



Assemblée générale

Distr. générale
27 avril 2010
Français
Original: anglais

Conseil des droits de l'homme

Quatorzième session

Point 3 de l'ordre du jour

Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement

Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, Anand Grover*

Résumé

Dans le présent rapport, soumis en application de la résolution 6/29 du Conseil des droits de l'homme, le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible examine la relation entre le droit au meilleur état de santé possible et la criminalisation de trois types de comportements sexuels privés entre adultes consentants: les relations homosexuelles et l'orientation sexuelle, la prostitution et la transmission du VIH.

Le premier chapitre contient une brève introduction. Dans le deuxième chapitre, le Rapporteur spécial examine la criminalisation des relations homosexuelles entre adultes consentants, ainsi que la criminalisation de l'orientation ou de l'identité sexuelles. Dans cette partie, le Rapporteur spécial souligne comment la jurisprudence internationale et nationale récente a reconnu l'existence d'un lien étroit entre les notions de respect de la vie privée, d'égalité et de dignité, et il examine les conséquences sur le droit à la santé.

Dans le troisième chapitre est considéré le déni du droit des professionnel(le)s du sexe à la santé résultant de l'incrimination de la prostitution et des pratiques connexes (comme le racolage). Les conséquences sur le droit à la santé, semblables à celles examinées au chapitre II, sont étudiées parallèlement à des questions spécifiques au domaine de la prostitution. Plus précisément, l'absence de reconnaissance juridique du secteur d'activité de la prostitution entraîne des atteintes au droit à la santé, faute de permettre la garantie de conditions de travail sûres, ainsi qu'une absence de recours juridique en cas de maladie professionnelle. De surcroît, la distinction entre prostitution et traite est envisagée, en particulier sous l'angle des lois et des interventions qui, en ne faisant pas cette distinction, aggravent les atteintes au droit à la santé des professionnel(le)s du sexe.

* Soumission tardive

Dans le chapitre IV, le Rapporteur spécial analyse l'impact de la criminalisation de la transmission du VIH sur le droit à la santé. Les conséquences profondes des lois pénales sur la jouissance du droit à la santé sont examinées, de même que l'inaptitude de ces lois à atteindre les objectifs légitimes de santé publique ou de droit pénal. Le Rapporteur spécial conclut que seule la transmission délibérée et malveillante du VIH peut légitimement être criminalisée; cependant, des lois pénales spécifiques concernant la transmission du VIH sont généralement superflues.

Pour finir, le Rapporteur spécial suggère que la réponse à chacun des problèmes susmentionnés est la dépenalisation, parallèlement à l'adoption des autres mesures qui s'imposent dans le cadre d'une approche globale basée sur le droit à la santé. Ces mesures incluent l'éducation aux droits de l'homme, la participation et l'inclusion des groupes vulnérables, et des efforts en vue de réduire la stigmatisation et la discrimination à l'égard de ces groupes.

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction.....	1–5	4
II. Relations homosexuelles, orientation et identité sexuelles	6–26	5
A. Contexte de la criminalisation des relations homosexuelles, de l'orientation et de l'identité sexuelles	8–16	5
B. Conséquences de la criminalisation sur le droit à la santé	17–23	8
C. Approche fondée sur le droit à la santé.....	24–26	10
III. Prostitution.....	27–51	11
A. Contexte de la criminalisation de la prostitution	29–35	11
B. Conséquences de la criminalisation sur le droit à la santé	36–45	13
C. Approche fondée sur le droit à la santé.....	46–50	16
IV. Transmission du VIH.....	51–75	17
A. Contexte de la criminalisation de la transmission du VIH.....	52–61	17
B. Conséquences de la criminalisation sur le droit à la santé	62–71	19
C. Approche fondée sur le droit à la santé.....	72–75	22
V. Recommandations.....	76	24

I. Introduction

1. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible examine plusieurs questions liées à la criminalisation de comportements sexuels privés entre adultes consentants, ainsi que les conséquences de cette criminalisation sur la jouissance du droit à la santé. Les lois relatives aux pratiques et comportements en matière de santé peuvent protéger la santé des personnes ou au contraire, réduire l'efficacité des interventions médicales et de leurs résultats¹. Le Rapporteur spécial définit la criminalisation comme incluant non seulement les lois adoptées pour pénaliser certaines conduites, mais aussi le recours à des lois pénales préexistantes à l'encontre de certaines personnes ou communautés en raison de certaines caractéristiques (telles que la sexualité ou la profession).

2. Le Rapporteur spécial estime que la criminalisation d'interactions sexuelles privées entre adultes consentants nuit considérablement à la réalisation du droit qu'a toute personne, et en particulier les personnes visées par ces lois, de jouir de la santé. Il souligne que tous les droits de l'homme sont universels, indivisibles, interdépendants et indissociables². La criminalisation de rapports sexuels privés entre adultes consentants porte atteinte non seulement au droit à la santé, mais aussi à divers autres droits de l'homme, parmi lesquels le droit au respect de la vie privée et à l'égalité. Par contre-coup, les atteintes portées à ces droits de l'homme nuisent indirectement à la réalisation du droit à la santé.

3. L'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaît à toute personnes le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre (ci-après «le droit à la santé»). Ce droit implique la liberté de contrôler son propre corps et sa santé, et garantit spécifiquement la liberté sexuelle et génésique. De plus, ce droit confère certains droits, notamment celui de bénéficier d'un système de protection de la santé qui assure à chacun l'égalité des chances de jouir du meilleur état de santé possible. Les centres médicaux, les fournitures et les services doivent être mis à la disposition de tous et être accessibles à tous, en particulier aux segments les plus vulnérables ou marginalisés de la population, sans discrimination aucune. Aussi les États doivent-ils prendre des mesures pour protéger ces groupes vulnérables ou marginalisés afin de s'acquitter de leur obligation de protéger le droit à la santé³.

4. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial examine comment la criminalisation restreint la jouissance du droit à la santé en se penchant sur trois domaines: les relations homosexuelles entre adultes consentants (ainsi que l'orientation et l'identité sexuelles), la prostitution et la transmission du VIH. À différentes époques, il a été considéré que ces trois types de conduites avaient une influence délétère sur la population, et les États ont invoqué la protection de la morale publique et des bonnes mœurs, ou la protection de la santé de l'ensemble du public pour justifier la criminalisation de ces actes. Cette approche a des effets nocifs sur la santé des personnes, même si les lois encadrant ces pratiques ne sont pas appliquées, ou le sont rarement⁴.

¹ L. Gable, L. Gostin and J. Hodge Jr., "A global assessment of the role of law in the HIV/AIDS pandemic" *Public Health*, vol. 123 (Mars 2009), pages 260–261.

² Déclaration et Programme d'action de Vienne, paragraphe 5. Voir également la résolution 60/1 de l'Assemblée générale sur la Déclaration finale du Sommet mondial de 2005.

³ Voir l'Observation générale n° 14 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (2000).

⁴ M. Berer, "Criminalisation, sexual and reproductive rights, public health – and justice", *Reproductive Health Matters*, vol. 17, n° 34 (Novembre 2009), p. 4.

5. Il est généralement considéré que le droit pénal national énonce et fixe les normes des comportements socialement acceptables, et qu'il a pour objet de mettre les personnes hors d'état de nuire (par l'incarcération), la réinsertion, le châtement et la dissuasion. Le Rapporteur spécial estime que la criminalisation des domaines à l'examen dans ce rapport ne permet pas d'atteindre ces objectifs, et que de surcroît, elle nuit considérablement aux efforts de santé publique tout en ayant un effet délétère non négligeable sur la santé des individus. Comme souvent, la criminalisation produit plus de mal que de bien, il importe que les États reconnaissent l'impact qu'une législation appropriée peut avoir sur la réalisation du droit à la santé de leurs citoyens.

II. Relations homosexuelles, orientation et identité sexuelles

6. Souvent, les lois pénales concernant les relations homosexuelles, l'orientation et l'identité sexuelle portent atteinte à divers droits de l'homme, et notamment au droit à la santé. En général, ces lois ont un caractère discriminatoire inhérent, et en tant que telles, elles contreviennent aux prescriptions axées sur le droit à la santé, qui imposent l'égalité d'accès pour tous⁵. Les conséquences pour la santé de la discrimination fondée sur les pratiques et orientations sexuelles sont lourdes, et elles empêchent les personnes concernées d'accéder à la réalisation des autres droits économiques, sociaux et culturels. En retour, l'atteinte aux autres droits de l'homme a une incidence sur la réalisation du droit à la santé, par exemple en empêchant d'accéder à l'emploi ou au logement⁶.

7. En définitive, ces violations portent atteinte à la dignité inhérente de la personne, notion centrale du cadre international des droits de l'homme. Nier la dignité de la personne en criminalisant certaines de ses pratiques diminue considérablement son estime de soi, ce qui l'empêche de réaliser son droit à la santé. La dépénalisation de ces pratiques est nécessaire pour faire face à la marginalisation à laquelle ces personnes et ces communautés sont confrontées, et pour leur permettre de réaliser pleinement leur droit à la santé.

A. Contexte de la criminalisation des relations homosexuelles, de l'orientation et de l'identité sexuelles

8. Il existe à travers le monde diverses lois pénales qui érigent en infraction les relations homosexuelles, ou sanctionnent les personnes en raison de leur orientation ou identité sexuelles. Par exemple, les relations homosexuelles librement consenties sont réprimées dans 80 pays environ⁷. D'autres lois interdisent ou répriment indirectement l'homosexualité, par exemple des lois contre la débauche ou la prostitution⁸. De nombreux États régissent aussi les relations sexuelles extraconjugales au moyen de sanctions pécuniaires ou pénales, ce qui affecte les personnes qui s'identifient comme hétérosexuelles tout en ayant occasionnellement des relations homosexuelles. Ces lois ont aussi un impact significatif sur les personnes qui ont des relations sexuelles avec des personnes du sexe

⁵ Voir l'Observation générale n° 14 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (2000).

