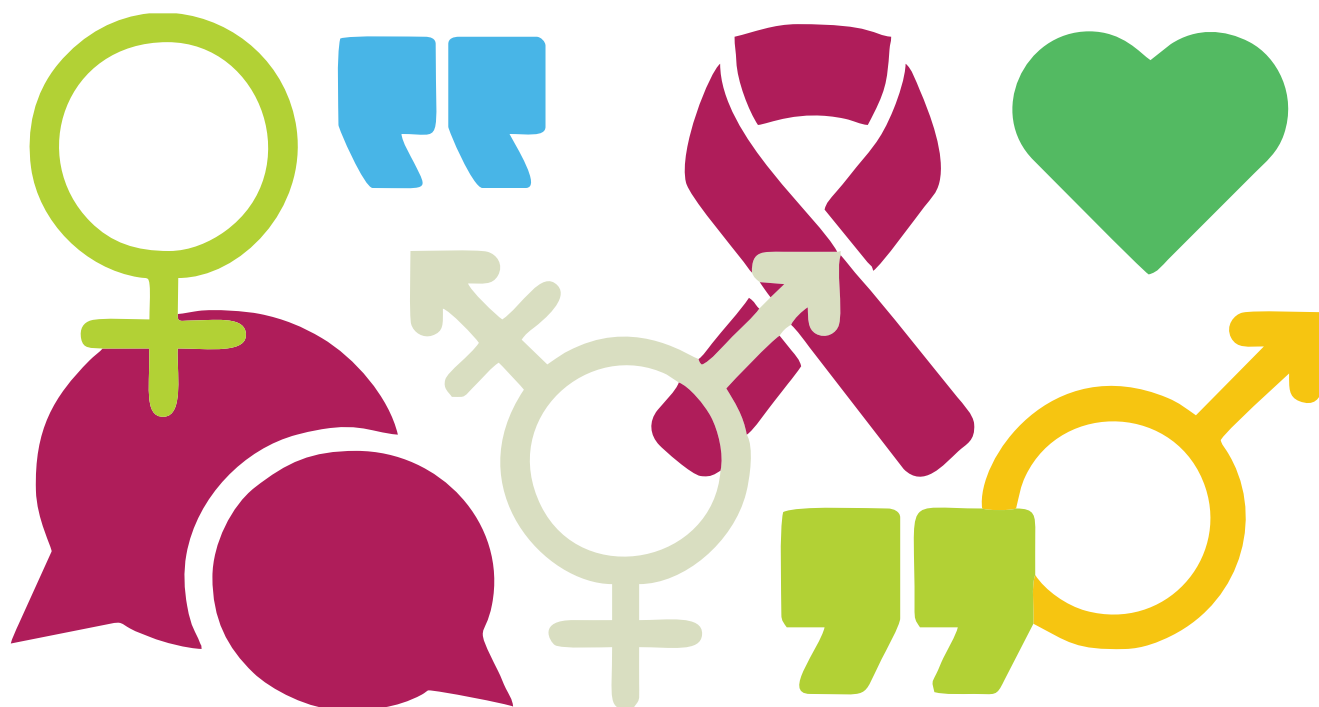




**Charte africaine des droits de l'homme
et des peuples relatif aux droits des
femmes en Afrique**



INITIATIVE FOR STRATEGIC
LITIGATION IN AFRICA

Protocole de Maputo

Remerciements

Nos remerciements les plus profonds et les plus sincères vont à tous ceux qui ont rendu ce travail possible.

Merci à l'équipe de l'ISLA qui a travaillé sur le projet. Sibongile Ndashe pour le design et la conceptualisation, Kay Mahonde qui a guidé le développement de la publication et Amorlett Nyamweda, le coordinateur des programmes juridiques qui a soutenu l'équipe tout au long du processus.

Nous sommes reconnaissants à Sofia Leteipan-Rajab, la consultante qui a rédigé le rapport. Sa connaissance approfondie du Protocole de Maputo ajoute au corpus de connaissances dont les juristes ont besoin pour domestiquer le Protocole et tenir les Etats responsables des violations des droits des femmes en matière de santé sexuelle et reproductive.

Nous apprécions les commentaires réfléchis et perspicaces offerts par le Professeur Ebenezer Durojaye en sa qualité de réviseur de la publication. Sa générosité et son expertise ont amélioré cette publication d'innombrables façons.

Cette publication n'aurait pas été possible sans le soutien d'Amplify Change.

La conception finale de la publication est l'œuvre créative de Heilet Grobler et la langue et le format de la publication ont énormément bénéficié des services de révision académique de Rachel Fleetwood.

« Certains droits sont réservés. Sauf à des fins commerciales, une partie ou la totalité de cette publication peut être transmise sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique, mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, sans demander l'autorisation préalable de l'éditeur. Toutefois, les droits d'auteur restent la propriété d'ISLA. »

Table des matières

LISTE DES ABRÉVIATIONS	2
AVANT-PROPOS	5
1. INTRODUCTION	8
1.1. Contexte	9
1.2. Cadre conceptuel sur les prescriptions normatives de la santé et des droits sexuels	11
1.3. Cadre conceptuel sur les prescriptions normatives de la santé et des droits reproductifs	12
2. ARTICLE 14 DU PROTOCOLE DE MAPUTO : SANTÉ ET DROITS REPRODUCTIFS	12
3. ARTICLE 14(1)(A) : LE DROIT DE CONTRÔLER SA FERTILITÉ	17
3.1. Portée du droit à la maîtrise de sa fécondité	17
3.2. Violations du droit de contrôler sa fertilité	18
3.2.1. Stérilisation forcée/coercitive	14
3.3. Accès à la procréation médicalement assistée/technologie de la procréation assistée	19
4. ARTICLE 14(1)(B) : LE DROIT DE DÉCIDER D'AVOIR OU NON DES ENFANTS, DU NOMBRE D'ENFANTS ET DE L'ESPACEMENT DES NAISSANCES	22
4.1. Portée du droit	22
5. ARTICLE 14(1)(C) : DROIT DE CHOISIR TOUTE MÉTHODE DE CONTRACEPTION	32
5.1. Portée du droit de choisir toute méthode de contraception	32
5.2. Violations du droit de choisir toute méthode de contraception	32
6. ARTICLE 14(1)(D) : DROIT À L'AUTOPROTECTION ET À LA PROTECTION CONTRE LES INFECTIONS SEXUELLEMENT TRANSMISSIBLES, Y COMPRIS LE VIH/SIDA	36
6.1. Portée du droit	36
6.1.1. Le droit à l'information et à l'éducation	37
6.1.2. Le droit d'accéder aux services et aux moyens de prévention	38
6.1.3. Le droit à une égale protection de la loi	38
7. ARTICLE 14(1)(E) : DROIT D'ÊTRE INFORMÉ SUR SON ÉTAT DE SANTÉ ET SUR CELUI DE SON PARTENAIRE, EN PARTICULIER S'IL EST ATTEINT D'UNE INFECTION SEXUELLEMENT TRANSMISSIBLE, Y COMPRIS LE VIH/SIDA, CONFORMÉMENT AUX NORMES ET AUX MEILLEURES PRATIQUES INTERNATIONALEMENT RECONNUES.	39
7.1. Criminalisation de la transmission du VIH	40
7.2. Dépistage obligatoire et autres formes de dépistage coercitif du VIH	44
8. ARTICLE 14(1)(F) : DROIT À L'ÉDUCATION EN MATIÈRE DE PLANIFICATION FAMILIALE	46
8.1. Portée du droit	46
8.2. Violations du droit à l'éducation en matière de planning familial	47

9. ARTICLE 14(2)(A): LES ÉTATS PARTIES PRENNENT TOUTES LES MESURES APPROPRIÉES POUR FOURNIR DES SERVICES DE SANTÉ ADÉQUATS, ABORDABLES ET ACCESSIBLES, Y COMPRIS DES PROGRAMMES D'INFORMATION, D'ÉDUCATION ET DE COMMUNICATION À L'INTENTION DES FEMMES, EN PARTICULIER CELLES DES ZONES RURALES.	49
9.1. Portée du droit	49
9.2. Violations de l'article 14(2)(a)	52
10. ARTICLE 14(2)(B) : LES ÉTATS PRENNENT TOUTES LES MESURES APPROPRIÉES POUR METTRE EN PLACE ET RENFORCER LES SERVICES DE SANTÉ ET DE NUTRITION PRÉNATALS, OBSTÉTRICAUX ET POSTNATALS EXISTANTS POUR LES FEMMES PENDANT LA GROSSESSE ET L'ALLAITEMENT.	53
10.1. Portée du droit	53
10.2. Obligations de l'État	54
10.2.1. Obligation de respecter	55
10.2.2. Obligation de protection	55
10.2.3. Obligation de promouvoir	57
10.2.4. Obligation d'exécution	57
11. ARTICLE 14(2)(C) : LES ÉTATS PRENNENT TOUTES LES MESURES APPROPRIÉES POUR PROTÉGER LES DROITS DES FEMMES EN MATIÈRE DE REPRODUCTION EN AUTORISANT L'AVORTEMENT MÉDICALISÉ EN CAS D'AGRESSION SEXUELLE, DE VIOL, D'INCESTE ET LORSQUE LA POURSUITE DE LA GROSSESSE MET EN DANGER LA SANTÉ MENTALE ET PHYSIQUE DE LA MÈRE OU LA VIE DE LA MÈRE OU DU FŒTUS.	60
11.1 Portée du droit	60
11.2 Motifs d'avortement sans risque	62
11.2.1. Santé physique et mentale	63
11.2.2. Santé mentale	64
11.2.3. Viols, inceste et agressions sexuelles	65
11.3. Violations de l'art 14(2)(c) : Obstacles à l'accès à des soins d'avortement sûrs	68
11.3.1. Accès en temps utile à des soins d'avortement sûrs	68
11.3.2. Intérêts du fœtus	71
11.3.3. Criminalisation de l'avortement	72
11.3.4. L'objection de conscience	76

Liste des abréviations

CADHP/La Commission	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
SIDA	Syndrome d'Immunodéficience Acquise
CEDAW/CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
Comité CEDEF	Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CESCR	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
Convention européenne	Convention européenne des droits de l'homme
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
FIGO	Fédération internationale de gynécologie et d'obstétrique
VIH	Virus de l'immunodéficience humaine
CDH	Comité des droits de l'homme
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
Protocole de Maputo	Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique
IST	Infections sexuellement transmissibles
ONU	L'Organisation des Nations Unies
ONUSIDA	Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
OMS	Organisation mondiale de la santé

Avant-propos

Bien que le protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (protocole de Maputo) ait été établi il y a plus de 15 ans comme le principal instrument juridique relatif aux droits des femmes en Afrique, sa mise en œuvre a été lente et inégale. Le protocole de Maputo contient des dispositions relatives à la santé et aux droits sexuels et reproductifs des femmes, protège les droits des femmes dans le contexte du VIH et autorise l'avortement pour des motifs limités. Premier instrument des droits de l'homme à aborder explicitement les droits des femmes africaines en matière de santé reproductive, le protocole de Maputo a été célébré et salué comme l'un des instruments des droits de l'homme les plus radicaux. Cependant, en raison de la persistance de plusieurs obstacles, le protocole de Maputo n'a pas modifié efficacement les réalités vécues par les femmes en Afrique. De nombreuses femmes en Afrique continuent de faire l'objet de discriminations fondées sur le sexe et de violations de leurs droits.

Après avoir été ratifié par 15 pays africains, le protocole de Maputo est entré en vigueur le 25 novembre 2005. L'année 2020 avait été fixée comme date limite pour la ratification. Cependant, en juillet 2020, sur les 55 pays membres de l'Union africaine, 49 ont signé le protocole de Maputo et 42 l'ont ratifié et déposé. Dix pays ont signé mais n'ont pas encore ratifié le protocole de Maputo : le Burundi, la République centrafricaine, l'Érythrée, Madagascar, le Niger, la République arabe sahraouie démocratique, la Somalie, le Soudan du Sud et le Soudan. Quatre pays n'ont ni signé ni ratifié le protocole et il s'agit du Botswana, de l'Égypte et du Maroc.

La ratification oblige les États parties à la Charte africaine à adhérer aux droits inscrits dans le protocole de Maputo. L'absence de ratification et de mise en œuvre du protocole de Maputo a eu de graves répercussions sur les droits des femmes et des filles en Afrique. De nombreux pays africains ont mis en œuvre le protocole de Maputo en l'intégrant dans des cadres juridiques, politiques et de planification. Les décisions de justice ont également contribué à stimuler l'action politique. De nombreux observateurs ont fait remarquer que dans la plupart des pays africains, l'harmonisation du protocole de Maputo avec la législation et la politique nationales a été entravée par l'absence de réelle volonté politique.

Par le biais de nombreuses activités de plaidoyer, notamment en offrant un soutien technique, les organisations de la société civile ont exhorté leurs gouvernements à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer sa mise en œuvre. Grâce à des stratégies de plaidoyer innovantes, les organisations de la société civile africaine continuent de s'engager inlassablement auprès de leurs communautés locales sur le concept d'égalité dans la promotion des droits des femmes dans les sociétés patriarcales.

Le Protocole de Maputo reste un important document normatif sur les droits des femmes à la santé sexuelle et reproductive. Par conséquent, en utilisant le Protocole de Maputo dans des litiges stratégiques, les avocats et les défenseurs des droits de l'homme ont un rôle à jouer pour inspirer et façonner le changement de la loi et de la pratique en testant l'application et les limites par le biais d'actions en justice. En mettant l'accent sur les expériences spécifiques et uniques des femmes africaines, telles que la protection contre les infections sexuellement transmissibles (IST), l'avortement sans risque, l'héritage, le veuvage et les pratiques néfastes, les contentieux stratégiques utilisant le protocole de Maputo comme point de référence peuvent donner lieu à des actions en justice qui mettent en évidence les limites de la législation nationale et plaident en faveur d'un changement pour améliorer la protection des droits au niveau national. L'utilisation du protocole de Maputo dans les litiges stratégiques augmentera l'accès à la justice et à l'égalité substantielle pour les femmes et les filles marginalisées, dans le cadre de la promotion et de la protection de leurs droits.

Avec une explication de la signification et de l'intention du contenu de l'article 14 du Protocole de Maputo, le manuel arrive à point nommé puisqu'il rassemble des informations sur la manière de s'engager efficacement avec le Protocole dans une tentative de tenir les États responsables de l'échec de la réalisation des droits des femmes à la santé sexuelle et reproductive.

Le manuel offre une opportunité aux défenseurs des droits de l'homme, aux avocats, aux parajuristes et aux organisations de la société civile ainsi qu'aux représentants du gouvernement de s'engager dans les mécanismes et les détails de la façon dont le Protocole de Maputo peut être utilisé dans un effort pour faire du continent un meilleur endroit pour les femmes et les filles. Le manuel permet aux parties prenantes (défenseurs des droits de l'homme, avocats, parajuristes et organisations de la société civile) d'évaluer de manière proactive les progrès réalisés par les pays dans la mise en œuvre du protocole de Maputo, de proposer des recommandations et des solutions viables aux lacunes identifiées au niveau national.

Ce manuel est le résultat d'un processus de collaboration et de consultation avec des organisations de la société civile. Il constitue une réponse indispensable au manque d'informations et de compétences des organisations africaines qui travaillent sur des litiges stratégiques en matière de droits humains concernant les droits des femmes en général et la santé et les droits sexuels et reproductifs en particulier. En tant que tel, ce manuel est destiné à être utilisé par les défenseurs des droits humains, les avocats, les parajuristes et les organisations de la société civile pour compléter les lacunes et les insuffisances de la législation nationale sur les droits des femmes.

Nous demandons à toutes les parties prenantes d'utiliser le manuel de litige pour renforcer leurs capacités et promouvoir la mise en œuvre du protocole de Maputo. En fournissant des arguments juridiques concrets et des informations perspicaces, ce manuel de litige est novateur car il contribue à la protection et à l'avancement des droits des femmes en Afrique.

En publiant ce manuel de contentieux, nous réaffirmons nos engagements en matière de protection et de promotion des droits des femmes en Afrique.



Sibongile Ndashe
Directrice Exécutive de l'ISLA

Résumé

Ce manuel fournit des conseils aux plaideurs en Afrique sur la conduite des litiges basés sur les dispositions de l'article 14 du Protocole de Maputo. L'article 14 du Protocole de Maputo garantit le droit des femmes à la santé, y compris la santé sexuelle et reproductive. Cette disposition met l'accent sur l'importance de la santé et des droits sexuels et reproductifs des femmes en tant qu'élément essentiel de la réalisation du droit au meilleur état de santé possible pour les femmes.

Le manuel est fondé sur une analyse raisonnée du contexte actuel de la pratique sur le continent, à savoir que malgré les garanties de l'article 14, le respect, la promotion, la protection et la réalisation de la santé et des droits sexuels et reproductifs des femmes et des filles en Afrique restent déficients. Partant de ce constat, le manuel explore la manière dont l'article 14 peut être utilisé dans le cadre d'un litige stratégique pour inciter, inspirer et contraindre à une mise en œuvre réussie et durable des droits en matière de santé sexuelle et reproductive. Il examine également comment l'article 14 peut être utilisé pour encadrer les violations dans une perspective de droits de l'homme afin d'aborder les pratiques sociales et culturelles qui empêchent les femmes et les filles de jouir de leur santé et de leurs droits sexuels et reproductifs en Afrique.

Le manuel détaille le sens, le contenu et la portée de la santé et des droits sexuels et reproductifs et fournit une élaboration et une clarté sur la portée des obligations de l'État imposées par les droits en vertu de l'article 14. En outre, il identifie les violations potentielles des droits à la santé sexuelle et reproductive spécifiquement pour toutes les composantes des droits protégés par l'article 14 et propose des conceptions stratégiques de recours pour l'ensemble des droits protégés. Ces droits comprennent : le droit de contrôler sa fertilité ; le droit de décider d'avoir ou non des enfants, le nombre d'enfants et l'espacement des naissances ; le droit de choisir toute méthode de contraception ; le droit à l'autoprotection et à la protection contre les infections sexuellement transmissibles, y compris le VIH/sida ; le droit d'être informé de son état de santé et de celui de son partenaire, en particulier s'il est atteint d'infections sexuellement transmissibles, y compris le VIH/sida, conformément aux normes et aux meilleures pratiques internationalement reconnues ; le droit à l'éducation en matière de planification familiale. Le manuel explique en outre le contenu des obligations des États pour garantir le droit à des services de santé adéquats, abordables et accessibles, y compris des programmes d'information, d'éducation et de communication à l'intention des femmes, en particulier dans les zones rurales ; pour mettre en place et renforcer les services de santé et de nutrition prénatals, obstétricaux et postnatals existants pour les femmes pendant la grossesse et l'allaitement ; et pour protéger les droits reproductifs des femmes en autorisant l'avortement médicalisé en cas d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ou la vie de la mère ou du fœtus.

Ce manuel part du principe que les femmes et les filles africaines ne sont ni monolithiques ni homogènes et que, par conséquent, tout effort de litige doit tenir compte de l'éventail et des multiples différences, des identités croisées et des expériences des femmes et des filles. Par conséquent, il fournit une analyse du cadre conceptuel sur les prescriptions normatives de la santé et des droits sexuels et reproductifs dans une perspective intersectionnelle. En tant que tel, il utilise des exemples pour mettre en évidence et critiquer les mesures de mise en œuvre qui ont biaisé l'application des protections de l'article 14 d'une manière qui a un impact négatif sur la réalisation holistique des droits humains pour tous. Ce faisant, le manuel intègre la jurisprudence comparative pour démontrer les possibilités de développer une jurisprudence féministe dans ce domaine du droit.

1. Introduction

Le protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (le protocole de Maputo)¹ est le principal instrument juridique de protection des droits des femmes et des filles en Afrique. L'article 14 du Protocole de Maputo garantit le droit des femmes à la santé, y compris la santé sexuelle et reproductive.² Malgré ces garanties, le respect, la promotion, la protection et la réalisation de la santé et des droits sexuels et reproductifs des femmes et des filles en Afrique restent déficients.

L'objectif de ce manuel est de fournir des conseils aux plaideurs en Afrique sur les litiges basés sur les dispositions de l'art 14 qui peuvent inciter, inspirer et contraindre à une mise en œuvre réussie et durable des droits en matière de santé sexuelle et reproductive qui s'attaque aux pratiques sociales et culturelles qui empêchent les femmes et les filles de jouir de leur santé et de leurs droits sexuels et reproductifs en Afrique et qui garantissent la non-répétition des violations. En effet, l'impact des litiges stratégiques en matière de santé et de droits sexuels et reproductifs va bien au-delà de l'individu, les résultats affectant également la famille, la communauté et la société dans son ensemble.³ Comme on l'a observé, l'efficacité du Protocole de Maputo en matière de droits de l'homme ne peut être établie qu'en l'appliquant dans différents contextes nationaux, là où il y a une réforme tangible du respect, de la protection et de la réalisation de la santé et des droits sexuels et reproductifs des femmes et des filles.⁴ L'un des moyens d'atteindre cet objectif consiste à contester les violations des dispositions de l'article 14 du Protocole de Maputo et à demander des comptes pour le non-respect des obligations fondamentales en matière de droits de l'homme imposées à l'État par les dispositions de l'article 14.

Ce faisant, le manuel débarrera la signification, le contenu et la portée de la santé et des droits sexuels et reproductifs tels qu'ils sont prévus par l'article 14 du Protocole de Maputo, fournira une élaboration et clarifiera la portée des obligations de l'État imposées par les droits de l'article 14, identifiera les violations des droits à la santé sexuelle et reproductive et identifiera la conception stratégique des recours. Bien que ce manuel cherche à articuler la portée de chaque sous-article de l'art 14 afin de disséquer et de distinguer chaque disposition, il est reconnu qu'un scénario peut donner lieu à des violations de différentes composantes de l'art 14. De plus, l'interprétation téléologique exige une lecture conjonctive des droits de l'article 14. En effet, les violations des droits sexuels et reproductifs ne donnent pas seulement lieu à des violations de l'article 14, mais peuvent également impliquer d'autres droits prévus par le Protocole de Maputo, tels que le droit de ne pas subir de discrimination,⁵ le droit à la dignité,⁶ le droit à la vie, à l'intégrité et à la sécurité de la personne⁷ et le droit de ne pas subir de pratiques néfastes et d'autres formes de violence à l'égard des femmes et des filles.⁸

Par conséquent, afin de répondre aux différences contextuelles dans les différents pays d'Afrique, ainsi qu'à la multiplicité des différents facteurs intersectionnels qui peuvent exacerber les violations des droits pour différentes femmes et filles, les avocats plaidants devront peut-être modifier les approches suggérées dans le manuel. Au centre des approches suggérées dans le manuel se trouve la reconnaissance du fait que les femmes et les filles africaines ne sont ni monolithiques ni homogènes, et

¹ Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (adopté par la 2e session ordinaire de l'Assemblée de l'Union, Maputo, 11 juillet 2003, entré en vigueur le 25 novembre 2005) (le protocole de Maputo).

² Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) " Observation générale n° 2 sur l'article 14(1)(a), (b), (c) et (f) et l'article 14(2)(a) et (c) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique " (adoptée le 28 novembre 2014) < <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=13>>.

³ C O'Connell 'Litigating Reproductive Health Rights in The Inter-American System: What Does A Winning Case Look Like?' (2014) 16 Health and Human Rights J 117.

⁴ C Ngweni 'Inscribing Abortion as a Human Rights : Significance of the Protocol on the Rights of Women in Africa' (2010) 32 Human Rights Quarterly 785.

⁵ Art 2 tel que lu avec art 1(f).

⁶ Art 3.

⁷ Art 4.

