

Fiche d'information sur l'étude du Fonds national suisse (FNS) de la recherche scientifique (2009) : « Gestion du VIH/sida par la justice pénale suisse à la lumière des enjeux relatifs à la prévention du VIH/sida : statu quo, réflexion, conclusions » [trad. libre], dirigée par Kurt Pärli, Université des sciences appliquées de Zurich (ZHAW), Suisse, en coopération avec Peter Moesch Payot et en collaboration avec l'Aide suisse contre le sida¹

Contactez kurt.paerli@zhaw.ch; harry.witzthum@aids.ch

Renseignements généraux et point de départ de l'étude du FNS

Au début des années 1990, le fait de savoir s'il fallait poursuivre au pénal – et comment – la transmission du VIH a fait l'objet de débats animés concernant les politiques et la doctrine pénales. Jusqu'à présent, il n'existe aucun consensus sur ce sujet en matière de jurisprudence. Une comparaison à l'échelle européenne du nombre de condamnations au titre de la transmission du VIH révèle que la Suisse vient en tête des pays, avec la Suède et l'Autriche.

Objectifs du projet

L'évaluation scientifique méthodique du précédent jurisprudentiel relatif à la gestion du VIH/sida par la justice pénale à ce jour vise à fournir un fondement à l'analyse actuelle du rôle de la justice pénale à la lumière des nouvelles données en matière de prévention et des connaissances médicales acquises au cours des dernières années. Il convient de se pencher en particulier sur la nécessité et l'efficacité des normes pertinentes de justice pénale et sur leur interprétation aux fins de la prévention du VIH/sida.

Pour ce qui est de l'Aide suisse contre le sida (ASS), un partenaire du présent projet, l'étude fournira un fondement décisionnel sur lequel il basera tout plan d'action éventuel; d'une part, en ce qui a trait aux services de counseling, lesquels doivent tenir compte des lois pénales et en anticiper l'évolution et, d'autre part, en ce qui a trait à l'engagement normatif de l'association contre la discrimination à l'égard des personnes vivant avec le VIH.

RÉSULTATS ET ANALYSES

Collecte de données

Afin de consigner de manière exhaustive tous les jugements portant sur des cas d'agression dans l'intention de causer des lésions corporelles (en vertu de l'article 122 ff du Code pénal suisse [CP]) et de propagation de maladies dangereuses (en vertu de l'article 231 du Code pénal suisse), on a demandé à 94 tribunaux de première instance et à tous les tribunaux cantonaux de deuxième instance s'ils avaient des jugements se rapportant au VIH/sida. Soixante-deux tribunaux de première instance et 17 tribunaux de deuxième instance ont répondu à la demande. Les résultats ont été comparés à la documentation de l'ASS, aux statistiques sur les jugements publiées par l'Office fédéral de la statistique (OFS) de Suisse ainsi qu'au contenu de la base de données juridiques en ligne Swiss-lex et des archives de presse.

Jugements rendus

¹ Cette fiche d'information est une version fortement condensée du rapport final de l'étude du FNS. Par souci de lisibilité, nous avons supprimé tous les détails sur l'origine des informations. Pour les preuves à l'appui et une discussion approfondie des résultats, prière de consulter le rapport final NF 13DPD3118107/1.

TRADUCTION NON-OFFICIELLE

Le tableau ci-dessous illustre l'augmentation des condamnations en matière de VIH/sida depuis la période 2000-2004. Il semblerait que l'administration de cas liés au VIH/sida concerne principalement les tribunaux des zones urbaines. Au total, les jugements comprenaient 39 ensembles de faits, qui peuvent être décrits à partir des jugements de façon plus ou moins détaillée.

Tableau 1. Condamnations selon la période (n=51)

	Première instance, cantonal	Deuxième instance, cantonal	Tribunal féd. sup.	Total
Avant 1989	0	0	0	0
1990-1994	2	2	2	6
1995-1999	4	2	2	8
2000-2004	9	3	3	15
2005-2009	9	9	4	22
Total	24	16	11	51

Tableau 2. Sexe des victimes (n=68) et des accusés (n=39) dans les 39 poursuites

	Hommes	Femmes	Total
Coupables	32 (82,1 %)	7 (17,9 %)	39 (100 %)
Victimes	37 (54,4 %)	31 (45,6 %)	68 (100 %)

Généralement, aucune information n'est fournie sur la nationalité des victimes, c'est pourquoi nous n'avons pas de données valides disponibles à ce sujet.

