

La criminalisation de l'exposition au VIH : la situation au Canada

Rapport préparé par le Réseau juridique canadien VIH/sida
pour le Réseau mondial des personnes vivant avec le VIH/sida (RMP+)
Janvier 2010

1. Résumé et analyse de la situation au Canada

1.1 La criminalisation de l'exposition au VIH sans divulgation : un aperçu¹

Au Canada, à la mi-novembre 2009² :

- **Nombre total de poursuites** : Il y a eu au total 96 poursuites criminelles contre des personnes vivant avec le VIH (PVVIH) ayant prétendument transmis le VIH à un partenaire sexuel – ou ayant exposé un partenaire à l'infection – sans avoir divulgué leur statut séropositif. Ces 96 cas de poursuites ont concerné 91 différents accusés, dont certains ont fait l'objet de plusieurs chefs d'accusation.
- **Sexe des accusés** : Parmi les personnes poursuivies, 90 % étaient des hommes, et 10 % étaient des femmes.
- **Orientation sexuelle** : Parmi les hommes accusés, 72 % avaient eu des rapports sexuels avec des femmes seulement, 17 % avec des hommes seulement, 5 % avec des partenaires des deux sexes. Dans 6 % des cas, les données disponibles ne mentionnaient pas le sexe des partenaires de l'accusé.
- **Distribution géographique** : Sur l'ensemble des poursuites (n=96), 45 % ont eu lieu en Ontario (qui compte environ 39 % de la population canadienne), 14 % au Québec et 13 % en Colombie-Britannique.
- **Race/ethnicité** : Parmi les 91 personnes poursuivies, 29 % ont été identifiées comme étant blanches, 23 % noires, 4 % autochtones et 2 % d'une autre race/ethnicité. Les

¹ Il convient de noter que cette analyse examine l'application du droit pénal à la transmission/exposition au VIH dans le contexte d'activités sexuelles consensuelles, ce qui représente la grande majorité des cas au Canada et constitue ainsi le secteur le plus préoccupant. Il existe quelques autres circonstances dans lesquelles on a déposé diverses accusations criminelles en lien avec la transmission du VIH ou l'exposition à un risque, réel ou perçu, d'infection au VIH dans des contextes d'agression ou de coercition (p. ex., mordre, cracher, égratigner, menacer ou encore, agresser quelqu'un au moyen d'une seringue, etc.). Il existe également un cas (connu) dans lequel une mère séropositive a plaidé coupable à l'infraction d'«omettre de fournir les choses nécessaires à l'existence». Malgré les séances de counselling prénatal qu'elle avait reçues durant sa grossesse, elle n'avait pas informé le personnel médical de son statut séropositif lors de l'accouchement de son second enfant (aucune mesure n'a donc été prise pour réduire les risques de transmission). Elle avait ensuite insisté pour allaiter son nouveau-né, qui s'est révélé plus tard être infecté par le VIH: *R. c. J.I.*, 2006 ONCJ 356 (Cour de justice de l'Ontario).

² La plupart des chiffres proviennent de E. Mykhalovskiy, G. Betteridge, "The criminalization of HIV non-disclosure in Canada: A preliminary analysis of trends and patterns," article présenté dans le cadre de la conférence de recherche du Réseau ontarien de traitement du VIH, Toronto, 16 novembre 2009.

données disponibles n'ont pas permis d'établir la race/l'ethnicité des autres 42 % des accusés.

- **Race/ethnicité (accusés de sexe masculin) :** Parmi les hommes séropositifs poursuivis depuis 2005 (n=44), 43 % ont été identifiés comme étant noirs, 30 % de blancs, 0 % autochtones, 2 % d'une autre race/ethnicité. La race/ethnicité des autres 25 % des hommes accusés n'a pu être établie à partir des données disponibles.
- **Résultat des poursuites :** Sur l'ensemble des poursuites (n=96), 31 % ont abouti à une condamnation à la suite d'un procès sur le fond, 28 % ont abouti à une condamnation fondée sur un plaidoyer de culpabilité et 11 % ont débouché sur un acquittement en cour; le résultat de 19 % des poursuites n'a pu être établi à partir des données disponibles. Les autres 10 % des poursuites étaient toujours en cours au moment de l'analyse.
- **Transmission et exposition :** Parmi les poursuites ayant abouti à une condamnation (n=57), 39 % ne comprenaient aucune allégation de transmission du VIH (c.-à-d. que seule l'exposition au VIH était alléguée); 23 % concernaient des allégations de transmission du VIH; 21 % impliquaient à la fois des plaignants alléguant avoir été infectés par le VIH et des plaignants n'alléguant qu'avoir été exposés au risque d'infection. Dans 17 % des poursuites, il n'a pas pu être établi, au moment de l'analyse et à partir de l'information disponible, si les plaignants alléguaient une transmission du VIH ou une seule exposition au virus.
- **Peines imposées :** Parmi les cas qui se sont conclus par une condamnation (n=57), 88 % ont donné lieu à une peine de prison. Parmi ces 57 condamnations, 12 % ont abouti à une condamnation conditionnelle ou avec sursis; alors que 12 % ont mené à des peines de prison de 2 ans ou moins, 28 % à des peines de prison de 2 à 4 ans, 14 % à des peines de prison de 4 à 6 ans, 12 % à des peines de prison de 6 à 8 ans, 7 % à des peines de prison de 8 à 10 ans, 7 % à des peines de prison de plus de 10 ans et, dans 7 % des condamnations, la durée de la peine n'a pas pu être établie à partir des données disponibles. À l'heure actuelle, on ne peut pas tirer de conclusions fermes sur le caractère disproportionné ou non de la sévérité des peines par rapport à celles infligées dans des affaires impliquant des crimes « équivalents », en grande partie parce que les condamnations sont prononcées en fonction des circonstances particulières de chaque affaire et de chaque accusé, et parce que les facteurs liés à la détermination de la peine comportent d'importantes variations d'une affaire à l'autre.

