

REPENSER LA NON-DIVULGATION DU VIH
ET L'AGRESSION SEXUELLE

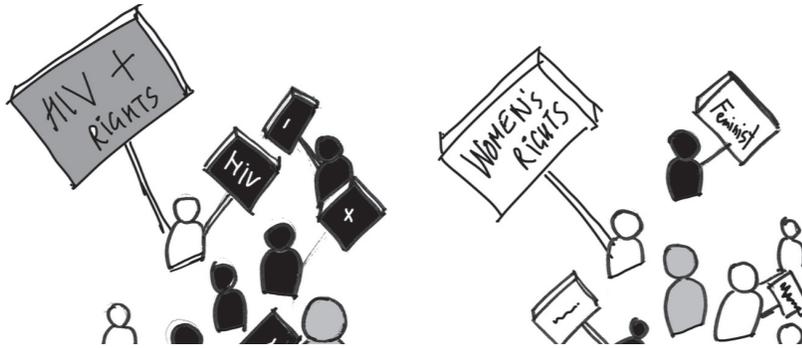
QUE SIGNIFIE RÉELLEMENT
« CONSENTIR » ?

**REPENSER LA NON-DIVULGATION DU VIH
ET L'AGRESSION SEXUELLE**

RAPPORT DE RÉUNION

Du 24 au 26 avril 2014

Toronto, Ontario



La violence sexuelle, en particulier

celle à l'égard des femmes, est depuis longtemps un élément du paysage social et juridique du Canada. Les réponses juridiques ont été inadéquates à réduire la violence sexuelle; néanmoins, pour le meilleur ou pour le pire, le système de justice pénale demeure un point central des efforts officiels pour contrer l'agression sexuelle, punir ses auteurs et offrir une certaine réparation aux survivantes.

Le développement de ce domaine du droit a connu plusieurs étapes importantes au fil des ans; notamment, les révisions du *Code criminel* dans les années 1980 et 1990,¹ et le jugement clé de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ewanchuk*, en 1999.² Ces développements ont éliminé du droit plusieurs des mythes concernant le viol et des stéréotypes sexistes qui caractérisaient la réponse de justice pénale à la violence sexuelle – du moins, lorsqu'il s'agit du droit écrit.

L'importance de l'affaire *Cuerrier* (1998) pour le droit de

l'agression sexuelle n'était peut-être pas très évidente jusqu'à ce que cet arrêt soit réaffirmé par la Cour suprême en 2012 dans ses jugements dans les affaires *R. c. Mabior* et *R. c. D.C.*³ Les affaires *Cuerrier*, *Mabior* et *D.C.* ne concernaient pas des cas de viol ou d'agression

Consentement, le film

Afin de partager l'analyse du Dialogue féministe et de susciter d'autres discussions, le Réseau juridique a produit, en partenariat avec Goldelox Productions, le court métrage *Consentement : la non-divulgence du VIH et la loi sur l'agression sexuelle* (2015). Dans des commentaires puissants et incisifs, huit expertes de pointe en matière de VIH, d'agression sexuelle et de droit mettent en lumière l'intersection problématique de la loi sur l'agression sexuelle avec la non-divulgence du VIH. Le film lance la question de savoir si le fait de criminaliser la non-divulgence du VIH protège bel et bien l'autonomie sexuelle et la dignité comme l'a avancé la Cour suprême, ou si elle conduit plutôt à une injustice, tant pour les accusés que pour l'approche de notre système de justice pénale à la violence sexuelle. Visionnez *Consentement* à l'adresse <http://www.consentfilm.org/fr/>.

¹ Voir les descriptions des exposés des professeures Alana Klein et Isabel Grant, ci-dessous, pour plus de détails sur ces réformes.

² *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 RCS 330. Cette affaire concernait une femme de 17 ans qui est allée faire une entrevue dans une camionnette, dans un centre d'achats. Elle a été assujettie à des attouchements sexuels de la part de l'employeur potentiel. Elle a dit « non » à trois reprises à ses avances sexuelles. Au procès, le juge a conclu que la jeune femme n'avait pas affirmé clairement son refus des attouchements sexuels de l'homme. Le juge a cru que la jeune femme avait donné un « consentement implicite » parce qu'elle n'avait pas offert une résistance assez vive à son agresseur. Le jugement de la Cour suprême a clairement établi que l'absence de consentement est purement subjective et déterminée par référence à l'état d'esprit intérieur et subjectif de la plaignante à l'égard de l'attouchement au moment où il s'est produit.

³ *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 RCS 371; *R. c. Mabior*, [2012] 2 RCS 584; *R. c. D.C.*, [2012] 2 RCS 626.

sexuelle comme on les entend habituellement. Ces trois intimés ont tous été déclarés coupables pour n'avoir pas divulgué leur séropositivité au VIH à leurs partenaires sexuels dans des situations qui auraient été considérées comme consensuelles s'il n'avait été de la non-divul-gation de cet élément d'information potentiellement important. En droit canadien, les cours ont interprété la non-divul-gation de la séropositivité au VIH à un par-tenaire sexuel avant un rapport sexuel susceptible de l'exposer à contracter le VIH comme étant une fraude pouvant invalider le consentement de ce partenaire aux rapports sexuels.⁴ Un rapport sexuel sans consentement est une agression sexuelle – et, dans un cas de non-divul-gation du VIH, constitue une agression sexuelle grave.

La non-divul-gation du VIH au Canada démontre l'injustice des peines sévères en compari-son avec le degré de préjudice; l'impact néfaste d'une criminalisation indûment large, sur les interventions de santé publique pour la prévention, le dépis-tage et le traitement du VIH; l'inégalité dans l'exécution de la loi; et l'exacerbation de la stigmatisation liée au VIH. À ce jour, toutefois, on a accordé peu d'attention aux impacts et implications du recours à la loi sur l'agression sexuelle, en particulier pour des poursuites concernant ces crimes allégués.

Pour cette raison, en avril 2014, le Réseau juridique canadien VIH/sida a organisé un atelier sans précédent, intitulé *Rethinking HIV Non-Disclosure and Sexual Assault: A Feminist Dialogue* [Repenser la non-divul-gation du VIH et l'agression sexuelle : un dialogue féministe]. Approximativement 30 invité-es – des érudits du domaine sociojuridique, criminologues, mili-tants antiviolence, chercheurs, étudiants de cycles supé-rieurs, personnes vivant avec le VIH et autres membres de la communauté féministe et de réponse au VIH ont pris part à une série de panels et de tables rondes. Le

présent rapport met en relief les faits saillants et messa-ges clés émanant de cet atelier.