Tableau 3. Nationalité des accusés (n=39)

	Nombre	Pourcentage (arrondi)
Suisse	9	23,077 (23)
Pays africains	11	28,205 (28)
Pays européens	4	10,257 (10,5)
États-Unis	1	2,564 (2,5)
Asie et Moyen-Orient	2	5,128 (5)
Inconnu	12	30,769 (31)
Total	39	100 (100)

Trente-six des 39 cas concernaient la transmission du VIH lors de rapports sexuels. Seulement trois cas mettaient en jeu d'autres infractions pénales en lien avec le VIH. La majorité des rapports sexuels qui faisaient l'objet d'un jugement pénal relatif au VIH étaient mutuellement consentis; seules 3 des 36 relations mettaient en jeu le viol ou d'autres types d'agression sexuelle.

Trente-et-un cas concernaient une transmission (ou une tentative) dans le cadre de rapports hétérosexuels tandis que cinq cas portaient sur une infection transmise lors de rapports homosexuels.

Tableau 4. Relations accusé-victime (n=39)

	Fréquence
--	-----------

Rapports hétérosexuels	31
Rapports homosexuels	5
Autres relations	3
Total	39

Les statistiques indiquent que la plupart des affaires issues de jugements pénaux mettent en jeu des couples sérodiscordants qui ont des rapports sexuels non protégés dans le cadre de nouvelles relations et où les participants séronégatifs ne sont pas conscients de l'état sérologique de leur partenaire. Un deuxième cas de figure fréquent concerne de nouvelles relations où la vérité concernant le statut sérologique n'a pas été dite lorsque l'un des partenaires a posé la question à l'autre. Une troisième situation – également fréquente – est celle où la question de l'état sérologique n'a pas été clarifiée au sein de relations stables. Enfin, de nombreuses décisions judiciaires concernent des relations où l'état sérologique est connu, où le partenaire de la personne séropositive a été informé de ce fait et où les deux partenaires ont eu par la suite des rapports sexuels non protégés, les deux parties agissant en toute connaissance de cause. Dans ce dernier cas, le partenaire séropositif est souvent reconnu coupable d'avoir violé l'article 231 du Code pénal suisse et non plus (depuis 2004) reconnu coupable de lésions corporelles graves ou d'une tentative à cet effet.

Sanction et détermination de la peine

Vingt-six poursuites se sont soldées par une condamnation. Dans cinq cas, les condamnations étaient associées à un acquittement partiel ou à un abandon partiel du cas concernant les accusations en question. Six cas ont donné lieu à un acquittement : dans deux cas, l'acquittement se fondait sur l'observation de pratiques sexuelles protégées, tandis qu'un cas concernait une erreur de procédure relative au secret médical; dans un autre cas, l'individu concerné n'était pas sain d'esprit; dans un autre encore, le droit suisse ne pouvait s'appliquer et enfin, dans le dernier cas, les délits étaient frappés de prescription.

Le tableau suivant montre que pour plus de la moitié des condamnations, aucune infection à VIH n'était survenue ou n'avait été prouvée de la manière stipulée par la loi et qu'elle ne constituait donc qu'un délit manqué.

Les trois jugements qui ont été rendus uniquement en raison d'une (tentative éventuelle) de violation de l'art. 231 du Code pénal suisse ont tous trait à des rapports sexuels non protégés entre partenaires informés, où l'un des partenaires est séropositif et l'autre, séronégatif.

