, Social and Cultural Rights » dans John Squires, Malcolm Langford et Bret Thiele, dir., *The Road to a Remedy. Current issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Sydney, UNSW Press, 2005, 27. Bruce Porter, « The Crisis of Economic, Social and Cultural Rights and Strategies for Addressing it », in John Squires, Malcolm Langford et Bret Thiele, dir., *The Road to a Remedy. Current issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Sydney, UNSW Press, 2005, 43.

l'orientation sexuelle⁹¹, en accordant une attention prioritaire aux personnes vulnérables et marginalisées⁹². Il s'agit ensuite, de l'obligation d'adopter les mesures nécessaires, telles des mesures législatives ou plans d'action, dans le but d'atteindre la pleine réalisation du droit à la santé⁹³.

Des obligations visant la réalisation du *noyau dur*⁹⁴ du droit à la santé sont aussi prévues au PIDESC. Ce qu'on désigne comme le « noyau dur » vise à établir un contenu minimum du droit⁹⁵, un seuil qui ne doit en aucun cas être franchi, sous peine de violation du PIDESC⁹⁶. Aux fins de sa réalisation, il impose au minimum :

-
91. Ce motif n'apparaît pas au *PIDESC* mais est expressément mentionné à l'*Observation générale n° 14* au par. 18.
92. *Observation générale n° 3* au par. 12. Même en temps de grave pénurie de ressources, les éléments vulnérables de la société doivent être protégés. *Observation générale, n°. 14* au par. 18. Cette obligation fait aussi partie du noyau dur du droit à la santé, *infra* à la p. 15.
93. *PIDESC*, art. 2, (1); *Observation générale n° 14* au par. 30.
94. *Observation générale n° 3* au par. 10; *Observation générale n° 14* au par. 43. A.P.M. Coomans, dir., « Clarifying the Core Element of the Right to Education » dans A.P.M. Coomans, G.J.H. van Hoof, (dir.), *The Right to Complaint about Economic, Social and Cultural Rights*, (1995), SIM Special n° 18 (7 juillet 2010), en ligne: Universiteit Utrecht <<http://www.uu.nl/NL/faculteiten/rebo/organisatie/departementen/departementrechtsgelerdheid/organisatie/onderdelen/studieeninformatiecentrummensrechten/publicaties/simspecials/18/Documents/18-03.pdf>>.
95. Sur les imprécisions de ce concept de « minimum core », voir Matthew Craven, *supra* note 90 à la p. 39.
96. La Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud a développé, dans l'affaire *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* [2001] (1) SA 46 (CC) [*Grootboom*], un test de raisonabilité qui serait moins exigeant que celui du « contenu minimum noyau dur » en laissant une marge de manoeuvre à l'État dans la hiérarchisation des besoins, en fonction des ressources disponibles et des besoins des personnes les plus vulnérables. Voir Sandra Liebenberg, « Enforcing Positive Socio-Economic Rights Claims : The South African Model of Reasonableness Review » dans Malcolm Langford, Bret Thiele et John Squires, dir., *The Road to a Remedy*, Sydney, Australian Human Rights Centre, 2005, 73; Sandra Liebenberg, « The value of human dignity in interpreting socio-economic rights » (2005) 21 *South African Journal of Human Rights* 1; David Robitaille, « Non-universalité, illégitimité et surcomplexité des droits

- a) De garantir le droit d'avoir accès aux équipements, produits et services sanitaires sans discrimination aucune, notamment pour les groupes vulnérables ou marginalisés;
- b) D'assurer l'accès à une alimentation essentielle minimale qui soit suffisante et sûre sur le plan nutritionnel, pour libérer chacun de la faim;
- c) D'assurer l'accès à des moyens élémentaires d'hébergement, de logement et d'assainissement et à un approvisionnement suffisant en eau salubre et potable;
- d) De fournir les médicaments essentiels, tels qu'ils sont définis périodiquement dans le cadre du Programme d'action de l'OMS pour les médicaments essentiels;
- e) De veiller à une répartition équitable de tous les équipements, produits et services sanitaires;
- f) D'adopter et de mettre en oeuvre au niveau national une stratégie et un plan d'action en matière de santé publique, reposant sur des données épidémiologiques et répondant aux préoccupations de l'ensemble de la population dans le domaine de la santé; cette stratégie et ce plan d'action seront mis au point et examinés périodiquement dans le cadre d'un processus participatif et transparent; ils comprendront des méthodes (telles que le droit à des indicateurs et des critères de santé) permettant de surveiller de près les progrès accomplis; la mise au point de la stratégie et du plan d'action, de même que leur contenu, doivent accorder une attention particulière à tous les groupes vulnérables ou marginalisés⁹⁷.

*La Déclaration d'Alma Ata*⁹⁸ et la *Stratégie mondiale de la santé pour tous d'ici l'an 2000*⁹⁹ offrent un éclairage encore actuel

économiques et sociaux? Des préoccupations légitimes mais hypertrophiées : regard sur la jurisprudence canadienne et sudafricaine » (2008) 52 R.D. McGill 243.

97. *Observation générale n°14* au par. 43.

98. Organisation mondiale de la santé, *Déclaration d'Alma-Ata sur les soins de santé primaires*, 12 septembre 1978 (7 juillet 2010), en ligne : OMS <http://www.who.int/topics/primary_health_care/alma_ata_declaration/fr/index.html>.

99. Organisation mondiale de la santé, *Stratégie mondiale de la santé pour tous d'ici l'an 2000*, Genève, 1981, Chapitre c. 3 à la p. 31 au par. 1.

sur les soins et services de santé primaires qui sont au cœur du concept de noyau dur du droit à la santé¹⁰⁰, lequel ne peut subir aucune dérogation, et ce, sans égard aux ressources disponibles de l'État¹⁰¹. En plus des obligations fondamentales précédemment décrites, le noyau dur du droit à la santé comprend d'autres obligations prioritaires¹⁰². Il s'agit, pour les États : 1) d' « offrir des soins de santé génésique, maternelle (pré et postnatales) et infantile »¹⁰³; 2) de « vacciner la communauté contre les principales maladies infectieuses »¹⁰⁴; 3) de « prendre des mesures pour prévenir, traiter et maîtriser les maladies épidémiques et endémiques »¹⁰⁵; 4) d' « assurer une éducation et un accès à l'information sur les principaux problèmes de santé de la communauté, y compris des méthodes visant à les prévenir et à les maîtriser »¹⁰⁶ et 5) d' « assurer une formation appropriée au personnel de santé, notamment sur le droit à la santé et les droits de l'homme »¹⁰⁷. Ces dernières ne sont toutefois pas indérogeables en cas de pénurie de ressources financières¹⁰⁷. Le fait de ne pas atteindre ces seuils impose plutôt un renversement du fardeau de preuve à la charge de l'État qui doit démontrer que toutes les ressources à sa disposition ont été mobilisées pour réaliser en priorité son obligation minimum.

La question du noyau dur du droit à la santé et, en général, des droits économiques, sociaux et culturels, soulève de nombreuses interrogations dans la littérature¹⁰⁹. Certains craignent que les États perçoivent dans les seuils minimums, des

100. Voir Brigit Toebes, *infra* note 109 aux pp. 176-177.

101. *Observation générale n° 14* au par. 48.

102. *Ibid.* au par. 44.

103. *Ibid.* au par. 44a).

104. *Ibid.* au par. 44b).

105. *Ibid.* au par. 44c).

106. *Ibid.*, au par. 44d).

107. *Ibid.* au par. 44e).

108. *Observation générale n° 14*, aux par. 47, 44; *Observation générale n° 3* au par. 10.

109. Brigit Toebes, « The Right to health » dans Asbjorn Eide, Catarina Krause et Allan Rosas, dir., *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, 2^e éd., Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, 169 à la p. 177.

cibles qui, une fois atteintes, les déresponsabilisent à l'égard des autres obligations à leur charge¹¹⁰. Le débat porte aussi sur la question de savoir si un contenu minimum universel devrait être établi, ce qui imposerait l'identification du plus petit dénominateur commun à tous les États, ou si des seuils différents devraient être déterminés en fonction des ressources¹¹¹. Certains soutiennent qu'une approche universaliste pourrait avoir pour effet de nuire à la reconnaissance des victimes vivant dans des conditions indignes dans les pays les plus riches¹¹². Pour pallier cette difficulté, des auteurs évoquent la pertinence d'élaborer des seuils minimums adaptés à chaque pays¹¹³. Cette suggestion n'est pas sans soulever des questions sur sa faisabilité qui nécessiterait un travail colossal à l'échelle internationale¹¹⁴.

Au plan de la de réalisation progressive du droit à la santé, seul le manque de ressources peut justifier la stagnation¹¹⁵. À cet égard, il est certainement utile de préciser que la performance dépend parfois davantage des priorités qui sont fixées en termes de politiques publiques et des allocations des ressources existantes plutôt que de l'augmentation des dépenses¹¹⁶. Audrey R. Chapman démontre d'ailleurs avec éloquence, en s'appuyant sur les résultats d'une étude de l'Organisation mondiale de la

110. Voir par exemple, Bruce Porter, *supra* note 90 à la p. 55.

111. *Ibid.* à la p. 185, A.P.M. Coomans, « Economic, Social and Cultural Rights » (1995) SIM Special n° 16, 3 aux pp. 17-19 (7 juillet 2010), en ligne: Universiteit Utrecht <[http : //www.uu.nl/NL/faculteiten/rebo/organisatie/departementen/ddepartementrechtsgelertheid/organisatie/onderdelen/studieeninformatiecentrummensenrechten/publicaties/simspecials/16/Documents/16-2.pdf](http://www.uu.nl/NL/faculteiten/rebo/organisatie/departementen/ddepartementrechtsgelertheid/organisatie/onderdelen/studieeninformatiecentrummensenrechten/publicaties/simspecials/16/Documents/16-2.pdf)>.

112. Malcolm Langford et Bret Thiele, « Introduction : The Road to a Remedy », dans John Squires, Malcolm Langford et Bret Thiele, dir., *The Road to a Remedy. Current issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Sydney, UNSW Press, 2005, 1 à la p.7.

113. Voir à ce sujet B. Toebes, *supra* note 109 à la p. 185.

114. *Ibid.* Qui consisterait à fixer les seuils, collecter les données et à élaborer un système capable de les analyser.

115. *Observation générale n° 14* au par. 47.

116. Audrey R. Chapman, *supra* note 63 à la p. 196.

santé¹¹⁷ qu'il n'y a pas toujours de corrélation directe entre les ressources étatiques et les résultats en santé ou dans l'équité dans l'accès aux soins de santé¹¹⁸.

L'exigence de progressivité dans la réalisation du droit implique aussi, *a contrario*, une obligation de protéger les acquis en proscrivant l'adoption de mesures rétrogrades¹¹⁹.

Le besoin de suivi-évaluation est sous-jacent à la notion de progressivité propre au droit à la santé. La lecture du paragraphe 43 f) de *l'Observation générale n° 14* nous laisse d'ailleurs croire que le suivi de la réalisation du droit à la santé sur la base d'indicateurs consiste en une obligation minimum pour l'État. Il est vrai que sans l'adjonction de tels mécanismes, l'objectif de réalisation progressive perd tout son sens¹²⁰. Des outils doivent donc permettre de mesurer les avancées en fonction des ressources disponibles. Eitan Felner a soulevé, dans un article récent, le sous-développement chronique de ce volet des droits économiques, sociaux et culturels pourtant essentiel à leur réalisation et propose une méthodologie d'évaluation reposant sur

117. José Luis Bobadilla *et al.*, « Design, content and financing of an essential national package of health services » dans C.J.L. Murray et A.D. Lopez, dir., *Global Comparative Assessments in the Health Sector: Disease Burden, Expenditures and Intervention Packages*, Genève, World Health Organization, 1994, 171.

118. Virginia Leary, « The right to health », *Working Paper prepared for the day of general discussion on the right to health, 6 Dec. 1993*, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 9^e Session, E/C.12/1993/WP20.

119. *Observation générale. n° 14* au par. 32.

