Dominique Bertrand
Jean-François Dumoulin
Romano La Harpe
Marinette Ummel

3e édition
augmentée et
entièrement révisée

Médecin et droit médical

Présentation et résolution de situations médico-légales

Préface de Arnaud Perrier

EDITIONS
MEDECINE & HYGIENE

INCRIMINATION DE LA TRANSMISSION DU VIRUS VIH

A. Cereghetti

Cas

François M. est votre patient depuis plusieurs années. Il est séropositif et suit avec succès une trithérapie qui a permis de contrôler l'infection VIH, comme l'attestent ses prises de sang régulières. Il a souvent évoqué son désir d'avoir des enfants avec sa compagne, séronégative, et vous a dit qu'il n'utilisait plus de préservatifs. Vous savez, par une consœur infectiologue, que dans une situation comme celle de François, il n'y a pas de transmission par voie sexuelle, de sorte que vous avez soutenu sa démarche. Cependant, lors de la dernière consultation, il vous a apporté une coupure de presse relative au jugement d'une personne séropositive qui a entretenu des relations sexuelles non protégées avec son partenaire et qui a été condamnée sévèrement, alors même qu'il n'y avait pas eu transmission du virus. François est très inquiet de ce qui pourrait lui arriver sur le plan judiciaire et souhaiterait être rassuré.

Introduction

Les jugements rendus ces dernières années en matière de transmission du VIH ont prononcé de lourdes peines d'emprisonnement à l'encontre de personnes séropositives ayant entretenu des rapports sexuels non protégés, et cela que leurs partenaires aient été contaminés ou pas, alors même que l'on a assisté à une baisse considérable du taux de mortalité des personnes infectées par le VIH et que l'on peut aujourd'hui affirmer avec la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFS) qu'une *« personne séropositive ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antirétroviral (TAR) avec une virémie entièrement supprimée ne transmet pas le virus par le biais de contacts sexuels »*.[1]

---

[1] Recommandations de la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida, in Bulletins des médecins suisses 2008; 89: 5.

Alors que la Cour Suprême des Pays-Bas a mis un terme à la plupart des procès intentés pour transmission du VIH, en estimant qu'à l'exception de situations claires et établies de hauts risques de transmission, le comportement d'une personne séropositive qui a des relations sexuelles sans révéler son infection, même s'il n'est pas dénué de risques, ne crée pas de danger significatif de transmission et ne peut en tout cas pas être assimilé à l'infraction de lésions corporelles graves,[2] la justice française a, à plusieurs reprises depuis 1999, déclaré une personne séropositive coupable d'avoir eu, sans dévoiler son état, des relations sexuelles non protégées avec des partenaires qui ont été contaminées.[3] Ainsi, des peines de prison ferme de 3 à 7 ans ont été prononcées pour *« administration de substances nuisibles suivie de mutilation ou d'infirmité permanente »*. Au Canada également, la Cour d'Appel de Terre-Neuve a conclu plusieurs procédures intentées contre un homme qui avait eu des relations sexuelles non protégées avec trois femmes sans divulguer sa séropositivité, en le condamnant à une peine totalisant dix ans de prison (peines cumulées) pour *« voies de fait graves, tentatives de voies de fait graves et nuisance publique »*.[4]

De leur côté, les tribunaux helvétiques n'ont pas échappé à ce durcissement, puisqu'ils punissent sévèrement les personnes qui se savent séropositives et qui ont des relations sexuelles non protégées sans en informer leur partenaire, et cela même si ce dernier n'a pas été contaminé.

Aussi, avant de répondre à la question de François, il est nécessaire d'avoir à l'esprit la teneur des décisions judiciaires rendues en Suisse et la logique qui les sous-tend.

La position du Tribunal fédéral

L'évolution de la pénalisation de la transmission du VIH

Le premier arrêt relatif à la punissabilité de la transmission du VIH a été rendu par le Tribunal fédéral le 22 février 1990, soit à une époque où il n'existait pas de traitement permettant de contrôler l'infection et d'éviter son développement vers une issue fatale. Il confirmait un jugement rendu quelques mois plus tôt par un tribunal vaudois, qui avait considéré qu'une personne séropositive ayant connaissance de son statut sérologique qui entretient des relations sexuelles non protégées et transmet ainsi le VIH à son partenaire se rend coupable de lésions corporelles graves et de propagation d'une maladie de l'homme.[5] Ce faisant, les juges lausannois faisaient sortir de l'oubli cette dernière infraction très spécifique, qui n'avait qu'exceptionnellement trouvé application depuis sont entrée en vigueur en 1942.[6]

---

2 Arrêt rendu le 18 janvier 2005 par la Cour Suprême des Pays-Bas (Hoge Raad, 02659/03).

3 Cour d'Appel de Rouens, 22 septembre 1999, JCP 200 IV 2736 ; Cour d'Appel de Colmar, 4 janvier 2005, arrêt no 05/00003 ; Tribunal correctionnel de Cayenne, 15 novembre 2005.