⁶ M. O'Flaherty and J. Fisher, "Sexual orientation, gender identity and international human rights law: contextualising the Yogyakarta Principles", *Human Rights Law Review*, vol. 8, n° 2 (2008), p. 211.

⁷ D. Ottosson, "State-sponsored homophobia: a world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults", Rapport de l'Association lesbienne et gaie internationale (Ilga), mai 2009, p. 5

⁸ Voir par exemple Human Rights Watch, "Kuwait: repressive dress-code law encourages police abuse – arrests target transgender people", communiqué de presse du 17 Janvier 2008. Voir également K. Connolly, "Poland to ban schools from discussing homosexuality", *Guardian*, 20 Mars 2007.

opposé en dehors du mariage, surtout des femmes, mais cette question excède le champ d'investigation du présent rapport⁹.

9. Ces lois constituent une violation du droit à la santé tel qu'il est défini à l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. L'article 2.2 impose aux États parties de s'engager à garantir que les droits énoncés dans le Pacte, notamment le droit à la santé, seront exercés sans discriminations aucune fondée sur «toute autre situation». Ce point est développé dans l'Observation générale n° 14(2000) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui note que le Pacte proscrit toute discrimination dans l'accès aux soins de santé et aux facteurs sous-jacents de la santé, y compris au motif de l'orientation sexuelle (paragraphe 18). Le Comité reconnaît également l'identité sexuelle parmi les motifs de discrimination interdits¹⁰. Dans son Observation générale n° 4 (2003), le Comité des droits de l'enfant a aussi confirmé que l'orientation sexuelle faisait partie des «autres situations» (paragraphe 6). La criminalisation entrave le droit à la santé, pas seulement à travers la discrimination qu'elle engendre, mais aussi en privant les personnes de l'égalité d'accès aux services médicaux, comme il sera démontré.

10. «L'orientation sexuelle» est définie comme «la capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus¹¹.» L'identité de genre fait référence à «l'expérience intime et personnelle du sexe faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris une conscience personnelle du corps [...] et d'autres expressions du sexe¹²».

Interprétation et évolution du droit

11. La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que la discrimination fondée sur l'orientation ou l'identité sexuelles constituait une violation des droits de l'homme. En 1981, dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour a déterminé que la criminalisation d'actes homosexuels privés constituait une ingérence injustifiée dans le droit au respect de la vie privée consacré à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹³. À propos de l'affaire *Toonen v. Australia*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a constaté que la discrimination fondée sur le sexe incluait la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹⁴, et il noté que la criminalisation n'était pas une mesure raisonnable pour prévenir la propagation du VIH/sida¹⁵. Dans l'affaire *S.L. c. Autriche*, la Cour européenne des droits de l'homme a également conclu que les différences de traitement des populations

⁹ Voir par exemple Human Rights Watch «Libya: a threat to society? The arbitrary detention of women and girls for 'social rehabilitation'», (New York, Human Rights Watch, 2006), p. 2.

¹⁰ Observation générale n° 20 (2009) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, paragraphe 32.

¹¹ Les Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, p. 6. Disponibles sur le site: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf.

¹² Idem. Voir également l'Observation générale n° 20 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, paragraphe 32.

¹³ Cour européenne des droits de l'homme, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1981, série A, n° 45.

¹⁴ Communication n° 488/1992, *Toonen v. Australia*, constatations adoptées le 31 mars 1994, paragraphe 8.7

¹⁵ Idem, paragraphe 8.5.

homosexuelles et hétérosexuelles fondées sur l'âge du consentement n'avaient aucune justification objective et rationnelle, et étaient donc discriminatoires¹⁶.

12. Actuellement, un certain nombre d'États interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, à la suite de décisions de justice ou de l'introduction de lois sur la question. Dans une affaire marquante jugée en 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v. Minister of Justice and others*, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, soulignant le droit de toutes les personnes à la dignité et l'égalité, a invalidé trois lois distinctes sur la sodomie et conclu que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle était interdite par la Constitution de l'Afrique du Sud. La Cour suprême des États-Unis a déclaré anticonstitutionnelles les lois texanes sur la sodomie dans l'affaire *Lawrence v. Texas*, au motif qu'en criminalisant des relations sexuelles intimes et librement consenties, elles enfreignaient le droit à la liberté consacré par le Quatorzième amendement à la Constitution¹⁷.

13. Dans l'affaire *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and Others*, la Haute Cour de Delhi, se référant à l'affaire *Toonen* et au raisonnement suivi par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, a déclaré anticonstitutionnel l'article 337 du Code pénal indien¹⁸. Cet article sanctionnait «les relations charnelles contre-nature avec tout homme, femme ou animal», – phraséologie héritée de la période coloniale qui est encore en usage dans plus de la moitié des juridictions du monde qui criminalisent la sodomie¹⁹. La Fondation Naz a fait valoir qu'en criminalisant les relations homosexuelles privées entre adultes consentants, l'article 377 perpétuait des croyances négatives et discriminatoires concernant l'homosexualité, conduisant ainsi les homosexuels à se cacher, ce qui réduisait à néant les efforts de prévention de la propagation du VIH/sida²⁰.

14. En février 2010, les Fidji ont adopté une loi dépénalisant les relations homosexuelles librement consenties par la voie d'un Décret pénal national²¹. La Région administrative spéciale de Hong Kong de Chine a également abrogé une ancienne loi interdisant la sodomie en 2005, et depuis 2007, les actes homosexuels librement consentis sont également légalisés au Népal²².

15. En dépit de cette évolution récente en matière de dépénalisation, qui permet à de nombreux États de se mettre en conformité avec leurs obligations internationales concernant les droits de l'homme, un nombre significatif de pays continue de sanctionner pénalement les relations homosexuelles librement consenties. Certains États ont pris des mesures pour élargir l'application des lois existantes, ou pour alourdir les peines sanctionnant les relations homosexuelles. L'article 365A du Code pénal du Sri Lanka, qui interdisait les actes homosexuels entre hommes, a été ultérieurement amendé pour supprimer les distinctions de sexe, ce qui a eu pour conséquence de criminaliser les

¹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *S.L. c. Autriche*, arrêt du 9 janvier 2003, requête n° 45330/99, paragraphes 44-46.

¹⁷ *Lawrence v. Texas*, 539, U.S. 558.

¹⁸ Arrêt du 2 juillet 2009, paragraphe 55 et 56.

¹⁹ S. Long, «British sodomy laws linger in former colonies», *The Gay and Lesbian Review*, vol. 16, n° 2 (mars-avril 2009), page 5.

²⁰ *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and Others*, 2 juillet 2009, page 7.

²¹ Programme commun ONUSIDA: Les Fidji, premier pays insulaire du Pacifique doté de lois datant de l'ère coloniale sur la sodomie à dépénaliser officiellement l'homosexualité, communiqué de presse, 4 mars 2010.

²² *Sunil Babu Pant v. Nepal Government*, Supreme Court, Division Bench, Order, Writ n° 917 of the year 2064 BS (21 Décembre 2007).

pratiques homosexuelles entre femmes²³. Le Parlement de l'Ouganda a introduit un projet de loi en octobre 2009 qui permettrait d'introduire la peine de mort parmi les sanctions réprimant les infractions à certaines dispositions de la loi anti-sodomie. L'Ouganda, loué par les activistes de la lutte contre le VIH/sida pour son programme et sa politique de traitement du VIH/sida, mettrait sa campagne d'élimination du VIH/sida en grand danger s'il adoptait une telle loi.

16. Par contre, la proposition tendant à insérer dans le Code pénal du Rwanda un article prévoyant une peine de cinq à dix ans de prison à l'encontre de quiconque «pratique ou encourage des relations ou toute pratique sexuelles avec des personnes du même sexe, ou fait l'apologie de telles pratiques» a été rejetée. Le Ministre de la justice du Rwanda, Tharcisse Karugarama a déclaré «[...] l'orientation sexuelle est une affaire privée et chacun a sa propre orientation, ce n'est en aucun cas une affaire d'État²⁴.»

B. Conséquences de la criminalisation sur le droit à la santé

Effets délétères sur la santé et inhibition de l'accès aux services de santé

17. Le Rapporteur spécial estime que la criminalisation a des conséquences néfastes sur la jouissance du droit à la santé des personnes qui ont des relations homosexuelles librement consenties, parce qu'elle crée une image sociale de personnes «anormales» et criminelles. Ceci a un effet gravement préjudiciable sur leur image de soi, ce qui a des conséquences importantes, et parfois tragiques, sur leur comportement en matière de recherche de soin et sur leur santé mentale. Il a été signalé que le taux des tentatives de suicide parmi les adolescents qui ont des relations homosexuelles librement consenties était de trois à sept fois plus élevé que parmi les jeunes qui s'identifient comme hétérosexuels²⁵; les taux sont similaires parmi les adultes.

18. Dans les juridictions où leurs relations sexuelles sont criminalisées, les personnes concernées risquent beaucoup plus de ne pas pouvoir accéder à des services médicaux efficaces, et les mesures prophylactiques qui devraient être conçues pour ces communautés ne peuvent être prises²⁶. La peur du jugement et de la sanction peuvent dissuader les personnes ayant des relations homosexuelles librement consenties de chercher à obtenir des services de santé. Ceci est souvent la conséquence directe de l'attitude des membres des professions médicales, qui ne sont pas formés pour répondre aux besoins de leurs clients homosexuels, non seulement en termes d'hygiène sexuelle, mais aussi en termes de soins de santé en général. Souvent, les professionnels de santé refusent catégoriquement de soigner les patients homosexuels, ou font preuve d'hostilité quand ils sont obligés de s'exécuter²⁷. Quand des patients sont poursuivis au pénal, le fait d'avoir des relations homosexuelles librement consenties peut faire échec à l'obligation de confidentialité qui lie le médecin à

²³ Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, «Sri Lanka: laws proscribing homosexual acts and whether they are applied in practice – the treatment of homosexuals by authorities, by society at large and by the Muslim community», 17 janvier 2008.