⁸ Art 5.

que par conséquent, tout effort de litige doit prendre en compte l'ensemble des multiples différences, des identités croisées et des expériences des femmes et des filles. L'observation générale n° 2 de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (la Commission) reconnaît explicitement que les multiples formes de discrimination, qui incluent, sans s'y limiter, l'ethnicité, la race, le sexe, le genre, l'âge, l'état civil, le statut du virus de l'immunodéficience humaine (VIH), l'orientation sexuelle, le statut socio-économique, le handicap, la résidence géographique, la résidence légale et/ou les croyances traditionnelles, religieuses et culturelles, empêchent les femmes et les filles d'exercer et de jouir de leurs droits sexuels et reproductifs.⁹

Dans ce contexte, la jurisprudence comparative est analysée dans le but de dégager les principes juridiques applicables et de fournir un contexte supplémentaire aux diverses interprétations judiciaires de la signification, du contenu et de la portée de la santé et des droits sexuels et reproductifs, et d'autres droits connexes prévus par le protocole de Maputo, ainsi que des obligations identifiées des États.

1.1. Contexte

Les violations des droits des femmes en matière de santé sexuelle et génésique sont au premier plan de la "guerre contre les femmes" d'aujourd'hui.¹⁰ Dans ce contexte, l'Afrique porte le fardeau mondial de la mauvaise santé génésique.¹¹ L'accès à des soins de santé sexuelle et reproductive complets reste un besoin critique non satisfait pour de nombreuses femmes et filles du continent, ce qui compromet leurs droits et leur capacité à réaliser pleinement leur potentiel. Ces défis sont divers, notamment les taux élevés de mortalité et de morbidité maternelles, les besoins non satisfaits en matière de contraception, les taux élevés d'avortements à risque, les taux élevés d'infections sexuellement transmissibles (IST), de VIH et de syndrome d'immunodéficience acquise (SIDA), et un accès globalement faible à des services et des informations de qualité en matière de santé sexuelle et reproductive. Les violations et les difficultés d'accès qui précèdent sont aggravées par le fait que les violations des droits en matière de santé sexuelle et génésique sont directement liées aux pratiques socioculturelles sous-jacentes qui placent les femmes dans des positions de pouvoir inférieures.¹² Le patriarcat institutionnalisé et les stéréotypes de genre se traduisent également par des lois, des politiques et des pratiques qui cherchent à contrôler le corps des femmes, compromettant ainsi leur autonomie et leurs droits. En outre, en Afrique, divers contextes moraux, religieux et culturels se manifestent par des contestations qui limitent encore davantage l'accès des femmes aux droits en matière de santé reproductive.

Le protocole de Maputo affirme que le choix et l'autonomie en matière de sexualité et de procréation constituent un droit humain essentiel.¹³ Le Protocole de Maputo, qui est le résultat d'années d'activisme de la part des défenseurs des droits des femmes dans la région, a tenté de remédier au manque de protection spécifique des droits des femmes et de revigorer l'engagement de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁴ (la Charte) en faveur de l'égalité des femmes en prévoyant des dispositions spécifiques pour les droits qui étaient absents de la Charte et en clarifiant les obligations des gouvernements en matière de promotion, de protection et de réalisation des droits des femmes.¹⁵

⁹ CADHP " Observation générale n° 2 " (note 2 ci-dessus), paragraphe 12.

¹⁰ O'Connell (note 3 ci-dessus) 117.

¹¹ V Balogun & E Durojaye 'The African Commission on Human and Peoples' Rights and the promotion and protection of sexual and reproductive rights' (2011) 11 African Human Rights LJ 369.

¹² O'Connell (note 3 ci-dessus) 119.

¹³ Center for Reproductive Rights 'The Protocol on the Rights of Women in Africa: An Instrument for Advancing Reproductive and Sexual Rights' Briefing Paper (February 2006) <https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/pub_bp_africa.pdf>.

¹⁴ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (adoptée le 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986) (1982) 21 ILM 58 (la Charte).

¹⁵ Le protocole de Maputo répond à la "nécessité de renforcer l'article 18 [de la Charte] par une formulation plus élaborée du respect des droits humains des femmes". Voir JO Onyango "Human Rights and Sustainable Development in Contemporary Africa : A New Dawn, or Retreating Horizons" (2000) 6 Buffalo Human Rights LR 39, 66.

Le protocole de Maputo est le premier instrument international juridiquement contraignant en matière de droits de l'homme à reconnaître la nature croisée des droits fondamentaux des femmes, tels que l'inégalité entre les sexes, la violence sexiste, les pratiques coutumières néfastes et l'accès aux droits socio-économiques.¹⁶ En outre, le protocole de Maputo est le premier instrument des droits de l'homme à énoncer spécifiquement le droit des femmes à accéder à un avortement sûr.

Les dispositions du protocole de Maputo relatives à l'article 14 soulignent l'importance de la santé et des droits sexuels et reproductifs des femmes en tant que composante essentielle de la réalisation du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint par les femmes. En outre, en reconnaissance des défis contextuels et des limites des droits des femmes en matière de santé sexuelle et génésique, le Protocole de Maputo, en vertu de l'article 14(1), fait spécifiquement référence aux droits en matière de santé sexuelle et génésique, qui englobent, sans s'y limiter, les droits suivants le droit de contrôler la fertilité ; le droit de décider d'avoir des enfants, le nombre d'enfants et l'espacement des naissances ; le droit de choisir toute méthode de contraception ; le droit à l'autoprotection et à la protection contre les IST, y compris le VIH/sida ; le droit d'être informé de son état de santé et de celui de son partenaire, en particulier s'il est infecté par des IST, y compris le VIH/sida, conformément aux normes et aux meilleures pratiques internationalement reconnues ; et le droit de recevoir une éducation en matière de planification familiale. L'article 14(2) crée en outre des obligations spécifiques pour les États parties afin de garantir les droits en matière de santé reproductive, y compris le droit des femmes à l'avortement dans des cas spécifiques.

1.2. Cadre conceptuel sur les prescriptions normatives de la santé et des droits sexuels

La santé sexuelle est considérée comme comprenant un état de bien-être physique, émotionnel, mental et social en relation avec la sexualité, et implique la possibilité d'avoir des expériences sexuelles agréables et sûres, exemptes de coercition, de discrimination et de violence.¹⁷ La santé sexuelle implique l'amélioration de la vie et des relations personnelles, au-delà des conseils et des soins liés à la reproduction et aux maladies sexuellement transmissibles,¹⁸ vers une intégration plus holistique et positive des aspects somatiques, émotionnels, intellectuels et sociaux de l'être sexuel.¹⁹

La santé sexuelle est considérée comme inextricablement liée à certains aspects de la santé génésique, qu'elle englobe, tels que la capacité de contrôler sa fertilité en ayant accès à des informations, une éducation, des produits et des services en matière de contraception, l'accès à des informations sur l'avortement sans risque et les soins post-avortement, l'absence d'IST et l'absence de dysfonctionnement sexuel et de séquelles liées à la violence sexuelle ou aux mutilations génitales féminines.²⁰ Dans ce contexte, il est reconnu que la diversité de la sexualité humaine, du comportement et de l'expression sexuels - sous toutes ses formes - contribue à la santé sexuelle et au bien-être général d'une personne.

¹⁶ ACPHR 'Observation générale n° 2' (note 2 ci-dessus).

¹⁷ Organisation mondiale de la santé (OMS) *La santé sexuelles, les droits humain et le Droit* (2015).

¹⁸ Conférence internationale sur la population et le développement (CIPD) "Rapport de la CIPD" (1994) UN Doc A/CONF.171/13 para 7.3.

¹⁹ WHO 'Defining sexual health: Report of a technical consultation on sexual health' (28-31 January 2002); United Nations Population Fund (UNFPA) *Reproductive Rights are Human Rights: A Handbook for National Human Rights Institutions* (2014) 19.

²⁰ Organisation mondiale de la santé (OMS) *La santé sexuelles, les droits humain et le Droit* (2015).

Définitions opérationnelles

Santé sexuelle

La santé sexuelle est un état de bien-être physique, émotionnel, mental et social en relation avec la sexualité ; elle n'est pas simplement l'absence de maladie, de dysfonctionnement ou d'infirmité. La santé sexuelle exige une approche positive et respectueuse de la sexualité et des relations sexuelles, ainsi que la possibilité de vivre des expériences sexuelles agréables et sûres, sans coercition, discrimination ni violence. Pour que la santé sexuelle soit atteinte et maintenue, les droits sexuels de toutes les personnes doivent être respectés, protégés et réalisés.

Sexe

Le sexe désigne les caractéristiques biologiques qui définissent les humains comme étant de sexe féminin ou masculin. Bien que ces ensembles de caractéristiques biologiques ne s'excluent pas mutuellement, puisque certains individus possèdent les deux, ils tendent à différencier les humains en tant que mâles et femelles. Dans de nombreuses langues, le terme « sexe » est souvent utilisé pour signifier « activité sexuelle », mais à des fins techniques dans le contexte des discussions sur la sexualité et la santé sexuelle, la définition ci-dessus est préférable.

Sexualité

La sexualité est un aspect central de l'être humain tout au long de la vie et englobe le sexe, les identités et les rôles de genre, l'orientation sexuelle, l'érotisme, le plaisir, l'intimité et la reproduction. La sexualité est vécue et exprimée par des pensées, des fantasmes, des désirs, des croyances, des attitudes, des valeurs, des comportements, des pratiques, des rôles et des relations. Bien que la sexualité puisse inclure toutes ces dimensions, elles ne sont pas toujours toutes vécues ou exprimées. La sexualité est influencée par l'interaction de facteurs biologiques, psychologiques, sociaux, économiques, politiques, culturels, éthiques, juridiques, historiques, religieux et spirituels.

Droits sexuels

L'épanouissement de la santé sexuelle est lié à la mesure dans laquelle les droits de l'homme sont respectés, protégés et réalisés. Les droits sexuels englobent certains droits humains qui sont déjà reconnus dans les documents internationaux et régionaux sur les droits de la personne et d'autres documents de consensus, ainsi que dans les lois nationales. Les droits essentiels à la réalisation de la santé sexuelle sont les suivants :

- Les droits à la vie, à la liberté, à l'autonomie et à la sécurité de la personne ;
- Les droits à l'égalité et à la non-discrimination ;
- Le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ;
- Le droit à la vie privée ;
- Les droits au meilleur état de santé possible (y compris la santé sexuelle) et à la sécurité sociale ;
- Le droit de se marier, de fonder une famille et de contracter un mariage avec le libre et plein consentement des futurs époux, ainsi que l'égalité dans et lors de la dissolution du mariage ;
- Le droit de décider du nombre et de l'espacement des naissances ;
- Les droits à l'information, ainsi qu'à l'éducation ;
- Les droits à la liberté d'opinion et d'expression ; et
- Le droit à un recours effectif en cas de violation des droits fondamentaux.

L'application des droits de l'homme existants à la sexualité et à la santé sexuelle constitue les droits sexuels. Les droits sexuels protègent le droit de toute personne d'épanouir et d'exprimer sa sexualité et de jouir de la santé sexuelle, dans le respect des droits d'autrui et dans un cadre de protection contre la discrimination.

Source : Organisation mondiale de la santé La santé sexuelle et ses liens avec la santé reproductive : une approche opérationnelle (2017).

1.3. Cadre conceptuel sur les prescriptions normatives de la santé et des droits reproductifs

La santé reproductive est un état de complet bien-être physique, mental et social, et pas seulement l'absence de maladie ou d'infirmité, pour tout ce qui concerne le système reproductif et ses fonctions et processus. La santé génésique implique donc que les personnes puissent avoir une vie sexuelle satisfaisante et sûre et qu'elles aient la capacité de se reproduire et la liberté de décider si, quand et à quelle fréquence elles le feront. Cette dernière condition implique le droit des hommes et des femmes d'être informés, d'avoir accès à des méthodes sûres, efficaces, abordables et acceptables de planification familiale, y compris des méthodes de régulation de la fécondité, et d'avoir le droit d'accéder à des services de santé appropriés pour permettre aux femmes d'avoir une grossesse et un accouchement sans danger et donner aux couples et aux individus les meilleures chances d'avoir un enfant en bonne santé.²¹ La réalisation de la santé reproductive est liée à la mesure dans laquelle les droits de l'homme sont respectés, protégés et réalisés.

Les droits génésiques englobent certains droits de l'homme déjà reconnus dans les documents internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme et d'autres documents de consensus, ainsi que dans les lois nationales. Ces droits reposent sur la reconnaissance des droits fondamentaux de tous les couples et de tous les individus à décider librement et de manière responsable du nombre de leurs enfants, de l'espacement et du moment de leur naissance et à disposer des informations et des moyens nécessaires à cet effet, ainsi que du droit d'atteindre le meilleur niveau de santé sexuelle et reproductive. Cela inclut également le droit de prendre des décisions concernant la reproduction sans discrimination, coercition ou violence.²²

Les soins de santé génésique sont définis comme la constellation de méthodes, de techniques et de services qui contribuent à la santé génésique et au bien-être en prévenant et en résolvant les problèmes de santé génésique. Les soins de santé génésique comprennent les soins de santé sexuelle, dont l'objectif est l'amélioration de la vie et des relations personnelles, et pas seulement les conseils et les soins liés à la reproduction et aux maladies sexuellement transmissibles.²³

²¹ CIPD (note 18 ci-dessus) chap. 7.A.

²² Ibid paragraphe 7.3.

²³ Ibid.

2. Article 14 du protocole de Maputo : Santé et droits reproductifs

L'article 14 du protocole de Maputo prévoit ce qui suit :

1. Les États parties veillent à ce que le droit à la santé des femmes, y compris la santé sexuelle et génésique, soit respecté et promu. Cela comprend :
 - a) le droit de contrôler leur fertilité ;
 - b) le droit de décider d'avoir des enfants, du nombre d'enfants et de l'espacement des naissances ;
 - c) le droit de choisir toute méthode de contraception ;
 - d) le droit à l'autoprotection et à la protection contre les IST, y compris le VIH/sida ;
 - e) le droit d'être informé sur son état de santé et sur l'état de santé de son partenaire, en particulier s'il est atteint d'une IST, y compris le VIH/sida, conformément aux normes et aux meilleures pratiques reconnues au niveau international ;
 - f) le droit de bénéficier d'une éducation en matière de planification familiale.
2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour :
 - a) fournir des services de santé adéquats, abordables et accessibles, y compris des programmes d'information, d'éducation et de communication à l'intention des femmes, notamment celles des zones rurales ;
 - b) mettre en place et renforcer les services de santé et de nutrition prénataux, d'accouchement et postnataux existants pour les femmes pendant la grossesse et l'allaitement ;
 - c) protéger les droits reproductifs des femmes en autorisant l'avortement médicalisé en cas d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ou la vie de la mère ou du fœtus.

Dans de nombreux scénarios impliquant des violations des droits reproductifs des femmes, il est probable que plus d'un droit prévu par l'article 14 sera impliqué. En pratique, toutes les dispositions applicables peuvent être examinées et argumentées séparément ou conjointement. Cependant, conformément à l'objectif de ce manuel, qui est de donner un sens à chacune des sous-sections de l'article 14, elles seront, dans la mesure du possible, discutées séparément.

Bien que l'Observation générale n° 2 de la Commission considère que le droit de maîtriser sa fécondité, le droit de décider d'avoir ou non des enfants, le nombre d'enfants et l'espacement des naissances, et le droit de choisir toute méthode de contraception sont « inextricablement liés, interdépendants et indivisibles », ²³ le présent manuel considère toujours les alinéas 14(1)(a), (b) et (c) séparément, car ils confèrent des droits différents (bien qu'ils soient interdépendants) et pourraient donc faire l'objet de litiges différents, en particulier compte tenu des obligations spécifiques qui peuvent en découler.

De plus, ce manuel abordera les articles 14(1)(d) et (e) simultanément en raison de la similarité des questions soulevées et des obligations de l'État dans le contexte du VIH/SIDA et des autres IST.

²³ CADHP "Observation générale n° 2" (note 2 ci-dessus).

3. Article 14(1)(a) : Le droit de contrôler sa fertilité

3.1. Portée du droit à la maîtrise de sa fécondité

The right to control one's fertility is broadly interpreted as a woman's reproductive capabilities. Le droit de contrôler sa fertilité est interprété au sens large comme la capacité d'une femme à concevoir, gestationner et mettre au monde un enfant,²⁴ ainsi que l'accès à l'assistance à la procréation, également appelée procréation assistée.²⁵ Ce droit concerne le droit des femmes à contrôler cette capacité inhérente. Par contrôle, il faut entendre le pouvoir de décider, de diriger ou de régler les affaires concernant la fertilité. Le consentement éclairé est un élément essentiel du pouvoir de contrôle et doit être interprété comme inhérent aux capacités reproductives des femmes, selon la conception acceptée de l'autonomie corporelle.

Ce droit a été interprété comme incluant la régulation volontaire de la fertilité ainsi que l'accès aux technologies de reproduction assistée et aux traitements contre l'infertilité. Ce droit a également été considéré comme englobé ou implicite dans le droit de fonder une famille tel que prévu par les instruments internationaux des droits de l'homme.²⁶ Dans ce contexte, la jouissance de ce droit n'est pas limitée à l'étroite compréhension hétéronormative de la famille mais s'étend aux femmes célibataires et aux lesbiennes qui revendiquent leur droit de procréer et de fonder une famille.²⁷

Le droit de contrôler sa fertilité inclut également la liberté de ne pas subir d'avortements forcés et de stérilisation forcée et coercitive, comme indiqué ci-dessous.

Le droit de maîtriser sa fécondité impose à l'État des obligations générales de respect, de protection, de promotion et de réalisation. En ce qui concerne le respect, l'État doit s'abstenir d'interférer avec ou de restreindre le contrôle des femmes sur leur fertilité ; en ce qui concerne l'obligation de protéger, l'État est tenu de veiller à ce qu'aucun tiers n'interfère avec le droit conféré par l'article 14(1)(a) ; et en ce qui concerne l'obligation de promouvoir, les États sont tenus de veiller à ce que les femmes soient en mesure d'exercer un contrôle sur leur fertilité. Cela implique, entre autres, de prendre des mesures pour que les femmes soient conscientes de leurs droits et soient en mesure de les faire valoir. Enfin, l'obligation de mettre en œuvre signifie que les États sont tenus d'adopter des lois, des politiques, des directives et des programmes pour permettre aux femmes d'exercer leur droit de maîtriser leur fécondité.²⁸

²⁴ FNUAP (note 19 ci-dessus) 104.

²⁵ Défini comme l'utilisation de technologies non coïtales pour concevoir un enfant et initier une grossesse. Les plus utilisées sont l'insémination artificielle, la fécondation in vitro (FIV), le don d'ovules, la maternité de substitution et les techniques de dépistage génétique.

²⁶ Par exemple, comme prévu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (adoptée le 10 décembre 1948, UNGA Res 217 A(III) (DUDH) art 16 ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976) 999 UNTS 171 (PIDCP) art 23 et 24 ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976) 993 UNTS 3 (PIDESC) art 5(d-iv) ; la Convention relative aux droits des personnes handicapées (adoptée le 13 décembre 2006, entrée en vigueur le 3 mai 2008) 2515 UNTS 3 (CDPH) art 23 ; la Déclaration des Nations unies sur les peuples autochtones (adoptée le 13 septembre 2007) A/RES/61/295 ; la Charte européenne des droits fondamentaux (2012) JO C 326 391 art 9. Voir également S Uniacke 'In Vitro Fertilization and the Right to Reproduce' (1987) 1 Bioethics 245.

²⁷ Voir généralement G Hanscombe 'The Right to Lesbian Parenthood' (1983) 9 Medical Ethics 133 ; JA Robertson 'Gay and Lesbian Access to Assisted Reproductive Technology' (2004) 55(2) Case Western Reserve Law Review 323.

²⁸ CADHP "Observation générale n° 2" (note 2 ci-dessus).

3.2. Violations du droit de contrôler sa fertilité

Plusieurs tribunaux et mécanismes des droits de l'homme ayant des fonctions quasi-judiciaires ont traité des cas de violation du droit de contrôler sa fertilité, principalement en ce qui concerne la stérilisation forcée et la reproduction assistée.

3.2.1. Stérilisation forcée/coercitive

La stérilisation est une méthode contraceptive utilisée pour contrôler la fertilité de façon permanente et comprend la ligature des trompes dans le cas des femmes et la vasectomie dans le cas des hommes. La stérilisation volontaire étant une forme de contraception couramment utilisée,²⁹ l'accès à cette forme de soins de santé génésique est essentiel à la réalisation des droits en matière de santé génésique.³⁰ La stérilisation, comme toute autre méthode contraceptive, ne doit être pratiquée qu'avec le consentement total, libre et éclairé de la personne concernée.³¹ Le consentement éclairé présuppose que la femme comprenne les avantages et les risques de la stérilisation par rapport aux autres méthodes de contrôle des naissances, et qu'elle décide librement, sans menace ni incitation inappropriée, de la méthode de contrôle des naissances la mieux adaptée à ses besoins reproductifs.³² Stérilisation sans consentement complet, libre et éclairé a été décrite comme une pratique involontaire, coercitive³³ ou forcée.³⁴ Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Comité CEDAW) note que la stérilisation forcée porte atteinte à la santé physique et mentale des femmes³⁵ et, en raison de la manière disproportionnée dont les femmes sont affectées, en fait une forme de discrimination et une forme de violence fondée sur le sexe, en³⁶ particulier la violence obstétrique.³⁷

Les femmes africaines ont été et continuent d'être victimes de stérilisations involontaires, coercitives et forcées, le plus souvent en raison de leur déficience intellectuelle et de leur statut VIH/sida.³⁸

Des stérilisations involontaires, forcées ou sous la contrainte ont été régulièrement pratiquées sur des femmes et des filles présentant un handicap intellectuel, sans qu'elles ne le comprennent, ne le sachent ou ne le consentent.³⁹ Cela a été fait en partant du principe que les femmes présentant une déficience intellectuelle ont une capacité limitée ou nulle et n'ont pas les compétences requises pour faire des choix éclairés en matière de santé reproductive.⁴⁰ Au centre de la controverse se trouve le conflit entre le paternalisme médical et le respect du droit à l'autonomie

²⁹ Voir WHO Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: An interagency statement (2014) <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112848/1/9789241507325_eng.pdf?ua=1>.

³⁰ C Pickles " Involuntary contraceptive sterilisation of women in South Africa and the criminal law " (2016) 29(2) SA J of Criminal Justice 89.

³¹ Balogun & Durojaye (note 11 ci-dessus).

³² G Albert & M Szilvasi 'Intersectional Discrimination of Romani Women Forcibly Sterilised in the former Czechoslovakia and Czech Republic' (2017) Health and Human Rights J 24.

³³ Comme indiqué dans Engender Health Contraceptive Sterilization : Global Issues and Trends (2002) 94 : « la coercition peut prendre de nombreuses formes... [y compris] la pression psychologique exercée par le personnel médical, les fonctionnaires, les employeurs ou les membres de la famille, ainsi que les mesures d'incitation ou de dissuasion à la stérilisation. Ces dernières vont de l'octroi de récompenses monétaires à l'offre de prestations sociales supplémentaires ou d'allègements fiscaux, en passant par l'imposition d'amendes ou le refus de diverses prestations sociales ».

³⁴ OMS Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement (note 30 ci-dessus) 1.

³⁵ Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Comité CEDAW) 'Recommandation générale n° 19 : Violence à l'égard des femmes' (29 janvier 1992) UN Doc A/47/38 para 22.

³⁶ Comité CEDAW 'Recommandation générale n° 35 sur la violence sexiste à l'égard des femmes, mettant à jour la recommandation générale n° 19' Doc ONU CEDAW/C/GC/35 para 18.

³⁷ Pickles (note 31 ci-dessus) 94.

³⁸ E Durojaye " Involuntary Sterilisation as a Form of Violence against Women in Africa " (2017) 53(5) J of Asian and African Studies 721.

³⁹ ES-Scott 'Sterilization of Mentally Retarded Persons : Reproductive Rights and Family Privacy' (1896) Duke Law J 806.

⁴⁰ Ibid.

corporelle,⁴¹ qui est un principe central de la santé et des droits sexuels et reproductifs - le droit de chaque femme et de chaque fille à prendre et à exercer ses propres décisions et choix éclairés en matière de santé reproductive. Les décisions médicales paternalistes de stérilisation forcée des femmes présentant des déficiences intellectuelles sont souvent justifiées comme une mesure protectionniste, comme étant pour le « bien de la femme »,⁴² où l'opinion personnelle du médecin sur ce qui est dans l'intérêt de la femme supplante les souhaits de la femme elle-même.

