

UNOFFICIAL TRANSLATION

This document has been translated from its original language using DeepL Pro (AI translation technology) in order to make more content available to HIV Justice Academy users. We acknowledge the limitations of machine translation and do not guarantee the accuracy of the translated version.

No copyright infringement is intended. If you are the copyright holder of this document and have any concerns, please contact academy@hivjustice.net.

TRADUCTION NON OFFICIELLE

Ce document a été traduit de sa langue d'origine à l'aide de DeepL Pro (une technologie de traduction en ligne basée sur l'intelligence artificielle) pour offrir aux utilisateurs de HIV Justice Academy une plus grande sélection de ressources. Nous sommes conscients des limites de la traduction automatique et ne garantissons donc pas l'exactitude de la traduction.

Aucune violation des droits d'auteur n'est intentionnelle. Si vous êtes le détenteur des droits d'auteur associés à ce document et que sa traduction vous préoccupe, veuillez contacter academy@hivjustice.net.

TRADUCCIÓN NO OFICIAL

Este documento fue traducido de su idioma original usando DeepL Pro (una aplicación web basada en inteligencia artificial) a fin de facilitar la lectura del contenido para los usuarios de la HIV Justice Academy. Reconocemos las limitaciones de las traducciones realizadas a través de este tipo de tecnología y no podemos garantizar la precisión de la versión traducida.

No se pretende infringir los derechos de autor. Si usted es el titular de los derechos de autor de este documento y tiene alguna duda, pónganse en contacto con academy@hivjustice.net.

НЕОФИЦИАЛЬНЫЙ ПЕРЕВОД

Этот документ был переведен с языка оригинала с помощью DeepL Pro (технологии перевода на основе искусственного интеллекта), чтобы обеспечить доступ пользователей Академии правосудия по ВИЧ к большему объему контента. Мы отдаем себе отчет в ограниченных возможностях машинного перевода и не гарантируем точности переведенной версии документа

Мы не имели намерения нарушить чьи-либо авторские права. Если вам принадлежат авторские права на этот документ, и у вас имеются возражения, пожалуйста, напишите нам на адрес academy@hivjustice.net



CAS LIMITES : COMMENT ET POURQUOI NOUS POUVONS ET DEVONS DÉCRIMINALISER LA TRANSMISSION DU VIH, EXPOSITION, ET DE NON-DIVULGATION

MATTHEW J. WEAIT  *

Faculté des sciences humaines et sociales, Université de Portsmouth, Portsmouth, UK

RÉSUMÉ

Partout dans le monde, les personnes vivant avec le VIH et le sida (PVVIH) font l'objet d'enquêtes, de poursuites, de condamnations et de sanctions si elles transmettent le VIH à une autre personne, exposent d'autres personnes au risque d'acquisition du VIH ou ne révèlent pas à l'avance leur séropositivité. Cet article cherche à expliquer pourquoi il est important et nécessaire de limiter la criminalisation du VIH ; identifie certaines manières dont elle a été, et pourrait être, limitée ; et, finalement, propose quelques réflexions sur la question de savoir s'il existe une limite de principe aux arguments de décriminalisation (c'est-à-dire s'il existe des cas qui, même si les principes généraux qui sous-tendent la décriminalisation sont acceptés, justifient la punition de l'État). S'appuyant sur des orientations politiques internationales récentes, les connaissances scientifiques actuelles sur la prévention et le traitement du VIH, et la recherche sur l'impact de la criminalisation des PVVIH, l'article soutient que la décriminalisation est essentielle à l'éradication du VIH et devrait être une priorité de santé publique, que les avancées biomédicales en matière de prévention et de traitement aideront le projet de décriminalisation mais sont insuffisantes en l'absence de réforme des pratiques juridiques et de justice pénale.

MOTS CLÉS : Criminalisation, Droit pénal, VIH, Réforme du droit, Santé publique

I. INTRODUCTION

Dans le monde entier, les personnes vivant avec le VIH et le sida (PVVIH) font l'objet d'enquêtes, de poursuites, de condamnations et de sanctions si elles transmettent le VIH à une autre personne, exposent d'autres personnes au risque de contracter le VIH ou ne révèlent pas à l'avance leur séropositivité.

* matthew.weait@port.ac.uk

© L'auteur(s) 2019. Publié par Oxford University Press ; tous droits réservés. Pour toute demande d'autorisation, veuillez envoyer un courriel à : journals.permissions@oup.com

statut.¹ Cet article cherche à expliquer pourquoi il est important et nécessaire de limiter la criminalisation du VIH ; identifie certaines des manières dont elle peut être limitée ; et, finalement, propose quelques réflexions sur la question de savoir s'il existe une limite de principe aux arguments de décriminalisation (c'est-à-dire s'il existe des cas qui, même si les principes généraux qui sous-tendent la décriminalisation sont acceptés, justifient la punition de l'État). S'appuyant sur les récentes orientations politiques internationales, les connaissances scientifiques actuelles sur la prévention et le traitement du VIH, et les recherches sur l'impact de la criminalisation des PVVIH, il soutient que la décriminalisation est essentielle à l'éradication du VIH et devrait être une priorité de santé publique, que les progrès biomédicaux en matière de prévention et de traitement aideront le projet de décriminalisation mais sont insuffisants en l'absence de réforme des pratiques juridiques et de la justice pénale.

II.

La criminalisation du VIH se situe à l'intersection du droit, de la science et du comportement humain. Sur le plan doctrinal, les principes juridiques ne sont pas particulièrement complexes. Bien que les dispositions relatives à la criminalisation diffèrent d'une juridiction à l'autre,² la position de base est que le VIH est généralement traité comme un dommage corporel (grave). Cela signifie qu'une personne vivant avec le VIH dont il est prouvé qu'elle a provoqué l'infection d'une autre personne (responsabilité de transmission), ou qu'elle a exposé une autre personne au risque d'infection (responsabilité d'exposition, ou dans certains cas de tentative,), est, à condition qu'elle agisse avec la faute requise et en l'absence d'une défense reconnue, coupable d'une infraction. Dans certaines juridictions, le fait de ne pas divulguer sa séropositivité avant de s'engager dans une activité comportant un risque de transmission par voie intraveineuse vicié tout consentement à cette activité et la rend criminelle (ainsi, au Canada, la non-divulgence de la séropositivité peut transformer un rapport sexuel par ailleurs consensuel en une agression sexuelle aggravée³). En ce qui concerne les dispositions relatives à la faute, elles dépendent également de la juridiction spécifique, mais dans la mesure où il est possible de généraliser, la transmission, l'exposition et la non-divulgence sont criminalisées lorsqu'une personne sait qu'elle a un diagnostic de séropositivité et agit intentionnellement ou par imprudence en ce qui concerne ces comportements.⁴ Une allégation de tentative d'infection nécessitera généralement la preuve qu'il y avait une volonté délibérée, volontaire, d'infecter (et se distingue de la responsabilité d'exposition, où l'imprudence suffit généralement). Dans certaines juridictions, telles que

1 Le Réseau mondial des personnes vivant avec le VIH, *The Global Criminalisation Scan Report, Documenting Trends Presenting Evidence* (GNPp 2010) < <https://www.gnpplus.net/2010-global-criminalisation-scan-report/> consulté le 30 juillet 2018 ; M Weait, "The Criminalisation of HIV Exposure and Transmission : A Global Review" (7-9 juillet 2011) Document de travail préparé pour la troisième réunion du groupe consultatif technique, Commission mondiale sur le VIH et le droit < <https://hivlawcommission.org/wp-content/uploads/2017/06/Criminalisation-of-HIV-Exposure-and-Transmission.pdf> > consulté le 20 septembre 2019 ; Commission mondiale sur le VIH et le droit, *Risques, droits et santé (2012)*-Supplément (PNUD 2018) < <https://hivlawcommission.org> > consulté le 30 juillet 2018.

2 Certaines juridictions ont des dispositions de criminalisation spécifiques au VIH, tandis que d'autres (dont le Royaume-Uni) utilisent leur droit pénal général relatif aux infractions contre la personne. Voir *Risques, droits et santé* (n 1).

3 C'est le cas lorsqu'il existe une " possibilité réaliste de transmission " : *R v Mabior* (2012) SCC 47. Voir I

- 4 L'intention et l'imprudence sont des termes d'art juridique. L'intention peut être établie en prouvant la volonté de provoquer la conséquence proscrite ou, dans certains cas, déduite lorsque la conséquence était pratiquement certaine de se produire et que le défendeur était conscient qu'elle était pratiquement certaine. Pour qu'une personne soit jugée imprudente, il faudra généralement établir qu'au moment pertinent, elle était consciente de prendre un risque injustifiable. Voir M Weait, *Intimité et responsabilité : La criminalisation de la transmission du VIH* (Routledge 2007).

En Angleterre et au Pays de Galles, le consentement d'un partenaire au risque d'acquisition constitue une défense complète lorsque le VIH est transmis par imprudence.⁵

A première vue, il existe de bonnes raisons de criminaliser les personnes qui infectent de manière coupable, ou qui sont ostensiblement disposées à risquer d'infecter d'autres personnes avec le VIH. Elles sont centrées sur l'impact néfaste de la maladie sur les individus et les populations et sur la nécessité de dissuader les comportements à risque dans l'intérêt de la santé publique. Cependant, les juristes, les cliniciens, les virologues et les épidémiologistes, ainsi que la société civile et les organisations internationales, s'élèvent depuis longtemps contre ce qu'ils considèrent comme une utilisation injuste et inefficace du droit pénal. Bien qu'il y ait un large consensus parmi les défenseurs de l'anti-criminalisation sur le fait que si la conduite la plus flagrante et moralement blâmable (infecter délibérément, dans un but précis, une autre personne avec le VIH - en fait utiliser le virus comme une arme) peut légitimement être criminalisée, c'est la seule circonstance justifiable.⁶ Les raisons pour lesquelles tous les autres cas ne justifient pas le recours au droit pénal ont été exposées clairement et en détail ailleurs,⁷ mais en substance, les préoccupations centrales peuvent être résumées comme suit.

Premièrement, il existe peu de preuves de l'efficacité de la criminalisation pour des raisons de santé publique. (en tant que moyen de dissuasion général ou individuel contre la pratique de rapports sexuels non protégés) et il est de plus en plus évident qu'elle est inefficace et contre-productive. Un récent examen complet de la recherche empirique sur l'impact des lois sur l'exposition au VIH aux États-Unis, par exemple, a conclu :

Les résultats de l'étude suggèrent également que les lois ne découragent pas le dépistage du VIH chez les personnes à risque d'infection par le VIH, ni ne diminuent ou augmentent la divulgation du statut sérologique aux partenaires sexuels chez les personnes vivant avec le VIH. Les lois ne semblent pas non plus réduire les comportements sexuels à risque chez les personnes séropositives ou séronégatives. Les registres des arrestations et des poursuites révèlent que de nombreux cas impliquent des comportements non sexuels ou des activités sexuelles qui présentent peu ou pas de risque de transmission du VIH.⁸

Il est important de noter que l'incarcération des personnes en détention provisoire ou condamnées pour des délits de transmission et d'exposition exacerbe encore l'épidémie, étant donné la présence de l'activité sexuelle, de la consommation de drogues injectables et des installations limitées de réduction des risques (comme les préservatifs, les programmes d'échange de seringues, etc.) qui sont généralement disponibles dans les lieux de détention.⁹ En outre, une proportion significative de nouvelles infections par le VIH résulte d'une activité sexuelle entre des personnes qui étaient auparavant négatives et des personnes qui ne l'étaient pas.

