

Parcours de deux affaires — prudence requise dans les poursuites pour non-divulgaration de la séropositivité au VIH

Deux cours d'appel provinciales ont récemment rendu des décisions unanimes qui clarifient le droit, relativement à l'obligation imposée aux personnes vivant avec le VIH de divulguer leur séropositivité au VIH avant d'avoir des rapports sexuels. La décision de la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *R v. Mabior*¹ et celle de la Cour d'appel du Québec dans *R c. D.C.*² doivent être examinées sur une toile de fond où l'on observe, au Canada, de plus en plus de poursuites criminelles contre des personnes vivant avec le VIH, se fondant sur l'allégation qu'elles ont omis de dévoiler leur séropositivité au VIH à des partenaires sexuels. Plus de 120 poursuites ont été intentées, depuis la première affaire pénale pour non-divulgaration de la séropositivité au VIH, en 1989. Une grande proportion des accusés ont plaidé coupable, ou ont été déclarés coupables, d'infractions criminelles sérieuses, leur valant dans bien des cas des peines sévères et l'inscription à un registre de délinquants sexuels.³ Dans la majorité des cas de déclarations de culpabilité, il n'y avait pas eu infection du plaignant par le VIH.⁴

En dépit du nombre considérable de poursuites, on peut soutenir que les personnes vivant avec le VIH qui sont au courant de leur état sérologique (dont le nombre était estimé à 48 100 au Canada en 2008⁵) ne peuvent déterminer avec certitude les contours de leur obligation de divulgation en vertu du droit criminel. Le critère d'analyse juridique établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R c. Cuerrier*,⁶ celui d'un risque important de lésion corporelle grave, ne procure pas de ligne directrice adéquate aux personnes vivant avec le VIH, à la police, aux avocats de la Couronne, ni aux cours de première instance. La Cour suprême aura bientôt une occasion de jeter un second regard sur l'arrêt *Cuerrier*. Elle a accepté la demande d'autorisation d'appel dans l'affaire *Mabior* ainsi que dans l'affaire *D.C.*⁷ et entendra les deux appels conjointement. Dans les deux cas, la Couronne prône, en matière d'agression sexuelle, une doctrine de consentement éclairé voulant qu'une

non-divulgaration en présence de *tout* risque de transmission du VIH, sans égard à l'usage de condom ni à la quantité de VIH dans le sang [autre-ment dit la *charge virale*) du prévenu séropositif, emporte une responsabilité criminelle.⁸ Le présent commentaire débute par un aperçu de chacune des affaires, se concentrant sur l'analyse faite par les cours d'appel, puis traite de trois questions que la Cour suprême du Canada devra aborder lorsqu'elle tranchera dans les affaires *Mabior* et *D.C.*

L'affaire *Mabior*

L'accusé a été diagnostiqué séropositif au VIH en janvier 2004 et a commencé un traitement antirétroviral (TARV) en avril 2004. Entre février 2004 et janvier 2006, il a eu des rapports sexuels avec neuf femmes (les plaignantes), dont plusieurs adolescentes, parfois en portant un condom, parfois sans en porter; dans plusieurs cas les rapports sexuels ont impliqué la consommation d'alcool et de dro-

gue illicite, fourni par M. Mabior. Il y a des preuves qu'il n'a pas toujours fait usage judicieux de condoms, pendant cette période, puisqu'il a contracté deux gonorrhées et qu'il a été nommé dans une liste de contacts d'une personne qui a contracté la chlamydia. Jusqu'ici aucune des plaignantes n'a reçu de résultat positif à un test de diagnostic du VIH.

En première instance, l'accusé a été déclaré coupable de six chefs d'accusation d'agression sexuelle grave, et d'un chef d'accusation additionnel de contacts sexuels ainsi que d'incitation à des contacts sexuels, et a été condamné à une peine d'incarcération de 14 ans.⁹ La juge de première instance a conclu que cinq des six plaignantes n'auraient pas eu de rapport sexuel avec l'intimé si elles avaient su qu'il était séropositif au VIH. La sixième, alors âgée de 14 ans, a appris qu'il avait le VIH pendant un rapport sexuel avec lui. La juge de première instance a répété plusieurs fois, dans ses motifs, que

l'usage d'un condom ne réduisait que de 80 % le risque de transmission du VIH, mais elle n'a pas appliqué clairement ce degré de réduction du risque aux estimés déjà faibles des taux de transmission sexuelle. En l'essence, elle a conclu que *tout* risque de transmission était suffisant pour satisfaire le critère établi dans l'arrêt *Cuerrier* — en se fondant sur l'opinion qu'afin de réduire le risque suffisamment pour qu'il n'y ait pas risque important de lésion corporelle grave, il faudrait *à la fois* porter un condom et avoir une charge virale indétectable.

Les personnes qui se savent séropositives ne peuvent déterminer avec certitude les contours de leur obligation de divulgation en vertu du droit criminel.

La Cour d'appel du Manitoba, dans un jugement prudent et au raisonnement judicieux, a tenté de poser certaines limites à la criminalisation de la non-divulgation. La Cour a cherché un équilibre entre des intérêts opposés :

Dans ce contexte, aucune partie, y compris l'intervenant, le Réseau juridique canadien VIH/sida, n'est en désaccord avec le fait d'accuser des individus qui transmettent intentionnellement ou de manière insouciante une maladie grave à leurs partenai-

res. Le droit criminel a un rôle dans la protection du public contre des individus irresponsables. Il n'y a pas désaccord non plus sur le fait que, des points de vue de l'éthique et de la santé publique, la divulgation est nécessaire. Cependant, entre ces deux pôles, des considérations de politiques devraient avoir une incidence sur le droit, de manière à générer un point de vue plus nuancé quant à savoir en quelles circonstances l'omission de divulguer justifie des sanctions pénales. L'État dispose d'autres mécanismes d'intervention, outre la criminalisation de l'acte. Les sanctions criminelles devraient être limitées aux cas d'individus qui, délibérément ou de manière irresponsable ou insouciante, ne respectent pas les consignes de la santé publique et qui sont réellement répréhensibles. [trad.]¹⁰

La Cour d'appel a tranché que la juge de première instance avait commis deux erreurs. Premièrement, même si le critère juridique requiert la présence d'un risque important, la juge avait appliqué un critère exigeant à toutes fins pratiques l'absence de tout risque, en requérant *à la fois* l'usage d'un condom et une charge virale indétectable. La Cour a rectifié les faits en affirmant qu'en présence de l'un ou l'autre de ces facteurs réducteurs du risque, la non-divulgation n'était pas sujette à une responsabilité criminelle puisque le risque se trouvait alors réduit à un degré inférieur à ce qui est considéré comme important.

