



CANADIAN | RÉSEAU
HIV/AIDS | JURIDIQUE
L E G A L | CANADIEN
NETWORK | VIH•SIDA

Après l'arrêt *Cuerrier* :

le droit criminel canadien
et la non-divulgence de la séropositivité



Health Canada Santé Canada



CANADIAN | RÉSEAU
HIV/AIDS | JURIDIQUE
L E G A L | CANADIEN
NETWORK | VIH-SIDA

Après l'arrêt *Cuerrier* :

le droit criminel canadien
et la non-divulgence de la séropositivité

préparé par
Richard Elliott

Après l'arrêt *Cuerrier* :
le droit criminel canadien
et la non-divulgence de la séropositivité

Préparé par
Richard Elliott
pour le Réseau juridique canadien VIH/sida

Pour de plus amples informations sur la présente publication, adressez-vous à:

Réseau juridique canadien VIH/sida
484, rue McGill (4^e étage)
Montréal QC H2Y 2H2
Téléphone: (514) 397-6828
Télécopie: (514) 397-8570
Courriel: info@aidslaw.ca
Site web: www.aidslaw.ca

Des exemplaires supplémentaires peuvent être téléchargés de <www.aidslaw.ca>
ou commandés auprès du Centre canadien de documentation sur le VIH/sida

Téléphone: (613) 725-3434
Télécopie: (613) 725-9826
Courriel: aids/sida@cpha.ca

© 1999 Réseau juridique canadien VIH/sida
ISBN 1-896735-21-5

Dépôt légal: 2^e trimestre 1999
Bibliothèque nationale du Canada
Bibliothèque nationale du Québec

Remerciements

L'auteur souhaite remercier Ralf Jürgens, directeur général du Réseau juridique canadien VIH/sida pour son encouragement et ses commentaires; Éric Nolet, coordonnateur de projet et des publications du Réseau juridique pour ses compétences en logistique et son aide dans le cadre du présent projet; Anne Renaud, coordonnatrice de projet et du bureau du Réseau juridique pour son aide; Roger Caron pour la traduction du texte de l'anglais vers le français; Jean Dussault pour la révision finale de la traduction française; Garry Bowers pour la révision finale du texte anglais; Communication Works, Ottawa, pour la mise en page; David Szablowski pour son aide comme chercheur; Lori Stoltz, Marlys Edwardh, Michael Sobota, Ruth Carey et David Thompson pour leurs idées sur ces questions; Robert Champagne et Robin Gordon pour leur appui et leur encouragement.

Financement

Cette publication a bénéficié d'une subvention de Santé Canada. Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les opinions ou politiques de Santé Canada ou du Réseau juridique canadien VIH/sida. Bien que les affiliations des participants aux ateliers et des autres personnes consultées soient indiquées, les opinions qu'ils ont exprimées ne représentent pas forcément celles des organisations ou groupes auxquels ils sont associés.

Note importante

Les renseignements fournis dans le présent document ne constituent pas un avis juridique. Les personnes qui se demandent si elles ou une personne qu'elles connaissent ont l'obligation de divulguer, ou si elles risquent des poursuites pénales, devraient consulter un avocat au criminel versé dans les questions relatives au VIH/sida.

Table des matières

Sommaire	1
Introduction	7
Historique	7
Objectifs du projet du Réseau juridique sur l'arrêt <i>Cuerrier</i>	8
Activités entreprises	8
Portée du document	9
Prochaines étapes	11
L'arrêt: R. c. <i>Cuerrier</i>	12
Les faits	12
Les procédures et les arguments soulevés	13
L'arrêt	14
Motifs des juges majoritaires: une approche fondée sur le préjudice	15
La non-divulgence de la séropositivité peut être « malhonnête »	15
Lorsque la divulgation est nécessaire	16
Lien de causalité entre la non-divulgence et le consentement du partenaire	17
Motifs des juges minoritaires	18
La divulgation de l'état sérologique par les personnes vivant avec le VIH/sida	20
Les rapports sexuels	20
Le « risque important » et la défense de « la pratique du sécurisexe »	21
La norme juridique devrait être conforme aux directives reconnues	21
pour l'évaluation du risque	
Reconnaissance de la défense de « la pratique du sécurisexe »	23
Recommandations	27
Placer en contexte la « malhonnêteté » de la non-divulgence	28
Évaluation des risques de préjudice en conflit	28
Recommandations	33
Jusqu'où va l'obligation de divulgation?	34
« Ignorance volontaire » et obligation de divulguer	34
Recommandation	36
Le consentement aux rapports sexuels est valide s'il y a divulgation	36
La divulgation complète est vraisemblablement nécessaire	36
Partage de matériel pour l'injection de drogue	37
L'infraction de voies de fait est d'application limitée	38
Une personne séropositive fait une injection à son partenaire	38
après avoir utilisé le matériel	
Le partenaire se fait lui-même l'injection avec du matériel utilisé	39
par une personne séropositive	
Il ne suffit <i>peut-être pas</i> de nettoyer le matériel partagé	40
Il ne suffit <i>peut-être pas</i> de divulguer sa séropositivité avant	41
le partage du matériel	
Il <i>peut être</i> nécessaire de divulguer son état <i>et</i> de nettoyer le matériel partagé	43
Recommandations	44
Transmission de la mère à son enfant	45
Risque de transmission <i>in utero</i> et pendant l'accouchement	46
Risque de transmission par l'allaitement	49

Des accusations de voies de fait <i>pourraient</i> être portées	49
Recommandations	51
Risque de transmission par des actes médicaux effractifs	51
L'évaluation du risque de transmission du VIH par des actes médicaux	52
Possibilité de responsabilité criminelle pour non-divulgarion	53
L'observance des directives professionnelles	54
Les précautions universelles dans toutes les interventions	54
Les interventions « propices aux expositions »	54
La non-divulgarion de la séroposivité	57
Recommandations	59
Lois, politiques et pratiques de santé publique	60
Counselling et notification des partenaires	60
Les principes en vigueur demeurent les mêmes	60
L'incorporation des principes énoncés dans l'arrêt <i>Cuerrier</i> au counselling	61
Les politiques et les pratiques sanitaires doivent être exactes et conformes à l'arrêt <i>Cuerrier</i>	63
Recommandations	63
Interventions sanitaires coercitives	64
Recommandations	65
La divulgation obligatoire de renseignements confidentiels prescrite par la loi	67
Déclaration des cas de VIH ou de sida	67
L'« obligation d'avertir »	68
Preuve pour les poursuites criminelles	70
Mandats de perquisition et assignations	71
Droit constitutionnel à la vie privée	71
Divulgation obligatoire des dossiers de counselling	72
Organismes communautaires: nécessité d'établir des politiques	73
Recommandation	74
Conclusion	75
Sommaire des conclusions et des recommandations	77
Bibliographie	82
Annexe A	91



Sommaire

Historique

En septembre 1998, la Cour suprême du Canada a rendu son arrêt dans l'affaire *R c. Cuerrier*. Il s'agissait de la première fois que cette cour était saisie d'une affaire portant sur la poursuite criminelle d'une personne séropositive au VIH pour avoir eu des rapports sexuels sans divulguer son état sérologique. Infirmant les jugements des tribunaux inférieurs, la Cour suprême a statué que, lorsque les rapports sexuels posent un « risque important de lésions corporelles graves », la personne séropositive a l'obligation de divulguer son état. Lorsque cette obligation existe, le fait de ne pas divulguer la séropositivité peut constituer une « fraude » qui rend le consentement du partenaire sexuel à ces rapports invalide sur le plan juridique, ce qui ferait en sorte que les rapports sexuels par ailleurs consentis sont des « voies de fait » au regard du droit criminel canadien.

L'imposition de sanctions pénales à ceux qui ne divulguent pas leur séropositivité et qui s'adonnent à des activités à risque a suscité des préoccupations (notamment aux audiences devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Cuerrier*). En particulier, on craint, entre autre effets néfastes, qu'une telle politique dissuade les gens (en particulier ceux qui sont à risque élevé) de subir le test du VIH, en plus d'entraver l'éducation et le counselling destinés à modifier les comportements pour réduire le risque de transmission du VIH. La Cour suprême a reconnu que l'on peut faire appel à l'éducation et à l'intervention des autorités de santé publique pour intervenir face à de tels comportements, mais elle a statué par ailleurs que le droit criminel avait un rôle dissuasif à jouer lorsque les efforts de santé publique échouent.

Les objectifs du document

À la lumière de l'arrêt *Cuerrier* et des questions qu'il soulève, le Réseau juridique canadien VIH/sida (le Réseau juridique) a entrepris une analyse détaillée de l'arrêt, avec les objectifs suivants:

- aider les personnes vivant avec le VIH/sida, les organismes de lutte contre le sida et d'autres organismes communautaires, les professionnels de la santé, les avocats et les techniciens du droit, les autorités sanitaires et d'autres à comprendre la portée exacte de l'arrêt et sa portée éventuelle dans un certain nombre de contextes;
- fournir des recommandations aux décideurs, par exemple les gouvernements et les autorités sanitaires, les poursuivants, les policiers, les législateurs et les juges, quant à la manière dont l'arrêt *Cuerrier* devrait – ou ne devrait pas – être interprété et appliqué, de manière à en minimiser les éventuelles conséquences négatives pour les personnes vivant avec le VIH/sida, les efforts de prévention du VIH au Canada et la prestation de soins, de traitements et de soutien aux personnes vivant avec le VIH/sida.

Le contenu du document

Le présent document donne une vue d'ensemble de l'arrêt *Cuerrier*. En se fondant sur cet arrêt, l'auteur tente ensuite de fournir quelques réponses (lorsque cela est possible) à la question de savoir quand une personne séropositive au VIH risque des poursuites criminelles si elle ne divulgue pas son état, examinant tour à tour la possibilité de transmission du VIH par des rapports sexuels, la transmission par le partage de matériel pour l'injection de drogue, la transmission de la mère à son fœtus ou enfant et la transmission par les actes médicaux effractifs. L'auteur examine la question de savoir si l'arrêt *Cuerrier* s'applique ou devrait s'appliquer dans ces divers contextes. Lorsqu'il conclut que l'arrêt *Cuerrier* s'applique, l'auteur examine également la manière dont il s'applique et indique aussi comment l'arrêt ne devrait pas s'appliquer.

