

Quelques problèmes juridiques soulevés par le sida au Sénégal

Ousmane Sané

(Conseiller à la Cour d'Appel de Dakar)

Plurale, 1989, I, 1, pp. 141-148

Résumé : Les directions de discussions soulevées par le sida et abordées dans cet article sont relatives au droit pénal, au droit administratif et au Code de la famille.

Mots-clés : sida, Sénégal, droit pénal, droit administratif, droit de la famille

Summary: This article brings about the juridical problems introduced by AIDS according to statute laws and family legislation

Key-words : AIDS, Senegal, statute laws, family legislation

Introduction

Médecin et juriste incarnent deux humanismes. L'un et l'autre exercent des actes directement placés au service intime de l'homme et appliquent des sciences dont l'homme est l'objet.

D'autres professions manient la matière, échangent les richesses, ou poursuivent le progrès des connaissances. Mais le médecin qui soigne un patient atteint du sida ou prend en charge un séropositif, le juriste qui plaide sur la réparation d'un accident mortel ou prépare une adoption manie directement l'humain.

Toutefois, l'être humain est si riche que le médecin et le juriste qui le regardent respectivement sous l'angle de leur profession, ne se rencontrent pas immédiatement. Dans le même homme, le médecin sert la vie physique, il travaille pour le corps humain. Le juriste sert la vie sociale, il travaille pour la personne humaine. Le rôle du premier est plus concret, celui du second plus abstrait.

Mais, par le sommet, les deux professions se rejoignent. Le médecin, à travers le corps qu'il soigne noue nécessairement un lien étroit avec cette "personne" qui préoccupe le juriste et ce dernier, pour assurer la réparation de l'accident mortel ou pour préparer l'adoption prend nécessairement appui sur le corps humain qui est l'élément vivant de la personne. Si bien que le juriste trouve un éminent intérêt aux questions de droit médical, de même que le médecin ne peut rester indifférent aux questions de médecine légale. Il faut toujours partir de cet accord fondamental : médecins et juristes sont animés de la même préoccupation de rechercher le bien-être humain.

Cela se vérifie particulièrement aujourd'hui où plusieurs autres spécialistes de différentes disciplines réfléchissent tous ensemble sur ce fléau mondial, non encore maîtrisé, cette maladie déshumanisante aux multiples facettes : LE SIDA.

/p. 142/

Depuis quelques années, l'apparition et la rapide évolution de cette maladie a mobilisé d'énormes moyens tant humains que matériels et financiers en vue de son éradication.

Le monde scientifique, malgré quelques résultats appréciables qu'il a pu obtenir, est, hélas, encore tenu en échec par un virus dont la manifestation a des conséquences particulièrement mortelles. L'envergure des moyens mis en branle au titre de la recherche est à la mesure de l'ampleur des dégâts humains susceptibles d'être causés par ce mal.

Cependant, il faut regretter que jusqu'à présent, ces recherches n'aient été menées en Afrique, tout au moins que par les seuls experts des sciences dites exactes à l'exclusion, ou à tout le moins à l'omission des spécialistes des sciences dites humaines et des juristes en particulier. Mais, devant la complexité des problèmes de tous ordres soulevés par le sida et la nouveauté des situations dans lesquelles sont impliqués médecins, chercheurs, pouvoirs publics, malades, dont les rapports peuvent produire des effets juridiques non encore réglementés par le droit positif actuel, la nécessité s'est fait sentir de donner la parole aux juristes.

Le sujet est très vaste et devrait englober toutes les branches du droit car au centre de chacune d'elles se trouve l'homme dans toute sa dimension. Il ne saurait, dès lors, être le recensement

exhaustif de tous les problèmes juridiques, nombreux et complexes relatifs au sida, la maladie elle-même n'ayant pas encore fait l'objet d'une maîtrise totale et définitive.

