

# LUTTE CONTRE LE SIDA ET DISCRIMINATIONS : L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (\*)

PAR

Olivier CORTEN  
Caroline PETIAUX  
Eric ROBERT

COLLABORATEURS AU CENTRE  
DE DROIT INTERNATIONAL DE L'U.L.B.

## SOMMAIRE

### CHAPITRE I<sup>er</sup>. — LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RÈGLE DE NON-DISCRIMINATION.

SECTION 1. *Lorsque la discrimination concerne un droit qui n'est pas reconnu par la Convention, l'article 14 ne s'applique pas.*

SECTION 2. *Lorsque la discrimination concerne un droit explicitement reconnu par la Convention, l'art. 14 s'applique.*

SECTION 3. *Lorsque la discrimination concerne un droit implicitement reconnu par la Convention, l'art. 14 s'applique.*

### CHAPITRE II. — LE CONTENU DE LA RÈGLE DE NON-DISCRIMINATION.

SECTION 1. *La discrimination suppose une distinction entre deux groupes pourtant placés dans une situation analogue.*

SECTION 2. *La discrimination suppose que la distinction soit arbitraire.*

SECTION 3. *La discrimination peut dans certains cas être assimilée à un « traitement dégradant ».*

\*  
\* \*

1. Depuis plusieurs années, les gouvernements des pays européens ont mis en oeuvre diverses mesures destinées à lutter contre l'expansion du sida. Toute une série d'entre elles posent le problème du respect des droits de l'homme à l'égard des personnes séropositives et des sidéens. Nous nous bornerons ici à exposer quelques exemples.

(\*) Rapport au colloque « Le sida : défi aux droits » organisé par l'Université Libre de Bruxelles, l'Institut de Sociologie et l'A.S.B.L. Aide Info Sida, Bruxelles, 10-11-12 mai 1990, Bruylant, Bruxelles, 888 pages, 1991, pp. 93 et s.

*Mesures frappant les étrangers.*

Il s'agit le plus souvent de mesures restreignant l'accès au territoire ou le droit de séjour:

- le Land de Bavière a soumis à un test de dépistage obligatoire tous les Turcs, les Yougoslaves et les Européens de l'Est désireux d'obtenir un permis de séjour, ainsi que les Africains, les Asiatiques, les Australiens et les Américains qui souhaitent séjourner plus de trois mois (1).
- les ministres britanniques de l'Intérieur et de la Santé ont déclaré que l'entrée du territoire serait interdite aux personnes séropositives, l'application de la mesure étant laissée à l'appréciation des responsables des aéroports ou des ports (2).
- une circulaire du 21 avril 1987 du ministre ouest-allemand de l'Intérieur autorisait la police des frontières à interdire l'entrée en R.F.A. aux étrangers soupçonnés d'être atteints du sida (3), ...

*Restrictions à l'accès à la fonction publique.*

Ces restrictions se manifestent à l'embauche ou à l'occasion de licenciements:

- en Italie et en Bavière, très nombreux sont les emplois publics dont l'obtention est subordonnée au résultat négatif du test de dépistage du virus (4).
- le 27 janvier 1988, les Communautés européennes ont proposé, pour se rétracter aussitôt, de soumettre l'embauche de ses fonctionnaires à un test anti-sida (5).

*Mesures affectant la vie privée.*

Certaines dispositions législatives portent atteinte à la confidentialité de l'état de santé des séropositifs. Ainsi;

- l'Office de santé de Bavière peut ordonner l'information des partenaires sexuels de porteurs du virus et la divulgation de renseignements aux médecins traitants (6).

(1) Question écrite n° 708-87 de K. Filinis à la Commission, 29 juin 1987, *J.O. des Communautés européennes*, n° C283/1.

(2) « Les sidas interdits de séjour en Grande-Bretagne », *Libération*, 17 février 1987.

(3) *Le Monde*, 13 mai 1987.

(4) Voir : AGNOLETTI, V., Un choix de solidarité : défense des droits des séropositifs, *Discriminations liées au sida*, colloque de Bruxelles du 12-13 janvier 1989., Annexe p. 17., sida : la panoplie extravagante des mesures légales et policières, *Médecine et Hygiène*, n°1735, 10 février 1988, p.437.

(5) Art. 28, 33, et 59 § 4 du statut des fonctionnaires de la Communauté européenne et art. 1er de l'annexe 8. Voy. « Sida : la panoplie extravagante des mesures légales et policières », *Médecine et Hygiène*, n°1735, 10 février 1988, p. 437.

(6) Avis n° IE/IA/IC-5280-8.2/7/87 du 19 mai 1987 du Ministère de l'Intérieur de Bavière, *Tableau des instruments juridiques relatifs au sida et à l'infection par H.I.V.*, O.M.S., doc. W.H.O./GPA/HLE/89-1, mai 1989, p. 4.

- en Norvège, le sida est inscrit dans le groupe des maladies soumises au régime de la déclaration nominale obligatoire (7).

*Mesures d'isolement des séropositifs.*

De telles mesures ne sont pas rares:

- en Bavière, l'Office de la santé peut ordonner l'isolement des séropositifs dont il estime que la conduite met en danger d'autres personnes (8).
- un directeur de prison belge a placé momentanément les détenus séropositifs dans un quartier isolé (9).

*Pratiques observées dans le secteur privé.*

Les autorités omettent parfois de prendre des mesures pour protéger les personnes porteuses du virus contre certaines pratiques fréquemment observées dans le secteur privé:

- à plusieurs reprises, des enfants séropositifs ont été empêchés d'accéder à leur école en raison de l'attitude hostile manifestée par les parents des autres élèves (10).
- les licenciements ou les non-renouvellements de contrat de travail ainsi que les expulsions de la résidence motivés de fait par l'état de santé des sidéens ne se comptent plus (11).
- dans le domaine des assurances, certaines compagnies augmentent leurs prix ou refusent de conclure des contrats avec les personnes atteintes du virus (12).
- le corps médical s'est, en certaines occasions, manifesté par des pratiques peu recommandables telles que le non-respect du secret professionnel, l'augmentation des honoraires pour les seuls sidéens, ou le refus d'assistance sanitaire (13).

Cette liste est loin d'être exhaustive. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de détailler certaines de ces mesures, et d'en examiner d'autres, dans la suite de cette étude.

2. Comment un séropositif s'estimant lésé par une de ces actions ou omissions pourra-t-il obtenir satisfaction par la voie judiciaire?

Comme on l'aura constaté, les questions soulevées et les domaines abordés sont les plus divers. Il serait donc illusoire de vouloir traiter chacun

(7) Regulation n° 1003, off. 11 dec. 1987 amending the Regulations on the notification of Communicable diseases, *Legislative Responses to AIDS*, W.H.O., Doordrecht/Boston/London, Nijhoff, 1989, p. 122.

(8) Réf. *supra*, note 6.

(9) CEDIF, dossier sida, « La situation aujourd'hui en Belgique », 1986, p. 20.

(10) Pour un exemple récent à Malaga : « Spaanse aids-rel om kind », *De Telegraaf*, 5 avril 1990.