Une note à propos de la présente publication :

L'atelier dont on fait état a eu lieu une soirée et les deux jours suivants. Des exposés formels ont été suivis de discussions animées, lors de séances de questions et réponses, puis de discussions en petits groupes ainsi que pendant les repas. Le rapport vise à présenter de brèves descriptions de chaque exposé formel, mais nous voulions nous assurer qu'une part des riches discussions connexes soit également englobée. Par conséquent, le lecteur trouvera, en parallèle aux sommaires des expo-sés, une série de vignettes intitulées « Discussion », qui mettent en relief certains élé-ments clés – questions, perspec-tives et thèmes – qui ont émergé au cours de l'événement.

Le dilemme : la non-divul-gation du VIH est-elle une agression sexuelle?

Le plaidoyer contre la criminali-sation indûment large de la non-divul-gation du VIH, au Canada, vise principalement à réduire la portée de la criminalisation en introduisant des compréhensions scientifiques exactes quant au risque de transmission du VIH

lors de types particuliers de rapports sexuels, et à éta-blier que la criminalisation de la non-divul-gation du VIH n'est pas utile à la prévention du VIH. Ces approches étaient plausibles et nécessaires, dans le sillage de l'arrêt *Cuerrier*, qui a établi le test juridique exigeant la divul-gation de la séropositivité au VIH uniquement lorsque le risque de transmission du VIH était considéré comme atteignant un certain niveau, défini comme « un risque important de lésions corporelles graves ».⁵ À mesure qu'a progressé le savoir scientifique concernant le VIH et que sont apparus des traitements efficaces contre le



⁴ Ibid.

⁵ R. c. *Cuerrier*, [1998] 2 RCS 371.

Formule du Dialogue féministe

Le Dialogue féministe a commencé par un événement public qui a récolté une bonne participation; il s'agissait d'un panel de trois conférencières, chacune partageant des perspectives uniques provenant de son travail distinct. Une réception a favorisé le réseautage et le développement de relations entre secteurs.

L'atelier de deux jours qui a suivi était un événement sur invitation uniquement, réunissant approximativement 30 participants – des personnes vivant avec le VIH, des universitaires, des fournisseurs de services, des chercheurs, des avocats et des militants. Chaque participant a apporté à la discussion des expériences et éléments d'expertise importants; et chacun a fait une contribution personnelle par des fonctions de présentation, d'animation ou de compte-rendu.

Au cours de l'événement, les participants ont intégré par le biais d'une série de panels, de discussions et de séances de travail stratégique en petit groupe. Le dernier après-midi, quatre rapporteurs thématiques ont partagé leurs réflexions, puis le groupe a procédé à un remue-méninges pour les prochaines étapes de la recherche et du plaidoyer. L'ordre du jour intégral et la liste des participants sont annexés au présent rapport.

VIH, la défense logique devant des accusations criminelles consistait à démontrer que l'accusé n'avait en fait pas d'obligation légale de divulgation puisque le risque de transmission n'atteignait pas le niveau « important ».⁶ De plus, lorsqu'il est devenu de plus en plus clair que la criminalisation de la non-divulgation n'était pas un moyen efficace de prévenir les infections, une importante stratégie fut de remettre en question la justification de la criminalisation en faisant intervenir l'argument de la prévention.

Cependant, ces récentes années, des procureurs et des commentateurs ont avancé de plus en plus de nouvelles affirmations afin de justifier le maintien et même l'extension de l'obligation juridique de divulgation – des justifications ne concernant pas le risque de

transmission du VIH ni sa prévention. L'idée élémentaire sous-jacente à ces justifications veut que chaque individu soit capable de donner, de refuser ou de retirer son consentement à des relations sexuelles pour quelque raison que ce soit. Le consentement volontaire est un aspect essentiel de notre compréhension de l'autonomie sexuelle. Ainsi, certains procureurs, universitaires, membres de la communauté et plaignants ont avancé qu'on n'a pas à accorder d'importance à la faiblesse statistique du risque de transmission dans une relation sexuelle en particulier; et que si le plaignant affirme qu'il n'aurait pas consenti à une relation sexuelle avec la personne séropositive au VIH, alors il s'agit clairement d'une agression sexuelle s'il n'y a pas eu divulgation de la séropositivité au VIH. Afin de mettre fin à la criminalisation indûment large de la non-divulgation du VIH, il faut développer de nouveaux arguments juridiques, éthiques et populaires afin de contrer ces positions.

Au cœur de la problématique, réside la question suivante : « Le défaut de révéler son statut VIH avant un rapport

sexuel constitue-t-il une agression sexuelle? » Dans l'état actuel du droit canadien, la réponse est affirmative – lorsque la possibilité de transmission du VIH est considérée comme étant « réaliste ». Le recours spécifique au droit de l'agression sexuelle pour des poursuites dans des affaires de non-divulgation du VIH (plutôt que le recours au droit de la négligence ou à une loi spécifique concernant la transmission insouciant d'une maladie, par exemple) est un élément qui définit l'expérience canadienne de la criminalisation du VIH. Et, de la même façon que l'agression sexuelle est un crime sexospécifique, la non-divulgation du VIH comporte des implications sexospécifiques. Les poursuites en la matière ont des conséquences particulières pour les femmes vivant avec le VIH au Canada.

⁶ Même si ceci n'était qu'une solution partielle et dépendait des faits particuliers de chaque affaire.

Exposés au programme de l'atelier

a) Les impacts de la criminalisation de la non-divulgence du VIH sur les femmes vivant avec le VIH et sur la communauté

« Je n'aurai plus jamais de relations sexuelles. » Voilà ce que des mères vivant avec le VIH ont affirmé à la travailleuse sociale et chercheuse **Saara Greene**. Elles lui ont dit qu'elles craignaient d'être accusées de non-divulgence même si elles avaient divulgué leur séropositivité à leurs partenaires. Elles ont dit qu'elles se sentaient criminalisées de la grossesse à la maternité, même si elles ne faisaient rien de mal. Pour les mères séropositives au VIH, la stigmatisation associée au VIH et la criminalisation entraînent une surveillance et des interrogations continuelles, sur leurs activités sexuelles et leur observance thérapeutique, en passant par les techniques de parentalité.

Beri Hull, directrice du plaidoyer mondial pour la Communauté internationale des femmes vivant avec le VIH (ICW), a renforcé cette perception. Elle a décrit que les femmes évitent l'intimité afin de ne pas avoir à divulguer leur séropositivité. Des femmes vivant avec le VIH aux quatre coins du monde ont différentes opinions quant au rôle approprié du droit pénal en lien avec l'exposition au VIH et la transmission de celui-ci, mais Beri a dit se demander si les femmes qui appuient le recours élargi au droit criminel avaient déjà réfléchi au fait que le droit pourrait leur jouer des tours puisqu'à son avis un tribunal n'est pas l'endroit pour s'occuper de la non-divulgence d'un partenaire.

