

## « Le non-dévoilement de la séropositivité au VIH et le droit pénal : établir des options de politiques pour l'Ontario »

[Traduction non officielle du sommaire de : *HIV Non-Disclosure and the Criminal Law: Establishing Policy Options for Ontario*]

### SOMMAIRE

Le présent rapport contribue à l'élaboration d'une approche éclairée par les preuves du recours au droit pénal pour répondre au risque de transmission sexuelle du VIH dans la province de l'Ontario. Ces dernières années, l'utilisation des pouvoirs du droit pénal en cas d'exposition au VIH lors de relations sexuelles est devenue un enjeu central des politiques relatives au VIH. En Ontario, des personnes vivant avec le VIH/sida (PVVIH/sida), des organismes de lutte contre le sida (OLS), des défenseurs des droits humains et d'autres, ont exprimé leurs inquiétudes quant à un recours étendu au droit pénal pour faire face aux délits sexuels liés au VIH. Ils ont posé la question de l'équité dans l'application du droit pénal et des conséquences d'une telle application pour les PVVIH/sida et les stratégies établies de santé publique ou communautaires en matière de prévention du VIH. Ce rapport découle de ces inquiétudes. Il y répond de deux manières. Premièrement, il examine divers types de faits et données pertinents pour une réflexion profonde sur recours au droit pénal en cas d'exposition sexuelle au VIH. Deuxièmement, il propose des options de politiques pour répondre aux problèmes posés par la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité au VIH en Ontario.

Le rapport souligne que l'incertitude autour de la définition de l'obligation de dévoiler la séropositivité au VIH par le droit pénal est à la base des difficultés liées au recours au droit pénal pour contrôler le risque de transmission sexuelle du VIH en Ontario. Par ailleurs, il met en relief les enjeux et problèmes qui se manifestent à l'intersection de la science et de la justice criminelle, et plus particulièrement, ceux posés par une application inconsistante des données complexes de la recherche scientifique par les cours lorsqu'elles se prononcent sur des cas de non-dévoilement allégué de la séropositivité au VIH. En outre, le rapport souligne que la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité au VIH nuit aux efforts de prévention du VIH et qu'elle contribue à la stigmatisation associée au VIH.

Au Canada, en vertu de l'arrêt de la Cour suprême dans *R c. Cuerrier*,<sup>1</sup> les PVVIH/sida ont l'obligation légale de dévoiler leur séropositivité au VIH à leurs partenaires sexuels avant d'avoir une activité sexuelle qui comporte un « risque important » de transmission du VIH. En dépit de plus d'une centaine d'affaires ayant donné lieu à des poursuites criminelles, les tribunaux canadiens n'ont toujours pas clairement défini quels actes sexuels (et dans quelles circonstances) comportent un « risque important » de transmission du VIH au sens du droit pénal. Ceci a conduit à l'un des problèmes majeurs de la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité au Canada et en Ontario : les PVVIH/sida sont incapables de déterminer avec quelque certitude que ce soit quelles sont leurs obligations légales en vertu du Code criminel.

L'aspect problématique de l'obligation en droit pénal de dévoiler sa séropositivité

s'étend au-delà de la seule question de l'incertitude juridique. Il touche aussi à la difficulté de déterminer les paramètres appropriés du test juridique du « risque important », ainsi que le rôle de la recherche scientifique dans l'application de ce test. La recherche scientifique sur le VIH a connu d'importants développements depuis la décision dans l'affaire *Cuerrier* en 1998. La diminution du risque de transmission sexuelle du VIH associées à l'utilisation efficace de la thérapie antirétrovirale est un développement majeur. La recherche scientifique sur le risque de transmission du VIH est une ressource importante pour délimiter le concept juridique de « risque important », mais elle est complexe et évolue rapidement. Un examen minutieux des affaires criminelles ontariennes pose la question de l'équité dans l'administration de la justice criminelle au sein même de la province puisque les cours de l'Ontario n'ont pas su faire preuve de constance dans leur compréhension et application des données scientifiques. Ce problème a été exacerbé par une interprétation large de la notion de « risque important » par la police et les avocats de la Couronne en Ontario, ce qui a entraîné des accusations et des poursuites dans des circonstances où, du point de vue scientifique, le risque de transmission du VIH est faible.