(11) Voy. p. ex. « Gay medical Association, Rapport du Royaume-Uni », *Discriminations liées au sida*, colloque des 12 et 13 janvier 1989, Bruxelles, annexe, p. 2.

(12) *Ibidem*.

(13) *Ibid.*, pp. 20, 21 et 30.

de ces cas particuliers dans cet exposé, la plus grande partie d'entre eux étant d'ailleurs couverts par d'autres études présentées dans le cadre de ce colloque. Nous concentrerons dès lors notre analyse sur une sorte de « dénominateur commun » à ces différentes espèces.

Sur le plan strictement juridique, nous n'examinerons pas les modalités de chaque législation interne des Etats européens, ni le droit international interétatique. Il s'agira essentiellement d'étudier les droits de l'homme à travers la Convention européenne élaborée par le Conseil de l'Europe. Cette convention est directement invocable par les particuliers, qui peuvent s'en prévaloir devant les juridictions nationales et, après épuisement des recours internes, devant les instances européennes (14). Elle instaure donc un mécanisme efficace et unique pour l'ensemble des Etats européens.

Quant à la matière abordée, on peut relever un point commun aux situations évoquées: toutes posent le problème de la discrimination entre les personnes porteuses du virus du sida, d'une part, et les personnes saines ou atteintes d'autres maladies, de l'autre. En conséquence, toute personne s'estimant lésée par les autorités publiques pourra toujours soulever devant le juge deux questions distinctes: d'abord, une atteinte à un droit particulier dont elle serait la victime (violation de sa vie privée, par exemple), ensuite, le caractère discriminatoire de cette atteinte (violation de ce droit particulier en raison de son appartenance à un certain groupe).

3. Nous nous attacherons dès lors dans le cadre de cette étude à mieux préciser les contours du concept de discrimination afin de déterminer les chances de succès d'une action engagée sur cette base dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette optique, nous procéderons en deux temps:

- Le premier chapitre déterminera le champ d'application de la règle de non-discrimination. Quand peut-on invoquer cette règle?
- Le second chapitre précisera le contenu de la règle de non-discrimination. A supposer qu'on ait pu l'invoquer valablement, quand cette règle a-t-elle été violée?

## CHAPITRE I<sup>er</sup>

### LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RÈGLE DE NON-DISCRIMINATION

4. Le principe de la non-discrimination est énoncé à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme :

(14) Le particulier ne peut saisir que la Commission, qui portera éventuellement l'affaire devant le Comité des ministres. Celui-ci peut à son tour décider de soumettre le litige à la Cour de Strasbourg. Pour les détails de ce mécanisme, voy. notamment : COMBACAU, J., SUR, S., THIERRY, H., VALLÉE, Ch., *Droit international public*, Paris, 1975, pp. 487 et ss ; NGUYEN QUOC DINH, DALLIER, P., PELLET, A., *Droit international public*, Paris, 1980, pp. 548 et ss.

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. » (nous soulignons)

Cette disposition exige qu'il existe une certaine relation entre la discrimination alléguée et les droits et libertés reconnus dans la convention. Ainsi, on peut distinguer trois hypothèses; soit la discrimination concerne un droit qui n'est pas reconnu par la convention (section 1), soit elle concerne un droit explicitement reconnu par la convention (section 2), soit elle concerne un droit qui n'est qu'implicitement reconnu par la convention (section 3).

SECTION 1<sup>RE</sup>. — *Lorsque la discrimination concerne un droit qui n'est pas reconnu par la Convention, l'article 14 ne s'applique pas*

5. Les porteurs du virus du sida sont parfois victimes de mesures apparemment discriminatoires, mais qui concernent des droits qui ne sont pas protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, en Allemagne fédérale, on a relevé que les employeurs ont fait plus fréquemment usage de la possibilité de licencier un travailleur pour cause de maladie dans le cas de malades atteints du sida que dans le cas d'autres maladies (15). Par ailleurs, en vertu des normes de la sécurité sociale danoise, un séropositif ne peut s'inscrire à la caisse de maladies complémentaires. (16) Le droit au travail, comme le droit à des prestations sociales, ne se retrouvent ni dans la Convention européenne, ni dans ses protocoles additionnels.

6. Or, contrairement aux autres droits reconnus dans cette Convention, le principe de non-discrimination n'a pas une existence indépendante. Il n'existe pas une portée générale et absolue de la non-discrimination: celle-ci ne peut s'envisager seule, mais doit l'être accessoirement à un autre droit ou à une autre liberté. Cette exigence n'a jamais été mise en doute ni par la Commission, ni par un Etat défenseur, ni par la Cour européenne des droits de l'homme elle-même. Ainsi, dès son arrêt dans l'affaire *linguistique*, la Cour affirme que la non-discrimination

« ... n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise seulement, aux termes de l'article 14, les droits et libertés reconnus dans la convention » (17).

La Cour précisera sa pensée dans l'arrêt *Marekx* :

(15) Ingo, M., « Rapport de la Deutsche AIDS-hilfe e.v. », *Discriminations liées au sida*, op. cit., note 11, annexe p. 6.

(16) MAARUP, A., DREYER, C., « Les discriminations en rapport avec le sida au Danemark », *Discriminations liées au sida*, op. cit., annexe, p. 21.

(17) Affaire *linguistique*, Série A, fond, p. 33.

« Tout se passe comme si l'article 14 faisait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et libertés » (18).

Enfin, elle relève en 1986 que;

« D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 complète les autres clauses normatives de la convention et des protocoles » (19).

7. En conséquence, le séropositif victime d'une discrimination dans le cadre de l'exercice d'un droit non reconnu — comme le droit au travail ou celui de percevoir des prestations sociales — ne pourra pas bénéficier du mécanisme de la Convention européenne des droits de l'homme. Une plainte qu'il engagerait en ce sens ne serait même pas examinée au fond: elle serait déclarée irrecevable. Cette solution a constamment été adoptée par la Commission dans d'autres matières (20).

Cela ne signifie pas que la mesure dont il s'agit ne sera pas illicite: le droit international interdit bien la discrimination en termes absolus, c'est-à-dire quel que soit le droit ou la liberté qui est touché (21). Cependant, pour faire valoir sa cause, le séropositif devra se contenter des mécanismes juridictionnels classiques, à savoir soit un recours basé sur le droit interne, soit ce qu'on appelle la protection diplomatique. On remarquera que cette dernière possibilité reste limitée: elle ne vaut, en principe (22), que pour les étrangers et, en pratique, elle reste subordonnée au bon vouloir de l'Etat d'origine.

On peut donc émettre une conclusion plutôt pessimiste à propos des cas de sidéens touchés par des mesures discriminatoires dans l'exercice de droits non reconnus par la Convention européenne.

SECTION 2. — *Lorsque la discrimination concerne  
un droit explicitement reconnu par la convention,  
l'article 14 s'applique*

8. Toute une série des mesures que nous avons examinées au début de cette étude comportent apparemment une discrimination qui frappe les per-

(18) Affaire *Marckx*, 13 juin 1979, *Série A*, n°31, § 32.