Tableau 5. Condamnations : faits reliés au VIH/sida (n=33)

	Nombre de cas
Art. 122 et 231 CP	6
Art. 122 et art. 231 CP conjointement avec Art. 22 CP (tentative)	17
Art. 123 et art. 231 CP conjointement avec Art. 22 CP (tentative)	1
Art. 122 et art. 231 CP conjointement avec Art. 23 CP/ancienne version (tentative inappropriée)	2
Art. 123 conjointement avec art. 22 CP, art. 125 et art. 231 CP	1
Art. 125 et art. 231 clause. 2 CP (négligence)	1

TRADUCTION NON-OFFICIELLE

Art. 122 CP	1
Art. 122 conjointement avec art. 22 CP	0
Art. 127 CP	1
Art. 231 CP	1
Art. 231 conjointement avec art. 22 CP	2

Dans les cas où la condamnation a été prononcée conformément aux articles 122 et 231 du Code pénal suisse, la peine de prison s'échelonnait entre deux et quatre ans. Même lors de jugements plus récents, de lourdes peines ont été infligées lorsqu'il y avait eu infection; p. ex., une peine de trois ans et cinq mois a été imposée pour un seul acte lequel était également relié à une condamnation pour coercition et agression. Les montants de réparation versés aux victimes variaient grandement et étaient attribués dans certains cas individuels, notamment dans cette catégorie. Le montant maximum s'élève à 80 000 francs suisses.

Comme il a été précisé ci-dessus, la grande majorité des cas répondent à la définition des articles 231 et 122 du Code pénal suisse sous forme de tentative (art. 22 al. 1 du Code pénal suisse); par conséquent, il n'y avait aucune infection ou il n'y avait aucun lien de causalité entre l'infection et le comportement de l'accusé. Dans ces cas-là, la peine varie considérablement d'un jugement à l'autre, selon les circonstances particulières relatives à la culpabilité. Même si, en moyenne, les jugements s'accompagnent de peines de 18 à 24 mois, certains tribunaux de première instance ont infligé des peines plancher de 10 ou 12 mois avec sursis.

Dans le cas de rappports sexuels non protégés entre une personne séropositive et une personne séronégative agissant en toute connaissance de cause, la condamnation pour lésions corporelles graves est exclue depuis la décision du Tribunal fédéral 131 IV 1. Dans ces cas-là, la seule option reste la condamnation pour propagation d'une maladie de l'homme dangereuse (ou une tentative à cet effet) en vertu de l'art. 231 du Code pénal suisse.

Alors que dans l'une de ces poursuites de 2005, une condamnation de six mois avec sursis – accompagnée d'une probation de cinq ans – a été prononcée, l'autre jugement rendu en 2006 s'est traduit par une condamnation de douze mois avec sursis s'accompagnant d'une probation de quatre ans.

Ce dernier jugement rendu par le tribunal de district (Bezirksgericht) de Zürich renferme une anomalie qu'il convient de noter. La condamnation pour tentative de propagation d'une maladie de l'homme dangereuse (art. 231 du Code pénal suisse en conjugaison avec l'art. 22 du Code pénal suisse) s'est assortie d'obligations telles que celle d'informer les personnes avec lesquelles l'inculpé entretient des rapports sexuels et celle de donner la liste (*Meldepflicht*) de toutes les personnes avec qui l'inculpé a des rapports sexuels.

Le rôle de la victime dans les cas liés au VIH : consentement, risque permis et responsabilité de la victime

Les cas figurant dans le précédent jurisprudentiel sont basés, pour la plupart, sur des rappports sexuels non protégés où la victime n'avait pas été informée du statut de l'autre. Toutefois, un certain nombre de cas soulèvent la question de savoir quel effet la connaissance qu'a la victime de l'état séropositif de son partenaire peut avoir sur la responsabilité pénale de l'inculpé.

Dans le précédent jurisprudentiel, cette question est principalement discutée en termes de « consentement ». Le consentement de la victime constitue un élément de défense éventuel

TRADUCTION NON-OFFICIELLE

pouvant légitimer les actes constitutifs d'une infraction aux droits des individus telle que le délit de lésions corporelles. D'un autre côté, la loi exclut d'emblée tout élément de défense résultant du consentement lorsqu'il est question d'infractions allant à l'encontre des intérêts communs. La défense basée sur le consentement de la victime est généralement contestée dans les cas relatifs à des lésions corporelles graves en général et du VIH/sida en particulier. Il s'agit de déterminer si la raison du consentement se base sur un intérêt justifiable, ou même sur une valeur morale de la victime, ce qui contrebalancerait la gravité des dommages physiques en termes de pesée des intérêts. C'est une hypothèse qui est prise en considération notamment dans le cas d'interventions médicales.

