

## La non-divulgence du VIH et le droit criminel : analyse de deux récentes décisions de la Cour suprême du Canada

**R. c. Mabior, 2012 SCC 47**  
**R. c. D.C., 2012 SCC 48**

*Le 5 octobre 2012, la Cour suprême du Canada a rendu ses décisions dans les affaires Mabior et D.C. La Cour a jugé que les personnes vivant avec le VIH ont l'obligation légale, en vertu du droit criminel, de divulguer leur séropositivité au VIH à leurs partenaires avant d'avoir des rapports sexuels comportant une « possibilité réaliste de transmission du VIH ». Si une personne ne divulgue pas sa séropositivité dans de telles circonstances, elle pourra être déclarée coupable d'agression sexuelle grave.*

*En définissant dans quelles circonstances il y a « possibilité réaliste » de transmission, la Cour a placé la barre très bas. À l'heure actuelle, le seul acte sexuel que la Cour ait reconnu comme n'impliquant pas de possibilité réaliste de transmission du VIH est la pénétration vaginale lorsque (1) un condom est utilisé; ET (2) que la charge virale de la personne séropositive est faible ou indétectable. Si ces deux conditions sont remplies, alors la personne séropositive n'a pas d'obligation de divulgation. En revanche, la Cour n'a pas clarifié comment l'obligation de divulgation du VIH en cas de « possibilité réaliste » de transmission s'appliquera à des activités sexuelles autres que la pénétration vaginale.*

Vivez-vous avec le VIH? Conseillez-vous des personnes vivant avec le VIH? Informez-vous sur les implications pratiques des décisions, en lisant : *La non-divulgence du VIH et le droit criminel : implications pratiques des récentes décisions de la Cour suprême du Canada pour les personnes vivant avec le VIH* (Questions & Réponses).

### Les faits

#### **R. c. Mabior**

L'accusé a eu des rapports vaginaux avec plusieurs femmes sans divulguer sa séropositivité. Aucune n'a contracté le VIH. En première instance, Mabior a été déclaré coupable de six chefs d'agression sexuelle grave pour n'avoir pas divulgué sa séropositivité à ses partenaires. En appel, la Cour d'appel du Manitoba a invalidé les déclarations de culpabilité relativement à quatre de ces chefs au motif qu'ils concernaient des rapports vaginaux durant lesquels un condom avait été prudemment utilisé ou la charge virale de l'accusé était indétectable. La Cour d'appel a considéré que la présence de l'un ou l'autre de ces éléments (port de condom ou charge virale indétectable) signifiait qu'il n'y avait pas, du point de vue du droit, de « risque important » de transmission (critère qui avait été établi par la Cour suprême du Canada pour déterminer quand il y a obligation, ou non, de divulgation, voir « **Les questions juridiques** », ci-dessous). Par

conséquent, le fait que Mabior n'ait pas divulgué sa séropositivité dans de telles circonstances ne constituait pas un crime. Le procureur a fait appel de cette décision devant la Cour suprême du Canada.

### ***R. c. D.C.***

D.C., une femme vivant avec le VIH, a eu un seul rapport sexuel avec son ex-conjoint avant de lui divulguer qu'elle était séropositive. Leur relation a ensuite continué pendant quatre ans. L'homme est devenu violent et abusif. Il a d'ailleurs été reconnu coupable d'avoir battu D.C. et son fils. C'est alors qu'il a accusé D.C. de ne pas lui avoir divulgué sa séropositivité avant leur premier rapport sexuel — une accusation que le juge de première instance a considérée comme étant motivée par le désir de revanche. L'ex-conjoint de D.C. a prétendu que ce rapport sexuel avait eu lieu sans utilisation du condom. D.C. a, quant à elle, toujours affirmé qu'un condom avait été utilisé mais le juge de première instance ne l'a pas crue. Il a jugé que ce premier rapport était non protégé. La Cour suprême du Canada a ultérieurement qualifié le raisonnement du juge sur ce point de « série de conclusions conjecturales »<sup>1</sup> à partir d'un élément de preuve douteux (une note cryptée du dossier du médecin remontant à sept années avant le procès). Sur la base de cette supposition (que la relation était non protégée) D.C. a été déclarée coupable d'agression sexuelle et d'agression sexuelle grave en première instance. En appel, la Cour d'appel du Québec a annulé les verdicts de culpabilité prononcés contre D.C., au motif que, même s'il n'y avait pas eu d'utilisation de condom, la charge virale de D.C. au moment de ce premier rapport sexuel était indétectable et qu'il n'y avait donc pas de « risque important » de transmission. Le procureur a fait appel de cette décision devant la Cour suprême du Canada.