(19) Affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, 28 mai 1985, *Série A*, n°94, § 71. Voir par ailleurs : affaire *Van der Mussele*, *Série A*, n° 70, § 43 ; affaire *de Jong, Baljet et Van der Brink*, 22 mai 1984, § 61 et 62 ; affaire *Rasmussen*, *Série A*, n° 87, § 29 ; affaire *X et Y contre Pays-Bas*, 26 mars 1985, *Série A*, n° 91, § 32 ; affaire *Inze*, 28 octobre 1987, *Série A*, n° 126, § 36.

(20) La Commission s'est prononcée pour le rejet d'une requête visant à faire valoir l'art. 14 combiné au droit d'accéder à la fonction publique ou à la magistrature parce que ce droit n'est pas garanti par la Convention ; Commission, décision du 8 octobre 1981, n° 8493-79. Voir par ailleurs Comm., 15 décembre 1966, requête n°3325-67 ; Comm., décision du 9 février 1966, requête 1821-63 et 1822-63.

(21) BOSSUYT, Marc, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 102 et ss ; JESSUP, P., *A Modern Law of Nations*, New York, Mac Millan, 1952, p. 91 ; GUGGENHEIM, P., *Traité de droit international public*, vol. I, Genève, 1954 ; ROUSSEAU, C., *Droit international public*, vol. I, Paris, 1971, p. 371.

(22) Sous réserve du cas particulier des doubles nationaux où une protection à l'encontre de l'Etat national avec lequel le requérant possède le moins de liens effectifs semble théoriquement possible ; voir à ce sujet, KLEIN, Pierre, « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », *R.B.D.I.*, 1988, pp. 184-216.

sonnes porteuses du virus dans l'exercice d'un droit reconnu. En Allemagne, par exemple, tous les cas séropositifs doivent être déclarés nominativement par le médecin traitant ou les établissements hospitaliers publics ou privés à l'Office fédéral de la santé (23). Cette mesure se place indéniablement dans le cadre de l'article 8 de la convention, qui protège la vie privée et familiale. Par ailleurs, un groupe de médecins ouest-allemands, l'association « prévention contre le sida » a réclamé, en 1985, le tatouage d'une petite croix sur le bas-ventre des personnes séropositives (24). A supposer que de telles propositions trouvent un écho auprès des autorités publiques, on pourrait évidemment évoquer l'article 3 de la convention, qui interdit les traitements « inhumains ou dégradants ».

9. Contrairement à celles examinées dans la section précédente, de telles hypothèses sont couvertes par l'article 14: il y a chaque fois combinaison d'une discrimination et d'une atteinte à l'exercice d'un droit de l'homme. Cependant, deux hypothèses doivent être distinguées.

Soit le droit en question est violé en soi, indépendamment de toute discrimination. Dans ce cas, on pourra toujours soulever une seconde violation de la convention en invoquant l'article 14. La discrimination viendra en quelque sorte s'ajouter et aggraver la violation initiale (25).

Soit le droit en question n'est pas violé en soi. Dans ce cas, l'article 14 trouvera quand même à s'appliquer non plus en s'ajoutant mais en se combinant avec l'autre disposition (26). Il n'y aura plus deux violations distinctes mais une violation de deux articles combinés. L'art. 14 peut donc être appliqué indépendamment de la violation d'une autre disposition de la convention. C'est en ce sens qu'on peut parler d'une autonomie de l'art. 14 (27).

10. La Cour européenne des droits de l'homme, malgré quelques hésitations manifestées par la Commission (28), a consacré la thèse de l'autonomie. Ainsi, dans l'affaire linguistique, elle énonce:

(23) *Médecine et hygiène*, n° 1735, 10 février 1988, p. 437.

(24) *La Meuse La Lanterne*, 14 février 1985.

(25) Comme la Cour le remarque dans l'affaire *X et Y c. Pays-Bas*, « en général, l'examen de la cause sous l'angle de [l'art. 14] ne correspond pas à une nécessité quand la Cour aperçoit un manquement aux exigences du premier article pris en lui-même. Il en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit dont il s'agit constitue un aspect fondamental de l'affaire » (*op. cit. supra*, note 19, § 32). Voir par ailleurs; affaire *Dudgeon*, 22 octobre 1981, *Série A*, n° 45, § 67, affaire *Airey*, 9 octobre 1979, *Série A*, n° 32, § 30.

(26) COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *A.F.D.I.*, 1985, pp. 44 et ss.; *A.F.D.I.*, 1986, p. 299; *A.F.D.I.*, 1987, p. 261 et COHEN-JONHATAN, G., *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, ed. Economica, 1989, pp. 538 et ss.

(27) VELU, J., et ERGEC, R., v° La convention européenne des droits de l'homme, *R.P.D.R.*, complément tome 7, n° 141 et ss., à paraître; BOSSUYT, *op. cit.*, *supra* note 21, pp. 133 et ss.

(28) Certaines décisions de la Cour ou de la Commission antérieures à 1968 refusent l'autonomie de l'art. 14; Comm., décision du 8 janvier 1960, requête n° 472-59, *Ann. Conv.*, III, p. 212;

« Si cette garantie [de non-discrimination] n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante,..., une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question [c'est-à-dire reconnue dans la convention] peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire » (29).

Il suffit donc d'un lien entre l'art. 14 et l'exercice d'un droit reconnu dans la Convention, sans qu'on doive conclure à la violation indépendante de ce dernier. Mais il faut qu'il existe un lien, c'est-à-dire, selon les termes de la Cour, que les faits litigieux se situent « dans le domaine » (30) de ce droit, ou encore

« ... que la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire du texte qui se combine avec l'article 14 » (31).

Cette souplesse se retrouve également dans la jurisprudence de la Commission. L'autonomie de l'article 14 semble donc devoir être interprétée d'une manière assez large (32).

**11.** En conclusion, une personne séropositive qui s'estime victime d'une mesure discriminatoire devra, pour bénéficier du mécanisme de la Convention européenne, démontrer que cette discrimination la touche dans l'exercice d'un des droits reconnus. Plus concrètement, il s'agira le plus souvent de replacer le litige dans le cadre:

— de l'article 8 de la convention, si le comportement discriminatoire est assimilable à une atteinte au respect de la vie privée et familiale, du domicile ou de la correspondance. Sur ce point, l'interprétation large de l'autonomie peut aussi s'appuyer sur les propos de la Commission selon lesquels,

« Le droit au respect de la vie privée a une portée telle qu'il assure à l'individu un domaine dans lequel il puisse poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité. *A cette fin, il doit avoir la possibilité d'établir des relations de différentes sortes, y compris des relations sexuelles, avec d'autres personnes. En principe, toutes les fois que l'Etat édicte des règles pour le comportement de l'individu à l'intérieur de ce domaine, il s'ingère dans la vie privée...* » (nous soulignons) (33).

Comm., décision du 31 mai 1960, requête n° 551-59, *Ann. Conv.*, III, p. 252 ; Comm.décision du 20 décembre 1960, requête n° 511-59, *ibid.*, p. 425 ; Comm., décision du 28 juillet 1961, requête n° 673-59, *ibid.*, IV, p. 292 ; Comm., décision du 28 mars 1962, requête n° 808-60, *ibid.*, V, p. 124 ; Comm. du 18 décembre 1963, requête n° 1452-62, *ibid.*, VI, p. 278. Voir à ce sujet, EISEN, M.A., « L'autonomie' de l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission », *Mélanges Modinos*, Paris, Pedone, 1968, pp. 122-145 et VELU, J., ERGEC, R., *op. cit. supra* note 27, n° 141.

