



It's time to end HIV criminalization

Il est temps de mettre fin à la criminalisation du VIH

Eric Mykhalovskiy¹

© The Author(s) under exclusive license to The Canadian Public Health Association 2024

HIV criminalization refers to the unjust use of the criminal law to prosecute people living with HIV for HIV non-disclosure, perceived HIV exposure, or unintentional HIV transmission (Bernard et al., 2022). In Canada, from 1989 to 2020, over 200 people faced criminal charges related to HIV non-disclosure in the context of a sexual encounter. Most cases have involved aggravated sexual assault charges, on the premise that consent to an otherwise consensual sexual encounter was invalidated because the accused partner did not disclose their HIV-positive status. The majority of prosecutions do not involve HIV transmission and prosecutions have taken place where there was negligible to zero risk of HIV transmission. At most, a handful of cases have involved any allegation of an intent to transmit HIV (Hastings et al., 2022).

The over 25-year struggle against unjust HIV criminalization in Canada has been led by a community of people, some HIV-positive, others not, that includes lawyers, human rights advocates, front-line workers in AIDS service and community organizations, health care providers, and researchers. Their collective efforts have challenged the pervasive stigmatization of HIV that fuels HIV criminalization and called into question the logic and practice of relying on punitive powers to address a complex social and public health issue. Together, they have helped enter current scientific research into legal and judicial decision-making with a view to breaking the pattern of criminal charges being brought in circumstances of negligible or no risk of HIV transmission. More consistently than the public health community itself, they have argued that HIV criminalization does more harm than good, and that HIV and HIV non-disclosure are best addressed as public health issues through a rights-based framework.

Research by Canadian social scientists has corrected assumptions about the value and neutrality of criminal law responses to HIV non-disclosure and exposed some of their most harmful effects. In a commentary in this issue, Hastings et al. (2023) review some of the key contributions of this research. They note that research tracking HIV non-disclosure criminal cases over time has shown that the criminal law is used in ways that exacerbate racial inequalities, with Black men and Indigenous women disproportionately represented among those charged and convicted at higher rates than white people facing similar charges. Research on Canadian media representations of HIV criminalization suggests how these problematic trends are exacerbated by the media's extraordinary overfocus on a small number of criminal cases involving Black male defendants resulting in "stigmatizing, racist, and anti-migrant" coverage (Hastings et al., 2023).

From another perspective, Canadian feminist legal scholars have concluded that HIV non-disclosure should no longer be prosecuted as a sexual assault. They argue not only that the use of aggravated sexual assault charges over-criminalizes HIV non-disclosure, but judicial efforts to avoid the over-extension of the criminal law—inadequate though these have been in the view of HIV advocates—have paradoxically also eroded legal concepts of consent before sex (Grant, 2020).

Another body of research underscores the harmful impact of HIV criminalization on HIV prevention and access to services. This work documents how HIV criminalization hinders women's ability to disclose their HIV-positive status to sexual partners and link with health services (Patterson et al., 2015). It shows that HIV criminalization can discourage HIV testing, heighten HIV stigma, and interfere with the ability of public health nurses and front-line staff to communicate openly with their clients about their sexual health needs. Moreover, HIV criminalization has an enduring impact on the lives of

✉ Eric Mykhalovskiy
ericm@yorku.ca

¹ Department of Sociology, York University, Toronto, ON, Canada

those living with HIV who have faced criminal charges, with research pointing to their increased exposure to violence and obstacles to housing and employment that heighten their economic insecurity (McClelland, 2019).

While the sources of policy change are multiple, research on the public health implications of HIV criminalization, scientific research establishing that people living with HIV with a suppressed viral load cannot transmit HIV (Barré-Sinoussi et al., 2018), and normative arguments in favour of rights-based approaches to HIV transmission over carceral approaches have begun to shift the tide on the question of HIV transmission in Canada.