La divulgation par les personnes vivant avec le VIH/sida

Rapports sexuels

La Cour suprême du Canada a statué qu'en vertu du droit criminel, une personne séropositive doit divulguer son état avant d'avoir des rapports sexuels qui posent un « risque important » de transmission du VIH. À la suite de cet arrêt, il est clair que des rapports sexuels non protégés avec pénétration vaginale ou anale posent un risque « important », au regard du droit criminel.

Toutefois, la Cour a également affirmé que « l'utilisation prudente de condoms » pouvait réduire suffisamment le risque pour qu'il ne soit plus « important », auquel cas la divulgation ne serait pas nécessaire. Tant que cette question ne sera pas réglée en droit, les personnes vivant avec le VIH/sida ne pourront connaître avec certitude les obligations imposées par la loi sous peine de poursuite criminelle. L'auteur recommande que cette défense de « la pratique du sécurisexe » soit expressément reconnue par les tribunaux dans la jurisprudence subséquente, de manière à fournir une solution de rechange plus pratique à la divulgation, qui réduit quand même de façon considérable le risque de transmission du VIH et qui protège la personne séropositive contre la

poursuite criminelle. En criminalisant même la personne séropositive qui prend des précautions pour protéger un partenaire sexuel, on se trouverait à éliminer tout incitatif à prendre des précautions dans les rapports sexuels et on contredirait directement le message essentiel, sur le plan de la santé publique, c'est-à-dire la nécessité de prendre de telles précautions.

L'auteur du document demande aussi que le système judiciaire adopte une approche contextuelle dans l'évaluation de la « malhonnêteté » de ne pas divulguer sa séropositivité, afin de reconnaître qu'il n'est pas toujours facile de le faire et que, dans certaines situations, la divulgation peut entraîner un risque grave de violence physique ou d'autres types de violence. Toutefois, on ne peut tirer aucune conclusion définitive, sur le plan juridique, qui nous permette de savoir si le droit évoluera en ce sens.

Partage de matériel pour l'injection de drogue

Bien que l'arrêt *Cuerrier* ait porté sur la non-divulgation de la séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels non protégés, l'auteur du document conclut que les principes énoncés dans l'arrêt *Cuerrier* s'appliquent sans doute directement à la situation où quelqu'un, à l'aide de matériel d'injection qu'il sait avoir déjà été utilisé par une personne séropositive (lui-même, par exemple), fait directement une injection à une autre personne sans l'avoir informée de ce fait. (D'autres accusations criminelles peuvent être portées lorsqu'une personne séropositive ne fait pas directement d'injection à son partenaire mais laisse sciemment l'autre personne utiliser son matériel sans lui divulguer son état.)

L'auteur note que l'on ne sait pas au juste si les tribunaux considéreront que le simple fait de nettoyer le matériel d'injection pourra suffire, à lui seul (tel l'utilisation d'un condom pour les rapports sexuels), à réduire suffisamment le risque au-dessous du niveau de ce qui est « important », de manière à dispenser de l'obligation de révéler sa séropositivité avant de faire une injection à un partenaire utilisateur de drogue avec la même seringue. L'auteur du document reconnaît également que l'on ne sait pas si le simple fait de divulguer sa séropositivité avant de faire une injection à un partenaire utilisateur de drogue avec le même matériel suffirait à faire en sorte que son consentement à subir l'injection soit valide sur le plan juridique. Les tribunaux pourraient, pour des motifs d'intérêt public, refuser d'accepter qu'une personne puisse consentir à se faire faire une injection avec du matériel non nettoyé renfermant du sang d'une personne séropositive, même si elle connaît l'état de son partenaire. Bien que ces questions demeurent incertaines en droit, l'auteur recommande qu'à tout le moins, la personne qui divulgue son état et qui nettoie son matériel avant qu'une autre personne se fasse faire une injection avec celui-ci n'encoure aucune responsabilité criminelle. L'auteur suggère également que l'on adopte encore une fois une approche contextuelle pour reconnaître que dans certaines situations (par exemple, dans les prisons), un utilisateur de drogue séropositif s'expose non seulement à des conséquences graves s'il divulgue son état, mais qu'en plus il n'a pas accès à du matériel d'injection stérile, si bien qu'il doit se contenter de nettoyer son matériel, conformément aux conseils standard de santé publique, lorsqu'il lui est impossible d'adopter le choix le plus sûr, c'est-à-dire ne pas partager le matériel.

Relation périnatale

L'arrêt *Cuerrier* ne permettrait nullement d'imputer une responsabilité criminelle pour la transmission du VIH de la mère au fœtus pendant la grossesse ou l'accouchement. Toutefois, en raison de l'incertitude relative au degré de risque de transmission du VIH par l'allaitement, une interprétation large de l'arrêt *Cuerrier* pourrait permettre de conclure qu'une mère séropositive qui allaite son nourrisson est susceptible d'être poursuivie pour voies de fait pour avoir exposé son enfant à un risque « important » d'infection. Compte tenu de l'incertitude épidémiologique et juridique entourant cette question, l'auteur recommande de conseiller aux mères séropositives de ne pas allaiter; il recommande également aux gouvernements et aux autres responsables de veiller à ce que les mères séropositives obtiennent l'information et le soutien nécessaires (notamment le soutien financier) pour leur donner accès aux succédanés de lait maternel.

Interventions médicales effractives

Vu que plusieurs actes médicaux impliquent un contact physique entre le patient et le professionnel de la santé, l'application de l'arrêt *Cuerrier* dans un tel contexte signifie qu'une accusation de voies de fait au criminel pourrait vraisemblablement donner lieu à une condamnation, lorsque le professionnel de la santé séropositif n'a pas divulgué son état à un patient avant de poser un acte qui entraînait un risque « important » de transmission. En effet, on pourrait prétendre que le consentement du patient à cet acte a été vicié (le rendant ainsi invalide, sur le plan juridique) par la non-divulgaration. Pareillement, un patient séropositif pourrait être soumis à la même obligation de divulgation lorsque l'acte pose un risque « important » de transmission au professionnel de la santé.

Toutefois, l'auteur conclut que l'application des précautions universelles devrait être plus que suffisante, dans presque toutes les situations, pour réduire suffisamment tout risque de transmission du VIH. Dans ces cas, il n'y aurait aucun risque « important », si bien que selon l'auteur il ne devrait pas y avoir d'obligation (au regard du droit criminel) de divulguer la séropositivité.

L'auteur conclut qu'il ne peut y avoir d'obligation de divulguer que dans le cas des « interventions propices aux expositions » comportant un « risque important » de transmission. Il n'aborde pas la question débattue de savoir quels actes devraient être considérés comme faisant partie de cette catégorie, mais il conclut que l'arrêt *Cuerrier* peut imposer la responsabilité criminelle à la personne séropositive (le professionnel de la santé ou le patient) qui ne divulgue pas son état avant un tel acte. Toutefois, l'auteur estime que les professionnels de la santé séropositifs qui se conforment aux directives déjà établies par les organismes professionnels sur les précautions universelles et aux avis d'experts sur les « interventions propices aux expositions » n'ont probablement pas à craindre de poursuites criminelles puisqu'ils ne s'adonnent pas à des activités considérées comme posant un risque « important » de transmission. Puisque cette question n'est pas clairement établie en droit, l'auteur recommande cette position aux poursuivants et aux juges qui seraient appelés, à l'avenir, à considérer l'application de l'arrêt *Cuerrier* dans le contexte médical.

L'auteur conclut également que l'arrêt *Cuerrier* n'oblige pas les organismes de réglementation professionnels à réviser leurs politiques ou directives dans le but de les rendre plus restrictives à l'égard des professionnels de la santé séropositifs.

L'arrêt *Cuerrier* et le droit, les politiques et les pratiques de santé publique

L'arrêt *Cuerrier* ne porte que sur la question de savoir si une personne séropositive a l'obligation de divulguer son état en raison du risque causé à d'autres, et dans quelles situations elle doit le faire. Toutefois, des questions ont également été soulevées quant à la portée de l'arrêt pour les autorités sanitaires.

L'auteur confirme que l'arrêt *Cuerrier* n'a pas pour effet de modifier les obligations juridiques existantes dans le domaine des pratiques de santé publique. Les principes fondamentaux régissant le counselling pré-test et post-test et la notification des partenaires demeurent les mêmes. Toutefois, l'auteur recommande que le counselling incorpore obligatoirement des renseignements exacts sur l'arrêt *Cuerrier*, notamment quant à la possibilité d'accusations criminelles pour s'être adonné sans divulgation à des activités qui posent un risque important de transmission.

L'arrêt *Cuerrier* montre à quel point il est important de veiller à ce que les interventions de santé publique continuent d'être fondées sur le principe de la réponse graduée (c'est-à-dire d'essayer d'abord les mesures « les moins attentatoires et les plus efficaces »), que de telles mesures soient examinées en profondeur avant d'avoir recours au droit criminel et que des garanties procédurales adéquates soient mises en place pour prévenir contre l'abus de mesures sanitaires coercitives. L'auteur recommande que les poursuivants consultent les autorités sanitaires avant de porter des accusations criminelles, afin de déterminer si les mesures prévues dans les lois sur la santé publique constituent des solutions de rechange à la poursuite.

Divulgence obligatoire de renseignements confidentiels prescrite par la loi

L'arrêt *Cuerrier* a également soulevé des questions (déjà posées, au demeurant) sur la confidentialité des renseignements sur la séropositivité d'une personne ou sur des comportements qui risquent de transmettre le virus.

L'auteur confirme que l'arrêt *Cuerrier* n'a aucune incidence sur l'obligation de déclarer les diagnostics de VIH ou de sida en vertu des lois sanitaires applicables.