120. Sur cette question, les propos de Robert E. Robertson qui suggère de recourir à des indicateurs de conformité, même s'ils remontent à 1994, sont toujours pertinents. Robert E. Robertson, « Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the « Maximum Available Resources » to Realizing Economic, Social and Cultural Rights » (1994) 16 *Human Rights Quarterly* 693. Sur l'implication possible des organisations non gouvernementales dans le suivi des obligations progressives, voir Leonard S. Rubenstein, « How Can Human Rights International Organizations can advance Economic, Social and Cultural Rights: A Response to Kenneth Roth » (2004) 26 *Human Rights Quarterly* 845.

des comparaisons entre différents indicateurs et cibles (*benchmarks*)¹²¹.

Le contenu normatif du droit à la santé

Le droit à la santé vise à assurer le droit de contrôler sa propre santé et le droit à l'intégrité, à la liberté sexuelle et génésique, le droit d'avoir accès à des installations, des biens, des services, des programmes en matière de soins de santé et en santé publique ainsi que le droit d'avoir accès aux déterminants de la santé, tels que l'alimentation, la nutrition, le logement¹²². Quatre principes directeurs visent à étayer son contenu. Il s'agit de l'accessibilité, de la disponibilité, de la qualité et de l'acceptabilité des services de santé¹²³, étant entendu que ces services englobent les soins de santé et les services requis dans l'accès aux déterminants de la santé¹²⁴. L'accessibilité fait référence à l'accessibilité physique et économique ainsi qu'à l'accès à l'information relative aux questions de santé¹²⁵. Cette exigence réfère aussi à l'obligation de garantir l'accès aux installations, biens, services sans discrimination aucune, notamment à l'égard des personnes marginalisées ou vulnérables. La disponibilité implique que les installations, biens et services soient disponibles en quantité suffisante pour toute la population et en état fonctionnel. La qualité vise à ce que les installations, biens et services en matière de santé, soient scientifiquement et médicalement appropriés et de bonne qualité. Enfin, l'acceptabilité signifie que les installations, biens et services soient respectueux de l'éthique médicale, de la culture, notamment des minorités, qu'ils soient adaptés au sexe, au stade de la vie et conçus de manière à respecter la confidentialité et à améliorer l'état de santé. À ces éléments s'ajoute le principe de la participation qui implique

121. Eitan Flener, « Closing the 'Escape Hatch': A Toolkit to Monitor the Progressive Realization of Economic, Social, and Cultural Rights » (2009) 1:3 *Journal of Human Rights Practice* 402.

122. *Observation générale n° 14* au par. 8.

123. *Ibid.* au par. 12.

124. Brigit Toebes, *supra* note 109 à la p. 177.

125. *Ibid.* au par. 12.

pour les citoyens, et notamment les personnes concernées par les problématiques, de pouvoir participer à la prise des décisions en matière de santé¹²⁶.

Les obligations imposées par le droit à la santé s'analysent sous trois volets : le respect, la protection et la mise en œuvre¹²⁷. Ce cadre analytique a l'avantage de mettre en lumière les obligations tant positives que négatives qui incombent aux États aux fins de la réalisation d'un droit de la catégorie des droits dits programmatiques¹²⁸.

Le respect du droit à la santé réfère à l'obligation d'éviter d'intervenir d'une manière à porter atteinte au droit en s'abstenant, notamment de « refuser ou d'amoindrir l'égalité d'accès de toutes les personnes, dont les détenus, les membres de minorités, les demandeurs d'asile et les immigrants en situation irrégulière, aux soins de santé prophylactiques, thérapeutiques et palliatifs »¹²⁹, « d'ériger en politique d'État l'application de mesures discriminatoires »¹³⁰ et, « d'empêcher la participation de la population aux affaires en relation avec la santé »¹³¹.

L'obligation de protection impose de prévenir les atteintes au droit à la santé par des tiers. Cela englobe, entre autres, « [...]

126. *Observation générale n° 14* au par. 11.

127. L'utilisation de cette typologie contribue à clarifier le contenu normatif du droit à la santé. Voir Magdalena Sepúlveda, *supra* note 70 à la p. 12. C'est à Asbjorn Eide qu'il faut attribuer l'adaptation du cadre analytique développé par Henry Shue aux DESC. Voir Henry Shue, *Basic Rights*, Princeton University Press, 1980; Asbjorn Eide, *A Right to Adequate Food as a Human Right*, Human Rights Study Series n° 1, Publication Sales n° E.89XIV.2, UN New York, 1989. Ce cadre a par la suite été repris par le Comité sur les DESC tel qu'en atteste le paragraphe 33 de l'*Observation générale n° 14*. Sur la remise en question de la pertinence du cadre analytique aux fins de la mise en œuvre et de la justiciabilité des DESC, voir Ida Elizabeth Coch, « Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duty » (2005) 5 HRLR 81.

128. Brigit Toebes, *supra* note 109 à la p. 179

129. *Observation générale n° 14* au par. 34.

130. *Ibid.*

131. *Ibid.*

les devoirs incombant à l'État d'adopter une législation ou de prendre d'autres mesures destinées à assurer l'égalité d'accès aux soins de santé et aux soins en rapport avec la santé fournis par des tiers »¹³² et de « prendre des mesures destinées à protéger tous les groupes vulnérables ou marginalisés de la société [...] »¹³³. De plus, « [l]es États devraient veiller à ce qu'aucun tiers ne limite l'accès de la population à l'information relative à la santé et aux services de santé »¹³⁴.

Finalement, l'obligation de mise en œuvre implique d'adopter toute mesure nécessaire, quelle soit législative, administrative, budgétaire, judiciaire ou de tout autre ordre, afin d'assurer la pleine réalisation du droit à la santé. Il s'agit plus précisément de faire au droit à la santé « [...] une place suffisante dans le système politique et juridique national (de préférence par l'adoption d'un texte législatif) et de se doter d'une politique nationale de la santé comprenant un plan détaillé tendant à lui donner effet »¹³⁵. Les États doivent également, au fin de la mise en œuvre, « assurer la fourniture de soins de santé [...] contre les grandes maladies infectieuses »¹³⁶ et « [...] garantir l'égalité d'accès à tous les éléments déterminants de la santé tels qu'une alimentation sûre sur le plan nutritif et de l'eau potable, un assainissement minimum et des conditions de logement et de vie convenables »¹³⁷. Les États doivent aussi « [...] veiller à ce que les médecins et les autres personnels médicaux suivent une formation appropriée » et promouvoir « [...] la mise en oeuvre de campagnes d'information, concernant en particulier le VIH/sida »¹³⁸.

132. *Ibid.* au par. 35.

133. *Ibid.*

134. *Ibid.*

135. *Ibid.* au par. 36.

136. *Ibid.*

137. *Ibid.*

138. *Ibid.*

L'obligation de mise en œuvre englobe celle de faciliter et de promouvoir le droit à la santé¹³⁹. Cela impose, en particulier,¹⁴⁰ de « mener des actions tendant à assurer, maintenir ou rétablir la santé de la population »¹⁴¹. À cette fin, les États doivent « améliorer la connaissance des facteurs favorisant l'obtention de résultats positifs en matière de santé, c'est-à-dire appuyer la recherche et la diffusion d'informations »¹⁴² et « veiller à ce que les services de santé soient adaptés au contexte culturel et que le personnel dispensant les soins de santé reçoive une formation lui permettant de déterminer et de satisfaire les besoins particuliers de groupes vulnérables ou marginalisés »¹⁴³.

Puisque l'état de santé est tributaire de nombreux facteurs socio-économiques, le droit à la santé est intimement relié à la réalisation des autres droits fondamentaux, tels le droit à l'intégrité physique, à la vie, à la dignité humaine, à la nourriture, au logement et à l'éducation. En raison de ce caractère *global*¹⁴⁴, le respect des autres droits de la personne en constitue des déterminants. Cela atteste de la portée horizontale du droit à la santé. Nous entendons par horizontalité une propension à influencer sur les autres sous-systèmes qui composent avec lui, le système social¹⁴⁵ interne d'un État. Cette horizontalité vise une certaine harmonisation avec les autres sous-systèmes, dans le but d'éviter

139. *Ibid.* au par. 37.

140. *Ibid.*

141. *Ibid.*

142. *Ibid.*

143. *Ibid.*

144. *Ibid.* au par. 11.

145. Sur cette idée de débordement des frontières de l'ordre juridique des droits de la personne vers d'autres sphères : « Pour commencer nous pouvons affirmer que le sous-système des droits fondamentaux occupe une place hiérarchiquement élevée dans l'ensemble de l'ordre juridique : il débord de son propre cadre pour aller influencer les autres normes et les autres sous-systèmes. Il est en outre situé aux frontières extérieures de l'ordre juridique, en contact direct avec la réalité sociale avec les intérêts les fins et les valeurs qui y sont défendues ainsi qu'avec la réflexion morale qui est l'un des traits les plus importants d'un système culturel. » Gregorio Peces Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, coll. Droit et société, Paris, LGDJ, 2004 à la p. 322.

que des lois, politiques, règlements, pratiques et autres mesures portent atteinte au droit à la santé des individus¹⁴⁶.

Les mécanismes de contrôle du droit à la santé

Les articles 16 et 17 du *PIDESC* prévoient le mécanisme de contrôle et de suivi du *PIDESC*, dont le Comité sur les droits économiques sociaux et culturels a la charge¹⁴⁷. C'est sur cette base que les États ont l'obligation de faire rapport sur les mesures adoptées et les progrès accomplis dans la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels au Comité. À la lumière des rapports étatiques, le Comité engage un dialogue constructif avec les représentants étatiques et formulent des observations finales¹⁴⁸, composées de suggestions et de recommandations. Cet exercice, même s'il ne lie pas les États, contribue à préciser les obligations qui leur incombent¹⁴⁹. Par exemple, en matière de droit à la santé, le Comité s'est déjà déclaré préoccupé, dans le cadre de

146. Au Québec, l'article 54 de la *Loi sur la santé publique* (L.R.Q., c. S-2.2) illustre ce caractère horizontal qui cristallise le rôle de conseiller spécial du ministre de la santé, lui octroyant ainsi le pouvoir de donner des avis aux autres ministres dans le but de promouvoir la santé et favoriser le bien-être de la population.

147. Sur le renforcement de la procédure de contrôle et de suivi depuis la création du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels en 1986, institué par le Conseil économique et social des Nations Unies, voir Olivier De Schutter, *Le protocole facultatif au PIDESC*, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme, CRIDHO Working Paper 2005/3; Raphael Sodini, *Le comité des DESC*, CEDIN Paris X-Nanterre, Perspectives internationales, Monchrestien, 2000; Daniel Turp, « Le contrôle du respect du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Paris, Éditions A. Pedone, 1991, 465.

148. Art Hendricks, « The Close Connection Between Classical Rights and the Right to Health with Special Reference to the Right to Sexual and Reproductive Health » (1999) 18 *Medicine and Law* 225 à la p.231.

149. C'est en analysant les Observations finales du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels que Matthew Craven fait ressortir toute la portée normative de ce travail. Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

l'examen du rapport du Canada de 2006, par les disparités entre autochtones et le reste de la population en matière d'accès aux services de santé ainsi que sur les risques de santé encourus par les jeunes filles sans abris et le besoin d'adopter des mesures destinées à leur assurer l'accès aux services sociaux et de santé¹⁵⁰.

À ce mécanisme viendra s'adjoindre une procédure de communication individuelle pour les victimes de violations de leur droit à la santé lorsqu'au moins dix États auront ratifié le *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*¹⁵¹. L'adjonction de ce mécanisme dans le système international des droits de la personne représente une avancée importante vers la pleine reconnaissance de l'indivisibilité des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels¹⁵². À cet égard, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, par son approche globale de tous les droits de la personne, était largement en avance dès son adoption en 1981.

B. Le droit à la santé dans l'ordre juridique africain

La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* affirme sans aucune ambiguïté l'interrelation et l'interdépendance des droits civils et politiques et des droits économiques sociaux et culturels en son sein¹⁵³. Cette philosophie se traduit jusque dans

150. Committee on Economic Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Canada*, Doc NU E/C.12/CAN/CO/5 (2006).

151. *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*, art. 18. *Supra* à la p. 14; Claire Mahon, *supra* note 17. Pour une analyse de l'effectivité attendue du *Protocole*, voir Arne Vandebogaerde et Wouter Vandenhole, « The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: an Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process » (2010) 10:2 Human Rights Law review 207.