²⁴ E. Musoni, «Government cannot criminalize homosexuality – Minister», *New Times* (Kigali), 26 Janvier 2010.

²⁵ C. Mahon, Orientation et identité sexuelles, et droit à la santé, Livre suisse des droits de l'homme, volume 3, Réaliser le droit à la santé, A. Clapham et M. Robinson (eds.) (Rüffer & Rub, Zurich, 2009), page 236.

²⁶ Idem. Page 238.

²⁷ C.A. Johnson, *Off the Map: How HIV/AIDS Programming is Failing Same-sex Practicing People in Africa* (New York, Commission internationale pour les droits humains des gays et lesbiennes, 2007), pages 57 et 58.

son patient, puisque les professionnels de la santé peuvent être tenus par la loi de divulguer des détails concernant leur interaction avec leur patient.

19. Ces problèmes sont encore aggravés pour les personnes vivant avec le VIH/sida. Pour des raisons historiques, et surtout à cause de l'association entre sida et communauté homosexuelle, la jouissance du droit à la santé subit une atteinte disproportionnée puisque c'est le diagnostic et le traitement du VIH/sida²⁸ qui est en cause. Par exemple, dans la région Asie-Pacifique, près de 90 % des hommes homosexuels n'ont pas accès à la prévention du VIH et aux soins du sida²⁹. Si cela est dû à diverses circonstances, une atmosphère générale de peur est le principal facteur empêchant les personnes séropositives d'accéder aux services de santé et au traitement³⁰. Cette atmosphère empreinte de peur a également des conséquences négatives sur l'ensemble de la communauté. Dans les pays où l'homosexualité est criminalisée, l'association négative du VIH/sida à l'homosexualité peut conduire les personnes qui n'ont pas de relations homosexuelles librement consenties à éviter les tests et le traitement du VIH/sida, par crainte de s'exposer à des sanctions pénales, à la violence et la discrimination³¹.

Violence et abus

20. Les sanctions imposées par les États renforcent les préjugés existants et légitiment les violences communautaires et les brutalités policières dirigées contre les personnes concernées³². Actuellement, sept États ou partie d'États maintiennent la peine de mort comme peine possible pour la sodomie³³. Le Rapporteur spécial estime que l'imposition de la peine de mort pour des relations homosexuelles librement consenties est non seulement inadmissible, mais qu'en outre, elle constitue une privation arbitraire de la vie et une atteinte au droit à la vie reconnu à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

21. De nombreux rapports signalent des cas de violences dirigées contre des personnes en raison de leur homosexualité et de leur identité sexuelle³⁴. La violence peut inhiber l'action d'accéder aux services de santé par peur des représailles et d'une victimisation secondaire, après avoir été identifié comme une victime d'une telle attaque.

²⁸ Dans pratiquement toutes les régions en dehors de l'Afrique sub-saharienne, le VIH affecte de manière disproportionnée les hommes homosexuels. (ONUSIDA, rapport 2008 sur l'épidémie mondiale de sida, Résumé analytique (Genève, 2008), page 30.

²⁹ Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) 90 % des hommes homosexuels n'ont pas accès à la prévention du VIH et aux soins du sida, communiqué de presse, 11 août 2009.

³⁰ Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à la santé (E/CN.4/2004/49), paragraphe 35.

³¹ Human Rights Watch, "Hated to death: homophobia, violence and Jamaica's HIV/AIDS epidemic" (New York, 2004), p. 14.

³² Voir par exemple Amnesty International: "Stonewalled: police abuse and misconduct against lesbian, gay, bisexual and transgender people in the U.S." (2005).

³³ La République islamique d'Iran, la Mauritanie, l'Arabie Saoudite, le Soudan et le Yémen, ainsi que des parties du Nigéria et de la Somalie (Ottosson, «State-sponsored homophobia» (voir note 7), page 5.

³⁴ Voir par exemple le rapport (2008) sur les droits de l'homme en Iran du Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, 25 février 2009, disponible à l'adresse: www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2008/nea/119115.htm; Human rights Watch: "They want us exterminated: murder, torture, sexual orientation and gender in Iraq" (New York, 2009); Human Rights Watch, "Turkey: stop violence against transgender people", communiqué de presse du 22 février 2010, disponible à l'adresse: www.hrw.org/en/news/2010/02/19/turkey-stop-violence-against-transgender-people.

Stigmatisation

22. La criminalisation n'est peut-être pas le seul facteur expliquant la stigmatisation, mais elle la perpétue en renforçant les préjugés et stéréotypes existants³⁵. L'homosexualité a longtemps été considérée comme un trouble psychiatrique; jusqu'à récemment, l'homosexualité faisait partie des troubles figurant dans le principal système typologique mondial de psychologie, ce qui en dit long sur la profondeur de l'enracinement d'une telle stigmatisation³⁶.

23. La stigmatisation empêche les institutions législatives et politiques de répondre adéquatement aux problèmes de santé de communautés qui sont particulièrement vulnérables à l'égard des atteintes à la jouissance du droit à la santé. Là où les relations homosexuelles sont illégales, l'orientation sexuelle peut être traitée comme un problème à corriger, ou encore être ignorée ou instrumentalisée pour légitimer la violence dirigée contre ces personnes. Les tentatives pour «soigner» les personnes qui ont des relations homosexuelles ne sont pas seulement inappropriées, elles risquent d'engendrer une détresse psychologique profonde et d'aggraver la stigmatisation de ces groupes vulnérables³⁷.

C. Approche fondée sur le droit à la santé

24. Comme à l'égard de tous les droits de l'homme, les États sont tenus de prendre des mesures pour garantir le respect, la protection et la réalisation du droit à la santé. La criminalisation des relations homosexuelles librement consenties crée un climat qui n'est pas propice à la pleine réalisation du droit des personnes concernées à la santé. Les services de santé doivent être accessibles à chacun, sans discrimination, et surtout aux segments les plus vulnérables ou marginalisés de la population. L'abrogation des lois qui criminalisent les relations homosexuelles entre adultes consentants contribue à assurer le respect par l'État de ses obligations.

25. La criminalisation constitue une violation du devoir de l'État de prévenir la discrimination; qui plus est, elle crée une atmosphère dans laquelle les personnes concernées subissent une perte d'autonomie considérable et ne peuvent pas pleinement réaliser leurs droits de l'homme. Par exemple, les États sont tenus de prendre des mesures pour établir des programmes de prévention et d'éducation concernant les problèmes de santé liés à des comportements, comme le VIH/sida. La dépénalisation facilite le respect de cette obligation, parce que la création d'un climat social dans lequel les relations homosexuelles entre adultes consentants sont acceptées est un élément essentiel de la prévention structurelle du VIH/sida. Il a été indiqué que l'existence d'un cadre juridique favorisant l'émergence d'un environnement porteur est l'une des principales conditions préalables pour y parvenir, au même titre que la lutte contre la discrimination et la violence structurelle.

26. L'adoption d'une approche fondée sur le droit à la santé nécessite que les États dépénalisent les relations homosexuelles librement consenties, et qu'ils abrogent les lois qui établissent une discrimination fondée sur l'orientation et l'identité sexuelles, de manière à

³⁵ Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v. Minister of Justice and others*, arrêt du 2 décembre 1999, paragraphe 54.

³⁶ L'homosexualité a été supprimée de la 3ème édition du *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, en 1986. Il convient de noter, cependant, que les troubles de l'identité sexuelle demeurent inclus dans le texte de la 4ème édition du *Manual*, révisée en 2000.

³⁷ A. Bartlett, G. Smith and M. King, "The response of mental health professionals to clients seeking help to change or redirect same-sex sexual orientation", *BioMed Central Psychiatry*, vol. 9, article 11 (Mars 2009), page. Disponible à l'adresse www.biomedcentral.com/1471-244X/9/11.

satisfaire aux obligations centrales en matière de droit à la santé et à créer un climat propice à la pleine jouissance de ce droit.

III. Prostitution

27. Les professionnel(le)s du sexe demeurent confronté(e)s à la stigmatisation et la marginalisation et sont exposé(e)s à un risque significatif d'être exposés à la violence dans leur travail, souvent en raison de sa criminalisation. Comme dans toute pratique sanctionnée, le secteur de la prostitution se restructure systématiquement pour permettre aux personnes impliquées d'échapper aux sanctions. Ce faisant, l'accès aux services de santé est entravé et les risques professionnels augmentent. En outre, les droits fondamentaux accordés aux autres travailleurs sont refusés aux professionnel(le)s du sexe du fait de la criminalisation de la prostitution, puisque un travail illégal ne permet pas de prétendre à la protection des normes d'hygiène et de sécurité du travail imposées dans le secteur légal³⁸.

28. Le Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida (ONUSIDA) définit les professionnel(le)s du sexe comme des adultes et des jeunes femmes, hommes et transgenres qui reçoivent régulièrement ou occasionnellement de l'argent ou des biens en échange de services sexuels, et qui définissent consciemment ou inconsciemment ces activités comme une source de revenus³⁹. Il est à noter, cependant, qu'il n'existe pas de terme adéquat pour décrire la gamme de transactions qu'implique le commerce du sexe à l'échelle mondiale (le terme «professionnel(le) du sexe» est de plus en plus usité dans le secteur, car il est considéré comme moins péjoratif et comme donnant une meilleure description de l'expérience des travailleurs que le terme «prostitué(e)»⁴⁰).