Deuxièmement, la Cour a conclu que la juge de première instance avait commis une erreur dans son point de mire sur le fait que les condoms réduisent le risque de transmission sexuelle de 80 %. La Cour a clarifié que 80 % s'applique à un taux de transmission sexuelle déjà faible. Le risque de transmission qu'aurait

dû considérer la juge de première instance était 20 % d'« un chiffre initial déjà faible » [trad.].¹¹ La Cour a conclu que « l'utilisation constante et prudente de condoms » [trad.]¹² ou « une utilisation raisonnablement adéquate de condoms » [trad.]¹³ abaissait le risque sous le seuil du qualificatif « important ». Elle a expressément rejeté l'argument de la Couronne voulant qu'en raison de la gravité du préjudice potentiel il faudrait considérer comme étant important pratiquement tout risque que ce préjudice ait lieu.

La Cour a élaboré son analyse de l'usage prudent de condoms en énumérant dix facteurs, présentés par un témoin expert, qui constitueraient « une situation idéale ». ¹⁴ De plus, la Cour a affirmé clairement que si le condom se rompt la personne séropositive doit immédiatement divulguer son infection à un partenaire qui n'est pas séropositif, de manière à ce que celui-ci puisse recourir à des mesures de prophylaxie, ajoutant que la non-divulgation dans ce contexte équivaldrait à un rapport sexuel non protégé.¹⁵

La Cour a noté l'importance des développements scientifiques intervenus depuis l'arrêt *Cuerrier*, y compris l'utilisation fructueuse des traitements antirétroviraux, qui peut réduire de manière radicale la charge virale ainsi que le risque de transmission à autrui. La Cour a conclu que l'application de l'arrêt *Cuerrier* doit « évoluer afin de rendre dûment compte du progrès de la science dans le traitement du VIH » [trad.].¹⁶ Toutefois, la Cour n'est pas allée jusqu'à faire des déclarations définitives à propos de la charge virale; elle a plutôt affirmé que chaque affaire sera à juger sur la base des faits et preuves en l'espèce, tout en invitant

la Cour suprême du Canada à fournir des balises plus informatives.¹⁷ Vu les faits en l'espèce, la Cour d'appel a conclu que le critère du « risque important de lésions corporelles graves » était satisfait dans deux, seulement, des six chefs d'accusation pour lesquels l'intimé avait été déclaré coupable.

L'affaire D.C.

Au cours de l'été 2000, D.C. a fait connaissance avec un homme, en bordure d'un terrain de soccer, où leurs fils respectifs jouaient. Ainsi débuta une relation de quatre ans. Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu un rapport sexuel non protégé avant la divulgation de la séropositivité, celle-ci ayant eu lieu tôt dans le cours de la relation. La relation a connu une fin tumultueuse en novembre 2004, lorsque D.C. a appelé la police et allégué que son partenaire l'avait agressée physiquement ainsi que son fils. Le partenaire a été accusé, et déclaré coupable au procès de première instance, de voies de fait. En février 2005, il a communiqué avec la police et a porté plainte pour l'incident préalable de rapport sexuel non protégé ayant eu lieu avant que sa partenaire ne lui eût dévoilé qu'elle était séropositive au VIH. D.C. a été accusée d'un chef d'accusation de voies de fait graves et d'un chef d'agression sexuelle.

En première instance, un témoin expert a établi que le risque de transmission du VIH d'une femme à un homme lors d'un rapport sexuel non protégé est de l'ordre de un sur 1 000, quelle que soit la charge virale.¹⁸ Lorsque la charge virale de la femme est « indétectable » (ce qui équivaut à moins de 50 copies de VIH par millilitre de sang), le risque de transmission devient de un sur

10 000; si un condom est utilisé, le risque est encore réduit, cette fois à un sur 50 000. Citant les arrêts *Cuerrier* et *Williams*,¹⁹ le juge de première instance a déclaré D.C. coupable de voies de fait graves parce que son omission de divulguer sa séropositivité avant d'avoir un rapport sexuel non protégé avait exposé son partenaire à un risque important de lésions corporelles graves. Il a également déclaré D.C. coupable d'agression sexuelle, puisque le consentement de son partenaire à avoir un rapport sexuel avec elle avait été vicié par la non-divulgation.

D.C. a porté la décision de première instance en appel. Devant la Cour d'appel du Québec, elle a argué que le jugement de première instance constituait une interprétation injustifiée et indûment élargie des obligations criminelles imposées aux personnes qui vivent avec le VIH; et que le juge de première instance avait commis une erreur en rejetant le témoignage livré par le témoin expert à l'effet d'un risque extrêmement minime de transmission du VIH dans les circonstances en l'espèce — témoignage qui n'a pas été contredit —, et en ne tenant finalement pas compte du critère de risque important qui est établi dans l'arrêt *Cuerrier*. La Couronne a argué que l'omission d'une personne séropositive au VIH de dévoiler son infection avant d'avoir un rapport sexuel non protégé comporte un risque suffisant pour vicier le consentement de son partenaire à avoir ce rapport sexuel.

La Cour d'appel fut unanime quant au « cœur du pourvoi » :²⁰ le lien entre l'obligation de dévoilement, le risque de préjudice corporel et la preuve médicale. La Cour a passé en revue les éléments essentiels de la fraude dans le contexte sexuel

— soit la malhonnêteté et le risque de privation — établis par la Cour suprême dans l'arrêt *Cuerrier*. Son analyse a mis en relief les portions du jugement du juge Cory, où l'obligation de dévoilement de la séropositivité au VIH est rattachée au risque pour la santé du partenaire sexuel : l'obligation de divulgation s'accroît avec le risque que comporte l'acte sexuel.²¹ La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait erré dans son application du critère à la preuve en l'espèce. Il y avait preuve incontestée que la charge virale de l'accusée était indétectable. La Cour a revu le témoignage de l'expert et a constaté que, vu la prise de médicaments efficaces, la charge virale de D.C. était devenue indétectable à la fin de juin 2000 et l'était demeurée au printemps de 2001. La Cour a conclu que, dans les circonstances de l'affaire, le risque de transmission était si faible qu'il ne constituait pas un « risque important de lésions corporelles graves », et que l'omission de D.C. de dévoiler sa séropositivité à son partenaire n'avait pas vicié le consentement de ce dernier à avoir ce rapport sexuel avec elle (à l'opposé du critère établi dans l'arrêt *Cuerrier*).²² Du point de vue de la Cour, les termes utilisés par les experts médicaux (« très faible », « très minime », « très, très faible ») étaient « incompatibles avec l'existence de quelque risque important que ce soit ».²³ Le juge de première instance, ainsi, avait commis une erreur en concluant que la Couronne avait établi qu'il y avait eu crimes d'agression sexuelle et de voies de fait.