Simone Shindler, gestionnaire de programme pour The Teresa Group, a exploré la criminalisation de la non-divulgence du VIH dans la perspective des enfants et des familles, en faisant remarquer qu'une poursuite criminelle a des conséquences bien au-delà de la personne accusée. Elle a mis en relief les répercussions néfastes pour les enfants, lorsqu'un parent est incarcéré, lorsqu'un agent de libération conditionnelle est impliqué dans leur vie familiale, lorsqu'ils sont témoins de violence à l'égard de leur mère et lorsqu'ils sont pris en charge pour des soins parce qu'ils n'ont nulle part où aller. Les enfants de familles affectées par le VIH vivent de nombreux secrets; la criminalisation de la non-divulgence ajoute une autre couche de stigmatisation et de secret.

« Peur » est un mot omniprésent dans les discussions sur la criminalisation de la non-divulgence du VIH. **Anne Marie DiCenso**, directrice générale du Réseau d'action et de soutien des prisonniers et prisonnières vivant avec le sida (PASAN), a invité les participants à réfléchir aux façons dont la peur se manifeste, chez les personnes accusées de non-divulgence du VIH. Plusieurs individus accusés de non-divulgence du VIH n'ont jamais eu d'interactions avec le système de justice pénale. La police peut se présenter sans préavis au domicile d'une femme pour procéder à son arrestation, ce qui entraîne que toute personne présente à ce moment soit au courant de son infection à VIH. Son état de santé, sa photo et des détails au sujet de sa personne deviendront publics. Elle peut souffrir de stress et de traumatisme en raison de la déconnexion d'avec

DISCUSSION

Dans les affaires *R. c. Mabior* et *R. c. D.C.* (2012), la Cour suprême a affirmé qu'une personne vivant avec le VIH a l'obligation légale de divulguer sa séropositivité au VIH à un partenaire sexuel avant d'avoir une relation sexuelle qui comporte une « probabilité réaliste de transmission du VIH ». Si la personne ne fait pas cette divulgation, elle peut être déclarée coupable d'agression sexuelle grave – une infraction criminelle rarement utilisée en droit, mais extrêmement sérieuse.

Tous les enjeux juridiques ont un visage humain et ont un impact sur les vraies gens.

Il n'y a pas une perspective féministe unique.

sa famille, de la perte de sa vie privée, de soins de santé inadéquats ainsi que de l'expérience de devenir une détenue, qui s'accumulent avec le temps alors que le processus judiciaire se prolonge. Anne Marie a également signalé les défis que rencontrent les femmes après une peine d'incarcération, de même que l'importance de services et de soutien post-libération.

Marvelous Muchenje, coordonnatrice en santé communautaire pour le Centre de santé communautaire Women's Health in Women's Hands, a abordé les défis pratiques et personnels que les femmes peuvent vivre en lien avec la divulgation du VIH. Elle a mis en relief l'expérience particulière des nouvelles arrivantes, dont plusieurs découvrent leur infection à VIH au cours du processus d'immigration, ce qui entraîne des peurs complexes et intenses à propos de la divulgation. Plusieurs femmes veulent divulguer leur infection, mais ne savent pas comment s'y prendre, et ne comprennent pas complètement les exigences légales. Une approche holistique aux vies des femmes vivant avec le VIH est cruciale, y compris un soutien pour réfléchir aux conséquences possibles de la divulgation, de même qu'au processus pour une divulgation sécuritaire.

DISCUSSION

Nous devons prendre en considération un éventail d'expérience : des femmes qui ont des relations depuis longtemps et qui sont trompées par leur partenaire et se retrouvent à contracter le VIH, jusqu'aux femmes qui sont dans des relations marquées par la maltraitance et dont la seule protection ou le seul recours en cas de violence est de faire en sorte que leur partenaire soit l'objet de poursuites pour non-divulgation du VIH.

La définition la plus large possible du consentement ne protège pas nécessairement les femmes.

Utiliser un condom n'est pas toujours une décision simple. D'autres enjeux importants de pouvoir sont présents.

b) Pourquoi la non-divulgation du VIH est-elle traitée dans les poursuites comme une agression sexuelle?

La professeure **Isabel Grant**, de la Faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique, a présenté un survol du processus ayant conduit à la présente situation où l'agression sexuelle grave est l'article de loi utilisé au Canada pour les poursuites dans des affaires où une non-divulgation du VIH est alléguée. L'accusation d'agression sexuelle grave n'était pas le choix évident lorsque les procureurs ont commencé à chercher une accusation qui correspondrait à ce nouveau « comportement fautif ». (L'agression sexuelle grave comporte habituellement de la violence extrême, de la brutalité et des blessures graves.) Isabel a relaté que, dès les premiers cas, chaque jugement a suscité des réponses qui

ont élargi le filet des poursuites. L'agression sexuelle est plus facile à démontrer que la négligence criminelle, dans le contexte du VIH.⁷ Par conséquent, le Canada se retrouve dans la situation exceptionnelle de considérer la non-divulgation du VIH comme un crime en raison d'un risque de lésions corporelles (plutôt qu'en raison de lésions avérées) et comme une agression sexuelle. Elle a rappelé qu'en 1985, une disposition du *Code criminel* qui criminalisait la transmission de maladies vénériennes (et prévoyant une peine de six mois) a été abrogée. Cependant, le stigmate associé au VIH a conduit à des poursuites pour agression sexuelle grave. Isabel a conclu qu'en assimilant la non-divulgation du

⁷ La professeure Grant a expliqué que ceci est dû aux critères de *mens rea* (intention coupable) et d'*actus reus* (acte coupable) des infractions, de même qu'à la preuve requise pour satisfaire le fardeau de la preuve. Par exemple, une causation directe est difficile à établir en ce qui concerne l'exposition au VIH.

VIH à une agression sexuelle grave, le droit canadien porte préjudice à la fois aux personnes vivant avec le VIH/sida et aux survivantes de violence sexuelle.