152. Louise Arbour, Allocution au groupe de travail à composition non limitée sur le *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*, 5^e session, 31 mars 2008. Cette avancée est toutefois à considérer avec certaines réserves, voir Vandebogaerde et Wouter Vandenhole, *ibid*.

153. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, préambule au par. 8. Thoko Kaime, « Beyond Social Programs : The Right to Health under

les procédures de protection et de contrôle qui, en plus de mettre en place un mécanisme de rapports périodiques et de promotion, prévoient des recours individuels¹⁵⁴ et interétatiques, en cas de violation des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels¹⁵⁵. Ainsi, la *Charte africaine* offre un cadre normatif et opératoire holistique propice à un développement des droits économiques sociaux et culturels¹⁵⁶.

Le contenu normatif du droit à la santé

L'article 1 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* prévoit l'obligation générale à la charge des États, qui consiste à adopter des mesures législatives, ou autres, destinées à appliquer les droits, devoirs et libertés qui s'y trouvent énoncés. Les obligations spécifiques relatives au droit à la santé imposent quant à elles l'adoption des mesures nécessaires en vue de protéger la santé des populations et de leur assurer l'assistance médicale en cas de maladie¹⁵⁷. Les lignes directrices¹⁵⁸ élaborées par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples servent à préciser la portée normative de ces dispositions¹⁵⁹. Elles

the African Charter on Human and Peoples' Rights » (2004) 10:2 *East African Journal of Peace & Human Rights* 192 à la p. 193. Chidi Anselm Odinkalu, « The Role of Case and Complaints Procedures in the African Regional System » (2001) 2 *Afr. Hum. Rts. L. J.* 255 aux pp. 336-337.

154. Qui permet aussi l'*actio popularis*, art. 55 (1). En vertu de cette disposition, les organisations non gouvernementales bénéficiant d'un statut d'observateur auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples peuvent déposer des plaintes.

155. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, art. 45 (1) (2), art. 47-59. Sur le mécanisme des rapports étatiques Voir GeorgeWilliam Mugwanya, « Examination of State Reports by the African Commission : A Critical Appraisal » (2001) *Afr. Hum. Rts L. J.* 268. Sur les procédures de plaintes, voir Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 153.

156. Thoko Kaime, *supra* note 153 à la p. 197.

157. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, art. 16.

158. Pour plus de détails sur le contenu de ces lignes directrices voir, Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 153 aux pp. 356 et ss.

159. ACHPR, *Guidelines for National Periodic Reports, 2nd Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples Rights 1988-89*, Annex XII (1990). Réimprimé dans Gino Naldi, dir., *Documents of the*

prévoient notamment que les États doivent prendre toute mesure appropriée pour prévenir les maladies et assurer l'accès aux services de santé pour toutes les catégories de la population¹⁶⁰. À l'occasion de l'examen des rapports étatiques, la Commission africaine a aussi affirmé que les États ont le devoir d'inclure le droit à la santé dans leur Constitution nationale et d'adopter des politiques publiques destinées à assurer l'accès « to basic utilities, health and electricity »¹⁶¹.

La réalisation immédiate vs la réalisation progressive

Une des différences textuelles entre la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le PIDESC réside dans l'absence de renvois à l'obligation d'adopter « des mesures au maximum des ressources disponibles » aux fins de la réalisation des droits prévus à la Charte. Pour cette raison, certains soutiennent que la Charte africaine impose des obligations irréalistes, qui portent atteinte à la légitimité du document¹⁶². Selon d'autres, une lecture holistique de la Charte, à la lumière de la jurisprudence de la Commission africaine et des principes de droit international¹⁶³, permet de soutenir que les obligations de

Organization of African Unity, London, Mansell, 1992, 155 [*Guidelines for National Periodic Reports*].

160. *Guidelines for National Periodic Reports*, *ibid.* au par. 35 (a)-(f).

161. African Commission on Human and Peoples' Rights, *Examination of State Reports*, 12^e sess., Octobre 1992 (1993) aux pp. 17-43 (contenant l'examen des rapports de la Gambie, du Zimbabwe et du Sénégal); African Commission on Human and Peoples' Rights, *Examination of State Reports*, 23^e sess., Mai 1998, (1998) à la p. 16 (contenant l'examen du rapport initial de la Namibie).

162. Christof Heyns, « The African Regional Human Rights System : In Need for Reform? (2001) 2 Afr. Hum. Rts L. J. 155 à la p. 161; voir aussi Thoko Kaime, *supra* note 153 à la p. 204.

163. L'article 60 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* est à l'effet que «[l]a Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de

mise en œuvre doivent, tout comme en vertu du PIDESC, se réaliser de manière progressive au maximum des ressources disponibles¹⁶⁴. En fonction des circonstances, nous croyons aussi qu'il n'est pas exclu que la Commission puisse avoir recours à ce test de la progressivité des mesures, à tout le moins en ce qui concerne le droit à la santé. En ce qui concerne le texte, l'emploi des mots « les États parties [...] s'engagent à prendre les mesures nécessaires en vue de protéger la santé de leurs populations et de leur assurer l'assistance médicale en cas de maladie »¹⁶⁵ sous entend selon nous une notion de progressivité. Combiné aux prescriptions de l'article 60 de la Charte africaine¹⁶⁶ et parce que cette option permet de prendre en considération les obstacles structurels et financiers qui marquent le développement social et économique des pays africains¹⁶⁷, l'argument nous apparaît en effet bien fondé¹⁶⁸. Tout comme le souligne Chidi Anselm

l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte. », *supra* à la p. 13.

164. Thoko Kaime, *supra* note 153 à la p. 204. Voir la décision *SERAC* dans laquelle la Commission déclare qu'elle ne souhaite pas retenir la faute des gouvernements qui déploient des efforts « under difficult circumstances to improve lives of their people », tout en reconnaissant tout de même qu'il existe en vertu de la *Charte* un contenu minimum, décision *SERAC* au par. 69. Voir aussi Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 152 aux pp. 349-351. Selon cet auteur, le fait que les obligations soient à réalisation immédiate rend possible le recours par la Commission à une approche basée sur la violation des droits (sur la « violation approach » voir Audrey R. Chapman, « A 'Violation Approach' for Monitoring the International Covenant on Economic Social and Cultural rights » (1996) 18 Hum. Rts Q. 23).
165. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, art. 16 (nous soulignons).
166. Qui permet à la Commission africaine de s'inspirer notamment du droit international des droits de l'homme, *supra* note 163.
167. Des millions d'africains ne jouissent pas de leur droit à la santé. Cette situation est notamment attribuable à la pauvreté à laquelle sont confrontés les pays africains. Voir *Purohit c. La Gambie*, Comm. No. 241/2001 au par. 48. Voir aussi l'impact des programmes d'ajustement structurels sur la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 153 à la p. 357.
168. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, lorsqu'elle affirme qu'il s'agit d'une « positive expectation » impliquant pour les États

Odinkalu, le fait que les États africains aient massivement ratifié le PIDESC permet à la Commission d'avoir recours, en toute légitimité, aux standards de la réalisation immédiate et de la réalisation progressive en fonction des faits soumis devant elle¹⁶⁹.

L'interdiction de discrimination

Au plan de la discrimination¹⁷⁰, il est intéressant de s'arrêter un instant sur les motifs prohibés en vertu de la Charte africaine et de songer à l'impact potentiel de l'article 60 de la Charte en la matière. La Charte africaine interdit la discrimination en raison, notamment, de la race, de l'ethnie, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion, de l'opinion politique ou de toute autre opinion, de l'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation¹⁷¹, mais ne prévoit rien sur l'orientation sexuelle. Puisque la liste de motifs de discriminations prohibés est non exhaustive et dans la mesure où l'article 60 de la Charte africaine peut légitimement renvoyer à l'*Observation générale n° 14*, il serait certainement possible, du moins au point de vue formel, de voir la Commission ajouter l'orientation sexuelle à cette liste. La question est fort pertinente puisqu'elle met en scène la tension qui peut exister entre l'ouverture de la Charte africaine et la morale et les valeurs plus traditionnelles qu'elle

« [to] move its machinery towards the actual realisation of the rights » semble sous-entendre la notion de progressivité dans la réalisation des droits. Ce raisonnement est toutefois mis en doute lorsqu'elle précise, dans le même paragraphe, « It could consist in the direct provision of basic needs such as food or resources that can be used for food (direct food aid or social security) » au par. 47. (Nous soulignons). La question de la réalisation progressive des droits rattachée à l'obligation de mise en oeuvre n'est pas longuement analysée dans *SERAC* parce que la Cour met une emphase sur les défauts de respect et de protection des droits économiques, sociaux et culturels de l'État nigérian qui a lui-même contribué par ses actions et celles de ses militaires, aux violations des droits du peuple Ogoni.

169. Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 153 à la p. 354.

170. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, art. 2 et 3.

171. *Ibid.*, art. 2.

valorise par ailleurs¹⁷². Mais dans la mesure où ces valeurs doivent être interprétées conformément aux droits protégés par la Charte, il y a certainement place à une interprétation large des motifs de discriminations interdits. Et ce, même si en dépit de la discrimination importante dont sont victimes les personnes homosexuelles en Afrique¹⁷³, l'homosexualité n'a jamais réussi, jusqu'à présent, à pénétrer l'arène de la Charte africaine¹⁷⁴.

Les obligations de respect, de protection, de promotion et de mise en oeuvre

Aux fins de l'analyse des droits économiques, sociaux et culturels prévus à la *Charte africaine*, la typologie des obligations détaillée dans *l'Observation générale n° 14*, s'impose aussi aux États africains. La Commission africaine l'a clairement endossé dans la décision *SERAC*. La description des obligations de respect et de protection n'ajoute rien de particulièrement nouveau aux catégories existantes, mais permet de les envisager dans des circonstances concrètes. Ainsi, l'obligation de respect implique pour les États de devoir s'abstenir d'interférer dans la jouissance des droits fondamentaux: « The state should respect right-holders, their freedoms, autonomy, resources, and liberty of their action »¹⁷⁵. L'obligation de protection, quant à elle, en tant qu'obligation positive, fait référence, selon la décision *SERAC*, aux

172. *Ibid.*, art. 17. Sur ce thème du conflit entre moralité, valeurs et traditions et les droits et la question des femmes et de leur rôle au sein de la famille, voir Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 153 aux pp. 342-343 qui fait valoir que « [...] the Charter requires the Commission in interpreting the Charter to take account of « African practices consistent with international norms on human and peoples' rights » en citant l'article 1^{er} de la *Charte africaine*.

173. Voir par exemple, Human Rights Watch, « More than a Name : State Sponsored Homophobia and its consequences in Southern Africa », 2003 (3 juillet 2010), en ligne: <hrw.org/reports/2003/safrica>; Amnesty International, « Crimes of Hate: Conspiracy of Silence, Torture and Ill-Treatment Based on Sexual Identity », AI Index ACT 40/016/2001, 2001 (3 juillet 2010), en ligne : <<http://web.amnesty.org/library/index/engact400162001>>.

174. Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1.

175. Décision *SERAC* au par. 45.

obligations d'adopter des mesures dans le but de protéger les bénéficiaires des droits contre toute « interférence politique, sociale ou économique »¹⁷⁵. Eu égard aux obligations de promotion et de mise en œuvre, la Commission apporte une contribution originale à la typologie en les interprétant, pour la première, d'une manière particulièrement adaptée à la réalité africaine et, pour la seconde, de façon large¹⁷⁷.

Ainsi, l'obligation de promotion vise à promouvoir la tolérance, la vigilance et la mise sur pied d'infrastructures de droits de la personne¹⁷⁸. La Commission s'est prononcée à plusieurs reprises sur cette obligation, particulièrement importante en Afrique où les États contrôlent souvent les moyens de communication¹⁷⁹. Elle a noté que l'ignorance est l'obstacle majeur au respect des droits de l'homme et des peuples en Afrique¹⁸⁰. Dans cet esprit, la Commission a encouragé et supporté la création d'institutions nationales dédiées à la promotion et à protection des droits dans les pays africains¹⁸¹.

