

REVUE VIH/SIDA, DROIT ET POLITIQUES

VOLUME 10, NUMÉRO 2, AOÛT 2005

Criminalisation de la transmission du VIH en Angleterre et au Pays de Galles : questions juridiques et de politiques

Dans cet article, Matthew Weait et Yusef Azad décrivent la situation actuelle du droit relativement à la transmission du VIH en Angleterre et au Pays de Galles,¹ puis soulèvent des questions sur les implications plus larges de cette criminalisation pour les intervenants du domaine du VIH/sida. Les auteurs examinent comment a été interprétée l'exigence en matière de faute, pour établir s'il y a eu « insouciance » dans les affaires en cause. Ils examinent les approches des tribunaux en ce qui touche le consentement – la défense qu'ont tenté de faire valoir les personnes qui ont porté en appel les verdicts de culpabilité prononcés contre elles. Les auteurs s'interrogent ensuite sur la pertinence de la divulgation, puis sur l'approche des cours à l'égard de la connaissance de la séropositivité au VIH ainsi que des risques associés aux rapports sexuels non protégés. Ils discutent enfin de la pertinence de la nature de la relation entre l'accusé et la personne qu'il aurait exposée au VIH; puis abordent le potentiel de stigmatisation pouvant résulter de cette criminalisation, pour les groupes marginalisés sur le plan socio-économique. Ils concluent en examinant des enjeux plus généraux touchant les politiques.

Introduction

Quatre affaires se sont conclues par des condamnations pour avoir transmis le VIH, en Angleterre et au Pays de Galles; deux d'entre elles ont été entendues en appel. Trois des personnes qui ont été condamnées ou ont

voir page 5



Dans ce numéro

Canada – Plus besoin de déclarer la séropositivité au VIH sur le formulaire de demande de visa	14
L'approche ABC en Ouganda : succès ou subterfuge?	25
Canada – Projets pilotes de tatouage sécuritaire dans six prisons fédérales	16
Leadership à l'ONU et réduction des méfaits : zone de turbulence	27
É.-U. – Des restrictions au financement menacent les droits des travailleuses sexuelles	28
Inde – La nouvelle loi sur les brevets risque de limiter l'accès aux traitements	31

Criminalisation de la transmission du VIH en Angleterre et au Pays de Galles : questions juridiques et de politiques

de la page 1

plaidé coupable étaient d'origine africaine et l'autre, portugaise. Les quatre hommes avaient transmis le VIH à des partenaires sexuelles.

Mohammed Dica a été reconnu coupable en 2003 et, par suite d'un appel qui a conduit à deux nouveaux procès qui ont avorté, il a été reconnu coupable en mars 2005 et condamné à quatre ans et demi d'emprisonnement.² Kouassi Adaye a plaidé coupable en janvier 2004 et a été condamné à six ans d'emprisonnement (cette peine inclut d'autres infractions non pertinentes à sa séropositivité). Feston Konzani a été déclaré coupable en mai 2004 et a été condamné à dix ans d'emprisonnement. Il a été débouté en appel de sa condamnation et de sa sentence, en mars 2005.³ Paolo Marias a plaidé coupable en avril 2005 et a été condamné à trois ans d'emprisonnement.

Tous ont été trouvés coupables ou ont plaidé coupable en vertu de l'article 20 de l'*Offences Against the Person Act 1861*, une disposition qui requiert que la poursuite fasse la preuve que l'accusé a causé des préjudices physiques sérieux à autrui et était conscient du risque.⁴

L'insouciance

L'exigence en matière de faute, pour une condamnation en vertu de l'article 20, est l'insouciance dite subjective. Selon le principe général, en droit britannique, une personne a été insouciante aux termes de l'article 20 si elle était consciente du risque de

causer un préjudice physique et qu'elle a couru ce risque.⁵ Dans le contexte qui nous occupe, cela signifie que le procureur doit établir que, au moment où a eu lieu la transmission de l'infection à VIH, l'accusé était conscient du risque de transmettre le VIH à sa/son partenaire.

Énoncée de la sorte, l'exigence en matière de faute paraît relativement simple. Cependant, l'arrêt *Dica* porte à croire que la simplicité n'est pas aussi grande qu'elle n'y paraît. Le raisonnement sous-jacent pour imposer la responsabilité criminelle à des personnes qui ont été insouciantes est qu'elles ont pris, en toute connaissance de cause, un risque injustifié.

Leur faute réside donc dans le caractère objectivement injustifiable de leur action, combiné à l'état psychologique, évalué subjectivement, dans lequel elles étaient au moment de l'acte en cause. Bien que l'on puisse considérer qu'un risque couru par une personne qui en avait conscience peut être objectivement justifiable, cet argument n'a pas encore été soumis à une cour britannique. Il est donc plus utile et pertinent, dans l'immédiat, d'examiner les paramètres de l'avertance.

On peut conceptualiser de diverses manières la notion d'avertance, en lien avec le risque de transmission. La première manière est de considérer qu'elle nécessite, de fait, que l'on sache que l'on est séropositif au VIH; un tel modèle signifierait que seulement les personnes qui sont au

courant de leur séropositivité, pour avoir reçu un résultat positif au test, seraient exposées à une poursuite criminelle si elles transmettaient le VIH.

Une deuxième manière de voir l'avertance est de considérer qu'elle ne nécessite rien de plus que la conscience que l'on *pourrait* être séropositif au VIH; un tel modèle signifierait que les personnes qui n'ont jamais reçu de sérodiagnostic positif au VIH, mais qui se sont déjà adonnées à des activités qu'elles savaient pouvoir comporter un risque de transmission du VIH, et qui étaient conscientes des conséquences possibles, pourraient se voir imputer une responsabilité criminelle si, de fait, elles étaient séropositives au VIH et avaient transmis le VIH à un partenaire.