La culture du paternalisme médical dans le contexte de la stérilisation forcée des femmes handicapées mentales dépasse souvent les limites de la pratique médicale pour s'étendre au domaine juridique. Bien que l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées⁴³ garantisse aux personnes déficientes intellectuelles le droit d'être reconnues partout devant la loi et oblige les États à mettre en place des mesures pour s'assurer que les personnes déficientes intellectuelles sont soutenues dans l'exercice de leur capacité juridique, de nombreux cadres législatifs nationaux permettent à des tiers, autres que la femme déficiente intellectuelle, de prendre des décisions en matière de santé reproductive en son nom.

Les Nations unies (ONU) et la Fédération internationale de gynécologie et d'obstétrique (FIGO) recommandent une approche alternative de « prise de décision assistée », dans laquelle une femme présentant une déficience intellectuelle est aidée à faire des choix indépendants et autonomes en matière de procréation, sans influence ni pression induite, sans intérêts de tiers ni coercition,⁴⁴ et les médecins sont encouragés à l'impliquer dans la prise de décision dans toute la mesure de ses capacités.⁴⁵ Tout en reconnaissant la stérilisation forcée systématique des femmes et des filles handicapées mentales, les directives de la FIGO sur la stérilisation contraceptive féminine⁴⁶ mettent l'accent sur le consentement éclairé et complet de la patiente avant la stérilisation. Les directives prévoient que « les praticiens médicaux doivent reconnaître qu'en vertu des dispositions relatives aux droits de l'homme et de leurs propres codes de conduite professionnels, il est contraire à l'éthique et aux droits de l'homme qu'ils pratiquent des procédures de prévention d'une grossesse future sur des femmes qui n'ont pas librement demandé de telles procédures ou qui n'ont pas préalablement donné leur consentement libre et éclairé ».⁴⁷

Les schémas de stérilisation forcée des femmes vivant avec le VIH/sida sur le continent africain ont été largement documentés et attribués en partie à la stigmatisation et aux croyances discriminatoires selon lesquelles les femmes vivant avec le VIH/sida ne devraient pas donner naissance.⁴⁸ Ces procédures sont souvent effectuées dans le contexte où les femmes recherchent d'autres formes de services de soins reproductifs tels que l'accouchement.⁴⁹ Dans certains cas, les femmes ont dû signer des formulaires de consentement sans qu'un médecin leur explique les risques ou la nature irréversible de la procédure, ou ont été forcées de signer des formulaires de consentement alors qu'elles étaient en train d'accoucher.⁵⁰ Dans d'autres cas, des avantages tels que l'accès à des rations alimentaires gratuites ou subventionnées étaient subordonnés au consentement d'une femme à être stérilisée.⁵¹

⁴¹ P Benn & M Lupton 'Sterilisation of young, competent, and childless adults' (2005) (330)7503 British Medical J 1323.

⁴² Supra n 30 5.

⁴³ CDPH (note 27 ci-dessus).

⁴⁴ UN General Assembly (UNGA) JE Méndez 'Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment' (2013) UN Doc A/HRC/22/53 6, 9.

⁴⁵ International Federation of Gynecology and Obstetrics (FIGO) Committee for the Study of Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health 'Guidelines Regarding Informed Consent' (2015) FIGO Ethical Issues in Obstetrics and Gynaecology 22.

⁴⁶ FIGO " Guidelines on Female Contraceptive Sterilisation " (2011) paragraphe 2.

⁴⁷ Ibid paragraphe 6.

⁴⁸ Durojaye n 39 ci-dessus.

⁴⁹ Voir par exemple A Strode, S Mthembu et Z Essack "'She made up a choice for me": 22 HIV- positive women's experiences of involuntary sterilization in two South African provinces' (2012) 20(39) Reproductive Health Matters 61 ; African Gender and Media Initiative Robbed of Choice : Forced and Coerced Sterilisation Experiences of Women living with HIV in Kenya (2012) ; South African National AIDS Council 'The People living with HIV stigma index, South Africa : Summary report' (2015).

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

Namibian Supreme Court case of *Government of the Republic of Namibia v LM & 2 Others*,⁵² reposait sur une plainte déposée par trois femmes vivant avec le VIH/sida, fondée sur deux motifs principaux : elles ont été stérilisées par des médecins dans des hôpitaux publics à leur insu et sans leur consentement, et les procédures de stérilisation ont été effectuées dans le cadre d'une pratique illicite et illégale de discrimination à leur encontre en raison de leur séropositivité. En conséquence, ils ont fait état de violations de leurs droits, notamment de leur droit d'avoir des enfants et de fonder une famille, de leur intégrité physique et psychologique, de leur dignité et du droit de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, et ont demandé une indemnisation sous forme de dommages et intérêts. La Haute Cour de Namibie avait accordé des dommages et intérêts aux femmes pour avoir subi des procédures de stérilisation sans leur consentement éclairé. En appel, la Cour suprême a réaffirmé que :⁵³

La Constitution namibienne accorde à chaque individu en Namibie le droit à la dignité, à l'intégrité physique et à fonder une famille. Le droit de fonder une famille comprend le droit des femmes majeures d'avoir des enfants et celui des hommes et des femmes de choisir et de planifier la taille de leur famille. Dans le cas d'une femme non mariée, c'est avant tout à elle qu'il appartient de choisir, dans l'exercice de son droit à l'autodétermination, d'avoir ou non des enfants. Dans ce contexte, la décision de se faire stériliser ou non revêt une grande importance personnelle pour les femmes. C'est une décision qui doit être prise avec un consentement éclairé, par opposition à un simple consentement écrit. Le consentement éclairé implique une compréhension et une appréciation de ses droits ainsi que des risques, des conséquences et des alternatives disponibles pour le patient. Un individu doit également être en mesure de prendre une décision concernant la stérilisation de manière libre et volontaire.

Les faits de l'affaire concernant les circonstances dans lesquelles le consentement aurait été obtenu ont mis en évidence des éléments critiques qui ont vicié le consentement éclairé. Tout d'abord, toutes les femmes ont été invitées à signer des formulaires de consentement au cours du travail ; il n'y avait pas de preuves de l'existence d'un conseil adéquat en matière de planification familiale pour expliquer la procédure de stérilisation, sa nature potentiellement irréversible ainsi que les risques et les alternatives avant qu'elle ne soit entreprise ; des abréviations ont été utilisées pour faire référence à la procédure sur les formulaires de consentement et n'ont pas été expliquées aux femmes ; les femmes n'ont pas été informées qu'elles avaient le droit de refuser les procédures ; et les médecins qui ont contresigné les formulaires de consentement n'ont pas expliqué la procédure dans une langue comprise par les femmes. Pour l'une des femmes, une infirmière l'aurait contrainte à signer le formulaire de consentement et elle a été informée qu'elle ne pouvait pas refuser l'opération.

La Cour a observé que l'attitude et les remarques des témoins de l'État concernant les procédures de stérilisation étaient empreintes de paternalisme médical.⁵⁴ Il s'agissait notamment de remarques telles que « BTL offrirait une « solution finale » à la situation difficile des défendeurs » et « le troisième défendeur semblait « un peu fiable en ce qui concerne sa santé et ses soins de vie », comme le montre son histoire. Lorsqu'elle a été examinée par le médecin, la personne interrogée avait fait une fausse couche, avait eu un bébé infecté par le VIH et de nombreux enfants à son âge avancé, et était à nouveau enceinte malgré sa propre séropositivité. *Le médecin a estimé que l'enquêtée serait « mieux aidée » si elle ne tombait pas à nouveau enceinte*'.⁵⁵

Le tribunal a fait référence aux directives éthiques du Conseil des professionnels de la santé de Namibie pour les professionnels de la santé qui reconnaissent l'importance des principes de

⁵² [2014] NASC 19 (Case No SA 49/2012), an appeal from LM and Others v Government of Namibia [2012] NAHC 211.

⁵³ Ibid paragraphe 3.

⁵⁴ Ibid paragraphe 104.

⁵⁵ Ibid paragraphe 81 (c'est nous qui soulignons).

consentement éclairé et d'autodétermination, indiquant qu'un professionnel de la santé doit « appliquer le principe de consentement éclairé comme un processus continu » et qu'il doit « honorer les droits des patients à l'autodétermination ou à faire leurs propres choix éclairés, en vivant leur vie selon leurs propres croyances, valeurs et préférences ». ⁵⁶ Cependant, on a fait valoir que le tribunal a manqué l'occasion d'aborder spécifiquement la nature des informations qui doivent être fournies à un patient avant de prendre la décision de consentir à la stérilisation ⁵⁷, comme le conseille l'Organisation mondiale de la santé (OMS), ⁵⁸ notamment :

- La stérilisation est une procédure chirurgicale ;
- Elle présente à la fois des risques et des avantages ;
- La procédure permettra d'éviter de futures grossesses ;
- La stérilisation est considérée comme une procédure permanente ;
- Le refus de se faire stériliser n'entraîne pas la perte d'avantages sociaux
- Il existe des formes non permanentes de contraception alternative.

Néanmoins, l'importance de l'arrêt postule d'autres obligations importantes imposées aux considérations des praticiens médicaux pour établir le consentement éclairé, telles que s'assurer que le médecin traitant s'est personnellement assuré que le consentement éclairé a été donné par le patient après que les risques, les avantages et les alternatives à la stérilisation ont été explorés, même dans des circonstances où des conseils sur les méthodes de planification familiale au cours des visites prénatales ont été entrepris ; le consentement éclairé à la stérilisation doit être écrit ; les médecins ont le devoir éthique de conserver des dossiers appropriés sur le diagnostic, le consentement, les conseils et les avis donnés aux patients ainsi que sur les diverses interventions médicales à entreprendre et les raisons qui les motivent ; le processus de signature du formulaire de consentement doit être attesté et vérifié par des témoins indépendants ; et lorsqu'un patient ne comprend pas l'anglais, le formulaire de consentement doit comporter une indication confirmant que son contenu a été expliqué au patient dans une langue qu'il comprend.

L'une des principales critiques formulées dans les arrêts est que la Haute Cour et la Cour suprême n'ont pas reconnu la stérilisation forcée ou contrainte des femmes vivant avec le VIH comme une forme de discrimination. Les tribunaux ont rejeté cette demande au motif que les femmes ne s'étaient pas acquittées de leur charge de la preuve. Cependant, il est soutenu qu'à plusieurs reprises au cours des procès, les témoignages des femmes et des témoins de l'État ont présenté un cas *prima facie* de violation de l'article 10 de la Constitution de la République de Namibie, qui garantit l'égalité et l'absence de discrimination. ⁵⁹ Ces preuves comprennent le témoignage de l'un des médecins qui a explicitement mentionné que le statut rétroviral de l'une des femmes avait été pris en compte dans la décision de lui proposer une ligature bilatérale des trompes, ⁶⁰ et le témoignage de l'une des femmes qui a indiqué qu'avant d'être emmenée au bloc opératoire, une infirmière est entrée dans la salle d'accouchement et lui a dit qu'elle serait stérilisée « puisque toutes les femmes séropositives subissent cette procédure ». L'infirmière a ensuite apporté des documents qu'elle devait signer. ⁶¹

Durojaye note que le tribunal n'a pas pris en compte les formes de discrimination intersectionnelles auxquelles les femmes sont confrontées en raison de leur sexe, de leur statut social et de leur

⁵⁶ Ibid paragraphes 96-97.

⁵⁷ CJ Badul & A Strode 'LM and others v Government of the Republic of Namibia: The first sub-Saharan African case dealing with coerced sterilizations of HIV-positive women - Quo vadis?' (2013) African Human Rights LJ 223.

⁵⁹ Critères de recevabilité médicale pour l'adoption et l'utilisation continue de méthodes contraceptives (2010).

⁵⁹ Badul & Strode (note 58 ci-dessus) 223.

⁶⁰ Government of the Republic of Namibia v LM & 2 Others, note 53 ci-dessus, paragraphe 59.

⁶¹ Ibid paragraphe 33.

séropositivité, qui aggravent leur expérience de la discrimination, et affirme qu'une conclusion différente aurait pu être atteinte si le tribunal avait considéré l'intersectionnalité comme un outil analytique.⁶²

Les stérilisations forcées, involontaires ou sous la contrainte ont également visé des femmes en raison d'autres formes de discrimination telles que leur origine ethnique. Dans l'affaire *AS v Hungary*⁶³, le Comité CEDEF a examiné une communication concernant une femme d'origine rom qui, dans le cadre d'une demande d'assistance médicale pour une fausse couche et alors qu'elle se trouvait sur la table d'opération à l'hôpital, a été invitée à signer un formulaire de consentement à une césarienne. Au bas du formulaire se trouvait une note manuscrite du médecin qui disait : « Ayant connaissance de la mort de l'embryon dans mon utérus, je demande fermement ma stérilisation [un terme latin inconnu de l'AS a été utilisé]. Je n'ai pas l'intention d'accoucher à nouveau et je ne souhaite pas non plus être enceinte ».

Avant de quitter l'hôpital, AS a demandé au médecin des informations sur son état de santé et sur le moment où elle pourrait essayer d'avoir un autre enfant. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'elle a appris la signification du mot « stérilisation ».

Le Comité CEDAW, rappelant les dispositions de la recommandation générale 19 du Comité CEDAW sur la violence à l'égard des femmes, a fait observer que « la stérilisation obligatoire ... a des effets négatifs sur la santé physique et mentale des femmes et porte atteinte au droit des femmes de décider du nombre de leurs enfants et de l'espacement des naissances. L'opération de stérilisation a été pratiquée sur l'auteur sans son consentement complet et éclairé et doit être considérée comme l'ayant privée de façon permanente de sa capacité naturelle de reproduction». ⁶⁴

Le Comité CEDAW a réitéré la portée du consentement éclairé dans le contexte de la stérilisation pour inclure un conseil approfondi et la réception d'informations détaillées et spécifiques sur la stérilisation, y compris les risques encourus, les conséquences de la chirurgie et les procédures alternatives de planification familiale.⁶⁵

Le Comité CEDAW a défini les obligations de l'État dans ce contexte comme incluant le devoir de fournir des informations et des conseils appropriés sur la planification familiale et de mettre en place des mécanismes pour s'assurer que les femmes donnent un consentement pleinement éclairé à la stérilisation. Il a déterminé que l'État avait violé les droits suivants prévus par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) :

- L'article 10 qui prévoit que « les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes afin de leur assurer des droits égaux à ceux des hommes en matière d'éducation et, en particulier, pour assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme ... (h) l'accès à des renseignements spécifiques d'ordre éducatif tendant à assurer la santé et le bien-être des familles, y compris l'information et des conseils relatifs à la planification de la famille» .
- L'article 12 qui prévoit que :
 1. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine des soins de santé en vue de

⁶² Durojaye (note 39 ci-dessus).

⁶³ Communication 4/2004 *AS v Hungary* CEDAW Committee (29 August 2006) UN Doc CEDAW/C/36/D/4/2004.

⁶⁴ Ibid paragraphe 11.4 (c'est nous qui soulignons).

⁶⁵ Ibid paragraphes 11.2, 11.3.

leur assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les moyens d'accéder aux services médicaux, y compris ceux qui concernent la planification de la famille.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 ci-dessus, les Etats parties fourniront aux femmes pendant la grossesse, pendant l'accouchement et après l'accouchement, des services appropriés et, au besoin, gratuits, ainsi qu'une nutrition adéquate pendant la grossesse et l'allaitement.

- L'article 16 qui prévoit que :

Les États parties prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme ...

(e) Les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits.

Comme expliqué ci-dessus, le droit de contrôler sa fertilité est implicite dans des dispositions similaires d'autres traités, comme l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme,⁶⁶ qui prévoit le droit au respect de la vie privée et familiale, et l'article 12 sur le droit au mariage, qui inclut le droit de fonder une famille. Dans l'affaire *VC v Slovakia*,⁶⁷ la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a estimé que la stérilisation forcée de VC, une femme rom, « a porté une atteinte grave à son intégrité physique et l'a privée de sa fonction de reproduction »⁶⁸ et a déterminé l'étendue de l'obligation et de la violation de l'État « l'absence (...) de garanties accordant une attention particulière à la santé reproductive de la requérante en tant que femme rom a entraîné un manquement de l'État défendeur à son obligation positive de lui assurer une protection suffisante pour lui permettre de jouir effectivement de son droit au respect de sa vie privée et familiale ».⁶⁹

En analysant l'obligation de l'État qui nécessite l'adoption de lois, de politiques, de lignes directrices et de programmes pour faciliter l'exercice par les femmes de leurs droits en matière de procréation, la Cour a observé que l'exercice du droit de fonder une famille est soumis aux lois nationales des États contractants, mais que toute limitation introduite ne doit pas restreindre ou réduire le droit d'une manière ou à un point tel que l'essence même du droit soit atteinte.⁷⁰

Bien que l'ensemble du banc ne se soit pas prononcé sur la question de la discrimination, le jugement dissident a estimé que la stérilisation de VC violait le droit à l'égalité et à la non-discrimination prévu à l'article 14 de la Convention européenne, car elle avait été contrainte à la stérilisation en raison de son « origine ethnique ».

Il existe sur le continent africain des lois progressistes concernant le consentement à la stérilisation, comme la loi sud-africaine 44 de 1998 sur la stérilisation (la loi de 1998), qui prévoit que le patient demandant la stérilisation doit être âgé de plus de 18 ans et capable de consentir par écrit à la procédure. La loi de 1998 précise que le consentement doit être libre de toute coercition et doit être donné après une explication sans ambiguïté de la procédure proposée, y compris des informations sur son caractère permanent ou réversible. La loi de 1998 prévoit également que le patient doit être informé que son consentement peut être retiré à tout moment avant la réalisation de la stérilisation. Il a été observé que les dispositions de cette loi

⁶⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, telle que modifiée) (CEDH).

⁶⁷ *VC v Slovakia* (App no 18968/07) (2011).

⁶⁸ Ibid paragraphe 116.

⁶⁹ Ibid para 154.

⁷⁰ Ibid 159.

sont complétées par des directives publiées par le Conseil des professions de santé d'Afrique du Sud, qui précisent l'obligation pour un praticien de santé d'obtenir le consentement éclairé d'un patient avant tout traitement.⁷¹

3.3. Accès à la procréation médicalement assistée/technologie de la procréation assistée

Les restrictions législatives et politiques ou l'absence d'orientations législatives spécifiques sur l'accès à la procréation médicalement assistée/technologie de la reproduction assistée (TRA) ont un impact sur les droits des femmes à contrôler leur fertilité.

Les tribunaux ont élaboré la nature des obligations de l'État à cet égard, y compris par exemple le devoir de l'État de promulguer une législation sur la maternité de substitution, comme cela a été déterminé dans l'affaire kenyane *JLN and 2 others v Director of Children's Services and 4 others*.⁷² Dans cette affaire, après l'accouchement de jumeaux par une mère porteuse, la question s'est posée de savoir quel nom devait être inscrit dans les documents nécessaires à l'établissement de l'acte de naissance. Le directeur des services de l'enfance a décidé que les enfants avaient besoin de protection et les a fait placer dans un foyer pour enfants. Ils ont ensuite été remis à la mère porteuse. Les requérants ont intenté une action en justice pour empêcher que les enfants soient placés en vue de leur adoption. Malgré l'absence d'un cadre législatif clair sur la maternité de substitution, le tribunal a pris acte des défis de l'infertilité et de l'importance de la maternité de substitution : « La maternité de substitution n'est plus une question hypothétique. Elle est réelle et de nombreux Kenyans ont recours à la maternité de substitution comme alternative à la parentalité, en particulier ceux qui ne peuvent pas avoir leurs propres enfants pour des raisons médicales ». ⁷³

En outre, la Cour a interprété les dispositions constitutionnelles sur le droit à la santé, y compris la santé reproductive, telles que lues avec les dispositions constitutionnelles sur la reconnaissance et la protection de la famille, comme donnant lieu à une obligation pour l'État de fournir un cadre juridique pour la maternité de substitution. Cependant, la Cour n'a pas émis de recours à cet effet.

L'OMS a défini l'infertilité comme une maladie du système de santé reproductive⁷⁴ et l'a décrite comme un problème de santé mondial.⁷⁵ Malgré leur importance, la prévention et le traitement de l'infertilité restent souvent des questions de santé publique négligées et, dans les pays en développement, la plupart des femmes ne peuvent pas accéder aux services d'infertilité, ou en sont empêchées, en raison du manque de disponibilité et de l'impossibilité de payer ces services.⁷⁶ Ces réalités vécues par les femmes infertiles ont suscité des appels pour que l'accès aux traitements de fertilité soit considéré comme un droit et non comme un privilège.⁷⁷ Il est avancé que le droit de fonder une famille, tel que prévu par la Déclaration universelle des droits de l'homme⁷⁸ implique non seulement que les personnes souffrant d'infertilité ont droit à un traitement, mais aussi que ce traitement est un processus pathologique et non un choix

⁷¹ CJ Badul, A Stode & PP Singh 'Obtaining informed consent for sterilisation in the light of recent case law' (2018) 108(7) *Medicine and the Law* 557.

⁷² [2014] eKLR Petition No 78 of 2014.

⁷³ Ibid 40.

⁷⁴ International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the WHO "Revised glossary of ART terminology" (2009) 92(5) *Fertility and Sterility* 1521.

⁷⁵ Voir WHO 'Infertility is a global public health issue' <<https://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/perspective/en/>>.

⁷⁶ W Cui 'Mother or nothing: the agony of infertility' (2010) 88(12) *WHO Bulletin* 881.

⁷⁷ G Savigny 'IVF should be right not a privilege' (25 January 2017) <<https://www.todayparent.com/getting-pregnant/infertility/ivf-should-be-a-right-and-not-a-privilege/>>.

⁷⁸ DUDH (note 27 ci-dessus).

facultatif réservé aux riches.⁷⁹ Un éventuel litige sur cette question pourrait englober des efforts délibérés pour clarifier l'étendue de l'obligation des États de fournir des services de procréation médicalement assistée accessibles, abordables et de qualité.

L'obligation de l'État de respecter a été élaborée dans l'affaire *Dickson c. Royaume-Uni de la CEDH*.⁸⁰ Les requérants étaient un couple marié qui s'était rencontré par le biais d'un réseau de correspondance carcéral alors qu'ils purgeaient des peines de prison. Le mari avait été condamné pour meurtre et sa libération n'était pas prévue avant 2009. Il n'avait pas d'enfants. Sa femme avait terminé sa peine et avait trois enfants issus d'autres relations. Les requérants ont demandé des installations d'insémination artificielle pour leur permettre d'avoir un enfant ensemble, en faisant valoir que cela ne serait pas possible autrement, compte tenu de la date de libération la plus proche du mari (2009) et de l'âge de sa femme (elle est née en 1958). Le secrétaire d'État a rejeté leur demande, expliquant que, selon sa politique générale, les demandes d'insémination artificielle par des prisonniers ne pouvaient être accordées que dans des « circonstances exceptionnelles ». Les motifs du refus étaient les suivants : la relation des requérants n'avait jamais été mise à l'épreuve dans l'environnement normal de la vie quotidienne, les dispositions prises pour le bien-être de l'enfant qui pourrait être conçu étaient insuffisantes, la mère et l'enfant n'auraient eu qu'un réseau de soutien limité et le père de l'enfant n'aurait pas été présent pendant une partie importante de son enfance. Il a également été considéré que le public pourrait légitimement craindre que les éléments punitifs et dissuasifs de la peine du premier requérant soient contournés s'il était autorisé à engendrer un enfant par insémination artificielle pendant sa détention. La Cour a déterminé que le refus des installations d'insémination artificielle constituait une violation de la vie privée et familiale des requérants en vertu de l'article 8 de la CEDH, qui englobe le droit au respect de leur décision de devenir des parents génétiques.

Scénarios possibles donnant lieu à une cause d'action pouvant faire l'objet d'un litige en vertu de l'art 14(1)(a) du Protocole de Maputo :

- Stérilisation forcée ou contrainte de femmes effectuée dans des hôpitaux privés ou publics ;
- L'incapacité de l'État à promulguer des lois, des politiques ou des règlements spécifiques offrant des garanties procédurales contre la stérilisation forcée ;
- L'incapacité de l'État à fournir des informations précises et opportunes sur les différentes méthodes de planification familiale ;
- L'incapacité de l'État à fournir des services de procréation médicalement assistée accessibles, disponibles, abordables et de qualité ; ou
- L'État adopte des lois, des politiques et des règlements qui visent à créer des obstacles procéduraux, à restreindre ou à limiter l'accès des femmes aux services de procréation médicalement assistée.