En raison des faits de l'affaire *SERAC* qui portent sur la participation directe de l'État dans des actions ayant entraîné des violations aux droits économiques, sociaux et culturels et non, comme dans la décision *TAC*¹⁸², sur la gestion d'un programme destiné à donner effet à ces droits, l'obligation de mise en œuvre, n'a pas été envisagée dans toute sa dimension programmatique. La Commission a tout de même souligné que l'obligation de mise

176. *Ibid.* au par. 46.

177. Nsongurua J. Udombana, *supra* note 82 à la p. 136.

178. Décision *SERAC* au par. 46.

179. Nsongurua J. Udombana, *supra* note 82 à la p. 134.

180. *Ibid.* à la p. 135, citant « Recommendation on Modalities for Promoting Human and Peoples' Rights » dans *Recommendations and Resolutions adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1998-2002, 2002*.

181. *Ibid.* à la p. 135.

182. *Infra* aux pp. 37 et ss.

en œuvre requiert d'adopter des mesures raisonnables¹⁸³ pour prévenir la pollution et la dégradation environnementale, de promouvoir la conservation de la nature et d'assurer un développement durable et une utilisation des ressources écologiques¹⁸⁴. Elle a aussi déclaré qu'elle impose l'adoption de mesures larges destinées à protéger la santé, telles un suivi-évaluation (monitoring) scientifique des activités qui peuvent détruire l'environnement et la réalisation d'études d'impact avant de permettre des projets de développements industriels pouvant affecter la santé. Les résultats de telles études devraient être publiés et des procédures devraient permettre aux citoyens d'être entendus et de participer aux décisions qui affectent leur communauté¹⁸⁵. L'obligation de fournir de l'information relative aux risques de santé a aussi été soulignée par la Commission.

Au-delà de sa contribution significative à la précision de la typologie des obligations à la charge des États, la décision *SERAC* est particulièrement importante parce qu'elle est la première décision de la Commission à porter exclusivement sur les droits économiques, sociaux et culturels¹⁸⁶. Plus particulièrement, elle vient mettre en exergue les liens¹⁸⁷ entre les violations du droit à un environnement satisfaisant et global¹⁸⁸ et le droit à la santé¹⁸⁹.

183. Sans toutefois faire mention d'une réalisation progressive au maximum des ressources disponibles. Voir, sur les obligations à réalisation immédiate prévues dans la *Charte africaine*, *supra* aux pp. 28 et ss.

184. Décision *SERAC* au par. 52.

185. *Ibid.* au par. 53.

186. Nsongurua J. Udombana, *supra* note 82 aux pp. 129 et 130. Selon Chidi Anslem Odinkalu, sur plus de 45 communications ayant donné lieu à des décisions, au moins 15 avaient invoqué différentes facettes des droits économiques, sociaux et culturels et plusieurs communications pendantes (en 2001) faisaient ressortir avec prédominance les droits économiques, sociaux et culturels. Odinkalu, *supra* note 153 à la p. 359.

187. Alexander Kiss évoque ces liens entre l'environnement et la santé dans: Alexander Kiss, « Concept and Possible Implications of the Right to Environment » dans Kathleen E. Mahoney et Paul Mahoney, dir., *Human Rights in the Twenty first Century: A Global Challenge*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 553.

188. *Charte africaine*, art. 24.

189. *Ibid.*, art. 16.

Dans cette affaire, le Social and Economic Rights Action Center et le Center for Economic and Social Rights ont déposé, en mars 1996, une plainte contre le Nigéria à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en vertu des articles 55, 56 et 58 de la *Charte africaine*¹⁹⁰. Dans cette plainte, il était reproché à l'État nigérian de s'être impliqué, aux côtés d'un consortium de compagnies, dans l'exploitation d'activités pétrolières abusives et criminelles dans le delta du Niger ayant entraîné des problèmes environnementaux et de santé importants pour le peuple Ogoni. Des violations aux droits à un environnement satisfaisant et global, à la santé, à un logement et à la nourriture, protégés par la *Charte africaine* et par les textes internationaux correspondant, dont la *DUDH* et le PIDESC, étaient alléguées. Selon la plainte, les activités pétrolières de la compagnie Shell en Ogoniland se déroulaient sans aucune considération pour l'environnement et la santé des communautés locales et des déchets toxiques étaient régulièrement déversés dans les cours d'eau et l'environnement, en violation des standards environnementaux internationaux. Il était aussi allégué que les défauts d'entretien des équipements par les corporations multinationales ont entraîné des déversements qui auraient pu être évitables, près des villages, lesquels ont contaminé l'eau, le sol et l'air. Cette contamination a par la suite entraîné de sérieux problèmes de santé, incluant, des infections de la peau, des troubles gastro-intestinaux et respiratoires, un accroissement des risques de cancer ainsi que des problèmes neurologiques et reproductifs. Les plaignants ont également reproché au gouvernement de ne pas avoir effectué un suivi adéquat des activités pétrolières, d'avoir fait défaut d'exiger que les standards de sécurité communément admis dans l'industrie soient respectés par les compagnies et de ne pas avoir exigé la production d'évaluations d'impact des activités pétrolières sur l'environnement et la santé. Selon les plaignants, le gouvernement a aussi failli à ses obligations en n'exigeant pas que les communautés soient consultées avant le début des opérations, en cachant à ces communautés les informations relatives aux

190. Décision *SERAC*.

dangers associés aux activités pétrolières et en refusant l'accès au lieu aux scientifiques et aux organisations environnementales.

À la lumière de ces faits, la Commission africaine a reconnu des violations aux droits à un environnement satisfaisant et global et à la santé du peuple Ogoni. Le droit des peuples à la disposition de leurs richesses et ressources naturelles¹⁹¹ ainsi que les droits implicites à un logement et à la nourriture, ont aussi été déclarés violés par le gouvernement nigérian.

La décision SERAC a marqué le développement juridique du droit à la santé sur le continent africain, et ce, malgré les difficultés reliées à faire exécuter le jugement au Nigéria¹⁹². La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a aussi contribué à cette avancée, avec la décision *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign & Others*¹⁹³, rendue en 2002. Bien que cette décision émane d'un tribunal étatique et qu'elle découle des dispositions de la Constitution sud-africaine¹⁹⁴, sa pertinence à

191. *Charte africaine*, art. 21. Il est intéressant de noter que les plaignants ont, malgré l'incorporation des dispositions de la *Charte africaine* en droit interne nigérian, saisi en premier lieu la Commission sans épuiser les voies de recours internes en alléguant la futilité de tels recours en raison d'un décret adopté sous le régime militaire retirant des tribunaux la compétence de se pencher sur des questions relatives aux droits de la personne. Dans de telles circonstances, la Commission a estimé qu'aucun recours utile n'était effectivement disponible (décision SERAC au par. 41).

192. Voir « Enforcement of the decision and other outcomes » dans « Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria. Cited as: Communication No. 155/96 », *ESCR-Net* (10 juillet 2010), en ligne: <http://www.escr-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=404115>.

193. 2002 (10) BCLR 1033 (CC) [TAC], en ligne : (2010) <<http://www.tac.org.za/Documents/MTCTCourtCase/ConCourtJudgmentOrderingMTCTP-5July2002.pdf>>.

194. Les article 27 (1) a) et (2) de la Constitution sud-africaine reconnaissent la justiciabilité du droit à la santé en ces termes: « everyone has the right to have access to [...]health care services, including reproductive health care right » et « the state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights ».

l'échelle du continent est non négligeable en raison, comme nous l'avons déjà vu, de l'article 60 de la *Charte africaine* qui permet à la Commission de s'inspirer de la jurisprudence des États du continent.

Dans cette affaire, il était question du choix effectué par le gouvernement sud-africain, dans le cadre de son programme de prévention du VIH de la mère à l'enfant, de limiter l'accès à la névirapine, un médicament antirétroviral permettant de prévenir la transmission du VIH, à deux sites pilotes par province. En prenant cette décision, le gouvernement se trouvait à empêcher les mamans et leur bébé, n'ayant ni les moyens de se procurer le médicament dans le réseau privé et ni accès aux sites pilotes, d'avoir accès à la névirapine dans les cliniques et hôpitaux publics du pays. Afin de se prononcer sur la constitutionnalité du programme, la Cour s'appuie sur le critère de raisonabilité élaboré dans la décision *Grootboom*, à l'effet que :

[t]o be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right¹⁹⁵.

Sur cette base, la Cour décide que le choix de restreindre l'accès à la névirapine, par ailleurs offert gratuitement par le fabricant, alors qu'il pourrait sauver des vies et éviter des transmissions, est déraisonnable¹⁹⁶. Afin de renforcer l'effectivité de son jugement, la Cour va plus loin que dans la décision *Grootboom*, où elle s'était limitée à un jugement déclaratoire, et ordonne au gouvernement de modifier son programme. Le fait de rattacher les violations des droits économiques, sociaux et

195. *Grootboom* au par. 44.

196. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a élaboré dans les décisions *Grootboom* et *TAC* le critère de la raisonabilité pour évaluer les obligations positives à la charge des États destinées à donner effet aux droits économiques, sociaux et culturels. Voir *supra* note 96.

culturels à une sanction juridiquement contraignante est particulièrement nouveau et constitue un « apport jurisprudentiel majeur »¹⁹⁷.

Au-delà de la reconnaissance du fait que le défaut d'accès aux antirétroviraux porte atteinte au droit d'accès à des soins et services de santé, la décision TAC vient confirmer le test de la raisonnablement élaboré précédemment dans la décision *Grootboom*¹⁹⁸. En vertu de cette approche, le noyau dur du droit à la santé, qui consiste en un droit d'accès à certains biens et services de santé primaires, n'est pas directement invocable par toute personne dans le besoin¹⁹⁹. L'accès aux biens et services est plutôt tributaire des ressources disponibles de l'État, dans la perspective de la réalisation progressive des droits²⁰⁰.

It is also made clear that “[s]ection 26 does not expect more of the State than is achievable within its available resources” and does not confer an entitlement to “claim shelter or housing immediately upon demand” and that as far as the rights of access to housing, health care, sufficient food and water, and social security for those unable to support themselves and their dependants are concerned, “the State is not obliged to go beyond available resources or to realise these rights immediately²⁰¹.

Le test de raisonnablement en est donc un de *moyens*, « [i]n its basic structure, this reasonableness standard is a means-end test

197. David Robitaille, *supra* note 96 à la p. 259.

198. *Ibid.*

199. TAC aux par. 26, 34-35.

200. Cette approche découle de la lecture des paragraphes 26 (2) et 27 (2) de la Constitution sud-africaine qui prévoient, respectivement, que les droits au logement et à la santé sont réalisables à travers l'adoption par l'État de mesures raisonnables, en fonction des ressources disponibles et en vue de la réalisation progressive desdits droits. Danie Brand, « Socio-Economic Rights and Courts in South Africa : Justiciability on a Sliding Scale » dans Fons Coomans, dir., *Justiciability of Economic and Social Rights. Experiences from Domestic Systems*. Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006 aux pp. 220-221.

201. TAC au par. 32.

– the court asks whether or not the measures in question are reasonably capable of achieving the realisation over time of the right in question, taking account of resource limit»²⁰². En utilisant ce test, les tribunaux se trouvent à évaluer la raisonnable des mesures positives et cherchent à déterminer si elles sont capables de faciliter la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels²⁰³. En ce faisant, ils agissent, avec légitimité dans les limites de leurs pouvoirs judiciaires²⁰⁴.