A. Contexte de la criminalisation de la prostitution

29. Historiquement, la prostitution a été criminalisée de deux manières principales. La première a consisté à pénaliser la vente de services sexuels, en imposant des peines aux professionnel(le)s du sexe. La deuxième, à pénaliser les diverses pratiques entourant la prostitution; celles-ci incluent, sans s'y limiter, la tenue de maisons closes, le fait de procurer des clients ou d'organiser la prostitution d'autrui; le fait de vivre du produit de la prostitution; le racolage; et le fait de faciliter la prostitution en fournissant des informations ou une assistance. Bien que la criminalisation directe ne soit pas employée dans beaucoup de pays à travers le monde, les professionnel(le)s du sexe n'en sont pas moins traité(e)s comme des délinquant(e)s lorsque les activités entourant la prostitution est pénalisée, ou sont soumis(es) à d'autres lois préexistantes (ne réprimant pas spécifiquement la prostitution) pour justifier leur harcèlement, leur intimidation ou le recours à la force à leur encontre⁴¹. Par exemple, il peut être recouru à des lois interdisant le vagabondage ou les troubles de l'ordre public pour arrêter ou placer en détention les professionnel(le)s du sexe qui travaillent dans la rue, ou encore à des lois interdisant les actes homosexuels à l'encontre des professionnel(les) du sexe homosexuel(le)s ou transgenres.

30. Parallèlement au droit à la santé, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels protège le droit de gagner sa vie par un travail librement

³⁸ ONUSIDA, Note d'orientation sur le VIH et la prostitution (2009), page 5.

³⁹ ONUSIDA, Prostitution et VIH/sida, Actualisation technique (2002), page 3.

⁴⁰ Idem. L'expression «professionnel(le) du sexe» sera employée dans l'ensemble du présent rapport, sauf lorsque la documentation pertinente emploie une autre terminologie.

⁴¹ M.L. Rekart, "Sex-work harm reduction", *The Lancet*, vol. 366 (Décembre 2005), p. 2124.

choisi (article 6), et enjoint aux États de prendre des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit. L'article 6 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ne demande pas aux États de supprimer la prostitution entre adultes consentants. Il exige des États qu'ils suppriment, «sous toutes leurs formes, le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution des femmes». L'expression «exploitation de la prostitution» n'est pas définie par la Convention, mais il est interprété comme faisant référence à l'exploitation dans le contexte de la prostitution. De plus, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille s'applique à un nombre significatif de professionnel(le)s du sexe qui se déplacent d'un État à un autre pour se prostituer.

31. D'autres instruments internationaux se penchent sur la question de la traite des êtres humains, y compris à des fins d'exploitation sexuelle. Le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, définit la traite des personnes comme «le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation» (article 3.a). L'exploitation est encore définie comme incluant la prostitution d'autrui et d'autres formes d'exploitation sexuelle. De surcroît, il est déclaré dans le Protocole que le consentement d'une victime de la traite n'est pas pertinent lorsqu'il existe des circonstances telles que l'abus d'une situation de vulnérabilité ou l'abus d'autorité (article 3.b).

32. Des termes tels que «vulnérabilité» ou «abus d'autorité» ne sont pas définis dans le Protocole et ne possèdent pas de signification juridique propre. Ces termes nécessitent des éclaircissements, car en l'état, des États pourraient considérer que la traite concerne également les professionnel(le)s du sexe qui entrent de leur plein gré dans ce secteur d'activité. Par exemple, la traite des femmes et des enfants pour les forcer à se prostituer a été confondue avec la participation volontaire au commerce du sexe au Cambodge, où une loi sur la suppression de la traite des êtres humains et de l'exploitation sexuelle a été introduite en 1998⁴². Cette loi a pour objet de supprimer la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle, comme l'affirme son article premier, mais elle inclut des dispositions qui interdisent les activités entourant la prostitution, ce qui a pour effet de criminaliser l'ensemble du secteur de la prostitution. La loi interdit notamment le racolage, toutes les formes de soutien à la prostitution, le partage des produits de la prostitution, la gestion d'établissements en vue de la prostitution, et même la vente de locaux en sachant qu'ils seront utilisés pour la prostitution (chapitre IV). Les peines prévues sont extrêmement lourdes, et incluent la saisie des biens et des bénéfices, la fermeture de l'entreprise et, ce qui est alarmant, la restriction des droits civils (article 48). Cette loi a conduit à la détention de professionnel(le)s du sexe sans arrestation ni mise en accusation, mais aussi à des cas de viols et d'extorsion, à la suite de descentes⁴³.

33. La traite ou la réduction de toute personne en esclavage sexuel est odieuse et mérite certainement d'être interdite en tant que crime. Cependant, la confusion de la prostitution librement choisie et de la traite sexuelle dans une telle loi conduit, dans le meilleur des cas, à appliquer une réponse inappropriée qui n'aide ni l'un, ni l'autre de ces deux groupes à réaliser ses droits, et dans le pire des cas, à de la violence et de l'oppression.

⁴² Elle a été approuvée par l'Assemblée nationale du Cambodge le 20 décembre 2007, et par le Sénat le 18 janvier 2008.

⁴³ Département d'Etat des Etats Unis d'Amérique, «Trafficking in Persons Report (2009)», page 96.

34. Globalement, il y a eu des périodes où la prostitution était une activité hautement réglementée ou décriminalisée, généralement pour gérer certains aspects de la prostitution ou pour contrôler les maladies, particulièrement au sein de l'armée. Cependant, la prohibition de la prostitution est considérée comme «notoirement difficile à faire respecter⁴⁴» et d'une utilité douteuse lorsque sa mise en œuvre s'accompagne de chantage et de brutalité⁴⁵. Récemment, l'imposition de sanctions pénales à des professionnel(le)s du sexe a suscité une opposition significative⁴⁶, et certains pays ont amendé leur législation pour décriminaliser la prostitution.

35. Par exemple, la Nouvelle Zélande a décriminalisé la prostitution en 2003, dans le but exprès de sauvegarder les droits de l'homme des professionnel(le)s du sexe⁴⁷. Avant la décriminalisation, les professionnel(le)s du sexe étaient moins enclin(e)s à révéler leur profession aux travailleurs sanitaires ou à se munir de préservatifs⁴⁸. Depuis la décriminalisation, les professionnel(le)s du sexe ont indiqué qu'ils/elles se sentaient détenteurs/détentrices de droits défendables, y compris du droit à la santé et à la sécurité personnelle, et qu'ils/elles étaient de plus en plus à même de refuser certains clients ou certaines pratiques et de négocier des pratiques plus sûres⁴⁹.

B. Conséquences de la criminalisation sur le droit à la santé

Effets délétères sur la santé et obstruction de l'accès aux services de santé

36. La criminalisation représente un obstacle pour accéder aux services, établir une relation thérapeutique et poursuivre un traitement, ce qui nuit à la santé des professionnel(le)s du sexe, parce qu'ils ou elles peuvent redouter les conséquences juridiques ou le harcèlement et les jugements. Ceci est particulièrement préoccupant dans la mesure où il est signalé que le VIH affecte de manière disproportionnée les professionnel(le)s du sexe dans de nombreuses régions⁵⁰.

37. Le recours à des sanctions contre les professionnel(le)s du sexe, comme les ordonnances relatives aux comportements antisociaux au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, diminue l'efficacité des activités de promotion de la santé. Les descentes, avertissements et arrestations ont généralement pour résultat de chasser la population des professionnel(le)s du sexe vers des zones souvent moins sûres, ce qui leur fait courir des risques plus importants⁵¹. Il a aussi été observé que la criminalisation

⁴⁴ S. Law, "Commercial sex: beyond decriminalization", *Southern California Law Review*, vol. 73 (Mars 2000), p. 537.

⁴⁵ Voir par exemple M. Richter, "Sex work, reform initiatives and HIV/AIDS in inner-city Johannesburg", *African Journal of AIDS Research*, vol. 7, n° 3 (2008), p. 325.

⁴⁶ Law, "Commercial sex", p. 532.

⁴⁷ Loi sur la réforme de la prostitution en Nouvelle Zélande, première partie, article 3.a.

⁴⁸ J. Jordan, "The sex industry in New Zealand: a literature review" (Ministère de la justice de Nouvelle Zélande, 2005), p. 65

⁴⁹ New Zealand, Report of the Prostitution Law Reform Committee on the Operation of the Prostitution Reform Act of 2003 (Wellington, 2008), pp. 46–47 and 50.

⁵⁰ ONUSIDA Rapport 2008 sur l'épidémie mondiale de sida (voir note 28), p. 30.

⁵¹ Les professionnel(le)s du sexe peuvent ainsi passer d'un endroit familial, bien éclairé, vers un lieu inconnu et isolé, et passer du travail en intérieur au travail dans les rues. Voir par exemple L. Cusik et L. Berney "Prioritizing punitive responses over public health: commentary on the Home Office consultation document *Paying the Price*", *Critical Social Policy*, vol. 25, n° 4 (Novembre 2005), pages 599–600.

réduisait le pouvoir de négociation des professionnel(le)s du sexe pour choisir leurs clients et obtenir l'utilisation de préservatifs⁵².

38. Une étude a montré que le résultats des tests de mesure de la santé mentale de 45 % des professionnel(le)s du sexe travaillant dans l'illégalité étaient négatifs, contre 12 % seulement parmi leurs homologues travaillant dans la légalité. Si aucune différence n'a été observée au niveau de la santé physique, des désavantages et des vulnérabilités significatifs ont été observés parmi les membres du premier groupe⁵³. Ces informations mettent en lumière l'impact de la criminalisation, à la fois en termes d'impact de la prostitution et d'entrée sur ce marché, mais aussi, elles attirent l'attention sur la nécessité de distinguer les différents types et contextes de la prostitution pour concevoir des interventions de santé efficaces.