La Cour a cité favorablement des motifs du juge Steel dans *Mabior*, y compris l'invitation à la Cour suprême de revoir et de clarifier le

flou intrinsèque du critère du risque important.²⁴ En conclusion, la Cour a laissé entendre que « l’initiative de revoir toute la question du risque de transmission de maladies infectieuses graves, dans le contexte du droit pénal canadien, devrait peut-être revenir au législateur vu ses nombreuses ramifications sociales, éthiques et morales ».²⁵

Analyse et commentaire

Ces deux affaires, qui ne pourraient être plus contrastées l’une de l’autre en ce qui concerne les faits, illustrent la vaste diversité de circonstances complexes pouvant conduire à des poursuites pour non-divulgence de la séropositivité. Elles ont toutefois en commun le fait que les juges de première instance avaient conclu que *tout* risque de transmission du VIH était suffisant pour satisfaire le critère d’analyse du « risque important de lésions corporelles graves » établi dans l’arrêt *Cuerrier*. Les deux cours d’appel ont rectifié cette position, en affirmant que la signification du critère de « risque important » émanant de *Cuerrier* doit être étoffée, et que tout risque n’est pas d’importance suffisante à vicier le consentement aux rapports sexuels. Ces affaires présentent à la Cour suprême du Canada l’occasion d’examiner comment, aujourd’hui, nos connaissances accrues du risque de transmission du VIH et notre capacité de réduire fortement ce risque déjà faible, à l’aide des condoms et des médicaments antirétroviraux, devraient avoir une incidence sur un test juridique établi à une époque où l’infection à VIH conduisait quasi inévitablement au sida et au décès. Nous abordons ci-dessous trois éléments qui méritent que la Cour suprême s’y penche.

Le critère juridique du risque important — une approche éclairée par des éléments probants

La Cour suprême aura bientôt l’occasion de clarifier le critère du risque important de préjudice corporel grave. Si elle applique l’analyse qu’elle a établie dans l’arrêt *Cuerrier*, le raisonnement qu’a récemment suivi la Cour d’appel du Manitoba dans *Mabior* constitue un excellent point de départ éclairé par des éléments

La signification du critère de « risque important » émanant de *Cuerrier* doit être étoffée — tout risque n’est pas d’importance suffisante à vicier le consentement aux rapports sexuels.

probants. Celle-ci a offert des lignes directrices générales quant à la fonction appropriée du droit criminel dans le contexte de la non-divulgence de la séropositivité, établissant une distinction fondamentale entre ce que la majorité des personnes considéreraient comme une conduite sexuelle morale ou conforme à l’éthique, et une conduite qui mériterait une sanction criminelle : « [t]out le monde voudrait être avisé de la séropositivité d’un partenaire. La plupart des gens s’entendraient pour dire qu’il y avait une obligation morale et éthique de divulguer cette information » [trad.].²⁶

Or la Cour a reconnu expressément que des sanctions criminelles ne devraient être imposées que si le risque était important qu’un préjudice physique résulte de la non-divulgence.²⁷

La Cour a formulé les principes suivants, pour déterminer si l’acte sexuel a exposé le plaignant à un « risque important de lésions corporelles graves » : (i) à l’heure actuelle, contracter l’infection à VIH soumet l’individu à un préjudice physique grave;²⁸ (ii) le fardeau incombe à la Couronne d’établir la présence d’un risque important de transmission de l’infection à VIH, compte tenu de la charge virale de l’accusé au(x) moment(s) pertinent(s);²⁹ (iii) la détermination du degré de risque en l’espèce devrait être basée sur la science médicale relativement au VIH/sida, qui continuera d’évoluer avec le temps;³⁰ (iv) le risque de transmission sexuelle est cumulatif, et augmente avec chaque acte qui comporte un risque; (v) un usage raisonnablement adéquat de condom, et non l’usage parfait, réduit le risque de transmission sexuelle à un degré inférieur à ce qui est considéré comme important;³¹ et (vi) si un condom se rompt, la divulgation immédiate de la séropositivité, par le partenaire qui vit avec le VIH, pourrait suffire à réduire le risque de préjudice.³² La non-divulgence après la rupture d’un condom ne mériterait d’être criminalisée qu’en présence d’une charge virale détectable.

D’importance, la Cour a reconnu la pertinence considérable, du point de vue juridique, des condoms dans l’analyse du degré de risque de transmission du VIH et de l’obligation de divulgation en vertu du droit criminel. La Cour a accepté qu’une utilisation raisonnablement correcte, et pas

nécessairement parfaite, d'un condom lors d'un rapport sexuel réduit le risque de transmission en dessous du seuil d'importance.³³ Cette position est conforme à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Cuerrier*, et elle est propice à encourager une conduite sexuelle de responsabilité mutuelle qui est en fin de compte plus utile que la divulgation, pour réduire le risque de transmission du VIH.

En contrepartie, par son approche équivoque quant à l'incidence de la charge virale sur le risque de transmission, la Cour a laissé passer une occasion de clarifier davantage le droit.

Il est vrai que le test de charge virale est effectué pour « un point dans le temps ». ... Des infections courantes, des ITS et des facteurs thérapeutiques peuvent causer des fluctuations de la charge virale d'un individu. Les personnes séropositives dont la charge virale est apparemment indétectable peuvent avoir occasionnellement des pics de la charge virale, ou une résistance virale à des médicaments peut se développer. *En conséquence, aucune déclaration complète ne peut être formulée quant à l'impact d'une faible charge virale sur la question du risque.* Chaque cas dépendra des faits, concernant l'intimé, et chaque cas dépendra de l'état des données médicales à ce point dans le temps, et de la manière dont elles sont présentées, en l'espèce.³⁴ [trad.; italiques ajoutés]

C'est une approche malheureuse, vu le vaste corpus de récentes publications scientifiques où il est avancé qu'un TARV efficace procure une protection plus importante que l'usage du condom, contre la transmission du VIH lors de rapports sexuels.³⁵ De plus, cela est contraire à la conclusion de la Cour quant aux faits en

l'espèce. Elle s'est en effet posé la question suivante, en lien avec chaque plaignante pour laquelle elle avait conclu qu'un condom n'avait pas été adéquatement utilisé : « La charge virale de l'accusé était-elle indétectable au moment de ce rapport sexuel? » [trad.]. Le cas échéant, le risque de transmission du VIH n'étaient pas « important », Mabior n'avait pas d'obligation de divulgation, donc la non-divulgation n'était pas criminelle.

Un facteur à aborder, dans le contexte de la charge virale, est le fardeau de la preuve. Nous sommes d'avis que le fardeau incombe à la Couronne d'établir la présence de tous les éléments de l'infraction des voies de fait, au delà du doute raisonnable, ce qui inclut de fournir des éléments de preuve démontrant que, *dans les circonstances de l'affaire*, l'acte sexuel comportait pour le plaignant un risque important de lésions corporelles graves. Cette approche est préférable à celle adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Wright*,³⁶ en vertu de laquelle la Couronne pourrait établir qu'il y avait un risque important en se fondant sur le risque moyen tel que décrit dans la littérature. Cette approche dans l'affaire *Wright* est basée sur l'hypothèse fortement stigmatisante selon laquelle un rapport sexuel avec une personne séropositive au VIH comporte *en soi* un risque important de contracter le VIH — un point de vue désuet et inexact de la réalité du VIH. D'ailleurs, les cours d'appel ont fermement rejeté cette présomption, dans *Mabior* et *D.C.*, au profit d'une évaluation du risque adaptée aux éléments particuliers de l'affaire et éclairée par l'analyse d'experts, en tenant compte des facteurs qui réduisent et qui augmentent

le risque de transmission. Une telle approche évite de faire reposer sur les épaules de l'accusé le fardeau tactique de la preuve et d'exiger qu'il présente des éléments spécifiques à sa défense, en l'espèce, pour répondre à l'élément d'un risque général invoqué par la Couronne. En somme, la décision tactique initiale revient ici à la Couronne, concernant la présentation de preuves médicales et scientifiques sur le risque de transmission du VIH dans les faits en l'espèce, que la Couronne peut aisément obtenir à l'aide de mandats de perquisition, d'assignations à témoigner ainsi que de témoignages d'experts.