4 Pour une analyse de la décision de la Cour d'appel de Terre-Neuve, voir R. Elliott, « Droit criminel et transmission du VIH ou exposition : trois nouvelles affaires », Revue canadienne VIH/sida et droit, 2002, 6 (3) : 73-76.

5 Tribunal fédéral, Cour de cassation, arrêt du 22 février 1990, ATF 116 IV 125.

6 A notre connaissance, jusqu'à l'apparition du sida, l'article 231 du code pénal n'a été appliqué qu'à une seule reprise, pour un cas de transmission d'une blennorragie en 1951 (Zurich, Bezirkgericht Hinwil, arrêt du 3 décembre 1951, RSJ 49 (1953), N° 92 p. 226.

Par la suite, dans un arrêt de principe rendu en 1999[7], le Tribunal fédéral a confirmé une peine de trois ans d'emprisonnement prononcée par la Cour d'Assises du canton de Zurich contre un homme qui avait entretenu des rapports sexuels non protégés avec deux partenaires et avait transmis le VIH à l'une d'elle tandis que l'autre n'avait pas été contaminée.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence en constatant *« qu'en l'état actuel des connaissances (n.d.l.r. : en 1999) et malgré l'application des médicaments aujourd'hui disponibles, le virus VIH conduit, après une période d'incubation relativement longue mais de durée incertaine, à l'apparition chez de nombreuses personnes du sida qui sera très probablement mortel »*.[8]

Sur cette base, la Haute Cour considère que la transmission du VIH constitue une lésion corporelle grave et que la personne séropositive qui entretient des rapports sexuels non protégés se rend coupable des infractions de lésions corporelles graves et de propagation d'une maladie de l'homme (art. 122 et 231 CP).

Cependant, le raisonnement du Tribunal fédéral ne s'arrête pas là : il ajoute que chaque rapport sexuel non protégé fait courir *« le risque inacceptable, incalculable et incontrôlable de contamination par le virus du VIH ainsi que du danger en résultant pour la vie et la santé de sa partenaire »*.[9] Il considère dès lors que, même si aucune contamination n'est intervenue, les personnes séropositives qui ont des rapports sexuels non protégés sont punissables, car elles ont poursuivi leur activité coupable – ne pas utiliser de préservatif – en connaissant les risques qu'elles faisaient courir à leur partenaire et en les acceptant pour le cas où ils se produiraient.

Dans ces derniers arrêts sur la question,[10] le Tribunal fédéral a maintenu cette jurisprudence, malgré l'évolution des connaissances et des traitements. C'est ainsi que plusieurs jugements ont été rendus par des tribunaux de première et de seconde instance, qui ont condamné des personnes porteuses du VIH à des peines privatives de liberté – avec ou sans sursis selon la situation – pour lésions corporelles graves et propagation d'une maladie de l'homme ou, lorsque le partenaire n'a pas été contaminé, pour crime manqué de lésions corporelles graves et crime manqué de propagation d'une maladie de l'homme, en considérant que les personnes porteuses du virus avaient envisagé le résultat dommageable, mais avait néanmoins agi sans faire ce qui était en leur pouvoir pour l'éviter ou en atténuer les conséquences, en s'accommodant de ce résultat pour le cas où il se produirait, même si elles ne le souhaitaient pas. Ils ont en outre mis à leur charge le paiement, aux plaignants, d'indemnités pour tort moral, parfois conséquentes.[11]

---

7 Tribunal fédéral, Cour de cassation, arrêt du 20 octobre 1999, ATF 125 IV 242/JT 2002 IV 38.

8 Arrêt cité, cons. 2 dd).

9 Arrêt cité, cons. 3 f).

10 Arrêt du 28 octobre 2004, 6S.176/2004 in ATF 131 IV 1/JT 2006 IV 187 ; Arrêt du 11 juillet 2006, 6P.111/2006.

11 Cour de cassation pénale du tribunal cantonal vaudois, arrêt du 23 mai 2005.

LES NORMES JURIDIQUES UTILISÉES

Les bases légales

Les tribunaux helvétiques fondent ces lourdes condamnations en faisant appel à deux infractions figurant dans la partie spéciale du Code pénal (CP), à savoir les lésions corporelles graves (art. 122 CP) et la propagation d'une maladie de l'homme (art. 231 CP) puis en les modulant au moyen de deux dispositions de la partie générale du code qui traitent de l'intention et de la négligence (art. 18 aCP/art 12 nCP)) et du délit manqué (art. 22 CP).