La professeure **Martha Shaffer**, de la Faculté de droit de l'Université de Toronto, a démystifié le cadre juridique des poursuites pour non-divulgateur du VIH en expliquant les dispositions pertinentes du *Code criminel*. En droit canadien, tout toucher sans le consentement de la personne peut constituer une agression. Lorsque le toucher est sexuel, c'est une agression sexuelle; l'absence de consentement est la caractéristique, dans l'agression. Il y a quatre raisons pour lesquelles, en droit canadien, un consentement sera considéré non valide (« vicié ») : (1) l'emploi de la force, (2) des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi, (3) la fraude et (4) l'exercice de l'autorité. En présence de l'un ou l'autre de ces facteurs, il n'y a pas de vrai consentement au toucher. Pour que la fraude vicie le consentement, il faut démontrer que la personne n'aurait pas donné son consentement si elle avait eu conscience de la tromperie. Toute forme de tromperie peut constituer une fraude qui vicie le consentement, mais les cours en reconnaissent habituellement deux types : la fraude quant à l'identité de la personne ou quant au type d'activité (p. ex., s'agit-il d'une intervention médicale ou d'une activité sexuelle?). Dans l'affaire *Cuerrier*, la Cour suprême a élargi la notion de fraude sexuelle pour inclure la non-divulgateur d'infections transmissibles sexuellement. La fraude est distincte des autres de la liste puisque, en présence de l'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi, le plaignant *sait*, sur le coup, qu'il n'est pas consentant; en présence de fraude, sur le coup on *croit* qu'on est consentant, mais le droit s'inscrit en désaccord.

La professeure **Elaine Craig**, de la Faculté de droit de l'Université Dalhousie, s'est penchée sur les lacunes de l'arrêt *Mabior*. Le jugement de la Cour suprême a conduit à une surcriminalisation : l'infraction utilisée dans les accusations est trop grave et trop de gens sont englobés. Le test juridique n'est pas adéquatement calibré – « nous sommes pratiquement en présence d'un test de l'absence de risque ». De plus, placer sur les accusés

le fardeau de fournir la preuve de leur charge virale est contraire aux principes élémentaires du droit pénal. Plutôt que de rectifier l'incertitude maintenue après l'arrêt *Cuerrier*, l'arrêt *Mabior* a créé une nouvelle incertitude, en particulier en ce qui a trait à la charge virale. En outre, Elaine a avancé que ces affaires sont enracinées dans des attitudes homophobes, racistes et sexistes, qu'elles affectent de façon disproportionnée de nouveaux arrivants au Canada, et sont alimentées par une anxiété perverse concernant les comportements sexuels des hommes qui ont des rapports sexuels avec des hom-



mes (HRSR). Compte tenu de ces nombreuses lacunes dans le raisonnement de la Cour, nous ne pouvons avoir confiance que le système judiciaire résolve la situation.

En plaçant ces développements de la jurisprudence dans un contexte historique féministe, la professeure **Alana Klein**, de la Faculté de droit de l'Université McGill, a expliqué qu'avant les réformes qui ont eu lieu entre 1983 et le milieu des années 1990, l'approche de justice pénale à l'égard de la violence sexuelle faite aux femmes était très lacunaire et très restreinte. Le viol n'était pas reconnu en contexte de mariage, seule la pénétration sexuelle forcée était considérée comme un viol, les femmes étaient considérées comme susceptibles de mentir et devaient présenter des preuves corroborantes, et les femmes qui avaient des rapports sexuels fréquents étaient considérées comme plus susceptibles d'avoir donné un consentement aux violeurs. Les féministes ont combattu longtemps et vivement afin que les lois sur le viol soient réformées; les réformes étaient

conçues pour remettre en question la méfiance à l'égard des femmes ainsi que le sexisme extrême que comportaient les lois. Par contraste, la jurisprudence en matière de non-divulgaration du VIH ne concerne pas l'abolition des stéréotypes sexistes du droit. Il est, par conséquent, inévitable que les féministes s'inquiètent que ces victoires normatives pourraient être érodées si l'on commence à placer des limites quant à la capacité d'une plaignante de définir subjectivement son consentement – y compris quels types de fraude/tromperie pourraient vicier ce consentement.

DISCUSSION

Comment pouvons-nous mieux définir le consentement, tout en évitant la criminalisation indûment large de la non-divulgaration du VIH?

L'enjeu est un défi pour les universitaires juridiques féministes, puisque la loi sur l'agression sexuelle est un tel champ de bataille. La protection de l'autonomie sexuelle est d'une importance cruciale pour les femmes.

Une question clé est : « Qu'est-ce qui constitue de l'exploitation? » La Cour suprême a tenu pour acquis que la non-divulgaration constitue de l'exploitation, mais avons-nous le droit de présumer que toute personne avec laquelle nous avons des rapports sexuels est séronégative au VIH à moins qu'elle dise le contraire?

c) L'agression sexuelle et le consentement en droit pénal canadien

Lenore Lukasik-Foss, directrice générale du Sexual Assault Centre (Hamilton and Area) (SACHA), a discuté de la nature sexospécifique de l'agression sexuelle – les survivantes sont principalement des femmes et la vaste majorité des agresseurs sont des hommes. Elle a rappelé aux participants que l'agression sexuelle concerne le pouvoir, le contrôle et la domination – et pas le sexe. En ce qui concerne la justice pénale, Lenore a discuté du fait que les survivantes veulent un système qui fonctionne, mais en même temps ne considèrent pas qu'il fonctionne. Par conséquent, un très faible nombre de survivantes (approximativement 8 %) signalent des agressions à la police. Les survivantes ne se manifestent pas parce qu'elles doutent qu'on croie leurs propos, et se sentent constamment scrutées et ne se sentent pas protégées. Le recours à la loi sur l'agression sexuelle dans des affaires de non-divulgaration du VIH n'est pas un élément pour lequel les centres d'aide en cas d'agression sexuelle et de viol ont une position commune; toutefois, cela soulève sans contredit des questions et des défis lorsqu'il s'agit de distinguer l'agresseur et la victime.

La professeure **Debra Parkes**, de la Faculté de droit de l'Université du Manitoba, a porté son attention sur

la détermination de la peine, le châtement et l'incarcération – la phase finale du système de justice pénale. Le système carcéral ne satisfait pas les attentes de la société et n'est pas en mesure de le faire, mais la société compte de plus en plus sur l'incarcération pour répondre à des questions sociales complexes. Les prisons sont des lieux fondamentalement violents, résistants à la primauté du droit, non conformes aux droits humains, empreints de notions violentes de la masculinité et baignant dans une culture de viol. Nous laissons pour compte la violence étatique, et ce à nos propres risques. Puisque les survivantes sont généralement déçues du système de justice pénale, comment devrions-nous orienter nos efforts? Quelles avenues de rechange au système de justice pénal existe-t-il, comme recours en cas d'agression sexuelle? De quelle autre façon pouvons-nous collectivement dénoncer l'agression sexuelle et promouvoir les changements que nous désirons?