Les personnes correspondant à l'une ou l'autre de ces catégories pourraient, d'un point de vue analytique, être considérées insouciantes, d'un point de vue subjectif. La décision, à savoir si toute personne *devrait* être considérée telle, légalement, est toutefois une question différente qui dépend du point de vue personnel sur la portée de la responsabilité. Certains observateurs, comme le prof. John Spencer, de l'Université de Cambridge, croient que les personnes qui cadrent dans la seconde catégorie devraient, par principe, être criminalisées. Le prof. Spencer a écrit :

Infester une personne qui ne se doute de rien, par une maladie que vous êtes

conscient d'avoir, ou que vous savez que vous *pourriez avoir*, par un comportement dont vous savez qu'il pose un risque de transmission, et que vous pourriez facilement modifier afin de réduire ou d'éliminer le risque, c'est porter préjudice à autrui d'une manière injustifiée et cynique. Pour cette raison, la responsabilité criminelle est justifiée, à moins de solides raisons contraires. À mon sens, il n'en existe pas. [trad.]⁶

Pour Spencer et ceux qui appuient son point de vue, la faute réside dans une définition étendue de l'avertance – et inclut les personnes qui, en raison de conduite antérieure et de leur connaissance de ses implications, peuvent être punies à raison si elles n'ont pas adapté leurs pratiques sexuelles. Cette position n'est pas celle qu'a retenue la Cour d'appel dans l'affaire *Dica*. La cour a affirmé que l'effet du jugement était :

... d'écarter certaines des restrictions surannées contre la poursuite fructueuse de personnes qui, *ayant connaissance qu'elles souffraient du VIH ou d'une autre maladie sexuelle grave*, l'ont transmis de manière insouciant lors d'une relation sexuelle consensuelle.⁷ [italiques ajoutés]

L'approche plus étroite de la Cour d'appel, à savoir de limiter la criminalisation aux cas des personnes qui savent qu'elles ont l'infection à VIH, en est une que nous accueillons favorablement. Si la Cour avait adopté l'approche plus large prônée par Spencer, les personnes qui auraient déjà eu un rapport sexuel avec une personne dont l'état sérologique [négatif] pour le VIH ou d'autres infections transmissibles sexuellement ne leur était pas connu avec certitude, et qui n'auraient pas établi qu'elles-mêmes n'avaient pas d'infection, avant d'avoir un rapport non protégé avec un nouveau

partenaire, seraient – en l'absence d'une défense – criminellement responsables en vertu de l'article 20 de l'*Offences Against the Person Act*.

Cela aurait conduit à une extension considérable de la responsabilité criminelle, qui n'est qu'à un cheveu de fonder la responsabilité sur l'appartenance à un groupe à prévalence élevée – au motif que les hommes gais, les utilisateurs de drogue par injection ou les personnes d'Afrique subsaharienne devraient prendre pour acquis, en vertu des principes susmentionnés, qu'ils sont ou pourraient être séropositifs au VIH.

L'approche plus étroite de la Cour d'appel, limitant la criminalisation aux cas des personnes qui savent qu'elles ont l'infection à VIH, en est une que nous accueillons favorablement.

Une autre raison de se réjouir de la définition plus étroite de l'insouciance, par la Cour d'appel, est qu'elle respecte au moins en partie l'opinion exprimée publiquement par le gouvernement du Royaume-Uni à l'effet que seule la transmission *intentionnelle* du VIH devrait être criminalisée. La Law Commission for England and Wales avait recommandé, en 1993, qu'il n'y avait pas de raison de ne pas tenter de poursuites pour la transmission insouciant de la maladie,⁸ mais le gouvernement a rejeté cet avis.

Dans un document consultatif publié en 1998, le Home Office a expliqué que, bien qu'il était justifiable d'intenter des poursuites dans des cas de transmission intentionnelle

(puisque des incidents de transmission intentionnelle constituaient des « actes maléfiques »), le même argument ne pouvait pas être invoqué lorsque la transmission n'était pas intentionnelle.⁹

Si le Crown Prosecution Service (CPS [le Service du procureur de la couronne]) avait été favorable à la position du gouvernement et l'avait adoptée, il n'y aurait pas eu de condamnations pour transmission insouciant du VIH. Cependant, le CPS est une agence juridique autonome, dont les seules préoccupations en matière de poursuites sont (a) la présence suffisante de preuves à l'appui des arguments de la Couronne; et (b) la question de savoir si la poursuite sert l'intérêt public. Le CPS était de toute évidence certain que ces critères étaient satisfaits dans les trois affaires soumises à des cours, jusqu'à présent. René Barclay, directeur des cas graves au CPS de la région de Londres, a affirmé, à l'issue de la condamnation initiale de Mohammed Dica :

C'était une affaire judiciaire sans précédent, qui a nécessité un solide effort d'équipe. Les implications, pour le futur, sont que les personnes insouciantes de cette manière seront vigoureusement poursuivies en justice.¹⁰

Un débat vif et légitime entoure la question de savoir si la responsabilité criminelle devrait être appliquée à la transmission insouciant du VIH lors de rapports sexuels (en prenant le premier sens donné à l'insouciance, ci-dessus, c'est-à-dire prendre un risque injustifiable de transmettre le VIH en sachant que l'on est séropositif). Or il existe un argument de santé publique (qui est concret et basé sur de solides principes) à l'effet que l'on ne devrait pas élargir le droit de la sorte.