L'arrêt n'a pas non plus pour effet de modifier ou d'accroître toute obligation, reconnue en *common law*, d'avertir quelqu'un que l'on sait à risque de contracter l'infection à VIH en raison de renseignements obtenus dans le cadre d'une relation confidentielle. L'auteur note que l'on ne sait pas au juste si, en droit canadien, un organisme communautaire (ou, par exemple, un conseiller œuvrant pour un tel organisme) pourrait être reconnu coupable de négligence s'il ne brisait pas la confidentialité de sa relation avec une personne séropositive pour avertir un partenaire sexuel ou un partenaire d'injection auquel elle n'avait pas divulgué son état. Toutefois, les organismes auraient

intérêt à obtenir un avis juridique et à rédiger des politiques pour guider les conseillers ou d'autres qui peuvent se trouver devant cette question difficile.

L'auteur note également que l'on peut être contraint, par mandat de perquisition ou par assignation, de divulguer des renseignements confidentiels sur la séropositivité de quelqu'un ou sur un comportement qui risque la transmission du VIH à autrui, afin que ces renseignements soient utilisés dans le cadre d'une poursuite au criminel. On peut chercher à obtenir à ces fins des renseignements que possède un organisme communautaire qui œuvre auprès de personnes vivant avec le VIH/sida. L'auteur recommande donc que les organismes communautaires veillent à ce que les utilisateurs de leur services de soutien (par exemple, des services de counselling) soient informés de cette possibilité, avant de révéler des renseignements susceptibles de constituer une preuve d'activité criminelle. L'auteur recommande également que les organismes, à l'aide d'avis juridiques, envisagent l'élaboration de politiques (destinées surtout au personnel et aux bénévoles qui offrent des services de counselling) sur la manière de traiter les renseignements confidentiels relatifs à l'état sérologique d'une personne ou à ses activités à risque ainsi que sur la divulgation de ces renseignements. Une telle politique pourrait comprendre un protocole sur la manière de répondre aux poursuivants qui demandent des renseignements confidentiels, ou à la police qui exécute un mandat de perquisition.



Introduction

Historique

Dans son arrêt rendu en septembre 1998 dans l'affaire *R c. Cuerrier*¹, la Cour suprême du Canada a jugé à l'unanimité qu'une personne séropositive *peut* être reconnue coupable du crime de « voies de fait » si elle ne divulgue pas sa séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels non protégés.

Avant l'arrêt *Cuerrier*, des tribunaux de première instance et d'appel, au Canada et dans d'autres pays (y compris les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Australie, la Suisse, la Finlande et la France), ont été saisis d'affaires dans lesquelles des personnes séropositives avaient été accusées en vertu de lois pénales ou de lois sur la santé publique pour s'être adonnées à des activités qui avaient transmis ou risqué de transmettre le VIH. Dans certains cas, les poursuites pénales ont été fondées sur des comportements qui n'étaient que perçus comme risquant la transmission. Des condamnations et des peines d'emprisonnement ont été imposées dans certaines de ces affaires². Toutefois, l'arrêt *Cuerrier* représente la première fois que le tribunal de dernière instance d'un pays a traité la question des sanctions pénales imposées pour un comportement risquant de transmettre le VIH. L'arrêt représente également la première fois au Canada qu'une personne séropositive a été condamnée pour l'infraction de *voies de fait* pour ne pas avoir divulgué son état sérologique avant d'avoir eu des rapports sexuels par ailleurs consensuels. L'arrêt de la Cour suprême a fait l'objet d'attention médiatique et de commentaires considérables.

De nombreuses personnes vivant avec le VIH/sida, de même que des personnes et organismes qui travaillent avec et pour les personnes séropositives et les personnes « à risque », ont exprimé leurs inquiétudes à l'égard des poursuites pénales intentées contre les personnes qui ne divulguent

¹ (1998), 127 C.C.C. (3^e) 1 (C.S.C.), inf. (1996), 111 C.C.C. (3^e) 261, 141 D.L.R. (4^e) 503 (C.A.C.-B.), 3 C.R. (5^e) 330, 136 W.A.C. 295, 83 B.C.A.C. 295, 33 W.C.B. (2^e) 4, [1996] B.C.J. n° 2229 (Q.L.), conf. 26 W.C.B. (2^e) 378 (Q.L.).

² Pour un résumé de certaines de ces affaires, voir: R. Elliott, *Droit criminel et VIH/sida: rapport final*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, mars 1997; *Droit criminel et VIH/sida Feuilleton d'information #3: Affaires criminelles relatives au VIH au Canada*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, 1999; et d'autres articles sur le droit criminel et le VIH/sida dans le *Bulletin canadien VIH/sida et droit*.

pas leur séropositivité³. L'arrêt *Cuerrier* soulève plusieurs questions pour les personnes ayant le VIH/sida, relativement à la divulgation dans leur vie sexuelle. Il peut également avoir des ramifications relativement aux comportements à risque dans des domaines autres que les rapports sexuels. Enfin, à la suite de l'arrêt *Cuerrier*, certains ont encore une fois soulevé des questions sur la portée que peuvent avoir les poursuites pénales pour les personnes ou les organismes qui détiennent des renseignements sur l'état sérologique d'une personne séropositive ou sur leur comportement qui risque de transmettre le VIH.

Objectifs du projet du Réseau juridique sur l'arrêt *Cuerrier*

À l'automne 1998, des consultations nationales ont été tenues pour donner à Santé Canada des orientations sur les priorités pour la composante « droit, éthique et droits de la personne » de la Stratégie canadienne sur le VIH/sida. Lors de ces consultations, des personnes partout au Canada ont soulevé des questions et des préoccupations sur l'importance de l'arrêt *Cuerrier*⁴.

Le Réseau juridique a donc entrepris la présente analyse approfondie de l'arrêt, avec les deux objectifs suivants:

- aider les personnes vivant avec le VIH/sida, organismes de lutte contre le sida et autres organismes communautaires, professionnels de la santé, avocats et techniciens du droit, autorités sanitaires et d'autres à comprendre la portée exacte de l'arrêt et sa portée éventuelle dans un certain nombre de contextes;
- fournir des recommandations aux décideurs, par exemple les gouvernements et les autorités sanitaires, les poursuivants, les policiers, les législateurs et les juges, quant à la manière dont l'arrêt *Cuerrier* devrait – ou ne devrait pas – être interprété et appliqué, de manière à en minimiser les éventuelles conséquences négatives pour les personnes vivant avec le VIH/sida, les efforts de prévention du VIH au Canada et la prestation de soins, de traitements et de soutien aux personnes vivant avec le VIH/sida.

Activités entreprises

En février 1999, un atelier national a été tenu à Toronto pour discuter d'un projet de document analysant l'arrêt *Cuerrier* et ses répercussions éventuelles. On a également demandé les commentaires d'autres personnes qui n'ont pas participé aux discussions en atelier. Les participants au processus de consultation ont eu une occasion supplémentaire de commenter l'ébauche définitive du document de travail, avant sa publication.

Plusieurs des personnes consultées ont dit craindre qu'une mauvaise interprétation de l'arrêt *Cuerrier* risquait de faire en sorte qu'il soit mal appliqué, au détriment de personnes séropositives et de la santé publique en général. Certaines expériences qui ont suivi l'arrêt et qui ont été relatées en atelier confirment qu'il s'agit là d'un sujet de préoccupation. En particulier, les préoccupations suivantes ont été exprimées:

- l'arrêt était interprété de façon trop large, si bien que les personnes séropositives et d'autres étaient mal informées sur la question de savoir

Plusieurs des personnes consultées ont dit craindre qu'une mauvaise interprétation de l'arrêt *Cuerrier* risquait de faire en sorte qu'il soit mal appliqué, au détriment de personnes séropositives et de la santé publique en général.

³ Voir Elliott, *supra*, note 2, et B. Bell, *Questions juridiques, éthiques et de droits de la personne soulevées par le VIH/sida: Où se dirige-t-on à partir d'ici? – rapport de planification pour 1998-2003*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida, 1999.

Pour un aperçu des facettes du droit criminel dans le contexte du VIH/sida, voir également *Droit criminel et VIH/sida – Feuilles d'information #1 à 8*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, 1999.

⁴ Bell, *supra*, note 3.

quand la non-divulgarion pouvait entraîner un risque de poursuites criminelles;

- certains pouvaient croire à tort que l'arrêt touchait le droit, les politiques ou les pratiques dans des domaines autres que le droit criminel relativement à la divulgation de l'état sérologique d'une personne. On a donc recommandé que l'auteur du document de travail aille au-delà d'une analyse de l'arrêt lui-même et de sa portée éventuelle sur les poursuites pénales intentées pour les activités à risque autres que les rapports sexuels: l'auteur du document devait également examiner un éventuel « effet d'entraînement » dans d'autres domaines du droit, de la politique ou de la pratique.

Ces commentaires nous ont aidé à identifier les domaines du droit et des politiques dans lesquels il y a lieu d'analyser attentivement les répercussions éventuelles de l'arrêt *Cuerrier* de même que les domaines dans lesquels l'arrêt *Cuerrier* n'a – et ne devrait avoir – aucune application.

Portée du document

À la lumière des nombreuses questions soulevées par l'arrêt *Cuerrier* et des commentaires reçus lors de l'atelier national, la portée du document a été considérablement élargie au-delà de ce que le Réseau juridique avait prévu à l'origine dans le cadre du présent projet.

Dans le chapitre intitulé « L'arrêt: *R c. Cuerrier* », nous faisons un survol de l'arrêt *R c. Cuerrier*, dans lequel nous identifions les principaux éléments et passages de l'arrêt de la Cour suprême. Nous fournissons également l'essentiel des motifs des deux juges minoritaires. Les approches passablement différentes adoptées par les juges soulignent la difficulté d'appliquer logiquement, sur le plan des principes, le droit criminel relatif aux voies de fait à des comportements qui risquent de transmettre le VIH. Les critiques formulées par les juges à l'égard des motifs de leurs collègues sont également utiles pour articuler les lacunes de chaque approche et pour prévoir comment on peut traiter les domaines d'incertitude dans des affaires subséquentes.

