



Aperçu de la criminalisation du VIH au Canada : 2022

Publié par le
Réseau juridique VIH
1240 rue Bay, bureau 600
Toronto, Ontario
Canada M5R 2A7

Téléphone: +1 416 595-1666
Fax: +1 416 595-0094

www.hivlegalnetwork.ca

Le Réseau juridique VIH fait valoir les droits humains des personnes vivant avec le VIH ou le sida et de celles qui sont à risque ou affectées autrement, au Canada et dans le monde, à l'aide de recherches et d'analyses, d'actions en contentieux et d'autres formes de plaidoyer, d'éducation du public et de mobilisation communautaire.



Où en sommes-nous? : La criminalisation du VIH au Canada

L'état actuel du droit

Au Canada, une personne vivant avec le VIH doit divulguer sa séropositivité à un-e partenaire sexuel-le avant de s'engager dans une activité sexuelle qui comporte une « possibilité réaliste » de transmission du VIH. Cette exigence n'est pas énoncée dans le *Code criminel*, mais découle plutôt de décisions clés de la Cour suprême du Canada : *R. c. Cuerrier* (1998) et *R. c. Mabior* (2012). Depuis 1989, plus de 220 poursuites pour non-divulgaration du VIH ont été documentées au Canada; fait important, les hommes noirs sont représentés de manière disproportionnée parmi les personnes poursuivies.¹

Les personnes accusées de non-divulgaration du VIH sont habituellement inculpées d'agression sexuelle grave, une accusation utilisée normalement dans des affaires de rapports sexuels non consentus. En effet, la non-divulgaration avant un rapport sexuel présentant une possibilité réaliste de transmission a été considérée par les tribunaux comme équivalant à une « fraude » pouvant invalider le consentement de l'autre personne au rapport sexuel. Les dispositions pénales sur l'agression sexuelle grave font partie des accusations les plus lourdes du *Code criminel* : peine maximale d'emprisonnement à vie, inscription obligatoire au registre des délinquants sexuels et, dans le cas de non-citoyen-nes, risque d'expulsion.

Évolution du droit après l'arrêt Mabior (2012)

Dans sa décision dans l'affaire *Mabior*, la Cour suprême du Canada a statué en 2012 qu'il n'y a aucune obligation de divulguer sa séropositivité avant un rapport sexuel lorsqu'un condom est utilisé et que le partenaire séropositif a une charge virale « faible » (définie comme inférieure à 1 500 copies/ml). La Cour a conclu que, dans de telles circonstances, il n'y a pas de possibilité réaliste de transmission. Cette décision a été largement critiquée comme étant injuste et en contradiction avec les preuves scientifiques, puisque la présence d'un seul de ces deux éléments – l'utilisation d'un condom *ou* une charge virale faible – suffit à prévenir la transmission.

Depuis 2012, le droit a évolué vers la reconnaissance d'une absence de « possibilité réaliste » de transmission du VIH (et donc, d'une absence de devoir de divulgation) lorsqu'une personne a une charge virale supprimée (ou indétectable) (c'est-à-dire < 200 copies/ml), même lorsqu'aucun condom n'est utilisé. Ceci a été reconnu par des tribunaux ainsi que par certains services de poursuites judiciaires dans le pays, comme décrit ci-dessous. En d'autres termes, il est de plus en plus reconnu en droit que « indétectable = intransmissible » (I=I). En conséquence, on a constaté ces dernières années une diminution du nombre de poursuites contre les personnes ayant une charge virale supprimée. Une évolution importante et bienvenue.

Cependant, le droit relatif à l'utilisation du condom n'a pas évolué dans la même mesure que les considérations touchant la charge virale. Des décisions des tribunaux se contredisent entre elles, sur la question de savoir si la seule utilisation de condoms, lorsque la charge virale n'est ni supprimée ni faible, suffit à écarter la « possibilité réaliste de transmission ». Des tribunaux de la Nouvelle-Écosse ont reconnu qu'une personne ne devrait pas être condamnée pour non-divulgaration du VIH lorsqu'elle a utilisé un condom (sans égard à sa charge virale).² Mais, en 2020, la Cour d'appel de l'Ontario est arrivée à la conclusion inverse : elle a confirmé la condamnation d'un homme vivant avec le VIH qui avait utilisé des

¹ C. Hastings et coll., [La criminalisation du VIH au Canada : Tendances clés et particularités \(1989-2020\)](#), 2022 [« Tendances clés et particularités »].