5 R v Dica [2004] EWCA Crim 1103 ; R v Konzani [2005] EWCA Crim 706. Voir également, M Weait, 'Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV : R v Dica' (2005) 68 The Modern Law Review 121 ; M Weait, 'Knowledge, Autonomy and Consent : R v Konzani' (2005) Criminal Law Review 763.

6 Risques, droits et santé (n 1).

- ~~MÉDICALE~~ J. B. Jürgens et autres, 'Ten Reasons to Oppose the Criminalization of HIV Exposure or Transmission' (2009) 17(34) Reproductive Health Matters 163.
- 8 D Harsono et autres, 'Criminalization of HIV Exposure : A Review of Empirical Studies in the United States' (2017) 21(1) AIDS and Behavior 27 ; voir aussi, par exemple, K Horvath, C Meyer et BRS Rosser, 'Men Who Have Sex with Men Who Believe That Their State Has a HIV Criminal Law Report Higher Condomless Anal Sex Than Those Who Are Unsure of the Law in Their State' (2017) 21(1) AIDS & Behavior 58.
- 9 R Ju"rgens, M Nowak et M Day, 'HIV and Incarceration : Prisons et détention' (2011) 14 Journal of the International AIDS Society 26 ; SJA Lindbom, M Larsson et A Agardh 'The Naked Truth about HIV and Risk Taking in Swedish Prisons : A Qualitative Study' (2017) 12(7) PLoS One e0182237 ; P Valera, Y Chang et Z Lian, 'HIV Risk Inside U.S. Prisons : A Systematic Review of Risk Reduction Interventions Conducted in U.S. Prisons' (2017) 29 AIDS Care 943.

sont positifs mais non diagnostiqués (et donc non traités et potentiellement plus infectifs).¹⁰ Étant donné que la responsabilité pénale ne s'applique généralement qu'aux personnes qui connaissent leur statut positif, et peuvent donc être tenues pour moralement responsables, elle ne peut constituer un outil de prévention efficace contre la transmission dans ce contexte. (Inversement, al- bien qu'il existe relativement peu de preuves empiriques suggérant que les gens sont dissuadés de se faire dépister en raison de la criminalisation,¹¹ il est possible que les gens pensent que les PVVIH vont nécessairement divulguer leur statut ou insister sur des rapports sexuels plus sûrs (afin d'éviter la responsabilité), alors que ce n'est peut-être pas le cas, créant ainsi un faux sentiment de sécurité).

Deuxièmement, une criminalisation trop large reproduit et renforce les stéréotypes négatifs sur les personnes vivant avec le VIH à travers la couverture médiatique (souvent inexacte et sensationnaliste) des procès et des condamnations.¹² Cela contribue à la stigmatisation associée au VIH, qui à son tour crée des obstacles à la prévention et au traitement¹³ et porte atteinte au droit des personnes vivant avec le VIH de jouir du meilleur état de santé physique et mentale et de bien-être possible.¹⁴ Les médecins, les infirmières et les conseillers en santé sexuelle peuvent se sentir conflictés - au détriment de leurs patients, de leur propre identité professionnelle et de la santé publique en général - s'ils se sentent obligés d'aborder la question de la criminalisation avec les personnes diagnostiquées positives, et il y a le risque que la relation de confiance essentielle aux soins des patients soit compromise.¹⁵

-
- 10 J Skarbinski et autres, 'Human Immunodeficiency Virus Transmission at Each Step of the Care Continuum in the United States' (2015) 175(4) JAMA Internal Medicine 588 ; RT Gray et autres, 'Undiagnosed HIV Infections among Gay and Bisexual Men Increasingly Contribute to New Infections in Australia' (2018) 21 Journal of the International AIDS Society e25104.
- 11 SG Lee, 'Criminal Law and HIV Testing : Empirical Analysis of How At-risk Individuals Respond to the Law' (2014) 14(1) Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics 194. Cette étude quantitative américaine a révélé que les personnes à risque de contracter le VIH vivant dans des États dotés de lois spécifiques au VIH n'étaient " pas moins susceptibles de déclarer avoir subi un test de dépistage du VIH que celles qui vivent dans d'autres États ", mais que le nombre de personnes déclarant avoir subi un test de dépistage du VIH était " inversement corrélé à la fréquence de la couverture par les journaux de la criminalisation des comportements exposant au VIH ".
- 12 P O'Byrne et autres, 'Nondisclosure Prosecutions and Population Health Outcomes : Examining HIV testing, HIV diagnoses, and the Attitudes of Men Who Have Sex with Men Following Nondisclosure Prosecution Media Releases in Ottawa, Canada' (2013) 13 BMC Public Health 94 ; JM Kilty et K Bogosavljevic, 'Emotional Storytelling : Sensational Media and the Creation of the HIV Sexual Predator' (2018) Crime, Media, Culture. DOI : 10.1177/1741659018773813.
- 13 ONUSIDA, *Stigmatisation, discrimination et violations des droits de l'homme liées au VIH, Collection Meilleures Pratiques de l'ONUSIDA* (ONUSIDA, 2005) ; S Chaudoir et JD Fisher, 'Stigma and the "Social Epidemic" of HIV : Understanding BiDirectional Mechanisms of Risk and Resilience' in B Major, JF Dovidio et BG Link (eds), *The Oxford Handbook of Stigma, Discrimination, and Health* (OUP 2018).
- 14 Assemblée mondiale de la santé, " Prévention de la discrimination à l'égard des personnes infectées par le VIH et des personnes atteintes du sida ", adoptée lors de sa 41e réunion le 13 mai 1988 (résolution 41.24) < http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/164201/WHA41_A-Conf.Papers-2_eng.pdf?sequence=41&isAllowed=y > , consulté le 3 août 2018 ; ONUSIDA/OCHCR, *Directives internationales sur le VIH/sida et les droits de l'homme* (1998/2006). < http://www.unaids.org/en/resources/documents/2006/20061023_jc1252-internguidelines_en.pdf > consulté le 3 août 2018.
- 15 C Dodds et autres, 'Keeping Confidence : HIV and The Criminal Law from HIV Service Providers' Perspectives' (2015) 25(4) Critical Public Health 410 ; E Mykhalovskiy, 'The Problem of "Significant Risk" : Exploring the Public Health Impact of Criminalizing HIV Non-Disclosure' (2011) 73(5) Social

~~MEDICAL~~
N. G. et al., 'The Impact of Criminalization of HIV Non-Disclosure on the Healthcare Engagement of Women Living with HIV in Canada : A Comprehensive Review of the Evidence' (2015) 18(1) *Journal of the International AIDS Society* 20572 ; C. Sanders, 'Discussing the Limits of Confidentiality : The Impact of Criminalizing HIV Nondisclosure on Public Health Nurses' Counseling Practices' (2014) 7(3) *Public Health Ethics* 253 ; M. French, 'Counselling Anomie : Clashing Governmentalities of HIV Criminalisation and Prevention' (2015) 25(4) *Critical Public Health* 427.

Troisièmement, il existe d'innombrables exemples de cas dans lesquels le droit pénal a été utilisé, même lorsque le défendeur a pris des précautions raisonnables et qu'il n'y a pas eu de transmission,¹⁶ ou lorsqu'il n'y avait pas de risque d'infection,¹⁷ pour imposer des sanctions extrêmement sévères ; et des cas où la police, les procureurs, les avocats et les tribunaux n'ont pas compris les preuves scientifiques apportées pour soutenir les allégations de transmission et les condamnations pour transmission.¹⁸ En outre, il est prouvé que la criminalisation a un impact disproportionné sur les femmes,¹⁹ les personnes issues de communautés ethniques minoritaires et les personnes appartenant à des groupes socialement marginalisés²⁰ et qu'elle est discriminatoire dans son application.

Il devrait être évident qu'il existe non seulement une base de données de plus en plus solide prouvant que la criminalisation de la transmission, de l'exposition et de la non-divulgence du VIH a un impact négatif sur les efforts visant à prévenir la propagation de la maladie, mais aussi que des raisons convaincantes en faveur de la décriminalisation sont fondées sur des considérations d'équité et de justice sociale. La section suivante examine certaines des façons dont le recours au droit pénal pourrait être limité et des exemples de cas où il l'a été, en identifiant certains des avantages et inconvénients de chacun. Une attention particulière sera accordée à l'impact potentiel des récentes déclarations de consensus clinique, qui cherchent à informer les décideurs de la justice pénale et de la justice des risques associés à divers types d'activités susceptibles d'entraîner une transmission ultérieure du VIH.

III. LIMITER LA CRIMINALISATION : STRATÉGIES ET TECHNIQUES

La décriminalisation du VIH a été poursuivie de différentes manières et par divers canaux au cours des trois dernières décennies environ. Réflétant une dimension distinctive de la politique du VIH et du sida,²¹ cette campagne s'est caractérisée par une alliance mouvante de militants de base, d'organisations de la société civile et d'organisations intergouvernementales supranationales, de groupes de campagne spécialisés, d'universitaires et de juristes, de spécialistes des sciences sociales et politiques, de politiciens et de décideurs politiques, de médecins, de cliniciens, de virologues et d'épidémiologistes spécialisés dans la santé publique et le VIH. Chacun d'entre eux a apporté son expertise, son expérience, ses préoccupations, son autorité et sa voix, créant ainsi un groupe de travail informel mais efficace.

16 Voir, par exemple, l'affaire C-12-0180 *Rhoades v Iowa*, Cour suprême de l'Iowa (13 juin 2014). Rhoades a été condamné à 25 ans d'emprisonnement et a purgé sa peine en détention, mais a fait appel avec succès.

17 G Kovatch, 'Prison for Man with H.I.V. Who Spit on a Police Officer' *New York Times* (16 mai 2008). < <https://www.nytimes.com/2008/05/16/us/16spit.html?ref=4health> > consulté le 3 août 2018. Willie Campbell, l'homme qui a craché, a été condamné à 35 ans de prison.

18 AB Abecasis et autres, "Science in Court : The Myth of HIV Fingerprinting " (2011) 11(2) *Lancet Infectious Diseases* 78.

19 The Athena Network, 10 Reasons Why Criminalization of HIV Transmission or Exposure Harms (*The Athena Network*, 2009) < <http://www.athenanetwork.org/assets/files/10%20Reasons%20Why%20Criminalization%20Harms%20Women/10%20Reasons%20Why%20Criminalisation%20Harms%20Women.pdf> > consulté le 3 août 2018.

20 A Hasenbush, A Miyashata, et BDM Wilson, 'HIV Criminalization in California : Penal Implications for People Living with HIV/AIDS' (*The Williams Institute, UCLA School of Law*, 2015) < <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/HIV-Criminalization-California-Updated-June-2016.pdf> > consulté le 3 août 2018.