Les accusations de voies de fait graves ou d'agression sexuelle grave sont-elles appropriées?

À l'heure actuelle, les poursuites pour la non-divulgation de la séropositivité par une personne à son partenaire consistent presque exclusivement en des accusations de voies de fait graves ou d'agression sexuelle grave.³⁷ Cette dernière constitue le crime sexuel le plus grave inscrit au Code criminel et peut emporter une peine maximale d'emprisonnement à vie. Ces accusations sont déposées sans égard au fait que le VIH ait ou n'ait pas été transmis. De fait, la poursuite est facilitée lorsque l'infection n'a pas été transmise, puisque si le plaignant est séropositif la Couronne aura à faire la preuve qu'il ne l'était pas lorsqu'il a eu des rapports sexuels avec l'accusé.³⁸ Nous sommes d'avis que les accusations d'agression sexuelle grave et de voies de fait graves entraînent une criminalisation excessive lorsque l'infection à VIH n'a pas été transmise au plaignant; des accusations aussi sérieuses devraient être limitées aux cas où le VIH a été transmis et qu'en consé-

quence la vie du plaignant a été mise en danger, plutôt qu'exposée à un risque potentiel de mise en danger.³⁹

Ce qui fait en sorte que des voies de fait ou qu'une agression sexuelle sont « graves » [c'est à dire aggravées, comme l'indique l'expression anglaise utilisée dans le Code criminel] est le préjudice additionnel qui a été causé au plaignant par la blessure, la mutilation, la défiguration ou la mise en danger de sa vie.⁴⁰ Nous sommes d'avis que dans les cas où l'infection n'a pas été transmise, la vie du plaignant n'a tout simplement pas été mise en danger. Comme nous l'avons mentionné, la présomption voulant qu'un rapport sexuel avec une personne séropositive implique toujours un danger pour la vie de son partenaire n'est pas judicieuse. Lorsque le virus n'a pas été transmis, la pensée qu'il aurait pu l'être ne suffit pas à constituer le degré de responsabilité criminelle correspondant à des voies de fait graves ou à une agression sexuelle grave. La Nouvelle-Zélande et plusieurs ressorts d'Australie ont recours à des infractions différentes, selon que l'infection a été transmise ou non.⁴¹

Cela porte à se demander quelle serait l'infraction la plus appropriée, lorsqu'il n'y a pas eu transmission de l'infection même si le plaignant a été exposé à un risque important de la contracter. Nous sommes d'avis, si le plaignant n'a pas contracté l'infection, que l'on ne devrait pas porter d'accusations plus graves que celles de voies de fait ou d'agression sexuelle. Cela correspondrait mieux au fait que les cas où il y a transmission emportent des accusations de voies de fait graves ou d'agression sexuelle grave, et à l'idée que la non-divulcation, dans le contexte d'un risque important de lésions corpo-

relles graves, vicie le consentement au contact en cause. Cependant, les accusations mettant en cause la notion d'agression placent les cours devant la tâche complexe d'appliquer des probabilités à des cas individuels afin de déterminer si le risque était important que se produise un résultat qui, en l'espèce, n'a pas eu lieu.

Lorsque le virus n'a pas été transmis, la pensée qu'il aurait pu l'être ne suffit pas à constituer le degré de responsabilité criminelle correspondant à des voies de fait graves ou à une agression sexuelle grave.

Nous posons l'idée que la Cour suprême dispose d'une possibilité plus radicale, celle de rejeter l'analyse axée sur l'agression qui a été établie dans *Cuerrier*, comme étant inutilisable, et de déplacer le point de mire vers le préjudice que cause la transmission. La Cour pourrait reconsidérer la question de savoir si l'omission de divulguer a bel et bien pour effet de vicier le consentement au rapport sexuel. Quels types de tromperies constituent de la fraude? D'une part, on peut adopter une approche très large, comme l'a fait la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Cuerrier*, où une tromperie qui donne lieu à un consentement constitue une fraude et vicie le consentement. En

vertu de cette approche, si un homme a dit à une femme qu'il était célibataire alors qu'il était marié, et que son affirmation avait conduit au consentement, son mensonge constituerait une fraude qui a vicié le consentement. Une approche large peut être souhaitable dans les cas d'agression sexuelle, en général, pour protéger les femmes contre la violence sexuelle et la coercition.

D'autre part, on pourrait appliquer une approche plus étroite qui ne limite le consentement que dans les cas où la fraude porte précisément sur l'élément auquel le plaignant a consenti. Par exemple, dans *R v. Crangle*,⁴² l'accusé était le frère jumeau identique du petit ami de la plaignante. Lorsqu'il a commencé à avoir un rapport sexuel avec elle, elle croyait être avec son petit ami. Cette tromperie touchait l'essence même du rapport sexuel : la plaignante était consentante à avoir des rapports sexuels avec A, mais pas avec B. Le genre de tromperie en cause dans la non-divulcation de la séropositive au VIH présente une différence subtile, en comparaison avec la plupart des autres cas de fraude. Dans la non-divulcation de la séropositive au VIH, le plaignant voulait l'activité sexuelle avec l'accusé, quoique pas nécessairement avec une personne séropositive au VIH. L'hypothèse est que si l'accusé est séropositif, il le dévoilera et alors soit le rapport sexuel n'aura pas lieu, soit des mesures de protection seront prises.

Nous sommes d'avis, cependant, que l'on ne peut jamais présumer qu'une personne avec laquelle on a un rapport sexuel est séronégative. Le VIH est le plus transmissible lorsque la charge virale d'une personne est la plus élevée, notamment comme c'est le cas pendant les premières phases

de l'infection, souvent avant que la personne soit informée qu'elle est séropositive.⁴³ Et une proportion alarmante des personnes qui vivent avec le VIH ne sont pas au courant de leur séropositivité.⁴⁴ On ne peut pas, non plus, faire d'évaluation crédible à savoir si une personne est probablement séropositive, à partir d'hypothèses concernant qui contracte le VIH et qui ne le contracte pas. Ainsi, bien qu'il puisse sembler banal de souligner que chaque personne doit se protéger elle-même, cette approche demeure le meilleur moyen d'éviter de contracter le VIH. Nous sommes conscients que certaines personnes ne sont pas en position d'exiger l'utilisation d'un condom, ou de comprendre les risques qu'implique en général l'activité sexuelle. Concernant cette dernière catégorie, il pourrait être affirmé qu'une personne qui ne comprend pas les risques en cause dans l'activité sexuelle n'est pas capable de former un consentement véritable à des rapports sexuels.⁴⁵ En ce qui concerne une personne qui ne peut pas insister en toute sécurité sur l'utilisation d'un condom, nous nous interrogeons sur le caractère volontaire de son consentement, dans un tel contexte.⁴⁶