1.2 Criminalisation de l'exposition au VIH au Canada : analyse des développements et tendances juridiques dans l'application de la loi

Une décision de principe et ses répercussions

À la fin des années 80 et au début des années 90, un certain nombre d'actions ont été intentées devant les tribunaux contre des personnes vivant avec le VIH (PVVIH) accusées de diverses infractions criminelles – p. ex., *nuisance publique*, *négligence criminelle causant des lésions corporelles*, *administration d'une substance délétère*, *voies de fait graves* et *agression sexuelle* – pour avoir transmis le VIH ou adopté des comportements posant, ou semblant poser, un risque de transmission du VIH. Plusieurs

de ces poursuites se sont soldées par des plaidoyers de culpabilité. Dans certains cas, l'accusé est décédé avant le procès ou avant qu'un verdict ne soit rendu. Quelques cas spécifiquement liés à des accusations de voies de fait ont produit des résultats partagés – quelques tribunaux ont décrété qu'une accusation de voies de fait n'avait aucun fondement juridique, puisque les plaignants dans ces affaires avaient consenti aux rapports sexuels en question. Ces tribunaux n'étaient pas disposés à interpréter de façon élargie l'infraction de voies de fait – telle que définie dans le *Code criminel* – en statuant que la non-divulgaration de la séropositivité pourrait rendre le consentement au rapport sexuel invalide.

Cependant, une de ces affaires, originalement intentée en Colombie-Britannique en 1992, a été portée en appel devant la Cour suprême du Canada. En 1998, la Cour a jugé qu'une PVVIH pouvait être reconnue coupable de voies de fait graves pour n'avoir pas divulgué sa séropositivité et exposé ainsi une autre personne à un « risque important » de transmission du VIH : *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371. La décision a soulevé de nombreuses questions; plus de dix années plus tard, bon nombre de ces questions demeurent toujours sans réponse, et de nouveaux enjeux sont venus s'ajouter au débat.

Depuis l'affaire *Cuerrier*, on observe plusieurs tendances :

- *Nombre accru de poursuites* : On constate une hausse marquée de la fréquence des poursuites pour non-divulgaration alléguée de la séropositivité à un partenaire sexuel : environ 88 % des poursuites à ce jour (pour exposition sexuelle au VIH) ont eu lieu au cours des dix années suivant la décision de la Cour suprême.
- *Publicité accrue des poursuites par les forces policières* : Ce phénomène s'est accompagné de la publication de plus en plus fréquente par les corps policiers d'avis au public (et aux médias) contenant le nom et souvent la photo d'une personne accusée d'avoir eu des relations sexuelles sans avoir divulgué son statut séropositif. Ces avis, souvent justifiés comme nécessaires pour « prévenir le public », encouragent régulièrement d'autres plaignants potentiels à contacter la police.
- *Aggravation des accusations* : De plus, un nombre croissant d'accusés sont aujourd'hui poursuivis pour agression sexuelle grave (entraînant une peine maximale d'emprisonnement à vie), plutôt que pour voies de fait graves ou de négligence criminelle causant des lésions corporelles (infractions entraînant des peines moins lourdes). En outre, plusieurs procès notoires impliquant plusieurs plaignants ainsi que des circonstances particulièrement violentes ou abusives ont eu lieu au cours de ces dernières années. Le débat entourant la criminalisation de l'exposition au VIH a atteint une nouvelle intensité en 2008 lorsque le procès de Johnson Aziga a commencé en Ontario. M. Aziga a été accusé d'avoir eu des rapports sexuels avec 11 femmes sans avoir divulgué sa séropositivité. Deux des femmes qu'il aurait prétendument infectées sont décédées. Il a finalement été reconnu coupable de dix chefs d'accusation de voies de fait graves, d'un chef d'accusation de tentative de voies de fait graves et de deux chefs d'accusation de

meurtre au premier degré pour non-divulgence de sa séropositivité à ses partenaires sexuels. M. Aziga est ainsi devenu la première personne, à notre connaissance, à être condamnée pour meurtre pour ne pas avoir divulgué sa séropositivité à un partenaire sexuel.