21 C Patton, *Sex and Germs : The Politics of AIDS* (South End 1985) ; S Epstein, *Impure Science : AIDS, Activism, and the Politics of Knowledge* (University of California Press 1996) ; D Altman et K Buse,

~~MÉDICAL~~ Thinking Politically about HIV : Political Analysis and Action in Response to AIDS' (2012) 18(2) Contemporary Politics 127 ; R Parker, 'Grassroots Activism, Civil Society Mobilisation and the Politics of the Global HIV/ AIDS Epidemic' (2011) 17(2) Brown Journal of World Affairs 21 ; NA Paxton, 'Political Science(s) and HIV : A Critical Analysis' (2012) 18(2) Contemporary Politics 141.

coalition soutenue qui a été efficace non seulement pour sensibiliser aux problèmes et aux conséquences de la criminalisation, mais aussi pour remporter un certain nombre de victoires significatives en utilisant une variété de techniques différentes. Ces efforts pourraient être regroupés, sans aucune priorité implicite, de la manière suivante. (Il convient également de noter que les personnes impliquées dans ces activités et organisations ont des identités multiples et peuvent, par exemple, être des universitaires vivant avec le VIH ou des cliniciens activistes).

Au niveau supranational, il y a eu un certain nombre d'interventions de haut niveau, sous la forme de recommandations aux Etats fondées sur des preuves et des droits. Il s'agit notamment des orientations politiques et juridiques et des rapports de l'ONUSIDA, du HCR, du Rapporteur spécial sur le droit à la santé²² et du rapport de la Commission mondiale sur le VIH et le droit.²³ Ces interventions ont généralement été fondées sur des éléments probants recueillis lors de consultations et de dialogues avec des communautés affectées, des experts, et des représentants de la société civile, ainsi que sur des recherches universitaires publiées. Leur intention est d'informer et d'influencer les gouvernements et les législatures, en fournissant souvent des exemples de meilleures pratiques, avec des explications claires des bénéfices socio-économiques de la réforme juridique et des désavantages de l'inaction. Ces interventions sont complétées par celles des ONG internationales, telles que la Fédération internationale pour la planification familiale,²⁴ ainsi que celles qui sont nationales, axées sur les juridictions, et celles qui cherchent à fournir des conseils spécifiques à des publics ayant des responsabilités et des rôles particuliers dans la politique et la pratique de la criminalisation. Parmi les exemples nationaux les plus notables, citons ceux du Réseau juridique canadien VIH/sida,²⁵ du Centre américain pour le droit et la politique en matière de VIH,²⁶ et du National AIDS Trust du Royaume-Uni,²⁷ ainsi que les orientations de type ciblé qui se sont adressées à la police,²⁸ aux procureurs,²⁹ aux parlementaires,³⁰ et au pouvoir judiciaire.³¹

22. ONUSIDA, *Droit pénal, santé publique et transmission du VIH : A Policy Options Paper* (2002) ; UNCHR, *HIV/ AIDS and Human Rights : Directives internationales* (1998) ; ONUSIDA, *Note d'orientation : Criminalisation de la transmission du VIH* (2008) ; ONUSIDA, *Note d'orientation : Mettre fin à la criminalisation trop large de la non-divulgaration du VIH, Exposition et transmission : Considérations scientifiques, médicales et juridiques critiques* (2013) < http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/20130530_Guidance_Ending_Criminalisation_0.pdf>. consulté sur 3 Août 2018 ; Conseil des droits de l'homme de l'ONU, *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible*, 27 avril 2010, A/HRC/14/20. < <http://www.refworld.org/docid/4c076fb72.html>> consulté le 9 août 2018.

23. *Risques, droits et santé* (n 1).

24. IPPF, *Verdict sur un virus : Santé publique, droits de l'homme et droit pénal* (2008) < https://www.ippf.org/sites/default/files/verdict_on_a_virus.pdf> consulté le 20 septembre 2019. Ce document a été produit avec la Communauté internationale des femmes vivant avec le VIH (ICW) et le GNPb et a servi de base à la campagne *Criminalize Hate, Not HIV* < <https://www.ippf.org/resource/criminalize-hate-not-hiv>> consultée le 8 août 2018.

25. Voir < <http://www.aidslaw.ca/site/?lang/4en>> consulté le 20 septembre 2019.

26. Voir < <http://www.hivlawandpolicy.org>> consulté le 20 septembre 2019.

27. Voir < <https://www.nat.org.uk/nat-topic/criminalisation>> consulté le 20 septembre 2019.

28. National AIDS Trust, *Investigation Guidance Relating to the Criminal Investigation of HIV Transmission for Police Forces in England, Wales, and Northern Ireland* (2010) < <https://www.nat.org.uk/sites/default/files/publications/ACPO-guidance-criminal-HIV-transmission.pdf>> consulté le 20 septembre 2019.

29. Crown Prosecution Service pour l'Angleterre et le Pays de Galles, *Intentional or Reckless Sexual Transmission of Infection (transmission sexuelle d'une infection)*

20 septembre 2019.

- 30 Union interparlementaire, ONUSIDA, PNUD *Guide du parlementaire n° 15 : Agir contre le VIH* (2007) ch 13 < http://data.unaids.org/pub/manual/2007/20071128_ipu_handbook_en.pdf > (en anglais)
consulté le 20 septembre 2019.
- 31 ONUSIDA, *Juger l'épidémie : Un manuel judiciaire sur le VIH, les droits et le droit* (2013) ch 5 < http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201305_Judging-epidemic_en_0.pdf > consulté le 20 septembre 2019.

Une deuxième forme de plaidoyer en faveur de la dépénalisation est celle entreprise par les réseaux, projets et campagnes d'activistes de base. S'inscrivant dans une tradition établie de longue date et efficace dans la politique du VIH et du sida (comme la Treatment Action Campaign en Afrique du Sud³² et ACT UP aux Etats-Unis³³) et moins limitée par la *ré-alpolitik* dans le cadre de laquelle l'ONUSIDA et d'autres organisations supranationales opèrent, ceux-ci ont cherché à sensibiliser, à mobiliser la réponse de la communauté et à obtenir des changements par le biais, par exemple, de campagnes soutenues dans les médias sociaux et de l'éducation, d'événements de haut niveau lors de conférences internationales et de la recherche. Parmi les exemples, citons le HIV Justice Network et HIV Justice Worldwide,³⁴ qui organisent depuis plusieurs années des ateliers et des semi-nars parallèlement à la Conférence internationale sur le sida, tiennent à jour une base de données sur les lois et les affaires, et fournissent régulièrement des commentaires et des analyses ; le projet SERO,³⁵ qui a promu le message *HIV is Not a Crime* lors de camps de formation et de séminaires de formation.

dans des vidéos ; et le Réseau mondial des personnes vivant avec le VIH (GNPp),³⁶ qui a réalisé le Global Criminalisation Scan.³⁷

Une troisième contribution a été celle des universitaires, issus de diverses disciplines, dont le droit et les droits de l'homme, la sociologie et la psychologie sociale, la politique sociale, et des praticiens universitaires en droit, santé publique, médecine clinique, virologie et épidémiologie. Par le biais de résultats de recherches empiriques originales, d'analyses d'experts, de commentaires et de critiques, de films et de documentaires, et en contribuant souvent au travail de la société civile et des organisations internationales, ce groupe diversifié a fourni, et continue de fournir, une grande partie de l'argumentation intellectuelle et de la base de données probantes en faveur de la décriminalisation, et leurs résultats constituent une grande partie du matériel de soutien dans les différents rapports et recommandations de haut niveau de l'ONUSIDA et de la Commission mondiale sur le VIH et le droit.

Si ce sont les formes, les techniques et les personnes qui ont été concernés par la lutte contre la criminalisation (et il y en a sans doute d'autres, et d'autres façons de les caractériser et de les organiser), quel succès ont-ils eu ? En l'absence de toute recherche solide, il est impossible d'affirmer avec un quelconque degré de confiance quel type d'intervention a fait le plus de différence et pourquoi. Il est certain que la criminalisation persiste globalement, avec des procès intentés en vertu de lois qui n'ont pas été abrogées et de nouvelles lois continuellement introduites.³⁸ Il y a toutefois eu des succès, dont on peut raisonnablement penser qu'ils n'auraient pas été obtenus, ou l'auraient été moins rapidement, sans cette activité globale. Voici quelques exemples récents de changements législatifs progressifs

32 M Heywood, 'South Africa's Treatment Action Campaign : Combining Law and Social Mobilisation in the Struggle for Health' (2009) 1 Journal of Human Rights Practice 14.

33 J Wright, 'Only Your Calamity : The Beginnings of Activism by and for People with AIDS' (2013) 103(10) American Journal of Public Health 1788 ; D Crimp, 'Before Occupy : How AIDS Activists Seized Control of the FDA in 1988' (*The Atlantic*, 6 décembre 2011) < <https://www.theatlantic.com/health/archive/2011/12/avant-occupation-comment-des-aides-activistes-sélectionnent-le-contrôle-de-la-fda-en-1988/249302/> > consulté le 8 août 2018.

~~MÉDICAL~~ <http://www.hivjustice.net>> consulté le 20 septembre 2019.

35 Voir < <http://www.seroproject.com>> consulté le 20 septembre 2019.

36 Voir < <https://www.gnpplus.net/who-we-are/about-us/>> consulté le 20 septembre 2019.

37 Voir < <https://www.gnpplus.net/resources/2010-global-criminalisation-scan-report/>>
consulté sur 20
Septembre 2019.

38 *Risques, droits et santé* (n 1) ; EJ Bernard et S Cameron, *Advancing HIV Justice 2 : Building Momentum in Global Advocacy Against HIV Criminalisation* (HIV Justice Network et GNPp 2016) < http://www.hivjustice.net/wp-content/uploads/2016/05/AHJ2.final2_10May2016.pdf> consulté le 8 août 2018.

incluent la décision du Parlement du Malawi en 2017 de ne pas approuver les dispositions relatives à la criminalisation dans le projet de loi sur le VIH (prévention et gestion),³⁹ l'abrogation en 2015 de la section 19A de la loi sur les crimes du Victoria, en Australie,⁴⁰ et en 2014 du code de l'Iowa.

§ 709C.1⁴¹ ; et les poursuites pénales et les condamnations qui ont été abandonnées ou appelées avec succès grâce à un plaidoyer concerté et coordonné comprennent le cas de Michael Johnson dans le Missouri en 2016⁴² et une décision révolutionnaire de la Cour suprême suédoise en 2018.⁴³

Si l'on peut généraliser ces victoires de la lutte contre la criminalisation, on peut dire que c'est la combinaison de la recherche, de l'activisme, de l'argumentation fondée sur des preuves, de la sensibilisation et de la persistance qui a été efficace, avec des campagnes et des projets locaux/nationaux ciblés (généralement menés par des activistes et des organisations de la société civile) s'appuyant sur les diverses initiatives supranationales, les rapports et les recommandations décrites précédemment. Ils sont toutefois exceptionnels. Les États, les organismes chargés de l'application de la loi et les tribunaux ont été, et continuent d'être, lents à agir - un héritage et un effet de l'époque où être séropositif signifiait développer le sida et mourir et de la stigmatisation discréditante qui continue d'être associée à la maladie⁴⁴ malgré les avancées radicales en matière de traitement.⁴⁵ Et c'est le traitement qui, sans doute, a le potentiel de changer la donne. La section suivante examine l'impact des développements et des interventions cliniques en tant qu'opportunité innovante de limiter davantage la criminalisation, leur interrelation avec les principes de la responsabilité criminelle, et certains des effets involontaires qu'ils peuvent avoir pour ceux qui en sont affectés.