(29) Affaire *linguistique*, *op. cit. supra*, note 17, § 9.

(30) Affaire *Abdulaziz* *op. cit.*, *supra*, note 19, § 71.

(31) Affaire *Van der Mussele*, *op. cit. supra*, note 19, § 43.

(32) COHEN-JONHATAN, G., *op. cit.*, *supra*, note 26, p. 539.

(33) Affaire *Bruggemann et Scheuten c. R.F.A.*, requête n° 6955-75, *Décision et rapport*, pp. 123 et ss. et spéc. § 55.

Une grande partie des mesures examinées peuvent donc être replacées dans le cadre de l'art. 8.

- de l'article 3 de la Convention, si le comportement discriminatoire est assimilable à un « traitement inhumain ou dégradant ».

A cet égard, il faut relever que la Commission a considéré que, même si le droit ou la liberté enfreint par la discrimination n'est pas couvert par la Convention, celle-ci peut constituer dans certains cas en soi un traitement dégradant au sens de l'art. 3 (34).

- de l'article 5 de la Convention, si le comportement discriminatoire est assimilable à une détention arbitraire. Il est intéressant de relever que, si le § 1 e) de cette disposition permet à l'Etat d'arrêter et de détenir selon les voies légales « *une personne susceptible de propager une maladie contagieuse* », cette faculté ne peut être exercée d'une manière discriminatoire (35).
- de l'article 2 du premier protocole, si le comportement discriminatoire est assimilable à un refus du droit à l'instruction.

Bien entendu, il faudra pour chaque espèce vérifier si l'Etat auteur de la mesure n'a pas émis de réserve (36) à l'égard du droit de la convention combiné avec l'article 14, ou s'il a bien ratifié le protocole dans lequel il est contenu. Si tel est le cas, l'action sera déclarée recevable par le juge qui pourra ensuite se prononcer au fond sur le caractère discriminatoire de la mesure.

### SECTION 3. — *Lorsque la discrimination concerne un droit implicitement reconnu par la convention, l'article 14 s'applique*

12. La discrimination alléguée peut aussi frapper les séropositifs dans l'exercice de droits apparemment non couverts par la convention européenne. Tel est particulièrement le cas du droit à la santé. Ainsi, au Danemark et en France, certains dentistes exigent des honoraires supplémentaires pour soigner des patients porteurs du virus (37). D'autre part, en Belgique, un sidéen n'a pu avoir immédiatement accès aux établissements hospitaliers (38). Enfin, le personnel d'une salle d'opération d'un hôpital ams-

(34) Affaire des *Asiatiques de l'Est africain*, rapport non publié, 14 décembre 1973, § 188, 189 et 190.

(35) A cet égard, la recommandation n° 1116 (1989) de l'Assemblée parlementaire du C.E., adoptée le 29 septembre 1989, invite notamment les Etats à ne pas faire application de l'art. 5 § 1 e pour détenir des personnes au seul motif qu'elles sont infectées par le virus. Voy. Annexe n° 28, p. 852.

(36) VELU, J., et ERGEC, R., *op. cit. supra*, note 27, n° 139.

(37) Pour l'exemple français : « Le Pacte de la peur », *Sida* 89, Octobre 1989, n° 8, p. 26 ; MAARUP, A., DREYER, C., « Les discriminations en rapport avec le sida au Danemark », *Discriminations liées au sida*, *op. cit. supra*, note 16, p. 19 ;

(38) « La discrimination fondée sur le sida en Flandre », *ibidem*, p. 24.

tellodamois a, dans un premier temps, refusé de pratiquer une opération à coeur ouvert sur un jeune séropositif (39).

13. S'il est vrai que le droit à la santé n'est pas explicitement garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, on peut cependant déduire d'une lecture globale de celle-ci une reconnaissance implicite de ce droit (40).

Comme les instances européennes l'ont reconnu, le respect de certains articles de la Convention suppose que l'Etat exerce des prestations positives en matière de santé.

Ainsi, la Commission s'est prononcée à diverses reprises sur l'insuffisance des soins médicaux dans les lieux de détention au regard de l'interdiction d'infliger des traitements inhumains et dégradants posée par l'art. 3. Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, elle a condamné comme traitement inhumain la privation de soins dans les prisons turques. Par ailleurs, la requête *Simon Herold c. Autriche* a été déclarée recevable dans des conditions similaires (41).

Dans le cadre du respect du droit à la vie prévu à l'art. 2, la Commission a évoqué l'obligation pour les pouvoirs publics d'intervenir positivement, par exemple en fournissant des soins médicaux gratuits lorsque la vie d'une personne est en danger (42).

Quant à l'art. 5 § 1 al. e (détention régulière de certains groupes, v. *supra*, § 11), la Cour a affirmé que la détention d'un malade mental doit se dérouler en principe

« ... dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié à ce habilité » (43).

Enfin, la Cour a reconnu que l'art. 8 (respect de la vie privée et familiale) « recouvre l'intégrité physique et morale de la personne... » (44).

14. Tous ces exemples démontrent que le respect de la Convention implique celui du droit à la santé.

On ne peut déduire des travaux préparatoires de la Convention une référence à un tel droit. Cependant, il ne faut pas adopter une interprétation figée de la convention européenne: la Cour a dégagé des principes progressistes d'interprétation.

(39) VEENKER, J., « Les discriminations en rapport avec le sida », *ibid.*, p. 30.

(40) Voir en ce sens : ALBANESE, F., « La liberté du patient devant le traitement de la mort », *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, 1986 Cowansville, p.485.

(41) Requête n° 4340-69, *Bec.* 38, p. 18 citée dans COHEN-JONHATAN, G., *op. cit. supra*, note 26, p. 299.

(42) *X c. Irlande*, 4 octobre 1976, requête n° 6839-74. Voir en ce sens : *Association X c. R.U.*, 12 juillet 1978, requête n° 7154-75.

(43) Affaire *Ashingdane*, 28 mai 1985, *Série A*, n° 93, p. 21, § 44.

(44) Nous soulignons ; affaire *X et Y c. Pays-Bas*, *op. cit. supra*, note 19.

Les droits qui y sont reconnus doivent être respectés effectivement et concrètement eu égard aux buts de la convention dont le renforcement de la protection des libertés fondamentales (45). Cette optique implique éventuellement des prestations positives de la part des Etats (46), lesquelles ne peuvent être définies une fois pour toutes mais dépendent des exigences essentiellement *évolutives* d'une société démocratique (47).