Simplement dit, si une personne risque d'être tenue criminellement responsable parce qu'elle sait qu'elle a le VIH (comme dans l'affaire *Dica*), il se peut que cela incite des gens à éviter le test du VIH : si l'on ne sait pas que l'on est séropositif, on ne pourra pas être considéré insouciant, du point de vue légal, puisque l'on n'est pas conscient du risque de transmission à son ou ses partenaires.

Cette conséquence paradoxale de l'approche subjective de la faute, adoptée par la Cour d'appel, n'a pas été abordée dans le raisonnement de la cour, puisque les considérations sanitaires – techniquement sans pertinence aux affaires portées en appel – n'ont pas été prises en considération. Bien qu'à notre connaissance il n'existe pas de données empiriques confirmant l'hypothèse de l'incitatif à ne pas passer le test, il n'en existe pas non plus pour l'infirmer. D'après le principe que (a) s'agissant d'enjeux sanitaires, il est préférable de garder à l'esprit le principe de précaution, et que (b) l'avenue de rechange (l'imposition de la responsabilité à ceux qui ne sont *pas* informés de leur séropositivité) serait encore pire que la position actuelle, nous sommes en présence de solides raisons de rejeter d'emblée la criminalisation de la transmission insouciance.

Le consentement

Le fait que des personnes risquent d'être accusées en vertu de l'art. 20 de l'*Offences Against the Person Act* pour transmission insouciance du VIH est relativement problématique. Cependant, la question du consentement, et la manière dont les tribunaux britanniques l'abordent, embrouille davantage la situation.

Lors du premier procès de Mohammed Dica, en 2003, il a invo-

qué comme défense l'argument que les plaignantes avaient consenti au préjudice de la transmission du VIH puisqu'elles avaient accepté d'avoir des rapports sexuels sans protection. Le juge du procès n'a pas accepté cet argument, pour la simple raison qu'il se considérait lié par la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *R v Brown*.¹¹ Cette affaire (qui portait sur des préjudices infligés dans le contexte de rapports sexuels sado-masochistes) fait jurisprudence sur la proposition qu'une personne ne peut pas, légalement, consentir à subir des préjudices physiques de la part d'autrui; il n'est pas difficile de comprendre pourquoi le juge s'y est conformé dans le contexte de la transmission du VIH.

La Cour d'appel a toutefois considéré que le juge du procès avait commis une erreur en droit. Tout en reconnaissant l'existence de raisons solides du domaine des politiques pour rejeter la défense du consentement lorsque des préjudices physiques ont été subis dans le cadre d'un échange de plaisir, elle a affirmé que, dans le contexte sexuel, la transmission du VIH était un enjeu différent.

Selon la Cour d'appel, la distinction réside dans le fait que les préjudices en cause dans l'affaire *Brown* avaient été infligés de manière délibérée, mais que, dans les cas de transmission du VIH le préjudice se comprend mieux comme une conséquence malheureuse découlant d'un risque. Les rapports sexuels ont toujours impliqué des risques – qu'il s'agisse de maladies ou d'une grossesse. Or la Cour a affirmé que, si le droit niait la possibilité qu'une personne consente à prendre un risque, il en résulterait une réduction importante et injustifiable de l'autonomie personnelle – une avenue qui ne pour-

rait être sanctionnée autrement que par une loi primaire.¹²

Il demeure plusieurs questions importantes à propos de la distinction que fait la Cour, entre le consentement à un préjudice dans le contexte sado-masochiste et dans le contexte qui nous occupe.¹³ Dans cet article, toutefois, nous nous concentrons sur la manière dont la Cour a interprété son approche au consentement, plus tard, dans l'affaire *R v Konzani*. Dans cette affaire, le requérant en appel a admis qu'en ayant des rapports sexuels sans protection tout en sachant qu'il était séropositif au VIH, il avait été insouciant. Son appel de sa condamnation a donc porté sur la directive qu'avait fourni le juge au jury, à propos du consentement – une défense qu'il a pu soulever en raison de la décision antérieure de la Cour d'appel dans l'affaire *Dica*.

La directive, dans cette affaire, avait mis en relief qu'afin d'accueillir la défense de consentement le jury devait être persuadé que tout consentement au risque de transmission avait été donné *consciemment*. L'avocat du prévenu s'est opposé à cette directive, au motif qu'elle n'expliquait pas au jury qu'il pouvait acquitter M. Konzani s'il considérait que ce dernier croyait en toute honnêteté que les plaignantes étaient consentantes (même si cette croyance n'était pas raisonnable). C'était l'argument soumis à la Cour d'appel.

La Cour d'appel a rejeté cet argument. Bien qu'elle ait reconnu que la croyance honnête du consentement constituerait normalement une défense,¹⁴ elle a ajouté qu'en l'espèce « la croyance honnête du défendeur doit être concomitante avec le consentement qui offre bel et bien une défense ».¹⁵ Du point de vue de la cour, il y avait une différence fonda-

mentale entre courir un risque (dont les témoignages des plaignantes ont démontré la présence)¹⁶ et *consentir* à un risque (ce qui a été empêché par le fait que M. Konzani n'ait pas divulgué sa séropositivité, dont il était au courant). En conséquence, du point de vue légal il n'y avait pas de consentement auquel M. Konzani aurait pu croire, honnêtement ou non.

On peut soutenir qu'une personne qui accepte d'avoir un rapport sexuel sans condom avec une personne dont elle ne connaît pas l'état sérologique au VIH avec certitude consent au risque de transmission.