Si la Cour rejetait l'approche basée sur la fraude, comme étant inutilisable, il serait alors possible de recourir à l'accusation de négligence criminelle causant des lésions corporelles, dans les cas de transmission du VIH. La *mens rea* [intention coupable] en cause est appropriée aux cas de non-divulgence du VIH où, dans la vaste majorité des cas, l'accusé n'avait pas l'intention de transmettre l'infection et, de fait, espère plutôt que le partenaire ne la contracte pas.⁴⁷ Dans une telle situation, la négligence criminelle, qui concerne l'indifféren-

ce insouciant ou téméraire, à l'égard de la sécurité d'autrui, semble appropriée au caractère risqué de l'activité. Cette accusation ne s'appliquerait que dans les cas où l'infection a été transmise, puisque le droit criminel canadien ne sévit pas pour négligence criminelle, en soi, sans la preuve de préjudice corporel ou le décès. Cette accusation retirerait le point de mire du caractère sexuel du préjudice, pour le placer sur l'activité délibérément risquée de la part de l'accusé. La question plus difficile consiste à savoir quelle accusation pourrait être appropriée lorsqu'il n'y a pas eu transmission de l'infection. De notre point de vue, de tels cas ne devraient engager des poursuites que s'il y a chez une personne une tendance à la non-divulgence dans le contexte de rapports sexuels non protégés. La nuisance publique est une possibilité; cette disposition criminalise le fait de mettre en danger « la vie, la sécurité ou la santé du public » en commettant un acte illégal ou en omettant d'accomplir une obligation légale.⁴⁸ Cette accusation n'est pas exempte de problèmes, et les cours devraient encore établir des limites quant au degré de risque qui suffit à constituer une mise en danger pour le public.⁴⁹

Nous ne prétendons pas pouvoir résoudre cette question difficile par une analyse de jurisprudence. Nous cherchons plutôt à soulever la possibilité que l'approche de l'agression sexuelle ne soit pas la seule manière d'aborder l'enjeu. Ce qui ressort clairement d'un examen des diverses dispositions du Code criminel est qu'aucune d'entre elles n'a été conçue pour s'appliquer à la non-divulgence d'une infection transmissible sexuellement. Le Code criminel comportait une disposition sur ce point particulier, promulguée

en 1919,⁵⁰ qui créait une infraction punissable par procédure sommaire de la transmission à autrui d'une maladie vénérienne, consciemment ou par négligence coupable. Cette disposition a été abrogée en 1985, ironie du sort, quelques années avant la première poursuite au Canada pour la non-divulgence de la séropositivité au VIH. En 1984, le Comité fédéral Badgely avait recommandé, pour remplacer cette disposition, un renforcement des lois provinciales sur la santé, des critères plus efficaces pour le diagnostic, et des améliorations à la recherche ainsi qu'à l'éducation du public.⁵¹ En 1985, le Comité Fraser a conclu lui aussi que la disposition était « désespérément désuète, par les hypothèses étiologiques qu'elle pose » et qu'elle « ne tient manifestement pas compte du savoir moderne ni des pratiques en matière de maladies transmissibles sexuellement » [trad.].⁵² Nous craignons que l'infection à VIH ait été ciblée particulièrement, par un traitement spécial, alors que d'autres infections sont plus facilement transmissibles sexuellement. Pourquoi les poursuites concernant le VIH augmentent-elles, en fréquence ainsi qu'en sévérité, alors que notre capacité de gestion clinique de l'infection à VIH, et que la prévention de la transmission en présence d'un traitement antirétroviral efficaces, se sont améliorées de manière si radicale?

Quelle que soit l'infraction que la Cour suprême décidera d'appliquer dans ce contexte, il est impératif que les procureurs généraux des provinces et territoires envisagent sérieusement de développer des lignes directrices complètes sur les poursuites, à l'instar de l'Angleterre et du Pays de Galles.⁵³ Compte tenu des dangers de criminaliser excessivement la non-divulgence — notam-

ment l'incitation à éviter le test du VIH, et l'éloignement des personnes vivant avec le VIH du recours à des soins de santé et à des services sociaux, par crainte de poursuites criminelles — et des dangers de marginaliser davantage les personnes vivant avec le VIH, des lignes directrices devraient concourir à limiter les poursuites aux cas où la force grossière du droit criminel est absolument nécessaire pour dissuader ou contenir l'individu.

Nécessité de prudence dans le contexte particulier des poursuites pour non-divulgence

Le dernier enjeu que nous mettons en relief est le fait que la dynamique politique et sociale des poursuites pour non-divulgence de la séropositivité au VIH fait en sorte que la prudence est de mise. La Couronne, dans les documents soumis à la Cour suprême dans les appels des jugements dans *Mabior* et *D.C.*, demande que l'arrêt *R c. Ewanchuk*⁵⁴ soit utilisé afin de modifier la règle établie dans *Cuerrier* et d'exiger un consentement pleinement éclairé, en l'absence duquel toute omission de divulgation constituerait une agression sexuelle grave.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ewanchuk* a été une importante victoire pour les femmes, dans le contexte de l'agression sexuelle, par la réaffirmation de l'importance d'évaluer le consentement dans la perspective de la plaignante, et de l'importance de l'autonomie dans les décisions d'ordre sexuel. Nous nous inquiétons cependant qu'une expansion de l'arrêt *Ewanchuk* au contexte du VIH fasse fi du contexte particulier des poursuites pour non-divulgence de la séropositivité au VIH, de même que

de la stigmatisation et des préjugés résultant d'une criminalisation excessive visant les personnes vivant avec le VIH. Il convient de faire preuve d'une prudence particulière, dans le recours au droit pénal ne visant que des membres d'un groupe marginalisé, et nous devons nous demander quels autres mécanismes (par exemple, les lois en matière de santé publique) sont mieux adaptés pour répondre à ce problème social complexe. Nous invitons les tribunaux à aborder les cas de non-divulgence comme étant un contexte particulier, et non une occasion d'élargir de manière générale le crime d'agression sexuelle.

Il est impératif que les procureurs généraux des provinces et territoires envisagent sérieusement de développer des lignes directrices complètes sur les poursuites.