⁷⁹ RH Reindollar 'Increasing access to infertility care - What will it take' (2017) 108(4) Fertility and Sterility 600.

⁸⁰ *Dickson c. Royaume-Uni* (App no 44362/04) (2007).

4. Article 14(1)(b) : Le droit de décider d'avoir ou non des enfants, du nombre d'enfants et de l'espacement des naissances. _____●

4.1. Portée du droit

Ce droit est triple puisqu'il inclut le droit de décider si l'on veut avoir des enfants, combien d'enfants et l'espacement des naissances. Ce droit est intrinsèquement lié à l'autonomie des femmes, qui englobe le droit à la dignité et le droit de la femme de prendre des décisions personnelles sans interférence d'acteurs étatiques ou non étatiques.⁸¹

A cet égard, l'Observation générale n°2 stipule :⁸²

Les lois, politiques, procédures et pratiques administratives, ainsi que les normes et attitudes socioculturelles qui entravent l'accès à la planification familiale/contraception, enfreignent le droit de la femme à la vie, à la non-discrimination et à la santé, en ce qu'elles la privent de son pouvoir de décision et la contraignent à subir une grossesse précoce, à risque, ou non désirée, avec pour conséquences, la tentation d'avoir recours à un avortement non sécurisé, au péril de sa santé et de sa vie.

Ainsi, tout acte ou omission interférant avec le pouvoir de décision d'une femme à cet égard constituerait une violation.

L'article 14, paragraphe 1, point b), impose à l'État l'obligation générale de respecter, de protéger, de promouvoir et de mettre en œuvre les droits conférés concernant la décision d'avoir ou non des enfants, le nombre d'enfants et l'espacement des naissances.

L'obligation de respect exige que les États s'abstiennent d'interférer avec ces pouvoirs de décision. Les États ne peuvent donc pas imposer aux femmes l'obligation d'avoir des enfants, d'avoir un certain nombre d'enfants (ou de limiter le nombre d'enfants) ou de dicter l'espacement des enfants.

En ce qui concerne l'obligation de protéger, l'État est tenu de veiller à ce que des tiers n'interfèrent pas avec la décision des femmes d'avoir des enfants, le nombre d'enfants et l'espacement des naissances. Cette obligation exige des États qu'ils veillent à ce que les lois, les politiques, les normes et les directives protègent le droit des femmes à décider en leur donnant accès aux informations et aux services de planification familiale, à l'avortement sans risque et à la contraception.

En ce qui concerne l'obligation de promouvoir, les États sont tenus de veiller à ce que les conditions juridiques, économiques et sociales permettent aux femmes d'exercer ces droits sans stigmatisation ni discrimination. De même, l'obligation de mettre en œuvre requiert des États qu'ils adoptent des lois, des politiques, des directives et des programmes qui facilitent la capacité des femmes à exercer ces droits. Ainsi, les lois, politiques, lignes directrices et programmes doivent permettre et faciliter la prise de décision des femmes sur l'opportunité d'avoir des enfants, le nombre d'enfants et l'espacement des naissances. Toute loi, politique ou pratique qui ne permet pas, ou interfère avec, une telle prise de décision équivaldrait à une violation.

⁸¹ CADHP "Observation générale n° 2" (note 2 ci-dessus), paragraphe 24.

⁸² Ibid paragraphe 27.

5. Article 14(1)(c) : Droit de choisir toute méthode de contraception

5.1. Portée du droit de choisir toute méthode de contraception

Le droit de choisir toute méthode de contraception donne aux femmes le droit de décider si, comment et quand avoir des enfants.

Le respect de ce droit oblige les États à s'abstenir d'interférer avec le choix des femmes en matière de contraception. Les États sont également tenus de respecter ce droit en s'abstenant d'interférer avec l'accès à l'information sur les méthodes contraceptives.⁸³

En ce qui concerne l'obligation de protéger le droit, les États doivent prendre des mesures pour empêcher des tiers d'interférer avec le droit de choisir une méthode de contraception. Les États doivent donc veiller à ce que les tiers ne contraignent pas, ne forcent pas ou n'entravent pas l'accès à la contraception.⁸⁴

En ce qui concerne la promotion du droit de choisir une méthode de contraception, les États sont tenus de veiller à ce que les informations sur les méthodes contraceptives soient exactes, accessibles et disponibles. Les États sont également tenus de veiller à ce que les conditions sociales, politiques, économiques et culturelles ne stigmatisent pas les femmes qui ont recours à la contraception, ou à l'utilisation d'une méthode de contraception particulière, ni ne les discriminent. Les États sont tenus, en vertu de l'obligation de mettre en œuvre, de veiller à ce que cette décision reste celle de la femme, et les lois, politiques, directives et programmes doivent faciliter et permettre aux femmes de faire ce choix, en mettant à leur disposition toutes les informations nécessaires.⁸⁵

L'obligation de mise en œuvre exige également de l'État qu'il veille à ce que les ressources financières nécessaires soient allouées à la fourniture de la contraception afin que les femmes puissent exercer librement leur droit de choisir une méthode de contraception.⁸⁶

5.2. Violations du droit de choisir toute méthode de contraception

Il y a eu quelques cas où des tribunaux et des mécanismes de défense des droits de l'homme ayant des fonctions quasi-judiciaires ont traité des affaires de violation du droit de choisir n'importe quelle méthode de contraception.

L'affaire *Falcon Maria Liliana v Hospital 'Vidal' of the City of Corrientes and the Ministry of Public Health of Corrientes and the Province of Corrientes Re: Amparo*⁸⁷ est l'un de ces exemples où une requérante a contesté la décision des autorités hospitalières d'exiger l'approbation du tribunal pour une ligature des trompes à la naissance de son septième enfant dont elle était enceinte. En outre, il existait en Argentine une loi qui interdisait aux professionnels de la santé de « pratiquer des opérations de stérilisation sans indication thérapeutique clairement spécifiée ». Il était donc d'usage de demander l'autorisation du tribunal pour la ligature des trompes chez les femmes adultes « valides et bioéthiquement compétentes ».

⁸³ Ibid paragraphe 42.

⁸⁴ Ibid paragraphe 43.

⁸⁵ Ibid paragraphe 44.

⁸⁶ Ibid paragraphe 45.

⁸⁷ Expediente No 25438/05 Superior Tribunal de Justicia de Corrientes (traduction anglaise de l'arrêt < <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/07/Falcon-Mar00EDa-Liliana-v-Hospital-Vidal-Argentina-2006-English.pdf>>).

La Cour a estimé que toute décision de limiter la procréation prise par une femme aux ressources limitées et en pleine possession de ses moyens, qui décide librement de subir une procédure de ligature des trompes, constitue une violation du droit à la planification familiale. En outre, la Cour a estimé qu'il est de l'obligation de l'État de garantir la réalisation du droit à la planification familiale.

Dans l'affaire 43/2005 (XI.14), la Cour constitutionnelle de Hongrie⁸⁸ s'est penchée sur la question de la constitutionnalité du décret 12/1987 (VIII. 19.) du ministre de la Santé sur la stérilisation qui imposait certaines restrictions (le demandeur devait être âgé de plus de 35 ans ou avoir trois enfants de sang) à une personne demandant une stérilisation à des fins de planification familiale. Le premier requérant a affirmé que les règlements violaient, tant sur le plan de la procédure que sur le fond, l'article 8(2) (garantissant la protection des droits fondamentaux) et l'article 54(1) (garantissant le droit à la vie et à la dignité) de la Constitution hongroise parce que les règlements (1) affectaient les droits fondamentaux mais avaient été promulgués sans loi du Parlement et (2) imposaient des règlements arbitraires sur « l'âge et le nombre d'enfants » requis pour qu'un demandeur puisse obtenir une procédure de stérilisation.

Dans le cadre de sa réflexion sur les obligations de l'État, la Cour a estimé que « l'État ne peut pas interdire la stérilisation visant à empêcher la naissance d'enfants ou d'autres enfants conformément à leur propre conception de la vie, ou sur la base de leur situation sociale et financière ».⁸⁹

Le tribunal a également estimé que :

En ce qui concerne les personnes qui peuvent prendre des décisions responsables et raisonnablement informées sur leur vie familiale, leur vie sexuelle, ainsi que sur la contraception et le fait d'avoir des enfants, l'État ne peut interdire la stérilisation visant à empêcher la naissance d'enfants ou d'autres enfants conformément à leur propre conception de la vie, ou sur la base de leur situation sociale et financière.

Il découle du droit à l'autodétermination que l'État ne peut pas se substituer à la population pour choisir entre les méthodes et les moyens de contraception et pour évaluer les avantages et les inconvénients ; ce serait un paternalisme injustifié. Ce qui est une charge sérieuse pour certaines personnes peut ne pas être un inconvénient pour d'autres, et les réglementations étatiques ne peuvent donc pas définir une solution également « avantageuse » pour tous les individus.

Dans le cadre de l'enquête *CEDAW concernant les Philippines*⁹⁰, le Comité CEDAW s'est penché sur les allégations de violations graves et systématiques des droits garantis par la CEDAW résultant de la mise en œuvre de l'ordre exécutif n° 0032 émis par l'ancien maire de la ville de Manille, Jose L Atienza Junior, le 29 février 2000, qui régissait la fourniture de droits, de services et de produits en matière de santé sexuelle et génésique dans la ville de Manille. Le décret rappelle le caractère sacré de la vie et la protection de la vie de la mère et de l'enfant à naître, tels qu'ils sont inscrits dans la Constitution des Philippines, et déclare que la ville de Manille adoptera une « position positive sur les questions relatives à la vie et à la parentalité responsable ». Elle prévoit également que la ville de Manille doit « promouvoir la parentalité responsable et soutenir la planification familiale naturelle, non seulement comme une méthode mais aussi comme un moyen de prendre conscience de soi en promouvant la culture de la vie, tout en

⁸⁸ Traduction anglaise < https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/09/Decision_43_2005-XI.-14..pdf >.

⁸⁹ Para 4.

⁹⁰ Comité CEDAW " Résumé de l'enquête concernant les Philippines en vertu de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes " (22 avril 2015) CEDAW/C/OP.8/PHL/1.

décourageant l'utilisation de méthodes artificielles de contraception telles que les préservatifs, les pilules, les dispositifs intra-utérins, la stérilisation chirurgicale et autres ».⁹¹ Par conséquent, sa mise en œuvre continue dans la pratique a gravement limité l'accès des femmes aux services de santé sexuelle et reproductive et a effectivement abouti à une interdiction des contraceptifs modernes dans la ville de Manille.

Le comité CEDAW s'est référé à sa recommandation générale n° 21, qui observe que le nombre et l'espacement des enfants ont un impact sur la vie des femmes et affectent également leur santé physique et mentale, ainsi que celle de leurs enfants et que, pour ces raisons, les femmes ont le droit de décider du nombre et de l'espacement de leurs enfants.⁹²

Le Comité CEDAW a constaté que la poursuite de la mise en œuvre du décret avait des conséquences néfastes pour les femmes économiquement défavorisées et les enfonçait encore plus dans la pauvreté en les privant de la possibilité de contrôler et d'espacer le nombre de leurs enfants.⁹³

En outre, le Comité CEDAW a observé qu'en raison de la mise en œuvre du décret, les femmes et les adolescentes n'ont pas eu accès à des informations adéquates sur les méthodes modernes de contraception et/ou ont été constamment mal informées sur les risques, les effets secondaires et les avantages de la contraception moderne, compromettant ainsi leur santé reproductive⁹⁴, et a estimé que l'État des Philippines a violé ses obligations en vertu de l'article 10(h) de la CEDAW en ne donnant pas accès à une éducation en matière de santé, y compris des conseils sur la planification familiale.⁹⁵ Cette disposition est similaire à l'article 14(1)(f) du Protocole de Maputo sur le droit à l'éducation en matière de planification familiale, et dans le cadre de faits similaires, les plaideurs peuvent s'appuyer sur cette disposition pour étayer leurs arguments sur les violations des droits reproductifs garantis par le Protocole de Maputo.

Scénarios possibles donnant lieu à une cause d'action pouvant faire l'objet d'un litige en vertu de l'art 14(1)(c) du Protocole de Maputo :

- Manque d'accès à certaines méthodes de contraception (limitant ainsi le choix) ;
- Stigmatisation et discrimination concernant certaines méthodes contraceptives ;
- Les cas où les méthodes contraceptives sont imposées (sciemment ou non) aux femmes ou aux filles ;
- Contraception forcée ; ou
- Des informations inexactes concernant la contraception.

⁹¹ Ibid paragraphe 2.

⁹² Comité CEDAW " Recommandation générale n° 21 : Égalité dans le mariage et les rapports familiaux " (treizième session (1994)), paragraphe 23.

⁹³ Comité CEDAW (note 92 ci-dessus) paragraphe 13.

⁹⁴ Ibid paragraphe 38.

⁹⁵ Ibid.

6. Article 14(1)(d) : Droit à l'autoprotection et à la protection contre les infections sexuellement transmissibles, y compris le VIH/SIDA —————●

Cette disposition est interprétée comme faisant référence à l'obligation générale des États de créer un environnement juridique et social favorable, qui permette aux femmes d'être en mesure de réaliser pleinement et librement leur droit à l'autoprotection et à la protection.⁹⁶

Le droit à l'autoprotection et le droit d'être protégé contre les IST, y compris le VIH/sida, présupposent le droit des femmes à accéder à l'information, à l'éducation et aux services de santé sexuelle et génésique.⁹⁷

6.1. Portée du droit

L'article 14(1) garantit le droit des femmes à l'autoprotection ainsi que le droit d'être protégées contre les IST. Le droit à l'autoprotection contre les IST signifie que les femmes doivent pouvoir accéder aux informations et aux services qui leur permettront de se protéger contre les IST. Le droit à la protection contre les IST signifie que les femmes ont le droit d'être protégées des IST par l'État à travers ses lois, ses politiques, ses programmes et ses initiatives.⁹⁸

Ces droits sont essentiels si l'on considère que les femmes en Afrique continuent d'être touchées de manière disproportionnée par le VIH. Comme le décrivent judicieusement Babul et Strode, « trois facteurs caractérisent l'épidémie de VIH en Afrique subsaharienne : son visage féminin, les conséquences qu'elle a sur les services de santé sexuelle et reproductive (en particulier ceux fournis aux femmes) et la discrimination omniprésente dont sont victimes les personnes infectées ».⁹⁹

Selon le rapport Données 2018 du Programme commun des Nations unies sur le VIH/sida (ONUSIDA), 53% des personnes vivant avec le VIH/sida vivent en Afrique orientale et australe.¹⁰⁰ Parmi celles-ci, 56 % sont des femmes.¹⁰¹ En outre, les femmes ont formé 59% des nouvelles infections en Afrique subsaharienne.¹⁰² Ce constat est d'autant plus inquiétant que, à l'échelle mondiale, 90 000 hommes de plus que de femmes ont été infectés par le VIH.¹⁰³

Ce droit peut être décomposé en plusieurs droits constitutifs :

6.1.1. Le droit à l'information et à l'éducation

L'objectif de l'information et de l'éducation dans le contexte du droit à l'autoprotection est de « veiller à ce que les gens, où qu'ils soient, et en particulier les jeunes, sachent ce qu'ils doivent faire pour éviter l'infection ».¹⁰⁴ L'information et l'éducation doivent renseigner les gens sur

⁹⁶ CADHP 'Observations générales n° 1 sur l'article 14 (1) (d) et (e) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique' (6 novembre 2012) para 10.

⁹⁷ Ibid paragraphe 11.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Babul & Strode (note 58 ci-dessus) 214.

¹⁰⁰ Le Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida (ONUSIDA) Données 2018 (2018) 5.

¹⁰¹ Ibid 5.

¹⁰² Ibid 6.

¹⁰³ Ibid 6.

¹⁰⁴ Déclaration d'engagement de l' AGNU sur le VIH/SIDA (25 - 27 juin 2001) 1.

les modes de transmission de la maladie, les méthodes contraceptives qui peuvent les aider à se protéger, les médicaments qui contribuent à la prévention tels que la prophylaxie pré et post-exposition, leur droit au dépistage volontaire et confidentiel, entre autres. Elle doit être dispensée dans différentes langues locales afin d'être comprise par les femmes de diverses communautés.¹⁰⁵

L'observation générale n° 1 de la Commission prévoit ce qui suit concernant le type d'information auquel les personnes ont droit en vertu de cet article :¹⁰⁶

Le contenu doit être fondé sur des preuves, des faits, des droits, ne pas porter de jugement et être compréhensible dans son contenu et son langage. Ces informations et cette éducation doivent aborder tous les tabous et idées fausses relatifs aux questions de santé sexuelle et génésique, déconstruire les rôles des hommes et des femmes dans la société et remettre en question les notions conventionnelles de masculinité et de féminité qui perpétuent des stéréotypes nuisibles à la santé et au bien-être des femmes.

6.1.2. Le droit d'accéder aux services et aux moyens de prévention

Les services qui sont importants pour l'autoprotection et la protection contre les IST comprennent des conseils volontaires et confidentiels.¹⁰⁷ Les moyens de prévention, quant à eux, comprennent l'accès aux préservatifs, aux lubrifiants et aux aiguilles et seringues stériles, ainsi que les efforts de réduction des risques liés à la consommation de drogues.¹⁰⁹

6.1.3. Le droit à une égale protection de la loi

Cette protection est assurée par des lois et des politiques qui permettent aux femmes d'exercer leur droit de contrôler leur sexualité et d'accroître ainsi leur capacité à se protéger contre les IST, y compris le VIH/sida.¹¹⁰ Cela inclut des lois qui :

- Veiller à ce que les femmes puissent exercer leur droit d'accès aux services de santé génésique sans discrimination ni violence ;¹¹¹
- Créer un environnement favorable à l'émancipation économique des femmes et, ce faisant, leur permettre d'atteindre l'indépendance économique ;¹¹²
- Éliminer toutes les formes de discrimination, d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle (y compris les pratiques traditionnelles préjudiciables, les abus sexuels, le viol et la traite) ;¹¹³ et
- Éliminer la discrimination et la stigmatisation associées aux IST. La stigmatisation liée au VIH/sida, en particulier, qui non seulement viole les droits de l'homme, mais empêche également les femmes de se protéger contre la maladie car elle les décourage d'utiliser des mesures de prévention telles que les préservatifs.¹¹⁴

¹⁰⁴ Déclaration d'engagement de l'AGNU sur le VIH/SIDA (25 - 27 juin 2001) 1.

¹⁰⁵ Déclaration politique sur le VIH/sida de l'Assemblée générale des Nations unies (15 juin 2006) A/RES/60/262, paragraphe 22.

¹⁰⁶ CADHP "Observations générales n° 1" (note 98 ci-dessus), paragraphe 26.

¹⁰⁷ Déclaration d'engagement de l'AGNU sur le VIH/sida (note 106 ci-dessus), paragraphe 19.

¹⁰⁸ UN Development Programme (UNDP) Legal protections against HIV-related human rights violations: Experiences and lessons learned from national HIV laws in Asia and the Pacific (2013) 44.

¹⁰⁹ Déclaration politique sur le VIH/sida de l'Assemblée générale des Nations unies (note 107 ci-dessus), paragraphe 22.

¹¹⁰ Ibid paragraphe 30.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid paragraphe 31.

¹¹⁴ Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et Manuel de l'ONUSIDA sur le VIH et les droits de l'homme Guide pratique à l'intention des institutions nationales des droits de l'homme (2007) 12.

7. Article 14(1)(e) : Droit d'être informé sur son état de santé et sur celui de son partenaire, en particulier s'il est atteint d'une infection sexuellement transmissible, y compris le VIH/sida, conformément aux normes et aux meilleures pratiques internationalement reconnues.

Le droit d'être informé sur son état de santé comprend le droit des femmes d'accéder à des informations adéquates, fiables, non discriminatoires et complètes sur leur santé. Cela implique également l'accès aux procédures, technologies et services permettant de déterminer leur état de santé. Dans le contexte du VIH, ce droit comprend, sans s'y limiter, l'accès au conseil et au dépistage du VIH, à la numération des CD4,¹¹⁵ à la charge virale, au dépistage de la tuberculose et du cancer du col de l'utérus.¹¹⁶

L'article 14(1)(d) et (e) impose quatre séries d'obligations générales aux États parties, à savoir respecter, protéger, promouvoir et réaliser.

L'obligation de respecter les articles 14(1)(d) et (e) exige que les États s'abstiennent d'interférer directement ou indirectement avec les droits à l'autoprotection et à la protection, et le droit d'être informé sur son état de santé et celui de son partenaire.¹¹⁷

L'obligation de protéger en relation avec les articles 14(1)(d) et (e) exige que les États prennent des mesures qui empêchent les tiers d'interférer avec ces droits.¹¹⁸

L'obligation de promouvoir en relation avec les articles 14(1)(d) et (e) requiert des États qu'ils créent les conditions juridiques, sociales et économiques qui permettent aux femmes d'exercer leurs droits en matière de santé sexuelle et reproductive. Cela implique de s'engager dans des activités de sensibilisation, de mobilisation communautaire et de formation des travailleurs de la santé et des chefs religieux, traditionnels et politiques sur l'importance du droit à la protection et à être informé de son statut et de celui de son partenaire.¹¹⁹

L'obligation de mettre en œuvre les articles 14(1)(d) et (e) exige que les États adoptent toutes les mesures nécessaires, y compris l'allocation de ressources adéquates, pour la pleine réalisation du droit à l'autoprotection et à la protection et du droit d'être informé sur son état de santé et celui de son partenaire.¹²⁰

Les violations des articles 14(1)(d) et (e) se situent principalement dans le domaine de la criminalisation générale de la transmission du VIH ainsi que du dépistage et de la divulgation obligatoires et d'autres formes de coercition du VIH.

¹¹⁵ Le taux de CD4 est une mesure de la force du système immunitaire. Disponible sur <https://www.unaids.org/en/keywords/guideline-0>

¹¹⁶ CADHP "Observations générales n° 1" (note 98 ci-dessus), paragraphe 13.

¹¹⁷ Ibid paragraphe 21.

¹¹⁸ Ibid paragraphe 22.

¹¹⁹ Ibid paragraphe 23.

¹²⁰ Ibid paragraphe 24.

7.1. Criminalisation de la transmission du VIH

La mise en œuvre de mesures visant à lutter contre la pandémie mondiale de VIH/sida a conduit de plus en plus à réglementer la vie sexuelle des personnes vivant avec le VIH¹²¹ et à promulguer des lois et un droit pénal spécifiques au VIH afin de poursuivre les personnes vivant avec le VIH qui ont ou sont censées faire courir à d'autres le risque de contracter le VIH.¹²² Plus de 25 pays d'Afrique ont adopté des lois qui permettent explicitement de criminaliser la non-divulgaration, l'exposition ou la transmission du VIH.¹²³ Alors que la santé publique est la force motrice de la prévention de la transmission du VIH, la criminalisation¹²⁴ du VIH a suscité une inquiétude croissante et des controverses idéologiques parmi les personnes vivant avec le VIH, les acteurs des droits de l'homme et le secteur de la santé publique ainsi que la communauté juridique. D'une part, la force motrice derrière l'application de sanctions pénales est la nécessité de répondre aux préoccupations sérieuses et légitimes concernant la propagation rapide du VIH dans de nombreux pays, associée à ce qui est perçu comme un échec des efforts de prévention.¹²⁵ D'autre part, les recherches suggèrent que la criminalisation de l'exposition au VIH ou de sa transmission a peu de chances de prévenir de nouvelles infections et peut avoir de nombreuses conséquences négatives potentielles tant pour la santé publique que pour les droits de l'homme.¹²⁶ En outre, la criminalisation perpétue la stigmatisation des personnes vivant avec le VIH, accroît la discrimination, sape les efforts de santé publique pour répondre au VIH au niveau de la population et met en danger la santé et les droits de l'homme des personnes vivant avec le VIH.¹²⁷

En Afrique, les femmes représentent 59 % des adultes vivant avec le VIH.¹²⁸ En outre, trois nouvelles infections sur quatre chez les adolescents âgés de 15 à 19 ans concernent des filles. Les jeunes femmes âgées de 15 à 24 ans sont deux fois plus susceptibles de vivre avec le VIH que les hommes.¹²⁹ Les risques et l'impact disproportionnés du VIH sur les femmes sont évidents, d'où la nécessité de mettre en place des mesures pour remédier à l'effet disproportionné de la pandémie de VIH sur la vie des femmes.¹³⁰ L'antithèse de cela est l'impact des conséquences négatives potentielles auxquelles les femmes sont confrontées en raison de leur statut VIH dans le contexte de la criminalisation du VIH.