Stigmatisation

39. La stigmatisation a été désignée comme le principal facteur empêchant les professionnel(le)s du sexe d'accéder à leurs droits. Les lois criminalisant ou réglementant lourdement la prostitution aggravent la stigmatisation des professionnel(le)s du sexe, ce qui produit un effet délétère sur leur santé, souvent sans que cela soit justifié par la santé publique. La *Geschlechtskrankheitengesetz*, une loi allemande conçue pour lutter contre les maladies vénériennes, imposait aux prostitué(e)s de se soumettre à des examens médicaux obligatoires⁵⁴. Cette loi stigmatisait légalement les professionnel(le)s du sexe, comme si ils ou elles étaient les seul(e)s responsables de la transmission des maladies vénériennes, malgré l'absence d'études épidémiologiques étayant cette thèse. Depuis, la loi a été amendée et elle prévoit désormais le dépistage volontaire et anonyme.

40. En Chine, les lois ont évolué pour permettre d'imposer aux professionnel(le)s du sexe des peines de détention administrative; les personnes sont détenues à des fins de rééducation, causant ainsi des souffrances psychologiques importantes, tout en stigmatisant les professionnel(le)s du sexe et les couvrant d'opprobre dans leur région⁵⁵.

Violence et harcèlement

41. La violence à l'encontre des professionnel(le)s du sexe, souvent perpétrée par ceux qui sont en position d'autorité, est un aspect commun de la prostitution, et un corollaire regrettable de la criminalisation. Selon les résultats de diverses études, environ 80 % des professionnel(le)s du sexe auraient été agressé(e)s dans le cadre de leur travail⁵⁶. Quand la prostitution est criminalisée, le secteur est effectivement poussé dans la clandestinité, ce qui, selon les observations, crée un climat de violence accrue.

42. La criminalisation de la prostitution signifie souvent que les professionnel(le)s du sexe se sentent incapables de faire respecter leurs droits fondamentaux, puisque leur travail est illégal. Ils ou elles «vivent dans la peur» de la police et des clients, et se sentent

⁵² K. Blankenship and S. Koester, "Criminal law, policing policy, and HIV risk in female street sex workers and injection drug users", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 30, n° 4 (Décembre 2002), p. 550.

⁵³ C. Seib and others, "The health of female sex workers from three industry sectors in Queensland, Australia", *Social Science & Medicine*, vol. 68, n° 3 (Février 2009), pages 476–477.

⁵⁴ J. Kilvington, S. Day and H. Ward, "Prostitution policy in Europe: a time of change?", *Feminist Review*, vol. 67 (2001), p. 87.

⁵⁵ J. Tucker, X. Ren and F. Sapio, "Incarcerated sex workers and HIV prevention in China: social suffering and social justice countermeasures", *Social Science & Medicine*, vol. 70, n° 1 (Janvier 2010), pages 122 à 125.

⁵⁶ Law, "Commercial sex" (voir note 44), p. 533.

incapables de signaler les crimes dont ils ou elles sont victimes, par crainte d'être arrêté(e)s⁵⁷. Les professionnel(le)s du sexe ont indiqué qu'ils et elles étaient très exposé(e)s au harcèlement policier⁵⁸, en particulier sous la forme de a) services sexuels obtenus par la tromperie et la coercition, b) extorsion, et c) discrimination (y compris sous forme de sanctions morales, humiliations publiques et violences extrêmes motivées par le mépris)⁵⁹. Il a également été noté que la surveillance policière était une question clé déterminant la vulnérabilité des professionnel(le)s du sexe à l'égard du VIH⁶⁰.

Conditions de travail

43. La criminalisation de la prostitution porte atteinte à la jouissance du droit à la santé en créant des obstacles à l'accès des professionnel(le)s du sexe aux services de santé et aux recours judiciaires. Quand les professionnel(le)s du sexe ne sont pas reconnu(e)s en tant que personnes se livrant à une occupation professionnelle légitime, dans beaucoup de pays, ils ou elles n'entrent pas dans le cadre d'application des lois qui fixent les normes du travail⁶¹. Souvent, les professionnel(le)s du sexe ne peuvent bénéficier des prestations sociales et ne sont pas protégé(e)s par les règles d'hygiène et de sécurité du travail qui protègent normalement les salariés des autres secteurs⁶². La criminalisation de la vente de services sexuels fait aussi que toute convention concernant la prostitution est illégale et inapplicable, puisqu'elle est contraire à la politique publique, ce qui prive les professionnel(le)s du sexe de tout recours en justice.

44. De plus, la criminalisation des pratiques liées à la prostitution peut faire obstacle à la création de conditions de travail sûres. Ainsi, quand les lois interdisent les maisons closes, ceux qui, invariablement, détournent la loi et organisent ce genre d'activité peuvent imposer des conditions de travail insalubres sans difficulté, puisque les professionnel(le)s du sexe eux-mêmes et elles-mêmes ne peuvent recourir à des mécanismes juridiques qui permettraient de demander des conditions de travail plus sûres⁶³. Quand la prostitution est criminalisée, de quelque manière que ce soit, la protection offerte par une maison close ou un souteneur peut paraître encore plus désirable ou nécessaire, mais elle a un prix: financièrement, vu les risques d'extorsion, et en termes de santé.

45. Les professionnel(le)s du sexe devraient avoir droit à la protection des lois, vu les divers dangers comme la violence, les risques du métier et l'exploitation du travail⁶⁴. Dans certains cas, des décisions de justice ont eu pour effet d'accorder directement une telle protection. Ainsi, un tribunal de La Haye, estimant que la prostitution était considérée comme un travail par les lois nationales, a donné raison à un(e) immigrant(e) tchèque qui s'était vu refuser un permis de séjour aux Pays-Bas à des fins de prostitution, et à conclu que le requérant ou la requérante avait droit à un permis de séjour⁶⁵.

⁵⁷ A. Crago, *Our Lives Matter: Sex Workers Unite for Health and Rights* (New York, Open Society Institute, 2008), p. 31–32.

⁵⁸ ONUSIDA, *Le VIH et la prévention des MST parmi les professionnel(le)s du sexe en Europe de l'Est et en Asie centrale*, Collection Meilleures Pratiques (Genève, 2001).

⁵⁹ T. Rhodes and others, "Police violence and sexual risk among female and transvestite sex workers in Serbia: qualitative study", *British Medical Journal*, vol. 337 (Septembre 2008), p. 813–814.

⁶⁰ M. Biradavolu, "Can sex workers regulate police? Learning from an HIV prevention project for sex workers in southern India", *Social Science & Medicine*, vol. 68 (Avril 2009), p. 1541

⁶¹ Voir par exemple Richter «Sex work» (voir note 45), page 325.

⁶² Crago, «Our Lives Matter», p. 10.

⁶³ *Idem*, p 25.

⁶⁴ K. Butcher, "Confusion between prostitution and sex trafficking", *The Lancet*, vol. 361 (Juin 2003), p. 1983.

⁶⁵ Kilvington, Day, Ward, "Prostitution policy" (voir note 54), p. 84.

C. Approche fondée sur le droit à la santé

46. La dépénalisation ou la légalisation de la prostitution, associée à la réglementation nécessaire, constitue un élément incontournable de l'approche de la prostitution fondée sur le droit à la santé, et peut aussi avoir des effets positifs sur la santé des professionnel(le)s du sexe. Toute réglementation du secteur de la prostitution devrait s'inscrire dans le cadre du droit à la santé et devrait satisfaire à l'exigence de conditions de travail sûres, en tant que partie intégrante du droit à la santé. La dépénalisation, associée à l'instauration de règles appropriées en matière d'hygiène et de sécurité du travail, permet de garantir la réalisation des droits des professionnel(le)s du sexe. Là où la prostitution est légalement reconnue, l'incidence de la violence peut aussi diminuer, grâce à l'application des lois protégeant contre les abus et l'exploitation⁶⁶.

47. La criminalisation représente un obstacle à la participation et à l'action collective, car elle réprime les activités de la société civile et des défenseurs individuels. Il est avéré que la participation des professionnel(le)s du sexe aux interventions présente des avantages significatifs. Les organisations représentant les professionnel(le)s du sexe ont été parmi les premières à réagir pour tenter de ralentir la propagation du VIH/sida en recommandant l'usage de préservatifs, en élaborant des programmes d'éducation sur le sida et en entreprenant des recherches inclusives⁶⁷.

48. Il est vital que ceux qui conçoivent les interventions destinées à aider les victimes de la traite établissent une distinction entre les personnes qui se prostituent contre leur volonté et celles qui participent au commerce du sexe de leur plein gré. Les descentes dans les maisons closes visant à aider les victimes de la traite qui ne font pas la distinction entre ces deux groupes risquent, dans certaines circonstances, de nuire à la réalisation du droit à la santé de l'un comme de l'autre. Par contre, une étude a montré que les professionnel(le)s du sexe qui ont librement choisi cette profession sont bien placé(e)s pour aider les victimes de la traite et les mineur(e)s prostitué(e)s contre leur gré. Ceci met en évidence les avantages de la participation dans le cadre de l'approche axée sur le droit à la santé⁶⁸.

49. L'approche axée sur le droit à la santé nécessite impérativement que les modifications législatives susmentionnées soient accompagnées de mesures non-juridiques conçues pour permettre la réalisation du droit à la santé, par exemple une éducation adéquate, l'accès à l'aide judiciaire, etc. À titre d'exemple, une étude réalisée en Afrique a montré que les deux tiers des professionnel(le)s du sexe interrogé(e)s n'étaient pas informé(e)s du risque de contracter le VIH ou d'autres MST associé aux rapports non protégés⁶⁹. La dépénalisation peut faciliter l'échange d'informations, ce qui aide à lutter contre de telles situations, en particulier en réduisant la peur et l'opprobre; ainsi, il devient possible de mettre en œuvre des projets de promotion de la santé permettant de parler franchement et ouvertement des risques sexuels.