Là où le test de raisonnable se rapproche le plus du concept du noyau dur des droits réside dans l'idée qu'un gouvernement raisonnable doit prendre en compte les besoins urgents des personnes privées des besoins essentiels dans la société²⁰⁵. Selon Sandra Liedenbergh, le fait que la preuve du

202. Danie Brand, *supra* note 200 à la p. 221. En plus de la structure des articles 26 et 27 de la Constitution, de nombreuses autres considérations ont été analysées par la Cour dans *Grootboom* pour ne pas opter pour une approche basée sur le noyau dur du droit à la santé. Il s'agissait de difficultés de définir un seuil minimum du droit dans un contexte de besoins sociaux variés, de l'impossibilité pour la Cour de donner un accès universel immédiat, même à des services minimums et à l'incompatibilité de ce genre d'exercice avec les fonctions judiciaires. La Cour a toutefois reconnu qu'il n'était pas exclu que dans certaines circonstances, la preuve démontre que le seuil minimum d'un service particulier doit être pris en compte aux fins de l'évaluation du caractère raisonnable d'une mesure étatique. Sandra Liedenbergh, *supra* note 96 à la p. 78.

203. *Grootboom* au par. 41.

204. TAC aux par. 36-38. Voir au sujet de la capacité et de la légitimité des tribunaux à rendre des décisions sur la mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels: Danie Brand, *supra* note 200 aux pp. 225-227. L'auteur est toutefois d'avis que, dans les limites des textes constitutionnels applicables, le cas échéant, des formes d'interventions judiciaires reposant sur d'autres types d'approches pourraient aussi s'avérer légitimes et respectueuses du partage des pouvoirs judiciaires, législatifs et exécutifs.

205. *Grootboom* au par. 49. Pour une analyse critique du test de la raisonnable dans la perspective des besoins des personnes les plus vulnérables, voir Sandra Liedenbergh, *supra* note 96 aux pp. 82 et ss.; David Bilchitz, « Giving Socio-Economic Rights Teeth : The Minimum Core and its Importance » (2002) 118 South African Law Journal 484 à la p. 490; David Bilchitz, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum

caractère déraisonnable des mesures étatiques incombe aux plaignants impose aux personnes vulnérables privées d'accès aux biens et services essentiels, un fardeau extrêmement lourd. Pour remédier à cet obstacle, elle suggère, premièrement, la création d'une présomption de déraisonnabilité au profit des personnes les plus vulnérables. Cela aurait pour effet de renverser le fardeau de preuve à la charge de l'État qui se trouverait dans l'obligation de démontrer que l'exclusion dont font les frais les individus est raisonnable²⁰⁶. Deuxièmement, Liedenberg est d'avis que le test développé par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels au paragraphe 10 de l'*Observation générale n° 3* devrait être utilisé dans les cas où des groupes vulnérables n'ont pas accès à des biens et services essentiels. Ainsi, l'État devrait démontrer que le défaut d'assurer de tels biens et services est strictement attribuable au manque de ressources²⁰⁷. Finalement, l'évaluation des tribunaux devrait reposer sur une analyse de la proportionnalité des mesures choisies par rapport aux atteintes aux droits. Concrètement, cela impliquerait pour les États de démontrer qu'aucune mesure moins attentatoire aux droits économiques, sociaux et culturels des personnes les plus vulnérables ne peut être mise en œuvre aux fins des objectifs poursuivis²⁰⁸.

À la lumière de ce qui précède, il est intéressant de s'interroger sur la potentielle ouverture de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples à l'endroit du test de raisonabilité confirmé dans la décision *TAC*. Le concept du noyau dur des droits²⁰⁹ provenant de l'interprétation du droit à la santé par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels²¹⁰ aura-t-il préséance sur le test de raisonabilité développé par une

Core : Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence » (2003) 19 South African Journal of Human Rights 1, aux pp. 11-14.

206. Sandra Liedenberg, *supra* note 96 à la p. 83.

207. *Ibid.* à la p. 83.

208. *Ibid.* à la p. 84.

209. *Supra* aux pp. 16 et ss.

210. *Observation générale n° 14*.

cour africaine? Peut-on considérer qu'il existe une communauté de valeurs plus forte entre la Commission et la Cour constitutionnelle sud-africaine qui ferait pencher la balance en faveur de son approche? Cela ne semble pas évident à déterminer, en raison notamment des différences notables entre la formulation de l'article 26 de la Constitution sud-africaine, qui met une emphase particulière sur la progressivité et celle de l'article 16 de la *Charte africaine*, beaucoup plus subtile à ce niveau. Cela nous laisse supposer que la Commission, dans la mesure où elle décidait d'adopter une approche de réalisation progressive, puisse être l'instance appropriée pour appliquer un test « renforcé » de la raisonnable, telle que le propose Sandra Liedenbergh.

Le droit à la santé au sein des États

De nombreux États ont intégré le droit à la santé dans leur constitution. Certains utilisent les termes « droit à la santé », le « droit à des services de santé », le « droit à la protection de la santé », certains lui reconnaissent une pleine justiciabilité, d'autres l'intègre à titre de principes directifs. Au Nigéria, le droit aux services de santé est prévu au chapitre II de la Constitution qui porte sur les « Fundamental Objectives and Directive Principles of state policy »²¹¹. Sous cette forme, les tribunaux nigériens refusent de lui accorder toute justiciabilité²¹². Toutefois, en raison de l'incorporation de la Charte africaine dans le droit interne du Nigéria²¹³, les dispositions de la Charte et notamment l'article 16 « shall be given full recognition and effect and be applied by all authorities »²¹⁴. Sur cette base, il devrait y avoir une certaine complémentarité entre les deux régimes guidant vers la

211. *Constitution of the Federal Republic of Nigeria.*

212. En raison de l'article 6 (6) c) de la Constitution qui prévoit expressément que la juridiction des tribunaux ne peut s'exercer sur les Principes directifs de la Constitution. Obiajulu Nnamuchi, « Kleptocracy an its Many Faces : The Challenges of Justiciability of the Right to Health Care in Nigeria » (2008) 52:1 *Journal of African Law* 1 à la p. 5.

213. *African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act*, c. 10, LFN 1990 [*African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act*].

214. *Ibid.*, art. 1.

justiciabilité des droits économiques et sociaux et notamment, du droit à la santé²¹⁵. Au Sénégal et au Cameroun, deux pays de tradition moniste, les dispositions de la Charte africaine et du PIDESC se trouvent à être directement applicables en droit interne. Au Sénégal, l'article 16 de la Charte africaine s'ajoute à l'article 8 de la Constitution sénégalaise²¹⁶ qui prévoit l'existence d'un droit à la santé « dans la mesure prévue par la loi ». Au Cameroun, même si la Constitution est silencieuse sur le droit à la santé, la ratification de la Charte africaine et du PIDESC se trouve, en vertu de la Constitution, à ajouter le droit à la santé au bloc de constitutionnalité²¹⁷. Il en résulte que dans les deux cas, des recours judiciaires peuvent, en principe, s'appuyer sur le droit à la santé²¹⁸.

Comme nous l'avons démontré, le droit à la santé a une véritable portée sur le continent africain et ce, qu'il soit ou non intégré dans les constitutions nationales. En effet, dans la mesure où l'État a ratifié le *PIDESC* et/ou la *Charte africaine*, il est tenu de respecter, de protéger, de promouvoir et de mettre en œuvre le droit à la santé dans son pays²¹⁹. Le fait de rendre justiciable ce droit au plan interne constitue une mesure fondamentale essentielle aux fins de sa mise en œuvre²²⁰ mais n'est pas la seule. Voyons maintenant la portée de ces obligations étatiques dans le contexte de la prévention du VIH auprès des hommes ayant des

215. Obiajulu Nnamuchi, *supra* note 212 à la p. 22.

216. *Constitution de la République du Sénégal*.

217. Zbigniew Paul Dime Li Nlep, « La garantie des droits fondamentaux au Cameroun » (3 juillet 2010), en ligne : Mémoire Online <http://www.memoireonline.com/03/07/396/m_la-garantie-des-roitsfondamentaux-au-cameroun9.html>.

218. En l'absence de précision législative, il est n'est pas exclu que les juges puissent avoir des réticences à s'appuyer sur un droit dont le champ d'application n'est pas clairement défini et ce même si les décisions *SERAC* et *TAC* et l'*Observation générale no 14* offrent pourtant des précisions importantes.

219. Conformément aux paragraphes 38 et 45 de l'*Observation générale no 14*, il existe aussi, aux fins de la réalisation du droit à la santé, des obligations de coopération internationale, mais nous n'en traiterons pas ici.

220. *Supra* aux p. 23, 28.

relations sexuelles avec des hommes au Nigéria, au Cameroun et au Sénégal.

III. La lutte au VIH au prisme du droit à la santé : une démarche d'inclusion des HSH

Comme pour tout droit, le contenu normatif du droit à la santé se précise au contact des réalités qu'il chevauche. Dans le domaine de la lutte au VIH, on ne peut passer sous silence la contribution normative importante d'organisations telles l'ONUSIDA et le Haut Commissariat aux droits de l'homme, à la définition des obligations destinée à concrétiser le droit à la santé (A. Les normes et standards de la lutte au VIH). Ces textes contribuent en effet à contextualiser et à clarifier les obligations qui découlent du droit à la santé aux fins de la prévention du VIH auprès des HSH. Leur analyse démontre à quel point le droit à la santé est un vecteur d'inclusion des HSH dans la société (B. L'inclusion des HSH à travers le respect, la protection, la promotion et la mise en œuvre du droit à la santé).

A. Les normes et standards de la lutte au VIH

Les lignes directrices²²¹, résolutions²²², politiques²²³ qui émanent d'ONUSIDA, du Haut Commissariat aux droits de

221. Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et ONUSIDA, *Le VIH/sida et les droits de l'homme : Directives internationales, version consolidée 2006*, Genève, ONUSIDA, 2007 (7 juillet 2010), en ligne : <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HIVAIDSGuidelinesfr.pdf>> [*Directives internationales*].

222. À titre d'exemple, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, « Accès aux médicaments dans le contexte de pandémies, telles que celle de VIH/sida », *Résolution de la Commission des droits de l'homme 2001/33* (7 juillet 2010), en ligne : www.unhcr.org/Huridocda/Huridoca.nsf/0/4d665e1bd12dc662c1256a3b00458d3f?Opendocument. La Commission des droits de l'homme a à plusieurs reprises enjoint les États de se conformer aux *Directives internationales*, en révisant leurs lois et en se dotant de mécanismes pour appliquer les mesures contre la discrimination fondée sur la séropositivité au VIH. Voir, par exemple, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, « Protection des droits fondamentaux des personnes infectées par le virus de

l'homme et d'autres instances onusiennes, le cas échéant, n'ont pas de valeur contraignante mais sont des outils utiles tant pour orienter les États dans l'adoption de politiques que pour le plaidoyer des organismes de défense des droits des personnes vivant avec le VIH et vulnérables au VIH. De plus, en 2001, l'Assemblée Générale des Nations Unies a adopté, dans le cadre de sa session extraordinaire consacrée au VIH/sida, la *Déclaration d'engagement sur le VIH/sida*²²⁴ en vertu de laquelle les États membres se sont engagés à développer des réponses au VIH respectueuses des droits de la personne. En 2006, les États ont réitéré à l'unanimité leur engagement en adoptant la *Déclaration politique sur le VIH*²²⁵. Tout en renouvelant les engagements souscrits en 2001 dans la *Déclaration d'engagement sur le VIH/sida*, « [c]ette déclaration constitue un mandat solide devant permettre une meilleure riposte au sida, en particulier en matière d'accès universel à la prévention du VIH, au traitement, à la prise en charge et au soutien »²²⁶. En vertu de ce « droit mou »²²⁷, les pays doivent rendre compte périodiquement des progrès effectués dans le cadre de la mise en œuvre des *Déclarations*. À cette fin,

l'immunodéficience (VIH) ou atteintes du syndrome de l'immunodéficience acquise (sida) », *Résolution de la Commission des droits de l'homme 2003/47*, 2003 (7 juillet 2010, en ligne : www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/9fa825e076b72017c1256d1f00562e3c?Opendocument). Voir Joanne Csete, « VIH/sida et droits humains : ce n'est qu'un début », (2005) 10 :1 *Revue VIH/sida, droit et politiques* 1 à la p. 11 (7 juillet 2010), en ligne : <<http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1143>>.

223. À titre d'exemple, *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, supra note 3.