C'est pourquoi, la convention « doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui » (48), c'est-à-dire notamment sur base de l'évolution des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Or, le droit à la santé est reconnu à la fois dans la déclaration universelle des droits de l'homme (art. 25 § 1), dans le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels de 1966 (art. 12), et dans la Charte sociale européenne de 1965 (art. 11, 1ère partie) comme un des droits fondamentaux de l'homme (49). Tel est aussi le cas des constitutions nationales de certains Etats membres du Conseil de l'Europe (50). On peut donc considérer que l'évolution des droits de l'homme dans les « sociétés démocratiques » a pour effet une reconnaissance du droit à la santé comme droit implicitement couvert par la Convention européenne.

15. Les mêmes conclusions peuvent dès lors être tirées à propos des droits explicitement reconnus. Puisque le droit à la santé est, même indirectement, garanti, une discrimination en entravant l'exercice peut donner lieu à une action judiciaire. On devra dans ce cas conclure à la recevabilité de la requête. Restera à savoir si il y a effectivement eu discrimination, ce qui pose la question du contenu de cette notion ...

## CHAPITRE II

### LE CONTENU DE LA RÈGLE DE NON-DISCRIMINATION

16. On se souvient que le texte de l'article 14 oblige les Etats à assurer l'exercice des droits reconnus dans la convention « sans distinction

(45) GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, D. Turp et G.A. Beaudoin Ed., Cowansville (Québec), Editions Yvon Blais, inc., p. 193.

(46) Affaire *Airey*, *op. cit. supra*, note 25, § 26.

(47) Affaire *Guzzardi*, 6 novembre 1980, *Série A*, n° 39, § 95, affaire *Dudgeon*, *op. cit. supra*, note 25, affaire *Marckx*, *op. cit. supra*, note 18.

(48) Affaire *Tyrer*, 25 avril 1978, *Série A*, n° 26.

(49) Voir en ce sens : ROBERT, J., « Le droit à la vie et le commencement de la vie », *Perspectives*, *op. cit. supra*, note 44, p.497 ss., BOTHE, M., « Les concepts fondamentaux du droit à la santé : le point de vue juridique », *Le droit à la santé en tant que droit de l'homme*, Sijthoff & Noordhoff, 1979, p.19-20, DAVID, E., « Le droit à la santé comme droit de la personne humaine », *R.Q.D.I.*, 1985, p. 63 ss.

(50) Ainsi, les constitutions de l'Italie (art. 32), du Portugal (art. 64), de l'Espagne (art. 43) et de la Grèce (art. 21 § 3). Voir ALBANESE, F., « La liberté du patient devant le traitement et la mort », *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, *op. cit. supra*, note 44, p. 487.

aucune » (51). Ces termes ne doivent cependant pas être pris au pied de la lettre (52) : une série de critères relatifs au contenu du traitement différencié complètent cette formulation. En réalité, nous verrons que la discrimination suppose non seulement une distinction (section 1), mais aussi un élément d'arbitraire (section 2). Un échelon supplémentaire est franchi lorsque l'arbitraire revêt une intensité telle que la discrimination peut être assimilée à un « traitement dégradant » (section 3).

SECTION 1<sup>RE</sup>. — *La discrimination suppose  
une distinction entre deux groupes pourtant placés  
dans une situation analogue*

17. Il semble qu'on puisse, dans tous les cas de mesures frappant les porteurs du virus, relever deux constantes. D'abord, il existe une différence de traitement entre ces derniers et des personnes placées dans des situations analogues comme par exemple entre un écolier séropositif et les autres écoliers. Ensuite, le motif invoqué se rattache toujours à la protection de la santé publique. Ainsi, si les détenus séropositifs de certaines prisons belges et danoises sont placés dans des quartiers spéciaux isolés des autres détenus, les prisonniers affectés d'autres maladies ne subissent pas un traitement similaire (53). Dans le même sens, les autorités sanitaires suédoises avaient envisagé la mise à l'écart, sur une île, d'une dizaine de personnes soupçonnées d'être porteuses du virus du sida. (54).

18. Ces deux constantes interviennent de manière différente dans l'appréciation d'une discrimination.

La différence de traitement entre des individus « placés dans des situations analogues » (55) doit toujours être établie au préalable par le juge (56).

(51) Voir *supra*, § 4.

(52) Comme le remarque la Cour dans l'affaire *linguistique*, « *Malgré le libellé très général de sa version française ('sans distinction aucune'), l'article 14 n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus. Cette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise ('without discrimination')* ». (*op. cit. supra*, note 17, p. 34). voir aussi ; VELU, J. et ERGEC, R., *op. cit. supra*, note 27, n°145 ; BOSSUYT, *op. cit. supra*, note 21, pp. 23 et ss ; COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1984 », *A.F.D.I.*, 1985, p. 414.

(53) « Être soigné normalement » : c'est ce que la Ligue des droits de l'homme exige pour tous les détenus, y compris les porteurs du sida, *La Meuse-La Lanterne*, 20 décembre 1985.

(54) VINCINEAU, M., « Sida et droits de l'homme », *Le sida : dossier pédagogique à l'intention des professeurs de morale*, Ministère de l'Éducation Nationale, p. 42.

(55) Affaire *Lithgow*, 8 juillet 1980, *Série A*, n°102, § 177, affaire de *Jong, Baljet et Van der Brink*, 22 mai 1984 *Série A*, n°77, § 62., affaire *Rasmussen*, 28 novembre 1984, *Séries A*, n°87, p.13, § 36 et affaire *Johnston* et autres, 18 décembre 1986, *Série A*, n°112, § 60.

(56) Cette distinction sera cependant souvent sujette à des jugements de valeur : voir VELU, J. et ERGEC, R., *op. cit. supra*, note 27, n°150.

En effet, si des situations sont différentes, il n'existe pas de distinction, et donc de discrimination, possible (57).

Quant au motif justifiant la distinction, la liste des motifs de l'article 14 n'est pas limitative (58) puisqu'elle mentionne « *le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques, ou toutes autres opinions, l'origine nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* » (59).

19. Au vu de ces règles, on peut affirmer que les mesures instaurant un régime particulier pour les séropositifs remplissent toujours les conditions nécessaires à l'existence d'une distinction, ceux-ci étant dans une situation analogue à d'autres personnes qui ne sont pas concernées par ces mesures. Par ailleurs, le fait que la santé publique ne soit pas énoncée expressément à l'article 14 ne fait évidemment pas obstacle à ce constat. Mais l'existence d'une distinction ne constitue que le premier élément constitutif d'une discrimination.

## SECTION 2. — *La discrimination suppose que la distinction soit arbitraire*

20. On peut distinguer deux groupes dans les mesures prises pour lutter contre la maladie.

Le premier est constitué par des actes qui présentent une certaine efficacité dans la lutte contre son expansion. Il s'agit par exemple de la communication aux autorités par les médecins du nombre de patients porteurs du virus, sur une base strictement anonyme et dans l'optique d'établir des statistiques nationales (60). Par ailleurs, un grand nombre de pays européens ont mis en oeuvre des programmes d'information et de sensibilisation de l'opinion publique aux risques de transmission du virus (61). On peut aussi

(57) COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *A.F.D.I.*, 1983, p. 288. Ainsi, dans l'affaire *Van der Mussele*, la Cour a considéré que la situation d'un avocat n'était pas analogue à celle d'un huissier de justice ou à celle d'un pharmacien, les conditions d'accès et la nature des fonctions à la carrière étant fondamentalement différentes. Une mesure astreignant les avocats stagiaires à fournir des prestations gratuites pour les indigents ne pouvait dès lors être qualifiée de discriminatoire au motif que les stagiaires d'autres professions libérales en étaient dispensés (Affaire *Van der Mussele*, *op. cit.*, *supra*, note 19, § 46).