## **Les questions juridiques**

### **Contexte juridique : le test du « risque important »**

Dans ces deux affaires, la Cour suprême du Canada était appelée à déterminer dans quelles circonstances une personne vivant avec le VIH peut être déclarée coupable d'agression sexuelle (grave) pour non-divulgateion de sa séropositivité au VIH à un partenaire sexuel.

Ce n'était pas la première fois que la Cour suprême du Canada était invitée à se prononcer sur cette question. En 1998, dans l'affaire *R. c. Cuerrier*, la Cour s'était penchée sur le cas d'un homme séropositif ayant eu plusieurs rapports sexuels non protégés avec deux femmes sans divulguer sa séropositivité. La Cour avait alors jugé qu'une personne vivant avec le VIH avait l'obligation juridique de divulguer sa séropositivité à son partenaire sexuel avant d'avoir des rapports sexuels comportant un « risque important » de lésions corporelles graves (c.-à-d. de transmission du VIH). Selon la Cour, le fait de ne pas divulguer sa séropositivité (ou de mentir sur son statut) dans de telles circonstances, constituait une « fraude » rendant le consentement du partenaire au rapport sexuel invalide, du point de vue du droit, et transformant ainsi un rapport sexuel consensuel en agression sexuelle et ce, même sans transmission du VIH.

Dans son premier jugement de 1998, la Cour suprême n'avait pas imposé d'obligation générale de divulgation : au contraire, elle avait clairement affirmé qu'il y avait obligation de divulgation

---

<sup>1</sup> *R. c. D.C.*, 2012 CSC 48, au par. 28.

qu'en présence d'un « risque important » de transmission du VIH. Par ailleurs, la Cour avait suggéré qu'avec le port d'un condom le risque de transmission pouvait être tellement réduit qu'il ne serait plus « important » au regard du droit criminel. Autrement dit, si un condom était utilisé il se pourrait que la non-divulgence de la séropositivité ne soit pas un crime. Puisque l'affaire *Cuerrier* portait sur des rapports sexuels non protégés, la Cour n'avait pas conclu de manière définitive sur ce point, laissant la question du port de condom à d'autres tribunaux.

Le critère du « risque important » adopté par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Cuerrier* a créé beaucoup d'incertitudes et résulté dans de nombreuses injustices. Bien que dans la majorité des décisions des tribunaux inférieurs portant sur cette question, y compris la décision de la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Mabior*, il ait été jugé que le port d'un condom est suffisant pour écarter la responsabilité criminelle, certaines personnes vivant avec le VIH ont tout de même été accusées et/ou déclarées coupables de ne pas avoir dévoilé leur séropositivité alors même qu'elles avaient utilisées un condom.

Par ailleurs, depuis l'arrêt *Cuerrier*, il y a eu d'importants développements scientifiques démontrant notamment que les traitements antirétroviraux (ARV) de grande efficacité permettent de réduire de manière dramatique les risques de transmission du VIH en diminuant la charge virale de la personne traitée (c.-à-d. la concentration de virus dans son corps). Malheureusement ces progrès scientifiques n'ont pas toujours été pris en compte par le système judiciaire.

À ce jour, plus de 140 personnes ont été accusées (d'agression sexuelle grave, la plupart du temps) pour n'avoir pas divulgué leur séropositivité à leur(s) partenaire(s) sexuel(s). Et, dans de trop nombreuses affaires, il n'a pas été tenu compte des données scientifiques disponibles. C'est ainsi que certaines personnes ont été poursuivies pour non divulgation de leur séropositivité dans des circonstances où les risques de transmission étaient extrêmement faible (p. ex., dans des cas de sexe oral).