La réalité de la criminalisation de la transmission du VIH est qu'elle opprime les femmes au lieu de les protéger. Étant donné que les femmes se rendent plus régulièrement dans les établissements de santé et sont plus susceptibles de connaître leur statut dans le cadre de l'accès aux soins prénataux, c'est sur elles que pèse la charge de la non-divulgaration et le risque de sanctions pénales. D'autres lois pénales incluent les femmes enceintes dans leur champ d'application en punissant tout acte dont une personne séropositive peut "raisonnablement prévoir" qu'il transmettra le VIH à une autre personne. Cela signifie que le fait de tomber enceinte tout en vivant avec le VIH peut être un motif d'emprisonnement.¹³¹

¹²¹ E Mykhalovskiy 'The public health implications of HIV criminalization : past, current, and future research directions' (2015) 25(4) *Critical Public Health* 373.

¹²² UNAIDS 'Criminalisation of HIV Non-Disclosure, Exposure and Transmission: Background and Current Landscape' (February 2012) 5.

¹²³ CADHP & ONUSIDA 'Le VIH, le droit et les droits de l'homme dans le système africain des droits de l'homme : Principaux défis et opportunités pour des réponses fondées sur les droits' (2018) 8.

¹²⁴ La criminalisation du VIH désigne l'application générale du système de justice pénale à la non-divulgaration, l'exposition ou la transmission du VIH par des personnes infectées, indépendamment de l'intention de nuire.

¹²⁵ R Jürgens et al '10 Reasons Why Criminalization of HIV Exposure or Transmission is Bad Public Policy' (2008) < <https://www.hivpolicy.org/Library/HPP001521.pdf> >.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Canadian Federation of Medical Students 'Position Paper: Criminalization of HIV' (2014) 2.

¹²⁸ UNAIDS *Fact Sheet: World AIDS Day 2018* (2018).

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ CADHP "Observation générale n° 1" (note 98 ci-dessus).

¹³¹ F Barré-Sinoussi et al 'Expert consensus statement on the science of HIV in the context of criminal law' (July 2018) 21(7) *J of the Int Aids Society* <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/jia2.25161>> Également discuté dans 'Position Paper' de Canadian Federation of Medical Students: Criminalization of HIV' (2014) 2-3.

L'inaptitude à adopter une approche de criminalisation est encore démontrée par le fait que les lois pénales n'ont pas réussi à reconnaître et à prendre en compte les avancées médicales et scientifiques dans la gestion du SIDA. Une infection par le VIH n'est plus considérée comme une condamnation à mort et, grâce à un traitement efficace, le risque de transmission aux partenaires sexuels est considérablement réduit. En outre, le succès de la thérapie antirétrovirale a favorisé le développement de diverses options de prévention telles que la prophylaxie post-exposition (PPE), la prophylaxie pré-exposition (PrEP) et la thérapie pour la prévention de la transmission mère-enfant.

L'affaire *EL v The Republic*¹³² du Malawi concernait l'appel de la condamnation d'une femme par une juridiction inférieure pour avoir illégalement, par négligence et en connaissance de cause, propagé le VIH en allaitant un bébé de cinq mois.¹³³ EL a été condamnée en vertu du code pénal du Malawi qui criminalise la transmission de maladies dangereuses, dont le VIH. Il a été estimé que le cadre de l'infraction est large, vague et peut être interprété comme attribuant une responsabilité pénale aux femmes vivant avec le VIH pour le simple fait d'allaiter leurs enfants.¹³⁴

Au moment de l'infraction présumée, EL était sous traitement antirétroviral.¹³⁵ L'attention de la Haute Cour a été attirée sur l'affirmation de la sécurité et de l'opportunité de l'allaitement maternel pour les femmes vivant avec le VIH, notamment les Directives de l'OMS sur le VIH et l'alimentation des nourrissons.¹³⁶

En rejetant la condamnation initiale, la cour a opiné :¹³⁷

Il a été avancé que la transmission intentionnelle d'une maladie infectieuse devrait être différenciée des cas où une personne n'est pas consciente de son statut VIH. Cependant, cette cour souscrit à l'opinion selon laquelle le droit pénal ne devrait pas être appliqué aux cas où il n'y a pas de risque significatif de transmission ou lorsque la personne ne savait pas qu'elle était séronégative, ne comprenait pas comment le VIH se transmet, n'a pas révélé sa séropositivité par peur de la violence ou d'autres conséquences négatives graves. Les systèmes juridiques devraient s'assurer que leur application à de tels cas est conforme à leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme.

Le tribunal a affirmé que l'objectif de la loi était de protéger les personnes vivant avec le VIH contre « les conséquences injustes de la panique publique ».¹³⁸

La recherche postule que l'injustice de la criminalisation est évidente dans le fait que la culpabilité mentale n'est pas toujours prise en compte dans la détermination de la responsabilité pénale et que les défenses contre les accusations de non-divulgence du VIH, telles que l'utilisation d'un préservatif, une charge virale « faible », des rapports sexuels sans pénétration ou des rapports sexuels oraux, ne sont pas toujours prises en compte. En outre, l'exigence de preuve de la transmission ne répond pas aux normes actuelles du droit pénal ; par exemple, les preuves phylogénétiques du VIH, la numération des CD4, la charge virale et les algorithmes de tests d'infection récente ne peuvent pas prouver de manière concluante que le VIH a été transmis de la personne A à la personne B ; par conséquent, ces preuves ne peuvent pas prouver de manière concluante la chronologie ni la direction de la transmission.¹³⁹

¹³² In the High Court of Malawi (Criminal Case No 36 of 2016).

¹³³ Ibid paragraphe 1.1.

¹³⁴ SA Karim 'Malawian High Court narrows scope of HIV Criminalisation Laws' (10 October 2017) <<https://www.groundup.org.za/article/malawian-high-court-narrows-scope-hiv-criminalisation-laws/>>.

¹³⁵ Note 134 ci-dessus, paragraphe 2.4.

¹³⁶ (2010), tel que mis à jour par les Directives de l'OMS sur le VIH et l'alimentation du nourrisson (2016).

¹³⁷ Note 134 ci-dessus, paragraphe 4.17.

¹³⁸ Ibid paragraphe 4.20.

¹³⁹ Canadian Federation of Medical Students (note 129 ci-dessus) 2-3.

L'approche alternative à une criminalisation large de la transmission du VIH consiste à limiter la responsabilité aux cas où il est prouvé qu'il y a eu intention malveillante de transmettre le virus du VIH. Cela ne nécessite pas de législation spécifique liée au VIH en particulier.¹⁴⁰ Le juge Cameron, par exemple, recommande une approche de « normalisation » - une application du droit pénal normal aux comportements flagrants qui cherchent intentionnellement à propager le VIH, tout en rejetant les poursuites et les lois qui ciblent le statut VIH pour un traitement exceptionnel.¹⁴¹ Cette approche est conforme aux recommandations de l'ONUSIDA et du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), telles qu'élaborées dans la note d'orientation sur la criminalisation de la transmission du VIH¹⁴², qui appelle les gouvernements à limiter l'application du droit pénal aux cas réels de transmission intentionnelle, c'est-à-dire lorsqu'une personne connaît sa séropositivité, agit dans l'intention de transmettre le VIH et le transmet effectivement.¹⁴³ La note d'orientation a fixé le seuil de la responsabilité pénale à la « transmission intentionnelle du VIH » afin de garantir que seuls les cas réellement blâmables fassent l'objet de poursuites et d'éviter une application trop large du droit pénal qui pourrait nuire aux objectifs de santé publique et aux droits de l'homme.¹⁴⁴

7.2. Dépistage obligatoire et autres formes de dépistage coercitif du VIH

Le dépistage obligatoire, contraint ou forcé concerne le dépistage obligatoire de personnes sans leur consentement éclairé, en violation des principes éthiques et des droits de l'homme établis qui mettent l'accent sur le dépistage volontaire respectant le choix personnel.¹⁴⁵ Il s'agit d'une violation du droit à l'autonomie en relation avec le droit à la santé, qui implique le droit d'un individu à prendre des décisions concernant son corps sans coercition ni violence, et le droit d'un individu à ne pas subir de traitement médical ou d'expérimentation non consensuels.¹⁴⁶ Bien que le droit à l'autonomie ne soit pas explicitement mentionné dans le Protocole de Maputo, il est implicitement lié à d'autres droits de l'homme¹⁴⁷ tels que le droit à la liberté,¹⁴⁸ le droit à la dignité,¹⁴⁹ le droit à l'intégrité corporelle¹⁵⁰ et la sécurité de la personne.¹⁵¹

Les pratiques de dépistage obligatoire et forcé du VIH dans les pays d'Afrique ont suscité des inquiétudes quant aux atteintes à la vie privée et à la confidentialité.¹⁵² De tels cas ont été signalés dans le cadre de tests pré-nuptiaux, de demandes de visas, d'examens préalables à l'embauche, de demandes de bourses d'études ou de recherche, d'assurances ou de prêts bancaires, ainsi que pour les travailleurs du sexe ou le personnel militaire.¹⁵³

¹⁴⁰ J Phillips 'Associations Between the Legal Context of HIV, Perceived Social Capital, and HIV Antiretroviral Perceived Social Capital, and HIV Antiretroviral Adherence in North America' (2013) 13 BMC Public Health 736.

¹⁴¹ E Cameron 'Criminalization of HIV transmission: poor public health policy' (December 2009) 14(2) Canadian HIV/AIDS Legal Network, HIV/AIDS Policy & Law Review 64.

¹⁴² ONUSIDA & PNUD 'Criminalisation de la transmission du VIH' (2008).

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ A van Eerdewijk, M Kamunyu, L Nyirinkindi, R Sow, M Visser & E Lodenstein (KIT, Royal Tropical Institute) The State of African Women Report (2018) 294.

¹⁴⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) "Observation générale n° 14 sur le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint" (11 août 2000) UN Doc E/C/12/2000/4.

¹⁴⁷ C Shalev 'Rights to sexual and reproductive health : The International Conference on Population and Development and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women' (2000) 4 Health and Human Rights 46.

¹⁴⁸ La Charte (note 14 ci-dessus) art 6.

¹⁴⁹ La Charte ibid art 5, le Protocole de Maputo (note 1 ci-dessus) art 3.

¹⁵⁰ La Charte ibid art 4, le Protocole de Maputo ibid art 4.

¹⁵¹ La Charte ibid art 6, le Protocole de Maputo ibid art 4.

¹⁵² ACHPR & ONUSIDA (note 125 ci-dessus) 7.

¹⁵³ van Eerdewijk, Kamunyu, Nyirinkindi, Sow, Visser & Lodenstein (KIT, Royal Tropical Institute) (note 148 ci-dessus) 294.

¹⁵⁴ CADHP & ONUSIDA (note 125 ci-dessus) 7.

De la même manière que la dynamique sexuée de l'attribution de la criminalité à l'allaitement, le dépistage obligatoire du VIH présente également un risque important de violation des droits des femmes, en particulier des femmes enceintes qui sont soumises de manière disproportionnée au dépistage du VIH sans mesures claires pour assurer leur sécurité et leur protection contre les abus. Malgré les arguments en faveur du dépistage obligatoire du VIH chez les femmes enceintes, fondés sur l'intérêt de la santé publique pour prévenir la transmission du VIH aux enfants à naître, il est estimé que de telles mesures ne répondent pas aux critères de proportionnalité, de nécessité et de justification pour justifier la violation des droits humains des femmes enceintes, tels que le droit à l'autonomie, à la non-discrimination et à la santé, y compris la santé reproductive.¹⁵⁵

En outre, les travailleurs du sexe font souvent l'objet de poursuites pénales liées à la transmission d'IST, dont le VIH, et sont contraints de se soumettre à un dépistage obligatoire du VIH.¹⁵⁶ Comme le travail du sexe est largement criminalisé dans la majorité des pays africains, les travailleurs du sexe qui sont confrontés à des niveaux élevés de stigmatisation, de discrimination, de violence, d'extorsion, d'abus sexuels et de viols de la part de leurs clients, de leurs partenaires intimes et des responsables de l'application de la loi, sont confrontés à un risque exponentiel d'infection par le VIH,¹⁵⁷ ce qui équivaut à des violations du droit à l'autoprotection et à la protection contre les IST, y compris le VIH/sida, comme le stipule l'article 14(1)(d).

Scénarios possibles donnant lieu à une cause d'action pouvant faire l'objet d'un litige en vertu de l'article 14(1)(d) et (e) du Protocole de Maputo :

- Criminalisation du VIH ;
- Tests obligatoires/obligatoires ;
- Discrimination et stigmatisation des personnes vivant avec le VIH ; ou
- Divulgence de la séropositivité par un tiers.

¹⁵⁵ E Durojaye "Addressing Human Rights Concerns Raised by Mandatory HIV Testing of Pregnant Women through the Protocol to the African Charter on the Rights of Women" (2008) 52(1) *J of African Law* 43.

¹⁵⁶ CADHP & ONUSIDA (note 125 ci-dessus) 11.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Observation générale n° 2 de la CADHP (note 2 ci-dessus), paragraphe 28.

8. Article 14(1)(f) : Droit à l'éducation en matière de planification familiale

8.1. Portée du droit

La planification familiale doit être interprétée au sens large. Le contenu normatif du droit conféré par l'article 14(1)(g) est développé dans l'observation générale n° 2, qui stipule que « Les États parties sont tenus de fournir des renseignements complets et précis qui s'avèrent nécessaires pour le respect, la protection, la promotion et la jouissance de la santé, y compris le choix de méthodes de contraception » L'observation générale précise que ces mesures comprennent (mais ne sont pas limitées à) :¹⁵⁹

- (a) former ou mettre à niveau les prestataires de soins de santé et des éducateurs compétents en matière d'informations complètes à fournir aux clients, y compris les causes de l'échec de la contraception pratiquée et les options qui s'offrent, s'il en résulte une grossesse non désirée ;
- b) veiller à ce que les informations sur les méthodes de contraception disponibles, accessibles, acceptables et fiables soient fournies, sous forme imprimée ou par tous autres moyens, tels que l'Internet, la radio et la télévision, les applications de téléphonie mobile, le service d'assistance téléphonique et autres ;
- (c) permettre aux structures des systèmes de santé, aux établissements et programmes d'enseignement, ainsi qu'aux organisations de la société civile ayant la compétence requise, d'assurer à la population concernée, l'information et l'éducation nécessaires en matière de planification familiale/ contraception ;
- d) en veillant à ce que les informations sur la planification familiale/la contraception soient fournies dans des langues accessibles aux communautés et sous une forme qui soit accessible à toutes les femmes et les filles, y compris celles vivant avec un handicap.

Les obligations qui en découlent pour l'État en vertu de l'article 14(1)(f) comprennent l'obligation de respect qui exige que les États s'abstiennent d'entraver l'accès à l'information, d'entraver le contenu de l'information et de veiller à ce que les femmes soient dûment informées et éduquées sur leurs droits en matière de planification familiale. En outre, les États ont l'obligation de protéger ce droit en veillant à ce que des tiers n'interfèrent pas avec la disponibilité, l'accessibilité ou l'exactitude des informations sur la planification familiale. En outre, un État est tenu de promouvoir ce droit en prenant des mesures pour s'assurer que les informations et l'éducation en matière de planification familiale sont accessibles à tous. Pour réaliser ce droit, les États sont tenus d'adopter des politiques, des directives ou des programmes facilitant l'accès à l'information sur la planification familiale. Cela inclut l'allocation des ressources nécessaires à cette fin.

Pour donner effet au droit à l'éducation en matière de planification familiale, les États parties doivent veiller à fournir des informations et une éducation complètes sur la sexualité humaine, la reproduction et les droits sexuels et reproductifs non seulement aux femmes adultes, mais aussi aux adolescentes et aux jeunes. Le contenu doit être basé sur des constatations cliniques, fondé sur les droits, sans jugement et tenir compte du niveau de maturité des adolescentes et des jeunes, conformément au Plan d'action de Maputo et aux articles 2 et 5 du Protocole de Maputo.¹⁶⁰ L'observation générale n° 2 impose l'obligation de veiller à ce que les établissements

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid paragraphe 51.

d'enseignement aux niveaux primaire, secondaire et supérieur incluent les questions relatives aux droits sexuels et génésiques dans leurs programmes scolaires et de prendre les mesures nécessaires pour que ces programmes touchent également les femmes dans les écoles privées, y compris les écoles confessionnelles, ainsi que celles qui ne sont pas scolarisées.¹⁶¹

8.2. Violations du droit à l'éducation en matière de planning familial

Les violations du droit à la planification familiale peuvent être causées, par exemple, par l'incapacité d'un État à garantir la disponibilité et l'accessibilité d'informations précises sur la planification familiale, l'exclusion de l'éducation à la santé sexuelle et reproductive des programmes scolaires ou la fourniture d'une éducation sexuelle inexacte ou partielle. La fourniture d'une éducation sexuelle complète fait l'objet d'une contestation idéologique, en particulier dans le contexte des adolescents et des jeunes, les principales préoccupations étant la portée des informations fournies, où et par qui.

Dans l'affaire *INTERIGHTS c. Croatie*,¹⁶² la requérante soutenait que les écoles de Croatie ne dispensaient pas aux élèves une éducation adéquate en matière de santé sexuelle et reproductive. Les informations qui leur étaient données n'étaient pas complètes, étaient obsolètes, sexistes, scientifiquement inexactes et discriminatoires en raison de la sexualité. Plus précisément, les programmes scolaires étaient fondés sur des modèles religieux et idéologiques. En outre, les enseignants n'étaient pas qualifiés pour délivrer ces informations et ni le gouvernement ni l'agence de formation des enseignants ne contrôlaient le programme de manière adéquate. La requérante a également affirmé que les filles étaient désavantagées de manière disproportionnée par l'absence d'informations adéquates sur la santé sexuelle et reproductive, et qu'elles étaient donc vulnérables à certains risques.

Le Comité européen des droits sociaux a estimé, entre autres, que les États ont l'obligation de dispenser une éducation et de sensibiliser le public aux questions de santé.¹⁶³ En outre, les États ont l'obligation de dispenser une éducation en matière de santé sexuelle et génésique et de veiller à ce qu'elle fasse partie du programme scolaire ordinaire, sous une forme et dans un contenu pertinents, culturellement appropriés et de qualité suffisante, et à ce qu'il existe des procédures de suivi et d'évaluation de cette éducation.¹⁶⁴

Les questions potentielles qui peuvent faire l'objet d'un litige en vertu de l'article 14(1) (f) du Protocole de Maputo incluent, mais ne sont pas limitées à :

- des informations inexactes ou un manque d'informations complètes sur la santé sexuelle et génésique
- Obstacles à l'accès aux informations sur la santé sexuelle et génésique.

¹⁶¹ Ibid paragraphe 52.

¹⁶² Plainte n° 45/2007 (Comité européen des droits sociaux) Décision sur le bien-fondé (9 avril 2009).

¹⁶³ Ibid paragraphe 43.

¹⁶⁴ Ibid paragraphe 47.

9. Article 14(2)(a): States Parties Shall Take All Appropriate Measures to Provide Adequate, Affordable and Accessible Health Services Including Information, Education and Communication Programmes to Women Especially Those in Rural Areas

9.1. Portée du droit

L'interprétation de l'article 14(2)(a) fait référence aux principes essentiels internationalement acceptés du droit à la santé :¹⁶⁵ accessibilité, disponibilité, acceptabilité et qualité. Ces principes remplissent une fonction de diagnostic, en attirant l'attention sur les obligations des gouvernements en matière de couverture sanitaire universelle et en fournissant des orientations concernant les objectifs, les ressources, l'orientation et l'ampleur des activités de réforme du droit de la santé publique en vue d'éliminer les obstacles discriminatoires à l'accessibilité des services de santé, de garantir la responsabilité des prestataires de services de santé, de renforcer les composantes d'un système de santé efficace, de créer un cadre pour l'exercice des fonctions essentielles de santé publique et de réduire les inégalités en matière de santé.¹⁶⁶

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)¹⁶⁷ contient l'article le plus complet sur le droit à la santé dans le droit international des droits de l'homme. L'Observation générale n° 14 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) fournit des orientations interprétatives sur les obligations des États en matière de droit à la santé. En raison de la similitude de la formulation de l'article 12 du PIDESC et de l'article 14(2)(a) du Protocole de Maputo, ce manuel adopte les orientations offertes par l'Observation générale n° 14¹⁶⁸ du CDESC sur la portée des obligations des États et leur applicabilité dans le contexte des droits à la santé reproductive, qui comprennent les éléments suivants :

- *La disponibilité.* Il s'agit de la disponibilité, dans l'État partie, d'installations de santé publique et de soins de santé en état de fonctionnement, de biens et de services liés à la reproduction, ainsi que de programmes en quantité suffisante. La nature précise des installations, des biens et des services variera en fonction de nombreux facteurs, notamment le niveau de développement de l'État partie.
- *Accessibilité.* Les installations, biens et services en matière de santé doivent être accessibles à tous, sans discrimination, dans la juridiction de l'État partie. L'accessibilité comporte quatre dimensions qui se chevauchent :
 - *Non-discrimination :* les installations, biens et services en matière de santé génésique doivent être accessibles à tous, en particulier aux groupes les plus vulnérables ou marginalisés de la population, en droit et en fait, sans discrimination fondée sur l'un quelconque des motifs interdits tels que la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune,

¹⁶⁵ CDESC 'Observation générale n° 14' (note 149 ci-dessus).

¹⁶⁶ WHO *Advancing the right to health through law reform* (2016) 2.

¹⁶⁷ PIDESC (note 27 ci-dessus).

¹⁶⁸ CDESC 'Observation générale n° 14' (note 149 ci-dessus) paragraphe 12.

la naissance, le handicap physique ou mental, l'état de santé (y compris le VIH/sida), l'orientation sexuelle et la situation civile, politique, sociale ou autre, qui a pour intention ou pour effet de détruire ou de compromettre la jouissance ou l'exercice du droit à la santé dans des conditions d'égalité.

- *Accessibilité physique* : les installations, les biens et les services de santé génésique doivent être à la portée physique de toutes les femmes et les filles, en particulier des groupes vulnérables ou marginalisés, tels que les minorités ethniques et les populations autochtones, les femmes handicapées et les femmes vivant avec le VIH/sida. L'accessibilité implique également que les services de médecine reproductive et les déterminants sous-jacents de la santé soient à portée de main, y compris dans les zones rurales. L'accessibilité comprend également un accès adéquat aux bâtiments pour les personnes handicapées.
- *Accessibilité économique (caractère abordable)* : les installations, biens et services de santé génésique doivent être abordables pour toutes les femmes. Le paiement des services de soins de santé, ainsi que des services liés aux déterminants fondamentaux de la santé, doit être fondé sur le principe d'équité, en veillant à ce que ces services, qu'ils soient privés ou publics, soient abordables pour tous, y compris pour les groupes socialement défavorisés. L'équité exige que les dépenses de santé ne pèsent pas de manière disproportionnée sur les ménages les plus pauvres par rapport aux ménages les plus riches.
- *Accessibilité de l'information* : l'accessibilité comprend le droit de rechercher, de recevoir et de diffuser des informations et des idées concernant les questions de santé génésique.
- *Acceptabilité*. Tous les équipements, biens et services de santé génésique doivent être respectueux de l'éthique médicale et culturellement appropriés, c'est-à-dire respectueux de la culture des individus, des minorités, des peuples et des communautés, sensibles aux exigences du genre et du cycle de vie, ainsi que conçus pour respecter la confidentialité et améliorer l'état de santé des personnes concernées.
- *Qualité*. En plus d'être culturellement acceptables, les installations, biens et services de santé génésique doivent également être scientifiquement et médicalement appropriés et de bonne qualité. Cela suppose, entre autres, un personnel médical qualifié, des médicaments et des équipements hospitaliers scientifiquement approuvés et non périmés, de l'eau potable et des installations sanitaires adéquates.