² *R. v. T.*, [2018] NSCA 13. (L'identité de l'accusé a été retirée intentionnellement.)

condoms (même s'il n'était pas accusé de les avoir mal utilisés ou d'avoir transmis le VIH).³ Par conséquent, certaines personnes vivant avec le VIH au Canada risquent toujours d'être poursuivies pour non-divulgence si elles limitent leurs précautions à la seule utilisation de condoms.

Progrès dans les politiques sur les poursuites

Dans les trois territoires et certaines provinces, les poursuites pour non-divulgence du VIH ont été limitées par des directives, des lignes directrices ou des instructions du ministère public. Ces directives, lignes directrices ou instructions ne changent pas la loi elle-même, mais peuvent restreindre la capacité des procureurs à intenter des poursuites dans les cas de non-divulgence du VIH – ou du moins influencer leur choix de poursuivre ou non. Les politiques en matière de poursuites varient d'une région à l'autre, au pays :

- Ontario, Québec, Alberta et Colombie-Britannique : Une personne vivant avec le VIH qui est traitée par antirétroviraux et qui maintient une charge virale inférieure à 200 copies/ml pendant au moins quatre à six mois (ou pendant au moins six mois, dans le cas de l'Ontario) ne devrait pas être poursuivie pour non-divulgence du VIH. C'est le cas sans égard au type de rapport sexuel (anal, vaginal ou oral) et peu importe qu'un condom ait été utilisé ou non. En Colombie-Britannique, l'utilisation correcte d'un condom lors d'un acte unique de sexe vaginal ou anal où le VIH n'a pas été transmis est un « facteur » qui peut peser contre des poursuites.
- Territoires du Nord-Ouest, Yukon et Nunavut : Une directive de 2018 adressée aux procureurs fédéraux par la procureure générale du Canada stipule qu'une personne vivant avec le VIH :
 - ne sera pas poursuivie si elle a maintenu une charge virale inférieure à 200 copies/ml; et
 - ne devrait « généralement » pas être poursuivie si elle prenait le traitement comme prescrit, si un condom a été utilisé ou si elle et son/sa partenaire n'ont eu que des rapports sexuels oraux.
- Aucune directive, ligne directrice ou instruction particulière n'est en vigueur à Terre-Neuve-et-Labrador, en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard, au Nouveau-Brunswick, au Manitoba ou en Saskatchewan.

³ *R. v. N.G.*, [2020] ONCA 494 (En 2020, la condamnation de N.G. a été confirmée en appel.)

Comment le droit pourrait-il évoluer ensuite? : Affaires récentes à la Cour suprême concernant la criminalisation du VIH

Au cours de la dernière année, la Cour suprême du Canada a entendu trois affaires qui ne sont pas spécifiques au VIH, mais qui pourraient affecter considérablement le droit relatif à la non-divulgence du VIH. Le Réseau juridique VIH et la HIV & AIDS Legal Clinic Ontario (HALCO) sont intervenus dans ces affaires pour présenter leurs arguments à la Cour afin que les préoccupations des personnes vivant avec le VIH soient représentées.

R. c. Kirkpatrick : retrait non consentuel du condom et loi sur l'agression sexuelle

Un homme a été accusé d'agression sexuelle après avoir eu des rapports sexuels au cours desquels, à l'insu de sa partenaire, il n'a pas porté de condom. Sa partenaire avait auparavant insisté sur l'utilisation du condom pendant les rapports sexuels. La question qui se pose à la Cour suprême du Canada est la suivante : est-ce un crime d'ignorer la condition posée par un-e partenaire de toujours porter un condom pendant les rapports sexuels et, si oui, pourquoi? Selon la loi, il y a agression sexuelle lorsqu'une personne se livre à une activité sexuelle sans le consentement de l'autre. Le consentement doit être donné d'emblée au moment de la rencontre sexuelle. Toutefois, le consentement initial d'une personne peut être ultérieurement « vicié » (ou invalidé) par un acte de « fraude », ce qui signifie qu'une rencontre sexuelle peut se transformer en agression sexuelle après-coup. La question centrale dans l'affaire *Kirkpatrick* est de savoir si le retrait non consentuel du condom doit être considéré comme une violation du consentement initial d'une personne (parce qu'il s'agissait d'un élément essentiel de son consentement), ou s'il devrait être considéré comme un acte de fraude qui vicie ultérieurement le consentement initial d'une personne.