Avec les affaires *R. c. Mabior* et *R. c. D.C.*, la Cour suprême avait enfin l'opportunité de clarifier le droit à la lumière des données scientifiques les plus récentes en confirmant que les Cours d'appel du Manitoba et du Québec avaient bien eu raison de décider que le port du condom ou la charge virale indétectable, pouvaient à eux seuls, écarter la responsabilité criminelle en cas de non-divulgence du VIH. Ces affaires offraient également à la Cour l'occasion d'adresser d'importantes questions relatives à l'impact négatif du droit criminel sur les personnes vivant avec le VIH et la santé publique. Malheureusement, la Cour n'a pas su saisir ces opportunités.

### **La position des procureurs**

Ce sont les procureurs généraux du Manitoba et du Québec qui ont porté ces deux affaires devant la Cour suprême du Canada. Ils ont demandé à la Cour d'abandonner le test du « risque important » de transmission et avancé que les personnes vivant avec le VIH devraient avoir une obligation légale de divulguer leur séropositivité à leur(s) partenaire(s) sexuel(s), avant tout rapport sexuel, quelque soit le degré de risque de transmission du VIH.<sup>2</sup> Selon le Procureur

---

<sup>2</sup> Il est à noter que l'argument du procureur québécois devant la Cour suprême du Canada se concentrait sur la question de la charge virale. Il n'abordait pas explicitement la question de l'obligation de divulgation en cas de rapport protégé par un condom. Il convient cependant de noter que le procureur avait reconnu devant la Cour

général du Manitoba le fait qu'une personne ne révèle pas sa séropositivité priverait son partenaire sexuel de son droit de contrôler les conditions dans lesquelles il serait disposé à avoir un rapport sexuel. Par conséquent, peu importe le degré de risque de transmission, le fait de ne pas divulguer sa séropositivité constituerait une « fraude » transformant un rapport sexuel consensuel en agression sexuelle grave.

### **La position des intervenants**

La Cour suprême a accordé au Réseau juridique canadien VIH/sida ([www.aidslaw.ca](http://www.aidslaw.ca)) et sept autres organismes, la possibilité de présenter conjointement leur position et de faire valoir d'importantes préoccupations relatives à la santé publique et aux droits de la personne.<sup>3</sup> La coalition s'est fortement opposée à la position des procureurs, qui selon elle : 1) était fondée sur des préjugés erronés et dangereux sur la capacité des individus à consentir à des rapports sexuels 2) portait atteinte aux messages de la santé publique sur la responsabilité partagée et le sécurisexe 3) banalisait l'infraction d'agression sexuelle et 4) ignorait les connaissances scientifiques sur les risques de transmission du VIH et les traitements.

La coalition a soutenu, devant la Cour, que même si le droit criminel pouvait être justifié dans certaines circonstances limitées, il ne devrait être utilisé qu'en dernier ressort et uniquement dans les cas les plus blâmables. Elle a ainsi demandé à la Cour suprême du Canada de, tout au moins :

- 1) rejeter la position absolutiste des procureurs en maintenant le test du « risque important » ; et
- 2) clarifier ce test, sur la base des connaissances scientifiques les plus récentes, de sorte que les personnes vivant avec le VIH ne pourraient jamais être poursuivies au criminel pour non-divulgence de leur séropositivité lorsqu' :
  - un condom a été utilisé pour la pénétration vaginale ou anale; ou
  - leur charge virale était faible ou indétectable; ou
  - l'activité en l'espèce était un rapport sexuel oral.

D'autres intervenants, comme la British Columbia Civil Liberties Association (BCCLA), la Criminal Lawyers' Association in Ontario (CLA), l'Institut national de santé publique du Québec (INSPQ) et l'Association des avocats de la défense de Montréal (ADDM) ont aussi plaidé pour un recours limité au droit criminel.

Le Procureur général de l'Alberta est intervenu à l'appui de ses homologues du Manitoba et du Québec, pour une extension radicale des accusations criminelles. Le Procureur général de l'Ontario a retiré sa proposition d'intervention en décembre 2011.

---

d'appel du Québec qu'il n'y avait pas obligation juridique de divulgation de la séropositivité au VIH avant un rapport protégé.

<sup>3</sup> HIV & AIDS Legal Clinic Ontario (HALCO), Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida (COCQ-SIDA), Positive Living Society of British Columbia (Positive Living BC), Société canadienne du sida (SCS), Toronto People with AIDS Foundation (PWA), Black Coalition for AIDS Prevention (Black Cap) et Réseau canadien autochtone du sida (RCAS).

