

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/377486957>

La protection juridique des PvVIH, populations clés et autres minorités sexuelles et de genre face à la discrimination et à la stigmatisation associées au VIH et au Sida en RDCongo

Article · January 2024

CITATIONS

0

READS

23

1 author:



[Kaniki Tata Jean Bedel](#)

Catholic University of Bukavu

1 PUBLICATION 0 CITATIONS

SEE PROFILE

LA PROTECTION JURIDIQUE DES PERSONNES VIVANT AVEC LE VIH, DES
POPULATIONS CLÉS ET D'AUTRES MINORITÉS SEXUELLES ET DE GENRE FACE À
LA STIGMATISATION ET À LA DISCRIMINATION ASSOCIÉES AU VIH ET AU SIDA
EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Par

KANIKI TATA Jean Bedel

Magistrat de carrière en RD Congo
Coordinateur de l'ONG Initiative DESC

Licencié en Droit public (Bac +5) de l'Université Officielle de Bukavu, en RD Congo

Détenteur d'un diplôme de Master 2 en Droit International et Européen des Droits Fondamentaux de
l'Université de Nantes, en France

Détenteur d'un diplôme de Master 2 en Droit International et Comparé de l'Environnement de l'Université de
Limoges, en France.

Email : papykaniki2000@yahoo.fr

Table des matières

Introduction.....	4
I. La consécration de la protection juridique des personnes vivant avec le VIH, des populations clés et d'autres minorités sexuelles et de genre : La séropositivité au VIH, l'orientation sexuelle et l'identité de genre comme motifs interdits de discrimination.....	7
A. Les normes internationales sur les droits à l'égalité et à la non-discrimination.....	7
B. Les normes régionales sur les droits à l'égalité et à la non-discrimination.....	13
C. Les normes nationales sur les droits à l'égalité et à la non-discrimination.....	15
II. Renfort à la protection juridique des personnes vivant avec le VIH, des populations clés et d'autres minorités sexuelles et de genre : Notions de la discrimination indirecte, d'« aménagement/ accommodement raisonnable » et des mesures d'action positive(discrimination positive).....	19
A. La notion de la discrimination indirecte.....	19
B. L'obligation d'« aménagement/ accommodement raisonnable ».....	22
C. Les mesures d'action positive (discrimination positive)	24
Conclusion.....	25

Résumé

Les défis liés à la riposte au VIH demeurent présents en RD Congo : La stigmatisation et la discrimination persistent dans de nombreux milieux, en particulier à l'égard des personnes vivant avec le VIH et/ou des populations clés, ainsi que d'autres minorités sexuelles et de genre. Cette situation entrave les efforts de santé publique menés pour prévenir les nouvelles infections et présente un grand risque de perdre non seulement ce qui a été accompli dans la riposte au VIH au cours des décennies précédentes, mais aussi l'impulsion nécessaire à la réalisation des objectifs 2030 dits d'« accélération de la riposte », visant à mettre fin à l'épidémie du VIH d'ici 2030. Pourtant, les droits à l'égalité et à la non-discrimination sont reconnus par un large éventail d'instruments juridiques internationaux, régionaux et nationaux. Pour pallier à cette situation, cet article démontre d'abord que les motifs interdits de discrimination au titre des normes sur les droits à l'égalité et à la non-discrimination comprennent également la séropositivité au VIH, l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Il propose ensuite plusieurs scénarios pour renforcer la protection juridique des personnes vivant avec le VIH, des populations clés et d'autres minorités sexuelles et de genre, d'une manière qui pourrait aider à maximiser l'impact des efforts visant à mettre fin à l'épidémie de VIH, atteindre spécifiquement les ODD et œuvrer de façon générale à la promotion et à la protection des droits de l'homme.

Mots clés : VIH – Sida – égalité – discrimination – stigmatisation – personnes vivant avec le VIH – populations clés – minorités sexuelles et de genre.

Abstract

Challenges related to the HIV response remain present in DR Congo: Stigma and discrimination persist in many settings, particularly against people living with HIV and/or key populations, as well as other sexual and gender minorities. This situation hampers public health efforts to prevent new infections and poses a great risk of losing not only what has been achieved in the HIV response in previous decades, but also the impetus needed to the 2030 so-called “accelerated response” targets, aimed at ending the HIV epidemic by 2030. Yet the rights to equality and non-discrimination are recognized by a wide range of international, regional and national legal instruments. To remedy this situation, this article first demonstrates that the prohibited grounds for discrimination under equality and non-discrimination rights standards also include HIV-positive status, sexual orientation and gender identity. It then proposes several scenarios for strengthening the legal protection of people living with HIV, key populations and other sexual and gender minorities, in a way that could help maximize the impact of efforts to end the HIV epidemic, specifically achieve the SDGs and generally work towards the promotion and protection of human rights.

Keywords: HIV – Aids – equality – discrimination – stigmatization – people living with HIV – key populations – sexual and gender minorities

Introduction

La République démocratique du Congo (Ci-après : RD Congo) a reconnu officiellement le VIH en 1984, devenant l'un des premiers pays africains à prendre conscience de ce que pouvait représenter cette épidémie. La volonté politique de lutter contre la maladie a conduit à la création de plusieurs structures de riposte au VIH¹.

Depuis lors, le gouvernement a œuvré pour une prise de conscience rapide du niveau de gravité de la pandémie du VIH, aidé en cela par le dynamisme de la société civile et l'accompagnement des partenaires techniques et financiers de la lutte contre le VIH et le Sida.

Aujourd'hui, si le Sida est devenu une maladie chronique en raison de la diffusion des antirétroviraux qui contrôlent l'infection, on note aussi que le pays s'est fait le devoir de ratifier une multitude d'instruments juridiques internationaux et régionaux interdisant toute forme de discrimination et de stigmatisation. Divers textes juridiques ont traduit ces instruments juridiques internationaux et régionaux dans le droit interne, dans le but de lutter contre la stigmatisation et la discrimination, en particulier dans le contexte du VIH et du Sida.

Malgré cet arsenal juridique considérable, l'accès universel aux services de prévention, de traitement et de soins reste compromis en RD Congo. Les personnes vivant avec le VIH, les populations clés et les autres minorités sexuelles et de genre continuent de faire face non seulement à la stigmatisation et à la discrimination liées à leur séropositivité, mais également à d'autres discriminations, notamment fondées sur l'orientation sexuelle² et l'identité de genre³, qui n'ont pas disparu dans la sphère familiale, les soins, la recherche d'emploi et le lieu de travail.

Des milliers de personnes sont concernées, et les chiffres restent importants. Selon l'enquête sur l'index de stigmatisation et discrimination des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres (Ci- après : LGBTI), menée en RD Congo en 2017, il y a un taux élevé de discrimination indiquant que 75% des personnes n'ont pas accès aux services de l'éducation, l'emploi, du logement, de la santé, de la sécurité sociale⁴, alors qu'aucune disposition dans le Code pénal ne réprime les relations sexuelles entre deux adultes consentants.

Selon un rapport de 2018 du Centre d'Expertise en Droits Humains et Criminologie (CEDHUC) sur les cas et les affaires pré juridictionnelles et juridictionnelles, les personnes LGBTI sont victimes des arrestations arbitraires, extorsion et diverses violences par les agents de force de l'ordre⁵.

¹ Programme des Nations Unies pour le Développement, *Revue du cadre juridique congolais de la riposte au VIH*, Kinshasa, juin 2012, p. 9.

² Le préambule des principes de Jogjakarta définit l'orientation sexuelle comme étant « la capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers les individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus ».

³ Toujours selon le préambule des principes de Jogjakarta, l'identité de genre est « l'expérience intime et personnelle du sexe faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris une conscience personnelle du corps [...] et d'autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire ».

⁴ Progrès Santé Sans Prix, *Rapport sur l'Index de stigmatisation et discrimination des personnes LGBTI en RDC*, 2017, cité par Programme des Nations Unies pour le développement, *Initiative de Gouvernance Inclusive : Rapport de base République Démocratique du Congo*, 2022, p. 7.

⁵ CEDHUC, *Rapport d'activité de la CEDHUC*, édition 2018.

De plus, les résultats de l'enquête sur l'index de stigmatisation et de discrimination des personnes vivant avec le VIH⁶ nous montrent que, bien que des lois de protection existent, la discrimination et la stigmatisation continuent de sévir à un degré très élevé.

En ce qui concerne l'accès aux soins de santé, les 12 mois précédant l'enquête, près de 4,45% des répondants ont été refusés des soins de santé, y compris des soins dentaires, en raison de leur statut sérologique. Les attitudes des personnes vivant avec le VIH ont été affectées par cette prévalence de la discrimination en milieu de soins de santé, car 20,9 % des répondants ont évité d'aller dans une formation sanitaire (hôpital ou centre de santé) au moment où ils en avaient besoin.

Dans leurs relations interpersonnelles (milieu de vie), près de 12,75 % des répondants pensent avoir été exclus lors d'activités sociales (mariages, funérailles, fêtes, etc.) dans les 12 mois précédant l'enquête. Le pourcentage de personnes exclues des activités religieuses est de 5,74 %, mais plus de 6 personnes vivant avec le VIH sur 10 (62,41 %) avaient un statut sérologique associé à cette exclusion. Le taux d'exclusion rapporté pour les activités familiales (faire la cuisine, manger ensemble, dormir dans la même chambre, par exemple) est de 25,83%.

De la part des proches, les expériences des commérages malfaisants, celles d'insultes, harcèlements ou d'autres menaces verbales (44,02 %) sont significativement plus importantes dans les grandes villes. Si près de 90 % des cas d'agressions physiques rapportés par les personnes vivant avec le VIH ont été commis par des individus connus par les victimes et ne faisant pas partie de leurs ménages, le dixième (14,77 %) des cas de ces agressions ont été commis par des maris, des conjoints ou des partenaires sexuels.