Si nombreux et si complexes que soient les problèmes juridiques aujourd'hui découverts à propos du sida, ils dépendent tous du principe selon lequel la vie en société doit être organisée et que le Droit est là pour choisir et imposer à l'homme des devoirs et des droits, mais aussi, pour mettre techniquement en forme les devoirs et les droits ainsi établis, de manière à servir avec le maximum de rendement pour cette société-là, dans le temps et dans l'espace, un idéal social et moral déterminé.

C'est la raison pour laquelle cet article a volontairement omis d'aborder les questions relatives notamment :

- au secret médical ;
- à la revendication du choix du médecin par le malade ;
- à la reconnaissance de la liberté de prescription chez le médecin ;
- à la responsabilité médicale (pénale ou civile) ;
- à l'indépendance dans le traitement ;
- aux aspects juridiques de la biologie humaine ,

toutes choses relevant du droit médical, donc intéressant aussi le sida, et faisant l'objet d'une réglementation (Code de déontologie ou droit positif) ou ayant donné naissance à une jurisprudence abondante. Par contre, les directions de discussion ici soulevées, sont relatives au droit pénal d'abord, au droit administratif ensuite et au droit de la famille enfin.

I. Au regard du droit pénal

Nous sommes en présence d'une branche du droit où l'interprétation des textes est restrictive parce que touchant fondamentalement les libertés publiques des citoyens. Dans cette perspective, tout ce qui touche aux faits que la loi qualifie d'infraction doit clairement être défini. et les sanctions correspondantes précisées.

/p. 143/

C'est ainsi, par exemple, que le vol est défini par la loi pénale comme la soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui (article 364 du Code pénal) et sa sanction ne pose aucun problème car elle est également réglementée (article 370 du Code pénal). Par conséquent, les citoyens savent bien à quoi s'en tenir.

Par contre, nous pouvons nous trouver en face d'agissements blâmables pouvant avoir des conséquences graves pour la vie d'un homme, donc susceptibles de compromettre la sécurité publique, mais non sanctionnés par notre droit positif. Prenons l'hypothèse d'une personne dont la séropositivité a été médicalement établie et qui, en toute connaissance de cause, entretient un commerce sexuel avec une autre personne non atteinte dans le but de lui transmettre le virus. Il s'agit là d'un acte particulièrement grave.

Cependant, peut-on, sur le plan pénal, sanctionner l'auteur de tels faits ?

Dans l'état actuel de notre droit positif, on serait tenté de répondre par la négative pour les raisons suivantes :

— d'abord en vertu du principe général de droit pénal suivant lequel "*nulla pœna nullum crimen sine lege*" on ne peut pas sanctionner des faits qui n'aient été prévus par un texte de loi.

— ensuite, le caractère restrictif de l'interprétation de la loi pénale interdit de faire des extrapolations pour procéder à des assimilations.

Cependant, lorsqu'on sait que le sexe (sperme, sécrétions vaginales) est un des modes de transmission du virus du sida, ne pourrait-on pas retenir le crime d'empoisonnement prévu par l'article 286 du Code pénal ?

En effet, ce texte parle de substance capable de donner la mort. L'élément caractéristique de l'empoisonnement est le moyen employé pour l'accomplissement de ce crime : l'agent doit avoir attenté à la vie d'une personne "*par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées...*"

L'expression "*substance qui peut donner la mort*" comprend les poisons quels qu'ils soient, animaux, minéraux ou végétaux. La loi ne les a d'ailleurs ni définis, ni énumérés. C'est au juge qu'il appartient de décider en fait, si une substance est toxique et constitue un poison. Il est

d'ailleurs évident que sur cette question purement scientifique, on devra surtout consulter les experts toxicologiques.

Mais on a discuté sur la question de savoir si on doit qualifier d'empoisonnement l'emploi de substances qui, pouvant donner la mort, ne sont cependant pas des poisons.

La jurisprudence française paraît avoir admis cette qualification en jugeant, en principe, que la loi répute empoisonnement, tout attentat à la vie d'une personne, non seulement par l'effet de substances vénéneuses proprement dites, mais par l'effet de substances qui peuvent donner la mort.