## Les décisions de la Cour suprême du Canada

Dans un jugement unanime, la Cour suprême du Canada a affirmé qu'il était sage de ne pas « criminaliser toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel ». <sup>4</sup> Elle a rejeté la position des procureurs voulant que les personnes vivant avec le VIH soient tenue de divulguer leur séropositivité à tous leurs partenaires sexuels, en toutes circonstances. Elle a déclaré que le cadre juridique établi dans l'arrêt *Cuerrier* restait valide (c.-à-d. que la non-divulgaration ne peut constituer une fraude susceptible de vicier le consentement à un rapport sexuel qu'en présence d'un « risque important de lésions corporelles graves »). Cependant, la Cour a également rejeté la position des intervenants à l'effet qu'il n'y a pas de « risque important » de transmission du VIH en cas de port de condom ou si la personne séropositive a une charge virale faible ou indétectable.

Prenant en compte à la fois le risque de contracter le VIH et la gravité de la maladie en cas d'infection, <sup>5</sup> la Cour a jugé que le critère du « risque important » initialement établi dans l'arrêt *Cuerrier* devait désormais s'entendre comme signifiant une « possibilité réaliste de transmission du VIH ». <sup>6</sup>

Sur la base de cette nouvelle interprétation du test de l'arrêt *Cuerrier*, la Cour a décidé (du moins dans le cadre de relations sexuelles vaginales) que pour éviter de se faire condamner pour agression sexuelle grave en cas de non divulgation, une personne vivant avec le VIH devrait s'assurer d'utiliser un condom et d'avoir une charge virale faible ou indétectable. Lorsque ces deux conditions sont remplies, il n'y a pas d'obligation de divulgation en droit criminel.

### Qu'est ce que cela signifie pour les accusés dans ces affaires?

En application de cette nouvelle approche, la Cour a rétabli les verdicts de culpabilité prononcés initialement contre Mabior concernant trois plaignantes avec qui il avait eu des rapports sexuels non protégés alors que sa charge virale était indétectable. La Cour a confirmé son acquittement concernant une quatrième plaignante étant donné qu'il avait utilisé un condom et que sa charge virale, au moment du rapport sexuel, était faible.

L'acquittement de D.C. a été confirmé, mais uniquement sur une question technique concernant le traitement de la preuve relative au port du condom par le juge de première instance. Sans cette erreur, D.C. aurait été déclarée coupable en application du nouveau test de la « possibilité réaliste ».

---

<sup>4</sup> *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, au par. 58

<sup>5</sup> *Ibid.* au par. 86.

<sup>6</sup> *Ibid.* au par. 84.

## Preuves citées par la Cour suprême du Canada relativement aux risques de transmission du VIH

*Relation sexuelle vaginale non protégée avec éjaculation (partenaire masculin séropositif au VIH) :*

L'un des experts médicaux a situé le risque entre 0,05 % (1 sur 2 000) et 0,26 % (1 sur 384).

Une infirmière en santé publique a affirmé que le risque était de 0,1 % (1 sur 1 000).

Selon un examen systématique et une métaanalyse,<sup>7</sup> le risque dans les pays à revenu élevé est de 0,08 % (1 sur 1 250).<sup>8</sup>

*Impact du port de condom sur la réduction du risque de transmission :*

« Nul ne conteste que le VIH ne passe pas à travers la paroi d'un préservatif masculin ou féminin en latex de bonne qualité. Cependant, tout risque n'est pas éliminé, car le condom peut être défectueux ou mal employé... l'utilisation systématique du condom réduit le risque de transmission du VIH de 80 pour cent... [ce pourcentage de réduction du risque] peut être plus élevé s'il y a à la fois utilisation systématique *et* adéquate du condom... »<sup>9</sup>

*Impact du traitement sur la réduction du risque de transmission :*

« Lorsque le patient suit un traitement aux antirétroviraux, sa charge virale chute rapidement à moins de 1 500 copies par millilitre (charge faible), voire jusqu'à moins de 50 copies par millilitre (charge indétectable) sur une plus longue période de temps. »<sup>10</sup>

« ... [L]e risque de transmission du VIH diminue de 89 à 96 % lorsque le partenaire séropositif est traité aux antirétroviraux, peu importe que sa charge virale soit faible ou indétectable. »<sup>11</sup>