Dans le chapitre intitulé « La divulgation de l'état sérologique par les personnes vivant avec le VIH/sida », nous traitons la question de savoir quand une personne séropositive risque (ou peut risquer) des poursuites pénales si elle ne divulgue pas sa séropositivité. Nous examinons les diverses situations dans lesquelles la transmission peut avoir lieu: les rapports sexuels, le partage de matériel pour l'injection de drogue, la transmission de la mère à son enfant et la transmission par des actes médicaux effractifs. Nous analysons la question de savoir si l'arrêt *Cuerrier* s'applique ou devrait s'appliquer dans ces contextes. Lorsque nous concluons que l'arrêt *Cuerrier* s'applique, nous nous demandons également dans quelle mesure il s'applique et dans quelle mesure il ne devrait pas s'appliquer.

Dans les chapitres intitulés « Lois, politiques et pratiques de santé publique » et « La divulgation obligatoire de renseignements confidentiels prescrite par la loi », nous abordons quelques questions qui, bien qu'elles n'intéressent pas directement des questions de responsabilité criminelle, ont été soulevées à la suite de l'arrêt *Cuerrier* et méritaient donc, à notre avis, d'être abordées.

Dans le chapitre intitulé « Lois, politiques et pratiques de santé publique », nous confirmons que l'arrêt *Cuerrier* ne modifie pas les obligations existantes au regard des lois sur la santé publique; toutefois, les renseignements sur l'arrêt devraient être incorporés à la pratique sanitaire. En outre, l'arrêt met en relief l'importance d'une réaction graduée dans l'exercice de pouvoirs sanitaires coercitifs, dans l'utilisation de telles interventions avant le recours aux poursuites criminelles, et la nécessité de prévoir des garanties procédurales adéquates contre l'abus de pouvoirs sanitaires coercitifs.

Dans le chapitre intitulé « La divulgation obligatoire de renseignements confidentiels prescrite par la loi », nous examinons trois situations dans lesquelles il pourrait exister une obligation d'ordre éthique ou juridique de briser la confidentialité relative à la séropositivité d'une personne. Premièrement, nous confirmons que les obligations actuelles en matière de déclaration des cas de VIH ou de sida en vertu des lois sur la santé publique ne sont pas modifiées par l'arrêt *Cuerrier*. Deuxièmement, nous confirmons que l'arrêt *Cuerrier* n'a pas pour effet d'étendre les obligations actuelles d'ordre éthique ou juridique de briser la confidentialité sur la séropositivité d'une personne lorsque son comportement risque de transmettre le VIH à autrui et que l'arrêt ne doit pas être interprété en ce sens. Troisièmement, nous discutons de la divulgation, contrainte par mandat de perquisition ou assignation, de renseignements sur la séropositivité ou le comportement de personnes séropositives qui risquent la transmission du VIH. Nous recommandons que ceux qui travaillent avec des personnes vivant avec le VIH/sida (par exemple, les organismes de lutte contre le sida) envisagent, si ce n'est pas déjà fait, l'élaboration de politiques ou de protocoles pour le traitement des renseignements confidentiels relatifs à l'état sérologique d'une personne et à ses activités à risque.

Nous concluons en répétant la mise en garde contre une interprétation injustifiée et trop large de l'arrêt *Cuerrier*. Enfin, la dernière partie renferme un résumé des recommandations faites dans le présent document.

Nous ne faisons pas l'analyse approfondie de chaque nuance possible de l'arrêt *Cuerrier* ou des applications éventuelles du droit criminel à toutes les situations où le comportement peut risquer la transmission du VIH. L'arrêt *Cuerrier* laisse plusieurs questions sans réponse. On ne peut prévoir avec certitude les développements futurs sur le plan du droit et des politiques. La portée de ce développement en droit criminel canadien dans des instances judiciaires futures reste à voir.

Nous ne faisons pas non plus l'examen exhaustif de l'état actuel du droit criminel canadien relatif au VIH/sida. Le présent document doit être lu en parallèle avec l'ouvrage intitulé *Droit criminel et VIH/sida: rapport final*⁵, qui examine les arguments pour et contre la criminalisation d'activités qui risquent de transmettre le VIH, qui examine la question de savoir si les mesures offertes en vertu des lois sur la santé publique constituent une solution de rechange préférable au recours au droit criminel et qui analyse en détail les diverses dispositions du *Code criminel* qui ont été invoquées pour poursuivre des gens dont les comportements transmettent ou risquent de transmettre le VIH. Le lecteur aurait également intérêt à lire l'ouvrage *Test de sérodiagnostic du VIH et confidentialité: rapport final*⁶, dans lequel sont traitées de nombreuses questions abordées dans le présent document, par exemple le consentement

⁵ *Supra*, note 2.

⁶ R. Jürgens, *Test de sérodiagnostic du VIH et confidentialité: rapport final*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, octobre 1998.

éclairé au test du VIH, le counselling pré-test et post-test, les tests et la divulgation par les professionnels de la santé, la divulgation pour empêcher que d'autres ne subissent des préjudices, les obligations en matière de déclaration et de notification des partenaires.

Prochaines étapes

Le Réseau juridique distribuera largement le document final et le rendra disponible sur l'Internet; il mettra à jour et distribuera une série de feuillets d'information sur la question du VIH/sida en droit criminel (y compris l'arrêt *Cuerrier*) ciblant divers groupes intéressés; il présentera des exposés lors de conférences sur les questions traitées dans le document et ses conclusions et recommandations; il entreprendra d'autres activités conformes à ses conclusions et recommandations, en faisant notamment des suivis auprès de gouvernements, de décideurs et d'autres intervenants auxquels les recommandations sont destinées; il continuera de surveiller les développements dans le domaine du VIH/sida et du droit criminel au Canada.



L'arrêt: R. c. Cuerrier

Les faits

En août 1992, une infirmière hygiéniste a informé Cuerrier qu'il était séropositif aux anticorps du VIH, qu'il devait utiliser des condoms lorsqu'il avait des rapports sexuels et qu'il devait informer ses partenaires sexuels de sa séropositivité. Cuerrier a affirmé qu'il ne pouvait pas divulguer son état dans sa petite communauté. Peu de temps après, il a commencé une relation avec KM, avec laquelle il a eu de fréquents rapports sexuels non protégés avec pénétration vaginale. À un moment donné, avant ou une semaine après leur premier rapport sexuel⁷, KM a discuté de maladies transmises sexuellement (MTS) avec Cuerrier. Ce dernier lui a parlé de ses relations sexuelles récentes avec des femmes qui avaient elles-mêmes eu de nombreux partenaires. KM ne lui a pas posé de questions sur le VIH en particulier. Cuerrier lui a dit qu'il avait été diagnostiqué séronégatif plusieurs mois auparavant, mais il ne lui a pas parlé de son diagnostic récent de séropositivité. Au procès, KM a affirmé qu'elle connaissait les risques des rapports sexuels non protégés, y compris le risque de contracter le VIH et d'autres MTS.

Quelques mois plus tard, Cuerrier et KM ont subi un test de sérodiagnostic du VIH. Il a été diagnostiqué séropositif; elle a été diagnostiquée séronégative. Les deux ont été informés de l'infection de Cuerrier et on leur a conseillé d'utiliser des condoms lors de leurs rapports sexuels. On a dit à KM qu'elle devait subir d'autres tests parce qu'elle pouvait quand même être séropositive. Cuerrier a affirmé qu'il ne voulait pas utiliser de condoms et que si KM était diagnostiquée séronégative dans quelques mois, il chercherait une partenaire séropositive. Ils ont continué à avoir des rapports sexuels non protégés pendant quinze mois. KM a témoigné par la suite que: i) elle aimait Cuerrier et ne voulait pas le perdre; ii) puisqu'ils avaient déjà eu des rapports sexuels non

⁷ Cuerrier, Cahier d'appel, vol. 1, aux p. 8b) et 19.

protégés, elle estimait qu'elle était probablement déjà infectée; iii) toutefois, elle n'aurait pas eu de rapports sexuels avec Cuerrier si elle avait connu son état sérologique au début de leur relation. À l'époque du procès, elle avait été diagnostiquée séronégative.

Quelques mois plus tard, Cuerrier a commencé à avoir des rapports sexuels avec BH. Après leur premier rapport sexuel, BH lui a dit qu'elle avait peur des maladies, sans toutefois mentionner le VIH en particulier. Cuerrier ne lui a pas dit qu'il était séropositif. Le couple n'a pas utilisé de condom environ une fois sur deux au cours de leurs dix rapports sexuels. BH a alors appris que Cuerrier était séropositif et lui a demandé de s'expliquer, après quoi il s'est excusé et a affirmé qu'il aurait dû lui dire. BH n'a pas été infectée.

Les procédures et les arguments soulevés

Cuerrier a fait l'objet de deux chefs d'accusation de voies de fait graves (et non d'agression sexuelle). L'article 265 du *Code criminel* dispose:

- (1) Commet des voies de fait... quiconque, d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement⁸.

L'article 268 du *Code criminel* dispose:

- (1) Commet des voies de fait *graves* quiconque blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.
- (2) Quiconque commet des voies de fait graves est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans⁹.

Au procès, le ministère public a plaidé que le consentement des deux partenaires de Cuerrier n'était pas valide sur le plan juridique, parce qu'elles ignoraient sa séropositivité. Le principal argument était que sa non-divulgaration constituait de la « fraude » et que cette fraude « viciait » (c'est-à-dire qu'elle rendait invalide, sur le plan juridique) le consentement de ses partenaires aux rapports sexuels. Par conséquent, le contact sexuel physique constituait des voies de fait. Dans la définition de l'infraction de voies de fait, l'alinéa 265(3)c) du *Code* dispose:

Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison [...] de la fraude¹⁰.