Comme l'a constaté la Cour suprême, l'agression sexuelle est généralement un crime hautement sexospécifique. Plus de 97 % des accusés sont des hommes⁵⁵ et environ 85 % des plaintes viennent de femmes.⁵⁶ Certains groupes de femmes ont un risque plus élevé d'être agressées sexuellement, notamment les femmes qui pratiquent la prostitution,⁵⁷ les femmes qui ont un handicap⁵⁸ et les femmes autochtones.⁵⁹

La proportion des déclarations de culpabilité dans des affaires d'agression sexuelle est très faible, en raison notamment du fait que les allégations de violence sexuelle sont souvent accueillies avec méfiance.⁶⁰

La dimension sexospécifique est moins claire dans le cas de poursuites pour non-divulgence de la séropositivité, et il s'agit d'un élément que l'on ne commence qu'à comprendre. Les personnes visées par des accusations pour non-divulgence, au Canada, sont en disproportion des hommes.⁶¹ Une récente analyse a conduit à estimer que 91 % des accusés de non-divulgence de leur séropositivité sont des hommes.⁶² Dans l'ensemble, 65 % des personnes au Canada contre qui des accusations sont portées sont des hommes qui ont omis de divulguer leur séropositivité à des femmes, mais nous assistons possiblement à une augmentation du nombre d'accusations contre des hommes qui ont des rapports sexuels avec des hommes.⁶³ Cependant, cela ne semble pas être un reflet des taux réels dans la communauté. Il semble en effet que les hommes taisent leur séropositivité davantage que les femmes, mais les indices à cet effet sont pour le moins ambigus et ils ne constituent pas une explication de la prépondérance des plaintes venant de femmes.

Les variations en termes de divulgation, selon la race, le sexe et l'âge, conduisent à des constats mitigés. On a observé que les blancs et les hispaniques sont plus susceptibles que les afro-américains de dévoiler leur séropositivité, alors que d'autres recherches indiquent que la race et l'appartenance ethnique n'ont pas d'influence. Bien que Stein et coll. aient observé que les femmes sont plus susceptibles de dévoiler leur séropositivité que les hommes, la plupart

des recherches qui ont été effectuées portent à croire que le sexe n'est pas un facteur pertinent à la divulgation de la séropositivité au partenaire. Un plus jeune âge semble associé à un taux de divulgation plus élevé. D'autres chercheurs ont toutefois documenté une relation entre le jeune âge et la non-divulgation.⁶⁴

Nous sommes d'avis que les poursuites pour non-divulgation de la séropositivité au VIH se situent de manière disproportionnée dans un contexte hétérosexuel. Ceci est peut-être surtout révélateur de la valeur accordée à certains plaignants potentiels, en matière de non-divulgation, plutôt qu'à des accusés potentiels. La police et les procureurs ont peut-être tendance à considérer les femmes comme étant victimes d'agression sexuelle (à l'opposé des hommes gais). Dans la même veine, il existe peut-être dans la communauté gaie une éthique différente en ce qui concerne le dépôt de plaintes pour non-divulgation, en raison d'attitudes à l'égard de la police et du système judiciaire, ou peut-être en raison d'une plus grande acceptation de la notion de responsabilité partagée en ce qui a trait à la prévention de la transmission du VIH, dans cette communauté. La proportion de déclarations de culpabilité en lien avec la non-divulgation est beaucoup plus élevée qu'en ce qui concerne l'agression sexuelle en général,⁶⁵ possiblement parce que les personnes vivant avec le VIH ont moins de chances d'être considérées dignes de foi que celles qui portent plainte pour agression sexuelle; ainsi, les cas sont fréquents où l'intimé plaide coupable, possiblement à cause de la publicité qu'occasionnent de tels procès, et du stigmate conséquent.

L'impact d'un excès de criminalisation de la non-divulgation de la séropositivité a des répercussions pour les femmes, en tant que potentielles plaignantes et potentielles accusées.⁶⁶ Jusqu'ici, la jurisprudence concerne surtout les femmes en tant que plaignantes séronégatives qui ont un potentiel de contracter l'infection à VIH de leur partenaire qui ne leur dévoile pas sa séropositivité. Mais des femmes séropositives sont parfois touchées aussi par cette problématique. L'affaire *D.C.* en illustre la complexité : quatre années ont passé entre le moment où le plaignant a découvert la non-divulgation et le moment où des accusations ont été portées contre D.C. — et cela, après que D.C. ait porté plainte contre son partenaire pour violence conjugale. Les femmes qui font partie d'une relation où l'inégalité est accrue, par exemple celles qui ont un handicap ou qui sont aux prises avec un contexte de violence domestique, peuvent rencontrer des obstacles particuliers à la divulgation de leur séropositivité à leur partenaire sexuel ou à insister pour qu'il porte un condom. Il existe en outre un potentiel alarmant d'accusation contre des femmes pour la transmission du VIH à leur bébé lors de l'accouchement ou de l'allaitement.⁶⁷

La plus grande différence entre le contexte de la non-divulgation et celui d'autres infractions à caractère sexuel réside peut-être dans le fait que toute personne accusée de non-divulgation est aux prises avec l'infection à VIH et ainsi fait partie d'un groupe fortement stigmatisé, dans la société canadienne. Les accusations en cause sont directement reliées à leur état de personnes séropositives. Elles ont peut-être elles-mêmes contracté le VIH d'un partenaire qui ne leur avait pas divulgué sa séro-

positivité, ou d'autre manière. Quoiqu'il en soit, elles sont plus susceptibles d'avoir rencontré de la discrimination et d'avoir été rejetées lorsque des gens ont appris qu'elles étaient séropositives. Plusieurs ont peut-être déjà perdu un emploi, des amis, ou un partenaire, après avoir dévoilé leur

La criminalisation de la non-divulgation peut accroître la possibilité de non-divulgation, parce que des personnes vivant avec le VIH pourraient craindre les conséquences de la découverte de leur séropositivité par leurs partenaires antérieurs ou actuels.

séropositivité.⁶⁸ La criminalisation excessive des personnes vivant avec le VIH risque d'aggraver la marginalisation et la stigmatisation. Or la marginalisation contribue au non-dévoilement, plutôt que de le prévenir. Plus les conséquences sociales du dévoilement de la séropositivité seront négatives, moins il y aura de chances qu'il ait lieu. Tant que l'on ne fournira pas aux gens le soutien physique, économique et social nécessaire à ce qu'ils puissent dévoiler leur séropositivité sans craindre pour leur sécurité, il est probable que la non-divulgation demeurera répandue. De fait, la criminalisation de la non-divulgation peut accroître la

possibilité de non-divulgence, parce que des personnes vivant avec le VIH pourraient craindre les conséquences de la découverte de leur séropositivité par leurs partenaires antérieurs ou actuels.

Conclusion

Au minimum, dans le cadre des appels qu'elle entendra prochainement, la Cour suprême devrait se pencher sur la nécessité de clarté pour la gamme de personnes qui sont concernées par le droit criminel relatif à la non-divulgence de la séropositivité : les personnes vivant avec le VIH/sida, la police, les procureurs de la Couronne et l'appareil judiciaire. Ces personnes et entités doivent savoir s'il y a obligation légale de divulgation avant des rapports oro-génitaux, avant une pénétration sexuelle avec condom, ou avant une pénétration sexuelle sans condom, pour une personne séropositive dont la charge virale est indétectable. L'appel fournira par ailleurs à la Cour suprême l'occasion de raffiner l'état du droit en ce qui a trait à la criminalisation de la non-divulgence de la séropositivité au VIH, de manière propice à préserver l'intégrité du droit en matière d'agression sexuelle, en limitant les circonstances où la non-divulgence de la séropositivité donne lieu à des poursuites criminelles et en identifiant les dispositions du Code criminel qui sont les plus appropriées à ces circonstances.