Pour plus d'information sur les risques de transmission du VIH liés à une activité sexuelle en particulier et sur l'impact de l'usage du condom et du traitement antirétroviral sur ces risques déjà faibles, voir D. McLay et coll., « Scientific research on the risk of the sexual transmission of HIV infection and on HIV as a chronic manageable infection » (mise à jour de décembre 2011), à [www.aidslaw.ca/kit-avocats](http://www.aidslaw.ca/kit-avocats), et les documents suivants du Réseau juridique, à [www.aidslaw.ca/FR/stoplacriminalisation](http://www.aidslaw.ca/FR/stoplacriminalisation) :

- *Non-divulagation de la séropositivité au VIH et droit criminel canadien : l'usage de condoms*
- *Non-divulagation de la séropositivité au VIH et droit criminel canadien : le traitement antirétroviral et la charge virale*

<sup>7</sup> La Cour a fait référence à M. C. Boily et coll., « [Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies](#) », *The Lancet Infectious Diseases* 9, 2 (2009) : 118–129.

<sup>8</sup> Ibid., au par. 97.

<sup>9</sup> Ibid., au par. 98. La Cour a fait référence à S. C. Weller et K. Davis-Beatty, « Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission (Review) », *Cochrane Database of Systematic Reviews* 1 (2002). N°CD003255. DOI : 10.1002/14651858.CD003255.

<sup>10</sup> Ibid., au par. 100.

<sup>11</sup> Ibid., au par. 101. La Cour fait référence à M.S. Cohen et coll., « [Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy](#) », *The New England Journal of Medicine* 365(2011) : 493–505.

## Commentaire

Pour les personnes vivant avec le VIH et les intervenants dans le domaine de la prévention du VIH et des soins aux personnes séropositives, ces décisions constituent un recul majeur par rapport à la décision de la Cour suprême du Canada dans *Cuerrier*. Bien que la Cour ait affirmé maintenir le test du « risque important » établi en 1998, elle a vidé le mot « important » d'une grande partie de son sens. Un « risque important » de transmission doit être maintenant compris comme étant une « possibilité réaliste » de transmission, ce qui inclut, selon la Cour tout ce qui dépasse « le seuil du risque “négligeable” »<sup>12</sup> ou tout ce qui se situe au-delà du risque « hypothétique ».<sup>13</sup>

En concluant à la présence d'une obligation de divulgation avant un rapport vaginal à moins d'utiliser un condom et d'avoir une charge virale faible (c.-à-d. dans des circonstances où le risque de transmission est près de zéro), la Cour a effectivement décidé que presque n'importe quel risque, aussi faible soit-il, pourrait entraîner une obligation de divulguer et ce, alors même qu'elle déclarait ne pas vouloir criminaliser « tout risque, aussi minime soit-il ».<sup>14</sup> Il s'agit là d'une des nombreuses contradictions présentes dans les décisions rendues par la Cour dans ces affaires. En bref, la Cour a prétendu limiter la portée du droit criminel, tout en rendant cette limite largement illusoire.

La Cour suprême a reconnu que même si le droit devait veiller à ce que le consentement au rapport sexuel se voit accorder une grande importance « toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel » ne devrait pas être criminalisée.<sup>15</sup> Elle a de plus affirmé la nécessité de trouver un équilibre entre le droit d'un partenaire sexuel à l'autonomie et à l'égalité tel que consacrés par la Charte canadienne des droits et libertés,<sup>16</sup> et « l'impératif de ne criminaliser que le comportement associé à un acte fautif et à un préjudice grave ».<sup>17</sup> La Cour a également reconnu qu'un recours trop large au droit criminel serait injuste et stigmatisant pour les personnes vivant avec le VIH,<sup>18</sup> et que l'expérience des juridictions de common law mettait « en garde contre un accroissement indu de la portée du droit criminel dans ce domaine complexe et nouveau du droit ».<sup>19</sup>

Or, en dépit de ces nombreuses mises en garde, la Cour suprême du Canada a choisi d'élargir le champ d'application du droit criminel en matière de non-divulgation du VIH, et d'indiquer clairement que le nouveau test de « possibilité réaliste » de transmission « ne vaut que pour le VIH ».<sup>20</sup> Par ailleurs, bien que la Cour ait clairement affirmé que « [l]es conséquences éventuelles d'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle grave [...] font ressortir l'importance d'interpréter [la loi] en mettant l'accent sur le caractère moralement blâmable de la

---

<sup>12</sup> Ibid., au par. 99.