La professeure **Lise Gotell**, du département des études féminines et du genre de l'Université de l'Alberta, a situé son analyse de la criminalisation de femmes vulnérables pour des allégations de non-divulgaration du VIH dans une compréhension du néolibéralisme, en

signalant le langage du risque et de la responsabilité qui imprègne les discussions sur la non-divulgation du VIH. Le néolibéralisme représente un virage s'éloignant des réponses de l'État bienfaiteur; il priorise plutôt l'individualisation et la criminalisation, une prolifération de lois et d'autres éléments étatiques. L'arrêt *Mabior* cadre dans la perspective néolibérale, en individualisant la responsabilité et en postulant que le consentement est l'action d'un sujet rationnel, autonome et soucieux de se réaliser. La dépossession est reconceptualisée comme une prise de risque (p. ex., les femmes autochtones disparues sont blâmées pour avoir

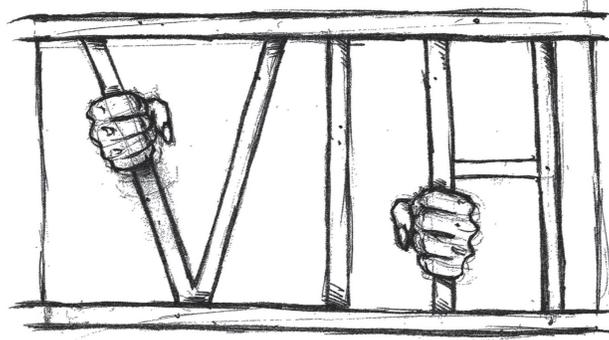
des modes de vie à « risque élevé »). Dans le domaine de la violence sexuelle, il y a depuis longtemps ce que l'on considère comme des « victimes dignes d'attention et d'assistance » et de « bonnes plaignantes ». Cette catégorie se fondait sur la chasteté; à présent, il s'agit d'une question de responsabilité et de sécurité sexuelle. Lise a expliqué que l'approche adoptée dans l'arrêt *Mabior* risque d'éroder une compréhension de l'agression sexuelle en tant que violation de l'intégrité sexuelle, en raison du point de mire sur le risque, plutôt que sur la conception développée du consentement comme étant un élément actif, contemporain et volontaire. L'arrêt *Hutchison*, dans lequel est adopté un raisonnement de la fraude qui se base sur l'arrêt *Mabior*, est un exemple de ce danger en adoptant une perspective très étroite de « l'acte sexuel en question », qui est essentialiste du point de vue biologique et qui contredit la compréhension formulée dans l'arrêt *Ewanchuk* voulant que le consentement implique la question de *qui* touche notre corps et *comment* il le fait.⁸ Le développement de la notion de caractère volontaire du consentement semble éliminé par l'arrêt

Hutchison, où l'attention se concentre sur la fraude et le préjudice plutôt que sur l'autonomie sexuelle.

La professeure **Viviane Namaste**, de l'Université Concordia, a présenté la stratégie de l'Institut Simone de Beauvoir en ce qui concerne la réforme des lois sur le travail du sexe, dans l'intention d'inspirer de possibles

stratégies de plaider. Premièrement, l'Institut a reconnu ouvertement qu'il n'existe pas une perspective féministe unique sur le travail du sexe. Des féministes peuvent choisir d'adopter différentes positions et les universitaires peuvent se positionner de façon stratégique pour ouvrir le dialogue lorsque des

choses sont supposément faites pour « protéger » les femmes. Elle nous a également invités à examiner les notions de risque et de préjudice, en droit. Quelle est la relation entre ces notions? Des affaires qui définissent le préjudice et les normes communautaires pourraient offrir des orientations utiles.



DISCUSSION

La faute centrale de l'agression sexuelle est le mépris de l'autonomie. Nous devons maintenir notre point de mire sur la question de savoir si le consentement était réellement volontaire ou pas. C'est la question clé.

Comment pouvons-nous protéger les droits des personnes vivant avec le VIH sans diluer le concept juridique du consentement?

Une personne ne perd pas son autonomie sexuelle simplement parce qu'elle n'a pas une certaine information.

⁸ R. c. *Hutchinson*, [2014] 1 RCS 346. Cette affaire concernait un homme qui a percé des trous dans un condom et dont la petite amie est devenue enceinte contre sa volonté. Il a été déclaré coupable d'agression sexuelle pour cause de fraude viciant le consentement.

d) Stratégie juridique pour des affaires de non-divulgence du VIH

Megan Longley, avocate de la défense, a fait part de son expérience dans la défense d'un jeune homme accusé de non-divulgence du VIH. Elle a adopté l'approche consistant à affirmer que l'arrêt *Mabior* n'établit pas que l'usage d'un condom adjoint à une charge virale faible constitue la seule possibilité d'être acquitté; Megan a trouvé d'autres preuves pouvant être apportées pour établir qu'il n'y avait pas une possibilité réaliste de transmission. Elle a noté l'approche agressive des procureurs de la Couronne, mais a eu gain de cause pour faire acquitter son client en utilisant des données scientifiques sur la faiblesse du risque.

Cynthia Fromstein, avocate de la défense, a discuté de stratégies possibles pour remettre en question l'affirmation d'un plaignant voulant qu'il n'aurait pas eu de rapport sexuel avec l'accusé s'il avait su que celui-ci était séropositif au VIH. Elle a raconté une affaire où les plaignants avaient témoigné qu'ils n'auraient pas consenti, alors que leur comportement donnait signe du contraire. Cynthia a souligné qu'afin de défendre ses clients, elle devrait arriver à examiner les comportements, au-delà des affirmations faciles contenues dans leur témoignage. En conséquence, des demandes d'autorisation de poser des questions concernant la prise de risques sexuels sont nécessaires, dans certaines affaires.⁹

Jonathan Shime, avocat de la défense, a décrit son expérience en cour, concernant des affaires de non-divulgence du VIH. Il a noté que les juges font de leur mieux pour comprendre les enjeux et pour rendre des décisions adéquates, mais il a ajouté qu'il lui faut souvent se faire éducateur de la cour afin d'aider les juges à comprendre

les connaissances scientifiques les plus récentes et de contrer des craintes irrationnelles concernant le VIH. Il a signalé le zèle à l'égard des affaires de poursuites pour non-divulgence du VIH, parmi les responsables ontariens, et affirmé que la solution ne se trouvera pas devant les tribunaux.