39 Voir < <http://www.hivjustice.net/news/malawi-human-rights-activists-celebrate-malawis-adoption-of-amended-hiv-loi-qui-supprime-les-dispositions-contre-la-violation-des-droits-press-release/> > consulté le 8 août 2018.

40 Bernard et Cameron (n. 38)

41 Le corps législatif de l'Iowa, réagissant à la décision de la Cour suprême de l'Iowa dans l'affaire *Rhoades v Iowa* (n. 16), a abrogé sa disposition relative à la criminalisation du VIH, qui prévoit désormais, *entre autres*, qu'"une personne n'agit pas avec l'intention requise... ou avec l'insouciance téméraire requise... si elle prend des mesures pratiques pour empêcher la transmission, ou si elle informe la personne non infectée qu'elle a un contact avec le VIH".

gieuse ou infectieuse et offre de prendre des moyens pratiques pour empêcher la transmission, mais cette offre est rejetée par la personne non infectée qui est ensuite exposée à la maladie infectieuse ou contagieuse' < <https://www.legis.iowa.gov/legislation/BillBook?ba%4SF2297&ga%485> > consulté le 20 septembre 2019. Pour un bref commentaire sur la législation, et ses lacunes, voir < <https://www.hivlawandpolicy.org/news/state-ment-response-iowa-bill-sf-2297-and-criminalization-hiv-hepatitis-meningococcal-disease> > consulté le 20 septembre 2019.

Septembre 2019.

42 B Guarino, 'Man's Conviction in Failure to Disclose HIV-positive Status to Sexual Partners Overturned by Mo. Appeals Court' (*Washington Post*, 21 décembre 2016) < https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2016/12/21/mans-conviction-for-failing-to-disclose-hiv-positive-status-to-sexual-partners-overturned-by-mo-appeals-court/?noredirect%4on&utm_term%4a.9b3e4dacefe2 > consulté le 10 août 2018.

43 Högsta Domstolen (Cour suprême suédoise), affaire n° B 2441-17 (7 juin 2018). Pour le jugement (en suédois), voir < <http://www.hogstadamstolen.se/Domstolar/hogstadamstolen/Avgoranden/2018/2018-06-07%20B%202441-17%20Dom.pdf> > consulté le 9 août 2018. La cour a admis que les personnes séropositives et qui, comme l'appelant, ont un traitement qui fonctionne bien et une charge virale indétectable ne présentent aucune...

risque de transmission. Pour condamner une personne pour "mise en danger d'autrui", il faut qu'il y ait un risque réel de transmission du VIH.

44 R Parker et P Aggleton, 'HIV and AIDS-Related Stigma and Discrimination : A Conceptual Framework

and 'Implications for Action' (2003) 57(1) Social Science & Medicine 13.

- 45 B Maughan-Brown, 'Stigma Rises Despite Antiretroviral Roll-Out : A Longitudinal Analysis in South Africa " (2010) 70(3) Social Science & Medicine 368.

IV. L'IMPACT DU TRAITEMENT SUR LA CRIMINALISATION

Il est établi depuis longtemps que le risque de transmission ultérieure du VIH est réduit de manière significative lorsqu'une personne vivant avec le VIH a une faible charge virale,⁴⁶ et un certain nombre d'études cliniques récentes montrent que les personnes dont la charge virale est indétectable ne sont pas en mesure de transmettre le VIH à d'autres personnes.⁴⁷ Il est également de plus en plus admis que la prophylaxie pré-exposition, par laquelle une personne non séropositive prend des médicaments antirétroviraux avant d'avoir des rapports sexuels avec une personne séropositive, est extrêmement efficace pour prévenir son acquisition.⁴⁸ La découverte qu'une thérapie antirétrovirale (TAR) efficace peut réduire, et dans certains cas éliminer, le risque de transmission et d'acquisition est l'une des évolutions les plus significatives de la prévention du VIH au cours des dernières années. Elle est à la base de l'appel lancé par l'ONUSIDA,⁴⁹ l'OMS,⁵⁰ et d'autres organisations représentant les personnes vivant avec le VIH et les populations clés pour accroître la disponibilité et l'accessibilité du traitement et elle est au cœur de l'ambition de faire en sorte que, d'ici 2020, 90 % des personnes vivant avec le VIH connaissent leur statut, 90 % d'entre elles reçoivent un traitement antirétroviral durable et 90 % d'entre elles aient une suppression virale.⁵¹

La signification de l'efficacité du TAR pour limiter la criminalisation de la transmission, de l'exposition et de la non-divulgaration du VIH est évidente : moins il y a de nouvelles infections au VIH, ou de nouvelles infections potentielles, sur , moins il y aura de cas, ou du moins devrait y en avoir. Cependant, la situation n'est pas aussi simple pour deux raisons principales. L'une a trait à l'approche du droit pénal en matière d'évaluation et de détermination du préjudice et de la faute, l'autre au fait que la prévention et le traitement ne sont pas également accessibles et disponibles pour les personnes qui en ont besoin ou qui en bénéficieraient.

-
- 46 TC Quinn et autres, 'Viral Load and Heterosexual Transmission of Human Immunodeficiency Virus Type 1. Rakai Project Study Group' (2000) 342(13) *New England Journal of Medicine* 921 ; S Tovanabutra et autres, 'Male Viral Load and Heterosexual Transmission of HIV-1 Subtype E in Northern Thailand' (2002) 29(3) *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes* 275 ; US Fideli et autres, 'Virologic and Immunologic Determinants of Heterosexual Transmission of Human Immunodeficiency Virus Type 1 in Africa' (2001) 17(10) *AIDS Research and Human Retroviruses* 901.
- 47 MS Cohen et autres, " Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy " (2011) 11(365) *New England Journal of Medicine* 493 ; MS Cohen et autres, " Antiretroviral Therapy for the Prevention of HIV-1 Transmission " (2016) 375 *New England Journal of Medicine* 830 ; Rodger et autres, " Sexual Activity Without Condoms and Risk of HIV Transmission in Serodifferent Couples when the HIV-Positive Partner is Using Suppressive Antiretroviral Therapy " (2016) 316(2) *JAMA* 171.
- 48 R Teira et autres, 'Very Low Level Viraemia and Risk of Virological Failure in Treated HIV-1-Infected Patients' (2017) 18(3) *HIV Medicine* 196 ; S McCormack et autres, 'Pre-exposure Prophylaxis to Prevent the Acquisition of HIV-1 Infection (PROUD) : Effectiveness Results from the Pilot Phase of a Pragmatic Open-Label Randomised Trial' (2015) 387(10013) *Lancet* 53 ; RM Grant et autres, 'Drug Resistance and Plasma Viral RNA Level after Ineffective Use of Oral Pre-exposure Prophylaxis in Women' (2015) 29 *AIDS* 331.
- 49 ONUSIDA, *Feuille de route pour la prévention du VIH à l'horizon 2020 : Accélérer la prévention du VIH pour réduire les nouvelles infections de 75%* (2017) < https://hivpreventioncoalition.unaids.org/wp-content/uploads/2018/03/JC2909_INCLUSION-GAP_013_Fr-2.pdf> consulté le 20 septembre 2019.
- 50 Organisation mondiale de la santé, *Stratégie mondiale du secteur de la santé en matière de VIH 2016-2021 : Vers*

< <http://www.who.int/hiv/strategy2016-2021/ghss-hiv/en/> > consulté le 20 septembre 2019.

51 ONUSIDA, *90-90-90 : Un objectif de traitement ambitieux pour aider à mettre fin à l'épidémie de sida* (2014)

< http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/90-90-90_fr.pdf > consulté le 20 septembre 2019.

A. Préjudice et faute

La base spécifique de la criminalisation de la transmission, de l'exposition et de la non-divulgence du VIH dépend de la loi de la juridiction concernée. En Angleterre et au Pays de Galles, par exemple, les allégations de transmission sont poursuivies en vertu de la loi de 1861 sur les délits contre la personne, il n'y a pas de responsabilité pour la simple exposition d'une personne au risque d'infection (bien qu'il y en ait une si une tentative délibérée de transmission est prouvée⁵²), et bien qu'il n'y ait pas d'obligation légale de divulguer la séropositivité, le fait de ne pas le faire peut avoir pour conséquence qu'une personne dont il est prouvé qu'elle a transmis le virus se voit refuser la défense selon laquelle le plaignant a consenti à son acquisition (une défense qui est par ailleurs disponible). Dans de nombreuses autres juridictions, l'exposition est suffisant pour attirer la responsabilité,⁵³ et dans certaines, la non-divulgence peut transformer une activité sexuelle autrement consensuelle en agression sexuelle.⁵⁴ Ces dimensions de la responsabilité sont connues sous le nom d'éléments de comportement des infractions particulières et identifient le préjudice concerné (par exemple, causer une infection ou poser un risque d'infection).

En ce qui concerne les éléments mentaux, ou de faute, de la responsabilité, ils diffèrent également selon les juridictions, mais au niveau le plus général, une personne dont il est prouvé qu'elle a commis l'élément de conduite requis sera coupable s'il est établi qu'elle avait l'intention de transmettre le VIH ou qu'elle était insouciant quant à la question de savoir si la transmission avait lieu ou non. Dans ce contexte, l'intention peut signifier un désir délibéré, intentionnel, ou une variation sur la transmission étant vir- tellement certaine de se produire et prévue par le défendeur comme virtuellement certaine ; et l'insouciance signifie une conscience de prendre un risque (objectivement) injustifiable (que la transmission puisse se produire).

Les aspects purement doctrinaux des dimensions de la criminalisation du VIH liées à la faute et, dans une moindre mesure, au jargon, ne font pas l'objet de cet article et sont explorés de manière plus détaillée et approfondie ailleurs.⁵⁵ Il est cependant important de faire quelques observations préliminaires avant d'explorer leur interrelation avec les développements du traitement. La première est que la signification attribuée à des termes tels que "risqué" et "nocif" en droit ne correspond pas exactement à la manière dont ils peuvent être compris dans le discours médical et clinique. Ainsi, en droit anglais, la question de savoir si le VIH constitue un "préjudice corporel grave" aux fins d'une accusation en vertu des sections 18 et 20 de la loi de 1861 sur les infractions contre la personne sera d'abord une question pour l'autorité de poursuite et ultimement une question pour le jury à décider sur la base de la preuve ; et la seule indication est que le terme devrait avoir le sens ordinaire de "préjudice "vraiment grave",⁵⁶ qui à son tour

52 art. 1, Loi sur les tentatives de meurtre de 1981.

53 Voir ONUSIDA, *Document de référence, Criminalisation de la non-divulgence, de l'exposition et de la transmission du VIH : Background and Current Landscape* (2011, version révisée 2012) <http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/JC2322_BackgroundCurrentLandscapeCriminalisationHIV_en.pdf> consulté le 14.

Août 2018.