<sup>13</sup> Ibid., au par. 101.

<sup>14</sup> Ibid., aux par. 85, 87.

<sup>15</sup> Ibid., au par. 58.

<sup>16</sup> Ibid., au par. 45.

<sup>17</sup> Ibid., au par. 89.

<sup>18</sup> Ibid., au par. 67.

<sup>19</sup> Ibid., au par. 55.

<sup>20</sup> Ibid., au par. 92.

conduite en cause », <sup>21</sup> elle n'a pas abordé la question de la *mens rea* (c.-à-d. « l'intention délictueuse »), comme l'avait suggéré la coalition d'organismes de riposte au VIH. <sup>22</sup> En application des décisions de la Cour dans les affaires *Mabior* et *D.C.*, une personne qui agit de manière responsable en prenant des précautions très efficaces pour protéger son partenaire, et qui n'a pas d'intention de causer de préjudice, peut néanmoins se voir poursuivie pour agression sexuelle grave.

En outre, la Cour a affirmé que la common law devrait pouvoir « s'adapter aux futures avancées thérapeutiques ». <sup>23</sup> Ces avancées pourraient avoir des répercussions sur les risques de transmission du VIH et sur les préjudices associés au VIH. <sup>24</sup> Mais des avancées considérables ont déjà eu lieu. Avec l'accès aux traitements, le VIH est devenu une maladie chronique gérable. De plus, l'impact des traitements sur les risques de transmission est largement reconnu. On ne peut que regretter que la Cour ait refusé de considérer que les données actuelles sur l'impact d'une charge virale faible sur les risques de transmission étaient suffisantes pour écarter l'application du droit criminel.

En plus de son approche contradictoire dans l'évaluation et la criminalisation du risque de transmission du VIH, l'approche de la Cour relativement à la question du consentement est lacunaire. La Cour s'est contentée de faire allusion à une affaire phare (*R. c. Ewanchuk*) portant sur les circonstances dans lesquelles le consentement à des rapports sexuels est considéré comme invalide. L'affaire *Ewanchuk* portait sur les mythes entourant le viol et concernait des situations dans lesquelles il n'y avait pas eu de consentement réel aux rapports sexuels parce qu'ils étaient forcés ou parce que la personne avait eu peur d'exprimer un refus.

La Cour a, par ailleurs, affirmé plusieurs fois que son approche dans les affaires *Mabior* et *D.C.* était conforme aux valeurs d'égalité et d'autonomie sexuelle garanties par la Charte. Mais, en aucun cas la Cour n'a expliqué comment le droit protégeait l'autonomie personnelle ou favorisait l'égalité (c.-à-d. en particulier pour les femmes) en se substituant au consentement donné par un adulte à un rapport sexuel, au seul motif que certaines informations (qu'il aurait pu préférer avoir) ne lui ont pas été transmises. La Cour a passé outre les jugements canadiens rendus depuis l'affaire *Cuerrier* en matière de non-divulgence du VIH de même que l'analyse des expériences des autres juridictions où la tendance est d'imposer des limites au droit criminel. Que la Cour suprême veuille ou non l'admettre, il est courant que des gens aient des rapports sexuels sans être en possession d'une information complète sur leurs partenaires — y compris dans des situations susceptibles de donner lieu à certains risques de lésions corporelles graves. Or le droit n'intervient pas dans toutes ces situations pour supplanter le consentement et criminaliser le défaut de divulguer ces renseignements.

---

<sup>21</sup> Ibid., au par. 24.

<sup>22</sup> La coalition d'intervenants avait invité la Cour suprême à clarifier la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité dans des affaires de non-divulgence de la séropositivité au VIH. Les intervenants ont proposé divers facteurs à prendre en considération pour limiter le recours au droit criminel, et notamment, l'utilisation de précautions appropriées; la crainte de subir de la violence en cas de divulgation; le moment de la divulgation (p. ex., peu après un bris de condom), etc. Mais la Cour suprême a décidé de ne pas adresser cette question.

<sup>23</sup> Ibid., au par. 104.