Dans l'affaire *Cuerrier*, la Cour suprême du Canada a statué sur la question suivante : dans quels cas la non-divulgence de la séropositivité à un partenaire sexuel peut-elle constituer une « fraude » viciant le consentement du partenaire, transformant ainsi un rapport sexuel consensuel en voies de fait en vertu des dispositions pertinentes du *Code criminel du Canada* (articles 265 et 273). Le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité, a déclaré que le ministère public doit démontrer deux éléments particuliers afin d'établir qu'il y a eu fraude. Premièrement, il doit y avoir une « représentation malhonnête », c'est-à-dire soit une supercherie délibérée concernant la séropositivité, soit la non-divulgence de cet état de santé. Deuxièmement, le ministère public doit prouver que ce manque d'honnêteté a causé une « privation » au plaignant, « sous forme de préjudice réel ou, simplement, de risque de préjudice ». La transmission du VIH n'est pas une condition nécessaire pour qu'une personne soit reconnue coupable de voies de fait grave ou d'agression sexuelle.

La majorité de la Cour a clairement statué qu'un risque insignifiant de préjudice n'est pas suffisant pour entraîner une obligation de divulguer :

Un préjudice ou risque de préjudice insignifiant ne satisfera pas toutefois à cette condition dans les cas d'agression sexuelle où l'activité aurait été consensuelle si le consentement n'avait pas été obtenu par fraude... À mon avis, le ministère public devra établir que l'acte malhonnête (le mensonge ou l'omission de divulguer) a eu pour effet d'exposer la personne consentante à un risque important de lésions corporelles graves. Le risque de contracter le sida par suite de rapports sexuels non protégés satisferait manifestement à ce critère. [Nous soulignons.]

Il est clair à la lecture de cette décision que la Cour n'a pas décidé d'imposer aux PVVIH une obligation générale de divulguer leur statut avant tout rapport sexuel. Cependant, ce qui reste toujours incertain, est la question de savoir où tracer la ligne distinguant les activités nécessitant la divulgation de la séropositivité de celles qui ne la nécessitent pas? En d'autres termes, comment doit-on interpréter et appliquer le test du « risque important »?

Par exemple, le jugement majoritaire du juge Cory suggérait que la divulgation pourrait ne pas être requise dans les cas de rapports sexuels protégés par le port d'un condom. Toutefois, cette question n'a pas été tranchée de façon explicite. Dans une opinion minoritaire distincte, deux autres juges de la Cour suprême ont exprimé leur accord avec le résultat ultime de l'affaire, mais ont indiqué leur désaccord avec l'approche du juge Cory consistant à définir la fraude sur la base de la notion de « risque important »; ils ont par ailleurs explicitement affirmé que, tandis qu'il était approprié de criminaliser des rapports sexuels non protégés sans divulgation préalable, tel n'était pas le cas des relations sexuelles avec port du condom qui devraient rester en dehors du champ d'application de l'infraction de voie de fait. Six des sept juges de la Cour suprême ayant

jugé cette affaire ont donc suggéré ou explicitement affirmé que l'utilisation du condom écarterait l'obligation légale de divulguer sa séropositivité.

À ce jour, les limites du droit pénal au Canada en matière de non-divulgence de la séropositivité demeurent indéterminées, en particulier pour ce qui est des pratiques à risque réduit (p. ex., rapports sexuels protégés, sexe oral) et de la charge virale indétectable. Dans quelques cas, les tribunaux ont fait valoir que compte tenu du fait que l'activité engagée en l'espèce ne représentait pas un risque « important » de transmission du VIH, la non-divulgence de la séropositivité au partenaire sexuel ne pouvait être susceptible de vicier le consentement.