54 Voir *R. v. Mabior* (n. 3).

55 Voir, par exemple, I Grant, "The Boundaries of the Criminal Law : The Criminalization of the Non-Disclosure of HIV" (2008) 31 *Dalhousie Law Journal* 123 ; Weait, "R v Dica" (n 5) ; M Weait, "R v Konzani"

~~MÉDICAL~~ Hughes, 'Did the Individual Consent to the Risk of Harm ? A Comparative Jurisdictional Analysis of Consent in Cases of Sexual Transmission/Exposure to HIV' (2018) 82(1) Journal of Criminal Law 76 ; S Ryan, 'Risk-Taking, Recklessness and HIV Transmission : Accommoder la réalité de la transmission sexuelle du VIH au sein d'une approche justifiable de la responsabilité pénale' (2007) 28(2) Liverpool Law Review 215 ; L Cherkassky, 'Being Informed : The Complexities of Knowledge, Deception and Consent when Transmitting HIV' (2010) 24(3) The Journal of Criminal Law 242.

56 *DPP contre Smith* [1960] 3 WLR 546

sera déterminé en appliquant les normes sociales contemporaines.⁵⁷ Le fait que le VIH était autrefois une maladie incurable et qu'il est maintenant souvent considéré par les cliniciens comme une maladie chronique gérable⁵⁸ n'a pas, à la connaissance de l'auteur, conduit à le caractériser dans le droit pénal comme autre chose que grave.⁵⁹ C'est la raison pour laquelle, par exemple, au Canada, la non-divulgateion de la séropositivité avant de se livrer à un comportement susceptible d'entraîner une transmission (ou traité comme tel) est inculpée d'agression sexuelle *aggravée* (l'aggravation impliquant une mise en danger de la vie⁶⁰).

Ce qui est plus significatif dans le cadre de cet article, c'est le "préjudice" de l'exposition (c'est-à-dire le coût de l'exposition).

risque non réalisé de transmission) et son interrelation avec l'élément de faute de l'imprudence - une forme d'état mental beaucoup plus courante dans les affaires pénales rapportées que l'intention. La question centrale est la suivante : le droit pénal doit-il considérer la prise de risque comme suffisamment coupable pour justifier une responsabilité, une censure et une sanction, que la probabilité qu'elle se concrétise soit de 5 % ou de 95 % ? Si le comportement préjudiciable est la prise du risque (ou, alternativement, la protection d'un intérêt protégé par le droit pénal auquel le risque, s'il se réalisait, porterait atteinte), la probabilité de sa réalisation est sans doute sans importance et il n'appartient pas au tribunal de l'évaluer. De même, lorsque l'imprudence exige que le défendeur dans une affaire pénale soit conscient de prendre un risque injustifiable (comme c'est le cas en droit anglais et, avec quelques variations, dans de nombreuses autres juridictions), de quoi doit-il précisément être conscient pour qu'il soit légitime de le tenir pour responsable ?

Si l'on suit l'analyse de Findlay Stark,⁶¹ on peut dire qu'il est absurde de considérer tout risque, aussi négligeable soit-il, comme *prima facie* fautif, et que l'exigence de justifier la prise de risque (afin d'éviter la responsabilité) ne devrait s'appliquer que dans les cas impliquant un risque significatif. La difficulté avec ceci, bien sûr, est que dès qu'une condition de signification est introduite, la question se pose de savoir ce qui compte comme significatif ou (comme dans le Code pénal modèle américain⁶²) substantiel. Stark soutient de manière convaincante que, bien que ce ne soit pas une question à laquelle les tribunaux anglais se sont attaqués de manière très détaillée, et encore moins une question à laquelle ils ont apporté une réponse concluante, il est important que la signification ou la substantialité soit traitée comme une condition nécessaire à la responsabilité pour imprudence ; et les objections fondées sur le critère de l'imprudence ne sont pas recevables.

57 *R v Golding* [2014] EWCA Crim 88. Il s'agissait d'une affaire de condamnation en vertu de l'article 20 de la loi de 1861 sur les infractions contre la personne pour la transmission d'un herpès génital. Elle a été poursuivie pour lésions corporelles graves malgré le fait qu'en 2012, l'OMS a estimé que la prévalence mondiale du virus qui en est à l'origine (HSV-1) était de l'ordre de 67 %. Voir KJ Looker et autres, "Global and Regional Estimates of Prevalent and Incident Herpes Simplex Virus Type 1 Infections in 2012" (2015) 10(10) PLoS One e014076.

58 SG Deeks, SR Lewin et DV Havlir, 'The End of AIDS : HIV Infection as a Chronic Disease' (2013) 382(9903) *Lancet* 1525 ; S Serrano-Villar et autres, 'Human Immunodeficiency Virus as a Chronic Disease : Évaluation et gestion du syndrome d'immunodéficience non acquise - Conditions de définition' (2016) 3(2) *Open Forum Infectious Diseases* ofw097e.

59 Dans les premières années de l'épidémie, et jusqu'à une date relativement récente, les procureurs n'hésitaient pas à traiter la transmission comme un homicide involontaire ou une tentative de meurtre. Voir, généralement, KM Sullivan et MA Field, 'AIDS and the Coercive Power of the State' (1988) 23

~~MÉDICAL~~ Civil Rights-Civil Liberties Law Review 139.

60 par. 273(1) du Code criminel (LRC 1985, c. C-46).

61 F Stark, *Culpable Carelessness : Recklessness and Negligence in the Criminal Law* (CUP 2016).

62 'Une personne agit par imprudence à l'égard d'un élément matériel d'une infraction lorsqu'elle néglige consciemment un risque substantiel et injustifiable que l'élément matériel existe ou résulte de son comportement. Le risque doit être d'une nature et d'un degré tels que, compte tenu de la nature et du but du comportement de l'acteur et des circonstances dont il a connaissance, sa méconnaissance implique un écart flagrant par rapport à la norme de conduite qu'une personne respectueuse de la loi observerait dans la situation de l'acteur' (US Model Penal Code 2.02(c)).

L'impossibilité de déterminer le seuil de probabilité pertinent⁶³ peut être surmontée en reconnaissant que celui-ci peut légitimement varier selon les différents types de risques, les conséquences de leur prise et les intérêts que la loi cherche à protéger. Cela ne doit toutefois pas détourner l'attention de l'élément central, à savoir que la loi ne peut être appliquée que dans des cas exceptionnels.

Le droit pénal ne devrait pas être, même en principe, capable de se déployer par rapport à des cas insignifiants de prise de risque, même si le résultat menacé est un préjudice pour un intérêt protégé par le droit pénal.⁶⁴

Si nous adoptons, comme je pense que nous devrions le faire, cette approche de principe de la criminalisation du VIH, il devient clair qu'imposer une responsabilité à une personne vivant avec le VIH lorsque le risque de transmission est faible (même lorsque cette personne est consciente de ce risque) est à tout le moins problématique et, sans doute, injustifiable ; et les preuves objectives de la probabilité de transmission, ainsi que le consensus des experts sur la signification de ces preuves, revêtent une importance vitale. C'est pour cette raison que les interventions récentes de la communauté de recherche clinique et sur le VIH sont si importantes, et que leur valeur et leurs limites méritent d'être examinées.

V. LIMITER LA CRIMINALISATION ET LES PREUVES D'EXPERTS

Les preuves scientifiques d'experts ont longtemps joué un rôle important dans les affaires de transmission et d'exposition au VIH. Dans les cas de transmission présumée, établir que le défendeur était la source de l'infection du plaignant a impliqué la présentation d'une analyse phylogénétique.⁶⁵ Cette technique, qui compare la souche du VIH dans chacune des parties, peut (avec d'autres preuves narratives et l'utilisation d'un échantillon de contrôle) soutenir l'affirmation selon laquelle le défendeur a infecté le plaignant mais ne détermine pas (et ne peut pas déterminer) la source, la voie ou le moment de la transmission. Inversement, et c'est important, elle peut fournir la preuve définitive que le défendeur n'était pas la source de l'infection.⁶⁶ En ce qui concerne la responsabilité en matière d'exposition, et les cas où il y a un différend quant à savoir si le défendeur était imprudent quant à la possibilité de transmission,⁶⁷ le rôle de l'

63 L Alexander, KK Ferzan, S Morse, *Crime and Culpability : A Theory of Criminal Law* (CUP 2009).

64 Stark (n 61) 16.

65 CJ Birch et autres, 'Molecular Analysis of Human Immunodeficiency Virus Strains Associated with a Case of Criminal Transmission of the Virus' (2000) 182(3) *The Journal of Infectious Diseases* 941 ; P Lemey et autres, 'Molecular Testing of Multiple HIV-1 Transmissions in a Criminal Case' (2005) 9 *AIDS* 649 ; AB Abecasis et autres, 'Phylogenetic Analysis as a Forensic Tool in HIV Transmission Investigations' (2018) 32 *AIDS* 543.

66 EJ Bernard et autres, 'HIV Forensics : Pitfalls and Acceptable Standards in the Use of Phylogenetic Analysis as Evidence in Criminal Investigations of HIV Transmission' (2007) 8(6) *HIV Medicine* 382 ; AB Abecasis et autres (n 18).

67 Voir, par exemple, *Zaburoni v The Queen* [2016] HCA 12 (6 avril 2016), où la Haute Cour d'Australie a dû déterminer, *entre autres*, examiner si la fréquence des rapports sexuels entre l'appelant et la plaignante, combinée à sa connaissance de sa séropositivité, de sa charge virale et du mode de transmission du VIH, a justifié la conclusion du tribunal de première instance selon laquelle il s'est rendu coupable de transmission d'une maladie grave *avec in-tent* ou était plus proprement insouciant quant à cette conséquence. La Cour a noté que parmi les faits convenus figurait ce qui suit : En partant du principe que la relation entre la

~~MÉDECIN~~ et l'appelant a duré 21 mois, l'expert a estimé qu'il y avait environ 14 % de risque que l'appelant transmette le VIH à la plaignante. Cette estimation a été faite sans connaître la fréquence des rapports sexuels ou la présence éventuelle d'autres facteurs susceptibles d'augmenter sensiblement le risque" (paragraphe 31). Il s'agit de

La preuve d'expert est un peu plus complexe. En effet, la question de savoir s'il existait effectivement un risque d'infection dont le défendeur pouvait avoir connaissance au moment opportun exige (ou, sans doute, devrait exiger) une enquête sur la probabilité de transmission. Et ceci, à son tour, exige que les enquêteurs, les autorités de poursuite et les tribunaux évaluent la fiabilité, la signification, et - ce qui est critique - la pertinence présidentielle des données de recherche et des études de modélisation sur la probabilité de transmission sur les faits du cas spécifique qui leur est présenté.