Le manque de clarté dans la définition de l'obligation de dévoiler sa séropositivité en droit pénal et sa relation ambiguë avec les données actuelles de la recherche scientifique contribuent aux problèmes de compréhension, par l'opinion publique, du VIH et des personnes vivant avec le VIH/sida. Au cours des trois dernières décennies, les unités de santé publique et les OLS ont développé des programmes efficaces pour prévenir la transmission du VIH. Le recours croissant au droit pénal en cas de non-dévoilement a entraîné une certaine confusion parmi les infirmiers de santé publique ainsi que les conseillers travaillant pour des OLS sur la question de savoir quelles activités peuvent faire l'objet de poursuites criminelles. Ceci a conduit à des messages contradictoires en matière de counselling sur la prévention du VIH, et mis en péril la capacité des travailleurs de première ligne à soutenir les PVVIH/sida. Dans le même temps, on observe dans les médias grand public une couverture des procès criminels qui exagère le risque de transmission du VIH et qui présente les PVVIH/sida comme étant irresponsables, malhonnêtes et criminellement dangereux.<sup>2, 3</sup> Ceci a renforcé la stigmatisation associée au VIH et la peur du VIH, à une époque où pourtant, dans les milieux médicaux, l'infection au VIH est de plus en plus souvent considérée comme une affection chronique et gérable.

En dépit de ces nombreux problèmes, la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité au VIH s'est développée, au Canada et en Ontario, sans la tenue de discussions générales et éclairées de politiques publiques sur le recours au droit pénal pour lutter contre la transmission du VIH. Le Réseau juridique canadien VIH/sida a joué un rôle de premier plan dans l'analyse juridique de la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité au Canada. Ces dernières années, des universitaires et spécialistes en doctrine juridique ont commencé à publier des écrits sur le sujet<sup>4-8</sup> et des OLS ont organisé des discussions publiques sur le rôle du droit pénal dans la réduction de la transmission du VIH. Cependant, en Ontario et ailleurs au Canada, les principaux décideurs responsables du développement des politiques (y compris les députés au niveau provincial et fédéral, les procureurs généraux et autres ministres et

hauts responsables de la justice, de la santé publique, des politiques et du droit de la santé publique) n'ont pas pris publiquement part aux débats sur la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité. Ceci contraste fortement avec ce qui s'est fait dans des juridictions comparables, comme la Suisse, l'Australie et le Royaume-Uni, où l'analyse des implications en termes de politiques publiques de la criminalisation ainsi que de la recherche scientifique sur les risques de transmission du VIH ont permis de clarifier, pour la police, les procureurs et les tribunaux, le champs d'application approprié du droit pénal.

Le présent rapport renforce les discussions de politiques publiques des acteurs clés en Ontario sur la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité. Il répond à un besoin, jusqu'ici resté non comblé, de la réponse de la province à cet enjeu, en créant et en examinant quatre types de données nécessaires à la réflexion sur le rôle du droit pénal en cas de non-dévoilement de la séropositivité et en identifiant et en analysant des options de politiques possibles pour répondre aux problèmes liés à la criminalisation du non-dévoilement en Ontario. Chacune des quatre formes d'éléments informatifs, de même que les options de politiques, correspondent à une grande section du rapport, comme décrit ci-dessous.

### **Section 1 : La criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité au VIH au Canada et en Ontario – tendances et répartitions**

Les discussions de politiques publiques concernant la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité en Ontario et au Canada ont été entravées par un manque de données empiriques agrégées quant à la nature même du phénomène. En réponse à ce manque d'information, nous offrons une analyse des tendances et de la répartition des affaires criminelles. Notre analyse constitue, d'après l'information dont nous disposons, la première base de données systématique sur les affaires criminelles en matière de non-dévoilement de la séropositivité au Canada. Voici certains de nos principaux constats :

- De 1989 à 2009, il y a eu 104 affaires au Canada dans lesquelles 98 individus ont fait l'objet d'accusations pour des infractions liées au non-dévoilement de leur séropositivité au VIH.
- Pendant cette même période, il y a eu 49 affaires et 47 individus accusés en Ontario;
- L'Ontario compte 47 % des affaires au Canada;
- 89 % des accusés ontariens sont des hommes;
- En Ontario, 84 % des affaires criminelles, dont la date d'accusation est connue, ont eu lieu à compter de l'année 2004;

- 50 % des hommes hétérosexuels accusés en Ontario depuis 2004 sont noirs;
- 68 % des affaires criminelles en Ontario se sont conclues par une déclaration de culpabilité;
- Dans 34 % des affaires ontariennes où il y a eu déclaration de culpabilité, il n'y a pas eu transmission du VIH;
- 68% des déclarations de culpabilité en Ontario ont donné lieu à des peines d'incarcération.

## **Section 2 : Le problème**

Le problème majeur relativement à la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité en Ontario, est que les Ontarien(ne)s vivant avec le VIH/sida ne peuvent pas déterminer avec quelque certitude que ce soit quelles sont leurs obligations légales en vertu du Code criminel. Les PVVIH/sida ont, en vertu du droit pénal, l'obligation de dévoiler leur séropositivité avant d'avoir une activité qui comporte un « risque important » de lésions corporelles graves pour une autre personne. Cependant, le test de « risque important » n'a pas été clairement défini par les tribunaux canadiens. Nous présentons une analyse des diverses interprétations et applications du test de « risque important » dans les décisions des tribunaux ontariens et canadiens. Notre analyse a mis en relief trois principaux types de disparités dans l'application du test :

- divergences dans les preuves utilisées pour établir si un rapport sexuel comportait, ou non, un risque important de transmission du VIH;
- divergences dans l'interprétation du test juridique par les tribunaux; et;
- divergences dans les décisions proprement dites.