50. La dépénalisation aide aussi à cibler correctement ces projets de promotion de la santé, car les professionnel(le)s du sexe seront plus enclin(e)s à s'identifier et à prendre part volontairement aux interventions si la crainte des conséquences juridiques est écartée. Des interventions efficaces autour de la santé des professionnel(le)s du sexe et de leurs clients devraient également envisager les responsabilités partagées et le comportement des clients.

⁶⁶ ONUSIDA, Prostitution et VIH/sida (voir note 39), page 5.

⁶⁷ Blankenship and Koester, "Criminal law" (voir note 55), p. 552.

⁶⁸ Crago, *Our Lives Matter*, p. 14, 36 et 59.

⁶⁹ G. Scambler and F. Paoli, "Health work, female sex workers and HIV/AIDS: global and local dimensions of stigma and deviance as barriers to effective interventions", *Social Science & Medicine*, vol. 66, n° 8 (Avril 2008), p. 1854.

Cette possibilité est renforcée dans un environnement où les clients ne sont pas criminalisés parce qu'ils recourent aux services de professionnel(le)s du sexe.

IV. Transmission du VIH

51. Le Rapporteur spécial fait observer que la criminalisation de la transmission du VIH/sida est l'une des réponses apportées à la crise du VIH/sida depuis le début. Malheureusement, les objectifs de santé publique recherchés à travers les sanctions judiciaires ne peuvent être atteints de cette manière. En fait, la criminalisation a souvent pour effet de mettre ces objectifs et la réalisation du droit à la santé hors de portée. La criminalisation de la transmission du VIH/sida porte également atteinte à de nombreux autres droits de l'homme, comme le droit au respect de la vie privée, le droit d'être protégé contre la discrimination, le droit à l'égalité, et en retour, ces atteintes nuisent à la réalisation du droit à la santé. La criminalisation de la transmission du VIH ou des pratiques liées à la transmission est généralement reconnue comme contre-productive et devrait être reconsidérée dans le cadre d'une riposte globale au VIH/sida.

A. Contexte de la criminalisation de la transmission du VIH

52. La criminalisation de la transmission du VIH prend surtout deux formes: premièrement, des lois incriminant spécifiquement la transmission du VIH, et deuxièmement, l'application de lois pénales existantes aux cas d'exposition au VIH ou de transmission du virus (par exemple les lois sur les voies de fait). Ces lois ont criminalisé, entre autres, l'exposition au VIH (y compris de l'enfant par la mère⁷⁰), les tentatives de transmission et le manquement à l'obligation de révéler la séropositivité aux partenaires sexuels potentiels⁷¹. Certaines lois prévoient aussi l'imposition de peines plus lourdes dans les cas de violences sexuelles occasionnant une transmission du VIH, ce qui revient essentiellement à traiter le VIH comme un facteur aggravant⁷².

53. L'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels oblige notamment les États parties à prendre les mesures nécessaires pour assurer la prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, et pour créer des conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie.

54. Au paragraphe 58 de la Déclaration d'engagement sur le VIH/SIDA⁷³, les États membres se sont engagés:

D'ici 2003, à «promulguer, renforcer ou appliquer des lois, règlements et autres mesures afin d'éliminer toute forme de discrimination contre les personnes vivant avec le VIH et les membres des groupes vulnérables, et à veiller à ce qu'ils jouissent pleinement de tous leurs droits et libertés fondamentaux; en particulier, à s'assurer qu'ils ont accès, entre autres, à l'éducation, l'héritage, l'emploi, aux soins de santé,

⁷⁰ Voir par exemple au Sierra Leone, la loi sur la prévention et le contrôle du VIH et du sida (2007), article 21.2.

⁷¹ C.L. Galletly and S.D. Pinkerton (2006), "Conflicting messages: how criminal HIV disclosure laws undermine public health efforts to control the spread of HIV", *AIDS Behaviour*, vol. 10 (Juin 2006), p. 452.

⁷² W. Brown, J. Hanefeld and J. Welsh, "Criminalising HIV transmission: punishment without protection", *Reproductive Health Matters*, vol. 17, n° 34 (Novembre 2009), pages 119 et 122.

⁷³ Adoptée par l'Assemblée générale à sa trente-sixième session extraordinaire consacrée au VIH/sida, intitulée «À crise mondiale, action mondiale»; résolution S-27/2, annexe.

services sociaux et médicaux, à la prévention, au soutien et au traitement, à l'information et la protection juridique, tout en respectant leur vie privée et la confidentialité; et à élaborer des stratégies pour combattre l'opprobre et l'exclusion sociale liées à l'épidémie.»

En dépit de leur engagement à adopter et promulguer des lois appropriées concernant le VIH, les États continuent d'introduire des lois criminalisant la transmission du VIH et l'exposition au virus, sapant ainsi la prévention, le traitement, les soins et l'appui⁷⁴.

55. Au cours de l'élaboration de la riposte au sida, il est apparu que la coercition et la discrimination réduisaient l'efficacité des programmes de prévention, et la prévention de la discrimination à l'encontre des personnes vivant avec le VIH/sida est devenue une considération centrale dans la formulation d'une riposte de santé publique efficace⁷⁵. Récemment, les lois criminalisant la transmission du VIH ont de nouveau proliféré, généralement en réaction à l'impression que les stratégies de prévention du VIH étaient largement inopérantes, et conformément à la stigmatisation qui continue d'accompagner la séropositivité⁷⁶. Pourtant, l'imposition de sanctions pénales à ceux qui transmettent le VIH ou exposent autrui au virus ne permet pas d'atteindre les objectifs susmentionnés du droit pénal, et ne présente manifestement aucun intérêt sur le plan de la santé publique.

56. La contrainte exercée sur les personnes vivant avec le VIH par l'incarcération n'empêche pas la poursuite de la transmission du VIH. Les pratiques à haut risque telles que l'injection de drogues par voie intraveineuse et les relations sexuelles peu sûres sont communes dans les prisons du monde entier, et l'accès aux moyens de se protéger contre le VIH (comme les préservatifs, les seringues et les aiguilles propres) est généralement limité, de sorte qu'en fait, la détention augmente les risques.

57. Les vertus correctives de la détention en cas d'infraction aux lois concernant le VIH sont douteuses, surtout dans les cas de transmission involontaire, puisqu'il n'y a pas de comportement criminel susceptible d'être amendé. De plus, il n'existe pas de preuve convaincante suggérant que l'incarcération ait une influence positive sur les facteurs de risque ou sur les comportements liés à la transmission du VIH, qu'elle réduise les risques de transmission future ou qu'elle ait un quelconque autre effet bénéfique similaire.

58. La criminalisation de la transmission délibérée et malveillante du VIH est la seule circonstance dans laquelle le recours au droit pénal en rapport avec le VIH peut être approprié. Dans ce cas, l'auteur présumé de l'acte doit avoir agi de manière autonome, en pleine connaissance des circonstances pertinentes entourant l'acte, et notamment de sa séropositivité, de l'efficacité et des tentatives d'utilisation de moyens prophylactiques, etc. Cependant, l'utilité de promulguer une loi à la seule fin de traiter cette circonstance est douteuse⁷⁷. Par contre, la criminalisation est inappropriée en l'absence d'une telle culpabilité.

59. Cependant, la distinction entre transmission délibérée et accidentelle n'est pas toujours clairement établie par les États; la législation peut être involontairement libellée en termes assez vagues pour permettre la criminalisation de la transmission ou de l'exposition involontaire. Ainsi, au Zimbabwe, la loi dispose que quiconque, réalisant «l'existence d'un

⁷⁴ Rapport du Secrétaire général: la Déclaration d'engagement sur le VIH/sida de 2001 et la Déclaration politique sur le VIH/sida: À mi-chemin de l'échéance fixée pour la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement. (A/62/780), paragraphe 55.

⁷⁵ J. Mann, "Human rights and AIDS: the future of the pandemic", *The John Marshall Law Review*, vol. 30 (automne 1996), p. 197.

⁷⁶ M. Berer, "Criminalisation, sexual and reproductive rights" (voir note 4), p. 5.

⁷⁷ Voir ci-dessus les arguments présentés dans le chapitre III, point C.

risque ou d'une possibilité réels» d'être séropositif, fait délibérément quoi que ce soit en connaissant le risque ou la possibilité réels de transmettre le VIH à autrui, «se rend coupable de transmettre délibérément le VIH⁷⁸». Ceci implique qu'un crime puisse être commis même si la personne n'est pas séropositive, puisqu'il suffit qu'elle soit consciente «de l'existence d'un risque ou d'une possibilité réels» d'être séropositive⁷⁹.

60. De même, la loi type sur la transmission des MST et du VIH/sida pour l'Afrique Centrale et de l'Ouest, criminalise la transmission du VIH «d'une personne pleinement consciente d'être séropositive à une autre personne, par quelque moyen que ce soit». Cette disposition ne requiert pas que la personne ait l'intention de transmettre le VIH; en fait, elle impose seulement que l'individu ait connaissance de sa situation, et ne tient pas compte des circonstances pertinentes, consistant à se demander si l'accusé savait comment le VIH se transmet ou s'il a pris des précautions⁸⁰, pour établir l'infraction ou la disponibilité de moyens de défense pertinents. Cette loi a été appliquée dans au moins 15 pays africains, parfois avec des amendements⁸¹.