/p. 144/

Au regard de ce qui précède, il ne serait pas excessif de considérer comme un empoisonnement, le fait d'inoculer en toute connaissance de cause le virus du sida à une personne non atteinte.

Bien que ce virus ne soit peut-être pas du poison, au moins au sens courant du terme, il constitue une substance propre à donner la mort et son mode d'administration importerait alors très peu, puisque le texte a pris soin de dire que la méthode d'emploi de la substance était indifférente.

En tout état de cause, une étude de droit comparé nous apprend que des pays comme l'Allemagne Fédérale ont sanctionné pénalement ces agissements-là. Il s'est agi dans le cas d'espèce, d'une femme ayant divorcé d'avec son époux; quelques années plus tard, ayant contracté le virus et se sachant condamnée, elle a, par séduction et à des fins criminelles, notamment pour se venger de cette séparation dont elle ne s'est jamais remise, tenté et réussi à entretenir un commerce sexuel avec son ex-conjoint. Une fois le forfait accompli, elle lui a révélé la vérité sur son état de santé. Les juridictions Allemandes, saisies de ces faits, ont condamné la dame à une peine d'emprisonnement sans qu'il nous ait été possible de déterminer la prévention.

Par ailleurs, au plan purement civil, une juridiction Américaine, a alloué des dommages-intérêts au partenaire sain d'un homosexuel notoirement connu comme tel, mort de sida, sur la base d'une atteinte éventuelle dont il pourrait faire l'objet.

Une autre hypothèse est celle où un séropositif qui, après avoir utilisé une aiguille, propose ou pique volontairement ou par imprudence, une personne non atteinte.

En faisant abstraction de la solution ci-dessus proposée relative à l'empoisonnement et qui pourrait parfaitement s'appliquer au premier terme de notre hypothèse (blessures volontaires), on pourrait retenir les délits de blessures volontaires ou par imprudence. Seulement, pour le parquet, chargé des poursuites, il faudra déterminer la compétence de la juridiction, c'est-à-dire, choisir parmi les juridictions de même nature, laquelle doit trancher le litige né de ce délit de coups et blessures volontaires. Or, en cette matière, cette compétence est fonction du taux d'incapacité temporaire de travail (ITT) fixé par le médecin. Dès lors, comment, en présence d'une simple piqûre d'aiguille laissant à peine des traces sur le corps, le médecin pourra-t-il fixer cette ITT à plus ou moins de 21 jours ?

Quant au délit de blessures par imprudence, son application pourrait s'avérer bien délicate quand on sait que les seuls cas possibles ne peuvent concerner, en principe, que le personnel médical ou paramédical, les pédicures, les femmes s'adonnant au tatouage traditionnel, les coiffeurs etc...

Par contre, le cas de la transmission mère-enfant par la grossesse, est plus délicat à résoudre.

Des études ont révélé que les risques de transmission d'une séropositive enceinte à son enfant, s'élèvent à 50 % et que l'enfant ainsi atteint ne pourra pas survivre au delà de 5 ans. La seule issue à cette situation (est-ce vraiment une issue ?) est d'interrompre volontairement sa grossesse, c'est-à-dire d'avorter.

/p. 145/

Or l'avortement, est en principe, sous réserve de certaines exigences thérapeutiques, un délit réprimé par la loi.

Nous sommes donc en présence d'une situation où une personne est susceptible à 50 % de transmettre le virus à une autre personne et dans laquelle la loi sanctionne la seule possibilité dont elle dispose pour ne pas le faire.

En effet, si la femme laisse poursuivre la grossesse et que l'enfant est atteint, l'extrémisme pénal voudrait qu'elle soit justiciable de l'article 286 du Code pénal car, se sachant séropositive et ayant eu connaissance des conséquences que son état était susceptible de créer pour l'enfant qui,

rappelons-le, acquiert des droits dès sa conception (article premier, alinéa 2 du Code de la famille).

Si, par contre, elle interrompt volontairement sa grossesse, c'est le délit d'avortement qui lui est applicable éventuellement.