La proportion des personnes vivant avec le VIH au chômage a considérablement augmenté, atteignant 47,1 %, dépassant la moyenne du pays. De plus, 25,67 % des personnes vivant avec le VIH ont déclaré avoir perdu leur emploi en raison de plages de discrimination, dont la moitié des cas, en raison de leur statut sérologique. Une personne vivant avec le VIH sur cinq qui n'a pas perdu son emploi, soit a vu la description de son poste changer, soit a vu son employeur refuser une promotion en raison de son statut sérologique (5,28%).

En ce qui concerne le droit à l'éducation des adultes et des enfants, 1,81 % des personnes vivant avec le VIH interrogées mentionnent avoir été renvoyées, suspendues ou interdites d'accéder à une institution d'enseignement, soit d'elles-mêmes soit de leurs enfants (2,63 %), en raison de leur statut sérologique.

En raison de la stigmatisation ou de la discrimination, 50,78 % des répondants ont décidé de ne plus avoir d'enfants. 42,28 % des personnes vivant avec le VIH ont choisi de ne pas se marier. Et l'isolement des amis et des proches a augmenté considérablement (37,6 %). Près de 30 % des personnes interrogées ont choisi de ne pas se manifester socialement. En 2019, il y a eu une augmentation de 18,75 % des personnes vivant avec le VIH qui ont ressenti la stigmatisation et la discrimination au point d'avoir envie de se suicider, passant de 18,75 % en 2012 à 15,6 % en 2019.

⁶ Programme National Multisectoriel de lutte contre le VIH/Sida en RDC, *Index de stigmatisation et de discrimination des personnes vivant avec le VIH, Rapport d'enquête*, janvier 2020, disponible sur <https://www.pnls-rdc.org/wp-content/uploads/2022/06/Rapport-Index-Stigma-PVV-2020.pdf>.

Un nombre important de personnes vivant avec le VIH redoutent d'être stigmatisées (89,1 %), tandis que 72,3 % redoutent d'être insultés, harcelés et/ou menacés. La moitié des répondants craignent d'être agressé physiquement (51,8%) ou d'être harcelé (54,6%).

Si ces problèmes ne sont pas résolus, la stigmatisation et la discrimination associées au VIH et au Sida vont entraver les efforts de santé publique menés pour prévenir des nouvelles infections et réduire l'impact de l'épidémie sur les individus, les familles, les communautés et le pays. D'un autre côté, le risque est grand de perdre ce qui a été accompli au cours des décennies précédentes et de manquer les objectifs dits d'« *accélération de la riposte* », visant à mettre fin à l'épidémie de Sida d'ici 2030.

Par conséquent, il y a une obligation d'agir. Il est impératif de prendre des mesures immédiates pour garantir un accès égal aux services publics tels que la prévention, le traitement et les soins liés au VIH et au Sida, l'éducation, l'emploi, la protection et la sécurité, ainsi que d'autres secteurs qui reflètent de plus en plus les engagements internationaux de la RD Congo en matière des droits de l'homme, tout en accordant une attention particulière à la situation de certaines populations clés spécifiques, comme les hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes, les femmes et hommes usagers de drogues injectables, les travailleurs et travailleuses du sexe et certaines minorités sexuelles et de genre.

En effet, la prévalence du VIH est encore très élevée dans ces groupes et est nettement supérieure à la prévalence dans la population générale⁷. En effet, la prévalence du VIH est encore très élevée dans ces groupes et est nettement supérieure à la prévalence dans la population générale (Rapport GAM2017)⁸.

Cet article démontre tout d'abord que la séropositivité au VIH, l'orientation sexuelle et l'identité de genre sont reconnus et consacrés comme motifs interdits de discrimination par un dispositif normatif important des droits à l'égalité et à la non-discrimination **(I)**. Il propose ensuite qu'une protection efficace pourrait venir des notions de la discrimination indirecte, de l'obligation d'« aménagement/ accommodement raisonnable » et des mesures d'action positive(discrimination positive) **(II)**.

⁷ Programme National Multisectoriel de lutte contre le VIH/Sida en RDC, *Plan stratégique national de lutte contre le VIH et le Sida 2018-2021*, avril 2013, p. 5. Disponible sur <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/111792/139484/F-1279925406/COD-111792.pdf>.

⁸ Ibid.

I. La consécration de la protection juridique des personnes vivant avec le VIH, des populations clés et d'autres minorités sexuelles et de genre : La séropositivité au VIH, l'orientation sexuelle et l'identité de genre comme motifs interdits de discrimination

Un important dispositif normatif consacre et reconnaît que la séropositivité au VIH, l'orientation sexuelle et l'identité de genre sont des motifs de discrimination interdits. Il convient d'étudier d'abord les normes internationales sur les droits à l'égalité et à la non-discrimination (A), avant d'analyser les normes régionales(B), puis les normes nationales (C).

A. Les normes internationales sur les droits à l'égalité et à la non-discrimination

Les personnes vivant avec le VIH, les populations clés et les autres minorités sexuelles et de genre sont en premier lieu protégées par les droits inhérents à la personne humaine, qui protègent tous les êtres humains, indépendamment de leur sérologie au VIH, de leur identité de genre ou de leur orientation sexuelle, comme le déclare l'article 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁹ (Ci-après : DUDH), adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, en décembre 1948. En effet, l'article 1 proclame : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ».

Tandis que l'article 2 reconnaît à chacun le droit de se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés énoncées dans la déclaration « *sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de tout autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

L'article 7 reconnaît, de manière générale, l'égalité devant la loi, le droit à une égale protection de la loi ainsi que le droit à une protection égale contre la discrimination.

Ensuite, l'égalité et l'interdiction de la discrimination occupent une place de choix dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁰ (Ci-après : PIDCP), où deux dispositions centrales consacrent l'exigence de non-discrimination. L'article 2 §1 dispose : « *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

Et l'article 26 ajoute : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

⁹ Déclaration universelle des droits de l'homme de l'Assemblée générale des Nations Unies, 10 décembre 1948, résolution no 217 A (III), in *Droits de l'homme en droit international - textes de base*, Les éditions du Conseil de l'Europe, collection documents européens, 1992.

¹⁰ Le PIDCP, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966, par la résolution 2200 (XXI), à New York, entrée en vigueur le 23 mars 1976. PIDCP, 16 décembre 1966, Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171 et vol. 1057. Il a été ratifié par la République Démocratique du Congo le 1^{er} novembre 1976.

Bien plus, l'égalité et l'interdiction de la discrimination sont reconnus et consacrés par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹¹ (Ci-après : PIDESC). L'article 2 § 2 énonce une règle similaire à celle de l'article 2 du PIDCP. Il dispose : « *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

Les articles 2§ 1 et 26 du PIDCP, ainsi que l'article 2 § 2 du PIDESC ont en commun d'interdire les discriminations fondées sur une large série de critères : Race, couleur, sexe, langue, religion, opinion politique ou toute autre opinion, origine nationale ou sociale, fortune, naissance ou de toute autre situation.

D'après le Comité des droits de l'homme, le principe de non-discrimination implique l'interdiction de « *toute discrimination en droit ou en fait dans tout domaine réglementé et protégé par les pouvoirs publics* »¹².

Pour donner effet au principe de non-discrimination et au droit à l'égalité devant la loi, le Comité des droits de l'homme a indiqué que « *le terme discrimination (...) doit être compris comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹³.

Il y a lieu de constater que la liste des motifs interdits de discrimination n'est pas exhaustive, puisqu'elle débute par le terme « *notamment* » et s'achève par les mots « *ou toute autre situation* ». Ce qui signifie qu'il s'agit d'une liste « ouverte » de critères. L'énumération des motifs interdits de discrimination n'est donc d'exemplative¹⁴. En raison du fait que la liste des discriminations interdites n'est pas exhaustive, il est envisageable d'opérer une interprétation extensive de cet article pour y inclure la séropositivité au VIH, l'orientation sexuelle ainsi que l'identité de genre au titre des motifs de discrimination interdits.

¹¹ PIDESC, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. PIDESC, 16 décembre 1966, Nations unies, Recueil des Traités, vol. 933. Il a été ratifié par la République Démocratique du Congo le 1er novembre 1976.

¹² Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18, Article 26 : Principe d'égalité, compilation des commentaires généraux et recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1(1994), paragraphe 12.

¹³ Ibid., paragraphe 7.

¹⁴ De Schutter, Olivier, « Commentaire de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », in E. Decaux (dir.), *Commentaire article par article du Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (à paraître), disponible sur <https://crdho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/commentaireArt26PIDCP1.pdf>

S'agissant de l'identité de genre, dans son Observation générale¹⁵ n° 20 relative à la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels¹⁶, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Ci-après : Comité des DESC) avait reconnu des motifs interdits de discrimination, en y incluant le motif de l'état de santé, y compris le VIH, ainsi que le handicap, l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

Le Comité des DESC a indiqué que « *la catégorie « toute autre situation » reconnue au paragraphe 2 de l'article 2 comprend l'orientation sexuelle. Les Etats parties devraient veiller à ce que l'orientation sexuelle d'une personne ne soit pas un obstacle à la réalisation des droits consacrés par le Pacte (...) »*¹⁷. En outre, il a précisé que « *l'identité sexuelle est reconnue parmi les motifs de discrimination interdits »*¹⁸.

En ce qui concerne la discrimination sur la base du statut de VIH et l'orientation sexuelle, le Comité des DESC a exhorté les États à veiller à ce que l'état de santé réel ou présumé d'une personne ne soit pas un obstacle à la réalisation des droits énoncés dans le Pacte¹⁹. Par ailleurs, il a indiqué que « *[e]n vertu du paragraphe 2 de l'article 2 et de l'article 3, le Pacte [international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels] proscrie toute discrimination dans l'accès aux soins de santé et aux éléments déterminants de la santé ainsi qu'aux moyens et titres permettant de se les procurer, qu'elle soit fondée sur (...) l'état de santé (y compris l'infection par le VIH/sida), l'orientation sexuelle (...) dans l'intention ou avec pour effet de contrarier ou de rendre impossible l'exercice sur un pied d'égalité du droit à la santé »*²⁰.