## **Section 3 : Recherches sur le risque de transmission sexuelle du VIH; et sur l'infection à VIH en tant qu'affection chronique et gérable**

Le manque de constance dans l'interprétation et l'application du critère de « risque important » par les tribunaux de l'Ontario et du Canada est attribuable, en partie, à la complexité ainsi qu'à l'évolution rapide de la science sur les risques de transmission sexuelle du VIH. La police et les procureurs de la Couronne ne sont pas toujours guidés par les données scientifiques dans leur prise de décision, ce qui a donné lieu à des accusations et des poursuites dans des circonstances où, d'un point de vue scientifique, il n'y avait qu'un faible risque de transmission. Nous répondons à ce problème en présentant une analyse et un examen minutieux de la recherche scientifique sur les risques de transmission du VIH ainsi que sur la nature de l'infection au VIH en tant que maladie chronique et gérable. Notre discussion met en relief les domaines où un consensus scientifique existe et d'autres où le savoir est encore incertain et en développement. Elle offre une base de preuves scientifiques pouvant

aider à clarifier le test juridique déterminant dans quels cas les PVVIH/sida ont l'obligation légale de dévoiler leur séropositivité.

#### **Section 4 : Recherche en sciences sociales sur le recours au droit pénal pour faire face au non-dévoilement de la séropositivité au VIH en Ontario – Constats d'une recherche qualitative**

La littérature sur les politiques de santé publique et sur le droit pénal met en garde contre le fait que la criminalisation de l'exposition au VIH ou de sa transmission puisse avoir des conséquences négatives sur les efforts de prévention du VIH. La recherche empirique autour de cette hypothèse demeure en phase préliminaire de développement et très peu de travaux se sont concentrés sur le contexte ontarien ou canadien. Nous répondons à ce manque d'information par une recherche empirique originale portant sur l'impact de la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité sur les PVVIH/sida ainsi que sur les fournisseurs de soins de santé et de services en Ontario. Voici quelques-uns de nos principaux constats :

- Le manque de clarté autour du concept de risque important a entraîné la peur et l'anxiété parmi les PVVIH/sida et la confusion parmi les fournisseurs de soins de santé et de services;
- L'incertitude autour de la notion de risque important a donné lieu à des messages contradictoires dans le domaine de la prévention du VIH, et a conduit certains fournisseurs de services à conseiller aux PVVIH/sida de dévoiler leur séropositivité quelque soit le degré de risque de leurs activités sexuelles;
- Il est difficile d'expliquer l'obligation de dévoilement de la séropositivité imposée aux PVVIH/sida par droit pénal et de la réconcilier avec la responsabilité de prévenir la propagation du VIH que leur imposent les autorités de santé publique en vertu de la Loi sur la protection et la promotion de la santé;<sup>9</sup>
- La criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité empêche des PVVIH/sida vulnérables de demander le soutien dont elles ont besoin en matière de dévoilement de la séropositivité;
- Beaucoup de PVVIH/sida craignent que le fait de dévoiler leur séropositivité à leur(s) partenaire(s) sexuel-le(s) ne permette pas de les protéger contre des accusations criminelles;
- Les PVVIH/sida et les intervenants s'inquiètent de la mesure dans laquelle les décisions de tribunaux, dans des affaires criminelles de non-dévoilement de la séropositivité, ont été suffisamment éclairées par les connaissances scientifiques;

- Les PVVIH/sida et les intervenants ont de nombreuses propositions pour répondre aux problèmes que pose la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité, et notamment : clarifier le test du risque important de transmission du VIH; explorer les possibilités de coordination entre le système de justice pénale et celui de la santé publique; et mettre en œuvre des lignes directrices en matière de poursuite criminelles.

### **Section 5 : Options possibles pour résoudre le problème**

En Ontario, la couverture médiatique de la criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité a encadré les discussions publiques dans ce domaine. Les médias grand public insistent sur la responsabilité morale individuelle dans la transmission du VIH, tout en contournant l'épineuse question de savoir dans quelles circonstances il est approprié d'appliquer le droit pénal à un problème social et médical d'une grande complexité. Afin d'encourager des solutions concrètes pour mettre fin à l'incertitude et résoudre les difficultés connexes posées par le droit pénal en matière de non-dévoilement de la séropositivité, nous identifions et examinons trois options possibles dans le domaine des politiques :

1. une interprétation et une application de la loi au cas par cas;
2. amendement du Code criminel; et
3. élaboration de lignes directrices par la Couronne et d'un mémorandum de pratique.