Bien que le droit à la santé reconnaisse les contraintes de ressources et soit sujet à une réalisation progressive, certaines obligations sont d'effet immédiat.

Le droit à la santé énoncé à l'article 12 du PIDESC, tel qu'interprété par le CDESC dans son Observation générale n° 14, impose un certain nombre d'obligations fondamentales. Dans le contexte de la santé génésique, les obligations suivantes imposées aux États sont d'une importance capitale et comprennent au minimum les éléments suivants

- Garantir le droit d'accès aux services de santé génésique sans discrimination ;
- Fournir les médicaments essentiels, tels que définis par l'OMS. Cette disposition doit être lue en parallèle avec l'Observation générale n° 2 qui stipule que « les services d'avortement médicalisé devraient inclure les méthodes recommandées par l'OMS... Le matériel et les médicaments recommandés par l'OMS devraient être inclus dans les listes nationales de produits et de médicaments essentiels » ;¹⁶⁹

¹⁶⁹ Para 57.

- Assurer une distribution équitable des installations, des biens et des services de santé reproductive ; et
- Adopter et mettre en œuvre un plan d'action national répondant aux préoccupations de la population en matière de santé.

Outre les obligations fondamentales mentionnées ci-dessus, l'Observation générale n° 14 énonce des obligations de « priorité comparable ». Il s'agit notamment des obligations suivantes

- Assurer des soins de santé maternelle reproductive, prénatale et postnatale ;
- Fournir une éducation sur les principaux défis de santé auxquels la communauté est confrontée ; et
- Fournir une formation appropriée au personnel de santé, y compris un enseignement sur la santé et les droits de l'homme.

9.2. Violations de l'article 14(2)(a)

L'une des violations courantes de l'article 14(2)(a) est l'accès des adolescents aux produits et services contraceptifs, qui reste controversé dans plusieurs contextes africains.¹⁷⁰

Le Comité des droits de l'enfant (Comité CDE), dans son interprétation du droit de l'enfant à la santé, a exhorté les États parties à veiller à ce que les adolescents aient un accès universel à un ensemble complet d'interventions en matière de santé sexuelle et reproductive et de méthodes contraceptives, y compris les préservatifs, les contraceptifs hormonaux et la contraception d'urgence.¹⁷¹

Plusieurs organes de traités des Nations Unies ont explicitement reconnu que l'autorisation d'un tiers, telle que l'exigence d'une autorisation parentale, constitue un obstacle à l'accès aux services de santé génésique.¹⁷² En outre, cette approche ne reconnaît pas l'autonomie des adolescents et leurs capacités évolutives¹⁷³ à prendre des décisions sur leurs choix en matière de santé génésique. Il a été avancé que si un adolescent prend l'initiative de chercher des contraceptifs, on peut en déduire qu'il a la capacité d'exercer ses choix en matière de santé génésique.¹⁷⁴

Dans son Observation générale n° 20, le Comité des droits de l'enfant a recommandé aux États de mettre en œuvre, dans le cadre juridique national, une présomption légale selon laquelle les adolescents ont la capacité de demander et d'avoir accès à des produits et services de santé sexuelle et génésique préventifs ou sensibles au facteur temps.¹⁷⁵

¹⁷⁰ E Durojaye 'Access to Contraception for adolescents in Africa: A Human Rights Challenge' (2011) 44 *Comparative and Int LJ of Southern Africa* 1.

¹⁷¹ Comité des droits de l'enfant (Comité CDE) 'Observation générale n° 15 : Le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible (art. 24)' (17 avril 2003) UN Doc CRC/C/GC/15 para 70.

¹⁷² Comité CDE " Observation générale n° 20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence " (décembre 2016) UN Doc CRC/C/ GC/20 para 31.

¹⁷³ Le Comité des droits de l'enfant définit le développement des capacités en tant que " principe de base qui renvoie aux processus de maturation et d'apprentissage par lesquels passent les enfants pour acquérir progressivement des compétences, la capacité de comprendre et une aptitude croissante à prendre des responsabilités et à exercer leurs droits". Ibid paragraphe 18.

¹⁷⁴ R Cook & BM Dickens 'Recognizing Adolescents' 'Evolving Capacities' To Exercise Choice In Reproductive Healthcare' (2000) 70 *Int J of Gynecology and Obstetrics* 13, 20.

¹⁷⁵ Comité des droits de l'enfant (note 176 ci-dessus).

10. Article 14(2)(b) : Les États prennent toutes les mesures appropriées pour mettre en place et renforcer les services de santé et de nutrition prénatals, obstétricaux et postnatals existants pour les femmes pendant la grossesse et l'allaitement.

10.1. Portée du droit

En vertu de cette sous-section, les États sont tenus de :

- Mettre en place des services de santé et de nutrition prénatals, d'accouchement et postnatals ; et
- Renforcer les services de santé et de nutrition prénatals, d'accouchement et postnatals existants.

Ces services doivent être mis à la disposition des femmes pendant la grossesse et l'allaitement. Ainsi, si ces services ne sont pas disponibles, cette sous-section serait violée. En outre, si ces services existent mais ne sont pas accessibles, acceptables, de qualité et abordables, l'État enfreint cette disposition.

Les obligations de l'article 14(2)(b) du Protocole de Maputo concernent les droits des femmes en matière de santé reproductive pendant la grossesse, l'accouchement et la période postnatale. La¹⁷⁶ réalisation de ces droits permet aux femmes non seulement de survivre au cycle de la maternité mais aussi de le traverser d'une manière qui actualise leurs droits à la dignité et au meilleur état de santé possible.

Ces droits comprennent :

- Le droit d'accéder à des services de soins de santé appropriés qui permettront à une femme de vivre sa grossesse et son accouchement en toute sécurité et lui donneront les meilleures chances d'avoir un enfant en bonne santé.¹⁷⁷ Les femmes devraient également avoir accès à des services de soins de santé appropriés pour leur permettre de traverser la période post-partum ;¹⁷⁸
- Le droit à une nutrition adéquate pendant la grossesse et l'allaitement ;¹⁷⁹
- Le droit à des services de soins de santé maternelle dignes. Ce droit a été discuté dans l'affaire kenyane *JOO (également connu sous le nom de JM) v Attorney General & 6 others*, dans laquelle la Haute Cour¹⁸⁰ du Kenya a estimé qu'un hôpital du comté avait violé le droit de la requérante à la dignité et à ne pas être soumise à la torture et à des traitements cruels, inhumains et dégradants en ne lui permettant pas d'accoucher en privé et en la soumettant à des violences physiques et verbales.

¹⁷⁶ L'OMS définit la période postnatale comme étant de six à huit semaines après la naissance.

¹⁷⁷ CIPD (note 18 ci-dessus) para 7.2.

¹⁷⁸ Assemblée générale des Nations unies : "Le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible" (13 septembre 2006) Doc ONU A/61/338.

¹⁷⁹ La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981) 1249 UNTS 13 (CEDAW) art 12(2).

¹⁸⁰ *JOO (également connu sous le nom de JM) v Attorney General & 6 others* [2018] eKLR Petition Case No 5 of 2014.

10.2. Obligations de l'État

Lorsqu'on les examine dans le contexte des obligations des États de protéger, promouvoir et réaliser, les dispositions de l'article 14(2)(b) donnent lieu à ce qui suit :

10.2.1. Obligation de respecter

Les États sont ainsi tenus de s'abstenir de toute action susceptible d'entraver la capacité d'une femme à accéder à des services de santé et de nutrition prénatals, obstétricaux et postnatals. Par exemple, les États ne peuvent pas adopter de lois et de politiques qui restreignent la capacité des femmes à accéder aux services de soins de santé maternelle, indépendamment de leur âge, de leur origine ethnique ou de leur situation géographique.

10.2.2. Obligation de protection

Les États ont le devoir d'empêcher les tiers, tels que les hôpitaux privés et les sociétés, d'interférer avec la capacité des femmes à exercer leur droit aux soins et services de santé maternelle. Cela signifie que les États doivent créer des mécanismes qui garantissent que tous les hôpitaux adhèrent aux lois et aux politiques mises en place pour régir le secteur de la santé. Cela donne lieu à un devoir de surveillance de tous les établissements de santé, qu'ils soient publics ou privés. Par conséquent, les États sont responsables du non-respect de la loi par les hôpitaux, en particulier lorsque cela se manifeste sous la forme d'une négligence ou d'un manquement.

C'est ce qu'a déclaré la Haute Cour de l'Ouganda dans l'affaire *Centre for Health, Human Rights and Development (CEHURD) and 4 others v Nakaseke District Local Administration*¹⁸¹ où une femme est décédée à la suite de la négligence du personnel médical d'un hôpital public local. La Haute Cour de l'Ouganda a jugé que le gouvernement local était responsable du fait d'autrui pour la négligence des médecins et des infirmières, car leurs actions entraient dans le cadre de leur emploi.

La question de la responsabilité de l'État pour la négligence des hôpitaux privés a été réglée dans l'affaire *Alyne da Silva Pimentel Teixeira v Brazil*¹⁸². Dans cette affaire, la communication a été portée devant le Comité CEDAW par la mère et le mari d'Alyne, décédée à la suite d'une négligence médicale. Elle s'est rendue dans un hôpital privé à son sixième mois de grossesse en se plaignant de nausées et de douleurs abdominales. Bien qu'elle ne le sache pas à ce moment-là, ses symptômes étaient dus à une fausse couche. L'hôpital n'a pas effectué les analyses de sang et d'urine nécessaires pour confirmer que le fœtus était toujours vivant. Le décès du fœtus a été détecté deux jours plus tard et la défunte souffrait alors d'une hémorragie digestive due au retard dans la détection du fœtus mort. L'État a fait valoir qu'il n'était pas responsable de la négligence de l'hôpital privé. L'État estimait qu'il avait fait son devoir en adoptant des lois et en créant des politiques qui demandaient aux médecins de faire preuve de compétence et de diligence. Le Comité CEDAW a rejeté cet argument et a expliqué que l'adoption d'une politique n'est pas suffisante, il doit y avoir des organes forts et ciblés au sein du pouvoir exécutif pour non seulement mettre en œuvre les lois et les politiques dans les hôpitaux publics mais aussi pour superviser la mise en œuvre par les acteurs privés. Le Comité CEDAW a déclaré que « l'État est directement responsable des actes des établissements privés lorsqu'il délègue ses services médicaux... il demeure tenu de réglementer et de superviser les établissements privés de soins de santé... l'État partie doit faire preuve de la diligence voulue et faire le nécessaire pour que les activités menées par des acteurs privés en matière de politiques et de pratique sanitaires soient appropriées ». ¹⁸³

¹⁸² Civil Suit 111 of 2012.

¹⁸³ Communication No. 17 of 2008 CEDAW/C/49/D/17/2008.

Une position similaire à celle exposée dans les deux cas ci-dessus est formulée dans la résolution 135 de la Commission sur la mortalité maternelle en Afrique¹⁸⁴, qui appelle les États à « S'assurer que les réformes économiques fondées sur le marché, y compris la privatisation, ne soustraient pas l'Etat à sa responsabilité de respecter le droit à la santé ».

Enfin, l'obligation de protéger implique également que les États ont le devoir de veiller à ce que, lorsqu'un acteur privé interfère avec le droit d'une femme aux soins et services de santé maternelle, la femme ou sa famille puisse accéder à une justice abordable et rapide. Ce point a également été discuté dans l'affaire *Alyne da Silva Pimentel Teixeira*.¹⁸⁵ La mère et le mari de la défunte ont essayé à trois reprises d'obtenir justice auprès des tribunaux locaux et, en cas d'échec, ils ont présenté leur cas au Comité CEDAW, qui a estimé que le Brésil ne s'était pas acquitté de son obligation d'assurer une action et une protection judiciaires efficaces, qui font partie intégrante du droit des femmes à accéder aux soins de santé sans discrimination.

10.2.3. Obligation de promouvoir

Les États ont la responsabilité de mettre en place des lois et des politiques qui garantissent l'existence des conditions économiques et sociales permettant aux femmes d'exercer leur droit aux soins et aux services de santé maternelle. Il s'agit notamment de veiller à ce que les femmes soient informées de leur droit aux soins et services de santé maternelle et qu'elles sachent comment et où l'exercer. Par exemple, en vertu de cette obligation, les États ont le devoir de veiller à ce que toutes les femmes connaissent les services maternels qu'elles peuvent obtenir gratuitement ou à des coûts subventionnés et les hôpitaux qui offrent ces services.¹⁸⁶

10.2.4. Obligation d'exécution

La plupart des obligations de l'article 14(2)(b) sont liées aux obligations des États de respecter le droit des femmes aux soins et services de santé maternelle. Ce faisant, les États remplissent leur devoir de réduire la mortalité maternelle.¹⁸⁷ La mortalité maternelle évitable est internationalement reconnue comme une violation du droit des femmes à la vie, à la santé et à la dignité.¹⁸⁸ Les États ont donc le devoir de faire évoluer leurs mécanismes pour mettre fin à la mortalité maternelle évitable et réduire la mortalité maternelle non évitable.

Les Etats peuvent le faire en s'assurant qu'ils fournissent des services de santé maternelle complets et de haute qualité qui comprennent des services préventifs, diagnostiques et curatifs.¹⁸⁹ En ce qui concerne l'obligation de fournir des services de santé complets, on peut faire valoir que le droit aux soins et services de santé maternelle, comme tous les autres droits économiques, sociaux et culturels, doit être réalisé progressivement. Il n'impose donc pas aux Etats une obligation immédiate de fournir des soins maternels complets. Cette position est soutenue par l'observation générale n° 14 du CESCR, qui considère l'obligation de fournir des soins de santé prénatals et postnatals comme une obligation de « priorité comparable plutôt que comme une obligation fondamentale ».¹⁹⁰

¹⁸⁴ CADHP "Résolution 135 sur la mortalité maternelle en Afrique" (adoptée lors de la 44ème session ordinaire, Abuja, 24 novembre 2008) paragraphe 1.

¹⁸⁵ Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. *Alyne Da Silva Pimentel v. Brazil*. CEDAW/C/49/D/17/2008. 2011.

¹⁸⁶ ACHPR 'Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in The African Charter On Human and Peoples' Rights', paragraphe 8.

¹⁸⁷ CDESC 'Observation générale n° 14' (note 149 ci-dessus) paragraphe 21.

¹⁸⁸ Résolution 135 de la CADHP (note 188 ci-dessus).

¹⁸⁹ Ibid paragraphe 67.

¹⁹⁰ CDESC (note 191 ci-dessus).

Bien que cet argument ait un certain mérite, il convient de noter que le principe de réalisation progressive impose aux Etats « l'obligation permanente d'avancer aussi rapidement et efficacement que possible vers la pleine réalisation des droits économiques, sociaux et culturels ». ¹⁹¹ Par conséquent, les Etats ont toujours l'obligation d'avoir un plan concret pour la réalisation du droit aux soins et aux services de santé maternelle, avec des points de repère et des échéances. ¹⁹² Ils ont également l'obligation « d'allouer à ces services [de santé maternelle] le maximum des ressources disponibles ». ¹⁹³

En outre, les États ont des obligations supplémentaires fondées sur divers engagements internationaux pour réaliser le droit aux soins et aux services de santé maternelle et leur allouer les ressources nécessaires. Par exemple :

- Dans le cadre de l'Agenda 2030 pour le développement durable, les États se sont engagés à accélérer les progrès réalisés dans la réduction de la mortalité néonatale et maternelle et à mettre fin à tous les décès évitables d'ici 2030. ¹⁹⁴ Ils se sont notamment engagés à réduire la mortalité maternelle mondiale à 70/100 000 naissances vivantes d'ici 2030 et à réduire la mortalité néonatale à 12/1 000 naissances vivantes ; ¹⁹⁵
- Dans la déclaration d'Abuja sur le VIH/sida, la tuberculose et autres maladies infectieuses connexes, les ¹⁹⁶ États se sont engagés à consacrer 15 % de leur budget annuel à l'amélioration du secteur de la santé ; ¹⁹⁷ et
- Dans le cadre de l'Agenda 2063 de l'Union africaine, les États se sont engagés à réduire de moitié la mortalité maternelle d'ici 2023. ¹⁹⁸

Les États peuvent également s'assurer qu'ils fournissent des services essentiels aux groupes vulnérables et défavorisés, dont les femmes et les filles. ¹⁹⁹ Le Comité CEDAW définit les services essentiels comme comprenant les soins obstétricaux d'urgence, les ²⁰⁰ soins prénataux, les soins de maternité et les soins postnataux. ²⁰¹ Cependant, cette définition est vague car le seuil de ce qui constitue ces quatre formes de soins est en constante évolution. Par exemple, jusqu'en 2016, les recommandations de l'OMS pour les soins prénatals de base comprenaient quatre visites prénatales ; en 2016, cependant, l'organisation a publié de nouvelles directives recommandant un minimum de huit visites prénatales. ²⁰² On peut donc affirmer que ces changements empêchent les gouvernements de remplir leur obligation d'une manière conforme aux normes internationales.

Les États peuvent veiller à ce qu'il y ait des centres de maternité bien équipés et dotés en personnel dans tout le pays, y compris dans les zones rurales. ²⁰³ Cela inclut le devoir de s'assurer que le personnel médical est bien formé ²⁰⁴ et en nombre suffisant pour qu'il ne soit pas surchargé de travail et puisse offrir des services de qualité à toutes les femmes. Dans l'affaire *Centre for Health, Human Rights and Development (CEHURD) and 2 others v The Executive Director, Mulago National Referral Hospital and 1 other*, ²⁰⁵ une femme a donné naissance à deux enfants

¹⁹³ Comité CEDAW " Recommandation générale n° 24 : Article 12 de la Convention (Les femmes et la santé) " UN Doc A/54/38/Rev.1 para 27.

¹⁹⁴ UN Department of Economic and Social Affairs 2030 Agenda for Sustainable Development (2015) para 26.

¹⁹⁵ Ibid. Objectif de développement durable 3, cibles 3.1 et 3.2.

¹⁹⁶ La Déclaration et le Cadre d'action d'Abuja sur le VIH/sida, la tuberculose et les autres maladies infectieuses en Afrique OUA/SPS/ABUJA/3.

¹⁹⁷ Ibid paragraphe 26.

¹⁹⁸ Commission de l'Union africaine Une vue d'ensemble de l'Agenda 2063 : Premier plan décennal de mise en œuvre 10.

¹⁹⁹ Ibid paragraphe 1(e).

²⁰⁰ Note 186 ci-dessus.

²⁰¹ Recommandation générale n° 24 du Comité CEDAW (note 197 ci-dessus), paragraphe 27.

²⁰² Recommandations de l'OMS concernant les soins prénatals pour que la grossesse soit une expérience positive (2016) 105.

²⁰³ Résolution 135 de la CADHP (note 188 ci-dessus).

²⁰⁴ Ibid paragraphe 2.

²⁰⁵ *Centre for Health, Human Rights and Development (CEHURD) and 2 others v The Executive Director, Mulago National Referral Hospital and 1 other* (Civil Suit No. 212 of 2013).

dans un hôpital national. Malheureusement, l'un des enfants était mort-né. Lorsque les parents (les deuxième et troisième plaignants) sont allés chercher leur enfant décédé à la morgue, on leur a remis le corps d'un autre enfant. Ils ont poursuivi l'hôpital. Le médecin qui a mis au monde les enfants a témoigné que, bien que les médecins ne soient censés mettre au monde que dix enfants par jour, le jour en question, il a mis au monde 14 enfants et n'a pu que confirmer que l'un des enfants était mort-né et n'a pu donner aucun autre détail sur ce qui s'est passé par la suite. La Haute Cour de l'Ouganda a déclaré que « les médecins de l'hôpital sont surchargés de travail, ce qui peut nuire à leur efficacité. Cela constitue un recul du droit à la santé ».²⁰⁶

Enfin, les États peuvent veiller à ce que les services de soins de santé maternelle soient abordables et accessibles. Cet aspect a également été abordé par la Cour dans l'affaire *Mulango National Referral Hospital*.²⁰⁷ La Cour a attiré l'attention sur le fait que la plaignante n'a eu qu'une seule visite prénatale parce qu'il n'y avait pas d'établissement de santé dans ou près de son village et que le coût des déplacements fréquents pour s'y rendre était trop élevé pour elle. Elle a estimé qu'il s'agissait d'une violation de son droit à la santé et d'un manquement de l'État à son obligation de respecter le droit des femmes à la santé.

Scénarios possibles donnant lieu à une cause d'action pouvant faire l'objet d'un litige en vertu de l'article 14(2)(b) du Protocole de Maputo :

- Violations du droit aux soins et services de santé maternelle, y compris la négligence des prestataires de soins de santé ainsi que les violences physiques et verbales de la part de ces derniers ;
- L'État n'a pas veillé à ce que les centres de santé soient facilement accessibles à toutes les femmes et les filles ;
- L'État ne parvient pas à former et à développer les capacités des prestataires de soins de santé ;
- Défaut de l'État de mettre en place des mesures visant à réduire la mortalité et la morbidité maternelles ; ou
- L'incapacité de l'État à mettre en place des lois et des politiques qui garantissent des soins de santé maternelle complets et de qualité.

²⁰⁶ Ibid paragraphe 7

²⁰⁷ Ibid.

11. Article 14(2)(c) : Les États prennent toutes les mesures appropriées pour protéger les droits des femmes en matière de reproduction en autorisant l'avortement médicalisé en cas d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ou la vie de la mère ou du fœtus. —●

11.1 Portée du droit

L'Observation générale n°2 prévoit que le contenu normatif de l'art 14(2)(c) couvre les droits suivants :

- *Le droit à l'égalité et à la non-discrimination*, qui suppose que les femmes soient bien informées des produits, des procédures et des services de santé qui leur sont spécifiques et lorsqu'elles y ont effectivement accès, y compris dans le domaine de la planification familiale/contraception et de l'avortement sans risque, et que les femmes ne soient pas exposées à des sanctions pénales ou juridiques pour avoir bénéficié de services de santé tels que l'avortement.²⁰⁸ En outre, cela implique que le personnel de santé ne doit craindre ni poursuites ni représailles disciplinaires ou similaires pour avoir fourni ces services.²⁰⁹
- *Le droit de bénéficier du progrès scientifique*, tel que reconnu par l'article 15(1)(b) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui stipule que tout individu doit bénéficier du progrès scientifique et de ses applications. Dans le contexte de l'avortement, ce droit s'étend aux femmes qui bénéficient de technologies garantissant des services d'avortement sûrs.²¹⁰
- *Le droit à la vie privée* présuppose que dans les cas où les femmes peuvent bénéficier et ont droit à des services d'avortement thérapeutique, le fait d'être soumises par les prestataires de soins de santé, la police et/ou les autorités judiciaires à un interrogatoire sur les raisons pour lesquelles elles veulent interrompre une grossesse qui répond aux critères énumérés à l'article 14(2)(c) ou d'être accusées ou détenues pour suspicion d'avortement illégal lorsqu'elles demandent des soins post-avortement constitue une violation de leurs droits à la vie privée et à la confidentialité.²¹¹
- *Le droit de ne pas être soumis à des traitements cruels, inhumains et dégradants*, tel que prévu par l'article 5 de la Charte et réitéré par l'article 4 du Protocole de Maputo. Les États parties doivent veiller à ce que les femmes ne soient pas traitées de manière inhumaine, cruelle ou dégradante lorsqu'elles cherchent à bénéficier de services de santé reproductive tels que les services de contraception/planification familiale ou les

²⁰⁸ Para 3.

²⁰⁹ Para 32.

²¹⁰ Para 33.