La first contribution des experts à ce sujet a été controversée. Entre 1990 et 2009, on estime à trente-neuf le nombre de condamnations pour exposition et transmission présumée du VIH en Suisse. Pour un pays relativement petit, c'est un chiffre élevé.⁶⁸ Les poursuites engagées contre des personnes vivant avec le VIH en vertu du Code pénal suisse pour "tentative de propagation d'une maladie dangereuse" sont particulièrement préoccupantes,⁶⁹, alors que les défendeurs suivent un traitement efficace et qu'il n'y a pas eu de transmission (dans ce cas, le consentement du partenaire ne constitue pas une défense).⁷⁰ En partie en réponse à cela, la Commission nationale suisse sur le sida a publié un rapport affirmant que les personnes ayant une charge virale indétectable, et aucune infection sexuellement transmissible subsistante, ne pouvaient pas transmettre le VIH à leurs partenaires sexuels. La controverse est née du déni de la possibilité de transmission malgré l'absence de preuves solides :

[La Commission] reconnaît que, d'un point de vue strictement scientifique, les données médicales et biologiques actuelles ne prouvent pas qu'une thérapie antirétrovirale efficace prévient toute infection par le VIH, car il n'est pas possible de prouver la non-occurrence d'un événement qui est certes improbable, mais théoriquement possible. Cependant, du point de vue de [la Commission] et des organisations concernées, les informations disponibles à ce jour sont suffisantes pour justifier ce message. La situation est analogue à celle de 1986, lorsque l'affirmation "le VIH" était devenue une réalité. ne peut être transmis par le baiser" a été rendu public. Si ce financement n'a jamais été prouvé, plus de vingt ans d'expérience du VIH ont néanmoins permis d'étayer sa forte plausibilité.⁷¹ (Traduction de l'auteur de l'original français)

a également noté que "Il n'y avait aucune preuve de la charge virale de l'appelant en 2007 et 2008. Il n'y avait aucune preuve que l'appelant était conscient de la probabilité statistique de la transmission du VIH à la suite d'un rapport sexuel pénien-vaginal non protégé" (paragraphe 32).

68 K P'arli K et PM Payot, *Strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention : Statu quo, Reflexion, Folgerungen* (Fonds national suisse de la recherche scientifique 2009).

< <http://www.hivlaw.ch/strafbarkeit-der-hiv-uebertragung/studie/AJP1.pdf>> (en allemand) consulté le 18 Août 2018.

69 Article 231 du code pénal suisse, disponible en anglais à l'adresse < <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201803010000/311.0.pdf>> consulté le 18 août 2018.

70 R Gasquez, " Pour la dépe'nalisation de l'exposition au VIH " (2009) 4/09 Plaidoyer < http://www.groupe_sida.ch/media/documents/Plaidoyer_GroupeSidaGeneve_aout09.pdf> consulté le 20 septembre 2019, disponible en anglais (traduction unofficielle) à l'adresse < <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201803010000/311.0.pdf>> consulté

71 P Vernazza et autres, 'Les personnes séropositives ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antiretroviral efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle' (2008) 89(5) Bulletin des médecins suisses 165.

L'auteur principal du rapport a par la suite indiqué qu'il regrettait le caractère catégorique de l'affirmation⁷² (compte tenu de la possibilité d'un risque résiduel), bien que des recherches ultérieures aient confirmé cette affirmation.⁷³ Plus important encore, pour les besoins actuels, le Rapport a été révolutionnaire en étant la first d'un certain nombre de déclarations rédigées par des experts très respectés en médecine, immunologie et virologie du VIH qui ont cherché à attirer l'attention sur l'impact d'un traitement efficace sur le risque de transmission et l'impact sur la (mauvaise) utilisation du droit pénal contre les PVVIH.

Ces déclarations diffèrent dans leur accentuation et leur intention. L'une d'entre elles, publiée en 2014 par Jan Albert et ses collègues en Suède, n'aborde pas explicitement la question de la responsabilité pénale, mais fournit un examen des recherches disponibles à l'époque, concluant que, dans le cadre de rapports vaginaux et anaux.

- Le risque de transmission par les rapports vaginaux et anaux est minime si le partenaire infecté par le VIH suit un traitement antirétroviral efficace et si un préservatif est utilisé tout au long du rapport.
- Le risque de transmission par les rapports vaginaux et anaux est également très faible si le partenaire infecté par le VIH est sous traitement antirétroviral efficace et qu'un préservatif n'est pas utilisé.
- Ce qui précède s'applique à chaque contact sexuel individuel et en cas de contacts répétés sur de longues périodes [...], que le partenaire infecté par le VIH soit une femme ou un homme et que le partenaire infecté par le VIH soit pénétrant ou réceptif pendant l'acte sexuel.⁷⁴

Bien que cette déclaration n'ait pas été mentionnée directement dans l'affaire de la Cour suprême suédoise de 2018 qui a annulé une condamnation pour exposition, la Cour a reçu des preuves d'expertise de l'un des auteurs (Anders Tegnell, de l'Agence suédoise de santé publique) et a estimé que :

Scientifiquement, il ne sera jamais possible de prouver que la transmission de l'infection est impossible, mais la conclusion que l'on peut tirer est que le risque de transmission de l'infection est aussi proche qu'il peut l'être d'un risque inexistant. Avec une formule différente, le risque de transmission de l'infection peut être déclaré comme non observable.⁷⁵ (Google Translate)

Deux autres déclarations, axées sur le plan national, ont été plus explicites dans leur intention d'éclairer les décisions relatives à l'utilisation (mauvaise) du droit pénal dans leurs juridictions. Voir aussi

72 AIDSMAP, " La déclaration suisse et ses répercussions " < <http://www.aidsmap.com/The-Swiss-Statement-and-its-repercussions/page/1746478/> > consulté le 20 août 2018.

73 Voir, en particulier, Cohen et autres (n 47) pour l'équipe d'étude HPTN 052 ; Rodger et autres (n 47).

74 J Albert et autres, 'Risk of HIV Transmission from Patients on Antiretroviral Therapy : A Position Statement from the Public Health Agency of Sweden and the Swedish Reference Group for Antiviral Therapy' (2014) 46(10) Scandinavian Journal of Infectious Diseases 673, 675.

75 Höfgsta Domstolen (n 43). Le passage pertinent en suédois est le suivant : "Vetenskapligt kommer det

Men det kan bevisas att oöverföring av smitta är omöjlig, men den slutsats som kan dras är att det är fråga om sådana en icke existerande risk för smittoöverföring som det går att komma. Med en annan formulering kan risken för oöverföring av smitta anges som icke beaktansvärd."

publié en 2014, Mona Loutfy et d'autres personnes du Canada déclarent dans l'introduction de leur déclaration que

En tant que médecins et chercheurs médicaux canadiens de premier plan dans le domaine du VIH, nous avons la responsabilité professionnelle et éthique d'éclairer la formulation des politiques et le système de justice pénale sur les questions liées à la santé et au bien-être de nos patients et de la société canadienne. Nous avons élaboré la présente déclaration parce que nous craignons que le droit pénal ne soit utilisé de manière trop large contre les personnes vivant avec le VIH au Canada en raison, notamment, d'une mauvaise appréciation de l'incompréhension scientifique du VIH et de sa transmission. Nous sommes préoccupés par le fait que les acteurs du système de justice pénale n'ont pas toujours interprété correctement les preuves médicales et scientifiques concernant la possibilité de transmission du VIH, et n'ont peut-être pas compris que l'infection par le VIH est une condition chronique gérable. Cela peut conduire à des erreurs judiciaires.⁷⁶

Et en 2016, une déclaration d'experts australiens a été publiée, qui concernait l'obtention de "résultats justes" dans les affaires pénales.

Compte tenu de la probabilité limitée par acte de transmission du VIH lors de rapports sexuels et des préjudices médicaux limités que subissent la plupart des personnes récemment diagnostiquées comme séropositives, nous recommandons de faire preuve de prudence lors de l'examen des poursuites pénales, en évaluant soigneusement les preuves scientifiques actuelles sur le risque et les préjudices liés au VIH.⁷⁷

Chacune de ces déclarations s'appuie sur les données scientifiques les plus fiables et cherche à attirer l'attention sur le risque *par acte* dont les tribunaux pénaux se préoccupent généralement, en faisant la distinction entre une possibilité faible, négligeable et nulle (en contradiction avec la caractérisation de l'activité sexuelle dans le contexte de la santé publique comme allant d'un risque élevé à un risque faible) ; et elles ont donné l'impulsion à l'intervention la plus significative de ce type, publiée lors de la Conférence mondiale sur le sida à Amsterdam en 2018.

La *Déclaration de consensus des experts sur la science du VIH dans le contexte du droit pénal*,⁷⁸, co-écrite par plusieurs des plus grands spécialistes mondiaux du VIH (dont Françoise Barre'-Sinoussi, le scientifique lauréat du prix Nobel qui a first identifié le VIH) est la contribution la plus complète et (potentiellement) influente de la communauté des chercheurs et des cliniciens au projet de dépénalisation. S'appuyant sur des déclarations nationales antérieures, elle se concentre elle aussi sur le risque absolu *par acte*, ou *par événement*, dans le contexte des rapports sexuels, des morsures et des crachats (les activités les plus fréquemment rencontrées dans les affaires criminelles) et attire l'attention sur le fait que l'infection par le VIH est désormais une condition chronique grave, mais gérable. Il est important de noter qu'il attire l'attention sur ce que les auteurs considèrent comme une mauvaise utilisation des données scientifiques.

- MÉDECINE et autres, " Canadian Consensus Statement on HIV and its Transmission in the Context of Criminal Law " (2014) 25(3) The Canadian Journal of Infectious Diseases & Medical Microbiology 135.
- 77 M Boyd et autres, 'Sexual Transmission of HIV and the Law : An Australian Medical Consensus Statement' (2016) 205(9) Medical Journal of Australia 409.
- 78 Fran,coise Barre'-Sinoussi et autres, " Déclaration de consensus des experts sur la science du VIH dans le contexte du droit pénal " (2018) 21 Journal of the International AIDS Society e25161 < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/jia2.25161>> consulté le 20 août 2018.

dans des affaires telles que *R. v. Mabior*,⁷⁹ qui se sont appuyées sur l'approche du risque relatif déployée dans le discours de la santé publique. Comme ils l'expliquent, l'une des erreurs commises par les autorités juridiques lors de l'estimation du risque de transmission associé à des actes particuliers a été d'appliquer des calculs de risque global à la conduite et à l'activité des individus en des occasions particulières. Ainsi, une recherche qui utilise des données suggérant que les préservatifs sont efficaces à 80 % contre la transmission du VIH lors de rapports sexuels vaginaux avec pénétration pourrait être interprétée comme signifiant qu'à chaque occasion, il y a une chance sur cinq que le partenaire réceptif soit infecté. Ce résultat pourrait amener un tribunal examinant une allégation d'exposition au VIH à considérer que le risque est relativement élevé, ce qui entraînerait une condamnation. Toutefois, comme l'explique la Déclaration, "si le risque estimé de transmission du VIH d'un homme séropositif à une femme au cours d'un épisode unique de relations sexuelles vaginales sans préservatif est de 0,08%, le risque de transmission lorsqu'un préservatif est utilisé peut être considéré comme inférieur d'au moins 80%, soit 0,016% (moins de 2 sur 10 000). En outre, "lorsque d'autres facteurs de réduction du risque sont présents (par exemple, une faible charge virale ou un retrait avant l'éjaculation), la possibilité de transmission du VIH, même en cas d'utilisation incorrecte du préservatif, est encore réduite" ⁸⁰ [Références omises].