61. Quand les États imposent délibérément des sanctions pénales à des personnes qui n'avaient pas l'intention de transmettre le VIH, ou qui le font par inadvertance, à cause de lois trop étendues qui ne permettent pas d'atteindre leurs objectifs légitimes, la violation du droit à la santé ainsi causée n'est guère justifiable sous l'angle du droit pénal ou de la santé publique.

B. Conséquences de la criminalisation sur le droit à la santé

Absence d'effet en termes de modification des comportements et de propagation du VIH

62. Le rapporteur spécial note qu'il n'est pas démontré que les lois pénales qui régissent explicitement les pratiques sexuelles des personnes vivant avec le VIH aient un impact significatif sur ces pratiques ou un effet normatif de modération des comportements à risque⁸². Le droit pénal n'a aucune influence sur les circonstances dans lesquelles se produisent la plupart des cas de transmission du VIH. Dans bien des régions, la majorité des personnes vivant avec le VIH ne sont pas conscientes d'être séropositives⁸³, et la plupart des cas de transmission se produisent lors de rapports sexuels librement consentis. Les comportements sexuels privés persistent invariablement malgré les risques de poursuites⁸⁴, mais lorsque des poursuites sont effectivement engagées, ces comportements deviennent

⁷⁸ Zimbabwe, Loi n° 23 portant codification et réforme du Code pénal, 2004, article 79.1.

⁷⁹ E. Cameron: Le VIH est un virus, pas un crime: lois et poursuites pénales, allocution devant le XVII^e Congrès international sur le sida, Mexico, 8 août 2008.

⁸⁰ R. Pearhouse, "Legislation contagion: the spread of problematic new HIV laws in Western Africa", *HIV/AIDS Policy & Law Review*, vol. 12, Nos. 2/3 (Décembre 2007), p. 8.

⁸¹ P. Sanon and others, "Advocating prevention over punishment: the risks of HIV criminalization in Burkina Faso", *Reproductive Health Matters*, vol. 17, n° 34 (Novembre 2009), p. 146.

⁸² Z. Lazzarini and others, "Evaluating the impact of criminal laws on HIV risk behavior", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 30 (été 2002), pages 247 à 249.

⁸³ Voir par exemple A. Anand and others, "Knowledge of HIV status, sexual risk behaviors and contraceptive need among people living with HIV in Kenya and Malawi", *AIDS*, vol. 23, n° 12 (Juillet 2009), p. 1565.

⁸⁴ S. Burris and others, "Do criminal laws influence HIV risk behavior? An empirical trial", *Arizona State Law Journal*, vol. 39 (2007) p. 468.

clandestins, ce qui offre moins de possibilités de les règlementer et inhibe l'accès aux actions préventives, aux services de diagnostic, de traitement et d'appui⁸⁵.

Efforts de santé publique existants compromis

63. La criminalisation de la transmission ou de l'exposition au VIH situe la responsabilité juridique de la prévention du VIH exclusivement du côté de ceux qui déjà, vivent avec le virus, ce qui est préjudiciable à la notion de responsabilité partagée entre partenaires sexuels, et risque de donner un sentiment de sécurité trompeur à ceux qui ne sont pas séropositifs⁸⁶. La criminalisation peut aussi dissuader ceux qui voudraient passer le test du VIH, alors que le diagnostic est au cœur des initiatives réussies en matière de lutte contre le VIH/sida. Un autre obstacle entravant l'accès aux services pourrait se manifester par une défiance accrue dans la relation avec les professionnels de la santé et les chercheurs, ce qui est préjudiciable à la fourniture de soins de qualité et à la recherche, car les gens peuvent redouter que les informations concernant leur séropositivité soient utilisées à leur encontre dans une procédure judiciaire ou autrement. Comme la prévalence des comportements sexuels à risque est nettement moindre parmi les personnes informées de leur séropositivité⁸⁷, toute loi qui dissuade de passer le test et de poser un diagnostic risque d'augmenter la prévalence des pratiques sexuelles à risque et d'aggraver la propagation du VIH.

Impact disproportionné sur les communautés vulnérables

64. Dans les juridictions où la transmission du VIH a donné lieu à des poursuites, dans les très rares affaires jugées par rapport au nombre élevé de cas de contamination qui se produisent chaque année⁸⁸, il a été noté que la majorité des accusés étaient des personnes en situation sociale et économique vulnérable⁸⁹. Bien que les lois criminalisant la transmission du VIH et l'exposition au VIH aient parfois été promulguées dans l'intention de mieux protéger les femmes, globalement, l'application de ces lois a aussi eu pour résultat d'affecter les femmes de manière disproportionnée. Ainsi, une femme a été poursuivie en vertu de l'article 79 de la loi n° 23 de 2004 (portant codification et réforme du Code pénal) du Zimbabwe pour avoir eu des rapports sexuels non protégés alors qu'elle était séropositive, en dépit du fait que la «victime» en question n'ait pas été contaminée⁹⁰.

65. Souvent, les femmes apprennent qu'elles sont séropositives avant leurs partenaires masculins parce qu'elles sont plus enclines qu'eux à chercher à obtenir des services de

⁸⁵ ONUSIDA, Droit pénal, santé publique et transmission du VIH: options politiques (Genève, 2002), p. 21.

⁸⁶ *Idem*, p. 7

⁸⁷ G. Marks and others, "Meta-analysis of high-risk sexual behavior in persons aware and unaware they are infected with HIV in the United States: implications for HIV prevention programs", *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*, vol. 39, n° 4 (Août 2005), p. 448.

⁸⁸ Au Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, par exemple, il n'y a eu que 15 poursuites engagées depuis 2001, alors que pendant la même période, on a diagnostiqué 42 000 nouveaux cas de contamination par le VIH (voir www.nat.org.uk).

⁸⁹ Voir par exemple M. Nyambe and others, "Criminalisation of HIV transmission in Europe: a rapid scan of the laws and rates of prosecution for HIV transmission within signatory States of the European Convention of Human Rights" (GNP+ Europe and Terrence Higgins Trust, 2005), p. 18.

⁹⁰ E. Cameron, La criminalisation de la transmission du VIH et de l'exposition au VIH, allocution prononcée lors du premier symposium annuel sur le VIH, la loi et les droits de l'homme, Toronto, les 12 et 13 juin 2009, p. 3-4

santé⁹¹, et par conséquent, il leur est reproché d'introduire l'infection dans les communautés. Pour bien des femmes, il est aussi difficile, voire impossible, de négocier des pratiques sexuelles plus sûres ou de révéler leur séropositivité à un partenaire, par peur de la violence, de l'abandon ou d'autres conséquences négatives⁹². Les femmes sont donc confrontées à des poursuites faute d'avoir révélé leur situation, alors qu'elles ont de bonnes raisons de ne pas le faire. Ces lois n'accordent aucune protection complémentaire aux femmes contre la violence, ne renforcent pas leurs droits en matière de décisions sexuelles et de sécurité, et ne traitent pas les facteurs socioéconomiques sous-jacents qui augmentent la vulnérabilité des femmes.

Criminalisation de la transmission du virus de la mère à l'enfant

66. certains pays ont promulgué des lois qui criminalisent explicitement la transmission de la mère à l'enfant (voir paragraphe 54 ci-dessus), ou implicitement parce que les lois sont rédigées en termes trop vagues⁹³. Quand le droit d'accéder à des services de santé appropriés (comme les services complets de prévention de la transmission du virus de la mère à l'enfant et les alternatives sûres à l'allaitement au sein) n'est pas garanti, les femmes ne sont tout simplement pas en mesure de prendre les précautions nécessaires pour prévenir la transmission, et elles risquent ainsi d'engager leur responsabilité pénale. En 2008, seulement 45 % des femmes enceintes vivant avec le VIH en Afrique Sub-saharienne et seulement 25 % de celles d'Asie du Sud-Est avaient accès à des services de prévention de la transmission du virus de la mère à l'enfant⁹⁴.

67. Au Sierra Leone, une personne contaminée par le VIH (et le sachant) doit «prendre toutes les mesures et précautions raisonnables pour prévenir la transmission du VIH à autrui, et, dans le cas des femmes enceintes, au fœtus», sous peine de sanctions pénales⁹⁵. Dans le cas de la prévention de la transmission mère-enfant, l'étendue exacte de l'obligation de prendre «toutes les mesures et précautions raisonnables» n'est pas claire, et il n'est pas sûr que ces normes soient assez clairement définies et comprises par les prestataires de services de santé et les femmes enceintes elles-mêmes pour permettre de prendre des décisions en connaissance de cause. Vu la complexité des conseils concernant l'allaitement au sein, les décisions au sujet des options possibles pour nourrir les nourrissons impliquent de rechercher un équilibre complexe entre les risques et les avantages; ceci nécessite que la mère reçoive des informations exactes et compréhensibles. Dans ces circonstances, le droit pénal pourrait bien sanctionner les femmes parce que le gouvernement n'a pas réussi à leur fournir des services et une éducation appropriés.

⁹¹ ONUSIDA et PNUD, résumé des principaux thèmes et conclusions de la Consultation internationale sur la criminalisation de la transmission du VIH, Genève, 31 octobre au 2 novembre 2007, pages 8 et 9.

⁹² Idem.

⁹³ Voir par exemple en Guinée, la loi sur la prévention, les soins et le contrôle du VIH/sida (n° 2005-25) et en Guinée-Bissau, la loi-cadre relative à la prévention, au traitement et au contrôle du VIH/sida, citées dans R. Pearshouse, "A human rights analysis of the N'Djamena model legislation on AIDS and HIV-specific legislation in Benin, Guinea, Guinea-Bissau, Mali, Niger, Sierra Leone and Togo" (Canadian HIV/AIDS Legal Network, 2007).