Avec tout le respect dont nous devons faire preuve, cette belle logique nous semble extrêmement problématique. Dans l'affaire *Dica*, la Cour d'appel avait affirmé simplement qu'un prévenu aurait une défense si le plaignant avait consenti au risque de transmission. On peut à tout le moins soutenir qu'une personne qui accepte d'avoir un rapport sexuel sans condom avec une personne dont elle est ne connaît pas l'état sérologique au VIH avec certitude se trouve à consentir au risque de transmission, du fait même qu'elle accepte ce rapport non protégé avec cette personne. Dans l'affaire *Konzani*, la Cour d'appel a clairement senti le besoin d'expliquer que ce n'est pas ce qu'elle avait voulu affirmer dans l'affaire *Dica*. Elle l'a fait en insistant sur le

lien entre l'insouciance, le consentement et la divulgation, et en expliquant que l'allégation, dans l'affaire *Dica*, était que

[l'accusé] avait agi de manière insouciante, puisqu'il souffrait du virus du VIH [*sic*], et de ses conséquences, et tout en connaissant les risques de sa transmission à une partenaire sexuelle, il a caché son état aux plaignantes, les laissant ignorantes à ce sujet.¹⁷

Cette position, à notre avis, est une interprétation radicale de l'insouciance et elle étend la signification de cette notion au delà du simple fait d'être conscient du risque que se produise quelque chose. De fait, du moins dans ce contexte,¹⁸ la cour semble affirmer que l'insouciance n'implique pas seulement la prévision d'un risque, mais aussi la non-divulgation; et que, puisque la non-divulgation résulte en une ignorance, une personne qui a contracté l'infection de celui qui ne lui a pas divulgué sa séropositivité ne pouvait pas, consciemment et de son gré, consentir au risque de transmission. Par conséquent, d'après la logique judiciaire, la défense ne s'applique pas.¹⁹

Il s'en trouvera sans doute pour approuver l'approche de la cour : ils avanceront qu'elle empêche les personnes qui transmettent le VIH par des rapports non protégés d'affirmer pour leur défense que les personnes qui ont accepté de tels rapports sexuels ont consenti au risque de préjudice. Cependant, les partisans de cette approche de la cour devraient à tout le moins reconnaître qu'ils risquent de renforcer l'idée que chacun n'est pas responsable de sa propre santé – ce qui contredit la plupart des campagnes de prévention du VIH.

De fait, en confirmant que la

défense n'est applicable que s'il y a eu consentement au risque (ou croyance honnête de ce consentement), la cour a affirmé implicitement que les personnes qui ne consentent pas de plein gré au risque, mais qui choisissent volontairement de *courir* le risque, ne sont pas responsables des conséquences de leur décision. De plus, les personnes qui abondent dans le sens de la cour devraient reconnaître que cela signifie d'accepter que la divulgation faite par un partenaire est la seule source pertinente de connaissance quant à la possibilité de consentir consciemment au risque de transmission, alors qu'il y a d'autres manières de prendre conscience du risque. Examinons cet élément.

La connaissance

Certes, la divulgation de la séropositivité au VIH, par un partenaire, est la manière la plus directe et immédiate par laquelle une personne peut être informée du risque de contracter le VIH par des rapports sexuels non protégés; et, selon nous, il est fautif en principe qu'une personne qui a reçu cette information ait la possibilité d'affirmer qu'un acte criminel a été commis si elle contracte l'infection lors de rapports sexuels consensuels avec ce partenaire. Mais, en revanche, il n'est pas facile de défendre le point de vue voulant que la *non-divulgation* par un partenaire impliquerait automatiquement qu'un acte criminel a été commis.

Voici pourquoi. La Cour d'appel a affirmé, dans les affaires *Dica* et *Konzani*, que le consentement au risque de transmission [par autrui] devrait constituer un moyen de défense pour la personne qui a transmis le VIH de manière insouciante. Dans l'affaire *Konzani*, la cour a

clairement établi que ce consentement devait être fait « de plein gré » ou « consciemment », et que, en fait, cela n'était pas possible si le partenaire qui a transmis l'infection avait échoué à divulguer sa séropositivité au moment opportun. Comme l'a écrit la cour :

Si un individu qui sait qu'il souffre du virus VIH cache ce fait marquant à sa partenaire sexuelle, le principe de l'autonomie de cette dernière n'est pas respecté si cet individu n'est pas inculpé alors qu'il lui a transmis le virus VIH de manière insouciant lors de rapports sexuels consensuels. De tous les points de vue, le fait que cela lui ait été caché signifie presque inévitablement qu'elle a été trompée. Son consentement n'était pas adéquatement éclairé et elle n'a pas pu donner un consentement éclairé à quelque chose qu'elle ignorait.²⁰

En employant des termes liés à la tromperie, la cour parvient à renforcer le lien entre (a) la non-divulgence et la faute (de la personne qui transmet le VIH) et entre (b) la non-divulgence et l'ignorance (de la personne qui contracte le VIH). Elle rejette ainsi la possibilité qu'une personne à laquelle un partenaire n'aurait pas divulgué sa séropositivité puisse être suffisamment informée sur le risque de transmission pour que l'on conclue qu'elle y avait bel et bien consenti.