L'interprétation extensive des articles pour inclure l'orientation sexuelle et l'identité de genre comme motifs de discrimination interdits a été confirmée par la jurisprudence du Comité des

¹⁵ Les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme publient des « *observations générales* » pour clarifier ou fournir des détails concrets sur une question donnée, l'interprétation et la façon dont un article de l'instrument international relatif aux droits de l'homme devrait être appliqué. Elles fournissent une analyse et une explication utiles des obligations relevant de l'instrument international relatif aux droits de l'homme et elles peuvent fournir des orientations à l'égard de questions particulières. Elles permettent également d'attirer l'attention des Etats parties sur les insuffisances mises en évidence dans un grand nombre de rapports et de faire des suggestions sur l'amélioration de la procédure d'établissement des rapports. Elles peuvent aider les personnes concernées à avoir une meilleure compréhension des dispositions de l'instrument international relatif aux droits de l'homme. Les tribunaux nationaux peuvent se référer aux observations générales afin de clarifier certaines dispositions législatives. Dans certains cas, les tribunaux nationaux ont basé leur décision sur la jurisprudence des organes de traités, y compris les observations générales. Elles peuvent aussi être utilisées par différents acteurs pour impulser des modifications législatives.

¹⁶ Comité des DESC, Observation générale n° 20 relative à la non-discrimination dans l'exercice des DESC du 2 juillet 2009.

¹⁷ Comité des DESC, Observation générale n° 20, paragraphe 32.

¹⁸ Idem, paragraphe 32. Dans la même Observation générale, le Comité des DESC fait référence aux Principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, adoptés en mars 2007 (note de bas de page 25, par. 32).

¹⁹ Idem, paragraphe 33.

²⁰ Comité des DESC, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (Article 12), paragraphe 18. Voir aussi Comité des DESC, Observation générale n°15, Le droit à l'eau, paragraphe 13.

droits de l'homme²¹ dans *l'affaire Toonen c. l'Australie*²². Le 25 décembre 1991, Nicholas Toonen, militant pour les droits de l'homme, avait déposé une plainte auprès du Comité des droits de l'homme de l'ONU. Monsieur Toonen a affirmé que la loi en Tasmanie interdisait toutes relations sexuelles entre hommes majeurs consentants, même en privé, ce qui violait ses droits.

Dans sa décision, le Comité des droits de l'homme a rappelé que toute discrimination basée sur l'orientation sexuelle était interdite (spécialement devant la loi, art. 26 PIDCP) et que les activités sexuelles privées étaient protégées (protection de la vie privée, art. 17 PIDCP). Suite à cela, le Comité des droits de l'homme avait décidé qu'effectivement l'Australie ne respectait pas les obligations internationales découlant de son adhésion au PIDCP.

On retrouve cette position selon laquelle la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est incluse dans l'article 26 interdisant la discrimination dans les décisions ultérieures du Comité des droits de l'homme dans *l'affaire Young c. Australie*, *l'affaire X c. Colombie* et *l'affaire Irina Fedotova c. Fédération de Russie*²³.

En effet, dans *l'affaire Young c. Australie*²⁴, le requérant avait demandé une pension due aux anciens combattants. La Commission en charge de l'examen du dossier avait rejeté sa demande au motif que son partenaire de 38 ans était également un homme. La loi en question prévoyait en effet que pour être « membre d'un couple », les personnes devaient être « du sexe opposé ». Monsieur Young se plaignait d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle. Le Comité des droits de l'homme conclut que l'Etat partie avait commis une violation de l'article 26 du PIDCP en refusant à l'auteur le versement d'une pension pour des motifs fondés sur le sexe ou l'orientation sexuelle²⁵. Le Comité rappelle ainsi sa jurisprudence antérieure, selon laquelle l'interdiction de la discrimination en vertu de l'article 26 comprend également la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Dans *l'affaire X c. Colombie*²⁶. Le Comité des droits de l'homme a indiqué que « la discrimination énoncée à l'article 26 du Pacte concerne également la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle [et que] les différences entre les prestations versées aux couples

²¹ Les comités ou organes de traités sont des commissions d'experts indépendants chargés de surveiller la mise en œuvre par les États de leurs obligations au titre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Tous les organes de traités, à l'exception du Sous-comité pour la prévention de la torture, sont mandatés pour recevoir et examiner les rapports soumis périodiquement par les États parties, dans lesquels sont détaillées les mesures prises par ces derniers pour mettre en application les dispositions du traité concerné au niveau national. La plupart des organes de traités ont également la possibilité d'examiner des plaintes ou des communications émanant de particuliers alléguant une violation de leurs droits par un État partie, à condition que l'État en question ait consenti à participer à cette procédure. Certains organes de traités peuvent en outre conduire des investigations et examiner des plaintes interétatiques. Comme il y a neuf traités sur les droits de l'homme, il existe neuf organes de traités, l'un d'eux étant le Comité des droits de l'homme.

²² Comité des droits de l'homme, *Affaire Nicholas Toonen c. Australie*, communication n° 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992(1994) du 4 avril 1994, disponible sur : <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/French/jurisprudence/488-1992.html>.

²³ Voir aussi les observations finales sur le Mexique (CCPR/C/MEX/CO/5), paragraphe 21, et Ouzbékistan (CCPR/C/UZB/CO/3), paragraphe 22.

²⁴ Constatations du 6 août 2003, *Affaire Edward Young c. Australie*, communication n°941/2000, document CCPR/C/78/D/941/2000, 18 septembre, 2003.

²⁵ Idem, paragraphe 10.4.

²⁶ Constatations du 13 janvier 2001, *Affaire X. c. Colombie*, communication n° 1365/2001, document CCPR/C/89/D/1361/2005 du 14 mai 2007.

mariés et celles versées aux couples non mariés, hétérosexuels, étaient raisonnables et objectives dans la mesure où ces derniers pouvaient choisir de se marier ou non, avec toutes les conséquences que cela supposait »²⁷.

Dans l'affaire *Irina Fedotova c. Fédération de Russie*²⁸, le Comité des droits de l'homme précise dans sa décision que « *le fait d'exposer des affiches portant les slogans « L'homosexualité est normale » et « Je suis fière de mon homosexualité » près d'un établissement d'enseignement secondaire ne constitue pas une action publique visant à impliquer des mineurs dans une activité sexuelle particulière ou à faire l'apologie d'une orientation sexuelle particulière. L'auteur ne faisait qu'exprimer son identité sexuelle et cherchait simplement à la faire comprendre »²⁹.*

Par conséquent, le Comité a conclu que la condamnation administrative de l'auteur pour « propagande en faveur de l'homosexualité auprès de mineurs », en application des dispositions ambiguës et discriminatoires de l'article 3.10 de la loi de la Région de Riazan, a constitué une violation des droits que l'auteur tient du paragraphe 2 des articles 19 et 26 du PIDCP³⁰.

Par ailleurs, le Conseil des droits de l'Homme, lors de sa 17^e session en juin 2011, a adopté la Résolution 17/19 ayant pour titre « Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre »³¹. Il s'agit de la première résolution des Nations Unies consacrée à ce sujet³². Dans cette résolution, le Conseil se dit « *gravement préoccupé par les actes de violence et de discrimination, dans toutes les régions du monde, commis contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre »³³.*

Cette Résolution demande notamment au Bureau du Haut-Commissariat aux droits de l'homme d'établir un rapport sur le sujet avant le mois de décembre 2011³⁴. Ce sera chose faite le 17 novembre 2011 durant la 19^{ème} session du Conseil des droits de l'homme. La Haut-Commissaire aux droits de l'homme a présenté son rapport intitulé « Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre »³⁵.

Les Recommandations finales émises à la fin de ce rapport ont servi à l'élaboration d'une brochure résumant les obligations des Etats en matière de protection contre la discrimination liée à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre³⁶. Le rapport de la Haut-Commissaire prouve également : « *qu'il existe une tendance à la violence et à la discrimination systématiques dans toutes les régions à l'égard de certaines personnes en raison de leur orientation sexuelle*

²⁷ Idem, paragraphe 7.2

²⁸ Comité des droits de l'homme, *Affaire Fedotova c. Fédération de Russie*, Communication n° 1932/2010, CCPR/C/106/D/1932/2010, 31 octobre 2012.

²⁹ Idem, paragraphe 10.

³⁰ Ibid., paragraphe 10.8.

³¹ Conseil des droits de l'homme, Résolution 17/19, A/HRC/RES/17/19, 17 juin 2011.

³² Disponible sur : <http://arc-international.net/wp-content/uploads/2011/09/HRC-Res-17-19.pdf>.

³³ Résolution 17/19, Préambule.

³⁴ Résolution 17/19, paragraphe 1.

³⁵ Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, A/HRC/19/41, 17 novembre 2011.

³⁶ Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, *Programme « Libres et Egaux », Brochure, Nés libres et Egaux, Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, New York et Genève, 2012, p.7.

et de leur identité de genre : de la discrimination dans l'emploi, les soins de santé et l'éducation, à la criminalisation et des attaques physiques ciblées, voire des assassinats »³⁷.

Après l'adoption de la résolution 17/19, les Nations Unies ont continué de s'intéresser à la problématique des minorités sexuelles et de genre en publiant notamment le rapport (A/HRC/29/23) préparé par le Haut-Commissariat aux droits de l'Homme qui devrait servir à établir les bonnes pratiques et les moyens de lutter contre la violence et la discrimination³⁸.

Enfin, en date du 30 juin 2016, l'ONU a créé un poste d'Expert indépendant³⁹ chargé de la question contre la violence et la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre qui aura pour mandat de : *« Sensibiliser le public à la violence et à la discrimination envers des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, de recenser les causes profondes de la violence et de la discrimination et de s'y attaquer. Il aura également pour mandat de remédier aux formes multiples et aggravées de violence et de discrimination dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre; et d'organiser la fourniture de services consultatifs, l'assistance technique, le renforcement des capacités et la coopération internationale à l'appui des efforts déployés au niveau national pour combattre la violence et la discrimination dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre ».*

Finally, a major advance has been made in international protection of sexual minorities and gender with the Yogyakarta Principles established in 2006⁴⁰. These principles recall existing norms in human rights law, but also promote their implementation by States, in particular in what concerns sexual minorities and gender under their jurisdiction in order to ensure a better protection of this community⁴¹.