Les options 1 et 2 comportent d'importants obstacles en termes d'incertitude quant aux résultats et en termes de délais pour obtenir de véritables changements dans l'état du droit. Par conséquent, nous recommandons l'option 3.

**Nous recommandons que le ministère du Procureur général de l'Ontario établisse un processus de consultation en vue d'informer le développement de lignes directrices et d'un mémorandum de pratique, relativement aux affaires impliquant des allégations de non-divulgence d'infections transmissibles sexuellement, y compris le VIH.**

---



## **Le projet**

Ce projet a été financé par l'Ontario HIV Treatment Network; il a impliqué une collaboration de recherche entre l'Université York, le Réseau juridique canadien VIH/sida, la HIV & AIDS Legal Clinic (Ontario), la Black Coalition for AIDS Prevention, l'AIDS Committee of Toronto et la Toronto PWA Foundation.

- Équipe du projet — Un professeur de sociologie à l'université, un avocat et directeur général d'une clinique juridique communautaire pour les PVVIH/sida, un directeur général d'un organisme communautaire torontois sur le VIH dans les communautés africaines et caraïbes, le directeur général du plus grand organisme torontois de services directs en matière de VIH/sida, un intervenant jeunesse, et deux avocats et analystes en politiques pour le principal organisme canadien en matière de droit et du VIH/sida, ont contribué à la préparation de la description du projet et ont fourni des conseils au cours de sa mise en œuvre; certaines de ces personnes vivent avec le VIH.
- Consultants du projet — Un avocat ayant une expertise dans le domaine du VIH/sida et un rédacteur scientifique professionnel.
- Comité consultatif d'experts — Formé de personnes vivant avec le VIH/sida, de chercheurs universitaires, de professionnels en médecine et en santé mentale, d'avocats, de responsables de la santé publique ainsi que d'employés d'organismes de première ligne dans le domaine du VIH, ce comité a fourni des conseils pour l'orientation du projet, le plan du rapport ainsi que la version provisoire du document.

## **Les activités du projet**

- Examen de littérature canadienne et internationale; analyse de politiques en matière de criminalisation du non-dévoilement de la séropositivité au VIH ainsi que de prise en charge de l'infection à VIH par le secteur de la santé publique.
- Création d'une base nationale de données sur les affaires criminelles de non-dévoilement de la séropositivité au VIH. Production et analyse des données sur les tendances et la répartition.
- Examen de littérature médicale et scientifique sur le risque de transmission du VIH et sur l'infection à VIH comme infection chronique et gérable.
- Analyse juridique des poursuites intentées au Canada pour non-dévoilement de la séropositivité au VIH, ainsi que des politiques relatives aux poursuites au Canada et dans d'autres juridictions.
- Interviews de 25 informateurs clés, professionnels de la santé et de la santé mentale, avocats, responsables de la santé publique et employés d'OLS.
- Interviews individuelles et discussions de groupe avec 28 personnes vivant avec le VIH au total;
- Réunions, consultations, ateliers et présentations à des conférences, devant divers auditoires, à travers l'Ontario et du Canada (les détails sont fournis à l'Annexe A du document anglais).

## Références

1. *R c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371. (*Cuerrier*)
2. Mykhalovskiy E et Sanders C. (2008). « There is no excuse for this wanton, reckless, self-indulgent behavior. A critical analysis of media representation of the criminalization of HIV non-disclosure in Canada ». Présentation lors de la Conférence annuelle de l'Ontario HIV Treatment Network (novembre 2008). Toronto, Ontario.
3. Miller J. (2005). « African immigrant damnation syndrome: The case of Charles Ssenyonga ». *Sexuality Research & Social Policy*. 2(2) : 31-50.
4. Grant I. (2008). « The Boundaries of the criminal law: The criminalization of the non-disclosure of HIV ». *Dalhousie Law Journal*. 31(123-180).
5. Grant I. (2009). « Rethinking risk: The relevance of condoms and viral load in HIV nondisclosure prosecutions ». *McGill Law Journal*. 54 : 389-404.
6. Symington A. (2009). « Confusion et inquiétudes liées à la criminalisation – Une décennie depuis l'arrêt *Cuerrier* ». *Revue VIH/sida, politiques et droit*. 14(1) : 1, 5-11.  
([www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1485](http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1485))
7. Flaherty J. (2008). « Clarifying the duty to warn in HIV transference cases ». *Criminal Law Quarterly*. (54) : 60-78.
8. Stewart H. (2004). « When does fraud vitiate consent? A comment on *R. v. Williams* ». *Criminal Law Quarterly*. (49) : 144-165.
9. Loi sur la protection et la promotion de la santé, L.R.O. 1990, c. H.7.