Nous écrivons « bel et bien » parce que la cour, dans l'affaire *Konzani*, a concédé qu'il pouvait se présenter des situations où une personne n'a pas divulgué directement sa séropositivité au VIH, mais où les circonstances sont telles que (a) le partenaire auquel elle a transmis le VIH pouvait donner un consentement reconnu légalement, ou (b) ces circonstances permettent à la personne accusée d'affirmer qu'elle

croyait en toute honnêteté que son partenaire avait consenti. La cour a écrit :

Par exemple, un individu qui a le VIH peut développer une relation de nature sexuelle avec une personne qui le connaissait déjà lorsqu'il était à l'hôpital et recevait des traitements pour la maladie [à VIH]. Le cas échéant, le consentement éclairé de cette personne, s'il était bel et bien éclairé, demeurerait une défense; il appartiendrait à la couronne de faire la preuve que cela n'était pas le cas, même si le prévenu n'avait pas informé personnellement cette personne de son état. Même si elle n'a pas effectivement consenti, cet exemple illustrerait le fondement d'un argument selon lequel il croyait en toute honnêteté au consentement éclairé de la partenaire. Par ailleurs, il peut croire honnêtement que sa nouvelle partenaire sexuelle a été informée de sa maladie par une autre personne qui les connaît tous les deux. Des cas comme ceux-là ne sont pas invraisemblables et peuvent se produire.²¹

Il s'agit certes d'une concession, mais le choix d'exemples par la cour montre très clairement qu'elle rejette tout argument fondé sur la connaissance *générale* des risques associés aux rapports sexuels sans protection avec une personne dont on n'est pas certain de l'état sérologique.²² Dans les deux scénarii hypothétiques, il y a bel et bien eu divulgation – par le contexte (l'élément du traitement à l'hôpital) ou par un tiers.

Ces concessions sont extrêmement étroites et portent à croire que, même lorsqu'une personne connaît en toute conscience la possibilité qu'un partenaire sexuel qui ne parle pas du VIH puisse tout de même être séropositif (p. ex., si elle sait qu'il a eu des activités

non sécuritaires avec d'autres personnes, ou qu'il s'est déjà injecté de la drogue), cette connaissance ne devrait pas pouvoir servir de défense à la personne de qui elle a contracté le VIH.

Ce qu'indique l'éthique n'est pas, ou ne devrait pas être, nécessairement dicté par la loi.

La divulgation de la séropositivité connue, à ses partenaires sexuels, peut être une pratique indiquée par l'éthique. Mais ce qui est conseillé par l'éthique n'est pas, ou ne devrait pas être, nécessairement dicté par la loi. On peut critiquer de manière légitime le fait de criminaliser l'individu qui a transmis le VIH alors que ceux qui l'ont contracté étaient, en dépit de la non-divulgence, bien conscients des préjudices potentiels auxquels ils pouvaient s'exposer en acceptant d'avoir des rapports sexuels comportant un risque de transmission.

Les relations et les identités

Nous savons bien que les arguments mis de l'avant jusqu'ici dans notre article peuvent être contestés. Dans le contexte d'un sujet si délicat et complexe, cela n'est pas étonnant. Mais, même si ces critiques de la réponse légale à la criminalisation de la transmission étaient acceptées, il demeure un problème crucial qui n'est pas facilement résolu.

Le droit pénal est un instrument grossier qui a recours à des principes généraux, d'application universelle, pour déterminer la responsabilité. Les

catégories neutres du préjudice, de la faute, du lien de causalité et du consentement sont mal adaptées à la tâche de juger une conduite qui a lieu dans le cadre de relations caractérisées par des manifestations infiniment diversifiées de l'intimité, du désir sexuel, de la confiance et de l'honnêteté.

Pareillement, les critères impartiaux de la preuve adéquate et de « l'intérêt public » qui éclairent le processus de poursuite pénale sont des notions pouvant servir à dissimuler des effets discriminatoires, aussi fortuits puissent-ils être (jusqu'ici, en Angleterre et au Pays de Galles, tous les prévenus étaient des immigrants, dont trois hommes noirs d'origine africaine; en Écosse, le seul cas de poursuite pénale visait un homme aux antécédents d'injection de drogue²³).

Les critiques juridiques doivent par conséquent aborder les questions suivantes. Premièrement, est-il possible de dénoncer la criminalisation des personnes qui transmettent le VIH de manière insouciant à leurs partenaires sexuels, sans égard à la relation en l'espèce? Deuxièmement, est-il possible de renforcer les critiques de ces poursuites en signalant que les accusés sont (et sont plus que susceptibles d'être encore à l'avenir) des membres de communautés qui sont marginalisées sur le plan social et/ou économique, et confrontées à la stigmatisation et à la discrimination?

La question de savoir si le type de relation liant des partenaires est (ou devrait être) pertinent ou non, dans des affaires pénales portant sur la transmission du VIH, a été abordée directement par la Cour d'appel dans l'affaire *Dica* :

À un extrême, il y a les rapports sexuels occasionnels entre purs étrangers,

parfois avec protection, parfois sans, et où l'on sait que les risques sont plus élevés; à l'autre extrême, on trouve les relations sexuelles de couples qui ont une relation durable, d'amour et de confiance, et qui peuvent à l'occasion comporter des risques.²⁴

Bien que cette distinction puisse être intuitivement attrayante, la Cour a établi qu'elle ne présentait pas de pertinence, sur le plan des principes juridiques, quant à la possibilité d'invoquer la défense du consentement. Soit il y a consentement (ou la croyance honnête qu'il était présent), soit il n'y en a pas.

Le problème d'une telle approche, pour déterminer si le prévenu peut se défendre en affirmant que le plaignant était consentant, réside dans l'échec à reconnaître les difficultés qui peuvent se manifester dans le cadre concret des procédures pénales – des difficultés accentuées à cause de la décision dans l'affaire *Konzani*. On se souviendra que, dans cette affaire, la cour a souligné que seul un consentement conscient ou de plein gré par la personne qui a contracté l'infection (ou la croyance, par le prévenu, d'un tel consentement) devrait être reconnu comme défense. Il est également suggéré qu'un consentement de ce genre, sauf en cas des plus exceptionnels, n'existerait que si la personne qui se savait séropositive et qui a transmis le VIH avait divulgué au préalable sa séropositivité au partenaire.