Pertinence de ce point pour les personnes vivant avec le VIH : Dans l'état actuel du droit, la non-divulgence de la séropositivité ne constitue pas une violation du consentement initial de la personne. Cela s'explique par le fait que la séropositivité d'une personne n'est pas une caractéristique essentielle d'un acte sexuel. La non-divulgence peut toutefois constituer une fraude viciant le consentement, lorsque 1) il existe une possibilité réaliste de transmission et 2) un-e partenaire sexuel-le n'aurait pas consenti à l'acte sexuel s'il ou elle avait connu l'infection à VIH de son/sa partenaire. Si la Cour venait à décider dans l'affaire *Kirkpatrick* que les condoms sont essentiels au consentement initial, il est possible qu'elle puisse également décider que l'élément du statut VIH fait lui aussi partie intégrante du consentement initial. Si elle tranche que le statut VIH est un facteur fondamental au consentement initial, cela élargirait les circonstances dans lesquelles une personne pourrait être criminalisée pour non-divulgence. La Cour pourrait considérer qu'il ne peut y avoir de consentement à des relations sexuelles en l'absence de divulgation de la séropositivité (sans égard au risque de transmission du VIH), et exiger ainsi qu'une personne vivant avec le VIH divulgue sa séropositivité dans toutes les situations. Ce serait un énorme pas en arrière.

R. c. N. : Contestation des désignations obligatoires comme délinquant-e sexuel-le

En février 2022, la Cour suprême s'est penchée sur la constitutionnalité de l'inscription obligatoire au registre des délinquants sexuels dans une affaire portée par un jeune homme trouvé coupable d'agression sexuelle. En plus d'une période d'emprisonnement, la peine de l'homme comprenait l'inscription obligatoire à vie au Registre national des délinquants sexuels. À la suite des modifications apportées en 2011 au *Code criminel* et à la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels* (LERDS), les juges sont tenus d'imposer des ordonnances d'enregistrement des délinquants sexuels aux personnes déclarées coupables de certaines infractions. L'homme a fait valoir que l'inscription obligatoire au registre des délinquants sexuels violait ses droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne en vertu de l'article 7 de la Charte.

Pertinence de ce point pour les personnes vivant avec le VIH : L'agression sexuelle grave (l'infraction la plus couramment utilisée pour poursuivre la non-divulgence du VIH) étant l'une des infractions pour lesquelles l'enregistrement comme délinquant-e sexuel-le est désormais obligatoire, cette décision a un impact énorme pour les personnes vivant avec le VIH. La désignation obligatoire de délinquant-e sexuel-le exacerbe les préjudices déjà lourds de la criminalisation du VIH au Canada. En inscrivant une personne vivant avec le VIH au Registre des délinquants sexuels, le système juridique pénal perpétue la stigmatisation liée au VIH et impose d'énormes préjudices psychologiques et sociaux qui peuvent durer toute la vie.

R. c. Sharma : Contestation des limitations aux peines avec sursis

En mars 2022, la Cour suprême a entendu l'affaire d'une jeune femme autochtone qui n'avait pas pu bénéficier d'une peine avec sursis (par exemple, une peine purgée dans la communauté) après avoir été déclarée coupable d'importation de drogue. La condamnation avec sursis n'est pas autorisée pour certaines infractions, comme l'importation de drogue et l'agression sexuelle grave, même lorsque la conduite de la personne ou les circonstances de sa vie laissent penser qu'une condamnation avec sursis serait plus appropriée. Mme Sharma a contesté ces restrictions au motif qu'elles violaient les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que lui garantit la Charte, de même que son droit à l'égalité, car les lois renforcent, perpétuent et exacerbent l'incarcération excessive des Autochtones.

Pertinence de ce point pour les personnes vivant avec le VIH : Dans le passé, des juges chargés de la détermination de la peine ont estimé dans certains cas qu'une condamnation avec sursis était appropriée pour des personnes condamnées pour agression sexuelle grave pour non-divulgence du VIH. Mais en raison des limitations aujourd'hui en vigueur, les personnes dans cette situation ne peuvent pas bénéficier d'une peine avec sursis. Cela a un impact disproportionné sur les Autochtones et les Noir-es, qui sont plus susceptibles d'être condamnés-es à des peines de prison pour non-divulgence du VIH,⁴ et sur les personnes LGBTQ2S+, qui sont plus susceptibles que d'autres de vivre avec le VIH au Canada (ce qui fait en sorte que les lois criminelles qui s'appliquent à la non-divulgence du VIH sont plus susceptibles de les affecter négativement). De plus, les restrictions font obstacle à l'application du cadre de l'arrêt *Gladue* aux personnes autochtones, qui exige des juges qu'ils tiennent compte de la situation particulière de celles-ci. Étant donné l'accès inadéquat aux soins de santé et aux services de réduction des méfaits dans les prisons, la restriction de la disponibilité des peines avec sursis pour les personnes vivant avec le VIH exacerbe également les préjudices de la criminalisation du VIH.

⁴ *Tendances clés et particularités*, p. 10.