These principles suggest in a first step to end discrimination against sexual minorities and gender. The principles of equality and non-discrimination are mentioned in principle 2 of the Yogyakarta Principles. For the panel of experts, discrimination *« fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre comprend toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre qui a pour but ou pour effet d'invalider ou de compromettre l'égalité devant la loi, ou la protection égale devant la loi ou la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits humains et des libertés fondamentales. La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre peut être, et est communément, aggravée par une discrimination fondée sur d'autres motifs tels que le sexe, la race, l'âge, la religion, le handicap, la santé et la situation financière »⁴².*

And in a second step, they suggest to protect sexual minorities and gender against certain specific violence such as sexual violence, torture or disappearances

³⁷ Idem, Préface, p. 5.

³⁸ Voir : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/088/43/PDF/G1508843.pdf?OpenElement>.

³⁹ Conseil des droits de l'homme, Résolution 32/2, A/HRC/RES/32/2, 32 juin 2016, paragraphe 3.

⁴⁰ Les Principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre sont la principale source de *soft law* en la matière. Ils ont été adoptés par un panel d'experts suite à un séminaire en Indonésie qui s'est tenu du 6 au 9 novembre 2006. Ils ont été présentés pour la première fois devant les Nations Unies en mars 2007. Disponible sur : <http://yogyakartaprinciples.org/principles-fr/>.

⁴¹ Principes de Yogyakarta, Introduction.

⁴² Principes de Yogyakarta, Principe n. 2.

forcées, pour ne citer que quelques exemples. Chaque principe dégagé par le groupe d'experts s'accompagne de recommandations faites aux États sur la manière dont ils devraient mettre en œuvre ces obligations.

Ces principes ne sont pas contraignants, mais ils semblent refléter les principes établis du droit international. D'ailleurs, certains pays, notamment la Belgique, avec entre autres la Résolution 602 du parlement wallon⁴³, ont décidé de faire référence à ces derniers dans leur législation, montrant que, bien que non contraignants, ces principes ne restent pas lettres mortes.

En outre, en 2015, dans le Plan mondial de l'Organisation des Nations Unies fixant les Objectifs de développement durable d'ici 2030 (Ci-après : ODD)⁴⁴, l'adoption de l'ODD n° 10 vise spécifiquement à « Réduire les inégalités dans les pays et d'un pays à l'autre ». En effet, la cible n° 10.3 a pour but d'assurer l'égalité des chances et réduire l'inégalité des résultats, notamment en éliminant les lois, politiques et pratiques discriminatoires et en promouvant l'adoption de lois, politiques et mesures adéquates en la matière d'ici 2030⁴⁵.

En plus des normes internationales, la séropositivité au VIH, l'orientation sexuelle et l'identité de genre sont aussi reconnues et consacrées comme motifs interdits de discrimination par des normes régionales.

B. Les normes régionales sur les droits à l'égalité et à la non-discrimination

Au niveau régional africain, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Ci-après ; CADHP)⁴⁶ suit un schéma d'égalité devant la loi et d'égalité de protection de la loi similaire à ceux de la DUDH et du PIDCP. Les articles 2 et 3 contiennent des garanties similaires.

L'article 2 énonce les droits reconnus à toute personne sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. Il dispose : « *Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

L'article 3 ajoute « *1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. 2. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi* ». Par ailleurs, l'article 28, dans le chapitre consacré aux devoirs, oblige chaque individu à respecter et considérer ses semblables sans discrimination aucune, d'entretenir avec eux des relations qui permettent de promouvoir, de sauvegarder et de renforcer le respect et la tolérance réciproques.

⁴³ Disponible sur : https://www.genrespluriels.be/IMG/pdf/parlement_wallon_py_resolution_602_2013-2014_no_3_adoptee_140411.pdf.

⁴⁴ Transformer notre monde : Le Programme de développement durable à l'horizon 2030, résolution adoptée par l'Assemblée générale le 25 septembre 2015, disponible sur : <https://www1.undp.org/content/undp/fr/home/sustainable-development-goals.html#:~:text=Les%20Objectifs%20de%20développement%20durable,la%20paix%20et%20la%20prospérité,consulté le 4. 07. 2021.>

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, adoptée le 27 juin 1981, à Nairobi, Kenya. Entrée en vigueur le 21 octobre 1986.

En plus de la CADHP, le Protocole à la CADHP relatif aux droits des femmes en Afrique (Ci-après : Protocole de Maputo)⁴⁷ renforce cette protection. Il contient des dispositions prenant explicitement en compte le VIH en son article 14 sur le droit à la santé et au contrôle des fonctions de reproduction. Il exige que les états adoptent des mesures spécifiques afin de combattre les violences faites aux femmes sans tenir compte de leur orientation sexuelle ou identité de genre.

En 2001, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Ci-après : Commission africaine) a adopté la Résolution 53⁴⁸. Elle exhorte les gouvernements africains à allouer des ressources nationales qui indiquent leur ferme volonté de lutter contre la propagation du VIH, à protéger les personnes vivant avec le VIH contre la discrimination (...).

Afin de clarifier les dispositions de la CADHP en matière de violence contre les droits humains de personne sur la base de leur orientation ou identité sexuelle réelle ou supposée, la Commission africaine a aussi adopté en date du 12 mai 2014 la Résolution 275⁴⁹ appelant les Etats à mettre fin à la discrimination et à d'autres violations des droits de l'homme basées sur l'orientation ou l'identité sexuelle réelle ou supposée, notamment le meurtre, le viol, les agressions physiques.

La question de l'intersexualité a donc été, également, prise en compte par la Commission africaine qui considère, désormais, les personnes intersexuées comme un groupe de personnes particulièrement vulnérables auxquels il faut donc apporter une protection particulière, aux côtés des minorités sexuelles et de genre.

Etant donné que l'intersexualité, soit le fait qu'un enfant naisse avec des caractéristiques sexuelles non définies, pose plusieurs questions juridiques en Afrique, face auxquelles certains préconisent l'opération immédiate de l'enfant, sans attendre qu'il soit en âge de choisir et d'autres permettent de laisser le choix à l'enfant, la Commission africaine a adopté en mars 2023 la Résolution 552⁵⁰. Dans cette résolution, la Commission africaine a reconnu l'existence dans toutes les sociétés africaines des personnes intersexuées qui sont nées naturellement avec une anomalie chromosomique et anatomie reproductive ou sexuelle qui ne semble pas correspondre aux définitions typiques de la femme ou de l'homme.

Reconnaissant que l'intersexualité est un handicap inhérent à la naissance et qu'il n'y a pas lieu de le considérer comme un tabou en toutes sociétés africaines, que les actes chirurgicaux et autres traitements de normalisation génitale non consensuels et inutiles, pratiqués sur des personnes intersexuées, dans un cadre médical ou autre, peuvent causer chez celles-ci notamment des traumatismes physiques et psychologiques à vie, la stérilité permanente, l'incontinence et la perte du plaisir sexuel, que les actes chirurgicaux et autres traitements de

⁴⁷ Protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, adopté le 11 juillet 2003, à Maputo, Mozambique, par la 2ème session ordinaire de la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union africaine. Entrée en vigueur le 25 novembre 2005. Ratifié par la République Démocratique du Congo le 9 juin 2008.

⁴⁸ Commission des droits de l'homme et des peuples, Résolution sur la Pandémie du VIH : menace contre les droits de l'homme et l'humanité, CADHP/Res.53(XXIX) 01, adopté en 2001.

⁴⁹ Commission des droits de l'homme et des peuples, Résolution sur la protection contre la violence et d'autres violations des droits humains de personnes sur la base de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée, CADHP, Res.275(LV)2014, adoptée en date du 12 mai 2014.

⁵⁰ Résolution sur la Promotion et la Protection des droits des Personnes intersexuées en Afrique - CADHP-Res.552 (LXXIV) 2023.

normalisation génitale, non consentis et inutiles susmentionnés, ont des conséquences irréversibles similaires aux mutilations génitales et peuvent être considérés comme telles et préoccupée par les violations des droits de l'homme à l'encontre des personnes intersexuées qui comprennent, notamment, le rejet dans la société, l'infanticide et l'abandon des enfants, l'absence de reconnaissance légale appropriée et des processus administratifs qui empêchent les personnes intersexuées d'acquérir des documents d'identité ou de les modifier, la discrimination injuste dans les écoles, les établissements de santé, les sports de compétition, le travail, l'accès aux services publics et la détention, la Commission africaine appelle les États parties à :

1. Promouvoir et protéger les droits des personnes intersexuées sur le continent ;
2. Mettre un terme aux pratiques de normalisation génitale non consenties sur les personnes intersexuées, telles que les interventions chirurgicales, hormonales et de stérilisation qui modifient les caractéristiques sexuelles des personnes intersexuées et garantir le respect de leurs droits à prendre leurs propres décisions en ce qui concerne leur intégrité corporelle, leur autonomie physique et leur autodétermination ;
3. Mettre un terme aux violations des droits des personnes intersexuées, notamment l'infanticide et l'abandon des enfants intersexués ;
4. Interdire la discrimination fondée sur les caractères et caractéristiques intersexués ou la situation d'intersexualité, y compris en matière d'éducation, de santé, d'emploi, de sports de compétition et d'accès aux services publics et traiter cette discrimination par des initiatives antidiscriminatoires pertinentes ;
5. Veiller à ce que les violations des droits humains à l'encontre des personnes intersexuées fassent l'objet d'enquête, que les auteurs présumés de tels actes soient poursuivis et que les victimes aient accès à des recours effectifs, y compris la réparation et l'indemnisation ;
6. Etc.