L'article 122 CP, qui protège l'intégrité corporelle, dispose que sera reconnu coupable de lésions corporelles graves et puni d'une peine privative de liberté pour dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins, celui qui, intentionnellement, aura blessé une personne de façon à mettre sa vie en danger (al. 1er); celui qui, intentionnellement, aura mutilé le corps d'une personne, un de ses membres ou un de ses organes importants ou causé à une personne une incapacité de travail, une infirmité ou une maladie mentale permanente ou aura défiguré une personne d'une façon grave et permanente (al. 2) ; celui qui, intentionnellement, aura fait subir à une personne toute autre atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale (al. 3).

Il s'agit d'une infraction intentionnelle de résultat qui suppose donc un comportement dangereux, des lésions corporelles graves, un lien de causalité et un caractère intentionnel, étant précisé que le dol éventuel suffit.[12] Il convient de souligner que l'infraction de lésions corporelles par négligence fait l'objet d'une disposition spéciale, soit l'article 125 CP qui prévoit, dans un tel cas, une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

L'article 231 CP, quant à lui, protège la santé publique et réprime la propagation d'une maladie de l'homme. Il prévoit que celui qui, intentionnellement, aura propagé une maladie de l'homme dangereuse et transmissible sera reconnu coupable de propagation d'une maladie de l'homme et puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire de 30 jours-amende au moins (al. 1er); la peine sera une peine privative de liberté de un à cinq ans au plus si le délinquant a agi par bassesse de caractère (al. 2) et elle sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire s'il a agi pas négligence (al. 3).

Il s'agit également d'une infraction de résultat, qui suppose une maladie dangereuse et transmissible ainsi qu'une propagation, et elle peut être commise intentionnellement – le dol éventuel suffit – ou par négligence.[13]

Dans la mesure où les infractions de lésions corporelles graves et de propagation d'une maladie de l'homme ne sont pas consommées faute de résultat – soit en matière de sida, s'il n'y a pas eu de transmission – une troisième norme pénale tirée de la partie générale du code permet tout de même de punir l'auteur de relations

---

[12] Pour un développement plus détaillé des éléments constitutifs de l'infraction de lésions corporelles graves, voir Bernard Corboz, *Les principales infractions*, 2002, vol. I, p. 124ss.

[13] Pour un développement plus détaillé des éléments constitutifs de l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme, voir Bernard Corboz, *Les principales infractions*, 2002, vol. II, p. 86ss.

sexuelles non protégées. Il s'agit de l'article 22 CP, qui traite du délit et du crime manqué, c'est-à-dire de la situation où l'auteur a poursuivi jusqu'au bout son activité coupable, mais sans atteindre le résultat nécessaire pour que le crime ou le délit soit consommé.

Enfin, il est fait usage d'une forme très particulière de l'intention découlant de l'article 12 nCP (art.18 aCP) qui traite de l'intention et de la négligence, à savoir la notion de dol éventuel, qui vise le cas où l'auteur a envisagé le résultat dommageable, mais a néanmoins agi sans faire ce qui était en son pouvoir pour l'éviter ou en atténuer les conséquences, en s'accommodant de ce résultat pour le cas où il se produirait, même s'il ne le souhaite pas.

LE RÔLE DU CONSENTEMENT ET DE LA RESPONSABILITÉ PARTAGÉE DU PARTENAIRE

Afin d'être complet, il convient encore de mentionner que la question de savoir si le consentement du partenaire ou son acceptation de relations sexuelles *à risque* permet d'exempter de peine – complètement ou partiellement – la personne séropositive, n'a quant à elle pas été résolue de manière uniforme.

Le Tribunal fédéral n'y a répondu que partiellement, tandis que les tribunaux cantonaux ont, pour leur part, rendu des décisions contradictoires. Le plus souvent, ils ont considéré que si le consentement du partenaire peut éventuellement libérer la personne séropositive de l'accusation de lésions corporelles graves, il ne la libère pas de celle de propagation d'une maladie de l'homme. Les motifs de cette distinction résident dans le fait que la disposition qui punit les lésions corporelles graves protège une personne, soit un bien individuel, tandis que celle qui punit la propagation d'une maladie de l'homme protège la santé publique et que, par conséquent, un consentement individuel à une atteinte collective n'est pas possible. Toutefois, une décision fribourgeoise a admis que le consentement du partenaire permettait de renoncer à toute condamnation, [14] et une décision genevoise, au demeurant relativement ancienne, a renoncé à punir une personne séropositive, en considérant qu'il y a une responsabilité partagée du partenaire qui accepte d'entretenir des rapports sexuels non protégés dans le cadre de relations de caractère occasionnel ou instable.[15]

Pour le surplus, la plupart des jugements cantonaux n'admettent pas l'idée que l'acceptation du risque par le partenaire rende non punissables les rapports sexuels non protégés.[16] Tout au plus cette acceptation conduit-elle parfois certains d'entre eux à réduire les indemnités pour tort moral allouées aux victimes, en considérant qu'elles ont contribué dans une certaine mesure à leur dommage, pour n'avoir pas refusé d'entretenir des rapports sexuels non protégés.[17]

---

[14] Fribourg, Chambre d'accusation du Tribunal cantonal, arrêt du 11 avril 1997, résumé in RFJ 1997, p. 103.