Dans les cas où les parties ont eu des rapports sexuels non protégés bien que l'état séropositif d'un des deux partenaires était connu, du point de vue du droit pénal il s'agit, strictement parlant, non pas d'une question de consentement à l'éventualité d'une infection à VIH, mais bien d'un consentement à un risque particulier. D'un point de vue structurel, ces cas sont similaires à ceux qui traitent du consentement à participer à des activités sportives dangereuses. Il s'agit essentiellement de la question du risque autorisé dans un contexte de risque spécifiquement déterminé.

Selon le Tribunal fédéral suisse (la cour suprême du pays), le fait d'aider une autre personne à se placer en situation périlleuse n'est pas punissable si la victime s'expose de plein gré et en toute conscience à un danger particulier. Il est essentiel que la partie consentante exerce une souveraineté sur l'évènement et qu'elle soit donc capable d'influencer ce qui se produit et d'intervenir à un quelconque moment, et ce, jusqu'au moment final. D'un autre côté, le soi-disant fait de mettre autrui en danger avec son consentement est absolument punissable si la souveraineté sur l'évènement n'est plus exercée par la partie consentante et si la victime est exposée à un fait impondérable qu'elle n'est plus capable d'arrêter. En vertu de la jurisprudence actuelle, l'enjeu primordial est de savoir qui exerce la souveraineté sur l'évènement. Cela dépend notamment de l'état des connaissances et de l'aptitude à bien saisir les actes en question et leurs conséquences éventuelles. Si les deux parties exercent le contrôle sur la survenue du risque, le fait d'aider autrui à se placer en situation dangereuse n'est pas passible de poursuites.

Selon les pratiques du Tribunal fédéral suisse relatives au consentement en cas de rapports sexuels non protégés en toute connaissance de cause (art. 122 du Code pénal suisse), le principe de responsabilité personnelle et de coresponsabilité de la victime est établi, lequel se conforme à la stratégie de prévention en matière de VIH/sida. Ceci étant dit, à l'échelle internationale un débat controversé a lieu afin de déterminer si le fait d'informer son partenaire de son état sérologique est ou devrait être une exigence absolue pour être dégagé de toute responsabilité quant à la participation à la propre mise en danger d'autrui. Cette question est particulièrement pertinente si le partenaire au statut séronégatif – non informé – accepte l'éventualité que son partenaire soit séropositif et/ou s'il exprime explicitement le désir d'avoir des rapports sexuels non protégés sans connaître le détail de l'état sérologique de son partenaire. Dans la jurisprudence pénale suisse, cette question ne semble guère avoir été discutée jusqu'à présent. Examiner la pertinence de la question du consentement et de l'exigence d'informer autrui devient encore plus crucial si la charge virale de l'individu concerné se trouve en dessous du seuil de détection et que l'infectiosité est donc très faible.

Le concept de consentement ou de coopération de la victime dans sa mise en danger est pris en compte en faveur de l'accusé dans le cas de lésions corporelles graves et de l'art. 122 du Code

pénal suisse. Toutefois, en vertu de la jurisprudence et des pratiques dominantes, ceci ne s'applique pas à l'art. 231 du Code pénal suisse puisque ce dernier ne met pas en jeu les intérêts légaux individuels qui peuvent, en principe, faire l'objet d'un consentement, mais qu'il s'agit plutôt d'intérêts légaux publics lesquels ne sont pas assujettis au consentement. Il est clairement reconnu dans le précédent jurisprudentiel que quiconque respecte les règles classiques des rapports sexuels protégés ne peut être poursuivi. D'un point de vue technique, ces principes devraient aussi comprendre ceux établis par la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS) de Suisse, qui stipulent que, dans le cas d'un traitement efficace, la charge virale n'est plus détectable et des rapports sexuels sans préservatif peuvent alors avoir lieu entre deux partenaires.