224. Doc. off. AG NU A/Res/S-26/2 (2001) [*Déclaration d'engagement sur le VIH/sida*].

225. Doc off. AG NU, A/RES/60/262, 2006 (3 juillet 2010) en ligne : <http://www.unaids.org/fr/AboutUNAIDS/Goals/2006Declaration/default.asp> [*Déclaration politique*].

226. *Ibid.*

227. Mireille Delmas-Marty, « Le Flou du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1986.

ONUSIDA a développé des indicateurs qui traduisent les engagements souscrits²²⁸.

Bien que silencieuse sur la problématique spécifique des HRH, la *Déclaration politique* cristallise de nombreux engagements ayant une pertinence toute particulière dans la réalisation de leur droit à la santé. À ce chapitre, soulignons que les États se sont engagés à : 1) assurer la participation des personnes vulnérables, des communautés les plus touchées et de la société civile dans les activités de prévention, de traitement et de soins, dans le but de réaliser l'objectif de l'accès universel à la prévention, au traitement et aux soins et services d'appui d'ici 2010²²⁹; 2) mettre la prévention au cœur de l'action nationale, régionale et internationale en « assurant un accès élargi à des articles indispensables, tels que les préservatifs masculins »²³⁰; 3) « à surmonter les barrières d'ordre juridique, réglementaire ou autre qui entravent l'accès à la prévention, au traitement, aux soins et aux services d'appui, aux médicaments, aux biens et aux services »²³¹; 4) « à intensifier les efforts visant à promulguer, renforcer ou appliquer [...] des lois, règlements et autres mesures afin d'éliminer toute forme de discrimination contre [...] les membres des groupes vulnérables²³²; et 5) « à veiller à ce [que les membres des groupes vulnérables] jouissent pleinement de tous leurs droits et libertés fondamentaux » et notamment de leur « assurer l'accès à [...] aux soins de santé, aux services sociaux et sanitaires, à la prévention, au soutien, au traitement, à l'information et à la protection juridique tout en respectant leur intimité et des conditions de confidentialité;...] »²³³.

228. UNUSIDA, « Système de suivi par pays » (7 juillet 2010), en ligne : Unids.org <<http://www.unaids.org/fr/KnowledgeCentre/HIVData/CRIS/default.asp>>.

229. *Déclaration politique* au par. 20.

230. *Ibid.* au par. 22.

231. *Ibid.* au par. 24.

232. *Ibid.* au par. 29.

233. *Ibid.*

Quant à la problématique particulière des HRH, ONUSIDA a formulé en août 2006, une série de recommandations à l'intention des États, des acteurs de la société civile et des partenaires internationaux. Bien qu'aucune de ces entités ne soit liée par ces recommandations, elles sont importantes à considérer puisque ce sont les premières à concerner expressément la situation des HRH. Les recommandations à l'intention des États sont les suivantes :

- Évaluer empiriquement la mesure dans laquelle la sexualité entre hommes intervient dans l'épidémie nationale de VIH.
- Respecter, protéger, et faire en sorte que s'exercent les droits des hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes, et s'attaquer au problème de la stigmatisation et de la discrimination au sein de la société ainsi que sur le lieu de travail, en amendant les lois qui interdisent les actes sexuels entre adultes consentants, en privé; en faisant appliquer le principe de non-discrimination; en offrant des services d'aide juridique, et en contribuant aux campagnes dénonçant l'homophobie.
- Dans les plans nationaux pour la santé et la lutte contre le SIDA, fixer des priorités en matière de stratégies et de budgets destinés à répondre aux besoins des hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes.
- Faire participer les hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes, en particulier ceux qui vivent avec le VIH, à la conception, à la mise en oeuvre, et au suivi des programmes, ainsi qu'aux Conseils nationaux sur le SIDA.
- Adapter les stratégies nationales, des États, et locales relatives aux hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes, aux données épidémiologiques et sociales, en tenant compte de la diversité de ces hommes ainsi que de la spécificité du contexte socioculturel et des risques auxquels ils sont confrontés.
- Cautionner la mise en place de programmes pour les hommes ayant des rapports sexuels avec des

hommes qui sont peut-être particulièrement vulnérables à l'infection à VIH, tels que les professionnels du sexe, les consommateurs de drogues injectables, et ceux qui vivent dans des structures militaires ou en milieu carcéral, où la violence et les rapports sexuels sous la contrainte peuvent avoir cours.

- Soutenir les organisations non gouvernementales et à assise communautaire, notamment les organisations de personnes vivant avec le VIH, qui abordent les questions en rapport avec la sexualité entre hommes²³⁴.

Dans la mesure où ces recommandations visent ultimement l'adoption de mesures destinées à assurer l'accès à la prévention, aux soins, au traitement et aux services d'appui pour les HSH, elles apportent un éclairage significatif sur le contenu des obligations découlant du droit à la santé dans la perspective de la lutte au VIH. Ces précisions doivent être prises en considération afin d'actualiser le contenu normatif du droit à la santé à la lumière des enjeux contemporains :

certaines maladies auparavant inconnues, comme le virus de l'immunodéficience humaine et le syndrome d'immunodéficience humaine acquise (VIH/sida) [...] ont créé de nouveaux obstacles à la réalisation du droit à la santé, qu'il faut prendre en considération dans l'interprétation de l'article 12.

Ces recommandations reposent sur une appréhension holistique du droit à la santé pouvant dépasser les approches de la médecine et de la santé publique et englober celles développées en sciences sociales. Cela illustre bien, tout comme dans la décision *SERAC* où la violation du droit à un environnement satisfaisant a entraîné des atteintes au droit à la santé²³⁵, que tous les droits de la personne sont interreliés aux fins de leur mise

234. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes, supra* note 3 à la p. 3.

235. *Supra* à la p. 30.

en œuvre et surtout qu'ils sont « des composantes intrinsèques du droit à la santé »²³⁶.

En partant de ces normes et standards, tentons maintenant de proposer une lecture pragmatique du droit à la santé, dans le contexte de la lutte au VIH auprès des hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes, en s'intéressant plus particulièrement au cas du Sénégal, du Cameroun et du Nigéria.

B. L'inclusion des HSH à travers le respect, la protection, la promotion et la mise en œuvre du droit à la santé

Aux fins des présentes, nous faisons le choix de recourir à la typologie classique des obligations découlant du droit à la santé, pour réfléchir à leur portée dans le contexte de la prévention du VIH auprès des HSH. Puisque nous limiterons notre réflexion aux obligations à réalisation immédiate, nous référerons indistinctement au non-respect des États de leurs obligations et à l'atteinte ou à la violation du droit à la santé des HSH²³⁷.

L'obligation de respecter le droit à la santé

Nous l'avons vu, l'obligation de respecter le droit à la santé implique pour l'état de s'abstenir d'intervenir d'une manière à porter atteinte au droit. Une interprétation restrictive de cette obligation pourrait signifier que seules les interventions affectant directement la santé des HSH, en prévoyant par exemple des sanctions criminelles telles les châtiments corporels, sont prohibées²³⁷. Dans le même sens, le fait pour un État d'ériger en

236. *Observation générale n°14* au par. 3.

237. Il peut exister des décalages entre le non-respect d'une obligation de la part de l'État et la violation du droit de l'individu et *vice versa* mais le phénomène est rattaché aux obligations à réalisation progressive au maximum des ressources disponibles. Voir sur les distinctions entre une approche basée sur les « violations » et sur les « obligations », Matthew Craven, *supra* note 90 aux pp. 32 et ss. Voir aussi Kitty Arambulo, *Strengthening the Supervision of the International Covenant: Theoretical and Procedural Aspects*, 1999, Antwerpen, Intersentia à la p. 250.

238. Décision *SERAC*, où la Commission affirme qu'en vertu de l'obligation de respect « The State is under an obligation to respect the just noted rights

politique institutionnelle formelle le refus d'offrir des biens et services de santé²³⁹ aux homosexuels serait aussi proscrit. Au-delà de ces interprétations, qui mettent en évidence un lien causal direct et unique entre l'intervention de l'État et l'atteinte au droit, d'autres schémas sont envisageables. En effet, l'*Observation générale n° 14* prévoit une interprétation large de l'obligation de respecter en précisant qu'il s'agit pour l'État de s'abstenir d'entraver directement ou indirectement l'exercice du droit. Dans cette perspective, nous voyons des liens clairs entre la criminalisation de l'homosexualité, telle qu'elle existe au Sénégal, au Cameroun et au Nigéria et les violations du droit à la santé des HRH. Le consensus relatif aux effets néfastes de la criminalisation de l'homosexualité sur la prévention du VIH²⁴⁰, confirmé par les consultations réalisées par ONUSIDA²⁴¹, apparaît en effet suffisamment important pour tirer certaines conclusions.

Lorsque la criminalisation des rapports sexuels entre partenaires masculins les confine à la clandestinité et les rend inatteignable par les autorités de santé, il y a atteinte au droit à la santé. Lorsque la criminalisation nuit à la diffusion d'information relative au VIH auprès des HSH, il y a atteinte au droit à la santé. Lorsque la criminalisation empêche les HRH de se dévoiler par crainte d'être poursuivis et qu'en raison de cette situation, ils refusent de se faire dépister, de rechercher des services de santé et d'appui, de participer à l'élaboration des stratégies de

and this entails largely non-interventionist conduct from the State for example, not from carrying out, sponsoring or tolerating any practice, policy or legal measures violating the integrity of the individual » au par. 52.

239. Nous entendons par « biens et services de santé », les soins de santé, les traitements, les moyens et services de prévention, et les services d'appui, qui sont tous visés dans l'*Observation générale n° 14*.

240. *Supra* section I.

241. Ces consultations ont confirmé que la stigmatisation, la discrimination et la criminalisation vécues par les HSH constituent des obstacles à l'accès universel aux services de prévention du VIH, aux traitements, aux soins et au support. *Assessment by UNAIDS to the General Assembly on Scaling up HIV Prevention, Treatment, Care and Support*, (2006) Doc. NU A/60/737.

prévention et de se regrouper en association de lutte au VIH²⁴², il y a atteinte au droit à la santé. Récemment, ces effets négatifs de la criminalisation de l'homosexualité sur l'accès aux services de prévention du VIH, de soins, de traitement et d'appui ont été reconnus par la Haute Cour de New Delhi. Dans un jugement du 2 juillet 2009, le tribunal a en effet déclaré inconstitutionnel l'article 377 du Code pénal qui criminalise les relations homosexuelles consenties et a estimé que cette disposition portait atteinte à la dignité, à la vie privée et au droit à la santé²⁴³. Le Comité des droits de l'homme avait lui aussi endossé cet argument dans la décision *Toonen*²⁴⁴. Même si la décision indienne ne lie ni la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ni les États africains, ce jugement mérite d'être connu et mobilisé par les HSH et les groupes de défense des droits. Le transjudicialisme, en tant que mode de dialogue entre les juges²⁴⁵, peut rendre les juges de la Commission africaine et des tribunaux africains réceptifs aux décisions des cours étrangères.

En maintenant en vigueur et en appliquant des mesures législatives qui discriminent les HSH et qui ont pour effet de limiter l'accès au droit à la santé des personnes vulnérables au

242. D'autant plus qu'il est documenté que la prévention par les pairs a un impact positif sur les comportements sexuels dans une communauté, J. Elford *et al.*, *supra* note 22; LM Williamson *et al.*, « Peer led HIV prevention among homosexual men in Britain » (2002) 78 *Sex Transm Infect.* 158.

243. *NAZ Foundation v. Government of NCT of Delhi and Others*, High Court of Delhi, WP(C) No.7455/2001, 2 juillet 2009 (7 juillet 2010), en ligne: <http://www.nazindia.org/judgement_377.pdf>. Voir ONUSIDA, Communiqué, « Michel Sidibé félicite les communautés de minorités sexuelles indiennes de s'être unies contre l'article 377 du Code pénal », 2009 (2010), en ligne : Unaid.org http://www.unaids.org/fr/KnowledgeCentre/Resources/FeatureStories/archive/2009/20091009_EXD_377.asp.

244. La décision a toutefois été rendue sur la base du droit à la vie privée. L'argument avait été retenu par le Comité pour s'opposer aux prétentions de la Tasmanie à l'effet que la criminalisation de la sodomie contribuait à prévenir le VIH, *supra* note 4. Voir sur la question, Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 à la p. 97.

245. Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008 à la p. 837.

VIH et particulièrement marginalisées, l'État fait défaut de respecter le noyau dur du droit à la santé²⁴⁶. Cette obligation étant à réalisation immédiate, le Cameroun, le Nigéria et le Sénégal sont tous trois tenus, en vertu de la *Charte africaine* et du *PIDESC*, d'abroger leur code criminel sans aucune forme de conditionnalité. Les ressources financières des pays n'ont ici en effet aucune incidence sur les mesures concernées. Les obstacles, comme nous l'avons vu, sont plutôt d'ordre social, moral, religieux et politique. Ni la *Charte africaine*, ni le *PIDESC* ne permet la réalisation progressive d'un droit protégé sous prétexte que les valeurs requises aux fins de son actualisation ne sont pas encore en place. Pour atténuer les clivages entre droit et valeurs, l'État est plutôt tenu de promouvoir le droit et de le protéger contre toute atteinte.

L'obligation de protéger et de promouvoir le droit à la santé

L'obligation de protéger le droit à la santé impose aux États d'adopter des mesures destinées à protéger les bénéficiaires des droits contre toute « interférence politique, sociale ou économique »²⁴⁷. Dans le contexte qui nous intéresse, l'obligation de protection consiste à prohiber toute forme de discrimination basée sur l'orientation sexuelle dans l'accès aux mesures de prévention du VIH, aux soins, traitements, services d'appui et de permettre des recours au HSH victimes de discrimination. Les Constitutions du Nigéria, du Cameroun et du Sénégal font toutes trois défaut d'interdire la discrimination sur le motif de l'orientation sexuelle²⁴⁸. Ce faisant, les États acceptent que cette forme de discrimination se manifeste en toute impunité, le tout en violant le droit à la santé des HSH.

Le fait que le Nigéria ait intégré dans son droit interne la *Charte africaine*²⁴⁹, et qu'au Cameroun et au Sénégal, elle soit

246. *Obligation générale n° 14* au par. 43 a).

247. *Obligation générale n° 14* au par. 46.

248. *Supra* aux pp. 8-10.

249. *African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act*.

directement justiciable²⁵⁰, ne permet pas, du moins à ce jour, de bonifier la protection antidiscriminatoire pour les HSH puisqu'elle fait aussi défaut de prévoir l'orientation sexuelle à titre de motif de discrimination interdit²⁵⁰. Il n'est toutefois pas exclu de voir un jour la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples reconnaître ce motif de discrimination²⁵². La création récente, par la Commission africaine, du Comité de protection des personnes vivant avec le VIH et des personnes vulnérables au VIH²⁵³, dont le mandat consiste notamment à interpeller les gouvernements sur les violations des droits des personnes vulnérables au VIH, permet d'envisager une certaine ouverture de la Commission à l'égard des droits des HSH²⁵⁴. En raison de l'ordonnancement juridique découlant des systèmes monistes, l'interdiction de discrimination sur la base de l'orientation sexuelle découlant des paragraphes 18, 19 et 43a) de *l'Observation générale n° 14*, pourrait aussi être invoqué devant les tribunaux sénégalais et camerounais. Si un tel cas de figure se présentait, l'obligation de protection du droit à la santé imposerait au juge un devoir de donner effet à cette

250. *Supra* aux pp. 34-35.

251. *Charte africaine*, art. 2. Voir sur cette question Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1.

252. Sur la base d'un droit implicite à la vie privée ou en raison du fait que la criminalisation de l'homosexualité viole le droit à la dignité, à l'intégrité, à la liberté et à la sécurité ou encore, sur la base du droit à l'égalité. Voir Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 aux pp. 89-92.

253. *Résolution sur la création d'un comité sur la protection des droits des personnes vivant avec le VIH (PVVIH) et les personnes à risque*, (2010), Doc. off CADHP, Res163(XLVII).

254. Témoigne de cette potentielle ouverture, le commentaire de la Commissaire Taklula d'Afrique du Sud, lors de la procédure d'examen oral du rapport soumis par le Cameroun en 2006 et suite à l'arrestation et l'emprisonnement de 11 homosexuels en 2005, en réponse à des arguments soulevés par les organisations non gouvernementales, à l'effet que la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle est incompatible avec l'article 2 de la *Charte Africaine*. Bien qu'ils s'agissent là de signes d'ouverture il n'est pas dit qu'ils puissent influencer les décisions dans le cadre d'un processus de communication individuelle. Voir Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 à la p. 103, sur les limites inhérentes à la procédure d'examen oral aux pp. 104-105 et sur les obstacles à voir ce type d'idée retenu dans le cadre des procédures de communications individuelles, pp. 105 et ss.

disposition. Mais, en l'absence de soutien constitutionnel et législatif et compte tenu du climat social et institutionnel homophobe, il est probable que les juges seraient réticents à intégrer de tels principes en droit interne.

L'Observation générale n° 14 réfère explicitement au contenu de l'obligation de protection dans des situations où il y a interférence entre « des pratiques sociales ou traditionnelles nocives » aux femmes et l'accès aux soins de santé adaptés au besoin des femmes²⁵⁵. En transposant ce raisonnement à la situation des HSH et sachant qu'il existe une stigmatisation de la part des autorités de santé qui les incitent à fuir les services de santé²⁵⁶, il semble clair que les États sont tenus d'adopter des mesures (lois, stratégie ou plan d'action) destinées à faire cesser les pratiques homophobes qui nuisent à l'accès aux services de prévention du VIH, aux soins, au traitement et à l'appui. À mi-chemin entre l'obligation de protection et de promotion du droit à la santé, l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan national de lutte à l'homophobie²⁵⁷ permettrait précisément de travailler au changement des perceptions sociales²⁵⁸, ce qui pourrait entraîner des effets positifs dans l'accessibilité aux biens et services de santé.

255. *Observation générale n° 14* au par. 35.

256. *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal* à la p. 33.

257. Voir par exemple, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *De l'égalité juridique à l'égalité sociale. Vers une stratégie nationale de lutte contre l'homophobie*, (2007), en ligne : <http://www.cdpdj.qc.ca/fr/publications/docs/rapport_homophobie.pdf>.

258. Ce travail pourrait incomber aux institutions nationales de droits de la personne qui existent dans chacun des trois pays. Voir pour le Sénégal, le Comité sénégalais aux droits de l'homme (15 juillet 2010), en ligne : <<http://www.csdh.sn/>>. Voir pour les coordonnées des institutions nationales de droits de la personne au Nigéria et au Cameroun (le 15 juillet 2010), en ligne : <<http://www.nhri.net/NationalData.asp?ID=25>>. Au Nigéria, l'indépendance de la Commission des droits de l'homme inquiète Amnesty International. « Nigeria: Independence of National Human Rights Commission underthreat » (20 mars 2009), en ligne : <<http://www.amnestyusa.org/document.php?id=ENGAFR440092009&lang=e>> (le 15 juillet 2010).

L'obligation de mettre en œuvre le droit à la santé

Considérant ces violations importantes aux obligations de respect, de protection et de promotion, qui mettent clairement en exergue les causes fondamentales des atteintes au droit à la santé des HSH, une question importante se pose relativement à l'obligation de mise en œuvre. Peut-on considérer qu'un État qui criminalise l'homosexualité, qui tolère, voire cautionne la discrimination à l'endroit des HSH et qui, paradoxalement, met en place des mesures de prévention du VIH destiné aux HSH s'acquitte réellement de son obligation de mise en œuvre? Dans la mesure où l'environnement juridique crée, en amont, des barrières endogènes²⁵⁹ et exogènes²⁶⁰ à l'accessibilité aux biens et services de santé et, qu'en raison de cette situation, les données relatives à la prévalence des HSH peuvent être faussées, comment évaluer réalistement l'efficacité des mesures de lutte au VIH mises en place par l'État? Les obligations de respect et de protection ne sont-elles pas de véritables pré-requis à la réalisation de l'obligation de mise en œuvre?

La portée horizontale²⁶¹ du droit à la santé nous incite à penser que le respect de l'obligation de mise en œuvre peut influencer le respect et la protection du droit. En poursuivant l'objectif de prévention du VIH, il est possible que les autorités de santé d'un pays développent des mesures donnant effet à l'obligation de mise en œuvre en dépit de l'environnement juridique et social stigmatisant. En agissant ainsi, elles peuvent constituer de véritables catalyseurs d'inclusion des HSH et influencer les autres sous-systèmes social, religieux, juridique et politique. Évidemment, cela n'est pas sans soulever des questions éthiques importantes. Par exemple, au Sénégal, un des rares pays

259. Qui proviennent de la crainte de l'individu de se dévoiler. Voir Cheikh I. Niang, Placide Tapsoba, Ellen Weiss *et al.*, « 'It's raining stones': stigma, violence and HIV vulnerability among men who have sex with men in Dakar, Senegal » (2003) 5 *Cult Health Sex* 499.

260. Qui proviennent des attitudes stigmatisantes et discriminantes des acteurs de la santé. *Ibid.*

261. *Supra* à la p. 21.

africains dont la stratégie de lutte au VIH vise expressément les HSH²⁶², les autorités de santé encouragent la réalisation de programmes de prévention à base communautaire par des associations de la société civile²⁶³. Ce faisant, contribuent-elles à accroître les risques de poursuites criminelles de ces travailleurs²⁶⁴ et, plus généralement, l'accroissement des perceptions négatives à l'égard des HSH²⁶⁵? Pour répondre à ce type de problème, certains groupes au Nigéria agissent sur le terrain tout en se gardant d'identifier précisément et ouvertement les HSH comme cibles, mais en les confondant dans la désignation « groupes vulnérables » afin de ne pas attirer l'attention des ailes conservatrices du parlement et du gouvernement²⁶⁶.

Quoi qu'il en soit, et sans nous pencher sur la réelle portée des stratégies de lutte au VIH qui s'adressent aux HSH dans des

-
262. Adrian D. Smith *et al.*, « Men who have sex with men and HIV/AIDS in sub-Saharan Africa », (2009) 374:9687 *The Lancet* 416, en ligne : <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6T1B4WSSBH3-1&_user=789722&_coverDate=08%2F07%2F2009&_rdoc=1&_fmt=high&_orig=search&_sort=d&_docanchor=&view=c&_acct=C000043357&_version=1&_urlVersion=0&_userid=789722&md5=b6772eced529edfcda2103f7507bdbd4#secx7>. Selon les données fournies au *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal*, pour les années 2008-2009, 84,6 % des HRH étaient rejoints par les programmes de prévention. Il sera fort intéressant de comparer ce pourcentage avec celui des années 2010 et 2011 pour mesurer l'impact de l'arrestation de 9 homosexuels en 2009, *supra* note 9.
263. *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal*.
264. Voir à titre d'exemple le cas des 9 travailleurs de Aides Sénégal qui ont été arrêtés en 2009, *supra* notes 9 et 35. Les autorités de santé font d'ailleurs état d'un dispositif d'accompagnement des neuf personnes emprisonnées, *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal* à la p. 52.
265. Adrian D. Smith *et al.*, *supra* note 261.
266. « "There will be no specific intervention response that targets this group," said the researcher, who works for a major funding agency. "It will be a package to address the most at-risk groups, and we'll reach them that way, but not as a population cohort themselves." ». « NIGERIA: Gays hesitate at the closet door », *PlusNews Global HIV/AIDS news and analysis*, 22 juillet 2010 (7 juillet 2010), en ligne: <<http://www.plusnews.org/report.aspx?ReportID=79810>>.

contextes sociaux stigmatisant, certains faits sont par ailleurs, à leur face même, révélateurs de violations à l'obligation de mise en œuvre. Par exemple, en faisant défaut d'identifier les HSH à titre de groupe vulnérable au VIH dans son rapport de suivi de la *Déclaration d'engagement sur le VIH/sida*²⁶⁷ et en n'évaluant pas la prévalence du VIH dans ce groupe de la population, le Cameroun révèle l'absence de prise en compte des besoins de ces personnes vulnérables dans ses efforts de prévention. Ce faisant, le pays fait défaut d'assumer une composante du noyau dur de son obligation de mise en œuvre du droit à la santé qui consiste à accorder une attention prioritaire aux besoins des personnes vulnérables dans sa stratégie nationale²⁶⁸. Au Nigéria, en priorisant les campagnes d'information destinées au grand public, qui sont non adaptées aux particularités des rapports sexuels entre hommes, de nombreux HSH se voient privés d'informations essentielles qui les aideraient pourtant à réduire les risques de transmission du VIH²⁶⁹. En se voyant privés d'une éducation et d'un accès à l'information relative aux modes de transmission du VIH et aux mesures de prévention, les homosexuels nigériens voient le noyau dur de leur droit à la santé violé par leur gouvernement.