- Dans l'affaire *R. c. Edwards*, qui impliquait deux hommes homosexuels, un juge d'instance de la Nouvelle-Écosse a clairement affirmé que l'obligation juridique consistait soit, à « avoir des rapports sexuels protégés ou à divulguer sa séropositivité de façon claire afin que le partenaire puisse donner son consentement éclairé dans le cas où des rapports non protégés seraient engagés ». De plus, l'expert en médecine de la Couronne a témoigné que le risque de transmission lors d'un rapport oral non protégé était de 1 sur 10 000 (soit 0,01 %). Le juge d'instance a noté que ce risque n'atteignait pas le seuil du « risque important » : « La Couronne reconnaît que les rapports sexuels oraux présentent un risque trop faible pour que l'on puisse appliquer l'article 268(1) du *Code criminel*; s'il n'y avait eu que des rapports sexuels oraux non protégés, alors aucune accusation n'aurait été portée. »³
- Dans l'affaire *R. c. Agnatuk-Mercier*, un juge d'instance de l'Ontario a déclaré que pour obtenir une condamnation, la Couronne devait prouver au-delà de tout doute raisonnable que les rapports sexuels vaginaux en question avaient eu lieu sans usage du condom.⁴
- Dans l'affaire *R. c. Nduwayo*, un procès avec jury qui s'est déroulé en Colombie-Britannique, le juge a avisé le jury qu'il y a obligation de divulguer la séropositivité dans le cas de rapports sexuels vaginaux non protégés, mais que « M. Nduwayo n'avait pas l'obligation juridique de divulguer son statut séropositif s'il utilisait des condoms à chaque fois. [...] Ces directives sur la question du consentement et de la fraude viciant le consentement proviennent de la décision de la Cour suprême du Canada rendue dans l'affaire *R. c. Cuerrier*... »⁵

³ *R. c. Edwards*, 2001 NSSC 80 (Cour suprême de la Nouvelle-Écosse). Traduction libre

⁴ *R. c. Agnatuk-Mercier*, [2001] OJ No. 4729 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (QL).

⁵ *R. c. Nduwayo*, 2006 BCSC 1972 (Cour suprême de la Colombie-Britannique); *R. c. Nduwayo*, instructions du juge au jury, Transcription, p. 625-626 [déposé]. Le tribunal d'appel de la Colombie-Britannique a accepté la demande d'appel de M. Nduwayo, sur d'autres motifs, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès : *R. c. Nduwayo*, 2008 BCCA 255. Traduction libre

- Dans l'affaire *R. c. Smith*, un juge d'instance de Saskatchewan, a déclaré, alors qu'il énonçait oralement les motifs de sa décision: « Le simple fait que je ne le croie pas [sur la question de la divulgation de la séropositivité] ne signifie pas qu'il soit coupable de l'infraction dont il est accusé. Je dois me satisfaire au-delà de tout doute raisonnable que s'il a bien eu des rapports sexuels, ces rapports n'étaient pas protégés... »⁶
- Dans l'affaire *R. c. D.C.*, la Cour du Québec a condamné l'accusée pour ne pas avoir divulgué son statut séropositif à son partenaire masculin, après avoir établi le fait qu'aucun condom n'avait été utilisé et donc, qu'il y avait bien eu un risque important de transmission. Selon le juge d'instance, l'utilisation du condom était la question clé : « ... le Tribunal est d'avis que la question la plus fondamentale à résoudre à cette étape est la suivante : **les relations sexuelles ont-elles été protégées ou non protégées ?** »⁷
- Dans l'affaire *R. c. Imona-Russell*, un autre juge d'instance de l'Ontario a affirmé à maintes reprises qu'afin d'obtenir une condamnation pour non-divulgation du statut séropositif, la Couronne devait prouver, au-delà de tout doute raisonnable, que l'accusé avait eu un rapport sexuel vaginal « non protégé » avec la plaignante.⁸
- Il existe également au Canada un cas intéressant de poursuite criminelle pour non-divulgation du virus de l'hépatite C (VHC), une infection grave principalement transmise par le sang. Dans l'affaire *R. c. Jones*, un juge d'instance du Nouveau-Brunswick a accepté les preuves scientifiques de l'expert en médecine relatives aux risques de transmission du virus selon lesquelles, le risque d'infection par le VHC lors d'un acte sexuel non protégé est estimé à moins de 1 % dans le cas de rapports sexuels vaginaux et de 1 à 2,5 % dans le cas de rapports anaux. En se fondant sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Cuerrier*, le juge d'instance a statué que le risque de contracter le VHC « par le biais de relations sexuelles non protégées est si faible qu'il ne peut pas être qualifié d'important. Par conséquent, il n'y a pas d'obligation de divulguer. »⁹

Cependant, dans une affaire plus récente au Manitoba, *R. c. Mabior* le juge d'instance a interprété la loi différemment. La décision du juge a criminalisé la non-divulgation même

⁶ *R. c. Smith*, [2007] SJ No. 116 (QL). Le tribunal d'appel de la Saskatchewan a écarté la demande d'appel de M. Smith pour d'autres motifs : *R. c. Smith*, 2008 SCKA 61. Traduction libre

⁷ *R. c. D.C.*, Inédit, Motifs du jugement, Cour du Québec (Longueuil), No. 505-01-058007-051 (14 février 2008) [déposé]. Remarque : en date de janvier 2010, ce jugement était en appel sur d'autres motifs.

⁸ *R. c. Imona-Russell*, Inédit, Motifs du jugement, 23 février 2009, Transcription des motifs (oraux) du jugement, p. 28, 50 [déposé].