Dans le précédent jurisprudentiel, la question de la responsabilité personnelle de la victime est également soulevée en partie concernant le droit à une réparation éventuelle (art. 49 du Code des obligations suisse). C'est avant tout le degré de l'atteinte à l'encontre de la victime qui est pris en compte, mais il sera considéré préjudiciable à son cas si, en dépit de la connaissance qu'elle a de l'infection à VIH, la victime essaie de nouveau d'avoir des rapports sexuels avec le coupable. Si la partie lésée, bien qu'elle soit au courant de l'infection à VIH réelle ou supposée de son partenaire, ne se défend pas soit physiquement soit verbalement pour s'opposer à des rapports sexuels non protégés, un certain degré de faute personnelle lui est attribué et la réparation due en est réduite d'autant.

Résultats relatifs à l'infectiosité et à son importance en justice pénale

Le précédent jurisprudentiel du Tribunal fédéral suisse reconnaît que la probabilité d'infection à la suite d'un rapport sexuel est faible voire même très faible en fonction de la situation. La probabilité d'une infection à la suite d'un unique rapport sexuel non protégé est ainsi estimée en valeurs pour mille. Lors de plus récents jugements, le Tribunal fédéral suisse nie que ces résultats fondés sur la recherche aient une quelconque importance relativement à l'intention; il institue ainsi, en ce qui concerne les rapports sexuels non protégés entre individus, une « doctrine du risque zéro » à l'égard du VIH, laquelle n'a jamais été invoquée dans le cas d'autres dangers. Les personnes séropositives qui ont des rapports sexuels non protégés avec une autre personne sont censées, d'un point de vue normatif, accepter la réalisation du risque d'infection et par conséquent la réalisation d'une infraction avec dol éventuel (*dolus eventualis*).

En particulier : la pertinence en justice pénale des nouvelles recommandations concernant les couples stables sérodiscordants

À la lumière de nouvelles connaissances scientifiques, la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS) suisse stipule qu'un couple sérodiscordant entretenant une relation à long terme peut s'abstenir de pratiquer des mesures protectives (p. ex. l'emploi d'un préservatif) lors des rapports sexuels à trois conditions, étant donné qu'il n'y a pas de risque d'infection discernable :

- le traitement antirétroviral du partenaire séropositif doit avoir fait baisser la charge virale sanguine à un niveau indétectable, et ce, depuis au moins six mois;
- le patient doit suivre son traitement régulièrement et fidèlement, et ce dernier doit faire l'objet d'une surveillance régulière de la part du médecin;

TRADUCTION NON-OFFICIELLE

- le partenaire séropositif ne doit pas être porteur d'autres maladies transmissibles sexuellement.

Selon les recommandations de la CFPS, la décision relève du partenaire séronégatif. Dans le cas de relations sexuelles occasionnelles et dans celui de nouvelles relations, les règles classiques régissant les rapports sexuels protégés continuent de s'appliquer.

Les nouvelles conclusions sur l'infectiosité d'ordre sexuel montrent que les traitements antirétroviraux ont fait de fulgurants progrès ces dernières années et qu'ils permettent dorénavant d'abaisser, à long terme, la charge virale en dessous du seuil de détection. L'enchaînement causal « infection à VIH – éclosion de sida – décès » s'est non seulement espacé dans le temps mais est devenu, globalement, moins brutal et plus incertain. Ceci remet en question le principe de danger de mort qui servait de fondement aux condamnations pour lésions corporelles graves (art. 122 al. 1 du Code pénal suisse) à la suite d'une infection à VIH.

L'amélioration des traitements antirétroviraux, qui est à la base des nouvelles conclusions de la CFPS, montre bien qu'il est nécessaire d'examiner les pratiques du Tribunal fédéral suisse en la matière, dans tous les cas de figure liés à la transmission du VIH dans le cadre de rapports sexuels.