L'impact de cette déclaration, d'autres déclarations de ce type et de la recherche biomédicale sous-jacente sur la limitation des poursuites et des condamnations dans les cas de transmission et d'exposition ne peut être prédit.⁸¹ Cela dépendra de la mesure dans laquelle elles seront portées à l'attention des autorités d'enquête et judiciaires, de l'utilisation qui en sera faite par les avocats de l'accusation et de la défense, et de la réceptivité des juges et des jurés aux preuves d'experts qui, dans les juridictions de common law comme l'Angleterre et le Pays de Galles, sont des preuves qui, même si elles sont pertinentes et admissibles, peuvent - mais ne doivent pas - être prises en compte lors de l'établissement des verdicts. Cependant, si de telles déclarations ont un effet limitatif, ce sera en partie en raison des preuves désormais accablantes de l'efficacité du TAR et de sa capacité à réduire la charge virale d'une personne vivant avec le VIH à un niveau qui rend la transmission impossible. Et bien qu'il s'agisse sans aucun doute de l'une des avancées les plus significatives dans les efforts visant à réduire la propagation du VIH et, à terme, à l'éliminer, il est important de reconnaître que le fait de s'appuyer sur le traitement comme moyen de limiter la criminalisation signifie que seuls ceux à qui le traitement est disponible et accessible en bénéficieront. Il s'agit d'une question particulièrement grave, étant donné que bon nombre des personnes les plus touchées par la criminalisation appartiennent à des groupes de population qui sont non seulement affectés de manière disproportionnée par le VIH, mais aussi, souvent, moins à même d'accéder au TAR ou (dans certains cas) de parvenir à la suppression du virus s'ils y parviennent.

79 *R. v. Mabior* (2012) SCC 47.

80 Barre'-Sinoussi et autres (n 78) 1, 3-4
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/jia2.25161>
 consulté le 20 août 2018.

81 Il est important de noter que la déclaration de consensus des experts a été publiée avant la publication du

~~MÉDECINE~~ de l'étude PARTNER 2, qui a conclu 'que le risque de transmission du VIH chez les couples gays par des rapports sexuels sans préservatif lorsque la charge virale du VIH est supprimée est effectivement nul' : AJ Rodger et autres, 'Risk of HIV Transmission through Condomless Sex in Serodifferent Gay Couples with the HIV-positive Partner'.

Prendre un traitement antirétroviral suppressif (PARTNER) : Final Results of a Multicentre, Prospective, Observational Study' (2019) 393Lancet 2428 < [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(19\)30418-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(19)30418-0/fulltext)> consulté le 2 septembre 2019.

Nous savons, par exemple, que les migrants dans l'Union européenne (UE) portent un fardeau plus lourd en matière de VIH que ceux qui y sont nés. Un rapport publié en 2009 à l'adresse⁸² par le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (ECDC) a révélé que, malgré des variations notables, ation,⁸³ la proportion de migrants vivant avec le VIH était supérieure à 40 % dans certains États membres (entre 20 et 40 % dans la plupart des pays d'Europe occidentale) ; et en 2016, la proportion de personnes vivant avec le VIH nées en dehors du pays de l'UE/EEE déclarant représentait 37 % de tous les cas d'infection par le VIH nouvellement diagnostiqués.⁸⁴ Bien que la prévention et le traitement du VIH soient une priorité politique établie,⁸⁵ et, en tant qu'aspect du droit au meilleur état de santé et de bien-être possible, une obligation juridique reconnue, les migrants à risque ou vivant avec le VIH sont mal servis dans de nombreux pays européens. Parmi les vingt-sept pays de l'UE, seuls treize offrent un dépistage gratuit du VIH pour tous, huit offrent un traitement gratuit du VIH aux migrants en général provenant de l'extérieur de l'UE, trois offrent un traitement gratuit aux migrants non européens sans papiers avec des exceptions, et un seul (le Royaume-Uni) offre aux migrants sans papiers un traitement sans exception.⁸⁶ S'il est vrai que les migrants originaires de pays tiers sont à la fois plus susceptibles de vivre avec le VIH et moins à même d'accéder aux services de prévention et de traitement, il n'est peut-être pas surprenant qu'il existe au moins quelques preuves⁸⁷ qu'ils ont supporté un fardeau de criminalisation plus élevé que les autres ; et en l'absence d'un déploiement universel du TAR sans discrimination, les preuves d'experts sur l'efficacité du traitement n'auront que peu ou pas de valeur.

Le même problème se pose pour d'autres personnes en situation de marginalisation sociale. et/ou la criminalisation pour d'autres raisons, comme les travailleurs du sexe,⁸⁸ transsexuels.

-
- 82 Centre européen de prévention et de contrôle des maladies, *Migrant Health : Épidémiologie du VIH et du sida dans les communautés de migrants et les minorités ethniques dans les pays de l'UE/EEE* (2009, édition révisée 2010).
- 83 Cela reflectue, en partie, l'héritage colonial et la prévalence du VIH dans les pays d'où provient leur population im- migrante.
- 84 Centre européen de prévention et de contrôle des maladies, *État de la riposte au VIH dans l'Union européenne/Espace économique européen, 2016* (2017).
- 85 Commission des Communautés européennes, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : La lutte contre le VIH/sida dans l'Union européenne et les pays voisins, 2009-2013* (2009) COM (2009) 569 ; Centre européen de prévention et de contrôle des maladies, *Contexte et méthodes. Suivi de la mise en œuvre de la Déclaration de Dublin pour lutter contre le VIH/sida en Europe et en Asie centrale* (2013).
- 86 *Barrier la route à la santé : Barrières juridiques et réglementaires qui entravent le continuum de soins du VIH en Europe*, < <http://legalbarriers.peoplewithhiveurope.org/en>> consulté le 20 septembre 2019. En 2017, on estimait à 618 780 le nombre de migrants non européens présents illégalement dans les États membres < http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation#Non-EU_citizens_found_to_be_illegally_present> consulté le 6 août 2018.
- 87 GNPp Europe et Terrence Higgins Trust, *Criminalisation de la transmission du VIH en Europe : Une analyse rapide des lois et les taux de poursuites pour transmission du VIH au sein des États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme* (2005) < <http://www.sidastudi.org/resources/inmagic-img/dd1694.pdf>> consulté le 8 août 2018.
- 88 E Mountain et autres, 'Antiretroviral Therapy Uptake, Attrition, Adherence and Outcomes among HIV-Infected Female Sex Workers : A Systematic Review and Meta-Analysis' (2014) 9(9) PLoS One e105645 ;

~~MÉDICAL~~ et autres, 'Burden of HIV among Female Sex Workers in Low-Income and Middle-income Countries : A Systematic Review and Meta-analysis' (2012) 12 Lancet Infectious Diseases 538 ; K Shannon et JS Montaner, 'The Politics and Policies of HIV Prevention in Sex Work' (2012) 12 Lancet Infectious Diseases 500 ; F Scorgie et autres, 'We are Despised in the Hospitals' : Sex Workers' Experiences of Accessing Health Care in Four African Countries' (2013) 15 Culture, Health & Sexuality 450 ; NSW, Global Network of Sex Work Projects Global Briefing Paper : L'accès des travailleurs du sexe au traitement du VIH.

les personnes,⁸⁹ les personnes qui consomment des drogues,⁹⁰ les hommes qui ont des rapports sexuels avec des hommes,⁹¹ et les personnes en prison ou autrement détenues.⁹² Il a été démontré que toutes ces personnes qui vivent également avec le VIH finissent par avoir un accès plus difficile aux services de traitement du VIH et que beaucoup d'entre elles sont victimes de discrimination lorsqu'elles tentent de le faire.⁹³ Il existe également un nombre croissant de **p r e u v e s** montrant que, au moins en ce qui concerne certaines de ces populations dans certaines juridictions, la criminalisation de la transmission du VIH et de l'exposition à celui-ci est vécue de manière plus intensive que pour la population générale⁹⁴ et une récente étude de recherche qui a démontré explicitement combien de femmes vivant avec le VIH au Canada seraient incapables de maintenir la suppression virale nécessaire pour éviter la responsabilité pénale, même si cela était reconnu comme une défense légitime.⁹⁵

Le problème fondamental est, sans doute, que le fait de s'appuyer sur les progrès biomédicaux dans le traitement du VIH comme stratégie de limitation dans le projet de décriminalisation permettra à certaines personnes risquant d'être poursuivies et condamnées de minimiser ce risque, alors que pour d'autres, cela ne fera rien de tel - servant à maintenir et à renforcer le fossé dans les protections légales entre ceux pour qui le TAR est disponible et accessible et ceux des populations clés pour qui il ne l'est pas ou pour qui l'adhésion est rendue complexe par des facteurs socio-économiques.

autour du monde (ND) < <http://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/Global%20Briefing%20%20Access%20to%20HIV%20Treatment%20-%20English.pdf>> consulté le 8 août 2018.

- 89 CJ Reback et autres, 'Health Disparities, Risk Behaviors and Healthcare Utilization Among Transgender Women in Los Angeles County : A Comparison from 1998-1999 to 2015-2016' (2018) 22(8) *AIDS and Behavior* 2524 ; AI Scheim et autres, 'Inequities in Access to HIV Prevention Services for Transgender Men : Results of a Global Survey of Men Who Have Sex with Men' (2016) 19(3) *Journal of the International AIDS Society* 20779.
- 90 A Sarang, T Rhodes et N Sheon, 'Systemic Barriers Accessing HIV Treatment among People Who Inject Drugs in Russia : A Qualitative Study' (2013) 28(7) *Health Policy and Planning* 681 ; K DeBeck et autres, 'HIV and the Criminalization of Drug Use among People Who Inject Drugs : A Systematic Review' (2017) 4 *The Lancet HIV* e357-e374.
- 91 G Ayala et GM Santos, " Will the Global HIV Response Fail Gay and Bisexual Men and Other Men Who Have Sex with Men ? " (2016) 19 *Journal of the International AIDS Society* 21098 ; Association internationale des lesbiennes, gays, bisexuels, trans et intersexes (ILGA), *State-Sponsored Homophobia : A World Survey of...*
Lois sur l'orientation sexuelle : Criminalisation, protection et reconnaissance (2017) < <https://ilga.org/state-sponsored-homophobia-report>> consulté le 8 août 2018.
- 92 R Ju"rgens et autres, 'HIV and Incarceration : Prisons and Detention' (2011) 14 *Journal of the International AIDS Society* 26 ; FL Altice et autres, 'The Perfect Storm : Incarceration and the High-risk Environment Perpetuating Transmission of HIV, Hepatitis C Virus, and Tuberculosis in Eastern Europe and Central Asia' (2016) 388 *Lancet* 1228.
- 93 ECDC, *Evidence Brief : Impact de la stigmatisation et de la discrimination sur l'accès aux services liés au VIH en Europe* (2017).
< https://ecdc.europa.eu/sites/default/files/2018-08/EB-Stigma%20and%20discrimination%20017_final.pdf> consulté le 8 août 2018) ; AJ Hakim et autres, " Gaps and Opportunities : Mesurer la Cascade de populations clés par le biais d'enquêtes et de services pour guider la réponse au VIH " (2018) 21 *Journal of the société internationale du sida* e25119.
- 94 Le Williams Institute de l'UCLA entreprend certains des travaux les plus innovants et les plus importants dans ce domaine. Voir, par exemple, A Hasenbush, *HIV Criminalization in Georgia : Implications pénales pour les personnes vivant avec le VIH/sida* (*The Williams Institute/UCLA School of Law*, 2018) < <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/HIV-Criminalization-Georgia-Jan-2018-1.pdf>> consulté le 20 septembre 2019 ; A Hasenbush et autres, *HIV Criminalization and Sex Work in California* (*The Williams Institute/UCLA School of Law*, 2017) < <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/HIV-Criminalization-Sex-Work-Oct-2017.pdf>> consulté le 8 août 2018.