Compte tenu de ce qui précède, il serait souhaitable d'envisager une intervention législative pour résoudre ces multiples problèmes.

II. Au regard du droit administratif

La caractéristique du droit administratif est de régir les situations dans lesquelles la puissance publique est impliquée. Dans sa mission d'intérêt général, l'État doit assurer à l'ensemble des citoyens un traitement égal. Or, l'application de ce principe est soumise à des conditions d'aptitude morale ou physique. Cette dernière condition (aptitude physique) peut soulever des difficultés quand on sait qu'elle a essentiellement pour fondement la prévention de la transmission de maladies graves et contagieuses au sein d'une structure administrative qui, par définition, est un lieu public, ne serait-ce que par destination.

Ainsi en est-il lorsqu'on exige pour la recevabilité d'une candidature à un examen d'entrée dans la fonction publique ou simplement une inscription dans une faculté. En règle générale, on exige du candidat, un certificat de visite et selon que le médecin a déclaré le postulant apte ou inapte, sa candidature sera déclarée recevable ou irrecevable. Dans la mesure où la séropositivité peut se manifester seulement quelques années plus tard et dans la mesure où d'autre part, les modes de transmission du sida sont connus et excluent de leur champ le simple contact physique, peut-on valablement exclure de la fonction publique, un postulant pour le motif qu'il est porteur de ce virus ?

À ce propos, on perçoit une double responsabilité du médecin en ce que la puissance publique ne fait que tirer les conséquences de droit des mentions contenues dans le certificat de visite médicale d'une part, et d'autre part, en ce que le médecin écarte, en fait, un citoyen du bénéfice de l'égalité de traitement qui pèse sur l'Administration pour une maladie dont il n'est pas évident que les recherches pour découvrir le remède n'aboutiront pas dans un avenir proche ¹.

/p. 146/

III. Au regard du droit de la famille

C'est dans cette matière que se révèle le plus, sans doute, la nécessité d'une adéquation entre la réalité sociale que constitue l'apparition du sida et la réalité normative.

Depuis que les chercheurs ont réussi à préciser les contours du sida et ses conséquences sans en découvrir le remède, un regard nouveau doit être porté par les juristes sur l'une des institutions plus sacrées ayant fait l'objet d'une réglementation minutieuse parce qu'atteignant l'homme dans toute sa réalité sociale. Cette institution, c'est le mariage.

Comme l'itinéraire d'un individu dans ce monde, le mariage est une institution qui naît (formation), qui se développe (ménage) et qui meurt (divorce).

C'est la raison pour laquelle nous envisageons cette étude au regard du droit de la famille sous le double angle de la formation du mariage et des rapports juridiques entre époux pendant le mariage.

III.1. Formation du mariage

Le mariage répond à une fin sociale, la procréation dans une famille stable. C'est aussi et surtout un acte de volonté des futurs époux.

Malgré les exigences de forme imposées par la loi (comparution personnelle en vue de remplir certaines formalités devant l'officier de l'état civil), le mariage demeure essentiellement un échange de consentement. Certaines conditions sont exigées, qui ont pour but de sauvegarder la moralité du mariage et qu'on appelle empêchements au mariage (ex : différence de sexe, absence de parenté ou d'alliance jusqu'à un certain degré tout au moins).

¹ En fait, il ne s'agit pas de responsabilité professionnelle ou juridique mais plutôt d'une question relative à l'éthique médicale.

Enfin, la nécessité des formalités est devenue plus impérieuse depuis que le législateur a donné à l'officier de l'état civil le pouvoir de prononcer le mariage. La loi exige donc pour le mariage des conditions de forme et des conditions de fond.

Au terme de l'article 108 alinéa 1 du Code de la famille « chacun des futurs époux, même mineurs, doit consentir personnellement au mariage », autrement dit le consentement doit être libre c'est-à-dire exempt de vices.