La défense a présenté au juge du procès une requête de verdict imposé d'acquiescement au motif que le ministère public n'avait pas établi l'infraction de voies de fait vu que les plaignantes avaient consenti aux rapports sexuels. Cette requête a été accueillie. Le ministère public a interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. La BC Persons with AIDS Society (BCPWA) et la BC Civil Liberties Association (BCCLA) sont intervenues pour présenter des arguments contre le recours à des sanctions criminelles dans cette affaire. Les cinq juges d'appel ont rejeté à l'unanimité l'appel du ministère public. Dans les motifs de l'arrêt on peut lire: « En effet, il me semble

⁸ L.R.C. (1985), c. C-46, art. 265(1).

⁹ *Ibid.*, art. 268.

¹⁰ *Ibid.*, art. 265(3)c).

curieux de se servir du droit criminel en matière de voies de fait pour tenter d'inciter les gens à avoir des rapports sexuels moins risqués...¹¹. »

Le pourvoi du ministère public à la Cour suprême du Canada a été entendu en mars 1998. Le procureur général de l'Ontario est intervenu pour faire valoir des arguments qu'il avait déjà présentés sans succès dans une affaire similaire en Ontario¹². La BCCLA est intervenue de nouveau et la BCPWA, la Société canadienne du sida (SCS) et le Réseau juridique canadien VIH/sida (le Réseau) ont déposé une intervention conjointe. Plaidant contre le recours aux dispositions du *Code criminel* en matière de voies de faits pour criminaliser la non-divulgence de la séropositivité, ces intervenants ont soutenu qu'une telle réaction était peu susceptible d'avoir un effet positif sur les autres efforts de prévention de la transmission du VIH et risquait plutôt de leur causer un tort considérable.

En se prononçant sur la question qui lui était soumise (et non sur le mérite de l'affaire en cause), la Cour suprême a décidé que l'accusé pourrait être jugé relativement aux deux chefs d'accusations initiaux de voies de fait graves et elle a ordonné un nouveau procès. Le 28 mai 1999, le procureur général de la Colombie-Britannique a cependant annoncé qu'il ne s'engagerait pas dans un nouveau procès contre Cuerrier, en soulignant que les plaignantes étaient réticentes à témoigner, que le prévenu avait déjà été en détention pendant un certain temps et que le ministère public ne croyait plus qu'il présentait un danger pour le public dans les circonstances de sa vie, devenues plus stables.

L'arrêt

L'arrêt de la Cour suprême porte uniquement sur la question de savoir si la non-divulgence de la séropositivité par une personne séropositive peut être considérée comme de la « fraude » aux fins du droit criminel relatif aux voies de fait. Sept (des neuf) juges de la Cour suprême ont entendu l'affaire. Tous ont conclu que la non-divulgence, par Cuerrier, de sa séropositivité pouvait constituer de la fraude.

Toutefois, les juges étaient divisés sur la question de savoir comment le droit devait définir la fraude qui vicie le consentement aux rapports sexuels. Pendant plus d'un siècle, les tribunaux au Canada, en Australie et au Royaume-Uni avaient accepté la règle selon laquelle la fraude n'a pour effet d'invalider, sur le plan juridique, le consentement d'une personne à l'acte sexuel (c'est-à-dire « vicier ce consentement ») que si la fraude se rapportait « à la nature et au caractère de l'acte ». Ce principe était également reflété dans le *Code criminel* canadien jusqu'à ce que des modifications soient apportées au *Code*, en 1983, qui ont eu pour effet d'éliminer les crimes de « viol » et d'« attentat à la pudeur » pour leur substituer une seule infraction d'« agression sexuelle ».

La Cour a unanimement jugé que la fraude quant « à la nature et au caractère de l'acte » pouvait encore être considérée comme viciant le consentement. Toutefois, les juges ont également statué que cette règle était inadéquate et que la définition traditionnelle de la « fraude » devait être élargie pour couvrir la situation visée par l'arrêt *Cuerrier*. Les juges ont adopté trois approches différentes.

¹¹ (1996), 111 C.C.C. (3^e) 261 à la p. 282 (motifs du juge Prowse).

¹² R. c. *Ssenyonga*, (1993) 81 C.C.C. (3^e) 257 (Cour de l'Ont., div. gén.).

Motifs des juges majoritaires: une approche fondée sur le préjudice

La majorité des juges de la Cour (les juges Cory, Major, Bastarache et Binnie) ont établi une nouvelle approche fondée sur le préjudice pour décider ce qui constituera une fraude viciant le consentement au contact physique (y compris les rapports sexuels). Le ministère public doit prouver les éléments suivants pour établir la fraude de la part de l'accusé, ce qui rendra le consentement de son partenaire invalide sur le plan juridique:

- (1) l'accusé a commis un acte qu'une personne raisonnable considérerait comme malhonnête;
- (2) le plaignant a subi un préjudice, ou un risque de préjudice, en raison de cette malhonnêteté;
- (3) le plaignant n'aurait pas consenti à l'acte n'eût été de la malhonnêteté de l'accusé.

La Cour a ensuite examiné comment ces critères pourraient être appliqués dans le contexte de la non-divulgence de la séropositivité avant des rapports sexuels.

La non-divulgence de la séropositivité peut être « malhonnête »

La Cour a conclu que la malhonnêteté ne signifie pas simplement la « supercherie délibérée » au sujet de quelque chose, mais peut également comprendre la « non-divulgence »:

[...] dans des circonstances où elle serait considérée comme malhonnête par une personne raisonnable [...] cela peut comprendre la dissimulation de faits importants [...] Les conséquences fatales que la non-divulgence du risque d'infection par le VIH peut avoir pour la victime tenue dans l'ignorance rendent impérieuse l'adoption, à titre de principe, du point de vue plus général préconisé [...] selon lequel la fraude vicie le consentement. Il ne faut pas oublier non plus que le *Code criminel* a évolué de façon à refléter l'attitude de la société à l'égard de la véritable nature du consentement [...] *À mon avis, il y a maintenant lieu de considérer que le fait pour l'accusé de dissimuler ou de ne pas divulguer sa séropositivité peut constituer une fraude susceptible de vicier le consentement à des rapports sexuels* [...] Il ne servirait à rien de conjecturer sur la question de savoir si le consentement résulterait plus facilement de mensonges délibérés que de l'omission de divulguer. La mort est la conséquence possible de rapports sexuels non protégés avec un partenaire séropositif. *Dans ces circonstances, il n'y a aucune raison d'établir une distinction entre les mensonges et l'omission délibérée de divulguer*¹³. [italique ajouté]

Puisque la non-divulgence de la séropositivité *peut* être considérée, sur le plan juridique, comme de la « malhonnêteté » qui équivaut à de la fraude, elle peut vicier le consentement aux rapports sexuels:

« À mon avis, il y a maintenant lieu de considérer que le fait pour l'accusé de dissimuler ou de ne pas divulguer sa séropositivité peut constituer une fraude susceptible de vicier le consentement à des rapports sexuels [...] Dans ces circonstances, il n'y a aucune raison d'établir une distinction entre les mensonges et l'omission délibérée de divulguer. »

¹³ *Cuerrier, supra*, note 1 aux p. 47, 49, citant: *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. c. Thérooux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Zlatić*, [1993] 2 R.C.S. 29.

« Il ne peut y avoir de consentement véritable s'il n'y a pas eu divulgation par l'accusé de sa séropositivité. »

Sans divulgation de la séropositivité, il ne peut y avoir de consentement véritable. Le consentement ne peut se limiter uniquement aux rapports sexuels. Il doit plutôt s'agir d'un consentement à des rapports sexuels avec un partenaire séropositif. Il ne peut y avoir de consentement véritable s'il n'y a pas eu divulgation par l'accusé de sa séropositivité. Le consentement qui n'est pas fondé sur la connaissance d'importants facteurs pertinents n'est pas valide¹⁴.

Ayant statué que la non-divulgation (et non seulement la supercherie délibérée) pouvait équivaloir à de la « malhonnêteté », la Cour a ensuite abordé la question de savoir *quand* l'obligation de divulgation existe. Le fait de ne pas divulguer sa séropositivité ne peut être objectivement considéré comme « malhonnête » à moins qu'il n'existe une obligation de divulgation.

Lorsque la divulgation est nécessaire

« [L]e ministère public devra établir que l'acte malhonnête (les mensonges ou l'omission de divulguer) a eu pour effet d'exposer la personne consentante à *un risque important de lésions corporelles graves*. Le risque de contracter le sida par suite de rapports sexuels non protégés satisfait clairement à ce critère. »

Comme nous l'avons noté précédemment, la règle traditionnelle voulait que le seul type de fraude qui pouvait invalider, sur le plan juridique, le consentement à un acte de contact physique était la fraude quant à l'identité de la personne qui commet l'acte ou la fraude quant « à la nature et au caractère de l'acte » (c'est-à-dire, la question de savoir s'il s'agissait d'un acte sexuel ou de quelque chose d'autre). Par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario avait statué qu'il y avait fraude lorsqu'un homme s'était fait passer pour un médecin et avait prétendu faire des examens gynécologiques à plusieurs femmes; les femmes avaient consenti à un examen médical, mais elles avaient subi quelque chose de tout à fait différent¹⁵. Relativement à cette règle, le consentement d'une personne d'avoir des rapports sexuels n'était pas invalidé par la fraude de son partenaire, tant que la fraude ne modifiait pas le caractère fondamental de l'acte comme étant sexuel.

Toutefois, la Cour a rejeté cette règle comme étant trop limitée et a cherché à créer une nouvelle règle pour définir les situations dans lesquelles la malhonnêteté sera considérée comme de la fraude au regard du droit criminel. Dans leur réponse à la question de savoir quand il y avait une obligation de divulgation, la Cour a examiné le deuxième critère de la fraude qu'elle avait identifié, c'est-à-dire que « que la malhonnêteté entraîne une privation sous forme de préjudice réel ou, simplement, de risque de préjudice »¹⁶.