Le problème est donc le suivant. Même si la cour, dans l'affaire *Dica*, a affirmé que la nature de la relation entre les parties n'était pas pertinente à la question du consentement, il y a à notre avis un danger bien réel que les jurés accordent une profonde pertinence à cette question en déterminant s'il y a eu consentement au risque de transmission (ou croyance honnête de

ce consentement).

Par exemple, il n'est pas impossible qu'un jury soit porté à accepter qu'un homme qui a contracté le VIH lors de rapports sexuels consensuels avec un inconnu dans un sauna pour hommes gais, a consenti au risque de transmission; ou que l'homme de qui il a contracté le VIH dans cette situation croyait honnêtement à son consentement. Cette avenue serait possible puisque l'affaire *Konzani* laisse ouverte la possibilité du cas « exceptionnel » dont le contexte qui lie les parties peut en soi constituer une divulgation et, par conséquent, conduire le jury à accueillir une défense fondée sur la croyance honnête. En contrepartie, un jury pourrait être moins enclin à accepter la présence d'une telle croyance lorsqu'il s'agirait d'un homme adultère qui aurait transmis le VIH à son épouse.

Ce pourrait d'ailleurs être le cas en dépit de l'affirmation de la Cour d'appel dans l'affaire *Konzani* à l'effet que le consentement ne peut être reconnu que (a) s'il était conscient et donné de plein gré, et (b) faisait suite à une divulgation. Ainsi, bien qu'il soit difficile de concevoir comment (sur le plan légal, à la suite de l'affaire *Konzani*) l'homme qui aurait contracté le VIH dans un sauna en l'absence d'une divulgation pourrait être moins protégé que l'épouse, il se peut que des jurés se refusent à traiter ces deux cas de la même manière.

S'il refusent de le faire en raison d'une évaluation morale de la conduite ou de la sexualité des personnes en cause, le droit entraînera d'autres conséquences discriminatoires. Par contre, s'ils abordaient les deux cas de la même manière, cela soulève la question de savoir si le droit devrait nier la responsabilité de santé sexuelle qui

incombe à l'homme gai informé qui était au sauna, partant de la notion qu'au regard du droit il ne diffère pas de l'épouse qui n'avait pas conscience du risque auquel elle était exposée par ses rapports sexuels avec un époux infidèle.²⁵

Autrement dit, les règles et principes d'application universelle peuvent avoir des effets discriminatoires, dans la pratique, ou – si ce n'est pas le cas – laisser sans réponse des questions quant à leur légitimité.

Ces questions, qui sont à coup sûr celles qui se manifesteront dans des affaires futures, ne sont pas faciles à résoudre et elles démontrent à notre avis que les règles d'application universelle qui prévalent en droit pénal sont particulièrement déficientes devant des situations où peuvent se présenter des considérations morales et éthiques différentes.

Les règles d'application universelle en droit pénal sont particulièrement déficientes devant des situations où peuvent se présenter des considérations morales et éthiques différentes.

La deuxième question – à savoir s'il est possible de critiquer la procédure de poursuite parce qu'elle renforce la stigmatisation à l'égard de groupes marginalisés – est encore plus complexe. Le Crown Prosecution Service, au Royaume-Uni et au Pays de Galles, comme suite aux représentations de personnes vivant avec le VIH/sida, d'organismes nationaux et

locaux du domaine du sida, et d'autres intervenants, s'apprête à amorcer une consultation sur sa politique de poursuite en matière de transmission du VIH. Il convient de le noter, des recherches empiriques montrent des préoccupations importantes, parmi les communautés ethniques et les demandeurs d'asile au Royaume-Uni – une crainte d'être ciblés et une préoccupation que les poursuites aient des effets néfastes sur la santé de leurs membres. Comme l'a affirmé une femme africaine :

Le jugement [*Dica*] conduira encore plus de gens à ne pas passer de test du VIH. M. Dica a servi de bouc émissaire et cela affecte d'autres personnes, comme moi. Le juge et les jurés ne connaissent pas le VIH ni la réalité d'être africain. La femme devait savoir qu'il faut être prudent, et cela montre à quel point on comprend peu le fait d'être africain et les inter-dynamiques.²⁶

Un homme africain a affirmé :
« Quand je lis cet article [à propos de l'affaire *Dica*], je me sens diminué, en tant qu'Africain. Mon sentiment est que l'on nous associe à toutes ces mauvaises choses. »²⁷

Il s'agit de préoccupations réelles et importantes. La manière dont la procédure de la justice criminelle y réagira sera de la plus haute importance. Penchons-nous à présent sur ces questions plus générales, pour conclure.

Considérations de politiques et commentaires généraux

Bien que la criminalisation de la transmission du VIH soit manifestement un sujet qui requiert une analyse critique du droit et des principes juridiques, c'est aussi un sujet qu'il

faut placer dans le contexte plus large des politiques. Il a été expliqué, dans cet article, que le gouvernement britannique a rejeté en 1998 la recommandation de la Law Commission for England and Wales à l'effet que l'on devrait imposer une responsabilité pénale pour la transmission insouciante de maladies. L'une des raisons de ce refus était la crainte d'effets pervers de cette recommandation sur la santé publique. Des propres mots du gouvernement :

Un enjeu de cette importance a des ramifications qui dépassent le droit pénal et qui touchent des considérations de politiques sociales et de santé publique. Le gouvernement souhaite particulièrement que le droit ne donne pas l'impression de discrimination à l'égard des personnes qui sont séropositives, qui ont le sida ou une hépatite virale, ou qui sont porteuses de quelque type de maladie que ce soit. Nous ne voulons pas non plus décourager les gens de demander des tests diagnostics ou des traitements bénéfiques à leur santé et à celle d'autrui, à cause d'une crainte non fondée d'être poursuivi au criminel.²⁸