This shift is manifest in several developments at the federal government level beginning in 2016, when then Minister of Justice and Attorney General of Canada, Jody Wilson-Raybould, recognized the problem of overcriminalization of HIV and directed her department to study the issue. In 2017, Justice Canada released its report recommending that use of the criminal law in circumstances of HIV non-disclosure should be restricted based on factors related to the risk of HIV transmission such as viral load or condom use (Department of Justice Canada, 2017). In 2019, the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights released its report affirming that HIV be treated as a public health issue and recommending that the Criminal Code of Canada be reformed to prohibit prosecutions, except in circumstances of actual HIV transmission (Standing Committee on Justice & Human Rights, 2019). In 2022, the federal government committed to a process of national consultation to inform possible legislative reforms. A consensus emerged from the almost 1000 submissions received during the consultation that Canada's overly punitive approach to HIV criminalization must end (Department of Justice Canada, 2023).

While some individual public health officials have supported efforts to reform HIV criminalization, the contribution of the organized public health profession, as a whole, has been marginal. Public health authorities have been indifferent to such efforts, have been afraid to voice their support, or have actively stood in the way of needed changes.

That is unacceptable. A community of practitioners that espouses principles of social justice and equity for people who are marginalized must walk the talk. It is not too late for the public health community to make a difference. There is much work and ongoing advocacy needed for the tide to fully turn on HIV criminalization in this country. A strong public health voice urging the federal government to deliver on its promise to enact principled, evidence-based Criminal Code reforms that end unjust HIV criminalization would make an important contribution.

Eric Mykhalovskiy
Professor, York University; Associate Editor, CJP

Éditorial invité

La criminalisation du VIH désigne l'utilisation injuste du droit criminel pour poursuivre des personnes vivant avec le VIH pour non-divulgaration de leur statut, pour exposition perçue au VIH ou pour transmission non intentionnelle du VIH (Bernard et al., 2022). De 1989 à 2020 au Canada, plus de 200 personnes ont fait face à des accusations criminelles liées à la non-divulgaration du VIH dans le contexte d'une expérience sexuelle. La plupart des cas impliquaient des accusations d'agression sexuelle grave, en partant du principe que le consentement à une expérience sexuelle consensuelle par ailleurs est invalidé si le partenaire accusé/la partenaire accusée n'a pas divulgué sa séropositivité VIH. La majorité des poursuites n'impliquaient pas la transmission du VIH, et il y a eu des poursuites où le risque de transmission du VIH était négligeable ou nul. Une poignée de cas tout au plus alléguaient que la personne accusée avait eu l'intention de transmettre le VIH (Hastings et al., 2022).

La lutte de plus de 25 ans contre la criminalisation injuste du VIH au Canada est menée par une communauté de personnes, certaines séropositives et d'autres non, incluant des avocates et des avocats, des porte-parole des droits de la personne, des intervenantes et des intervenants de première ligne travaillant dans des organismes de services liés au sida et des organismes associatifs, des professionnelles et des professionnels de santé et des chercheurs et chercheuses. Leurs efforts collectifs ont ébranlé la stigmatisation omniprésente du VIH qui alimente la criminalisation du virus et remis en cause la logique et la pratique de compter sur les pouvoirs répressifs pour aborder un problème social et sanitaire complexe. Ensemble, ces personnes ont contribué à faire entrer la recherche scientifique actuelle dans les décisions judiciaires afin de rompre avec l'habitude de déposer des accusations criminelles dans des situations où le risque de transmission du VIH est négligeable ou nul. Avec plus de constance que la communauté de la santé publique elle-même, cette communauté de personnes a fait valoir que la criminalisation du VIH fait plus de tort que de bien, et que le mieux est de considérer le VIH et la non-divulgaration du VIH comme des problèmes de santé publique à aborder selon un cadre fondé sur les droits.