La Cour établit donc une nouvelle approche pour la définition de la fraude dans le contexte des voies de fait criminelles, une approche fondée sur le « risque de préjudice ». Toutefois, la Cour nous met immédiatement en garde contre une approche trop large:

Un préjudice ou risque de préjudice insignifiant ne satisfera pas toutefois à cette condition dans les cas d'agression sexuelle où l'activité aurait été consensuelle si le consentement n'avait pas été obtenu par fraude. Par exemple, le risque de subir de légères égratignures ou d'attraper un rhume ne suffirait pas pour établir la privation [le préjudice]. Que faudrait-il alors? À mon avis, le ministère public devra établir que l'acte malhonnête (les mensonges ou l'omission de divulguer) a eu pour effet d'exposer la personne consentante à *un risque important de lésions corporelles graves*. Le

¹⁴ *Ibid.*, à la p. 50.

¹⁵ *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145, 65 D.L.R. (2^e) 674 (C.A.).

¹⁶ *Ibid.*

risque de contracter le sida par suite de rapports sexuels non protégés satisferait clairement à ce critère. En l'espèce, les plaignantes étaient exposées à un risque important pour leur santé. En fait, leur survie même était menacée. Il est difficile d'imaginer un risque plus grand ou des lésions corporelles plus graves¹⁷. [italique ajouté]

L'expression « risque important de lésions corporelles graves » est au cœur de l'arrêt. Pourtant, le caractère vague de ce critère soulève d'autres questions pour les personnes séropositives¹⁸, tout en évoquant des limites éventuelles à l'application de cet arrêt dans des affaires subséquentes. La Cour a indiqué qu'il pourrait y avoir des situations dans lesquelles le risque de préjudice n'est pas suffisamment grand pour nécessiter la divulgation:

L'obligation de divulguer augmentera avec les risques que comportent les rapports sexuels. En matière de fraude par exemple, plus le risque de privation est élevé, plus l'obligation de divulguer est grande. L'omission de divulguer la séropositivité peut conduire à une maladie dévastatrice ayant des conséquences mortelles. Dans ces circonstances, il existe une obligation absolue de divulguer. La nature et l'étendue de l'obligation de divulguer, s'il en est, devront toujours être examinées en fonction des faits en présence¹⁹.

Les relations sexuelles avec une personne séropositive comporteront toujours des risques. Il se peut que les relations sexuelles qui ne comportent absolument aucun risque soient impossibles. *Toutefois, on pourrait juger que l'utilisation prudente de condoms réduit tellement le risque de préjudice que celui-ci ne serait plus considéré comme important, de sorte qu'il se pourrait qu'il n'y ait plus de privation ou de risque de privation* [c'est-à-dire le préjudice ou le risque de préjudice]. Encore une fois, dans des circonstances comme celles de la présente affaire, il doit y avoir un risque important de lésions corporelles graves pour qu'il soit satisfait aux exigences de l'article. En l'absence de ces critères, il n'y aura aucune obligation de divulguer²⁰. [italique ajouté]

Il ressort clairement de l'arrêt que cette norme est également « suffisante pour viser non seulement le risque d'infection par le VIH, mais aussi celui de contracter d'autres maladies transmissibles sexuellement qui constituent un risque important de préjudice grave »²¹.

Lien de causalité entre la non-divulgation et le consentement du partenaire

Enfin, pour pouvoir obtenir une condamnation pour voies de fait, la poursuite doit prouver un troisième élément: le lien de causalité entre la non-divulgation de la personne séropositive et le consentement aux rapports sexuels de son partenaire. Comme l'écrit le juge Cory dans ses motifs pour la majorité:

Dans des situations comme celle qui se présente en l'espèce, il faut souligner que le ministère public sera toujours tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que la plaignante aurait refusé d'avoir des relations sexuelles non protégées avec l'accusé si elle avait été

« La nature et l'étendue de l'obligation de divulguer, s'il en est, devront toujours être examinées en fonction des faits en présence. »

« Il se peut que les relations sexuelles qui ne comportent absolument aucun risque soient impossibles. *Toutefois, on pourrait juger que l'utilisation prudente de condoms réduit tellement le risque de préjudice que celui-ci ne serait plus considéré comme important, de sorte qu'il se pourrait qu'il n'y ait plus de privation ou de risque de privation* [c'est-à-dire le préjudice ou le risque de préjudice]. »

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Voir *Droit criminel et VIH/sida – Feuillet d'information #7: L'affaire Cuerrier et les personnes vivant avec le VIH*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida, mars 1999.

¹⁹ Cuerrier, *supra*, note 1, aux p. 50-51.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., à la p. 53.

informée qu'il était séropositif. Aussi improbable que cela puisse paraître, il s'agit là d'une possibilité réelle. Pour reprendre les termes d'autres décisions, cette question se pose toujours²².

Motifs des juges minoritaires

Comme nous l'avons noté ci-dessus, la règle traditionnelle était que la fraude quant à la « nature et au caractère de l'acte » avait pour effet de vicier le consentement aux rapports sexuels. Dans ses motifs rédigés pour elle-même et pour le juge Gonthier, la juge McLachlin a conclu qu'il y avait simplement lieu d'étendre cette règle en ajoutant une nouvelle catégorie de fraude qui vicierait le consentement: « [I]l y a lieu de modifier la common law de façon à permettre que la supercherie au sujet d'une maladie transmissible sexuellement, qui incite à consentir, soit considérée comme une fraude viciant le consentement, au sens de l'art. 265 du *Code criminel* »²³. La juge McLachlin a exprimé un sentiment partagé par tous les juges de la Cour lorsqu'elle a affirmé:

Dans la présente affaire, je suis persuadée que l'état actuel du droit ne reflète pas les valeurs de la société canadienne. Il est irréaliste, voire scandaleux, de penser que le consentement à des rapports sexuels donné parce que le partenaire est séronégatif n'est pas touché par une tromperie flagrante à ce sujet. Autrement dit, peu de gens estimerait que le droit devrait pardonner à la personne qui, s'étant fait demander si elle était séropositive, a menti à ce sujet afin d'obtenir un consentement. Il semble logique et juste d'affirmer que cette personne commet une fraude viciant le consentement, transformant ainsi le contact en voies de fait²⁴.

De l'avis de la juge McLachlin, étendre ainsi la définition de la fraude est conforme à la règle de longue date suivant laquelle la fraude quant « à la nature et au caractère de l'acte » viciera le consentement:

Si la personne affirme qu'elle n'est pas malade, et que le consentement est donné sur la foi de cette affirmation, la tromperie à ce sujet touche l'acte même des voies de fait. La plaignante ne consent pas à la transmission de fluides malsains dans son corps. Cette tromperie touche véritablement la nature de l'acte sexuel qui, d'un acte entraînant certaines conséquences naturelles (que ce soit le plaisir, la douleur ou la grossesse), devient une condamnation potentielle à la maladie ou à la mort. Elle diffère fondamentalement de la tromperie relative à la contrepartie offerte en échange du consentement, tels le mariage, l'argent ou un manteau de fourrure, du fait qu'elle concerne l'acte physique lui-même. Elle en diffère, par surcroît, d'une manière extrêmement grave qui mérite la sanction pénale. Cela suffit à justifier la position [...] voulant que la tromperie concernant une maladie vénérienne soit susceptible de vicier le consentement²⁵.

Dans ses propres motifs minoritaires, la juge L'Heureux-Dubé a proposé d'aller beaucoup plus loin. À son avis, il importait peu que la fraude concernée ait causé un préjudice ou un risque de préjudice. Si l'accusé a agi de manière que l'on peut objectivement qualifier de malhonnête et que cet acte a amené

²² *Ibid.*, à la p. 51.

²³ *Ibid.*, à la p. 33.

²⁴ *Ibid.*, à la p. 37.

²⁵ *Ibid.*, aux p. 35-36.

son partenaire à consentir au contact, il n'y a eu aucun consentement valide sur le plan juridique. Selon la juge L'Heureux-Dubé, pour les fins du crime de voies de fait:

[...] il y a fraude simplement si l'acte malhonnête en cause a incité une autre personne à consentir à un acte physique, peu importe que cet acte ait comporté ou non des risques ou des dangers particuliers. L'examen visant à déterminer si la fraude a vicié le consentement de manière à rendre non consensuel un certain contact physique devrait être axé sur la question de savoir si la nature et l'exécution de la supercherie ont privé le plaignant de la capacité d'exercer sa volonté relativement à son intégrité physique en ce qui concerne l'activité en question [...] Dans tout débat relatif à la fraude, le ministère public serait tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a agi malhonnêtement de manière à inciter le plaignant à se soumettre à une activité précise, et qu'en l'absence de malhonnêteté le plaignant ne se serait pas soumis à l'activité en cause, considérant ainsi l'acte reproché comme étant un emploi non consensuel de la force [...] La malhonnêteté de l'acte qui incite à la soumission serait évaluée en fonction de la norme objective de la personne raisonnable. Le ministère public serait aussi tenu de prouver que l'accusé savait ou était conscient que ses actes malhonnêtes inciteraient le plaignant à se soumettre à l'activité en cause²⁶.

Ces deux approches des juges minoritaires sont (peut-être) plus simples à définir et à appliquer que l'approche du « risque important de préjudice » adoptée par la majorité. Toutefois, l'approche proposée par la juge McLachlin n'offre aucun motif de principe qui justifie d'ajouter le VIH et les MTS en particulier comme catégories supplémentaires de fraude viciant le consentement – par opposition à toute autre sorte de fraude susceptible d'amener quelqu'un à consentir aux rapports sexuels. En outre, comme tous les autres juges se donnent la peine de le souligner, l'approche proposée par la juge L'Heureux-Dubé « élargit considérablement l'infraction de voies de fait »²⁷ et « banaliserait le processus criminel en entraînant une prolifération de poursuites mineures engagées sans lignes directrices ni directives judiciaires »²⁸. Comme l'a affirmé succinctement la juge McLachlin dans sa critique de la position adoptée par la juge L'Heureux-Dubé: « [L]a tromperie est, de par sa nature même, très subjective. Ce qui est flatterie pour une personne est supercherie pour une autre personne, et un crime, selon cette thèse »²⁹.