— Isabel Grant et Jonathan
Glenn Betteridge

Isabel Grant est professeure à la Faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique; Jonathan Glenn Betteridge,

LL.B, B.C.L., est directeur de Jonathan Glenn Betteridge Legal & Policy Consulting, à Toronto. Ils remercient tous deux Laura DeVries pour son assistance à la recherche dans la rédaction de cet article.

¹ *R v. Mabior* (C.L.), 2010 MBCA 93.

² *R c. D.C.*, 2010 QCCA 2289.

³ Eric Mykhalovskiy, Glenn Betteridge et David McLay, *HIV Non-disclosure and the Criminal Law: Establishing Policy Options for Ontario* (Toronto, Ontario HIV Treatment Network, 2010), p. 12 (<http://library.catie.ca/pdf/ATI-20000s/26343.pdf>) [une mise à jour à paraître est en dossier auprès de l'auteur].

⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁵ Agence de la santé publique du Canada, *Actualités en épidémiologie du VIH/sida*, juillet 2010 (Ottawa, Centre de la lutte contre les maladies transmissibles et les infections, Agence de la santé publique du Canada, 2010) [Agence de la santé publique du Canada, *Actualités en épidémiologie du VIH/sida*], accessibles via www.phac-aspc.gc.ca.

⁶ *R c. Cuerrier*, [1998] 2 RCS 371.

⁷ *R v. Mabior*, [2010] CSCR No 492; *R v. D.C.*, [2011] CSCR No 137.

⁸ Mémoire de la Couronne dans la demande d'appel à la CSC relativement à *Mabior*, au par. 10.

⁹ *R v. Mabior*, 2008 MBQB 201.

¹⁰ *Ibid.*, au par. 55.

¹¹ *Mabior*, *supra* note 1, au par. 88.

¹² *Ibid.*, au par. 87.

¹³ *Ibid.*, au par. 92.

¹⁴ *Ibid.*, au par. 92.

¹⁵ *Ibid.*, au par. 97.

¹⁶ *Ibid.*, au par. 104.

¹⁷ *Ibid.*, au par. 152. La Cour d'appel du Québec a réitéré cette demande (*D.C.*, *supra* note 2, au par. 121).

¹⁸ *R c. D.C.*, 2008 QCCQ 629.

¹⁹ *R c. Williams*, 2003 CSC 41.

²⁰ *D.C.*, *supra* note 2, au par. 76.

²¹ *Ibid.*, au par. 78, citant *Cuerrier*, *supra* note 6, au par. 127.

²² *Ibid.*, aux par. 100, 115–117.

²³ *Ibid.*, au par. 118.

²⁴ *Ibid.*, aux par. 102–114.

²⁵ *Ibid.*, au par. 120.

²⁶ *Mabior*, *supra* note 1 au par. 156.

²⁷ *Ibid.*, au par. 154.

²⁸ *Ibid.*, au par. 64.

²⁹ *Ibid.*, au par. 151.

³⁰ *Ibid.*, au par. 59.

³¹ *Ibid.*, au par. 92.

³² *Ibid.*, au par. 97.

³³ *Ibid.*, au par. 92.

³⁴ *Ibid.*, aux par. 112–113.

³⁵ Voir, p. ex., HIV Prevention Trials Network, « Initiation of Antiretroviral Treatment Protects Uninfected Sexual Partners from HIV Infection (HPTN Study 052) », (communiqué du 12 mai 2011) accessible via www.hptn.org; « HIV treatment as prevention — it Works », éditorial, *Lancet* (21 mai 2011) 377 : 9779, p. 1719; J. Del Romero et coll., « Combined Antiretroviral Treatment and Heterosexual Transmission of HIV-1: Cross Sectional and Prospective Cohort Study », (2010) 340 *British Medical Journal* c2205; D. Donnell et coll., « Heterosexual HIV-1 Transmission After Initiation of Antiretroviral Therapy: A Prospective Cohort Analysis », (2010) 375 *Lancet* 2092.

³⁶ *R v. Wright*, 2009 BCCA 514.

³⁷ Des accusations de tentative de meurtre sont parfois déposées, mais cela requiert une intention de causer la mort, ce qui peut s'avérer difficile à prouver dans le contexte de la non-divulgence.

³⁸ *Williams*, *supra* note 19. Lorsque la Couronne est incapable de prouver ce fait, le verdict sera de tentative d'agression sexuelle grave. Voir aussi Isabel Grant, « The Prosecution of Non-Disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink *Cuerrier* », (2011) 5(1) *McGill Journal of Law and Health* 7, p. 48.

³⁹ Grant, « Time to Rethink *Cuerrier* ».

⁴⁰ L'un de nous a affirmé, ailleurs, qu'en l'absence de divulgation, l'accusé devrait porter le risque que la transmission ait lieu : voir Grant, « Time to Rethink *Cuerrier* », aux p. 49, 58–59.

⁴¹ Par exemple, en Nouvelle-Zélande, il existe trois niveaux possibles de responsabilité : l'article 201 de la *Crimes Act* s'applique si le virus est transmis intentionnellement; l'art. 188 s'il est transmis en conséquence d'une attitude insouciance; et l'art. 145 en l'absence de transmission (*Crimes Act* (NZ), 1961/43). Seulement trois des neuf ressorts de l'Australie criminalisent l'exposition sans transmission; de ceux-ci, deux ont recours à des accusations différentes en cas d'exposition ou de transmission (*Crimes Act 1958* (Vic), art. 22–23; *Criminal Law Consolidation Act 1935* (SA) art. 29; *Criminal Code* (NT), art. 174C, 174D). Les six autres ressorts n'intentent pas de poursuites s'il n'y a pas eu transmission de l'infection. Voir Grant, « Time to Rethink *Cuerrier* », *supra* note 38, aux p. 36–42, pour plus de détails.

⁴² R v. *Crangle*, 2010 ONCA 451.

⁴³ Voir, p. ex., Maria J. Wawer et coll., « Rates of HIV-1 Transmission per Coital Act, by Stage of HIV-1 Infection, in Rakai, Uganda », (2005) 191:9 *Journal of Infectious Diseases* 1403, à la p. 1408; Gary Marks, Nicole Crepez et Robert S. Janssen, « Estimating Sexual Transmission of HIV from Persons Aware and Unaware That They are Infected with the Virus in the USA », (2006) 20:10 *AIDS* 1447; Bluma G. Brenner et coll., « High Rates of Forward Transmission Events After Acute/Early HIV-1 Infection », (2007) 195:7 *Journal of Infectious Diseases* 951. Marks et coll. ont observé que, après ajustement en fonction des différences de taille des populations, le taux de transmission du VIH était de 3,5 fois plus élevé dans le groupe de personnes non informées de leur séropositivité, en comparaison avec les personnes informées de leur séropositivité.