²¹¹ Para 34.

soins liés à l'avortement sans risque, lorsque cela est prévu par la législation nationale et le Protocole de Maputo.²¹² Ce principe est renforcé par l'observation générale n° 4 de la Commission sur le droit à la réparation pour les victimes de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui reconnaît l'obligation pour un État de réparer les violations des actes de violence sexuelle et sexiste assimilables à la torture, y compris le déni des droits reproductifs.²¹³

- *Droit à l'avortement en tant que soins médicaux d'urgence* ; l'OMS recommande aux États membres de mettre fin à la pratique consistant à extorquer des aveux aux femmes qui cherchent à obtenir des soins médicaux d'urgence à la suite d'un avortement illégal et de supprimer l'obligation imposée par la loi aux médecins et autres prestataires de soins de santé de dénoncer les cas de femmes ayant subi un avortement. Les États sont tenus d'assurer, immédiatement et sans condition, le traitement nécessaire à toute personne cherchant à obtenir des soins médicaux d'urgence. Les organes des Nations unies chargés des droits de l'homme ont également condamné ces pratiques qui constituent une violation des droits de l'homme.²¹⁴

11.2 Motifs d'avortement sans risque

L'importance de l'article 14(2)(c) réside dans l'obligation imposée aux États d'autoriser l'avortement médicalisé en cas d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ou la vie de la mère ou du fœtus.

L'interprétation de la formulation « agression sexuelle, viol, inceste, et lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la santé mentale et physique... » est également potentiellement vulnérable. Il faudrait faire valoir que le « et » est disjonctif. Sans avancer cet argument, le contre-argument pourrait être que la grossesse résultant d'une agression sexuelle, d'un viol ou d'un inceste ne constitue un motif d'avortement que si elle met également en danger la santé mentale et physique de la mère.

Le motif de l'avortement, selon cette interprétation, n'est donc pas l'acte d'agression sexuelle, de viol ou d'inceste, mais son effet sur la santé mentale et physique de la mère. Selon cette interprétation, il faudrait prouver que l'agression sexuelle, le viol ou l'inceste a eu lieu et a entraîné la grossesse, et que cela a eu un effet néfaste sur la santé mentale et physique de la mère.

Une telle interprétation est évidemment problématique car elle pourrait avoir pour conséquence involontaire de limiter les motifs d'accès à l'avortement légal. Il est donc nécessaire d'argumenter que le « et » est disjonctif et que les motifs d'avortement de l'article 14(2)(c) sont :

- Agression sexuelle ;
- Le viol ;
- L'inceste ;
- Lorsque la santé mentale et physique de la mère est mise en danger ; ou
- Lorsque la vie de la mère ou du fœtus est en danger.

²¹³ Paras 57-61.

²¹⁴ Para 35.

Ngwena affirme que l'article 14(2)(c) n'est pas un simple pouvoir conféré aux juridictions nationales ; il s'agit avant tout d'une obligation exécutoire. Tout pouvoir qu'il confère à l'État est accessoire à l'exécution de son obligation conventionnelle. L'obligation est exprimée en termes péremptoirs. Elle signifie que les États ont le devoir, et non un simple pouvoir discrétionnaire, d'autoriser l'avortement en cas « d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ou la vie de la mère ou du fœtus ». L'obligation de l'État doit être comprise comme conférant à une femme répondant aux motifs d'avortement énoncés un droit corrélatif exécutoire d'accéder à un avortement sûr et légal.²¹⁵

11.2.1. Santé physique et mentale

L'article 14, paragraphe 2, point c), du protocole de Maputo oblige les États qui le ratifient à prendre des mesures « lorsque la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ». Cette disposition est conforme à la définition de la santé donnée par l'OMS, à savoir « un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ».²¹⁶ L'article 16, paragraphe 1, de la Charte dispose que « tout personne a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'il soit capable d'atteindre ».

L'article 14, paragraphe 2, point c), présente toutefois un problème d'interprétation du motif « ... lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ». Un sens littéral de la phrase montre que l'avortement ne sera autorisé que si la grossesse continue met en danger la santé mentale et physique de la mère. L'interprétation aurait dû préciser que la grossesse peut mettre en danger la santé mentale ou physique. Ngwena a affirmé que le motif est imparfait et ne peut être « habilitant » que si les motifs de santé mentale et physique sont interprétés séparément.²¹⁷

11.2.2. Santé mentale

Selon l'OMS, la santé mentale n'est pas seulement l'absence de troubles mentaux, mais « un état de bien-être dans lequel une personne peut se réaliser, surmonter les tensions normales de la vie, accomplir un travail productif et contribuer à la vie de sa communauté ».²¹⁸

L'Observation générale n° 2 de la Commission stipule que l'indisponibilité ou le refus de services d'avortement peut causer une souffrance mentale « qui peut être exacerbée par le handicap ou le statut socio-économique précaire de la femme ».²¹⁹ Elle prévoit également que les raisons avancées par une femme pour demander un avortement doivent être prises en compte et que, dans le cas de risques pour la santé mentale, « la preuve d'un examen psychiatrique préalable n'est pas nécessaire pour établir le risque pour la santé mentale ».²²⁰ Il s'agit d'une question importante qui peut donner lieu à un litige potentiel, si des obstacles sont associés à la nécessité d'une évaluation psychologique avant l'octroi d'un avortement légal.

Dans l'affaire *KL v Peru*²²¹, une jeune Péruvienne de 17 ans est tombée enceinte en 2001 d'un fœtus anencéphale. Le gynécologue lui a donc conseillé d'interrompre la grossesse en raison

²¹⁵ Ngwena (note 4 ci-dessus) 810-811.

²¹⁶ *Centre for Health, Human Rights and Development (CEHURD) and 2 others v The Executive Director, Mulago National Referral Hospital and 1 other* (Civil Suit No. 212 of 2013) entrée en vigueur le 7 avril 1948) 100.

²¹⁷ Ngwena (note 4 ci-dessus) 848.

²¹⁸ OMS " Santé mentale : renforcer notre réponse " (30 mars 2018) < <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-strengthening-our-response>>.

²¹⁹ Observation générale n° 2 (note 2 ci-dessus), paragraphe 38.

²²⁰ Ibid.

²²¹ Communication 1153/2003 *KL v Peru* HRC (24 octobre 2005) UN Doc CCPR/C/85/D/115/2003 para 6.6.

de l'anomalie fœtale, dont la poursuite mettrait sa vie en danger. Lorsque la victime a demandé par l'intermédiaire de sa mère, puisqu'elle était mineure, l'autorisation du directeur de l'hôpital, elle a été informée que l'interruption de grossesse ne pouvait être pratiquée car elle serait illégale. Une évaluation a conclu que la poursuite de la grossesse entraînerait une détresse et une instabilité émotionnelle pour KL. Malgré tout, elle a été contrainte de mener sa grossesse à terme et a donné naissance à une petite fille anencéphale en 2002, qui a survécu pendant quatre jours, au cours desquels KL a dû l'allaiter. Elle est ensuite tombée dans un état de profonde dépression.

Le Comité des droits de l'homme (CDH) a estimé que l'État péruvien avait violé les articles 2, 7, 17 et 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) en ne garantissant pas à la victime la jouissance en temps utile de son droit à l'avortement, ce qui l'a amenée à souffrir de dépression.

Le HRC, dans l'affaire *VDA au nom de LMR c. Argentine*,²²² a traité d'un cas où une mineure présentant des déficiences intellectuelles est tombée enceinte à la suite d'un viol par son oncle. Elle a ensuite été forcée de poursuivre cette grossesse non désirée, ce qui a causé à la victime des souffrances mentales qui, selon le HRC, constituent un traitement cruel et inhumain en violation des dispositions du PIDCP.

11.2.3. Viols, inceste et agressions sexuelles

L'affaire rwandaise RPA 0787/15/HC/KIG²²³ a réaffirmé le droit légal d'une adolescente d'accéder à un avortement sûr après être tombée enceinte à la suite de violences sexuelles. Il s'agissait d'un appel d'un jugement du tribunal intermédiaire de Nyarugenge²²⁴ qui avait rejeté la demande de la mineure d'interrompre sa grossesse au motif que sa vie était en danger, en fondant sa décision sur le fait qu'il n'y avait pas d'accusation pénale condamnant son agresseur pour le délit de viol. L'État a fait valoir que l'avortement légal pour cause de viol ne pouvait être proposé qu'à une "femme" et n'était pas applicable à un enfant qui tombe enceinte à la suite d'une défloration. La Cour a estimé qu'en dépit du fait que le Code pénal rwandais faisait spécifiquement référence à la « femme » et que les infractions de viol et de souillure étaient formulées dans un langage différent, l'essence de ces infractions était qu'elles impliquaient toutes deux des rapports sexuels non consensuels, et donc qu'un enfant qui a été violé sexuellement et qui est tombé enceinte à la suite de cela pouvait avoir accès à l'avortement légal.

En prenant sa décision, la Cour a reconnu que les obligations du Rwanda en vertu de l'article 14(2)(c) du Protocole de Maputo englobent l'obligation de fournir un accès à un avortement sûr aux mineures en cas de viol et d'agression sexuelle. La cour a observé que, puisque la loi interdit tout comportement sexuel avec des mineurs, la grossesse d'une mineure est une preuve suffisante pour qu'elle obtienne l'autorisation des tribunaux d'accéder à l'avortement conformément à la loi.²²⁵

En outre, le tribunal a pris acte des barrières administratives qui limitent l'accès des femmes et des jeunes filles à un avortement sans risque, bien qu'il ait demandé à l'État de supprimer les barrières administratives, en particulier l'obligation de prouver le viol par le biais du processus de justice pénale pour accéder à un avortement légal.

²²² Communication 1608/2007 *VDA on behalf of LMR v Argentina* (28 April 2011) CCPR/C/101/D/1608/2007 para 9.2.

²²³ (2015) non rapporté, Haute Cour du Rwanda.

²²⁴ RP 0561/15/TGI/NYGE.

²²⁵ Center for Reproductive Rights, the International Reproductive and Sexual Health Law Program at the University of Toronto & the Centre for Human Rights at the University of Pretoria *Legal Grounds III : Reproductive and Sexual Rights in Sub-Saharan African Courts* (2017) 80.

Un tribunal colombien a estimé que le fait de ne pas autoriser l'avortement en cas de viol constituerait « un mépris total de la dignité humaine et du droit au libre développement de la femme enceinte, dont la grossesse n'est pas le résultat d'une décision libre et consciente, mais le résultat d'actes arbitraires et criminels commis contre elle en violation de son autonomie... Le droit de la femme à la dignité interdit de la traiter comme un simple instrument de reproduction, et son consentement est donc essentiel à la décision fondamentale, qui change la vie, de donner naissance à une autre personne ». ²²⁶

Dans l'affaire kenyane *Federation of Women Lawyers & 3 Others v Attorney General & 2 Others*, la cour a ²²⁷ reconnu que « le contexte social dans lequel l'avortement a lieu ... est un contexte dans lequel il y a une forte incidence de violence sexuelle parmi les femmes et les filles pauvres ». ²²⁸ La cour a pris connaissance des facteurs croisés qui exacerbent les violations des droits reproductifs des femmes et des filles, tels que le fait d'avoir un faible revenu et de vivre dans des zones rurales où elles ne peuvent pas accéder à des services de santé adéquats, abordables et accessibles. La Cour a observé « qu'une grande partie de ceux qui se procurent des avortements dans des environnements non sécurisés sont issus des couches inférieures de la société ». ²²⁹

Selon la Cour, la situation de JMM, le second requérant dans l'affaire, présentait « un cas classique de système de santé défaillant, manquant à la fois de personnel qualifié, d'installations et d'un système de référence approprié ». ²³⁰ La cour a souligné les faits de l'affaire tout en peignant la gravité et l'étendue des échecs de l'État comme suit : ²³¹

Voici le cas d'une mineure de 14 ans, qui tombe enceinte à la suite d'un viol. Elle ne dispose d'aucune information sur l'endroit où chercher de l'aide. Elle se retrouve entre les mains d'un « charlatan » qui, selon toute apparence, n'avait aucune compétence ou formation pour pratiquer un avortement. Elle se retrouve dans un dispensaire qui, lui aussi, ne semblait pas disposer de personnel qualifié ni d'installations. Elle a été envoyée à l'hôpital de niveau 5 de Kisii où, si l'on en croit le DMS, JMM aurait dû recevoir un traitement efficace, de haute qualité et approprié. Selon le DMS, il y aurait eu des médecins qualifiés et des installations pour fournir des soins post-avortement, mais cela n'a pas été le cas. Une partie du fœtus a été enlevée et elle s'est retrouvée avec des saignements excessifs. Ses reins ont commencé à défaillir à cause du choc hémorragique. Elle a eu besoin d'une dialyse. Ils n'avaient pas de machine à dialyse et au lieu de l'envoyer dans un établissement public disposant des installations appropriées, ils l'ont laissée sortir dans cet état et lui ont suggéré d'aller à l'hôpital Tenwek sans se soucier de savoir s'il avait une machine à dialyse. Ils n'ont pas proposé d'ambulance. Au lieu de cela, ils lui ont demandé de payer 12 500,00 Kshs pour l'ambulance. Sa mère, PKM, n'en avait pas. Elle a cependant réussi à l'emmener à Tenwek, où elle a constaté qu'il n'y avait pas de machine à dialyse. Elle s'est finalement retrouvée au Kenyatta National Hospital, où il était trop tard pour lui sauver la vie.

Bien qu'elles ne soient pas abordées directement, les circonstances ci-dessus constitueraient également une violation de l'article 14(2)(a) du Protocole de Maputo, qui oblige les États parties à prendre toutes les mesures appropriées pour fournir des services de santé adéquats, abordables et accessibles, y compris des programmes d'information, d'éducation et de communication à l'intention des femmes, en particulier dans les zones rurales.

²²⁶ R Cook *Abortion Law* 32.

²²⁷ [2019] eKLR Petition 266 de 2015 High Court of Kenya.

²²⁸ Para 325.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Para 326.

²³¹ Ibid.

La Cour a reconnu l'effet de la violence sexuelle sur la santé mentale et, ce faisant, a confirmé le droit d'une femme ou d'une fille qui tombe enceinte à la suite de violences sexuelles de demander un avortement sûr. Malgré la réserve du Kenya à l'égard de l'article 14(2)(c), la Cour a néanmoins pris acte de ses dispositions qui reflètent la Constitution du Kenya et qui décrivent les circonstances dans lesquelles l'avortement est autorisé.²³² La Cour a également souligné les dispositions suivantes de l'Observation générale n° 2 de la Commission :²³³

Le Protocole prévoit le droit pour les femmes d'interrompre les grossesses contractées à la suite d'une agression sexuelle, d'un viol ou d'un inceste. Forcer une femme à garder une grossesse résultant de ces cas constitue un traumatisme supplémentaire qui affecte sa santé physique et mentale.... Outre les blessures physiques potentielles à court et à long terme, l'indisponibilité ou le refus d'accès à des services d'avortement sûrs est souvent à l'origine d'une souffrance mentale, qui peut être exacerbée par le handicap ou le statut socio-économique précaire de la femme.

11.3. Violations de l'art 14(2)(c) : Obstacles à l'accès à des soins d'avortement

11.3.1. Accès en temps utile à des soins d'avortement sûrs

Dans la plupart des contextes domestiques des pays africains, les femmes et les jeunes filles pouvant prétendre à un avortement pour cause de viol, d'inceste ou d'agression sexuelle rencontrent des difficultés importantes en raison de l'absence de réglementations ou de directives garantissant l'accès des victimes à un avortement en temps voulu.²³⁴

Le Comité CEDAW, tout en notant les limites de la période de gestation à partir de laquelle un avortement peut être pratiqué en toute sécurité, a noté qu'il doit y avoir un « mécanisme de prise de décision rapide » afin de garantir que les femmes (et les filles) puissent avoir accès à des avortements en temps opportun dans la période de gestation autorisée.²³⁵ Comme cela a été établi dans l'affaire *LC v Peru*,²³⁶ le Comité CEDAW a estimé que le fait que le Pérou ne garantisse pas l'accès à l'avortement en temps voulu dans les cas d'abus sexuel et de viol est un facteur qui peut mettre en danger la santé physique et mentale de la femme.²³⁷ Dans cette affaire, LC était une mineure qui est tombée enceinte à la suite d'un abus sexuel et a tenté de se suicider. Malgré la demande des parents de LC de mettre fin à sa grossesse, cette demande a été refusée, ce qui l'a obligée à poursuivre sa grossesse malgré les graves menaces qui pesaient sur sa santé physique et mentale. LC a finalement fait une fausse couche. Le Comité CEDAW a déterminé que le fait que l'État n'ait pas mis en place une procédure d'avortement thérapeutique efficace et accessible constituait une violation de l'article 12 de la CEDAW.

Dans le contexte du Pérou, un vide juridique a été créé par l'abrogation de la loi péruvienne sur la santé n° 26842 du 9 juillet 1997 qui prévoyait une procédure d'avortement thérapeutique.²³⁸ De plus, l'article 119 du Code pénal péruvien, qui autorisait l'avortement thérapeutique, n'incluait pas de mécanisme explicite de prise de décision,²³⁹ ce qui entraînait une décision arbitraire du personnel médical quant à l'opportunité de pratiquer un avortement thérapeutique et, surtout, quant au délai dans lequel une telle décision devait être prise.²⁴⁰

²³² Paras 372, 374, 376 et 399.

²³³ Para 376.

²³⁴ R Cook & C Ngweni 'Women's access to health care : The legal framework' (2006) 94 *Int J of Gynaecology and Obstetrics* 222.

²³⁵ Communication 22/2009 *LC v Peru* CEDAW Committee (17 October 2011) UN Doc CEDAW/C/WG/20/DR/22 (2009) para. 8.17

²³⁶ Ibid paragraphe 8.18.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ Ibid paragraphe 8.12.

²³⁹ Ibid paragraphe 8.18.

²⁴⁰ Ibid paragraphe 8.16.int/iris/handle/10665/78413> 98.

Prenant acte de contextes nationaux similaires au sein du continent africain, où l'avortement est largement criminalisé par le droit pénal, avec des exceptions légales, les plaideurs peuvent utiliser les principes énumérés dans l'arrêt *LC c. Pérou* pour obliger un État à assurer la mise en place d'un cadre juridique clair afin de garantir que les femmes et les jeunes filles puissent exercer leur droit de recourir à des avortements thérapeutiques, même dans un environnement juridique restreint.

Cette approche est conforme aux recommandations de l'OMS aux États parties de mettre en place un environnement juridique et politique favorable afin de garantir que chaque femme légalement éligible ait un accès facile à des soins d'avortement sans risque.²⁴¹ Le cadre juridique devrait au moins comprendre des mécanismes institutionnels et administratifs clairs, un mécanisme d'abrogation indépendant permettant de réexaminer les décisions administratives prises en matière de fourniture de services d'avortement sans risque, garantissant la prise en compte de l'opinion de la femme ou de la jeune fille enceinte, la prise de décision en temps utile pour accorder ou refuser une procédure, ainsi que la résolution en temps utile de tout processus de révision.²⁴²

L'absence d'accès en temps utile à des soins d'avortement sûrs est en soi une violation et un recours qui peut être invoqué par un plaideur, en plus des affirmations de violations des droits en vertu de l'article 14 (2)(c). Dans l'affaire *VDA au nom de LMR v Argentine*, par exemple,²⁴³ la Commission des droits de l'homme a examiné un cas où une femme avait droit à un avortement thérapeutique parce qu'elle souffrait d'un handicap mental et avait été victime d'un viol. Le Conseil des droits de l'homme a déterminé que les trois comparutions de la victime devant le tribunal, qui ont prolongé de manière exponentielle la grossesse, constituaient une violation du droit à un recours effectif, contraire aux dispositions de l'article 2 du PIDCP.²⁴⁴ L'article 25(a) du Protocole de Maputo donne mandat aux États parties d'assurer un recours approprié à toute femme dont les droits ou libertés prévus par le protocole sont violés.

Dans une affaire similaire, *KL v Peru*,²⁴⁵ le Conseil des droits de l'homme a estimé que le Pérou avait violé les articles 2, 7, 17 et 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en ne garantissant pas à la victime la jouissance en temps utile de son droit à l'avortement, ce qui l'a amenée à souffrir d'une grave dépression.²⁴⁶

Dans l'affaire *Tysiāc v Pologne* ²⁴⁷ la Cour européenne des droits de l'homme a examiné un cas où une femme polonaise a cherché à obtenir un avortement légal après avoir reçu le diagnostic de trois ophtalmologistes qui ont tous conclu que le fait de mener sa grossesse à terme causerait de graves dommages à sa vue. Malgré cette menace imminente pour sa santé, le chef du service de gynécologie et d'obstétrique d'une clinique de Varsovie a refusé d'interrompre la grossesse en déclarant qu'il n'y avait pas de raisons médicales pour un avortement thérapeutique. En raison de l'absence de mécanismes de recours disponibles, Tysiāc a été contrainte de mener sa grossesse à terme et a ensuite souffert d'une détérioration de sa vue, ce qui l'a rendue invalide en vertu du système d'invalidité polonais. La Cour européenne des droits de l'homme a conclu que le cadre juridique polonais inadéquat régissant l'avortement violait le droit de Tysiāc à des recours internes effectifs, en violation de l'article 13 de la CEDH. En outre, en interprétant le droit au respect de la vie privée au titre de l'article 8, la Cour a indiqué que la

²⁴¹ OMS Avortement sécurisé : directives techniques et stratégiques à l'intention des systèmes de santé, 2ème (2012) < <https://apps.who.int/iris/handle/10665/78413> > 98.

²⁴² Ibid 98.

²⁴³ Communication 1608/2007 VDA on behalf of LMR v Argentina (note 228 ci-dessus).

²⁴⁴ Ibid paragraphe 9.4.

²⁴⁵ Communication 1153/2003 KL v Peru ((note 227 ci-dessus) para 6.3.

²⁴⁶ Ibid paragraphe 6.6.

²⁴⁷ Tysiāc c. Pologne (App n° 5410/03) (2007).

Pologne avait l'obligation positive de garantir effectivement l'intégrité physique d'une femme enceinte, notamment en adoptant un cadre juridique complet réglementant l'interruption de grossesse qui tienne compte de l'avis de la femme et qui ne soit pas structuré « d'une manière qui limiterait les possibilités réelles d'obtenir [un avortement légal] ». ²⁴⁸

La Cour européenne des droits de l'homme a statué que la Pologne avait l'obligation de garantir un accès effectif à l'avortement légal, en particulier lorsqu'une femme peut y prétendre sur la base de motifs légaux admissibles. La Cour a observé que « dès lors que le législateur décide d'autoriser l'avortement, il ne doit pas structurer son cadre juridique d'une manière qui limiterait les possibilités réelles de l'obtenir ». ²⁴⁹

11.3.2. Intérêts du fœtus

Les dispositions constitutionnelles qui prévoient que la vie commence dès la conception constituent des limitations potentielles à l'accès des femmes à des services d'avortement sûrs, même dans des circonstances où leur vie est en danger. ²⁵⁰ Cela soumet à un examen judiciaire la mise en balance du droit à la vie de la mère et des revendications du droit à la vie du fœtus.

Par conséquent, la formulation de l'article 14(2)(c) peut potentiellement servir à limiter le droit des femmes à accéder à des soins d'avortement sûrs. Cette disposition peut potentiellement créer des conflits entre le droit à la vie du fœtus et le droit à l'avortement. ²⁵¹ Ceci est également soutenu par le cadre de l'article 4(j) du Protocole de Maputo qui exhorte les pays où la peine de mort existe à ne pas exécuter les condamnations à mort d'une mère enceinte, ce qui peut potentiellement être invoqué pour défendre la protection de la vie du fœtus. ²⁵²

Dans l'affaire *Christian Lawyers Association of South Africa v Minister of Health*, ²⁵³ la Cour a jugé qu'un fœtus n'est pas protégé par le droit à la vie prévu à l'article 11 de la Déclaration des droits. La Cour a estimé que « le texte de la Constitution ne prévoit pas de protection expresse en tant que telle, et cette omission est déterminante ; et 2) un fœtus ne peut être reconnu comme un enfant parce que la définition constitutionnelle de "l'enfant" ne comprend que les jeunes gens qui sont nés ». ²⁵⁴

La Commission européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Paton v United Kingdom*, ²⁵⁵ a estimé que le droit à la vie n'inclut pas les fœtus. Cette affaire concernait une requête du mari qui soutenait que sa femme enceinte devait être empêchée de pratiquer un avortement en raison du droit à la vie du fœtus prévu par l'article 2 de la CEDH. La commission a rejeté la plainte et a affirmé que le droit potentiel du fœtus à la vie ne l'emporte pas sur les intérêts de la mère. ²⁵⁶

Dans l'affaire *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland*, ²⁵⁷ il a été jugé que l'injonction de la Cour suprême d'Irlande qui empêchait les prestataires de services de conseil de fournir aux femmes des informations sur les services d'avortement était disproportionnée par rapport à l'intérêt de l'Irlande à protéger le droit à la vie de l'enfant à naître, car elle empêchait les femmes d'obtenir des informations susceptibles de conduire à une interruption de grossesse non sécurisée ou à une interruption à un stade avancé de la grossesse.