Joanna Birenbaum, avocate en matière de droits humains, a également parlé de l'utilisation de preuves relevant d'antécédents sexuels, dans les poursuites associées au VIH – soit pour établir la causalité si la transmission est alléguée, soit pour mettre en question la crédibilité du plaignant. Elle a expliqué que des protections existent pour limiter l'utilisation de preuves fondées sur les antécédents sexuels, dans des affaires d'agression sexuelle, en raison de ce qu'on

DISCUSSION

Il existe des différences dans le traitement des affaires impliquant des partenaires de sexe opposé et de même sexe – quant au langage utilisé, au narratif exposé, aux hypothèses sous-jacentes et d'acceptation des déclarations sans les remettre en question.

Une avenue de réforme possible – possiblement que l'article 276 du *Code criminel* pourrait s'appliquer différemment selon qu'il s'agit d'une affaire d'agression sexuelle ou d'une affaire touchant le VIH.

Le consentement n'est pas un élément hypothétique. Cela concerne ce que la personne croit réellement qui est en train de se produire sur le moment.

Si, en l'espèce, il n'y a pas de risque médical de transmission alors une poursuite pour non-divulgence est discriminatoire.

⁹ Afin d'empêcher que des mythes concernant la sexualité des femmes déroutent les procès pour agression sexuelle, des dispositions existent qui interdisent de déposer des preuves concernant les antécédents sexuels de la plaignante (ce qu'on appelle souvent des « dispositions de protection des victimes de viol »). L'article 276 du *Code criminel* permet à l'accusé de faire une demande afin de présenter en preuve un élément qui serait autrement exclus par ces dispositions.

appelle les « mythes jumeaux », qui imprégnaient les poursuites pour agression sexuelle – c'est-à-dire ceux voulant qu'une femme soit moins crédible en tant que témoin, et qu'elle soit plus susceptible d'avoir consenti à l'agression sexuelle alléguée si elle a eu de multiples partenaires sexuels. Ces protections sont importantes pour protéger les plaignantes dans des affaires d'agression sexuelle; et Joanna s'est dite inquiète que ces

protections soient affectées si l'on autorise les questions liées aux antécédents sexuels dans des affaires de non-divulcation du VIH. D'un autre point de vue, les préjugés entourant le VIH polluent les procédures judiciaires, dans les affaires concernant le VIH; et il n'y a pas beaucoup d'autres avenues propices à organiser une défense. Ce pourrait être une situation où « quoi qu'on fasse, on est perdant ».

e) Pierres d'assise pour une réponse fondée sur des principes, à l'égard des poursuites pour non-divulcation du VIH en tant qu'agression sexuelle

Alison Symington, codirectrice de la recherche et du plaidoyer au Réseau juridique canadien VIH/sida, a décrit le travail du Réseau juridique dans ce domaine depuis plus de vingt ans. Par exemple, avec divers partenaires, le Réseau juridique a développé des ressources pour divers publics (p. ex., personnes vivant avec le VIH, avocats de la défense, fournisseurs de services), est intervenu dans les médias, a travaillé avec des avocats de la défense et des experts médicaux pour faire en sorte que les accusés vivant avec le VIH obtiennent la meilleure défense possible, a produit un film documentaire sur les femmes et la criminalisation du VIH, est intervenu dans des affaires phares, et il milite pour des lignes directrices à l'intention des procureurs. La présente réunion contribuera à éclairer la suite de ses travaux de recherche, de plaidoyer et d'éducation du public.

Erin Seatter, coordonnatrice des ressources au Positive Women's Network (PWN), a discuté des perspectives divergentes des femmes vivant avec le VIH, en ce qui concerne la criminalisation de la non-divulcation du VIH. En tant qu'organisme qui fournit des services, le PWN rencontre le défi de soutenir des femmes qui désirent déposer des accusations pour non-divulcation du VIH, de même que des femmes vivant avec le VIH et qui considèrent la criminalisation comme étant une autre couche de stigmatisation et de discrimination. Elle a signalé que certaines femmes vivant avec le VIH sont appelées à témoigner par la police et des procureurs –

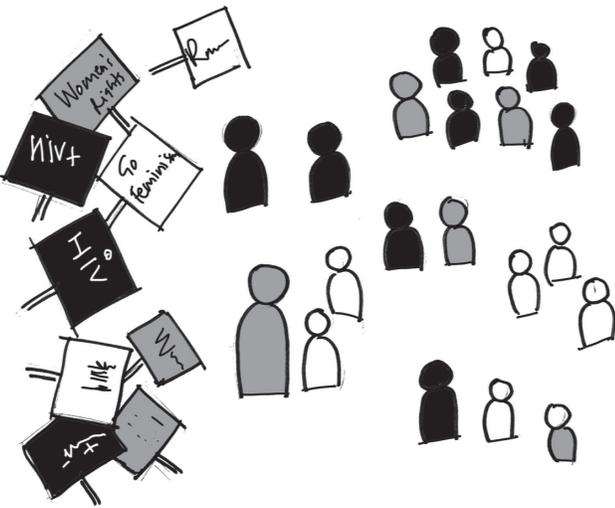
une situation qu'elle n'a pas vue dans d'autres affaires d'agression sexuelle. Elle a noté également à quel point il peut être traumatisant pour une femme de témoigner dans un procès pour non-divulcation – une démarche qui ne conduit pas à un soulagement, à une satisfaction ou à un sentiment de justice envers les femmes.

Jessica Whitbread, alors directrice mondiale intérimaire de la Communauté internationale des femmes vivant avec le VIH (ICW), a expliqué comment sa propre perspective sur la criminalisation du VIH avait changé avec le temps, à mesure qu'elle a saisi les complexités sociales et les contextes sociohistoriques dans lesquels se déroulent les poursuites pénales. En vertu du droit canadien actuel, les corps des personnes vivant avec le VIH sont gouvernés par le système juridique. Jessica a invité les participantes à porter attention aux causes sous-jacentes de la criminalisation – le patriarcat, la phobie du VIH, l'homophobie, etc. – et à créer, pour les femmes qui cherchent réparation, des alternatives au droit pénal.

La professeure **Annette Houlihan**, de l'Université St. Thomas, a décrit l'expérience de l'Australie en lien avec la criminalisation de l'exposition au VIH – un contexte où les lois sont différentes d'un endroit à l'autre du pays et où des poursuites peuvent être intentées en vertu de lois spécifiques au VIH. Elle a rattaché les origines des dispositions pénales à la crainte à l'égard de « bandits utilisant des seringues contaminées par le VIH ». Des cours australiennes ont récemment

eu des difficultés avec la question du consentement éclairé, à savoir si une personne peut consentir au risque de contracter le VIH.