[15] Genève, Tribunal de police, jugement du 29 août 1994, résumé in *plädoyer* 5/94, p. 51.

[16] Vaud, Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal, arrêt du 12 mai 2004.
Vaud, Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal, arrêt du 26 octobre 1998.
Thurgovie, Obergericht, arrêt du 4 mai 1993, in RBOG 1993 N° 11, p. 91.

[17] Jugement du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne du 28 janvier 2004.
Jugement du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne du 20 octobre 2004.

Conclusion

Les données statistiques et épidémiologiques récentes en matière de sida démontrent la baisse considérable du taux de mortalité des personnes infectées par le VIH, les patients traités présentant un taux de mortalité aussi faible que des patients traités avec succès contre un cancer.[18]

En outre, ces mêmes données mettent en évidence l'absence de transmission par voie sexuelle lorsque l'infection est contrôlée, c'est-à-dire lorsque la personne séropositive suit un traitement antirétroviral de manière conséquente, que la charge virale n'est pas détectable dans le sang avec des méthodes d'analyse ultrasensible[19] depuis au moins de six mois et que la personne séropositive n'est pas atteinte d'une autre maladie sexuellement transmissible.[20]

Cependant, à l'heure où sont écrites ces lignes, les tribunaux restent inflexibles et condamnent toujours sans distinction toutes les personnes séropositives qui entretiennent des relations sexuelles non protégées.[21] Il est donc difficile de rassurer François sur les risques qu'il encourt sur le plan judiciaire.

Néanmoins, on peut espérer que la prise de position de la CFS et les recommandations qu'elle a édictées à l'attention du corps médical conduisent les tribunaux à reconsidérer les fondements de la pénalisation de la transmission du VIH et, à l'instar de la Cour suprême des Pays-Bas, à mettre un terme à une pénalisation sans nuance des personnes séropositives qui ont des rapports sexuels non protégés. En effet, la Cour de justice genevoise a rendu un arrêt sur appel dans ce sens.[22]

Dans la mesure où François peut s'appuyer sur un traitement antirétroviral efficace, une charge virale indétectable depuis 6 mois, l'absence de MST et surtout une information claire et sans hésitation de son médecin sur les conditions qui lui permettent de considérer qu'il n'est pas contaminant, le bon sens voudrait que le dol éventuel ne puisse être retenu, car on ne pourrait alors déduire de son comportement qu'en ayant des rapports sexuels non protégés il a accepté un risque de transmission du sida à sa compagne.

Résumé

A l'heure actuelle, à l'exception des Pays-Bas, la plupart des pays occidentaux punissent sévèrement les personnes séropositives qui ont des rapports sexuels non protégés, en n'informant pas leurs partenaires. C'est le cas en Suisse où les tribunaux

---

18 Lancet 2003; 362: 877-78 « Mortality in the Swiss VIH Cohort Study (SHCS) and the Swiss general population, Jaggy et all. »

19 Avec la méthode Amplicor Ultrasensible de Roche Diagnostics.

20 Recommandations de la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida, in Bulletin des médecins suisses 2008; 89: 5.

21 Par exemple, jugement du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne, du 7 septembre 2007; arrêt du Tribunal fédéral du 13 juin 2008 (ATF134IV193).

22 Arrêt rendu le 23 février 2009 par la Chambre pénale de la Cour de justice du canton de Genève, prononçant l'acquittement d'une personne seropositive traitée efficacement. Cependant, à l'heure où sont écrites ces lignes, cet arrêt n'est pas encore définitif et exécutoire.

prononcent de lourdes peines, même s'il n'y a pas eu transmission du virus VIH, considérant que les personnes séropositives qui ne se protègent pas ont connaissance du risque qu'elles font courir à leurs partenaires et acceptent ce résultat pour le cas où il se produirait (dol éventuel).

Au vu des récentes recommandations de la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida, on ne peut qu'espérer que les tribunaux nuanceront leur position, mais cela ne peut être envisagé que si la personne séropositive peut démontrer qu'elle ne souffre d'aucune autre MST, qu'elle suit un traitement antirétroviral avec une virémie entièrement supprimée depuis au moins six mois, qu'elle a été clairement informée du fait que dans ce cas, elle n'y a pas de contamination et que son partenaire était consentant.