Le Code des obligations civiles et commerciales a prévu et réglementé les vices du consentement à propos des contrats. Mais, afin d'assurer la stabilité du mariage, les tribunaux ont refusé de faire application de la théorie des vices du consentement car la gravité des conséquences de la nullité d'un mariage est telle qu'il convient d'éviter pareille nullité le plus souvent possible. Ils retiennent cependant, la violence comme vice du consentement.

Quant à l'erreur, les tribunaux n'admettent que l'erreur sur la personne c'est-à-dire l'erreur sur l'identité physique, l'identité civile ou les qualités essentielles de la personne. Au regard de ces observations, plusieurs questions peuvent être posées dont les réponses ne peuvent être apportées que par la collaboration des médecins et des juristes.

/p. 147/

D'abord, peut-on considérer juridiquement comme vicié, et donc ouvrant droit à l'annulation du mariage, le consentement d'un conjoint qui n'avait pas eu connaissance du fait que son futur époux était séropositif ?

La réponse pourrait nous sembler négative pour la simple raison que la théorie de l'erreur du droit des contrats transposée au droit de la famille est d'interprétation très étroite.

Cependant, s'il apparaît que le conjoint séropositif avait, au moment de la célébration de l'union, volontairement dissimulé son état, l'autre conjoint pourrait invoquer l'erreur sur une qualité essentielle de son futur époux en considérant que cette maladie précisément, si elle ne lui avait pas été dissimulée, aurait constitué un élément déterminant de sa décision.

Dans ces conditions et compte tenu du secret médical qui le lie en tout état de cause, le médecin peut-il aviser le parquet de la connaissance qu'il a eu de la célébration prochaine du mariage d'un séropositif pour provoquer ainsi une opposition au mariage ; nous rappelons que le droit d'opposition au mariage est le droit conféré par le législateur à certaines personnes, de faire défense à l'officier de l'état civil de célébrer une union.

Au regard de ce qui précède, nous estimons venu le moment où l'intervention du législateur est nécessaire pour exiger des futurs époux un document médical attestant qu'ils ne sont atteints d'aucune maladie grave présentant des dangers pour le conjoint ou pour les futurs enfants sans pour autant en faire une condition impérative du mariage.

On pourrait, à l'instar de certaines législations et pour des raisons de santé publique, recommander aux candidats au mariage, de se soumettre à un examen prénuptial. Dans ce système, la visite médicale demandée aux futurs époux est réalisée individuellement. Les résultats de la visite sont communiqués séparément aux intéressés et ne sont pas portés sur le certificat médical. Dès lors, on pourrait se poser la question de savoir quel est l'intérêt d'un tel certificat ? Il permet aux candidats de connaître leur état de santé et d'en tirer toutes les conséquences utiles.

III.2. Pendant le mariage

A/ Le conjoint est déclaré séropositif et l'autre demande le divorce pour :

1) injures graves pouvant résulter d'une infidélité ou de l'usage de la drogue par injection : on fera pour les règles de preuve ordinaires car la conjonction sexuelle n'est pas le seul mode de transmission du virus.

2) maladie grave et incurable possible mais pas évident car pour l'invoquer, il faudrait une attestation du médecin sur les caractères graves et surtout incurables de la maladie.

B/ Le conjoint est séropositif et l'autre, pour des raisons qui lui sont propres, ne veut pas divorcer mais refuse de répondre aux sollicitations conjugales du premier :

/p. 148/

Il y a là, de la part de l'époux non atteint une violation d'un devoir essentiel résultant des rapports juridiques entre époux, à savoir le devoir de cohabitation qui suppose une obligation de couche et de lit (canoniste). Devant cet état de fait, qui normalement aurait été sanctionné, la

question est de savoir si l'attitude du conjoint qui refuse les rapports sexuels ne pourrait pas être légitimée par l'état de santé de son partenaire ?

En tout cas, il est admis en jurisprudence que le refus par un époux de remplir cet aspect des devoirs conjugaux peut être justifié par un document délivré par un médecin attestant que son état de santé est incompatible avec ce commerce.