(58) BOSSUYT, *op. cit.*, *supra*, note 21, pp. 57 et ss. ; COHEN-JONHATAN, G., *op. cit.*, *supra*, note 26, p. 540.

(59) Nous soulignons. Par ailleurs, la recommandation 1116 (1989) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe propose en son art. 8 d'ajouter explicitement la santé publique comme motif interdisant la discrimination à l'art. 14 ; Conseil de l'Europe, Ass. parl., 21ème séance, FAREC1116, 2p. Voy. Annexe n° 28, p. 852.

(60) ROBERT, J., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Montchrestien, 1988, pp. 167-168 ; « La surveillance du sida en France », *Sida* 89, n°2, pp. 6 et ss.

(61) BOLTHO-MASSARELLI, « Sida : le scénario européen », *Forum*, Conseil de l'Europe, mai 1988.

citer l'instauration d'une analyse systématique du sang provenant des donneurs (62).

Le second comprend des actions ou omissions à effet totalement inefficace ou à efficacité marginale. Ainsi, des enfants sidéens ont été interdits de fréquentation dans des établissements scolaires (63) ou même dans des crèches (64). On se rappelle aussi qu'en Allemagne, les cas de séroposivité doivent être déclarés à l'Office fédéral de la santé sans que l'anonymat du malade ne soit respecté (65). Enfin, au Danemark, les séropositifs courent le risque d'être isolés et sont fréquemment contraints d'utiliser des toilettes séparées sur leur lieu de travail (66).

21. Or, l'efficacité des mesures intervient dans le concept de discrimination par l'intermédiaire de la notion d'arbitraire.

Toute distinction n'est pas une discrimination. Dans l'exercice de la réglementation de la vie sociale, l'Etat est amené quotidiennement à distinguer des groupes de personnes auxquels il appliquera des mesures différentes (67). Tel est le cas par exemple de l'impôt progressif, qui doit être considéré comme une simple *différenciation* tout-à-fait légitime (68). Un élément essentiel de la *discrimination* est donc le caractère arbitraire de la mesure. Ainsi, dans l'affaire *linguistique*, la Cour de Strasbourg parle de « *distinction de traitement arbitraire et dès lors discriminatoire* » (69).

Mais que recouvre la notion d'« arbitraire »? Toujours selon la Cour et dans la même affaire, elle peut se résumer à un « *manque de justification objective et raisonnable* » (70), ce qui signifie qu'elle

« ... doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (71).

De même, dans l'affaire *Abdulaziz* et autres,

(62) Voir par exemple : arrêté ministériel belge du 6 août 1985 déterminant les méthodes pour détecter les virus L.A.V./H.T.L.V.-III des donneurs de sang, *Moniteur belge*, 15 août 1985, n°157, pp. 1790-1791.

(63) Voir par exemple ; AGNOLETTI, V., « Un choix de solidarité : défense des droits des séropositifs », *Discriminations liées au sida, op. cit., supra*, note 4, p. 18.

(64) Voy. INGO, M., *ibidem*, p. 5.

(65) *Supra*, § 8.

(66) MAARUP, A., DREYER, C., *op. cit., supra*, note 16, p. 21.

(67) Commission, décision du 8 mars 1979, requête n° 8364-78, D.R., XV, p. 247 ; voy. VELU, J. et ERGEC, R., *op. cit., supra*, note 27, n°145 et 146.

(68) *Ibid.* ; Commission, décision du 14 juillet 1972, requête n° 5168-71, *Rec.*, n° 42, p. 137.

(69) *Op. cit., supra*, note 17, p. 50.

(70) *Ibidem*, p. 33.

(71) *Id.*

« Une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (72).

Deux éléments peuvent donc être réunis pour conclure au caractère arbitraire d'une distinction. Soit, le but de la mesure est en lui-même illégitime, car il ne peut s'assimiler à un objectif d'intérêt public. Cela ne peut évidemment concerner les mesures de lutte contre le sida puisqu'elles sont adoptées dans un but de protection de la santé publique. Soit, il y a une disproportion entre le but légitime et les moyens employés pour l'atteindre. C'est ici qu'intervient le critère de l'efficacité des mesures: une mesure totalement inefficace ou à efficacité marginale doit être considérée comme disproportionnée par rapport à son but puisque celui-ci n'est pas ou presque pas atteint. C'est en ce sens que la Cour européenne a taxé une restriction à l'immigration de discriminatoire dans l'affaire Abdulaziz. Le but des autorités britanniques était légitime: restreindre l'immigration en vue de protéger le marché national de l'emploi. Cependant, il existait une disproportion avec la mesure adoptée puisque celle-ci se révélait, à la suite d'une étude du marché du travail au Royaume-Uni, insuffisamment efficace (73).

**22.** L'efficacité constitue donc l'élément déterminant permettant de distinguer une différenciation légitime entre les séropositifs et d'autres personnes, d'une discrimination contraire à l'art. 14.

Cela étant, on remarquera que la notion d'« efficacité » elle-même reste floue et difficile à apprécier: les exemples que nous avons exposés au début de cette section sont simples en comparaison avec une masse de mesures pour lesquelles il est difficile de se prononcer. On peut citer à cet égard le dépistage obligatoire, la violation du secret professionnel, la pénalisation de la transmission intentionnelle de la maladie, ... La difficulté résulte aussi du fait que, en matière de réglementation, l'Etat dispose d'une certaine marge de manoeuvre résultant de considérations d'opportunité politique (74). Cependant, l'efficacité des mesures prises à l'encontre des porteurs du virus doit être appréciée à l'aide de deux critères.

**23.** D'abord, il convient de déterminer l'efficacité d'une décision à l'aide d'études effectuées sur base de données médicales, statistiques ou autres relatives à la transmission du virus ou à l'évolution de la maladie. Cette

(72) *Op. cit.*, *supra*, note 19, § 72.

(73) *Op. cit.*, *supra*, note 19. Voir aussi : COHEN-JONHATAN, G., *op. cit.*, *supra*, note 26 pp. 542-543.

(74) Affaire *Rasmussen*, *op. cit.*, *supra*, note 19, p. 15, § 40 ; « l'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard ». En ce sens : affaire du *Sunday Times*, *Série A*, n° 30, p. 36, § 59.

opération permet de dégager un critère relativement objectif. Sur cette base, on peut déjà taxer de discriminatoires les mesures totalement inefficaces, à savoir celles qui ignorent l'aspect médical des moyens de transmission (voir les mesures d'isolement mentionnées *supra*, § 20). Mais parfois, on est amené à se prononcer sur l'inefficacité en faisant appel à des critères plus aléatoires. Ainsi, comme le remarque le docteur Jonathan Mann, responsable du programme sida à l'O.M.S., à propos des mesures de dépistage obligatoire,

« ... il faudrait d'abord qu'il [l'Etat] mette en place une formidable infrastructure technico-scientifique pour que la recherche des anticorps soit correctement réalisée et parfaitement fiable. Ensuite, on peut imaginer que tous ceux qui ont des raisons de se croire infectés vont essayer de se cacher. Et très rapidement va se développer un marché noir de certificats de séronegativité » (75).