<sup>24</sup> La Cour a laissé entendre qu'une non-divulgence pourrait ne plus constituer une fraude viciant le consentement si l'on venait à découvrir un remède contre le VIH, puisque le VIH pourrait alors ne plus donner lieu à des « lésions corporelles graves » au sens du droit criminel.

Les adultes consentants peuvent décider d'avoir des rapports sexuels protégés ou non protégés, sans avoir besoin de savoir qu'un partenaire est séropositif ou non, ou souffre d'une autre infection transmissible sexuellement (ITS). Et ils le font tous les jours. Contrairement à ce que semble avoir présumé la Cour, les adultes sexuellement actifs ne sont pas privés de leur autonomie et de leur capacité de décider de pratiquer le sécurisexe, du seul fait qu'ils ne sont pas informés de l'état sérologique d'un partenaire au VIH ou à une autre ITS.

La Cour a aussi manqué de tenir compte des défis associés à la divulgation d'une maladie lourdement stigmatisée et mal comprise. La divulgation peut entraîner des répercussions comme le non-respect de la confidentialité, la discrimination et le rejet, voire la violence. La non-divulgation n'est pas nécessairement l'exercice d'un pouvoir contre un autre individu afin d'obtenir une gratification sexuelle — ce qui est l'hypothèse qui sous-tend le fait de la considérer la non-divulgation comme une agression sexuelle. La non-divulgation peut résulter de la volonté de se protéger contre un risque de violence ou d'autre préjudice. En affirmant qu'il s'agit de protéger la dignité et l'autonomie du partenaire sexuel sans examiner l'éventail de facteurs en jeu lorsque des individus ont un rapport sexuel, la Cour a démontré une compréhension superficielle des valeurs qu'elle prétend vouloir protéger par la criminalisation de la non-divulgation de la séropositivité au VIH même dans des cas où le risque de transmission est minime. En fin de compte, une telle approche banalise l'agression sexuelle et détourne le droit de son objectif de protéger l'autonomie physique et sexuelle des femmes.

De plus, les décisions de la Cour suprême dans les affaires *Mabior* et *D.C.* n'apportent que peu de clarifications juridiques. Plusieurs questions demeurent sans réponse et seront soumises à l'examen des tribunaux, aux dépens de personnes vivant avec le VIH. Existe-t-il une obligation de divulguer sa séropositivité avant d'avoir des rapports oraux? Qu'en est-il des personnes séropositives qui ont une charge virale indétectable au moment où elles ont des rapports oraux? Comment ces décisions s'appliquent-elles aux rapports anaux?

En outre, ces décisions portent atteinte à la santé publique et affectent les droits des personnes vivant avec le VIH. Elles créent des obstacles additionnels à l'accès au dépistage du VIH et dissuaderont certaines personnes de parler à leurs conseillers ou médecins de leurs pratiques sexuelles ou de divulgation, puisque les dossiers médicaux et de counselling peuvent être cités en preuve dans le cadre de procédures criminelles.

Les décisions de la Cour affecteront de manière disproportionnée les personnes les plus vulnérables. L'accès aux traitements était un enjeu de santé publique et de justice sociale. Il devient aujourd'hui un enjeu de droit criminel. Les personnes qui n'ont pas un accès adéquat aux soins et aux traitements risquent d'être dans l'impossibilité de faire la preuve d'une charge virale faible. Si elles ne divulguent pas leur séropositivité ou ne sont pas en mesure de le faire — y compris par crainte de violence ou d'autres conséquences négatives —, elles s'exposeront à des condamnations au criminel et à l'incarcération. L'usage d'un condom ne pourra pas leur permettre d'éviter une condamnation.

La Cour a placé un nouvel outil de coercition entre les mains des partenaires abusifs. Pour les personnes vivant avec le VIH qui sont dans des relations de maltraitance et/ou de violence, cela

ne pourra qu'exacerber leur vulnérabilité au chantage et aux menaces de poursuites. Ceci risque d'être particulièrement vrai pour de nombreuses femmes vivant avec le VIH.

En bref, le droit sur la non-divulgence du VIH était déjà problématique et confus, et son application avait donné lieu à de nombreuses injustices. Les décisions de la Cour dans les affaires *Mabior* et *D.C.* n'ont fait qu'aggraver les choses, que ce soit pour les personnes vivant avec le VIH ou la santé publique.