En plus des normes régionales, la séropositivité au VIH, l'orientation sexuelle et l'identité de genre sont aussi reconnues et consacrées comme motifs interdits de discrimination par des normes nationales.

C. Les normes nationales sur les droits à l'égalité et à la non-discrimination

La Constitution de la RD Congo du 18 février 2006⁵¹, telle que révisée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, réaffirme d'abord « *l'adhésion et l'attachement du peuple congolais à la Déclaration universelle des droits de l'homme, à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, aux Conventions des Nations Unies sur les droits de l'enfant et sur les droits de la femme (...)* »⁵². Elle adhère aussi dans son préambule « *aux autres instruments internationaux relatifs à la protection et à la promotion des droits de l'homme* »⁵³.

Par la suite, elle garantit à tous les citoyens, y compris les Personnes vivant avec le VIH, les populations clés et les autres minorités sexuelles et de genre, l'exercice des droits et libertés individuels et collectifs. Cette garantie est essentiellement formée dans son chapitre 1^{er} du titre

⁵¹ Journal officiel de la République démocratique du Congo, Constitution de la République démocratique du Congo, Numéro spécial, 47^e année, Kinshasa – 18 février 2006.

⁵² Constitution de la RD Congo, préambule.

⁵³ Ibid., Voir aussi http://www.cairn.info/zen.php?ID_ARTICLE=RFDC_075_0451, consulté le 23. 09. 2023.

2 qui l'énonce clairement et de façon évidente. En effet, dans son chapitre 1^{er} du titre 2, consacré aux droits civils et politiques, elle affirme l'égalité de tous les congolais en dignité et en droits⁵⁴, l'égalité des congolais devant la loi et le droit à une égale protection des lois⁵⁵, prohibe toute discrimination en raison de la religion, de l'origine familiale, de la condition sociale, de la résidence, des opinions ou des convictions politiques, de l'appartenance à une race, à une ethnie, à une tribu, à une minorité culturelle ou linguistique⁵⁶.

L'article 66 consacre en outre le devoir pour tout congolais de respecter et de traiter ses concitoyens sans discrimination aucune et d'entretenir avec eux des relations qui permettent de sauvegarder, de promouvoir et de renforcer l'unité nationale, le respect et la tolérance réciproque.

À travers ces dispositions, il apparaît clair que la Constitution de la RD Congo a hissé les droits à l'égalité et à la non-discrimination au rang des droits de l'homme, en l'énonçant clairement et de façon non équivoque.

Cette reconnaissance permet d'élaborer des politiques et des stratégies appropriées, d'adopter des mesures législatives adaptées et de mobiliser des ressources financières à la réalisation de ces droits de l'homme pour tous. Elle facilite l'élaboration des documents de plaidoyer pouvant provoquer des changements à même de conférer un caractère non pas théorique ou illusoire, mais bien un caractère concret et effectif aux lois et conventions internationales garantissant les droits à l'égalité et à la non-discrimination.

En outre, la RD Congo a ratifié et souscrit à plusieurs instruments juridiques et résolutions en matière de protection et promotion des droits individuels au niveau international et régional. Ces engagements sont renforcés par les articles 215 et 153 alinéas 4 de la Constitution de la RD Congo qui consacrent la primauté du droit international sur le droit interne⁵⁷ et l'applicabilité directe des normes internationales dans l'ordre juridique interne.

En effet, l'article 215 de la Constitution de la RD Congo du 18 février 2006 dispose que : « *Les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* »⁵⁸. Et l'article 153, alinéa 4, énonce que : « *Les cours et tribunaux, civils et militaires, appliquent les traités internationaux dûment ratifiés, les lois, les actes réglementaires pour autant qu'ils soient conformes aux lois ainsi que la coutume pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ».

Dès lors, toutes les conventions internationales relatives aux droits à l'égalité et à la non-discrimination dûment ratifiées par la RD Congo produisent des obligations internationales à l'égard du pays qui se doit de les respecter, les protéger et les mettre en application. Par conséquent, en application du monisme, les cours et tribunaux nationaux sont en droit d'appliquer toutes les normes internationales sur les droits à l'égalité et à la non-discrimination

⁵⁴ Constitution de la RD Congo, article 11.

⁵⁵ Idem, article 12.

⁵⁶ Idem, article 13.

⁵⁷ Amani Cirimwami, Ezechiel, Fashioning rights in the African Court on Human and Peoples' Rights: Understanding the proceduralisation of substantive rights, Vrije Universiteit Brussel, 2020, disponible sur : https://cris.vub.be/ws/portalfiles/portal/54831995/African_Human_Rights_Yearbook_2020.pdf, consulté le 28.09.2023.

⁵⁸ Journal officiel de la République démocratique du Congo, Constitution de la République démocratique du Congo, Numéro spécial, 47^e année, Kinshasa – 18 février 2006.

dûment ratifiées par la RD Congo et les particuliers peuvent invoquer ces instruments juridiques internationaux et régionaux devant les tribunaux nationaux. Les groupes marginalisés peuvent surveiller et plaider pour leurs droits et pour la réforme des politiques et pratiques afin d'améliorer leur accès aux services publics dont l'éducation, l'emploi, la protection et la sécurité, ainsi qu'à d'autres secteurs qui reflètent de plus en plus les engagements internationaux de la RD Congo en matière des droits de l'homme.

En plus de la Constitution de la RD Congo du 18 février 2006, les droits à l'égalité et à la non-discrimination est aussi consacré de façon directe ou formelle par la loi n° 08/011 du 14 juillet 2008⁵⁹ telle que modifiée et complétée par la loi n°18/012 du 09 juillet 2018⁶⁰ portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH et des personnes affectées.

Cette loi a pour objet de déterminer les principes fondamentaux relatifs à la protection des droits des personnes vivant avec le VIH et des personnes affectées⁶¹. Elle vise notamment à lutter à lutter contre toute forme de stigmatisation et discrimination des personnes vivant avec le VIH ainsi que des personnes affectées, à garantir et protéger les droits des personnes vivant avec le VIH et ceux des personnes affectées et à réaffirmer les droits et libertés fondamentaux de ces catégories des personnes.

Les droits à l'égalité et à la non-discrimination n'apparaissent pas de façon directe ou formelle dans cette loi. Cependant, il y a lieu de noter que ceux-ci apparaissent en filigrane dans l'interdiction de la stigmatisation et de la discrimination associées au VIH en milieu sanitaire, en milieu professionnel, en milieu carcéral et en milieu éducationnel.

Cette loi est la seule loi existante en RD Congo qui fasse explicitement référence aux minorités sexuelles et professionnels du sexe. Elle contient une disposition qui définit les professionnels du sexe et les homosexuels comme des groupes à haut risque. Son article 2, point 5 définit un « *groupe vulnérable comme des personnes particulièrement exposées au VIH, y compris les femmes, les jeunes, les professionnels du sexe, les toxicomanes, les homosexuels, les personnes déplacées, les réfugiés, les enfants et les adultes vivant dans la rue* ».

L'article 3 définit la stigmatisation comme tout comportement tendant délibérément à discréditer, mépriser ou rendre ridicule une personne vivant avec le VIH, ses partenaires sexuels, ses enfants ou tout parent du fait de son statut sérologique au VIH avéré ou présumé. L'article 4, quant à lui, considère comme acte de discrimination, tout traitement différent, toute distinction, toute restriction, toute exclusion d'une personne vivant avec le VIH et de son entourage tel que défini par la loi.

Cette loi ne se contente pas seulement de consacrer les droits à l'égalité et à la non-discrimination. Aux termes des articles 42 et 43, elle met aussi en place un régime répressif des actes constitutifs de la stigmatisation, de la discrimination et de la révélation du statut sérologique au VIH avéré ou présumé d'une personne.

⁵⁹ Journal officiel de la République démocratique du Congo, Loi n° 08/011 du 14 juillet 2008 portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH et des personnes affectées, 49ème année, N°14, Kinshasa - 15 juillet 2008.

⁶⁰ Journal officiel de la République démocratique du Congo, Loi n° 18/012 du 09 juillet 2018 modifiant et complétant la loi n° 08/011 du 14 juillet 2008 portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH et des personnes affectées, Numéro spécial, 59e année, Kinshasa - 23 juillet 2018.

⁶¹ Loi n° 08/011 du 14 juillet 2008, article 1.

En effet, l'article 42 puni « *d'une peine de servitude pénale principale de un à six mois et d'une amende de cinquante à cent mille francs Congolais ou de l'une de ces peines seulement, toute personne coupable de stigmatisation ou de discrimination à l'endroit d'une personne vivant avec le VIH et des personnes affectées. Lorsque le coupable est une personne morale, elle est punie d'une amende minimale égale au triple du montant prévu à l'alinéa précédent* ».

L'article 34 puni « (...) *tout dépositaire, par état ou par profession, des secrets qu'on lui confie, qui aura révélé le statut sérologique au VIH/SIDA avéré ou présumé d'une personne* ».

La loi n° 18/035 du 13 décembre 2018 fixant les principes fondamentaux relatifs à l'organisation de la santé publique renforce aussi la protection juridique des personnes vivant avec le VIH, les populations clés et les autres minorités sexuelles et de genre. Elle contient une disposition qui garantit explicitement le droit à la non-discrimination en raison des considérations de sexe pour l'accès au service de santé.

En effet, l'article 16 dispose : « *En matière d'accès aux soins de santé, nul ne peut faire l'objet de discrimination, de brimade ou de toute autre forme d'humiliation ou de privation en raison des considérations tribale, ethnique, religieuse, raciale, professionnelle, sociale, philosophique, politique ou de sexe* ». Il est important de souligner que cette mesure s'applique à tous, y compris les personnes vivant avec le VIH, les populations clés et les autres minorités sexuelles et du genre.