⁴⁴ À la fin de 2008, on estimait à 65 000 le nombre de personnes vivant avec le VIH (incluant le sida) au Canada. De ce nombre, approximativement 16 900, soit 26 %, n'étaient pas informées de leur séropositivité. Voir Agence de la santé publique du Canada, *Actualités en épidémiologie du VIH*, supra note 5.

⁴⁵ Janine Benedet et Isabel Grant, « Hearing the Sexual Assault Complaints of Women with Mental Disabilities: Consent, Capacity and Mistaken Belief », (2007) 52 *McGill Law Journal* 243; Janine Benedet et Isabel Grant, « Sexual Assault of Women with Mental Disabilities: A Canadian Perspective », dans Claire McGlynn et Vanessa Munro (éd.), *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives* (London, Routledge, 2010) 322.

⁴⁶ Voir, p. ex. R v. *Stender*, (2004) 188 CCC (3d) 514 (Ont CA), conf. dans 2005 CSC 36.

⁴⁷ Lorsqu'il y a intention de transmettre l'infection, il est approprié de porter une accusation plus sérieuse.

⁴⁸ Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 180(1).

⁴⁹ Des tribunaux ont exprimé des avis mitigés, à savoir si le fait de causer un risque de transmission à une personne suffit à satisfaire l'exigence de mise en danger du public. Voir R v. *Ssenyonga*, (1992) 73 CCC (3d) 216, au par. 42, affirmant que le critère n'est pas rencontré, et R v. *Williams*, (2000) 189 Nfld et PEIR 156 (Nfld Sup Ct); R v. *Williams*, 2001 NFCA 52, aux par. 88-89, à l'effet que la non-divulgation à un individu pourrait être considérée comme mettant en danger le public. Cette question n'a pas été abordée par la Cour suprême du Canada dans *Williams*, supra note 19.

⁵⁰ Code criminel, L.C. 1919, c. 46, art. 316A, abrogé par la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, ch. 19, art. 42.

⁵¹ Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants : Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes*, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services, 1984, p. 25.

⁵² Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution, *La pornographie et la prostitution au Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985, p. 556.

⁵³ La Colombie-Britannique consacre, dans sa Crown Policy [recueil des politiques de la Couronne] une section aux maladies transmises sexuellement; on y met toutefois l'accent sur le partage d'information, et la déclaration de cas, entre le système de justice criminelle et celui de la santé publique. Voir Criminal Justice Branch, Minister of Attorney General, *Crown Counsel Policy Manual* (2007), (www.ag.gov.bc.ca/prosecution-service/policy-man/pdf/SEX2-SexuallyTransmittedDiseases-16May2007.pdf). À l'opposé, les lignes directrices en Angleterre et au Pays de Galles, ont une large portée. En plus d'établir l'approche générale et les considérations de politiques que les procureurs de la Couronne ont à prendre en considération, elles incluent des orientations particulières relatives aux types d'éléments de preuve que la Couronne doit considérer à l'étape du tri des accusations, des questions relatives aux plaignants et témoins, de même que des procédures internes pour la prise de décision dans des cas individuels.

⁵⁴ R c. *Ewanchuk*, [1999] 1 RCS 330.

⁵⁵ Shannon Brennan et Andrea Taylor-Butts, *Les agressions sexuelles au Canada, 2004 et 2007*, Ottawa, Centre canadien de la statistique juridique, 2008.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Pour des discussions récentes, voir Janice Du Mont et Margaret J. McGregor, « Sexual Assault in the Lives of Urban Sex Workers: A Descriptive and Comparative Analysis », (2004) 39 *Women and Health* 79; Christine M. Sloss et Gary M. Harper, « Legal Service Needs and Utilization of Women Who Trade Sex », (2010) 7 *Sexuality Research and Social Policy* 229.

⁵⁸ Benedet et Grant, « Consent, Capacity and Mistaken Belief », supra note 45.

⁵⁹ Par exemple, voir Diane K. Bohn, « Lifetime Physical and Sexual Abuse, Substance Abuse, Depression, and Suicide Attempts Among Native American Women », (2003) 24 *Issues in Mental Health Nursing* 333. Les femmes autochtones du Canada signalent être victimes de crimes violents (agression sexuelle, vol qualifié, voies de fait) à des taux presque trois fois plus élevés que

les femmes non autochtones : Shannon Brennan, « La victimisation avec violence chez les femmes autochtones dans les provinces canadiennes, 2009 », (Ottawa, Centre canadien de la statistique justice, 2011), accessible via www.statcan.gc.ca.

⁶⁰ Alison Symington, « HIV Exposure as Assault: Progressive development or misplaced focus? », dans Elizabeth Sheehy (dir.), *Sexual Assault Law, Practice and Activism in a Post-Jane Doe Era* (Ottawa, University of Ottawa Press, 2011) [à paraître; voir www.ruor.uottawa.ca/en/handle/10393/19876], p. 24.

⁶¹ Grant, « Time to Rethink *Cuerrier* », supra note 38.

⁶² Mykhalovskiy, Betteridge et McLay, *HIV Non-disclosure and the Criminal Law*, supra note 3, p. 10.

⁶³ Ibid., p. 11.

⁶⁴ E. Mayfield Arnold et coll., « HIV Disclosure Among Adults Living with HIV », (2008) 20 *AIDS Care* 80, (références omises). Cette étude traite de la divulgation dans divers contextes, et pas seulement à un partenaire sexuel.

⁶⁵ Au Canada, 68 % des affaires relatives à la non-divulgation se soldent par une déclaration de culpabilité : Mykhalovskiy, Betteridge et McLay, *HIV Non-disclosure and the Criminal Law*, supra note 3, p. 13. Cette proportion est de deux à trois fois celle observée plus généralement pour des infractions à caractère sexuel : Kong et coll., *Les infractions sexuelles au Canada* (Ottawa, Centre canadien de la statistique juridique, 2003), accessible via www.statcan.gc.ca.

⁶⁶ Voir Patricia Allard, Cécile Kazatchkine et Alison Symington, « Criminal Prosecutions for HIV Non-disclosure: Protecting Women from Infection or Threatening Prevention Efforts? », dans Jacqueline Gahagan (dir.), *Women and HIV Prevention in Canada: The Past, The Present and the Future — Implications for Research, Policy and Practice* (Toronto, Canadian Scholars' Press, 2012) [à paraître, article en dossier auprès des auteurs].

⁶⁷ Voir, p. ex., R v. *Ifejika*, 2006 ONCJ 356 (dans cette affaire, à Hamilton, où une femme s'est vue retirer de manière permanente la garde de ses enfants et a été déclarée coupable de ne pas avoir fourni les nécessités de la vie à son nouveau-né, au motif que, après avoir suivi les avis médicaux pendant sa première grossesse, lors de son deuxième accouchement elle n'a pas mentionné à ses médecins qu'elle était séropositive au VIH; elle a été condamnée à une peine d'emprisonnement de 6 mois avec sursis et à trois années de probation).

⁶⁸ Arnold et coll., « HIV Disclosure », supra note 64.