Lorsque l'on considère les récentes condamnations en Angleterre, et la jurisprudence qui en découle, il est important d'avoir à l'esprit cette toile de fond. Or une chose est frappante : l'absence de tout commentaire du gouvernement, en général, et du ministère de la Santé, en particulier, à propos de ces poursuites et de leurs retombées possibles sur la santé publique et sur la Stratégie nationale en matière de santé sexuelle et de VIH.²⁹

Les organismes du domaine du VIH qui sont préoccupés par la criminalisation de la transmission du VIH doivent rappeler le gouvernement à ce dossier. Une réaffirmation des objec-

tions de santé publique du gouvernement à l'égard de la criminalisation de la transmission insouciante du VIH pourrait influencer grandement la police et le CPS. On pourrait aussi examiner plus en détail la question de savoir si le gouvernement devrait aller de l'avant avec sa proposition de disposition législative pour exclure du droit criminel la transmission insouciante de maladies, bien qu'il y ait des craintes évidentes que le fait d'ouvrir ce débat sur d'éventuels changements législatifs puisse avoir de mauvaises, voire pires, conséquences pour les personnes qui vivent avec le VIH.

La consultation que propose le CPS est une tribune où ces préoccupations doivent être exprimées; il s'agit d'une prochaine étape importante pour faire valoir la grande diversité de réactions exprimées par le secteur du VIH, devant les poursuites. Ces réactions incluent notamment la production d'énoncés de politiques;³⁰ la tenue de tables rondes et de discussions lors de plusieurs conférences sur le VIH, notamment une importante séance dans le cadre de la plus grande conférence nationale pour les personnes séropositives; l'amorce d'un processus d'ébauche de lignes directrices sur le sujet, pour les cliniciens; l'implication auprès de l'avocat de la défense, dans divers procès; et la mise en commun d'information à l'échelle internationale.

Il y a un fort consensus, dans le secteur du VIH, contre la criminalisation de la transmission insouciante. En dépit de désaccords entre des organismes sur le VIH (et semble-t-il entre les personnes séropositives, d'après les discussions qui ont eu lieu) à savoir (a) si la transmission intentionnelle devrait être l'objet de poursuites; et (b) ce qui devrait être fait dans les cas de tromperie délibérée, la position

unie à l'encontre de la criminalisation de la transmission insouciante offre une solide base pour l'action future.

Les enjeux connexes découlant de la criminalisation sont sans doute familiers aux personnes de ressorts où de telles poursuites ont cours depuis plus longtemps. Ces enjeux incluent la stigmatisation exprimée dans la couverture médiatique; la compréhension erronée (exprimée par les médias, des cours et la police) à propos des risques et des voies de transmission du VIH ainsi que des effets des traitements; des problématiques de confidentialité pour les cliniciens et les conseillers en santé sexuelle; la notification des partenaires et les conseils aux personnes séropositives; et le potentiel de marginalisation plus marquée de communautés (comme les immigrants et demandeurs d'asile) qui sont déjà aux prises avec la discrimination et les préjugés. Tous ces domaines ont fait l'objet de discussions préliminaires, mais il est urgent de s'entendre sur les conseils et l'information, et de développer des campagnes en misant en partie sur les pratiques exemplaires d'autres pays.

D'un point de vue plus général, la criminalisation au Royaume-Uni devrait être considérée dans le contexte plus large des politiques rattachées à l'intérêt inquiétant que récoltent les réponses coercitives, en matière de VIH. Le cabinet écossais a récemment publié un document de consultation sur sa proposition d'imposer le test du VIH à la suite d'incidents possiblement criminels où il y a pu y avoir risque d'exposition.³¹ On a sérieusement considéré, au cabinet, d'imposer le test du VIH à la frontière aux personnes désireuses de résider au Royaume-Uni – une politique prônée par le Parti conservateur. La réaction à la criminalisation doit faire partie

d'un effort plus large pour ramener le Royaume-Uni à sa réponse initiale et fructueuse, devant le VIH : une approche fondée sur les principes de la santé publique et sur les droits humains.

– Matthew Weait et Yusef Azad

Le Dr Matthew Weait, chargé de cours en droit à l'University of Keele, peut être joint à m.weait@law.keele.ac.uk. Le Dr Yusef Azad est directeur des politiques et des campagnes au National AIDS Trust et peut être joint à yusef.azad@nat.org.uk. Les points de vue exprimés sont ceux des auteurs et ne sont pas nécessairement ceux des institutions auxquelles ils sont affiliés.

¹ Voir aussi M.J. Weait, « Criminal law and the sexual transmission of HIV: R v Dica », *Modern Law Review*, 2005, 68(1) : 121-134; M.J. Weait, « Dica: Knowledge, consent and the transmission of HIV », *New Law Journal*, 21 mai 2004 : 826. On trouve un commentaire de l'affaire dans *Criminal Law Review*, nov. 2004 : 944-948. Pour une perspective différente, voir J.R. Spencer, « Liability for reckless infection: part 1 », *New Law Journal*, 12 mars 2004 : 384; J.R. Spencer, « Liability for reckless infection: part 2 », *New Law Journal*, 26 mars 2004 : 448.

² Voir www.hmcourts-service.gov.uk/judgmentsfiles/j2493/regina-v-dica.htm. Affaire rapportée à [2004] 3 All ER 593 et (2004) Q.B. 1257.