²⁶ *Ibid.*, aux p. 16-17.

²⁷ *Ibid.*, à la p. 28 (motifs de la juge McLachlin).

²⁸ *Ibid.*, à la p. 51 (motifs du juge Cory).

²⁹ *Ibid.*, aux p. 28-29.



La divulgation de l'état sérologique par les personnes vivant avec le VIH/sida

Sur le plan des faits, l'arrêt *Cuerrier* ne s'applique qu'au cas où il y a exposition au VIH en raison d'activités sexuelles non protégées. Toutefois, le présent document a pour objectif d'examiner non seulement la portée de cet arrêt pour ce qui est des rapports sexuels des personnes séropositives, mais également sa portée – et les limites de celle-ci – en ce qui a trait à la responsabilité criminelle découlant de comportements autres que les rapports sexuels qui risquent de transmettre le VIH. Dans la présente section, nous examinons l'importance de l'arrêt *Cuerrier* à l'égard des poursuites criminelles pour exposition au VIH dans les quatre contextes suivants:

- Les rapports sexuels
- Le partage de matériel pour l'injection de drogue
- La relation périnatale
- Les actes médicaux effractifs

Les rapports sexuels

Compte tenu des faits de l'affaire, l'arrêt *Cuerrier* revêt évidemment beaucoup d'importance pour les personnes séropositives dans la conduite de leur vie sexuelle. Toutefois, l'arrêt soulève également plusieurs questions quant à son interprétation et à son application éventuelle dans ce contexte. Dans le présent document, nous tentons de répondre à certaines de ces questions dans la mesure du possible, compte tenu des ambiguïtés de l'arrêt.

Le « risque important » et la défense de « la pratique du sécurisexe »

Comme nous l'avons vu précédemment, la Cour suprême a statué qu'une personne séropositive pouvait être accusée du crime de voies de fait si elle avait des rapports sexuels non protégés sans avoir divulgué son état sérologique. La Cour a statué qu'il était « malhonnête » de ne pas divulguer ce fait si les rapports sexuels présentaient un « risque important de lésions corporelles graves »³⁰. Par conséquent, on peut dire que le consentement de son partenaire aux rapports sexuels a été obtenu par la « fraude ». Il s'ensuit que ce consentement n'est pas valide sur le plan juridique et que le contact physique équivaut à des « voies de fait ». La question évidente, laissée sans réponse par l'arrêt *Cuerrier*, est la suivante: que constitue un « risque important » de transmission du VIH sur le plan juridique?

Il ressort de l'arrêt *Cuerrier* qu'en droit criminel canadien, des rapports sexuels non protégés avec pénétration vaginale (et, sans doute, avec pénétration anale) seront considérés comme des sources de risque « important » (sur le plan juridique) d'infection à VIH. Il y a donc une obligation de divulguer sa séropositivité avant d'avoir de tels rapports. La Cour a affirmé « en l'espèce, l'omission de divulguer la séropositivité a exposé les victimes à un risque important de lésions corporelles graves »³¹.

Il convient également de noter qu'une norme similaire a été établie par la U.S. Presidential Commission on HIV (commission présidentielle américaine sur le VIH). Bien que le rapport de 1988 de la Commission ait amené plusieurs États américains à édicter des lois criminelles relatives à la transmission du VIH ou à l'exposition au VIH, la Commission a elle-même averti que la loi devait être appliquée prudemment de manière à ne viser que les comportements qui posent un risque important de transmission et qu'elle ne devait viser « que les comportements qui représentaient un mode de transmission établi sur le plan scientifique »³².

Malheureusement, plusieurs exemples de lois et de jugements américains montrent que l'on n'a pas tenu compte de cette limite raisonnable et que l'on a étendu la responsabilité criminelle à des comportements comme le fait de mordre ou de cracher, alors que les données disponibles après deux décennies d'études de l'épidémie du VIH indiquent un risque infinitésimal, sur le plan statistique, de la transmission du VIH par de tels comportements³³. On a également constaté au Canada, bien que dans une moindre mesure, le recours abusif aux accusations de voies de fait graves portées contre les personnes séropositives qui ont mordu quelqu'un³⁴. En établissant la norme du « risque important », l'arrêt *Cuerrier* devrait également indiquer aux policiers, aux poursuivants et aux tribunaux d'instances inférieures qu'il s'agit là d'un recours abusif et contre-indiqué aux accusations de voies de fait graves ou d'accusations plus graves encore.

La norme juridique devrait être conforme aux directives reconnues pour l'évaluation du risque

Les évaluations juridiques du « risque » dans ce domaine devraient être conformes aux conclusions épidémiologiques disponibles concernant le risque de transmission lié à diverses activités sexuelles. Ces données épidémiologiques constituent elles-mêmes la base de lignes directrices

La question évidente, laissée sans réponse par l'arrêt *Cuerrier*, est la suivante: que constitue un « risque important » de transmission du VIH sur le plan juridique?

³⁰ La Cour suprême a statué que les « lésions corporelles graves » pouvaient comprendre les préjudices psychologiques graves si ce préjudice « nuit d'une manière sérieuse » à la santé ou au bien-être: *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, à la p. 81; *John Smith c. James Jones*, [1999] S.C.J. n° 15 (Q.L.), au par. 83.

³¹ *Cuerrier*, *supra*, note 1, à la p. 51.

³² *Report of the Presidential Commission on the Human Immunodeficiency Virus Epidemic*, Washington, US Government Printing Office, 1988, à la p. 130.

³³ C.M. Tsoukas et coll., « Lack of transmission of HIV through human bites and scratches », *Journal of AIDS*, 1988, 1: 505-507; K.M. Richman et S. Riskman, « The Potential for Transmission of Human Immunodeficiency Virus through human bites », *Journal of AIDS*, 1993, 6(4): 402-406.

³⁴ Par exemple, voir: *R. c. Thissen*, [1998] O.J. n° 1982 (C.A.) (Q.L.), conf. jugement inédit du 16 mai 1996, Cour de l'Ontario (Div. prov.), Toronto (juge Cadsby), mentionné dans: R. Elliott, « Justice retardée et refusée dans l'affaire de morsure », *Bulletin canadien VIH/sida et droit*, 1997/98, 3(4)/4(1): 45.

Un seul acte sexuel non protégé avec pénétration vaginale ou anale emporte un risque « important » (sur le plan juridique) de transmission du VIH. Le fait de ne pas divulguer sa séropositivité avant de s'adonner à ces activités peut donner lieu à la responsabilité criminelle.

actuelles et généralisées pour l'évaluation du risque de transmission du VIH et pour les pratiques de counselling et d'éducation publique concernant la prévention et la réduction du risque d'infection à VIH. Au Canada, on a

classé en quatre catégories le degré de risque qui s'associe à diverses activités, en nous basant sur la possibilité théorique de transmission du VIH et sur les preuves documentées de transmission. Les catégories de risque sont: « aucun risque », « risque négligeable », « risque faible » et « risque élevé ». [...] Si l'on illustre de façon linéaire comment ces catégories ou degrés de risque se succèdent, le risque « négligeable » et le risque « faible » se rapprocheraient beaucoup de la catégorie « aucun risque ». Il n'y a pas de degré moyen de risque³⁵.

En ce qui a trait aux rapports sexuels, ces lignes directrices généralement acceptées pour l'évaluation du risque identifient seulement « [a]voir (dans les deux rôles) une relation anopénienne ou vaginopénienne sans utiliser de condom [et] recevoir une insertion d'accessoire sexuel qui a été utilisé par une autre personne », en tant qu'activités sexuelles à « risque élevé ». Les autres activités sexuelles sont classées soit sous « risque faible » (notamment « recevoir une fellation sans porter de condom » et « avoir dans les deux rôles une relation anopénienne ou vaginopénienne en utilisant un protecteur »), soit sous « risque négligeable » (notamment les rapports sexuels oraux sans protection de latex) ou sous « aucun risque »³⁶.

Un seul acte sexuel non protégé avec pénétration vaginale ou anale emporte un risque « important » (sur le plan juridique) de transmission du VIH. Le fait de ne pas divulguer sa séropositivité avant de s'adonner à ces activités peut donner lieu à la responsabilité criminelle.

Bien qu'il soit ambigu et susceptible d'interprétations supplémentaires à certains égards, l'arrêt *Cuerrier* nous permet ou nous oblige quand même à tirer les conclusions suivantes:

- Un seul acte sexuel non protégé avec pénétration vaginale ou anale emporte un risque « important » (sur le plan juridique) de transmission du VIH. Le fait de ne pas divulguer sa séropositivité avant de s'adonner à ces activités peut donner lieu à la responsabilité criminelle. Bien que l'arrêt *Cuerrier* concernait un cas de rapports sexuels avec pénétration vaginale, « les rapports anaux présentent un risque encore plus grand que les rapports vaginaux, en raison de la plus grande fragilité des muqueuses du rectum et du risque de traumatisme (coupures, éraflures) dans cette région »³⁷.
- Il est indifférent (sur le plan juridique) que le partenaire séropositif qui a eu des rapports sexuels non protégés avec pénétration vaginale ou anale ait pénétré son partenaire ou ait été pénétré par celui-ci. Il est vrai que dans l'affaire *Cuerrier*, c'est un homme séropositif qui a exposé ses partenaires sexuels féminines au risque d'infection et que les données disponibles indiquent que « [l]es femmes courent un plus grand risque que les hommes d'être infectées par suite d'un rapport vaginal à cause de la plus grande concentration du virus dans le sperme que dans le liquide vaginal, de la surface plus grande que représente le vagin et le col de l'utérus et de la fragilité des muqueuses dans ces régions »³⁸. Toutefois, il serait inexact de conclure que

³⁵ Société canadienne du sida, *La transmission du VIH: Guide d'évaluation du risque – Une ressource pour les éducateurs, les conseillers et les professionnels de la santé* (3^e éd.), Ottawa, Société canadienne du sida, 1999, à la p. 18.