²⁴⁸ Ibid paragraphe 116.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ S Nabaneh 'A Purposive Interpretation of Article 14 (2)(c) of the African Women's Protocol to Include Abortion on Request and For Socio-Economic Reasons' LLM Thesis, University of Pretoria (2012) 19.

²⁵¹ Ibid 18.

²⁵² Ibid 19.

²⁵³ 1998 11 BCLR 1434 (T).

²⁵⁴

²⁵⁵ *Paton v United Kingdom (X v United Kingdom)* (1981) 3 EHRR 48.

²⁵⁶ Ibid paragraphes 7, 9, 19, 23.

²⁵⁷ (requête n° 14234/88) [1992] ECHR 68 (29 octobre 1992).

11.3.3. Criminalisation de l'avortement

L'approche prédominante pour légiférer sur l'avortement dans les juridictions nationales dans le contexte africain est de criminaliser l'avortement, sauf dans des exceptions très étroitement définies, notamment pour sauver la vie de la femme enceinte.²⁵⁸ La justification apparente de la criminalisation de l'avortement est qu'elle sert à protéger les valeurs spirituelles inhérentes à la vie à naître.²⁵⁹

L'approche de la criminalisation de l'avortement, en particulier en Afrique anglophone, remonte aux lois coloniales sur l'avortement héritées de la common law anglaise, généralement dérivées de la loi anglaise sur les délits contre la personne de 1861 (la loi de 1861) et de son interprétation par les tribunaux anglais. En vertu de l'article 58 de la loi de 1861, le fait pour une femme de se procurer « illégalement » et intentionnellement un avortement constituait une infraction. En faisant référence au terme « illégal » dans la loi, les commentateurs juridiques ont affirmé que la loi de 1861 ne constituait pas une interdiction absolue de l'avortement, et qu'en fait, il était sous-entendu qu'il existait des circonstances dans lesquelles il serait « légal » de se procurer un avortement.²⁶⁰

Ngwena note que la criminalisation de l'avortement engendre un effet paralysant au point de dissuader même l'offre d'avortements légaux.²⁶¹ Dans la plupart des contextes où les lois pénales sur l'avortement prévoient des exceptions légales, elles sont souvent incapables d'inclure et de clarifier la procédure administrative permettant de contester les décisions des prestataires de soins de santé qui refusent les demandes des femmes et des jeunes filles d'obtenir des avortements légaux.

« Une loi pénale qui interdit l'avortement dans toutes les circonstances éteint les droits fondamentaux de la femme et porte ainsi atteinte à sa dignité en la réduisant à un simple réceptacle pour le fœtus, sans droits ni intérêts dignes de protection et d'importance constitutionnelle. »²⁶²

En Afrique subsaharienne, la réforme de la loi sur l'avortement doit non seulement chercher à démanteler le monopole historique des médecins dans la détermination de l'éligibilité à l'avortement, mais aussi élargir l'éligibilité des personnes capables de pratiquer des avortements.²⁶³

La Cour constitutionnelle de Colombie, tout en déclarant inconstitutionnelle une loi criminalisant l'avortement en toutes circonstances, a estimé que « lorsque le législateur adopte des lois pénales, il ne peut ignorer que la femme est un être humain ayant droit à la dignité et qu'elle doit être traitée comme telle, et non comme un instrument de reproduction de l'espèce humaine. Le législateur ne doit pas imposer le rôle de procréateur à une femme contre sa volonté ».²⁶⁴

La décision rendue en 2004 par la Cour d'appel d'Irlande du Nord dans l'affaire *Family Planning Association of Northern Ireland v Minister of Health Social Services and Public Safety*²⁶⁵ constitue une autorité convaincante pour la proposition selon laquelle, même sans invoquer la jurisprudence en matière de droits de l'homme, le devoir d'assurer une protection égale de la

²⁵⁸ Ngwena (note 4 ci-dessus) 814.

²⁵⁹ Ibid 829.

²⁶⁰ RJ Cook & BM Dickens 'Abortion Laws in African Commonwealth Countries' (1981) 25 J African Law 60, 61-62.

²⁶¹ Ngwena (note 4 ci-dessus) 834.

²⁶² Cook (note 232 ci-dessus) 32 (c'est nous qui soulignons).

²⁶³ Ngwena (note 4 ci-dessus) 825.

²⁶⁴ Decision C-355 of 10 May 2006; V Undurraga & RJ Cook 'Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006' in SH Williams ed *Constituting Equality* (2009) 215-247.

²⁶⁵ 1 [2005] Northern Ireland Law Reports 188 (Civ).

loi en vertu de la common law exige de l'État qu'il assure la transparence non seulement de la signification de la loi sur l'avortement, mais aussi de la prestation de services. Dans cette affaire, dans un contexte d'incertitude quant à la loi parmi les prestataires de services et les femmes cherchant à se faire avorter, la Cour d'appel a jugé à l'unanimité que le fait que le ministère de la Santé n'ait pas publié de directives clarifiant la loi nord-irlandaise sur l'avortement, sur la base de la loi de 1861, et qu'il n'ait pas cherché à savoir si les femmes recevaient les services auxquels elles avaient droit, constituait une violation de l'obligation légale de l'État de fournir des services de santé.

Le lien entre l'avortement à risque et les lois restrictives est bien établi.²⁶⁶ En effet, il constitue la principale prémisse sur laquelle les organes de traités ont recommandé la libéralisation et la dépénalisation des lois sur l'avortement. La mortalité et la morbidité liées à l'avortement sont les plus élevées dans les pays où la loi est la plus restrictive en matière d'avortement. Dans la mesure où l'article 14(2)(c) du Protocole de Maputo envisage la libéralisation des lois restrictives sur l'avortement, il fournit aux gouvernements un cadre de droits de l'homme pour prendre l'initiative de réformer les lois qui entravent l'accès à un avortement sûr.²⁶⁷

Un élément important pour rendre l'avortement sûr est de le rendre légal.²⁶⁸ L'Institut Guttmacher a noté « qu'une loi libérale sur l'avortement ne garantit pas la sécurité des avortements. Des directives de service doivent être rédigées et diffusées, les prestataires doivent être formés et les gouvernements doivent s'engager à garantir que des avortements sûrs sont disponibles dans les limites de la loi ». ²⁶⁹

Dans son Observation générale n° 22 sur le droit à la santé sexuelle et reproductive, le CESCR²⁷⁰ stipule que les États parties ont l'obligation immédiate d'éliminer la discrimination à l'égard des individus et des groupes et de garantir leur droit égal à la santé sexuelle et reproductive. Cela exige des États qu'ils abrogent ou réforment les lois et les politiques qui annulent ou entravent la capacité de certains individus et groupes à réaliser leur droit à la santé sexuelle et reproductive. Un large éventail de lois, de politiques et de pratiques portent atteinte à l'autonomie et au droit à l'égalité et à la non-discrimination dans la pleine jouissance du droit à la santé sexuelle et reproductive, par exemple la criminalisation de l'avortement ou les lois restrictives en la matière. Les États parties devraient également veiller à ce que tous les individus et groupes aient un accès égal à l'ensemble des informations, biens et services en matière de santé sexuelle et reproductive, notamment en supprimant tous les obstacles auxquels des groupes particuliers peuvent être confrontés.²⁷¹

Le Comité CEDAW a qualifié les lois qui criminalisent l'avortement de discriminatoires sur la base du sexe et de la biologie.²⁷² Il a déclaré que « les obstacles à l'accès des femmes à des soins de santé appropriés comprennent des lois qui criminalisent des procédures médicales dont seules les femmes ont besoin et qui punissent les femmes qui subissent ces procédures ». En outre, dans sa recommandation générale n° 24,²⁷³ le comité CEDAW recommande aux États parties de modifier la législation criminalisant l'avortement afin de supprimer les mesures punitives imposées aux femmes qui se font avorter.

²⁶⁶ Guttmacher Institute *Abortion Worldwide : A Decade Of Uneven Progress* (2009) 25-29 ; M Berer 'National Laws And Unsafe Abortion : The Parameters Of Change' (2004) 12 *Reproductive Health Matters* 1 (2004).

²⁶⁷ *Supra* n 201 82.

²⁶⁸ M Berer 'Making abortions safe : A matter of good public health policy and practice' (2002) 10(19) *Reproductive Health and Rights* 33.

²⁶⁹ Institut Guttmacher "Facts on Abortion in Africa" Briefing Paper (2012) < http://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Africa.pdf >.

²⁷⁰ Conseil économique et social de l'ONU (CESCR) CESCR " Observation générale n° 22 (2016) sur le droit à la santé sexuelle et reproductive (article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) " (2 mai 2016) Doc ONU E/C.12/GC/22.

²⁷¹ *Ibid* paragraphe 34.

²⁷²

²⁷³ Comité CEDAW, recommandation générale n° 24 (note 197 ci-dessus), chapitre 1, paragraphe 31(c).

L'article 14(2)(c) a le potentiel de contribuer à changer l'orientation des lois africaines sur l'avortement, en passant d'un paradigme de crime et de punition engendré par les lois coloniales sur l'avortement à un paradigme de santé reproductive qui résonne avec la philosophie plus large du droit des femmes à prendre des décisions autonomes en matière de reproduction.²⁷⁴

Conseil pour les plaideurs

Les organes de surveillance des traités ont soutenu le droit à l'avortement en termes extrapolatifs et en tant que droits accessoires à la protection des droits fondamentaux plus larges qui sont garantis par les traités. Les observations générales, les recommandations générales et les observations finales qui associent les taux élevés de mortalité et de morbidité maternelles au manque d'accès à des avortements sûrs et légaux implorant les États parties de lutter contre les avortements dangereux en révisant les lois qui sont très restrictives en matière d'avortement ou en dépénalisant l'avortement afin de protéger les droits de la femme enceinte à la vie et à la santé. Telles ont été les principales voies par lesquelles les organes de traités ont fait progresser la notion de droit à l'avortement en tant que droit de l'homme.²⁷⁵

En fonction des différents contextes nationaux et de l'application des principes juridiques internationaux, les plaideurs sont encouragés à étayer leurs arguments par les observations finales adressées à l'État partie par divers organes de traités sur des questions relatives aux droits sexuels et reproductifs des femmes et des filles. Dans l'affaire *VDA au nom de LMR v Argentina*,²⁷⁶ les auteurs se sont largement référés aux observations finales émises à l'encontre de l'Argentine, par exemple que :

la criminalisation de l'avortement dissuade les professionnels de la santé de pratiquer cette procédure sans ordonnance judiciaire, même lorsqu'ils sont autorisés à le faire par la loi, notamment lorsqu'il existe des risques évidents pour la santé de la mère ou lorsque la grossesse résulte du viol de femmes handicapées mentales. Le Comité se déclare également préoccupé par les aspects discriminatoires des lois et politiques en vigueur, qui se traduisent par un recours disproportionné à des avortements illégaux et dangereux pour les femmes pauvres et rurales.

11.3.4. L'objection de conscience

L'affaire *VDA au nom de LMR v Argentine* met en perspective un obstacle commun à la fourniture de soins d'avortement sûrs, à savoir le refus des prestataires de soins de santé de fournir des services vitaux aux femmes et aux jeunes filles en raison d'un conflit avec leurs convictions religieuses. Dans l'affaire *VDA au nom de LMR v Argentine*, les auteurs ont affirmé une violation de l'article 18 du PIDCP sur le droit à la conscience et ont affirmé ce qui suit : ²⁷⁷

Les groupes catholiques ont proféré des menaces directes, publiques et continues de toutes sortes et ont soumis la famille à des pressions et des contraintes sans que les autorités n'interviennent pour protéger les droits de L.M.R.. En s'opposant à la procédure pour des raisons de conscience collective ou institutionnelle, le service de gynécologie de l'hôpital San Martín n'a pas non plus respecté le droit à la liberté de religion et de conviction. L'objection de conscience est inadmissible en vertu du cadre réglementaire régissant les

²⁷⁴ Ngwena (note 4 ci-dessus) 828.

²⁷⁵ Ibid 785.

²⁷⁶ Communication 1608/2007 *VDA on behalf of LMR v Argentina* (note 228 ci-dessus) paragraphe 3.7.

²⁷⁷ Ibid paragraphe 3.10.

devoirs des fonctionnaires et en application de l'obligation de préserver le droit à la vie et à la santé des patients qui incombe à tous les professionnels de la santé. En vertu du droit en vigueur, l'hôpital aurait dû transmettre le cas à un autre service.

Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion est garanti dans divers instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Toutefois, il a été affirmé que ce droit est soumis aux limitations nécessaires pour protéger les droits de l'homme d'autrui.²⁷⁸

Dans les cas où les professionnels de la santé invoquent la conscience et/ou la religion pour refuser de fournir des services d'avortement sûrs, ils ont l'obligation d'orienter immédiatement la femme vers un autre prestataire disposé et formé dans le même établissement de santé ou dans un autre facilement accessible.²⁷⁹ Dans les cas où l'orientation n'est pas possible ou pratique, en particulier dans les urgences médicales où il est nécessaire de sauver la vie ou d'empêcher une aggravation du préjudice physique ou mental pour la santé de la femme ou de la jeune fille enceinte, les professionnels de la santé ont le devoir de fournir le service, même s'il y a un conflit avec leur conscience ou leurs convictions religieuses.²⁸⁰ Les paramètres de l'objection de conscience sont également renforcés par les directives éthiques de la FIGO sur l'objection de conscience.²⁸¹

En déterminant l'étendue des obligations de l'État dans ce contexte, un État est tenu de mettre en place des mesures législatives et politiques claires qui réglementent l'exercice de la liberté de conscience des prestataires de soins de santé et qui garantissent que l'accès des femmes et des filles à des services d'avortement légaux n'est pas entravé.

Dans une décision de la Cour constitutionnelle colombienne²⁸² déterminant que le refus d'un avortement légal à une jeune fille de 14 ans victime d'un viol constituait une violation de ses droits constitutionnels, il a été jugé que la liberté de conscience n'est reconnue qu'aux personnes physiques et non aux institutions. En outre, le droit à la liberté de conscience n'est pas un droit absolu et peut être limité pour protéger les droits fondamentaux des femmes à la vie et à la santé. En notant l'effet des violations des droits fondamentaux des femmes à des soins de santé légaux dans l'invocation de l'objection de conscience, la Cour a réaffirmé l'obligation faite aux prestataires de soins de santé de référer immédiatement les patients et l'obligation faite aux institutions de conserver des informations sur les médecins non objecteurs vers lesquels les patients peuvent être rapidement dirigés. De plus, la Cour a déterminé que toute révocation de l'objection de conscience doit être faite par écrit et soumise à l'examen d'un professionnel de la santé ou d'un autre comité désigné par le gouvernement pour s'assurer que l'objection est légitimement fondée sur des convictions bien établies d'une religion reconnue.²⁸³

L'obligation de protection incombant à un État a également été établie dans l'affaire *RR v Pologne*²⁸⁴, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a déterminé que les États sont tenus d'organiser le système des services de santé de manière à garantir que l'exercice effectif de la liberté de conscience des professionnels de la santé dans le cadre professionnel n'empêche pas les patients d'avoir accès aux services auxquels ils ont légalement droit.

²⁷⁸ OMS *Avortement sécurisé : directives techniques et stratégiques à l'intention des systèmes de santé*, 2ème (note 247 ci-dessus) 98.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ FIGO Committee for the Study of Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health 'Ethical Guidelines on Conscientious Objection' in FIGO *Ethical Issues in Obstetrics and Gynaecology* (2015) 25-27. " dans FIGO Ethical

²⁸² Décision T-209 de 2008 (Cour constitutionnelle de Colombie), paragraphes 4.5, 20-21.

²⁸³ RJ Cook, MA Olaya & BM Dickens "Healthcare responsibilities and conscientious objection" (2009) 104 *Int J of Gynaecology and Obstetrics* 249.

²⁸⁴ App No 27617/04 para 206.

Les organes de suivi des traités relatifs aux droits de l'homme ont fourni des indications sur les limites du droit de conscience dans le contexte des droits des femmes en matière de santé sexuelle et reproductive. Dans son Observation générale n° 22,²⁸⁵ par exemple, le CDESC note que l'obligation de protéger le droit à la santé inclut l'obligation pour les États de prendre des mesures pour empêcher les acteurs privés d'imposer des barrières aux services, y compris des revendications de conscience pour refuser de pratiquer l'avortement.²⁸⁶ Dans ce contexte, l'Observation générale n° 22 prévoit que les États doivent réglementer de manière appropriée cette pratique afin de s'assurer qu'elle n'entrave pas l'accès de quiconque aux soins de santé sexuelle et reproductive, notamment en exigeant l'orientation vers un prestataire accessible capable de fournir les services demandés et disposé à le faire, et l'exécution des services dans les situations d'urgence.²⁸⁷ Un élément clé du droit à la santé sexuelle et reproductive est la disponibilité, ce qui présuppose que l'État est dans l'obligation de garantir la disponibilité de personnel médical et professionnel qualifié et formé pour fournir des services d'avortement sûrs. Par conséquent, l'indisponibilité de prestataires de services d'avortement sans risque en raison de politiques ou de pratiques fondées sur l'idéologie, comme le refus de fournir des services liés à l'avortement pour des raisons de conscience, ne doit pas constituer un obstacle à l'accès aux services, car un État a le devoir de veiller à ce qu'il y ait un nombre suffisant de prestataires de soins de santé désireux et capables de fournir de tels services à tout moment dans des établissements publics et privés situés dans un rayon géographique raisonnable.²⁸⁸

En outre, dans sa recommandation générale n° 24 relative à l'article 12 sur les femmes et la santé²⁸⁹, le comité de la CEDEF affirme que le refus de fournir certains soins de santé génésique aux femmes est discriminatoire et réaffirme l'obligation d'un État partie en vertu de la CEDEF d'éliminer les obstacles auxquels les femmes sont confrontées dans l'accès aux services de soins de santé.

Dans le contexte africain, la Charte prévoit le droit à la liberté de conscience. L'Observation générale n° 2 de la Commission réitère la position énumérée par d'autres organes des droits de l'homme et, tout en reconnaissant le droit à la liberté de conscience, impose une limite à l'exercice de ce droit dans les situations d'urgence et lorsque la santé d'une femme est gravement menacée.²⁹⁰ En outre, elle clarifie la portée des obligations de l'État pour inclure la garantie que l'infrastructure nécessaire est mise en place pour permettre aux femmes d'être informées et orientées vers d'autres prestataires de soins de santé en temps opportun. En outre, les États parties doivent veiller à ce que seul le personnel de santé directement impliqué dans la fourniture de services liés à l'avortement puisse exercer le droit à l'objection de conscience.²⁹¹

Dans l'affaire *Greater Glasgow Health Board v Doogan and Others*²⁹² limité davantage l'application du droit à la liberté de conscience dans le contexte de la prestation de services d'avortement et a introduit un test de « participation » pour déterminer quels professionnels de la santé impliqués dans la prestation de soins d'avortement peuvent invoquer l'objection de conscience. Il avait été soutenu que le droit à l'objection de conscience s'appliquait à toute personne prenant part à un traitement administré par l'hôpital dans le but d'interrompre une grossesse. Cela s'étendrait au-delà du personnel médical impliqué dans le service d'avortement médical ou chirurgical proprement dit, pour inclure les administrateurs de l'hôpital. La Cour suprême a précisé que le terme « participer » signifiait « prendre part » et a observé : « Il est

²⁸⁵ CDESC "Observation générale n° 22" (note 276 ci-dessus).

²⁸⁶ Ibid paragraphe 43.

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸ CDESC "Observation générale n° 22" (note 276 ci-dessus).

²⁸⁹ Comité CEDAW, recommandation générale n° 24 (note 197 ci-dessus), chapitre 1.

²⁹⁰ Para 26.

²⁹¹ Ibid.

²⁹² [2014] UKSC 68.

peu probable qu'en adoptant la clause de conscience, le Parlement ait eu à l'esprit la multitude de tâches auxiliaires, administratives et de gestion qui pourraient être associées à ces actes. Le Parlement n'aura pas pensé aux directeurs d'hôpitaux qui décident d'offrir un service d'avortement, aux administrateurs qui décident de la meilleure façon d'organiser ce service au sein de l'hôpital, aux traiteurs qui fournissent la nourriture aux patients et aux nettoyeurs... ».²⁹³

Les questions potentielles qui peuvent faire l'objet d'un litige en vertu de l'article 14(2) (c) du Protocole de Maputo incluent, mais ne sont pas limitées à :

- La limitation justifiable du principe de l'objection de conscience étant un obstacle à l'accès à un avortement sûr ou à des soins post-avortement ;
- Cette section pourrait être utilisée pour contester les obstacles procéduraux qui empêchent l'accès à ces services, même s'ils sont prévus par la loi et sont "disponibles"
- l'élimination de l'exigence du consentement du partenaire, du conjoint ou des parents comme condition préalable à l'accès à un avortement sûr ou à des soins post-avortement ; ou
- Suppression des peines et sanctions pénales pour l'accès à des services d'avortement ou de post-avortement sûrs ou la prestation de tels services.

12. Conclusion

Ce manuel fournit des conseils et des informations pour les litiges basés sur l'article 14 du Protocole de Maputo qui garantit le droit des femmes à la santé, y compris la santé sexuelle et reproductive. L'objectif est d'inciter, d'inspirer et de contraindre à une mise en œuvre réussie et durable des droits en matière de santé sexuelle et reproductive qui s'attaque aux pratiques sociales et culturelles qui empêchent les femmes et les filles de jouir de leur santé et de leurs droits sexuels et reproductifs en Afrique.

Le manuel détaille les différentes sous-sections de l'article 14 afin d'examiner les violations possibles de chaque droit et fournit des exemples de jurisprudence provenant d'autres juridictions nationales, régionales ou internationales ainsi que des suggestions d'arguments qui pourraient être présentés aux tribunaux lors d'une action en justice. Cependant, il est important de reconnaître qu'une affaire peut non seulement donner lieu à des violations des différentes composantes de l'art 14 mais aussi à d'autres droits prévus par le Protocole de Maputo ou d'autres instruments. Les efforts de contentieux doivent également tenir compte de l'ensemble des différences multiples, des identités croisées et des expériences des femmes et des filles. Il est donc crucial d'envisager d'inclure des arguments sur la discrimination intersectionnelle qui aggrave toute violation des droits de l'article 14.

Les composantes de la santé sexuelle et reproductive des femmes détaillées dans l'article 14 sont une partie essentielle du droit au meilleur état de santé possible des femmes. Le Protocole de Maputo constitue donc un pas important vers la clarification et le renforcement de ce droit, notamment en ce qui concerne les obligations qu'il impose aux États. Cependant, l'efficacité du Protocole de Maputo en matière de droits de l'homme ne sera possible que par son application dans les différents pays de la région. Les plaideurs doivent chercher à obtenir des comptes en cas de non-respect des obligations fondamentales en matière de droits de l'homme imposées aux États par l'article 14. Nous espérons que ce manuel pourra y contribuer.

²⁹³ Para 38.



ISBN:



**INITIATIVE FOR STRATEGIC
LITIGATION IN AFRICA**

5th Floor | Marble Towers
208 - 211 Rahima Moosa Street
Johannesburg | 2000 | South Africa

Email: info@the-isla.org

Tel: +27 11 338 9014 / 9024 / 9028

Fax: +27 11 338 9029

www.the-isla.org