24. Ensuite, une fois l'efficacité de la mesure appréciée sur base objective, il convient d'évaluer le prix à payer sur un plan subjectif, c'est à dire « eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques » (76). En effet, il ne saurait être question sous prétexte d'efficacité scientifique de mettre en oeuvre des mesures attentatoires aux droits fondamentaux de certains groupes de la population. L'efficacité d'une décision doit donc également être évaluée en termes de valeurs démocratiques, valeurs essentiellement évolutives. La Cour de Strasbourg détermine le contenu de ces valeurs en se référant à l'évolution de la position des Etats membres (77) sur le problème de l'espèce, que ce soit unilatéralement ou par l'intermédiaire du Conseil de l'Europe (78).

Or, on peut relever plusieurs déclarations pertinentes en matière de lutte contre le sida.

En ce qui concerne la Belgique, le Ministre de la santé André Bertouille déclarait dans une conférence de presse le 16 avril 1987 :

« Les spécialistes s'accordent aujourd'hui pour dire.[ que le test obligatoire ] serait d'une efficacité illusoire: il pousserait les porteurs du virus vers la clandestinité ; il est par ailleurs éthiquement indéfendable, dans la mesure où nous

(75) *Le Soir*, 5 juin 1987, cité par VINCINEAU, M., *op. cit.*, *supra*, note 52, p. 39. Voir en ce sens : GUSTAFSSON, S., Rapport sur le sida et les droits de l'homme pour l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 5 sept. 1989, *C.E. doc. 6104*, p. 13.

(76) Affaire linguistique, *op. cit.*, *supra*, note 17, p. 33, § 10. Voy. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *op. cit.*, *supra*, note 50, p. 414.

(77) Arrêt *Rasmussen*, *op. cit.*, *supra*, note 19, p. 15, § 40 ;

(78) Dans l'affaire *Golder*, la Cour affirme que les principes généraux de droit international « entrent en ligne de compte pour l'interprétation de la Convention européenne sous réserve, le cas échéant, de toute règle pertinente de l'organisation au sein de laquelle elle a été adoptée, le Conseil de l'Europe », arrêt du 21 février 1975 *Série A*, n° 18.

*ne disposons pas de traitement à proposer et donc de service à rendre à celui qui a été l'objet de la mesure coercitive » (79).*

Quant au Comité des ministres du Conseil de l'Europe, sa recommandation « sur les incidences éthiques de l'infection V.I.H. dans le cadre sanitaire et social du 24 octobre 1989 revêt une extrême importance pour notre sujet puisqu'elle dispose notamment:

« ... que le respect des droits fondamentaux et des droits sociaux des individus contaminés par le virus V.I.H. et des malades atteints du Sida est indispensable à la réussite d'une politique de santé publique visant à la prévention » (80).

En conséquence, « *les autorités devraient* »

« ... dans l'état actuel des connaissances et en l'absence de traitement curatif, considérer le dépistage systématique comme non conforme à l'éthique et contraire aux droits de l'individu s'il est effectué automatiquement sur des groupes de population sans consentement éclairé et sans prestation de conseils, étant donné qu'en transgressant les principes d'autonomie et d'intégrité corporelle, il constitue une intrusion dans la vie privée et risquent de provoquer d'importantes conséquences sur les plans psychologique, social et financier des individus...

» ... veiller à ce que de telles procédures ne soient pas appliquées et à cette fin attirer l'attention du personnel des services de santé sur leur caractère inacceptable du point de vue éthique » (81).

Par ailleurs,

« ... toute discrimination par les services sanitaires et sociaux, publics ou privés est à considérer comme non conforme à l'éthique, et les considérations de solidarité sociale, là où les intérêts de l'individu et de la société convergent, devraient primer » (82).

Corrolairement,

« ... à la lumière des connaissances actuelles, le test volontaire, intégré dans le processus de consultation-conseil, est l'approche la plus efficace du point de vue de la santé publique et la plus acceptable éthiquement et juridiquement, à condition d'être assortie de campagnes d'information vigoureuses, du plein respect de la confidentialité et de la mise en oeuvre d'une politique non discriminatoire » (83).

(79) Nous soulignons. *Pourquoi pas?*, janvier 1987, cité par VINCINEAU, M., *op. cit.*, *supra*, note 52, p. 39.

(80) Recommandation du Conseil de l'Europe, n° R (89)14, p. 1 (voy. Annexe n° 29, p. 854). Voir également le code de principes « sida et éthique » du Comité des ministres du C.E. n° 1(89) 94 du 26 oct. 1989 selon lequel « *la discrimination à l'encontre des personnes infectées par le virus V.I.H. devrait être considérée comme contraire à l'éthique, les intérêts de l'individu et de la société dans la détection de l'infection V.I.H. pouvant être convergents* » (p. 2).

(81) Recommandation, n° R (89) 14, *op. cit.* Voy. Annexe, n° 29, p. 854.

(82) *Id.*, p. 4.

(83) *Id.*, p. 2.

25. Il découle de ces considérations que les principes prévalant actuellement dans les sociétés démocratiques tendent à ne faire accepter l'efficacité de mesures affectant les séropositifs que dans des cas limités et avec beaucoup de prudence. En conséquence, bon nombre de mesures examinées plus haut doivent être considérées comme des distinctions arbitraires, c'est-à-dire des discriminations.

Tout dépendra bien entendu des circonstances particulières de chaque cas d'espèce. Il se peut que certaines décisions soient assimilables à de simples différenciations. Mais il peut aussi exister des discriminations qu'on pourrait assimiler à de véritables « traitements inhumains ou dégradants » pour leurs destinataires. Nous allons examiner à quelles conditions dans la section suivante.

SECTION 3. — *La discrimination peut dans certains cas être assimilée à un « traitement dégradant »*

26. Certaines mesures ou suggestions en matière de lutte contre le sida sont non seulement discriminatoires, mais présentent aussi un caractère particulièrement humiliant pour leurs destinataires.

Nous avons déjà évoqué la proposition de certains médecins de tatouer les séropositifs, à proximité des organes génitaux, de manière à les priver de tous rapports sexuels (84). De même, plusieurs dirigeants d'extrême-droite continuent à suggérer la création de *sidatoriums*, c'est-à-dire d'endroits où seraient isolés autoritairement les porteurs du virus dès la constatation de leur séropositivité, avec des possibilités limitées de communication avec l'extérieur (85). Par ailleurs, on a refusé à des détenus atteints du sida le bénéfice d'un traitement médical adapté aux particularités de cette maladie (86).