Il convient également de mentionner l'ordonnance-loi n° 23/023 du 11 septembre 2023 modifiant et complétant le décret du 30 janvier 1940 portant code pénal congolais, qui punit les coutumes rétrogrades. En effet, l'article 174 q dispose : « *Est puni d'une servitude pénale principale de six à vingt-quatre mois et d'une de 500.000 à 1.000.000 de francs congolais, ou de l'une de ces peines seulement, quiconque aura soumis une personne en raison de son sexe à un traitement humiliant ou dégradant, fondé sur la coutume ou les croyances religieuses* ». Il convient de noter que cette disposition s'applique à tous, y compris les personnes vivant avec le VIH, les populations clés et les autres minorités sexuelles et du genre.

Mais, une protection juridique efficace des personnes vivant avec le VIH, des populations clés et d'autres minorités sexuelles et de genre pourrait venir de la notion de la discrimination indirecte, de l'obligation d'« aménagement/ accommodement raisonnable » et des mesures d'action positive(discrimination positive), consacrées par le droit international de l'égalité et de la non-discrimination.

II. Renfort à la protection juridique des personnes vivant avec le VIH, des populations clés et d'autres minorités sexuelles et de genre : Notions de la discrimination indirecte, d'« aménagement/ accommodement raisonnable » et des mesures d'action positive(discrimination positive)

Pour renforcer la protection juridique des personnes vivant avec le VIH, des populations clés et d'autres minorités sexuelles et de genre, nous mettons d'abord en exergue la notion de la discrimination indirecte (A), avant de proposer l'obligation d'« aménagement/ accommodement raisonnable » (B) et les mesures d'action positive(discrimination positive) (C).

A. La notion de la discrimination indirecte

La discrimination interdite en vertu de l'article 26 du PIDCP peut être directe ou indirecte. La *discrimination directe* s'entend de toute différence de traitement qui ne peut être objectivement et raisonnablement justifiée, c'est à dire qui est soit arbitraire (ne poursuivant aucun but légitime), soit disproportionnée (allant au-delà de ce que cet objectif requiert pour sa réalisation)⁶². Elle vise les situations dans lesquelles des individus placés dans une situation comparable se voient accorder, sans motif légitime ou suffisant, un traitement différent en fonction des motifs prohibés.

Le souci de réaliser une égalité de fait, une égalité substantielle, et non pas seulement formelle, a conduit à l'émergence de la notion de « *discrimination indirecte* » qui permet au droit de la non-discrimination de combattre les cas de lois, de politiques ou de pratiques qui semblent neutres a priori, qui ne distinguent pas entre les individus, mais qui, dans les faits, a des conséquences préjudiciables sur une catégorie de personnes protégées contre la discrimination en raison de leurs circonstances concrètes.⁶³ Autrement dit, un même traitement appliqué à tous sans distinction peut se révéler discriminatoire lorsqu'en pratique, il a pour effet de désavantager certaines catégories d'individus par rapport aux autres.

C'est le cas, par exemple, d'un employeur qui modifierait la description d'emploi de manière neutre en apparence (soi-disant pour répondre « aux besoins de l'organisation »), mais en réalité pour se débarrasser des personnes vivant avec le VIH, ou perçues comme telles, en incluant des tâches dont il est impossible de s'acquitter. Sachant qu'il ne peut pas dire ouvertement qu'il n'engagera pas cette catégorie d'individus protégés contre les discriminations, il arrive au même résultat en utilisant un critère indirect.

Le Comité des droits de l'homme a reconnu qu'une mesure qui n'opère pas de différence de traitement entre les individus peut se révéler discriminatoire dans ses effets lorsqu'en pratique, elle défavorise une catégorie d'individus protégés contre les discriminations. On voit poindre cette idée dans *l'affaire Singh Binder c. Canada* (25 octobre 1988)⁶⁴.

L'auteur de la communication, un sikh d'origine indienne émigré au Canada, portait un turban dans sa vie quotidienne pour motifs religieux et avait refusé de porter un casque de sécurité pendant le travail, ce qui a entraîné son licenciement. Il s'est plaint d'avoir été licencié pour

⁶² De Schutter, Olivier, *Op. cit.*, p. 10.

⁶³ Comité des DESC, Observation générale n° 20, paragraphe 10, b).

⁶⁴ Comité des droits de l'homme, *Affaire Singh Binder c. Canada*, constatations du 25 octobre 1988, communication n° 208/1986, CCPR/C/37/D/208/1986.

avoir refusé de porter un casque de sécurité au travail, ce qui l'aurait obligé à retirer son turban. Il invoquait une atteinte à sa liberté de religion, que garantit l'article 18 du PIDCP. Le Canada soutenait que l'auteur n'avait pas été licencié de son emploi en raison de sa religion en tant que telle, mais en raison de son refus de porter un casque, et il affirmait qu'une prescription légale neutre imposée pour des raisons légitimes et appliquée à tous les membres du personnel concerné sans viser plus particulièrement tel ou tel groupe religieux, ne saurait violer la liberté de religion que garantit le Pacte. Le Comité des droits de l'homme, tout en constatant que l'obligation de porter un casque de sécurité résulte d'une loi apparemment neutre puisqu'elle s'applique à tous sans distinction, accepte néanmoins d'examiner si cette loi crée une discrimination de fait à l'encontre des personnes de religion sikh. Elle conclut que tel n'est pas le cas, cette obligation étant justifiée par des fins objectives et légitimes⁶⁵.

Cependant, c'est dans l'*affaire Althammer et autres c. Autriche*, que le Comité des droits de l'homme consacre véritablement la notion de « *discrimination indirecte* », en confirmant à cette occasion qu'une différence de traitement peut consister en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe de personnes.

Les auteurs de la communication sont Rupert Althammer et 11 autres citoyens autrichiens étaient des employés en retraite de la Caisse de prévoyance de Salzbourg. Ils percevaient une pension calculée selon les barèmes applicables du Règlement A régissant les conditions d'emploi des salariés de la Caisse de prévoyance. Parmi diverses prestations mensuelles, le Règlement prévoyait une allocation de foyer de 220 schillings par mois et en ce qui concerne les pensionnés ayant des enfants de moins de 27 ans, une prestation pour enfant de 260 schillings par enfant. Avec effet au 1er janvier 1996, le Règlement a été modifié de telle sorte que l'allocation de foyer mensuelle a été supprimée et la prestation pour enfant portée à 380 schillings par enfant. Ils affirmaient que la modification du Règlement constituait une violation de l'article 26 du PIDCP.

Bien qu'elle semble objective à première vue, cette modification était discriminatoire en fait si l'on considère que la plupart des retraités étaient des chefs de famille ayant à charge un conjoint mais plus d'enfants de moins de 27 ans. Les incidences de cette modification étaient donc plus graves pour les retraités que pour les salariés en activité car elle revenait en fait à supprimer entièrement le supplément pour personnes à charge que percevaient les retraités. Les auteurs alléguaient que ce résultat préjudiciable était prévisible et délibérément recherché.

A cette occasion, le Comité des droits de l'homme a affirmé : Une violation de l'article 26 peut également résulter de l'effet discriminatoire d'une règle ou d'une mesure apparemment neutre ou dénuée de toute intention de discrimination. Toutefois, on ne peut dire qu'une telle discrimination indirecte est fondée sur les motifs énumérés à l'article 26 du Pacte que si les effets préjudiciables d'une règle ou d'une décision affectent exclusivement ou d'une manière disproportionnée des personnes particulières en raison de leur race, couleur, sexe, langue, religion, opinion politique ou toute autre opinion, origine nationale ou sociale, fortune, naissance ou toute autre situation⁶⁶.

⁶⁵ Idem, paragraphe 6.2.

⁶⁶ Comité des droits de l'homme, *Affaire Althammer et consorts c. Autriche*, constatations du 8 août 2003, Communication n° 998/2001, CCPR/C/78/D/998/2001, disponible sur : <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/French/jurisprudence/998-2001.html>.

Il sied de mentionner également que le Comité des DESC, dans ses observations finales sur les rapports périodiques des Etats, appelle régulièrement ceux-ci à interdire la discrimination indirecte dans leur législation et à prendre des mesures pour la combattre.

Afin de « garantir » que les droits visés par le PIDCP, le PIDESC et la CADHP seront exercés sans discrimination en RD Congo, il est nécessaire de porter une attention suffisante aux personnes et groupes de population confrontés à des préjugés hérités de l'histoire, plutôt que de simplement se référer au traitement formel des individus dont la situation est comparable⁶⁷.

Les pouvoirs publics congolais devront procéder à un audit législatif et/ou à un réexamen des lois, des stratégies et des politiques existantes pour s'assurer qu'elles sont compatibles avec les obligations découlant des droits à l'égalité et à la non-discrimination, afin de prévenir, de réduire et d'éliminer les situations et les comportements qui génèrent ou perpétuent une discrimination dans les faits à l'égard des personnes vivant avec le VIH, des populations clés et d'autres minorités sexuelles et de genre.

En cas d'incompatibilité, sera amplement justifiée l'abrogation, l'amendement ou la modification de lois, de politiques ou de pratiques qui semblent neutres a priori mais qui ont un effet discriminatoire disproportionné sur l'exercice des droits consacrés par le PIDCP, le PIDESC et la CADHP, eu égard à des motifs de discrimination interdits.

Tel est le cas, par exemple, de l'article 7 alinéa 1 de la loi régissant les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique⁶⁸ qui dispose : « *Les statuts de l'association sans but lucratif ne peuvent contenir aucune disposition contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». Il en est de même de l'article 7 de la loi n° 23/027 du 15 juin 2023 relative à la protection et à la responsabilité du défenseur des droits de l'homme en RD Congo⁶⁹ qui dispose : Le défenseur des droits de l'homme « *exerce ses droits en toute responsabilité, neutralité et impartialité, dans le respect de la loi, de l'ordre public, de bonnes mœurs et de l'intérêt général* ».