⁹ *R. c. Jones*, 2002 NBQB 340 (Cour du banc de la reine, Nouveau-Brunswick). Le juge d'instance a également noté que l'expert en médecine de la Couronne a témoigné qu'il ne conseille pas à ses patients de divulguer leur condition en raison de la stigmatisation liée à la maladie. Traduction libre

lorsqu'un condom avait été utilisé.¹⁰ Cette affaire a également été la première à examiner la question de la faible charge virale et de sa pertinence quant à l'interprétation de la notion de « risque important ». Le juge a statué que la réduction du risque de transmission en deçà du seuil légal de « risque important » nécessitait *à la fois* la présence d'une charge virale indétectable *et* le port du condom. Selon ce juge, ni l'utilisation du condom, ni la charge virale faible ne sont suffisants en soi pour écarter l'obligation de divulguer sa séropositivité.

1.3 Enjeux liés à la santé publique et aux droits de la personne

Les PVVIH et les fournisseurs de soins de différents domaines expriment régulièrement leurs inquiétudes quant à la possibilité de voir la responsabilité pénale des PVVIH engagée pour ne pas avoir divulgué leur statut et des répercussions négatives des poursuites criminelles. Il existe certainement des désaccords parmi les PVVIH, les organismes de services aux PVVIH et d'autres personnes qui travaillent dans la lutte contre le sida sur la question de savoir où tracer les limites du recours au droit pénal en matière de non divulgation et quant aux stratégies qu'il conviendrait d'employer pour tracer ces limites. Cependant, de nombreuses préoccupations ont pu être soulevées à maintes reprises dans des circonstances diverses: forums communautaires, médias et de plus en plus devant les tribunaux, surtout depuis que les premières affaires depuis *Cuerrier* ont été portées devant les cours d'appel ce qui a offert l'occasion d'aborder certaines des questions non résolues concernant l'interprétation du seuil du « risque important de transmission » au-delà duquel il y a une obligation légale de divulguer sa séropositivité.

Il existe principalement trois domaines de préoccupation : (1) un impact positif négligeable de la criminalisation sur la prévention du VIH; (2) les éventuelles conséquences négatives de la criminalisation sur la santé publique et les droits de la personne; et (3) le potentiel d'iniquité dans l'application de la loi.

Le droit pénal ne joue qu'un rôle minime dans la prévention du VIH

Les critiques soutiennent qu'il n'y a pas de raison de penser que le droit pénal puisse jouer un rôle significatif dans la réduction de la propagation du VIH. Malgré l'affirmation du contraire, il n'a pas été démontré que l'application du droit pénal aux comportements à risque permet de réduire la propagation du VIH en neutralisant ou en réhabilitant les coupables, ou par la dissuasion. En effet, les seules preuves dont nous disposons aujourd'hui suggèrent une absence de toute influence dissuasive.¹¹ De plus, le recours au droit pénal en tant qu'outil de prévention du VIH ne peut avoir pratiquement

¹⁰ *R. c. Mabior*, 2008 MBQB 201 (Cour du banc de la reine, Manitoba). À ce jour, la décision est en appel, et le Réseau juridique canadien VIH/sida intervient pour contester cette décision. La cause est censée être instruite par la cour d'appel du Manitoba en février 2010.

¹¹ S. Burris et coll., "Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial", (2007) 39 *Arizona State Law Journal*, p. 467-517.

aucun effet s'il est appliqué aux personnes qui utilisent des condoms ou dont la charge virale est faible voire indétectable puisqu'elles posent d'emblée un très faible risque de transmission. Le fait d'étendre le champ d'application du droit pénal aussi loin que l'a fait le juge dans l'affaire *Mabior* (ci-dessus), en déclarant que la non-divulgence est un crime même s'il y a port de condom ou si la charge virale est indétectable, ne peut donc être principalement justifié par le fait qu'une telle approche permettrait de prévenir de nouvelles infections au VIH.

Une criminalisation trop étendue porte atteinte à la prévention du VIH et aux droits humains

En revanche, il existe un important corps de recherche qui démontre l'impact bénéfique des tests de dépistage du VIH et d'autres initiatives de santé publique sur la modification des comportements à risque. Ces mesures sont maintenant au cœur des stratégies nationales et internationales de lutte contre le VIH. La promotion du dépistage régulier du VIH – et donc la détection précoce de l'infection et des interventions visant à modifier les comportements à risque avec ce diagnostic en tête - est une mesure particulièrement importante, étant donné que la charge virale a tendance à être à son niveau le plus élevé au cours des semaines suivant l'infection initiale au VIH, ce qui signifie aussi que la personne est à son niveau le plus infectieux. Plus il y a de personnes qui affichent des comportements à risque élevé alors qu'elles ne savent pas qu'elles sont séropositives, plus les risques pour la santé publique sont importants. L'Agence de santé publique du Canada estime qu'à la fin de l'année 2008, 26 % des PVVIH au Canada ignoraient qu'elles étaient infectées. Dans la mesure où un recours trop large au droit criminel crée un nouveau *facteur dissuadant les personnes de se faire dépister* - soit directement parce que la connaissance de la séropositivité expose une personne à un risque plus élevé de poursuite criminelle pour non-divulgence, soit indirectement en renforçant la stigmatisation dont le VIH et les PVVIH font toujours l'objet, il nuit à la prévention du VIH (l'impact de la criminalisation sur le dépistage n'a malheureusement pas encore été suffisamment étudié).