Dans l'éventualité où les États cherchaient à imputer leur défaillance au manque de ressources financières, rappelons que l'insuffisance de ressources permet difficilement de déroger à l'obligation d'assurer un accès non discriminatoire aux soins et services de santé²⁷⁰. Concrètement, en matière de prévention, cette

267. *Rapport de progrès sur la Déclaration d'engagement sur le VIH/sida, Cameroun.*

268. *Observation générale n° 14* au par. 43 f).

269. « The vast majority of MSM believe you cannot contract STIs [sexually transmitted infections] from anal sex. In Nigeria we don't talk about anal sex, and all the [AIDS] interventions are targeted at heterosexuals and vaginal sex. The perception of gay people not using condoms is not because we don't want to, but because we are not well informed. », « NIGERIA: Gays hesitate at the closet door », *PlusNews Global HIV/AIDS news and analysis*, 22 juillet 2010 (le 7 juillet 2010), en ligne: <<http://www.plusnews.org/report.aspx?ReportID=79810>>.

270. *Observation générale n° 14* au par. 18.

obligation impose l'adoption de mesures spécifiquement adaptées aux besoins des HSH²⁷¹, ce qui requiert d'abord de reconnaître ces personnes et de documenter les problématiques auxquelles elles sont confrontées. Rappelons aussi que, selon la Cour constitutionnelle sud-africaine, même dans les cas de pénurie financière, le fait de laisser des segments de la population ayant des besoins urgents sans services essentiels est inconstitutionnel en vertu du test de raisonabilité. Dans ce sens, faire défaut de prévoir des stratégies de prévention spécifiquement adaptées aux HSH, alors qu'ils sont particulièrement vulnérables au VIH, et ainsi laisser libre cours à des transmissions qui pourraient être évitées au sein de ce groupe et dans la population en général²⁷² est certainement déraisonnable.

Il ressort de ce qui précède que les obligations de respect, de protection, de promotion et de mise en œuvre du droit à la santé possèdent une texture commune qui consiste en une volonté d'inclusion des HSH dans la société. Comme nous l'avons vu, cette inclusion passe à la fois par une reconnaissance formelle de leur égalité et une réalisation matérielle de celle-ci.

Conclusion

Alors que le droit à l'égalité des homosexuels demeure un sujet tabou et que peu d'assises juridiques sont envisageables aux fins de sa réalisation en Afrique²⁷³, le droit à la santé représente une avancée importante pour les HSH. Il constitue en effet, en vertu de l'*Observation générale n° 14*, un des premiers cadres juridiques internationaux à proscrire, au nom de l'intérêt supérieur de la santé, la discrimination sur le motif de

271. Des programmes de prévention exclusivement dédiés au grand public et qui ne sont pas adaptés aux besoins spécifiques des HSH peuvent avoir pour effet de créer de la discrimination indirecte dans l'accès aux services de prévention en raison de l'orientation sexuelle.

272. En raison du déni, les HSH sont souvent clandestins. La très grande majorité d'entre eux se marient ou ont des partenaires sexuels féminins, *supra* note 7.

273. Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 aux pp. 100 et ss.

l'orientation sexuelle. Dans des environnements juridiques, politiques et sociaux hostiles à l'homosexualité, le droit à la santé permet de valoriser l'égalité des HSH non pas en tant que finalité, mais plutôt en tant que moyen destiné à limiter les risques de transmission du VIH.

Les groupes de HSH ont donc intérêt, dans le contexte africain actuel, à saisir ce droit à la santé, dont les développements récents ont contribué à affirmer sa justiciabilité²⁷⁴, pour s'attaquer aux causes de leur vulnérabilité au VIH. La forme normative du droit à la santé permet en effet de s'attaquer tant aux causes structurelles qu'aux symptômes des problèmes de santé. Sous couvert d'arguments de santé publique, dont l'importance est par ailleurs indéniable, ils peuvent se dégager, sous l'ombrelle du droit à la santé, un champ d'action destiné à susciter les changements sociaux et législatifs requis aux fins de leur inclusion dans la société.

À cette fin, diverses formes de mobilisation du droit sont envisageables. Il s'agit, plus traditionnellement, de la mobilisation judiciaire et du plaidoyer, mais aussi, dans une perspective plus novatrice, de la structuration des activités sur la base du droit à la santé par les acteurs non gouvernementaux qui offrent des services de santé sur le terrain.

Comme nous l'avons vu, la justiciabilité du droit à la santé est possible au Nigéria, au Cameroun et au Sénégal tant, théoriquement, en droit interne, qu'auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. *L'actio popularis* étant reconnue par la Commission africaine, les groupes de défense des droits des HSH peuvent en toute légitimité déposer

274. Nous pensons à la décision *SERAC* qui en plus d'affirmer la justiciabilité du droit à la santé dans l'ordre normatif régional africain, devrait aussi induire cette justiciabilité dans les ordres juridiques internes du Nigéria, qui a intégré la *Charte africaine* dans son droit interne et du Sénégal et du Cameroun, tout deux de tradition moniste. Nous pensons aussi à la décision *TAC* qui bien que sud-africaine, peut avoir une réelle influence sur les systèmes juridiques voisins.

des recours sur la base de la violation du droit à la santé. Il reste à voir toutefois si au plan stratégique, la mobilisation judiciaire dans des cas d'atteintes au droit à la santé découlant de pratiques discriminatoires et stigmatisantes, est une option envisageable ou si elle fait l'objet des mêmes réticences que celle reposant sur d'autres fondements juridiques. L'International Gay and Lesbian Human Rights Commission s'est prononcée sur ce point sensible en 2000:

[W]e do not recommend sending formal complaints about violations based on sexual orientation or gender identity to the African Commission. . . . A complaint coming to it without prior preparation or lobbying might actually end with the Commission endorsing the idea that homosexuality is opposed to "African values." Such a precedent would be extremely difficult to reverse. . . . Instead we recommend that African LGBT activists begin to lobby the Commission where possible—doing so respectfully and politely, since these are values to which the Commission attaches great importance²⁷⁵.

La même réserve est certainement aussi applicable à l'égard des tribunaux internes. À cet égard, le droit à la santé permet peut-être de réconcilier les valeurs africaines et l'égalité des homosexuels en mettant l'emphase sur la nécessité de prévenir le VIH chez les HSH dans le but ultime de protéger la population dans son ensemble²⁷⁶. Dans ces cas où le « nous » prend le dessus, il est possible de croire que les entités plus conservatrices seraient moins promptes à s'opposer au respect des autres droits fondamentaux des HSH.

275. Scott Long, *Making the Mountain Move: An Activists Guide to How International Human Rights Mechanisms can Work for You*, International Gay and Lesbian Human Rights Commission, San Fransisco, 2000 (10 juillet 2010), en ligne : <http://www.hrea.org/erc/Library/display_doc.php?url=http%3A%2F%2Fwww.hrea.org%2Ferc%2FLibrary%2Fmonitoring%2Funguide.html&external=N>.

276. En raison du fait que les HSH sont souvent mariés et ont aussi des relations sexuelles avec des femmes, *supra* note 7.

D'autres voies de recours seront aussi accessibles lorsque le *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC* sera ratifié par ces pays²⁷⁷ et entrera en vigueur. Pour l'heure toutefois, un conflit normatif semble poindre à l'horizon. Dans le cadre des négociations relatives au *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*, les États africains se sont opposés à ce que le Préambule rappelle que tous les êtres humains sont titulaires des droits sans distinction aucune et ont préféré reprendre la liste des motifs prohibés de la *DUDH*, qui, en 1948, n'incluait pas l'orientation sexuelle²⁷⁸. Malgré cette tentative de limiter la portée de la non-discrimination, nous voyons difficilement comment le droit à la santé pourrait être interprété, dans le cadre d'une communication individuelle en vertu du Protocole, sans tenir compte des éléments fondamentaux qui le composent en vertu de l'*Observation générale n° 14*, dont notamment l'interdiction de discrimination sur la base de l'orientation sexuelle²⁷⁹.

Pour les groupes de défense des droits, la mobilisation judiciaire représente bien souvent un volet de stratégies plus larges destinées à entraîner des changements de lois, de politiques et de pratiques. De telles activités de plaidoyer peuvent aussi se développer sur la base du droit à la santé, tant auprès des pays ayant ratifié le *PIDESC* et la *Charte africaine* qu'auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples²⁸⁰. Et, dans l'éventualité où le test de la réalisation progressive du droit à la santé en venait à être endossé par la Commission africaine ou par les pays, de nouvelles méthodologies de plaidoyer, axées sur

277. En date du 23 juillet 2010, ni le Cameroun, ni le Nigéria n'ont signé le *Protocole*. Le Sénégal quant à lui l'a signé le 29 septembre 2009, Nations Unies, Collection des Traités, « Chapitre IV, Droits de l'Homme », en ligne : <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=fr>. Certaines réserves sur l'effectivité des mécanismes sont toutefois à considérer, voir Arne Vandenhogaerde et Wouter Vandenhole, *supra* note 151.

278. Claire Mahon, *supra* note 17.

279. *Observation générale n° 14* au par. 18.

280. Qui semble offrir des pistes d'action porteuses pour des revendications relatives aux droits des homosexuels. Voir Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 aux pp. 102 à 105.

l'utilisation d'indicateurs et de cibles mériteraient d'être développées²⁸¹.

Finalement, le droit à la santé présente aussi un intérêt aux fins de la structuration des programmes et services offerts par les organisations non gouvernementales qui oeuvrent à la base, auprès des HSH. Ces dernières peuvent en effet développer leurs programmes en s'appuyant sur les prescriptions normatives du droit à la santé et ainsi, participer à sa concrétisation²⁸², à l'aide d'une approche du bas vers le haut. Cela pourrait, par exemple, induire une prise en compte des besoins des différentes catégories de HSH, telles les prisonniers, les travailleurs du sexe et les utilisateurs de drogue injectables dans le but de développer des approches de prévention adaptées à leurs besoins spécifiques. Cette idée d'une mise en œuvre du droit à la santé à travers les programmes et services des organisations non gouvernementales ne manque d'ailleurs pas de pertinence dans le contexte africain où ces acteurs se trouvent souvent à assurer à eux seuls les efforts de lutte au VIH.

En guise de conclusion, il apparaît fondamental de soulever un dernier point. Si à la lumière de notre analyse nous pouvons affirmer que le droit à la santé est un outil pertinent pour limiter et prévenir les risques de santé découlant de la marginalité, une seconde équation semble aussi émerger. Il ressort en effet de cette réflexion que si la dignité humaine ne suffit pas à elle seule à donner effet aux droits des HSH, le risque de santé, analysé sous le prisme du droit à la santé, peut constituer un levier d'inclusion des personnes marginalisées dans la société. Cette affirmation peut paraître cynique, mais elle ne l'est pas. Elle vise plutôt à

281. *Supra* notes 119 et 120. Voir par exemple le travail effectué par Phil Rights, *Les droits ESC. Exigences de la société civile. Responsabilité de l'État*, France, Terre des Hommes, 2003 à la p. 22.

282. En s'inspirant de l'analyse développée par Sofia Gruskin et ses collègues, relativement à l'implication des professionnels de la santé dans la réalisation du droit à la santé. Voir Sofia Gruskin, Edwards J. Mills, et Daniel Tarantola, « History, Principles and Practices of Health and Human Rights » (2007) 370:9585 *The Lancet* 449.

défricher des voies pragmatiques qui à terme pourront permettre le respect des hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes dans toute leur dignité.