Les recherches de spécialistes des sciences sociales du Canada ont corrigé les hypothèses sur la valeur et la neutralité du droit criminel en réponse à la non-divulgaration du VIH et exposé certains de leurs effets les plus néfastes. Dans un commentaire publié dans ce numéro, Hastings et collègues (Hastings et al., 2023) se penchent sur certaines des principales contributions à ces recherches. Ils font remarquer que les études retraçant les affaires

criminelles de non-divulgaration du VIH au fil du temps montrent que le droit criminel est utilisé d'une façon qui exacerbe les inégalités raciales : les hommes noirs et les femmes autochtones sont démesurément représentés parmi les personnes accusées et reconnues coupables, à des taux plus élevés que les personnes blanches faisant face à des accusations semblables. Selon les études sur la représentation de la criminalisation du VIH dans les médias canadiens, ces tendances problématiques sont exacerbées par l'attention hors de toute proportion que les médias ont accordée à un petit nombre d'affaires criminelles impliquant des défendeurs noirs, ce qui a donné lieu à une couverture « stigmatisante, raciste et anti-migrants » (Hastings et al., 2023).

D'un autre point de vue, des juristes féministes canadiennes ont conclu que la non-divulgaration du VIH ne devrait plus entraîner de poursuites pour agression sexuelle. Elles font valoir non seulement que l'utilisation d'accusations d'agression sexuelle grave surcriminalise la non-divulgaration du VIH, mais également que les démarches judiciaires visant à éviter une application trop large du droit criminel – bien qu'insuffisantes aux yeux des défenseurs et défenseuses de la cause du VIH – ont paradoxalement aussi érodé la notion juridique du consentement avant une relation sexuelle (Grant, 2020).

Un autre corpus de recherche souligne l'effet nocif de la criminalisation du VIH sur la prévention du VIH et l'accès aux services. On y démontre que la criminalisation du VIH entrave la capacité des femmes de divulguer leur séropositivité VIH à leurs partenaires sexuel-les et fragilise leur lien avec les services de santé (Patterson et al., 2015). Ainsi, la criminalisation du VIH peut dissuader le dépistage du VIH, amplifier la stigmatisation du VIH et interférer avec la capacité des personnels infirmiers de santé publique et des personnels de première ligne de parler ouvertement à leurs usagères et usagers de leurs besoins en matière de santé sexuelle. De plus, la criminalisation du VIH a des répercussions durables sur la vie des personnes vivant avec le VIH qui font face à des accusations criminelles : la recherche indique qu'elles sont plus exposées à la violence et qu'elles connaissent des obstacles au logement et à l'emploi qui augmentent leur insécurité économique (McClelland, 2019).

Les changements de politiques peuvent avoir de nombreuses sources, mais les études sur les conséquences pour la santé publique de la criminalisation du VIH, l'étude scientifique ayant établi que les personnes vivant avec le VIH et dont la charge virale est supprimée ne peuvent pas transmettre le virus (Barré-Sinoussi et al., 2018) et les arguments normatifs en faveur des approches fondées sur les droits, plutôt que des approches carcérales, commencent à inverser le courant sur la question de la transmission du VIH au Canada.

Ce changement est manifeste dans plusieurs faits nouveaux au gouvernement fédéral depuis 2016, quand la ministre de la Justice et procureure générale du Canada à l'époque, Jody Wilson-Raybould, a reconnu le problème de la surcriminalisation du VIH et donné l'instruction à son ministère d'étudier la question. En 2017, Justice Canada a publié un rapport recommandant de limiter le recours au droit criminel dans les situations de non-divulgaration du VIH en fonction des facteurs liés au risque de transmission du virus, comme la charge virale ou le port du condom (Department of Justice Canada, 2017). En 2019, le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes a publié un rapport affirmant que le VIH devait être traité comme un problème de santé publique et recommandant que le Code criminel du Canada soit réformé pour interdire les poursuites, sauf dans les situations de transmission réelle du VIH (Standing Committee on Justice & Human Rights, 2019). En 2022, le gouvernement fédéral s'est engagé à mener un processus de consultation national pour éclairer d'éventuelles réformes législatives. Un consensus s'est dégagé des près de 1 000 présentations reçues durant la consultation : la nécessité de mettre fin à l'approche par trop répressive du Canada à l'égard de la criminalisation du VIH (Department of Justice Canada, 2023).