Les atteintes à la vie privée et l'effet stigmatisant de la criminalisation sont d'autres éléments à prendre en compte lors de la délimitation de l'application du droit pénal. Les affaires mettant en jeu des accusations criminelles contre des PVVIH attirent une attention médiatique considérable. Cette attention est d'ailleurs disproportionnée, compte tenu du faible nombre d'affaires (96 poursuites connues au Canada à la mi-novembre 2009), par comparaison avec le nombre total de personnes qui ont été infectées par le VIH à ce jour au Canada.¹² Il arrive souvent qu'avant même que l'affaire soit jugée devant les tribunaux, les avis policiers et les médias révèlent publiquement l'identité d'une personne accusée (avec sa photo), son statut séropositif, les accusations criminelles portées contre elle et des détails de sa vie privée et de sa vie sexuelle.

¹² L'Agence de santé publique du Canada soutient qu'à la fin 2009, on comptait en tout 67 442 cas de VIH déclarés depuis le 1^{er} novembre 1985, dont 99,2 % étaient parmi les personnes âgées de 15 ans et plus. *Le VIH et le sida au Canada : Rapport de surveillance en date du 31 décembre 2008* (Ottawa : Agence de santé publique du Canada, 2009), en ligne à <http://www.phac-aspc.gc.ca/aids-sida/publication/survreport/2008/dec/index-fra.php>.

Par ailleurs, la stigmatisation a des effets néfastes sur le diagnostic et le traitement efficaces du VIH parmi les PVVIH, et sur la propagation de la maladie au sein de la population générale, puisqu'elle pose des obstacles au dépistage, à la divulgation (y compris aux partenaires sexuels) et à l'adoption de mesures de protection contre le VIH. La nature persistante et répandue de la stigmatisation liée au VIH au Canada est démontrée par les sondages attitudinaux commandités par l'Agence de santé publique du Canada (ASPC) dans les dernières années.¹³ Les préoccupations liées à la stigmatisation et à la discrimination sont particulièrement importantes dans les collectivités de petite taille et/ou très resserrées. Ce problème a, par exemple, été soulevé pour certaines communautés minoritaires autochtones et ethno- raciales.

Les critiques soutiennent également que les poursuites criminelles créent de la *défiance dans les relations entre les personnes séropositives et leurs fournisseurs de soins et de services de soutien*, puisque les gens craignent que les informations portant sur leur statut sérologique puissent être utilisées contre eux dans le cadre de poursuites criminelles. Cet état de fait nuit à l'offre de traitements et de soins de qualité. Il existe peu de documentation systématique sur cette question au Canada. Cependant, de multiples anecdotes recueillies par les organismes de soutien aux PVVIH ainsi que leur expérience révèlent qu'il s'agit bien d'une préoccupation courante chez les PVVIH ainsi que chez les fournisseurs de services, qui ne savent pas comment répondre aux exigences professionnelles et pratiques de leur travail sans demander ou consigner des renseignements confidentiels qui pourraient ensuite être utilisés dans le cadre de poursuites criminelles contre leurs clients. Les questions que reçoivent régulièrement les organismes tels que le Réseau juridique canadien VIH/sida et la HIV & AIDS Legal Clinic - Ontario (HALCO) sont particulièrement révélatrices à ce sujet.

Comme indiqué ci-dessous, ces préoccupations ont été en grande partie écartées par la majorité de la Cour suprême du Canada (dans le jugement du juge Cory) dans l'affaire *Cuerrier* en 1998, mais elles ont fait l'objet de commentaires favorables dans une opinion minoritaire émise par deux juges (dont l'un est maintenant juge en chef de la Cour suprême). Le juge McLachlin, en exprimant son désaccord avec une définition élargie du concept de « fraude » telle que proposée par la majorité (et l'approche encore plus large proposée par l'autre opinion minoritaire), a souligné que :

Les élargissements importants du droit proposés par mes collègues risquent également de nuire à la lutte contre la propagation du VIH et des autres maladies graves transmissibles sexuellement. Les travailleurs du secteur de l'hygiène publique font valoir qu'encourager les gens à subir un test de dépistage et à se faire traiter est la clef de la prévention de la propagation du VIH et de

¹³ Voir par exemple EKOS Research Associates Inc., *Sondage de suivi de 2006 sur les attitudes touchant le VIH/sida : Rapport final* (Ottawa : Agence de santé publique du Canada, 2009), en ligne à <http://www.phac-aspc.gc.ca/aids-sida/publication/por/2006/index-fra.php>.

maladies similaires, et que des sanctions pénales générales seront vraisemblablement inefficaces... Criminaliser un large éventail de comportements liés au VIH ne fera que nuire à ces efforts... D'après la documentation soumise à la Cour, il ressort qu'une obligation générale de divulguer est susceptible de pousser à la clandestinité les personnes atteintes de cette maladie.