⁹⁴ Organisation mondiale de la santé: Vision stratégique (2010-2015) de la prévention de la transmission mère-enfant du VIH pour réaliser les engagements de la Déclaration adoptée lors de la session extraordinaire de l'Assemblée générale consacrée au VIH/sida et les objectifs du millénaire pour le développement (Genève, 2010), page 8.

⁹⁵ Sierra Leone, loi sur la prévention et le contrôle du VIH et du sida (2007), article 21.1.a.

Stigmatisation, discrimination et violence

68. L'opprobre constitue un obstacle majeur à la mise en œuvre d'interventions réussies concernant le VIH/sida. L'application de lois pénales à la transmission du VIH ou à l'exposition au VIH pourrait renforcer les stéréotypes selon lesquels les personnes vivant avec le VIH sont immorales et irresponsables, ce qui aggrave encore la stigmatisation attachée au VIH. Les personnes vivant avec le VIH/sida pourraient, à leur tour, retourner cette réaction négative des autres contre elles-mêmes. Cette autostigmatisation affecte la fierté et l'estime de soi des personnes, ce qui peut conduire à la dépression et au repli sur soi, et donc entraver l'accès au traitement et aux interventions⁹⁶. C'est ainsi que la criminalisation s'oppose au droit à la santé et entrave l'accès aux soins en créant un climat dans lequel les personnes ont l'impression de ne pas mériter de bénéficier d'un traitement.

69. La discrimination à l'encontre des personnes concernées par le VIH/sida est l'une des manifestations de l'opprobre. Pour ceux qui vivent avec le sida, la discrimination et la crainte de la discrimination agissent comme un obstacle entravant l'accès aux services de santé spécifiques comme le dépistage, la thérapie antirétrovirale et les services de prévention de la transmission mère-enfant, et aux services de santé généraux⁹⁷.

70. Le Rapporteur spécial note que des personnes vivant avec le VIH ont été condamnées à raison de crimes qui en fait n'ont infligé aucun préjudice physique, n'ont causé aucun dommage aux biens et aucun autre préjudice⁹⁸. La sévérité disproportionnée des sanctions imposées aux personnes condamnées pour des «crimes liés au VIH» est devenue évidente dans plusieurs affaires, ce qui laisse supposer que la séropositivité des accusés avait joué un rôle significatif dans leur condamnation et leur incarcération⁹⁹. Il est considéré que les poursuites pénales, et la publicité en découlant, aggravent la stigmatisation et sont perçues par les personnes vivant avec le VIH comme préjudiciables aux efforts de santé publique visant à encourager des pratiques sexuelles plus sûres¹⁰⁰.

71. La criminalisation de la transmission du VIH augmente aussi les risques de violences dirigées contre les personnes contaminées, en particulier les femmes. Les femmes séropositives sont dix fois plus exposées à la violence et aux abus que les autres femmes¹⁰¹.

C. Approche fondée sur le droit à la santé

72. Le rapporteur spécial souligne que toute législation nationale concernant la transmission du VIH devrait reposer sur une approche fondée sur le droit à la santé; ce qui signifie qu'en promulguant de telles lois, les États doivent se conformer à leurs obligations

⁹⁶ ONUSIDA, *Opprobre, discrimination et violations des droits de l'homme liées au VIH* (Genève, 2005), pages 8 et 9.

⁹⁷ K. MacQuarrie, T. Eckhaus and L. Nyblade, "HIV-related stigma and discrimination: a summary of recent literature" (Geneva, ONUSIDA, 2009), pages 5 et 6.

⁹⁸ Par exemple, un homme de 42 ans vivant avec le VIH au Texas, arrêté à plusieurs reprises, a été condamné à 35 ans de prison pour avoir «harcelé un fonctionnaire à l'aide d'une arme fatale», alors qu'il était arrêté pour ivresse sur la voie publique et atteintes à l'ordre public. L'«arme fatale» en question était en fait la salive de l'accusé. Il n'a jamais été prouvé que la salive transmette le VIH. Voir G. Kovach, "Prison for man with H.I.V. who spit on a police officer", *New York Times*, 16 Mai 2008.

⁹⁹ Cameron, "The criminalization of HIV transmission and exposure" (voir note 90), p. 8.

¹⁰⁰ C. Dodds and P. Keogh, "Criminal prosecutions for HIV transmission: people living with HIV respond", *International Journal of STD & AIDS*, vol. 17, n° 5 (Mai 2006), p. 315.

¹⁰¹ J. Kehler and others, "10 reasons why criminalization of HIV exposure or transmission harms women" (ATHENA Network, 2009), p. 3.

en matière de respect, de protection, et de réalisation du droit à la santé. Le plus pertinent, c'est que l'obligation de protéger impose aux États de prendre des mesures pour protéger tous les groupes sociaux vulnérables ou marginalisés, et que l'obligation de donner effet impose pareillement que des mesures soient prises pour aider les personnes et les communautés, en particulier celles qui ne peuvent réaliser ce droit par elles-mêmes, à jouir du droit à la santé.

73. Ainsi, toute loi sur la transmission du VIH devrait être axée sur des questions d'infrastructures, d'accès aux médicaments, de campagnes d'information concernant le VIH/sida, etc. La criminalisation de la transmission du VIH ne devrait pas être la principale riposte nationale face au VIH/sida, et dans tous les cas, sa nécessité est douteuse. Les personnes informées prennent des mesures pour éviter la transmission du VIH que la transmission soit, ou non, criminalisée, et il n'est pas démontré que les lois spécifiques criminalisant la transmission du virus soient dissuasives ou qu'elles modifient les comportements des gens. Vu le peu d'avantages démontrés sous l'angle des objectifs de droit pénal ou de santé publique, et les risques d'aliénation, de stigmatisation et d'angoisse associés, il est difficile de voir en quoi la criminalisation de la transmission du VIH pourrait être justifiée. Des lois punitives sans nécessité affaiblissent la riposte de santé publique au VIH plutôt que de la renforcer.

74. En tant que telle, la criminalisation ne devrait être considérée comme envisageable uniquement pour sanctionner les cas de transmission délibérée et malveillante. La criminalisation de toute autre intention délictueuse atténuée est non seulement inappropriée, mais contreproductive dans le cadre de la lutte contre la propagation du VIH.

De l'avis de l'ONUSIDA:

Le droit pénal ne devrait pas s'appliquer en l'absence de risques significatifs de transmission ou dans les cas où la personne:

- Ne savait pas qu'elle était séropositive;
- Ne savait pas comment le VIH se transmet;
- A révélé sa séropositivité à la personne exposée au risque (ou croyait sincèrement que l'autre personne était informée de sa situation par d'autres moyens);
- N'a pas révélé sa séropositivité par peur de la violence ou d'autres conséquences négatives graves;
- A pris des mesures raisonnables pour réduire le risque de transmission, par exemple en adoptant des pratiques plus sûres avec préservatif ou a pris d'autres précautions pour éviter les actes à plus hauts risques;
- Est parvenue à un accord préalable avec l'autre personne sur un niveau de risque mutuellement acceptable¹⁰².

75. Enfin, les lois nationales interdisant la propagation délibérée de toute maladie et les voies de fait, ou les lois concernant l'âge du consentement couvrent adéquatement la transmission intentionnelle du VIH s'il s'avère nécessaire d'engager des poursuites¹⁰³. Le recours à ces lois nationales préexistantes assure aux victimes potentielles une protection juridique, en évitant de stigmatiser sans nécessité et d'aggraver la marginalisation des

¹⁰² ONUSIDA et PNUD: La criminalisation de la transmission du VIH, note d'orientation (Genève, 2008), p. 1.

¹⁰³ Par exemple, au Burkina Faso, dans deux affaires, les poursuites ont été engagées en application des lois existantes, en dépit de l'introduction d'une loi sur le VIH (Sanon and others, "Advocating prevention" (voir 81), pages 148–149).

personnes concernées par le VIH. Pour compléter le recours aux lois préexistantes, les États devraient publier des directives pour s'assurer qu'elles sont appliquées uniquement aux cas de transmission délibérée et lorsque l'intention délictueuse est établie au-delà de tout doute raisonnable¹⁰⁴.

V. Recommandations

76. Le rapporteur spécial appelle les États:

a) À prendre des mesures pour dépénaliser les relations homosexuelles librement consenties et abroger les lois discriminatoires concernant l'orientation et l'identité sexuelles, et à mettre en œuvre des interventions de sensibilisation appropriées sur les droits des personnes concernées;

b) À abroger toutes les lois criminalisant la prostitution et les pratiques connexes, et à établir des cadres réglementaires appropriés dans lesquels les professionnel(le)s du sexe puissent bénéficier des conditions de travail sûres auxquelles ils et elles ont droit. Le Rapporteur spécial recommande aux États de mettre en œuvre des programmes et initiatives pédagogiques pour permettre aux professionnel(le)s du sexe d'accéder à des services de santé appropriés et de qualité;

c) À abroger sur-le-champ les lois criminalisant la transmission du VIH et l'exposition au VIH non intentionnelles, et à reconsidérer le recours à des lois spécifiques criminalisant la transmission intentionnelle du VIH, dans la mesure où les lois nationales de la majorité des États contiennent déjà des dispositions permettant d'engager des poursuites dans ces cas exceptionnels;

d) À introduire des mécanismes de surveillance et de responsabilisation pour garantir le respect de l'obligation d'assurer le plein exercice du droit à la santé, ainsi que des mécanismes législatifs, judiciaires et administratifs, et notamment des mesures et des pratiques afin de protéger les personnes contre les atteintes à ce droit;

e) À fournir une éducation aux droits de l'homme aux professionnels de santé, et à créer un environnement propice à l'action collective et la participation.

¹⁰⁴ ONUSIDA et PNUD, La criminalisation de la transmission du VIH, page 1.