Dans les relations où un rapport sexuel non protégé survient sans aboutir à une infection ou bien où des preuves indiquent que l'infection résulte possiblement de facteurs externes additionnels, il n'existe pas d'éléments objectifs d'une infraction et pourtant, en vertu de la situation juridique actuelle, une condamnation pénale pour tentative de lésions corporelles reste possible. Or, étant donné qu'une sanction pour tentative d'acte criminel exige toujours que le coupable ait agi délibérément, dans les cas de rapports sexuels non protégés où la personne séropositive observe les exigences établies par la CFPS, il ne peut être question de la condamner pour tentative de lésions corporelles.

Contenu relatif à la prévention et à la santé publique dans les jugements, en particulier concernant à la stratégie en matière de counseling et de prévention du sida, de la coresponsabilité dans la pratique pénale

Depuis le milieu des années 1990, les buts de la politique nationale sur le sida sont de réduire au minimum le nombre de nouvelles infections, de prévenir la stigmatisation des personnes atteintes et de fournir aux patients des soins correspondant à leurs besoins. Le modèle de prévention se base sur la coresponsabilité de l'ensemble des personnes séropositives et séronégatives en général, mais aussi dans les cas concrets de rapports sexuels. Selon cette « nouvelle stratégie de santé publique », il est absolument essentiel que tous les individus adoptent un comportement responsable et qu'il n'y ait aucune discrimination à l'égard des personnes vivant avec le VIH/sida.

Comme nous en avons discuté auparavant, dans le cas de rapports sexuels non protégés entre partenaires informés, dans le contexte de l'art. 122 du Code pénal suisse, où la personne concernée exerce une pleine souveraineté sur ses actions, le Tribunal fédéral suisse estime que celle-ci se place elle-même en situation de danger, ce qui élimine toute responsabilité pénale de la part du partenaire séropositif à cet égard. Ceci établit le principe de la responsabilité personnelle et de la coresponsabilité de la victime, ce qui, en fin de compte, vient rejoindre la stratégie de prévention du VIH/sida.

TRADUCTION NON-OFFICIELLE

En revanche, en ce qui concerne l'art. 231 du Code pénal suisse, aucune importance n'est accordée au « consentement éclairé », et la responsabilité pénale de la personne séropositive n'est pas diminuée du fait du consentement de l'autre à participer à un rapport sexuel non protégé. Si l'on voulait appliquer systématiquement le concept de coresponsabilité en la matière, dans le cadre de rapports sexuels non protégés mutuellement consentis, il conviendrait de prononcer une déclaration de culpabilité à l'encontre des deux partenaires pour propagation de maladie dangereuse. Si l'on ne souhaite pas parvenir à cette conclusion, il convient d'examiner, *de lege ferenda*, la restriction ou l'annulation de l'application de l'art. 231 du Code pénal suisse.

Remerciements

Environ 25 ans après le début de l'épidémie de VIH/sida, on peut affirmer qu'en général, la décision fondamentale de ne pas mettre en place les mesures classiques de surveillance sanitaire telles que le dépistage obligatoire, l'isolement des personnes atteintes et la notification aux partenaires était la bonne. Bien que la *Loi sur les épidémies* (encore) en vigueur en Suisse s'aligne davantage sur les politiques sanitaires d'intervention, la stratégie de lutte contre le VIH/sida y trouve sa source. Grâce aux efforts d'une coalition exemplaire formée de personnes concernées, d'associations de lutte contre sida et d'organismes gouvernementaux, l'épidémie du VIH/sida a été enrayerée pour la plus grande part. D'ailleurs, la politique de prévention du VIH/sida en Suisse jouit d'une grande reconnaissance sur la scène internationale. La nouvelle stratégie nationale de santé publique de lutte contre le sida axée sur la capacité d'apprentissage des individus s'est avérée efficace en partie parce qu'elle intégrait la promotion de la solidarité et la non-discrimination à l'égard des personnes vivant avec le VIH/sida. L'importance du respect des droits de la personne au niveau de la lutte contre le VIH/sida s'avère être un des principaux facteurs de succès à l'échelle mondiale.