La professeure **Kim Buchanan**, de la Faculté de droit de l'Université de Southern California, a présenté une analyse des dimensions sexospécifiques de la criminalisation de la non-divulgence du VIH, en signalant l'emphase disproportionnée placée sur les femmes en tant que victimes et sur les hommes noirs en tant qu'auteurs de crimes. À son avis, les cours croient que la criminalisation de la non-divulgence du VIH respecte ou protège l'autonomie sexuelle et qu'il s'agit d'une bonne réponse féministe. Mais elle a identifié plusieurs éléments raciaux, sexuels et sexospécifiques qui contribuent à la caractérisation de la non-divulgence du VIH comme une fraude qui doit être criminalisée, et a souligné que d'autres cas de fraudes ne comportent pas ces éléments. La discrimination intrinsèque devrait être un motif suffisant pour la décriminalisation.



DISCUSSION

Comment les discours féministes sont-ils l'objet d'une appropriation et que faisons-nous pour contrer cette tendance?

Avant l'emprise de l'approche de la loi et de l'ordre, les gens se parlaient, vivaient en communauté et trouvaient des solutions. Comment pouvons-nous retourner à l'époque précédant celle où les agents de l'État encouragent les gens à se présenter eux-mêmes comme plaignants devant le système de justice pénale?

Si la loi est censée protéger la partie vulnérable, elle devrait protéger la personne séropositive dans une relation sérodifférente.

Nous devons considérer ce qui est possible et ce qui ne l'est pas, en droit.

En tant que militants pour la réponse au VIH, nous ignorons des craintes bien fondées quant au recul de notre consentement, à nos propres risques. Pareillement, ceux qui veulent préserver les progrès dans le domaine du droit de l'agression sexuelle ne peuvent se permettre de croire que les poursuites concernant le VIH ne sont que des dommages collatéraux dans la quête d'une jurisprudence cohérente dans ce domaine du droit.

Nous devons prendre le temps nécessaire pour considérer les résultats à long terme de nos stratégies proposées pour le changement social. Nous avons besoin d'un éventail de stratégies à la fois de réformes à court terme et d'aspirations à long terme.

Conclusion

Des deux jours de riche échange de connaissances, de discussions et de stratégies, il est clairement ressorti que le groupe partageait un malaise collectif à l'égard des poursuites pour non-divulgence du VIH en tant qu'agression sexuelle, comme on en voit au Canada à l'heure actuelle. Tout en reconnaissant qu'il n'existe pas de perspective féministe unique, le consensus était que nous devons questionner les éléments de risque, de préjudice, de choix et de consentements, en tant que féministes, éclairés par une compréhension holistique des diverses injustices qui découlent des poursuites pour non-divulgence du VIH.

Au niveau conceptuel, nous sommes engagés à nous pencher sur un certain nombre de questions clés – Quelle est la place du pouvoir dans notre compréhension du consentement? Comment devrions-

nous comprendre le pouvoir et les relations sexuelles consentuelles? Comment la disposition sur la fraude dans le contexte de la loi sur l'agression sexuelle devrait-elle être comprise et délimitée?

Nous avons convenu que la réponse à ces dilemmes ne sera pas trouvée en cour, du moins pas immédiatement. Au niveau pratique, nous sommes engagés par conséquent à réaliser des recherches stratégiques afin d'éclairer notre travail de théorie et de plaider; à développer des avenues de rechange au système de justice pénale pour la réparation aux plaignants et leur soutien; à reconnaître le lien entre la violence sexospécifique et la criminalisation liée au VIH; et à travailler à contrer les causes sous-jacentes : la stigmatisation associée au VIH, les inégalités socioéconomiques et la violence sexospécifique.

Remerciements

Ce rapport a été rédigé par Alison Symington. Merci aux rapporteurs en réunion — Marcus McCann, Alex McClelland, Rosemary Cairns-Way et Laura Bisaillon — de même qu'à Erin Seatter pour avoir fourni des notes.

La réunion s'est déroulée conformément aux règles de Chatham House.

Le Dialogue féministe a été financé par :

- Elton John AIDS Foundation
- La Fondation du droit de l'Ontario
- Dr Eric Mykhalovskiy, boursier de nouveau chercheur des Instituts de recherche en santé du Canada
- Chaire de recherche sur le VIH/sida et la santé sexuelle, Université Concordia
- *The Journal of Law and Equality*, Faculté de droit, Université de Toronto

La production de ce rapport a été possible grâce à l'appui de l'Elton John AIDS Foundation. La production du film *Consentement : la non-divulgence du VIH et la loi sur l'agression sexuelle* a été appuyée financièrement par le Programme de bourses au partenariat du ministère des Affaires civiques, de l'Immigration et du Commerce international de l'Ontario.

Les opinions et perspectives exprimées dans le film *Consentement* et dans le matériel d'accompagnement ne représentent pas nécessairement celles des bailleurs de fonds. Le Réseau juridique canadien VIH/sida assume la responsabilité entière de tout contenu connexe.

À propos du Réseau juridique canadien VIH/sida

Le Réseau juridique canadien VIH/sida (www.aidslaw.ca) œuvre à la promotion des droits humains des personnes vivant avec le VIH/sida ou vulnérables au VIH, au Canada et dans le monde, à l'aide

de recherches et d'analyses, de plaider et d'actions en contentieux, d'éducation du public et de mobilisation communautaire. Le Réseau juridique est l'organisme chef de file au Canada sur les enjeux juridiques et de droits de la personne liés au VIH/sida.

Réseau juridique canadien VIH/sida

1240, rue Bay, Suite 600

Toronto, Ontario

Canada M5R 2A7

+1 416 595-1666

info@aidslaw.ca

www.aidslaw.ca

Consentement : la non-divulgence du VIH et la loi sur l'agression sexuelle

www.consentfilm.org/fr

Annexe I

Repenser la non-divulgence du VIH et l'agression sexuelle : un dialogue féministe

du 24 au 26 avril 2014

ORDRE DU JOUR

Jeudi 24 avril 2014

18 h 30 – 21 h

La non-divulgence du VIH et l'agression sexuelle : que signifie réellement « consentir »?