Quelques fonctionnaires de la santé publique ont appuyé les efforts pour réformer la criminalisation du VIH, mais la contribution de la profession de la santé publique organisée a été marginale dans l'ensemble. Les autorités de santé publique ont été indifférentes à ces efforts, ont eu peur d'exprimer leur appui ou se sont activement opposées aux changements nécessaires.

C'est inacceptable. Une communauté de pratique qui épouse les principes de la justice sociale et de l'équité pour les personnes marginalisées doit joindre le geste à la parole. Il n'est pas trop tard pour la communauté de la santé publique de changer les choses. Il faudra beaucoup de travail et de plaidoyers soutenus pour inverser complètement le courant en matière de criminalisation du VIH au pays. Si la santé publique exhorte fermement le gouvernement fédéral à respecter sa promesse d'instaurer des réformes raisonnables et factuelles du Code criminel pour mettre fin à la criminalisation injuste du VIH, elle apporterait une contribution majeure.

Eric Mykhalovskiy

Professeur, York University; Rédacteur associé, RCSP

References/Références

- Barré-Sinoussi, F., Abdool Karim, S. S., Albert, J., Bekker, L. G., et al. (2018). Expert consensus statement on the science of HIV in the context of criminal law. *Journal of the International AIDS Society*, 21(7), e25161.

- Bernard, E. J., Symington, A., & Beaumont, S. (2022). Punishing vulnerability through HIV criminalization. *American Journal of Public Health, 112*(S4), S395–S397.
- Department of Justice Canada. (2017). *Criminal justice system's response to non-disclosure of HIV*. Retrieved from: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/hivnd-vihnd/hivnd-vihnd.pdf>. Accessed 10 December 2023.
- Department of Justice Canada. (2023). *What we heard report: HIV non-disclosure public consultation*. Retrieved from: https://www.justice.gc.ca/eng/cons/hiv-vih/rep-rap/pdf/What_We_Heard_Report-HIV_Non-Disclosure_Consultation_EN.pdf. Accessed 10 December 2023.
- Grant, I. (2020). The complex legacy of R. v. Cuerrier: HIV nondisclosure prosecutions and their impact on sexual assault law. *Alberta Law Review, 58*(1).
- Hastings, C., Massaquoi, N., Elliott, R., & Mykhalovskiy, E. (2022). *HIV criminalization in Canada: Key trends and patterns (1989–2020)*. Retrieved from: <https://www.hivlegalnetwork.ca/site/hiv-criminalization-in-canada-key-trends-and-patterns-1989-2020/?lang=en>. Accessed 8 December 2023.
- Hastings, C., French, M., McClelland, A., Mykhalovskiy, E., et al. (2023). Criminal Code reform of HIV non-disclosure is urgently needed: Social science perspectives on the harms of HIV criminalization in Canada. *Canadian Journal of Public Health*. <https://doi.org/10.17269/s41997-023-00843-9>
- McClelland, A. (2019). *The criminalization of HIV non-disclosure in Canada: Experiences of people living with HIV*. Retrieved from: <https://www.alexandermcclelland.ca/blog-1/2019/11/21/the-criminalization-of-hiv-in-canada-experiences-of-people-living-with-hiv>. Accessed 10 December 2023.
- Patterson, S., et al. (2015). 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. *Journal of the International AIDS Society, 18*(1).
- Standing Committee on Justice and Human Rights. (2019). *The criminalization of HIV non-disclosure in Canada: Report of the Standing Committee on Justice and Human Rights*. Retrieved from: <https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/JUST/Reports/RP10568820/justrp28/justrp28-e.pdf>. Accessed 9 December 2023.

Publisher's Note Springer Nature remains neutral with regard to jurisdictional claims in published maps and institutional affiliations.