



HAL
open science

La pénalisation de la transmission du VIH : la fin de la démocratie épidémiologique ?

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La pénalisation de la transmission du VIH : la fin de la démocratie épidémiologique ?. 2019. hal-01969324

HAL Id: hal-01969324

<https://hal.science/hal-01969324>

Preprint submitted on 15 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La pénalisation de la transmission du VIH

La fin de la démocratie épidémiologique ?

Daniel BORRILLO (Juriste, chercheur au CERSA/CNRS)

Introduction

Pour mieux comprendre cette épineuse question, il faut faire la distinction entre la transmission involontaire du virus de l'immunodéficience humaine (VIH) et celle souhaitée par les partenaires, principalement à travers la pratique connue sous le terme anglais de *barebacking*¹. En effet, si, depuis longtemps, la jurisprudence considère que la contamination accidentelle du VIH constitue un dommage susceptible de réparation², la qualification criminelle est plus récente. Dans un premier temps les juges se montraient réticents car, selon la théorie pénale classique, pour que l'infraction soit constituée, il faut un préjudice de la victime (matériel, moral...), une faute imputable à celui tenu pour responsable (volonté de nuire) et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Or, ces trois éléments n'étaient pas réunis dans les affaires qui arrivaient devant la justice pénale. Ainsi, dans un arrêt de 1998, la Cour de cassation a refusé de qualifier d'empoisonnement la contamination par un individu à sa compagne se sachant séropositif car la seule connaissance du pouvoir éventuellement mortel des sécrétions sexuelles ne suffit pas à caractériser l'intention de tuer³.

La figure de l'empoisonnement étant écartée, et en l'absence d'une incrimination spécifique⁴, les victimes supposées se sont tournées vers d'autres figures pénales

¹ Le *barebacking* (littéralement « monter à cru ») consiste en la pratique sexuelle entre hommes sans protection. Le phénomène a été médiatisé aux États-Unis par l'écrivain et acteur pornographique Scott O'Hara. En tant que « mouvement culturel et identitaire », le *barebacking* se veut d'être perçu comme une contestation envers le système qui imposerait le « sexe sans risques ». Les adeptes de ce type de pratiques se conçoivent comme des résistants aux diverses stratégies d'interventions préventives des pouvoirs publics en matière de lutte contre le sida.

² CA Paris 1^{er} ch. 26 janvier 1994, Recueil Dalloz 1994 p. 75. Depuis la loi du 1^{er} juillet 1998 la sécurité sanitaire fut renforcée en cette matière. Cass. 2^o civ. 2 juin 2005, Bulletin 2005 II N^o 146 p. 131 Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2006, n^o 05-15.235...

³ Crim. 2 juill. 1998, Bull. crim. n^o 211, D. 1998.J. 457, note J. Pradel.

⁴ En 1991, lors de l'examen du projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, le Sénat avait adopté un amendement faisant de la transmission du virus du sida une infraction : « toute personne consciente et avertie » qui aurait « provoqué la dissémination d'une maladie transmissible épidémique » par un « comportement imprudent ou négligent » aurait

susceptibles de faire prospérer l'action en justice. L'article 222-15 du Code pénal relatif à « l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui » est devenu la base légale permettant la pénalisation des rapports contaminants. En effet, la Cour de cassation, dans une décision du 10 janvier 2006 s'est prononcée, pour la première fois, sur l'application des articles 222-15 et 222-9 du code pénal (violences) à la transmission, par voie sexuelle, du VIH. La Cour a confirmé la décision d'appel en retenant le délit d'administration de substances nuisibles aggravé par l'infirmité permanente des victimes et a déclaré coupable un homme séropositif qui a eu des rapports sexuels non protégés avec plusieurs jeunes femmes auxquelles il dissimulait volontairement son état de santé, désormais porteuses d'une « affection virale constituant une infirmité permanente ». Le comportement dolosif de l'auteur de l'infraction justifie pleinement l'intervention pénale. Comme le note le Conseil national du Sida (CNS) : « La condamnation pénale traduit la réprobation de la société à l'égard d'un comportement, telle la tromperie qui a trouvé dans le cadre du procès une sanction légitime »⁵. La Cour réaffirme sa doctrine dans un arrêt du 5 octobre 2010. Sur l'intention, les juges relèvent que le prévenu avait connaissance de sa contamination déjà ancienne, qu'il ne contestait pas avoir omis d'avertir sa compagne de sa séropositivité, qu'il avait reconnu avoir été parfaitement informé, au moment de sa relation avec elle, des modes de transmission du VIH ainsi que de la nécessité d'une protection durant l'acte sexuel et que, en acceptant ou sollicitant dans ces conditions des rapports non protégés, il n'avait pu ignorer les risques de contamination associés à son comportement. Ainsi, en toute connaissance de cause, pour ne pas avoir révélé son état, il avait volontairement fait courir à la victime un risque gravissime pour sa santé et sa vie, l'infraction d'administration d'une substance de nature à nuire à la santé étant dès lors constituée en tous ses éléments.

La contamination volontaire

S'agissant d'une exposition volontaire au VIH, la situation ne peut pas être analysée sous le même angle ni traitée juridiquement de la même manière. Tout d'abord, rappelons que chacun devrait se comporter comme si son partenaire était infecté (comme le prône la

été passible d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende. Cette disposition a été supprimée par l'Assemblée nationale.