On a également soulevé la préoccupation suivante : la criminalisation, souvent perçue comme une réponse visant à protéger les femmes et à rendre justice aux femmes lorsqu'elles ont été infectées ou exposées au VIH par leurs partenaires sexuels masculins, opérerait aussi au détriment des femmes – en particulier celles qui vivent avec le VIH. On compte relativement peu de forums abordant spécifiquement la question de savoir comment la criminalisation de la non-divulgence du VIH affecte les femmes ou peut leur nuire. Lors d'un forum en 2007, réunissant quelque 40 femmes vivant avec le VIH et 40 fournisseurs de services de première ligne qui travaillent avec les femmes, toute une gamme de préoccupations a été soulevée, incluant celles mentionnées ci-dessus, mais aussi les suivantes:

- les défis additionnels auxquels certaines femmes, en particulier celles qui sont dans des relations fragiles, peuvent être confrontées lorsqu'elles ne sont pas en position de négocier le port de condom par leur(s) partenaire(s), à savoir qu'elles devront soit divulguer leur statut, soit perdre la possibilité d'éviter de voir leur responsabilité pénale engagée.
- les craintes que la divulgation pourrait mettre fin à leur relation avec leur partenaire (avec des conséquences affectives voire financières, mais aussi peut être des conséquences sur leur statut d'immigration pour les femmes immigrées parrainées par leurs maris);
- craintes de faire l'objet d'une agression et de violences physiques; crainte de voir le droit pénal utilisé comme une arme, un moyen de pression et ce, en particulier lorsque les relations amoureuses prennent fin. La personne porteuse du VIH peut alors faire l'objet d'accusations non fondées ou de menaces de poursuites criminelles utilisées comme moyens de vengeance ou de contrôle.¹⁴

Incertitude et iniquité dans l'application du droit pénal

Enfin, il y a le risque d'*iniquité* dans l'application du droit pénal. Dans sa critique de la notion de « risque important » établi comme test légal par le juge Cory dans le jugement majoritaire de la Cour Suprême *R. v. Cuerrier*, la juge McLachlin a soulevé cette préoccupation. Elle a aussi exprimé son inquiétude quant au fait que l'incertitude entourant la notion de « risque important » minerait le présumé effet dissuasif du droit pénal :

¹⁴ “To Tell or Not to Tell: the Criminalization of HIV Non-Disclosure & its Impact on HIV-Positive Women” [Divulguer ou ne pas divulguer : la criminalisation de la non-divulgence du VIH et ses répercussions sur les femmes séropositives], Rapport soumis à un forum communautaire, Toronto, 25 mai 2007.

Dans quels cas le risque est-il assez important pour qu'une conduite soit qualifiée de criminelle? Aux yeux de qui l'« importance » doit-elle être déterminée – ceux de la victime, de l'accusé ou du juge? [...] La certitude est essentielle au droit criminel. S'il est incertain, il ne peut pas dissuader d'adopter un comportement inapproprié et perd sa raison d'être. Et ce qui est tout aussi grave, il devient inéquitable. Des personnes qui croient agir conformément à la loi peuvent se retrouver poursuivies, déclarées coupables, emprisonnées et étiquetées comme criminelles. Des conséquences aussi sérieuses ne doivent pas dépendre de l'interprétation de mots vagues comme « important » et « grave ».

En effet, ce problème a commencé à faire surface dans les décisions rendues depuis l'affaire *Cuerrier*, tandis que les tribunaux inférieurs ont été appelés à déterminer les contours du test de « risque important ». Dans certains cas (p. ex., l'affaire *Edwards*, mentionnée ci-dessus), une PVVIH n'a pas été poursuivie pour avoir eu des rapports sexuels oraux sans condom, en raison de l'exercice judiciaire de son pouvoir discrétionnaire par le procureur; malgré cela, au cours de la dernière année, un autre procureur a, dans au moins une autre affaire, porté des accusations criminelles fondées uniquement sur les allégations de relations sexuelles orales non protégées. Comme noté ci-dessus, dans un certain nombre de cas, les juges d'instance semblent avoir accepté que les rapports sexuels vaginaux ou anaux avec port de condom n'entraînent pas de responsabilité criminelle en cas de non divulgation de la séropositivité; et pourtant, dans l'affaire *Mabior* (aujourd'hui en appel), cette interprétation a été rejetée, dans une décision qui semble imposer une obligation de divulguer son statut séropositif dès lors qu'il existe un risque, même minuscule, de transmission.