* Note : Cet événement s'adresse aux participants à l'atelier et à l'ensemble de la communauté

18 h 30 **Mot de bienvenue et introduction**

Alison Symington

18 h 50 **Présentations**

Saara Greene

Joanna Birenbaum

Beri Hull

19 h 35 **Questions/réponses et discussion**

Eric Mykhalovskiy

20 h 00 **Fin de l'événement et passage à la réception**

Richard Elliott

Vendredi 25 avril 2014

8 h 30 – 17 h 00

Repenser la non-divulgence du VIH et la loi sur l'agression sexuelle : un dialogue féministe (jour I)

8 h 30 **Café et inscription**

9 h 00 **Mot du début : bienvenue, logistique, introductions, formule et attentes**

Alison Symington et Eric Mykhalovskiy

9 h 35 **Aperçu des poursuites pour non-divulgence du VIH au Canada**

Cécile Kazatchkine

9 h 45 **Impacts de la criminalisation sur les femmes vivant avec le VIH et sur la communauté**

Animation : *Maria Nengeh Mensah*

Exposés : *Simone Shindler*

Anne Marie DiCenso

Marvelous Muchenje

Kerrigan Beaver

Questions/réponses et discussion

11 h 15 **Pause**

11 h 30 **Pourquoi la non-divulgence du VIH est-elle poursuivie en tant qu'agression sexuelle?**

Animation : *Mariana Valverde*

Exposés : *Isabel Grant* (en vidéoconférence)

Martha Shaffer

Elaine Craig

Alana Klein

Questions/réponses et discussion

13 h 00 **Dîner**

14 h 00 **Discussions en petits groupes sur les séances de l'avant-midi**

Animation : Groupe A — *Richard Elliott et Erin Seatter*

Groupe B — *Cécile Kazatchkine et Jessica Whitbread*

Groupe C — *Alison Symington et Beri Hull*

15 h 15 **Pause**

15 h 30 **L'agression sexuelle et le consentement en droit pénal canadien**

Animation : *Kim Buchanan*

Exposés : *Lenore Lukasik Foss*

Lise Gotell

Vivianne Namaste

Debra Parkes (en vidéoconférence)

Questions/réponses et discussion

16 h 45 **Résumé et conclusion de la journée**

Alison Symington et Eric Mykhalovskiy

Samedi 26 avril 2014

8 h 30 – 16 h 30

**Repenser la non-divulgence du VIH
et la loi sur l'agression sexuelle :
un dialogue féministe (jour 2)**

8 h 30 **Café**

9 h 15 **Stratégie juridique : table ronde**

Présidente : *Kim Stanton*

Juristes : *Jonathan Shime*

Megan Longley

Cynthia Fromstein

Joanna Birenbaum

Questions/réponses et discussion

10 h 45 **Pause**

11 h 00 **Travail continu : Pierres d'assise pour
une réponse fondée sur des principes,
à l'égard des poursuites pour non-
divulgence du VIH en tant qu'agression
sexuelle**

Animation : *Eric Mykhalovskiy*

Exposés : *Alison Symington*

Kim Buchanan

Jessica Whitbread

Erin Seatter

Annette Houlihan

Questions/réponses et discussion

12 h 00 **Dîner**

13 h 00 **Groupes de travail en simultané**

1. Développer des messages et réponses à la criminalisation de la non-divulgence du VIH qui soit habilitants pour les femmes et qui reconnaissent l'inégalité sexospécifique.
2. Faire progresser la collaboration entre la communauté et les universitaires du domaine de l'agression sexuelle, et la communauté et les universitaires du domaine du VIH.
3. Bâtir des arguments juridiques habilitants pour les femmes et reconnaissant les relations de pouvoir entre les sexes, concernant les affaires de non-divulgence du VIH.

14 h 15 **Pause**

14 h 30 **Avancer de façon stratégique**

Animation : *Alison Symington et*

Eric Mykhalovskiy

a) Comptes rendus des rapporteurs

Marcus McCann

Alex McClelland

Rosemary Cairns-Way

Laura Bisailon

b) Discussion sur la planification

16 h 00 **Conclusion et remerciements**

Alison Symington et Eric Mykhalovskiy

Annexe 2

LISTE DES PARTICIPANTS ET PARTICIPANTES

N.B. : Les affiliations étaient à date en avril 2014.

Joanna Birenbaum, Ursel Phillips Fellows Hopkinson LLP, Toronto

Laura Bisailon, Université de Toronto Scarborough, Toronto

Kim Buchanan, Faculté de droit de l'Université de Southern California, Los Angeles

Rosemary Cairns Way, Faculté de droit, Université d'Ottawa, Ottawa

Elaine Craig, Schulich School of Law, Halifax

Anne Marie DiCenso, Réseau d'action et de soutien des prisonniers et prisonnières vivant avec le sida (PASAN), Toronto

Richard Elliott, Réseau juridique canadien VIH/sida, Toronto

Cynthia Fromstein, avocate de la défense, Toronto

Amanda Glasbeek, Université York, Toronto

Lise Gotell, Département des études féminines et du genre de l'Université de l'Alberta, Edmonton

Isabel Grant, Faculté de droit, Université de la Colombie-Britannique, Vancouver

Saara Greene, École de travail social, Université McMaster, Hamilton

Annette Houlihan, Université St. Thomas, Fredericton

Beri Hull, Communauté internationale des femmes vivant avec le VIH (ICW), Washington, D.C.

Cécile Kazatchkine, Réseau juridique canadien VIH/sida, Toronto

Alana Klein, Faculté de droit, Université McGill, Montréal

Andrea Krüsi, Gender and Sexual Health Initiative, BC Centre for Excellence in HIV/AIDS, Vancouver

Liz Lacharpagne, COCQ-SIDA, Montréal

Megan Longley, Nova Scotia Legal Aid – Youth Justice Office, Halifax

Lenore Lukasik-Foss, Sexual Assault Centre (Hamilton and Area) (SACHA), Hamilton

Marcus McCann, Journal of Law and Equality; étudiant, Faculté de droit, Université de Toronto

Alexander McClelland, Université Concordia, Montréal

Marvelous Muchenje, Women's Health in Women's Hands Community Health Centre, Toronto

Eric Mykhalovskiy, Département de sociologie, Université York, Toronto

Viviane Namaste, Simone de Beauvoir Institute, Université Concordia, Montréal

Maria Nengeh Mensah, École de travail social, Université du Québec à Montréal

Debra Parkes, Faculté de droit, Université du Manitoba, Winnipeg

Erin Seatter, Positive Women's Network, Vancouver

Martha Shaffer, Faculté de droit, Université de Toronto

Jonathan Shime, Cooper, Sandler, Shime & Bergman LLP, Toronto

Simone Shindler, The Teresa Group, Toronto

Kim Stanton, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ), Toronto

Alison Symington, Réseau juridique canadien VIH/sida, Toronto

Mariana Valverde, Centre for Criminology and Sociological Studies, Université de Toronto

Jessica Whitbread, Communauté internationale des femmes vivant avec le VIH (ICW), Toronto