Il est important de noter que, bien que ces dispositions semblent neutres a priori car elles ne distinguent pas entre les personnes, mais dans les faits, elles posent la confusion dans l'interprétation de la clause de moralité appelée « les bonnes mœurs ». Les us et coutumes ou l'ethos culturel des communautés congolaises ou africaines, profondément enracinés dans les valeurs de la tradition concernant le mariage et la famille, doivent être protégés, selon la conception de « bonnes mœurs ». Cela a pour conséquence de défavoriser les associations de personnes LGBTI, les associations de professionnels du sexe, les défenseurs des droits de l'homme des personnes LGBTI, etc. par rapport aux autres.

C'est le cas aussi de l'article 176 du Code pénal congolais⁷⁰ qui dispose : « *Quiconque aura publiquement outragé les mœurs par des actions qui blessent la pudeur, sera puni d'une servitude pénale principale de huit jours à trois ans et d'une amende de vingt-cinq à mille zaires ou d'une de ses peines seulement* ».

⁶⁷ Comité des DESC, Observation générale n° 20, paragraphe 8.

⁶⁸ Loi n°004/2001 du 20 juillet 2001 portant dispositions générales applicables aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique en RD Congo.

⁶⁹ Journal officiel de la République Démocratique du Congo, Loi n° 23/027 du 15 juin 2023 relative à la protection et à la responsabilité du défenseur des droits de l'homme en République Démocratique du Congo, Numéro spécial, 64^e année, Kinshasa- 8 juillet 2023.

⁷⁰ Code pénal congolais, Décret du 3^e janvier 1940 tel que modifié et complété au 30 novembre 2004.

Il est important de souligner que cette disposition ne vise pas spécifiquement les personnes LGBTI. Au lieu de cela, elle vise toutes les personnes, y compris les personnes hétérosexuelles⁷¹. Cependant, cela entraîne une confusion dans l'interprétation de la clause de moralité qui véhicule la notion de « bonnes mœurs », entraînant une discrimination indirecte à l'égard des personnes LGBTI, en raison de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou leur expression et donne lieu à des poursuites sur base de la qualification des actes jugés d'actes d'outrage aux bonnes mœurs.

A l'occasion de l'Examen Périodique Universel pour le cycle III (2019), le Chili et l'Islande ont recommandé à la RD Congo d'abroger les dispositions de l'article 176 du Code pénal congolais qui conduisent à une discrimination à l'égard des personnes LGBTI en raison de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou leur expression. Suite à cela, la Ministre des droits humains de la RD Congo a conclu en soulignant que la RD Congo avait pris bonne note des remarques des Etats. Le pays a pris l'engagement de se comporter de manière exemplaire sur notamment le respect des normes les plus strictes en matière de droits de l'homme, en procédant par exemple par l'allocation d'un budget pour la mise en œuvre de plans d'action des forces armées de la RDC et de la police congolaise visant à combattre la violence sexuelle dans toutes ses formes (...)⁷².

Cet engagement du gouvernement congolais relatif aux remarques des Etats sur la question des personnes LGBTI en RD Congo ouvre une bonne opportunité de réexaminer les lois, les stratégies et les politiques existantes. Il est intéressant de réévaluer les lois, les stratégies et les politiques actuelles en RD Congo en raison de l'engagement pris par le gouvernement congolais. Cela démontrera la détermination des autorités congolaises d'atteindre l'ODD n° 10.

B. L'obligation d'aménagement/ accommodement raisonnable

Le souci de réaliser une égalité de fait, une égalité substantielle, et non pas seulement formelle, a conduit à l'émergence d'un autre concept dans le droit de la non-discrimination. Celui de l'obligation d'« *aménagement/ accommodement raisonnable* »⁷³.

Comme la « *discrimination indirecte* », la notion de l'obligation d'« *aménagement/ accommodement raisonnable* » procède du constat qu'une norme a priori, au sens où elle n'opère pas formellement de distinction entre les personnes fondée sur un critère prohibé, peut désavantager dans les faits une catégorie d'individus protégés contre la discrimination.

Dans certains cas, cependant, la suppression de cette norme peut se justifier parce qu'elle est nécessaire pour réaliser un objectif légitime important. Cependant, un aménagement de la norme, c'est-à-dire un ajustement ou une adaptation de celle-ci, par exemple par l'introduction d'une exception, peut permettre de réaliser cet objectif, tout en évitant de pénaliser certaines

⁷¹ Programme des Nations Unies pour le développement, *Op.cit.* p.8.

⁷² Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universelle en RDC, Conseil des droits de l'homme quarante-deuxième session de l'Assemblée Générale du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Point 6 de l'Ordre du jour de EPU, cité par Programme des Nations Unies pour le développement, *Op.cit.*, p.11.

⁷³ E. Bribosia. J. Ringelheim et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 319 à 373.

personnes en raison, par exemple, de leur état de santé, orientation sexuelle ou identité de genre⁷⁴.

Par exemple, les personnes vivant avec le VIH dont l'état de santé se dégrade régulièrement, notamment en raison du VIH, peuvent bénéficier d'un temps de travail réduit ou adapté. Le fait de donner aux personnes vivant avec le VIH des emplois à temps plein est discriminatoire, car cela les met en désavantage par rapport aux autres individus et peut avoir un impact sur leur capacité à jouir efficacement de leurs droits. Mais l'introduction d'un horaire de travail alternatif, permettra d'éviter aux personnes vivant avec le VIH d'être ainsi désavantagés par rapport aux autres individus.

En application de ce raisonnement, la Convention des nations unies sur les droits des personnes handicapées⁷⁵ institue de manière beaucoup plus large une obligation d'aménagement raisonnable en faveur des personnes handicapées. Son champ d'application matériel n'est pas limité à un domaine particulier. Afin de promouvoir l'égalité et la non-discrimination, les Etats ont l'obligation « de *prendre toutes mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient accordés aux personnes handicapées* »⁷⁶.

D'autres dispositions de la Convention réitèrent l'obligation d'assurer des aménagements raisonnables dans des domaines spécifiques. En particulier, pour assurer l'exercice du droit à l'éducation par les personnes handicapées sans discrimination, les Etats doivent veiller à ce qu'il soit procédé à des aménagements raisonnables en fonction des besoins de chacun⁷⁷. De même, pour favoriser le droit au travail des personnes handicapées, les Etats doivent faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail en faveur de ces personnes⁷⁸.

Le Comité des droits de l'homme fait également observer que l'application du principe d'égalité suppose parfois de la part des Etats parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte⁷⁹. Ces mesures peuvent être d'ordre législatif, administratif ou autre.

Dans cette perspective, les pouvoirs publics congolais pourront s'inspirer, sans être exhaustif, des exemples de Etats Unies d'Amérique, de l'Union européenne et du Canada. En effet, le droit américain et canadien ont reconnu que l'exigence d'égalité et de non-discrimination pouvait entraîner, pour une autorité publique ou une personne privée comme un employeur, une obligation d'« *aménagements raisonnable* », c'est-à-dire l'obligation d'adapter soit une norme juridique, soit l'environnement physique afin de garantir aux personnes protégées contre la discrimination la possibilité d'accéder à un emploi, à l'éducation ou à un autre domaine d'activité⁸⁰.

⁷⁴ Ringelheim, Julie, *Droit international et européen de l'égalité et de la non-discrimination*, MDIEDF, Université de Nantes, 2009-2010, p. 28.

⁷⁵ Disponible sur : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>, consulté le 30 septembre 2023.

⁷⁶ Convention des nations unies sur les droits des personnes handicapées, article 5, paragraphe 3.

⁷⁷ Idem, article 24, paragraphe 2, c).

⁷⁸ Idem, article 27, paragraphe 1, i).

⁷⁹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18, paragraphe 10.

⁸⁰ Ringelheim, Julie, *Op.cit.*, p. 28.

Dans le droit de l'Union européenne, l'obligation d'« *aménagements raisonnables* » n'a été consacrée qu'au bénéfice des personnes handicapées. Dans le droit de l'Union européenne, cette obligation est limitée au domaine de l'emploi. C'est l'article 5 de la Directive 2000/78/CE sur l'égalité de traitement dans l'emploi (article 5) qui établit le principe selon lequel des aménagements raisonnables doivent être prévus pour garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées⁸¹.

C. Les mesures d'action positive (discrimination positive)

L'expérience de la lutte contre la discrimination et les inégalités a démontré que la garantie de l'égalité formelle combinée à l'interdiction des actes individuelles de discrimination ne suffisait pas forcément à réaliser l'égalité dans les faits.

Aussi, pour remédier aux inégalités persistantes dont sont victimes certains groupes en raison de politiques inégalitaires de discrimination, un certain nombre d'Etats ont décidé d'agir de manière proactive pour transformer cet état de fait et mis en place des mesures spéciales comportant un traitement préférentiel ou inégalitaire aux individus ou membres des groupes désavantagés par rapport au reste de la population dans la jouissance des droits⁸².

Ce type de mesures relève de ce qu'on appelle aujourd'hui, dans le droit de l'égalité et de la non-discrimination, « *l'action positive* » ou « *discrimination positive* ». Il existe un vaste éventail de mesures d'action positive possibles. Elles ne se limitent aucunement à des quotas rigides imposant aux employeurs d'accepter ou d'engager un nombre déterminé d'individus appartenant à un groupe défavorisé, à préconiser des mesures visant à assurer un accès sans interruption au traitement, à la prévention et aux autres services liés au VIH et au Sida, en particulier pour les populations les plus exposées, etc.

Cependant, il en existe d'autres. Le fait d'établir des procédures de recrutement qui indiquent clairement que les candidats des groupes défavorisés sont encouragés, d'exiger que les candidats des groupes défavorisés soient soumis à des examens différents tout au long du processus de recrutement, de soumettre les candidats des groupes défavorisés à des formations spécifiques, etc. peut également être considéré comme une mesure d'action positive pour encourager les personnes appartenant à des groupes défavorisés à postuler et améliorer leurs chances de trouver un emploi.