Il est évident que de telles mesures sont de nature à entretenir dans le chef des séropositifs un sentiment profond d'humiliation et d'avilissement. Dès le début de la propagation de la maladie se sont développés au sein de la population des sentiments de peur et d'angoisse entraînant une attitude irrationnelle de rejet et d'exclusion des personnes infectées. Les propositions tendant à identifier ostensiblement les victimes du sida comme les coupables d'un mal qui menace gravement l'ensemble de la société ne peuvent qu'exacerber de tels sentiments, d'autant qu'elles rappellent le sort traditionnellement réservé aux parias de nos sociétés. Soumis au tatouage

(84) *Le Monde*, 15 septembre 1987.

(85) Voy. par exemple l'interview du docteur Bachelot, « Surveiller les gens sans qu'ils le sachent », *Libération*, 13 février 1987.

(86) INGO, M., *op. cit.*, *supra*, note 15, p. 7.

ou parqué dans un *sidatorium*, le séropositif devient le lépreux ou le pestiféré des temps modernes (87).

27. Or, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose:

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

Il s'agit d'une interdiction absolue, c'est-à-dire qu'on ne peut jamais y apporter de dérogation (88). Par ailleurs, il est clair que cette disposition ne recouvre pas uniquement les actes de torture mais prohibe également d'autres pratiques (89).

Ainsi, la Cour a défini, de manière générale, le traitement dégradant comme un acte qui cause à l'intéressé

« aux yeux d'autrui ou aux siens, une humiliation ou un avilissement atteignant un minimum de gravité » (90).

De même, est dégradant

« ... un traitement qui abaisse celui qui en est l'objet aux yeux d'autrui ou à ses propres yeux » (91).

Il est vrai que certaines pratiques taxées de dégradantes par la Cour de Strasbourg paraissent a priori assez différentes de celles décrites à propos du sida: dans l'affaire *Irlande c. R.U.*, il s'agissait de techniques d'interrogatoires dites de privations sensorielles (92), tandis que l'affaire *Tyrer* concernait des châtiments corporels infligés en public (93).

Cependant, d'autres cas peuvent être relevés qui se rapprochent davantage de notre sujet. Dans l'arrêt Soering, dernière affaire où elle s'est prononcée, la Cour assimile à un traitement inhumain et dégradant la simple attente de l'exécution d'une peine capitale, le critère décisif constituant selon elle l'obligation pour la victime de vivre pendant un certain temps

(87) Voir par exemple : « Amalgames », *Sida* 89, N° 2, mars 1989, Editorial ; « Le pacte de la peur », *Sida* 89, n° 8, octobre 1989, p. 26 ; « Le sida en prison : le point de vue de la Commission 'prisons' de la ligue des droits de l'homme », *La Wallonie*, 19 décembre 1985 ; VINCINEAU, M., *op. cit.*, *supra*, note 52, pp. 25-71.

(88) Affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, *Série A*, n°25, § 163.

(89) Affaire *Grecque*, rapport de la Commission, 5 novembre 1969, 1<sup>re</sup> partie, vol. II, p.1. La Commission, en conférant à chacune des notions des définitions propres, a établi une hiérarchie des actions prohibées par l'article 3 : « Toute torture ne peut être qu'un traitement inhumain et dégradant et tout traitement inhumain ne peut être que dégradant ». La notion de traitement dégradant constitue donc le seuil inférieur d'application de l'article 3, et sera la notion la plus susceptible d'être utilisée pour qualifier ces mesures discriminatoires et humiliantes envisagées plus haut.

(90) Affaire *Campbell et Cosans*, 25 février 1982, *Série A*, n°48, § 28.

(91) Affaire des *Asiatiques de l'Est africain*, citée dans SUDRE, F., « La notion de 'peines et traitements inhumains ou dégradants' dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme », *R.G.D.I.P.*, 1984, p. 825.

(92) Affaire *Irlande c. R.U.*, *op. cit. supra*, note 88, § 167.

(93) Affaire *Tyrer*, Ann. 21, 1978, p. 613.

« dans l'angoisse et dans l'ombre omniprésente de la mort » (94). D'autre part, la Commission a condamné comme traitement inhumain la privation de soins médicaux dans les centres de détention (95).

28. Il résulte de l'interprétation développée par les organes européens que les mesures envisagées dans le cadre de cette section sont contraires à la Convention. Par leur caractère gravement humiliant et avilissant, elles correspondent indéniablement aux définitions dégagées par la jurisprudence. La nouveauté du phénomène du sida a pour conséquence que la Cour n'a pas encore eu à se prononcer sur des moyens extrêmes de lutte contre l'épidémie. Cependant, étant donné le principe de l'interprétation évolutive de la Convention (96), il y a toutes les raisons d'affirmer que ce nouveau type de traitement dégradant sera considéré comme contrevenant à l'article 3.

### CONCLUSION

29. Nous avons tenté au travers de cette étude de mieux préciser les contours de la notion de discrimination dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme afin de déterminer les chances de succès d'une requête introduite par un séropositif victime d'une mesure prophylactique. A son terme, on peut dégager deux enseignements principaux.

30. Premièrement, la requérant devra d'abord démontrer que la discrimination alléguée le touche dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté reconnue par la Convention. Cette condition est généralement interprétée de manière assez large; bon nombre de mesures examinées peuvent être placées « dans le domaine » du droit à la vie privée, à la santé, voire de celui à ne pas être soumis à un traitement dégradant. Cependant, de nombreuses pratiques visant les porteurs du virus échappent à la protection offerte par la Convention; ainsi, toutes celles qui relèvent du droit au travail, de la sécurité sociale, du domaine des assurances, de l'accès des étrangers au territoire, ...

31. Cette étape franchie avec succès, il restera au requérant à établir au fond le caractère discriminatoire de la mesure prise à son encontre, c'est-à-dire une disproportion des moyens employés pour atteindre le but légitime de la protection de la santé publique.

(94) Affaire *Soering*. Remarquons que l'arrêt a été rendu à l'unanimité en et séance plénière. Voy. SUDRE, F., « Extradition et peine de mort : Arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989 », *R.G.D.I.P.*, 1990, pp. 103-122.

(95) Voy. *supra*, § 13 et réf. note 31.

(96) Dans l'affaire *Soering*, la Cour rappelle ce principe à propos de l'art. 3, *op. cit.*, § 94.

A cet égard, le facteur décisif constituera à notre sens l'efficacité de cette mesure. Celle-ci devrait être évaluée à l'aide de deux opérations. La première vise à déterminer son efficacité strictement scientifique grâce aux données médicales et sociologiques notamment. Sur cette base peuvent déjà être taxées d'arbitraires les mesures sans aucun rapport avec les modes de transmission de la maladie comme certains isolements. La seconde consiste en une évaluation de cette efficacité « objective » en termes de valeurs démocratiques, en recourant aux positions officielles des Etats au sein du Conseil de l'Europe. Or, on peut dégager des déclarations de ce dernier un souci accru de protéger les droits fondamentaux des personnes porteuses du virus.

32. En conséquence, ne seront conformes à la Convention européenne que les mesures à la fois efficaces dans la lutte contre la maladie et respectueuses de l'identité des porteurs du virus en tant que membres à part entière d'une société démocratique. Au contraire, les discriminations particulièrement humiliantes et avilissantes doivent être considérées comme une nouvelle forme de traitements dégradants.