³ Voir www.hmcourts-service.gov.uk/judgmentsfiles/j3177/r-v-feston_konzani.htm. Une part importante de la couverture médiatique de ces affaires a mis l'accent sur le fait que les hommes impliqués étaient des demandeurs d'asile au Royaume-Uni ou, dans le cas de M. Dica, un réfugié. Par conséquent, non seulement les origines ethniques des hommes ont été invoquées dans ces affaires, mais aussi leur statut politique.

⁴ L'article 20 stipule : « [Q]uiconque, de manière illégale, inflige une blessure ou un préjudice physique à autrui, avec ou sans arme ou instrument, est coupable [d'une infraction]. » [trad.] La peine maximale pour la culpabilité sur accusation (c'est-à-dire à la cour de procès) est l'emprisonnement de cinq ans pour chaque chef d'accusation.

⁵ *R v Savage; R v Parmenter* [1992] 1 AC 699.

⁶ J.R. Spencer, « Liability for reckless infection: part 2 », *op. cit.* (Italiques ajoutées)

⁷ *R v Dica*, par. 59.

⁸ Law Commission for England and Wales, *Offences against the person and general principles, 1993* (Law Com, n° 218), par 15.15-15.17.

⁹ Home Office, *Violence: reforming the Offences Against the Person Act 1861*, 1998.

¹⁰ <http://www.cps.gov.uk/news/pressreleases/archive/131.03.html>.

¹¹ *R v Brown*, [1994] 1 AC 212. Pour une analyse plus détaillée de cette affaire, voir N. Bamforth, « Sado-masochism and consent », *Criminal Law Review*, 1994, 661; M.J. Weait, « Fleshing it out », dans L. Bently et L. Flynn (dirs), *Law and the Senses: Sensational Jurisprudence*, Londres, Pluto Press, 1996.

¹² *R v Dica*, par. 52.

¹³ M.J. Weait, « Criminal law and the sexual transmission of HIV »; *R v Dica*, p. 125-126.

¹⁴ C'est le cas dans le contexte des crimes contre la personne. La loi est à présent modifiée, dans le contexte des crimes sexuels : la croyance de consentement doit désormais être raisonnable, afin de pouvoir être invoquée comme défense (*Sexual Offences Act 2004*).

¹⁵ *R v Konzani*, par. 45.

¹⁶ Voir les extraits du témoignage de la plaignante dans *R v Konzani*, aux par. 12-14, 19-20 et 25-28.

¹⁷ *R v Konzani*, par. 41.

¹⁸ Dans la plupart des cas d'infractions non mortelles contre autrui, si l'insouciance est considérée suffisante pour établir qu'il y a responsabilité, la présence ou l'absence de divulgation n'entre pas en jeu.

¹⁹ Cette interprétation est appuyée par l'approbation, par la Cour, de l'interprétation faite par le juge en chef, de l'arrêt *Dica*, dans *R v Barnes* [2004] EWCA Crim. 3246 (une affaire impliquant des préjudices dus à l'in-

souciance, dans le sport). Il a affirmé dans cette affaire, au par. 10 : « Cette cour a affirmé [dans l'affaire *Dica*] que l'homme serait coupable d'une infraction à l'article 20 de la Loi de 1861 si, en étant conscient de son état, il avait eu des rapports sexuels avec [les plaignantes] sans en faire mention. En contre-partie, cette Cour a considéré qu'il aurait une défense s'il avait déclaré son état aux femmes, mais à ce propos, parce qu'elles étaient encore disposées à accepter les risques impliqués et auraient consenti à avoir un rapport sexuel avec lui. » Notons que le juge en chef a siégé au panel qui a entendu l'appel dans l'affaire *Dica*; et que le juge L.J., a prononcé le verdict dans *Dica* ainsi que dans *Konzani*.

²⁰ *R v Konzani*, par. 42.

²¹ *R v Konzani*, par. 44.

²² Pour une discussion plus poussée à ce sujet, voir M.J. Weait, « Criminal law and the sexual transmission of HIV », aux p. 126-129.

²³ Stephen Kelly a été déclaré coupable en Écosse, en 2001, de l'infraction de « préjudice par insouciance » [*reckless injury*] en droit écossais.

²⁴ *R v Dica*, par. 47.

²⁵ Même si elle est consciente du risque parce qu'elle sait que son mari a des rapports sexuels non protégés à l'extérieur de leur couple, une question bien concrète demeure : compte tenu de raisons socioéconomiques ou relevant de sa sécurité physique, serait-elle néces-

sairement en position d'exiger qu'il porte un condom lors de leurs rapports sexuels avec pénétration?

²⁶ C. Dodds et coll., *Outsider status: stigma and discrimination experienced by gay men and African people with HIV*, Sigma Research, décembre 2004, par. 3.3.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Home Office, *Violence: reforming the Offences Against the Person Act 1861*, par. 3.16. Le projet de loi préliminaire publié par le gouvernement, de pair avec sa réponse au rapport de la Law Commission, excluait expressément de la définition de « préjudice physique » tout ce qui est dû à la maladie sauf en cas de blessure grave intentionnelle (art. 15 du projet de loi). Le projet de loi n'a jamais été déposé au parlement pour considération et le gouvernement n'a pas encore donné suite aux propositions de 1998.

²⁹ Department of Health, *Better prevention, better services, better sexual health: the National Strategy for Sexual Health and HIV*, 2001 (www.dh.gov.uk/assetRoot/04/05/89/45/04058945.pdf).

³⁰ La position du NAT est accessible à www.nat.org.uk/natuk/policy.cfm?id=11.

³¹ Scottish Executive, *Blood testing following incidents where there is a risk of infection: proposals for legislation*, 2005 (www.scotland.gov.uk/consultations/justice/btfc-00.asp).