Le Comité des droits de l'homme, dans son observation générale n°18 sur l'article 26 du PIDCP déduit du principe d'égalité inscrit à l'article 26 que l'Etat a, dans certaines circonstances, l'obligation d'adopter des mesures d'action positive en faveur de groupes particulièrement discriminés, afin de remédier aux processus qui créent et perpétuent la discrimination interdite par le PIDCP⁸³.

L'application du principe d'égalité suppose parfois de la part des Etats parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître, ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le PIDCP. Par exemple, dans les Etats où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet

⁸¹ Idem, p. 29

⁸² Ibid.

⁸³ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18, paragraphe 10.

leur jouissance des droits de l'homme, l'Etat doit prendre des mesures spéciales pour corriger cette situation.

Le Comité des droits de l'homme ajoute que ces mesures « *peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques aux groupes en question par rapport au reste de la population* ».

Conclusion

Les droits à l'égalité et à la non-discrimination sont reconnus et protégés par un dispositif important des normes internationales, régionales et nationales. Ils découlent de la notion de dignité inhérente à la personne humaine.

La liste des motifs de discrimination interdits dans les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme n'est pas exhaustive et l'inclusion de « toute autre situation » par les rédacteurs concerne d'autres motifs tels que la sérologie au VIH, l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

Selon la jurisprudence relative aux droits de l'homme, universelle et régionale, ainsi que quelques nouveaux instruments internationaux et régionaux, la sérologie au VIH, l'orientation sexuelle et l'identité de genre sont des motifs de discrimination interdits.

Au niveau interne, la Constitution de la RD Congo consacre la primauté du droit international sur le droit interne et l'applicabilité directe des normes internationales et régionales dans l'ordre juridique interne. Par ailleurs, des lois spéciales consacrent explicitement le droit à la non-discrimination en raison des considérations de sexe pour l'accès au service de santé, prohibent la stigmatisation et la discrimination associées au VIH et au Sida et pénalisent les coutumes rétrogrades.

Cependant, à la suite de la pandémie du VIH, il s'observe que la stigmatisation et la discrimination subsistent à l'endroit des personnes vivant avec le VIH, des populations clés et d'autres minorités sexuelles et de genre. Cette situation entrave les efforts de santé publique menés pour prévenir des nouvelles infections et il présente un grand risque de perdre non seulement ce qui a été accompli dans la riposte au VIH au cours des décennies précédentes, mais aussi l'impulsion nécessaire à la réalisation des objectifs 2030 dits d'« accélération de la riposte ».

Dès lors, il est fondamental de mettre l'accent sur les droits de l'homme, en particulier les droits à l'égalité et à la non-discrimination, en faisant en sorte qu'ils soient mis au cœur de la lutte contre le VIH et le Sida.

Pour renforcer les normes existantes sur les droits à l'égalité et à la non-discrimination, en ce qui concerne particulièrement les personnes vivant avec le VIH, les populations clés et les autres minorités sexuelles et de genre, la consécration des notions de la discrimination indirecte, de l'obligation d'« aménagement/ accommodement raisonnable » et des mesures d'action positive(discrimination positive), déjà reconnues par le droit international de l'égalité et de la non-discrimination, permettra à la loi et aux droits de l'homme d'être les meilleurs complices de la lutte contre le VIH et le Sida.

I. ORIENTATION BIBLIOGRAPHIQUE

1. Traités internationaux

1. Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.
2. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.
3. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée à Nairobi le 27 juin 1981.
4. Protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique, adopté le 12 juillet 2003, à Maputo, Mozambique.

2. Déclarations internationales, normes et autres règles internationales

1. Déclaration Universelle des Droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1946 à Paris, par la résolution 217 (III) A.
2. Transformer notre monde : Le Programme de développement durable à l'horizon 2030, résolution adoptée par l'Assemblée générale le 25 septembre 2015.
3. Principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, adoptés en mars 2007 suite à une réunion tenue à l'Université Gadjah Mada de Jogjakarta, Indonésie, du 6 au 9 novembre 2006.

3. Observations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux et régionaux

1. Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18, Article 26 : Principe d'égalité, compilation des commentaires généraux et recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1(1994).
2. Comité des DESC, Observation générale n° 20 relative à la non-discrimination dans l'exercice des DESC du 2 juillet 2009.
3. Comité des DESC, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (Article 12).
4. Comité des DESC, observation générale n° 20 (E/C.12/GC/20).
5. Comité des droits de l'enfant, observation générale n° 13 (CRC/C/GC/13).
6. Comité contre la torture, observation générale n°2 (CAT/C/GC/2).
7. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, observation générale n°28 (CEDAW/C/GC/28).
8. Résolution sur la protection contre la violence et d'autres violations des droits humains de personnes sur la base de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée, CADHP, Res.275(LV)2014.
9. Conseil des droits de l'homme, Résolution A/HRC/RES/17/19, 17 juin 2011, sur les droits de l'Homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre.
10. Résolution sur la Promotion et la Protection des droits des Personnes intersexuées en Afrique - CADHP-Res.552 (LXXIV) 2023.
11. Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont

victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, A/HRC/19/41, 17 novembre 2011.

4. Jurisprudences des organes créés en vertu d'instruments internationaux

1. Comité des droits de l'homme, *Affaire Nicholas Toonen c. Australie*, communication n° 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992(1994) du 4 avril 1994.
2. Comité des droits de l'homme, *Affaire Singh Binder c. Canada*, constatations du 25 octobre 1988, communication n° 208/1986, CCPR/C/37/D/208/1986.
3. Comité des droits de l'homme, *Affaire Althammer et consorts c. Autriche*, constatations du 8 août 2003, Communication n° 998/2001, CCPR/C/78/D/998/2001.
4. Comité des droits de l'homme, *Affaire Fedotova c. Fédération de Russie*, Communication n° 1932/2010, CCPR/C/106/D/1932/2010, 31 octobre 2012.
5. Comité des droits de l'homme, *Affaire Young v. Australia*, communication n°. 941/2000 (CCPR/C/78/D/941/2000).
6. Comité des droits de l'homme, *Affaire X v. Colombia*, communication n°. 1361/2005 (CCPR/C/89/D/1361/2005).
7. Comité des droits de l'homme, observations finales sur le Mexique (CCPR/C/MEX/CO/5), paragraphe 21.
8. Comité des droits de l'homme, observations finales sur l'Ouzbékistan (CCPR/C/UZB/CO/3), paragraphe 22.

5. Sources juridiques internes

1. Constitution de la République Démocratique du Congo, Journal officiel de la République Démocratique du Congo, numéro spécial, 47ième année, Kinshasa, 18 février 2006.
2. Loi n° 08/011 du 14 juillet 2008 portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH et des personnes affectées, 49ème année, N°14, Kinshasa - 15 juillet 2008.
3. Loi n° 18/012 du 09 juillet 2018 modifiant et complétant la loi n° 08/011 du 14 juillet 2008 portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH et des personnes affectées, Numéro spécial, 59e année, Kinshasa - 23 juillet 2018.
4. Loi cadre n°18/035 du 13 décembre 2018 fixant les principes fondamentaux relatifs à l'organisation de la santé publique en RD Congo.
5. Code pénal congolais, Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié et complété au 30 novembre 2004.
6. Ordonnance-loi n° 23/023 du 11 septembre 2023 modifiant et complétant le décret du 30 janvier 1940 portant code pénal congolais.
7. Loi n°004/2001 du 20 juillet 2001 portant dispositions générales applicables aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique en RD Congo.
8. Loi n° 23/027 du 15 juin 2023 relative à la protection et à la responsabilité du défenseur des droits de l'homme en République Démocratique du Congo, Numéro spécial, 64^e année, Kinshasa- 8 juillet 2023.

6. Ouvrages, manuels généraux, manuels spécialisés et rapports

7. Bossuyt, Marc, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976.
8. De Schutter, Olivier, « Commentaire de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », in E. Decaux (dir.), *Commentaire article par article du Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (à paraître), disponible sur le site : <https://cridho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/commentaireArt26PIDCP1.pdf>.
9. CEDHUC, *Rapport d'activité de la CEDHUC*, édition 2018.
10. Christian RUMU, *Analyse de la situation des droits humains des personnes lesbiennes, gay, bi-sexuelles, transgenres, et intersexuées et des professionnels du sexe dans la république démocratique du Congo*, Editor, Wanja Muguongo, UHAI EASHRI, 2017.
11. Commission internationale de juristes, *Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l'homme- Guide pratique n°4*, Genève, 2009.
12. Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, *Programme « Libres et Egaux », Brochure, Nés libres et Egaux, Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, New York et Genève, 2012.
13. Martin, Denis, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire- Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
14. Programme Commun des Nations Unies sur le VIH/Sida et Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, *Le VIH et les droits de l'homme. Guide pratique à l'intention des institutions nationales des droits de l'homme*, Genève, 2008.
15. Programme National Multisectoriel de lutte contre le VIH/Sida en RDC, *Index de stigmatisation et de discrimination des personnes vivant avec le VIH, Rapport d'enquête, janvier 2020*.
16. Progrès Santé Sans Prix, *Rapport sur l'Index de stigmatisation et discrimination des personnes LGBTI en RDC*, 2017.
17. Programme National Multisectoriel de lutte contre le VIH/Sida en RDC, *Plan stratégique national de lutte contre le VIH et le Sida 2018-2021*, avril 2013.
18. Programme des Nations Unies pour le Développement, *Revue du cadre juridique congolais de la riposte au VIH, Kinshasa, juin 2012*.
19. Programme des Nations Unies pour le développement, *Initiative de Gouvernance Inclusive : Rapport de base République Démocratique du Congo*, 2022.
20. Ringelheim, Julie, *Droit international et européen de l'égalité et de la non-discrimination*, MDIEDF, Université de Nantes, 2009-2010.

7. Sites internet

1. Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, www.ohchr.org
2. Organes des Nations Unies créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, www.ohchr.org
3. Organisation Mondiale de la Santé(OMS), www.who.int
4. Nations Unies Collection des traités, www.treaties.un.org