De plus, si la questions de savoir quelles activités et circonstances constituent un risque important de transmission du VIH en vertu du droit criminel est laissée au juge des faits – qu'il s'agisse d'un juge seul ou d'un jury – comme l'ont fait certains tribunaux, alors, il y a un risque qu'une personne puisse être reconnue coupable de l'un des crimes les plus graves dans la loi canadienne pour ne pas avoir divulgué son statut séropositif, tandis qu'une autre ayant eu la même activité sexuelle pourrait être acquittée et ce, uniquement parce qu'un jury (ou un juge) aurait estimé qu'une probabilité d'environ 0,05 % de transmission constitue un risque « important », tandis qu'un autre aurait estimé que non. En l'absence d'un test clairement défini permettant d'établir dans quels cas une PVVIH est tenue ou non de divulguer son statut séropositif le risque de voir une application incohérente et inéquitable de la loi sera d'autant plus important.

1.4 Limiter le droit pénal : la voie du progrès

Bien qu'il y ait eu une tendance au Canada au cours des dix dernières années de faire une application sans cesse plus large et plus fréquente du droit pénal en cas d'exposition au VIH, nous avons peut être aussi atteint un moment où des changements importants peuvent devenir possibles si les avocats (au sens large) se saisissent des opportunités qui se présentent de façon stratégique. Certaines interventions pourraient s'avérer particulièrement pertinentes :

- Le débat public sur la criminalisation de l'exposition au VIH et sur ses répercussions gagne en importance, y compris dans les médias. Cela étant dit, les

propos véhiculés par les médias – à quelques exceptions près – sont généralement mal informés ou ne visent pas à présenter une évaluation honnête, soigneuse et nuancée des considérations de politiques publiques importantes pour les différents camps, pro et contre. Le Réseau mondial des PVVIH/sida – Amérique du Nord (RMP+AN), pourrait considérer la possibilité de s’engager plus activement dans ce débat public, en mettant davantage l’accent sur le point de vue des personnes qui vivent avec la maladie.

- Une première étude a été lancée au Canada (en Ontario) pour tenter d’établir des données sur l’impact de la criminalisation de l’exposition au VIH. Les résultats de cette étude de trois ans devraient paraître en 2011 et offrir de nouvelles occasions d’éducation et de plaidoyer.
- Des documents et des outils visant à aider les avocats de la défense sont développés en collaboration avec d’autres organismes pour leur permettre de gérer au mieux ce type de dossiers.
- Le Réseau juridique canadien VIH/sida et la HIV & AIDS Legal Clinic – Ontario collaborent pour la première fois avec l’Institut national de la magistrature en vue de produire un atelier de formation sur le VIH/sida et la criminalisation; cet outil créé à l’intention des juges sera finalisé en mars 2010.
- Le Réseau juridique canadien VIH/sida, souvent en collaboration avec des organismes VIH locaux ou les associations de PVVIH, intervient dans plusieurs affaires aujourd’hui portées devant la cour d’appel; ces affaires soulèvent certaines des questions non réglées depuis la décision *Cuerrier* relatives au champ d’application du droit pénal en matière de non-divulgence de la séropositivité (p. ex. les implications de l’utilisation du condom ou de la charge virale indétectable). Dans certains cas appropriés, RMP+AN pourrait considérer agir à titre d’intervenant.
- Dans une province (l’Ontario), un groupe de travail représentant des organismes de services VIH, de services juridiques et de PVVIH a été mis en place; ce groupe a amorcé un projet appelant le bureau du procureur général provincial à s’engager dans un processus de consultation en vue d’élaborer des lignes directrices pour encadrer les poursuites criminelles en cas de non divulgation de la séropositivité et ce, afin de limiter une application extensive et inappropriée du droit pénal.¹⁵ Ce travail pourrait servir de modèle pour d’autres provinces (puisque les provinces ont la responsabilité constitutionnelle de l’administration de la justice, y compris l’application du *Code criminel* fédéral). Une campagne pour le développement et l’adoption de bonnes lignes directrices pour les

¹⁵ Par exemple, le Crown Prosecution Service du Royaume-Uni a publié en mars 2008 un guide juridique (à l’intention des procureurs et des travailleurs en service social individualisé) et un énoncé de politique (à l’intention d’un plus grand public) sur les poursuites dans les cas de transmission sexuelle d’infections. Voir Y. Azad, “Developing guidance for HIV prosecutions: an example of harm reduction?” *HIV/AIDS Policy & Law Review* 13(1) (2008): 13–19.

poursuites nécessitera un large soutien de la part des groupes communautaires et des associations de PVVIH; RMP+AN pourrait également jouer un rôle important dans ce contexte.