- 95 ~~MÉDECINE~~ Koff et autres, pour l'équipe du projet SHAWNA, 'Marginalized Women Living with HIV at Increased Risk of Viral Load Suppression Failure : Implications for Prosecutorial Guidelines Regarding Criminalization of HIV Non-disclosure in Canada and Globally', Résumé oral présenté à AIDS2018.
< <http://programme.aids2018.org/Abstract/Print/?abstractid/411316>> consulté le 20 août 2018.

des facteurs qui échappent à leur contrôle immédiat. Un certain nombre d'universitaires se sont interrogés sur l'impact de ce qu'ils considèrent comme une approche biomédicale (par opposition à l'approche sociale et comportementale) dans la réponse au VIH, suggérant, entre autres, qu'elle n'est pas entièrement réductrice et ne reconnaît pas la diversité des expériences des personnes vivant avec le VIH. Comme le dit Persson, en se référant au paradigme du traitement comme prévention

Avec sa solution apparemment simple et sa généralisation à l'échelle mondiale, il promet d'éliminer ou de contourner les complexités de la vie des gens et de leurs relations sexuelles et d'ouvrir une ère de normalisation.

L'hypothèse d'une transition globale d'une corporéité VIH cohérente à une autre, quelles que soient les spécificités culturelles et individuelles. La rationalité libérale qui sous-tend ce paradigme, et plus largement la prévention du VIH, est problématique car l'expérience est un processus litigieux, incomplet et émergent,

et donc les intentions humaines produisent rarement ce qui est prévu.⁹⁶

Des remarques similaires peuvent être faites dans le contexte actuel, et nous devrions peut-être être à pour le moins sceptiques quant au potentiel des preuves d'experts qui s'appuient sur le pouvoir préventif du traitement pour limiter la criminalisation des personnes qu'il touche le plus souvent, à moins qu'elles ne soient accompagnées d'arguments fondés sur les principes de justice, d'équité et de droits avancés par les activistes et d'autres personnes et examinés plus haut dans cet article.

VI. OBSERVATIONS FINALES : UNE LIMITE DE PRINCIPE À LA DÉCRIMINALISATION ?

Les cas de criminalisation du VIH qui préoccupent généralement les défenseurs de la réforme sont ceux où les PVVIH ont été poursuivies en l'absence de toute intention de nuire à autrui et où le VIH n'a pas été transmis (et, dans de nombreux cas, ne pouvait pas l'être). Ces cas constituent la majeure partie des enquêtes, des poursuites et des affaires portées devant les tribunaux dans le monde entier, et ce sont eux qui ont inspiré les recommandations de l'ONUSIDA et de la Commission mondiale sur le VIH et le droit - qui, pour résumer, sont que si la transmission intentionnelle (et les tentatives intentionnelles de transmission) peut justifier une sanction de l'État, l'impact négatif sur la santé publique et l'injustice associés à des comportements moins graves signifient que ces comportements ne devraient pas être criminalisés.⁹⁷ Mais qu'en est-il du rare cas qui relève de l'exception : la personne dont il est prouvé qu'elle avait l'intention de nuire à autrui, ou qu'elle a cherché à nuire à autrui, par l'intermédiaire du VIH ? Est-ce là le cas limite ? Une telle personne doit-elle nécessairement être criminalisée ?

96 A Persson, 'Non/infectious Corporealities : Tensions in the Biomedical Era of "HIV Normalisation"' (2013) 35(7) *Sociology of Health & Illness* 1065, 1076. Voir également P. Flowers, 'HIV Transitions : Consequences for Self in an Era of Medicalisation' in M Davis and C Squire (eds), *HIV Treatment and Prevention Technologies in International Perspective* (Palgrave Macmillan 2010) ; M Rosengarten, *HIV Interventions : Biomedicine and the Traffic Between Information and Flesh* (University of Washington Press

En 2017, Daryll Rowe a été jugé devant la Crown Court de Lewes pour avoir infecté five partenaires masculins avec le VIH et avoir tenté sans succès d'en infecter five autres. Il y avait des preuves qu'il avait saboté des préservatifs, menti sur sa séropositivité et envoyé des courriels agressifs et moqueurs après avoir eu des rapports sexuels non protégés dans lesquels il révélait sa séropositivité. Il a été reconnu coupable des dix chefs d'accusation de causer, et de tenter de causer, des lésions corporelles graves, et en avril 2018, il a été condamné à la prison à vie, avec une peine minimale de 12 ans.⁹⁸ Il a également été condamné, pour quatre infractions commises en Écosse et qu'il a reconnues, à une peine concurrente de 8 ans d'emprisonnement.⁹⁹ Il s'agit de la firme affaire au Royaume-Uni dans laquelle une personne de quelqu'un a été vaincue pour avoir intentionnellement porté atteinte, ou tenté de porter atteinte, à d'autres personnes atteintes du VIH (toutes les autres condamnations ont été prononcées pour transmission par imprudence).

À première vue, les circonstances de la condamnation de Rowe satisfont aux recommandations internationales, et il est certain que son comportement a été jugé comme ayant manifesté un mépris délibéré pour ses partenaires sexuels. Il est difficile de voir comment on pourrait, ou souhaiterait, suggérer que la responsabilité sur des faits comme ceux de l'affaire Rowe n'est pas justifiée, même si l'on accepte les arguments en faveur de la dépénalisation en principe. Il est toutefois important de reconnaître que la légitimité d'une condamnation dans un tel cas, ou en fait dans toute affaire pénale (autre que pour des infractions réglementaires de responsabilité stricte), dépend de la satisfaction de deux critères de base. L'un d'entre eux consiste à établir que la faute morale du défendeur est d'un type suffisamment grave - en l'occurrence le désir de blesser, ou de faire du mal, à la victime ; et le second est que le moyen de réaliser ce mal, ou cette blessure, est d'un type reconnu et identifié comme une violation suffisamment grave des intérêts de la victime.¹⁰⁰ Si ces deux critères ne sont pas réunis, la responsabilité pénale n'est pas justifiée.

Cela signifie que c'est si, et seulement si, nous acceptons comme axiome que le VIH est un préjudice grave que la criminalisation du VIH est justifiée ; et que, comme je l'ai exploré plus en détail ailleurs,¹⁰¹ est un choix. Nous pourrions choisir, en tant que société, d'identifier les personnes vivant avec le VIH comme des personnes lésées, pour lesquelles l'infection est simplement une question de texte si elle fournit la base d'une accusation criminelle (dépendant en partie de l'intention de la personne qui les a infectées) ; ou nous pourrions choisir de caractériser le VIH comme un phénomène environnemental, dont le mouvement entre les personnes est autant une conséquence de, par exemple, la résilience des membranes muqueuses et l'accessibilité et la disponibilité d'un traitement efficace. Nous pourrions choisir de reconnaître que, bien que la prise en charge de l'infection par le VIH implique la prise de médicaments pour le reste de la vie, il en va de même pour de nombreuses autres affections avec lesquelles nous vivons, et nous pourrions choisir de reconnaître que ceux dont le VIH est diagnostiqué à temps et qui commencent un traitement vivent

98 K Rawlinson, "Man Jailed for Life after Deliberately Infecting Men with HIV" *The Guardian* (Londres, 18 avril 2018) < <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/apr/18/hairdresser-daryll-rowe-given-life-sentence-for-deliberately-infecting-men-with-hiv> > consulté le 15 août 2018.

99 S Johnson, "Hairdresser Daryll Rowe Sentenced in Scotland for Trying to Infect More Men with HIV" (coiffeur Daryll Rowe condamné en Écosse pour avoir tenté d'infecter plus d'hommes avec le VIH) *The Telegraph* (Londres, 4 mai 2018) < <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/05/04/hairdresser-daryll->

MÉDECINE [Med-scotland-trying-infect-men/](#)> consulté le 15 août 2018.

- 100 J Feinberg, *Harm to Others* (OUP 1984) ; M Moore, *Placing Blame : Une théorie générale du droit pénal* (OUP 1997).
- 101 M Weait, 'HIV and the Meaning of Harm' in C Stanton and H Quirk (eds), *Criminalising Contagion : Legal and Ethical Challenges of Disease Transmission and the Criminal Law* (CUP 2016).

par ailleurs une vie longue et saine,¹⁰² et qu'en raison de ce traitement, la cause de décès des PVVIH est de plus en plus souvent due à des causes non liées au VIH plutôt qu'à des maladies définissant le sida.¹⁰³ Ou nous pourrions choisir, comme le Danemark l'a fait en 2011, de revoir l'application de la loi et de ne pas poursuivre la criminalisation du VIH.¹⁰⁴

Il y a, cependant, peu d'appétit pour la réforme, et la Commission juridique pour l'Angleterre et le Pays de Galles a récemment recommandé que la position juridique actuelle dans cette juridiction soit maintenue (et que tout changement soit soumis à un examen plus large).¹⁰⁵ De manière plus générale, il est possible de reconnaître que les choix exposés ci-dessus peuvent être faits sans nécessairement conclure qu'ils fournissent une justification suffisante pour une décriminalisation complète. La transmission intentionnelle, telle qu'exemplifiée dans la condamnation de Daryll Rowe, peut en effet servir de cas limite - comme celui contre lequel même les plus fervents défenseurs de la dépénalisation finissent par ne plus pouvoir argumenter (ou choisissent, pour des raisons pratiques et politiques, de ne pas le faire). S'il sert ainsi, et si les ambitions de ces défenseurs ne vont pas jusqu'à contester la caractérisation du VIH comme un préjudice grave dans le contexte du droit pénal, mais simplement à limiter la responsabilité (en déployant, par exemple, des preuves d'experts sur l'effet du traitement), la bataille ne sera, et ne peut, être que partiellement gagnée.

Déclaration de conflit d'intérêt. L'auteur a été membre du groupe consultatif technique pour la Commission mondiale sur le VIH et le droit et a agi en tant que consultant pour l'ONUSIDA. Les opinions présentées ici sont celles de l'auteur.

102 G Wandeler, LF Johnson et M Egger, "Trends in Life Expectancy of HIV-positive Adults on Antiretroviral Therapy across the Globe : Comparaisons avec la population générale" (2016) 11(5) *Current Opinion in HIV and AIDS* 492.

103 SG Deeks et AN Phillips, "HIV Infection, Antiretroviral Treatment, Ageing, and Non-AIDS Related Morbidity" (2009) 31(338) *BMJ* 288.

104 EJ Bernard, "Danemark : Le ministre de la Justice suspend le droit pénal spécifique au VIH, crée un groupe de travail" (17 février 2011) < <http://www.hivjustice.net/news/denmark-justice-minister-suspends-hiv->