⁵ Avis sur la pénalisation de la transmission sexuelle du VIH, 27/04/2007.

théorie allemande de l'auto-exposition consciente selon laquelle le dommage provoqué à autrui disparaît dans l'acte de contamination sexuelle pour devenir un dommage causé à soi-même⁶). Selon le Conseil National du Sida (CNS) : « Si une personne vivant avec le VIH a la responsabilité de ne pas transmettre le virus, la personne non contaminée a la responsabilité, à l'occasion d'une nouvelle relation, de se protéger du VIH et des autres infections sexuellement transmissibles. Par conséquent, cette responsabilité ne saurait être unilatérale ».

Si ce principe de responsabilité partagée ne peut nullement s'appliquer lorsque le coupable se comporte de manière dolosive, en revanche, dans la pratique du *barebacking* non seulement le dol est absent mais de surcroît la mise en danger est politiquement revendiquée par ses adeptes. Nous pouvons certes considérer cette pratique immorale mais elle ne peut en aucun cas être comparée à la contamination comme conséquence d'une tromperie.

L'acceptation d'une qualification pénale pour les contaminations volontaires mettrait en question la gestion libérale du VIH. Celle-ci se fonde sur une sorte de présomption de séropositivité selon laquelle tout le monde doit se protéger sous peine de s'exposer volontairement à une contamination. En ce sens, « nul ne devrait pouvoir s'en remettre aux assurances d'une autre personne qui affirmerait n'être pas contaminée, car même la "bonne foi" ne peut être tenue pour gage de vérité médicale »⁷.

Bien que le *barebacking* ne soit pas encore arrivé devant les tribunaux, la doctrine considère « qu'il n'y a aucune raison, ni de droit ni de fait, pour que l'auteur d'une contamination consciente et volontaire par voie sexuelle échappe à sa responsabilité pénale »⁸. De surcroît, ces dernières années, un discours emprunté de panique morale s'est installé sur la scène publique : « mise en danger de la vie d'autrui », « coups et blessures », « empoisonnement », « homicide involontaire »... Les individus séropositifs se livrant à la

⁶ La théorie *Bewusste eigenverantwortliche Selbstgefährdung* pose comme principe que l'absence de protection implique une exposition volontaire à la contamination.

⁷ F. Ocqueteau, « La répression pénale dans la lutte contre le sida, solution ou alibi ? » in E. Heilmann, *Sida et Libertés, la régulation d'une épidémie dans un état de droit*, Actes Sud, 1991 (actes du colloque organisé par D. Borrillo, Strasbourg 1990).

⁸ A. Prothais, « Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal », *Recueil Dalloz* 2006 p. 1068.

pratique du *barebaking* sont devenus des « criminels en puissance » et des « grenades sexuelles »⁹.

Ce choix répressif de la gestion du sida produit un changement radical dans le traitement politique et juridique de l'épidémie. En effet, le CNS s'est toujours prononcé contre la pénalisation de la transmission volontaire du VIH¹⁰. L'abandon du principe de responsabilisation partagée et la création du statut de victime pour celui qui s'est consciemment et volontairement exposé au risque de contamination peuvent provoquer la stigmatisation des séropositifs perçus comme des bourreaux. De même, cette situation crée un climat de suspicion généralisée qui inciterait les personnes à ne pas se faire dépister car l'ignorance de l'état sérologique deviendrait le seul moyen d'échapper aux poursuites pénales.

Conclusion

On peut partager le désarroi de victimes qui se sont trouvées face à des individus qui sont allés jusqu'à la falsification d'analyse sanguine pour prouver au partenaire une fausse seronégativité induisant à l'abandon du préservatif. On peut comprendre qu'elles demandent des sanctions pénales. Mais il ne faut pas oublier, comme le souligne l'ONUSIDA, que la répression ne contribue pas à freiner la transmission du VIH car elle n'entraîne pas nécessairement une modification du comportement sexuel. Surtout la généralisation de la solution pénale nuit aux politiques de santé publique : « si le recours au droit pénal est justifié dans certains cas, rien ne permet d'affirmer que c'est toujours la réponse la mieux appropriée »¹¹. Enfin le CNS montre le chemin à suivre : « Des sanctions de surveillance qui incluent un accompagnement social (mesure de sursis avec mise à l'épreuve, placement sous surveillance électronique, mesure de semi-liberté, mesure de suivi socio-judiciaire, contrainte pénale) et des sanctions citoyennes (travail d'intérêt général), devraient être préférées à des mesures de privation de liberté, sous réserve de satisfaire aux conditions de quantum de la peine »¹². En tout état de cause dès lors que la contamination demeure volontaire et que les partenaires sont conscients des risques encourus, une telle pratique ne

⁹ « Homos : la capote n'a plus la cote », *Libération*, 11/10/2000.

¹⁰ CNS Avis du 25 juin 1991 et du 27 avril 2006.

¹¹ ONUSIDA, « Droit pénal, santé publique et transmission du VIH. Étude des politiques possibles », Genève, 2002.

¹² *Recommandation du CNS sur la pénalisation de la transmission sexuelle du VIH en France*, 19/02/2015.

peut pas être qualifiée de délictueuse, elle devrait rester dans la sphère de la morale individuelle. Pour conclure, la *Déclaration de consensus d'experts sur la connaissance scientifique relative au VIH dans le contexte du droit pénal* (2018) recommande à juste titre que « de faire preuve de plus de prudence lorsqu'une poursuite pénale est envisagée, et notamment, d'évaluer minutieusement les dernières données scientifiques sur les risques de transmission et les conséquences de l'infection. Ceci est essentiel pour réduire la stigmatisation, la discrimination et éviter les erreurs judiciaires».