³⁶ *Ibid.*, aux p. 20-21.

³⁷ *Le VIH et la violence sexuelle envers les femmes – Guide à l'intention des intervenantes œuvrant auprès de femmes survivantes de violence sexuelle*, Ottawa, Santé Canada, 1998, à la p. 10. Voir également: N. Padian et coll., « Female-to-male transmission of HIV », *Journal of the American Medical Association*, 1991, 266 : 1664-1667; et Société canadienne du sida, *La transmission du VIH*, *supra*, note 35, aux p. 27-28.

³⁸ *Le VIH et la violence sexuelle envers les femmes*, *supra*, note 37, aux p. 9-10; voir aussi N. Padian et coll., *supra*, note 37; et *La transmission du VIH*, *supra*, note 35.

L'arrêt ne s'applique qu'aux hommes séropositifs qui ont des rapports sexuels avec des femmes. L'arrêt s'applique à toute personne séropositive qui s'adonne à un acte comportant un risque « important » de transmission. Tous les rapports sexuels avec pénétration anale ou vaginale sont considérés à risque « élevé » pour les deux participants, indépendamment de leur sexe et du fait qu'ils pénètrent leur partenaire ou qu'ils soient pénétrés par celui-ci.

On ne sait pas exactement s'il y aurait obligation de divulguer la séropositivité si la personne avait à de nombreuses occasions des rapports sexuels protégés avec pénétration anale ou vaginale (ou des rapports sexuels oraux non protégés) avec le même partenaire. Sur le plan statistique, le risque de transmission lié à une seule survenance de ces rapports est petit et ces activités sont classées à « risque faible ». Toutefois, si ces actes sont répétés souvent, le risque statistique cumulatif de transmission peut être plus important.

Reconnaissance de la défense de « la pratique du sécurisexe »

Dans l'affaire *Cuerrier*, les organismes qui sont intervenus dans l'instance ont plaidé que si la Cour devait imposer la responsabilité criminelle pour la non-divulgence de la séropositivité, elle ne devait pas aller jusqu'à imposer l'obligation inconditionnelle de toujours divulguer la séropositivité. Le message le plus important, sur le plan de la santé publique relativement à la prévention du VIH a toujours été, et continue d'être, le besoin de présumer que tous les partenaires sexuels peuvent être séropositifs, d'où le besoin d'avoir des rapports sexuels « moins risqués » avec tous les partenaires, réduisant ainsi de façon importante le risque de transmission du VIH. Les intervenantes ont soutenu que toute obligation imposée par le droit criminel devait être conforme, plutôt que contraire, à ce message de santé publique. Le droit criminel ne devrait pas imposer aux personnes séropositives l'obligation de toujours divulguer complètement leur état.

Au lieu d'obliger la divulgation dans toutes les situations, il devrait plutôt suffire qu'une personne séropositive prenne des précautions réduisant le risque de transmission du VIH (par exemple, en ayant des rapports sexuels moins risqués) pour éviter la responsabilité criminelle. Compte tenu de la stigmatisation et des autres conséquences négatives que peut entraîner la divulgation de la séropositivité, prendre des précautions est (en général) plus facile que divulguer son état et permet d'atteindre le même objectif de prévention de la transmission du VIH.

La Cour suprême n'a pas statué de façon définitive sur cette question. Toutefois, il ressort de l'arrêt que ce moyen de défense de « la pratique du sécurisexe » pourrait être accepté:

Les relations sexuelles avec une personne séropositive comporteront toujours des risques. Il se peut que les relations sexuelles qui ne comportent absolument aucun risque soient impossibles. *Toutefois, on pourrait juger que l'utilisation prudente de condoms réduit tellement le risque de préjudice que celui-ci ne serait plus considéré comme important*, de sorte qu'il se pourrait qu'il n'y ait plus de privation ou de risque de privation [i.e. de préjudice ou de risque de préjudice]. Encore une fois, dans des

L'arrêt s'applique à toute personne séropositive qui s'adonne à un acte comportant un risque « important » de transmission. Tous les rapports sexuels avec pénétration anale ou vaginale sont considérés à risque « élevé » pour les deux participants, indépendamment de leur sexe et du fait qu'ils pénètrent leur partenaire ou qu'ils soient pénétrés par celui-ci.

« Les relations sexuelles avec une personne séropositive comporteront toujours des risques. Il se peut que les relations sexuelles qui ne comportent absolument aucun risque soient impossibles. *Toutefois, on pourrait juger que l'utilisation prudente de condoms réduit tellement le risque de préjudice que celui-ci ne serait plus considéré comme important*, de sorte qu'il se pourrait qu'il n'y ait plus de privation ou de risque de privation [i.e. de préjudice ou de risque de préjudice]. »

Il semble logique et vraisemblable que si l'utilisation du condom était acceptée comme moyen de diminuer le risque au point où celui-ci ne soit plus « important » sur le plan juridique, les autres « rapports sexuels moins risqués » qui diminuent le risque jusqu'à atteindre un niveau « faible » ou inférieur devraient normalement être traités de la même manière.

circonstances comme celles de la présente affaire, il doit y avoir un risque important de lésions corporelles graves pour qu'il soit satisfait aux exigences de l'article. En l'absence de ces critères, il n'y aura aucune obligation de divulguer³⁹.

D'après les directives actuelles en matière d'évaluation du risque, l'utilisation de condoms lors de rapports sexuels avec pénétration vaginale ou anale fait passer le risque de cette activité de « élevé » à « faible »⁴⁰. Cette affirmation devrait être considérée comme une directive aux tribunaux inférieurs et aux poursuivants suivant laquelle une personne séropositive n'encourt aucune responsabilité criminelle si elle ne divulgue pas son état, pourvu qu'elle n'ait pas de rapports à « risque élevé ». Bien que l'utilisation de condoms ne soit qu'une méthode parmi d'autres pour réduire le risque de transmission, il s'agit de la seule qui soit explicitement mentionnée dans l'arrêt *Cuerrier*. Toutefois, il semble logique et vraisemblable que si l'utilisation du condom était acceptée comme moyen de diminuer le risque au point où celui-ci ne soit plus « important » sur le plan juridique, les autres « rapports sexuels moins risqués » qui diminuent le risque jusqu'à atteindre un niveau « faible » ou inférieur devraient normalement être traités de la même manière.

Il reste à voir si les tribunaux adopteront cette approche. Dans l'affaire *Thornton*, où un homme séropositif avait été accusé du crime de *nuisance publique* pour avoir donné du sang, la Cour d'appel de l'Ontario était saisie de la question de savoir si l'accusation était bien fondée en droit. Comme une nuisance publique, (*Code criminel*, article 180) quiconque accomplit un acte illégal ou omet d'accomplir une obligation légale, et par là met en danger la vie, la sécurité ou la santé du public, ou cause une lésion physique à quelqu'un. Vu que le VIH dans son sang allait vraisemblablement être détecté par un dépistage, l'accusé a plaidé que son comportement ne mettait pas en danger la santé du public. La Cour a statué que « lorsque la gravité du préjudice éventuel est importante, en l'espèce “catastrophique”, le public est mis en danger, même lorsque le risque réel de préjudice est petit, voire minime »⁴¹.

Toutefois, l'arrêt *Thornton* a été rendu dans un contexte factuel considérablement différent et à l'égard d'une accusation criminelle différente. On a également critiqué cet arrêt comme étant trop large et en conflit avec d'autres dispositions du *Code criminel* (article 8) qui empêchent une interprétation aussi large⁴². On ne devrait pas nécessairement adopter l'arrêt *Thornton* comme norme pour l'interprétation d'accusations de voies de fait pour non-divulgence de l'état sérologique.

En outre, il ressort de l'arrêt *Cuerrier* lui-même – lequel porte directement sur la question de la non-divulgence de la séropositivité dans le contexte de rapports sexuels – qu'une approche plus restrictive est justifiée dans la définition de ce que constitue un risque « important ». Comme nous l'avons vu précédemment, le juge Cory, pour la majorité, a affirmé que l'utilisation prudente de condoms pouvait réduire suffisamment le risque au point où la divulgation ne serait pas obligatoire. Ailleurs dans les motifs pour la majorité, il met en garde contre la « banalisation » de la procédure criminelle, soulignant qu'« un préjudice ou risque de préjudice insignifiant ne satisfera pas toutefois à cette condition [l'exigence d'un risque de préjudice] » pour imposer la responsabilité criminelle:

³⁹ *Cuerrier*, *supra*, note 1, aux p. 50-51.

⁴⁰ *La transmission du VIH*, *supra*, note 35, aux p. 20-21, 27.

⁴¹ *R. c. Thornton*, (1991) 1 O.R. (3^e) 480 à la p. 488, conf. par [1993] 2 R.C.S. 445, 82 C.C.C. (3^e) 530, 21 C.R. (4^e) 215.

⁴² W.H. Holland, « HIV/AIDS and the Criminal Law », *Criminal Law Quarterly*, 1994, 36(3): 279-316; Elliott, *supra*, note 2, aux p. 93-95.

L'existence d'une fraude ne devrait vicier le consentement que s'il y a un risque important de préjudice grave. La fraude qui amène à consentir à un acte sexuel mais qui ne comporte pas ce risque important pourrait justifier des poursuites civiles. Cependant, elle ne devrait pas servir de fondement à une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle [...] L'expression « risque important de préjudice grave » doit être appliquée aux faits de chaque cas pour décider si le consentement donné dans les circonstances en cause était vicié. Il est évident que le consentement peut et devrait être vicié dans des circonstances appropriées. Encore est-il que cela ne devrait pas être fait trop aisément. Cette expression devrait être interprétée en fonction de la gravité des conséquences d'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle et de manière à éviter la banalisation de l'infraction. Il est difficile de tracer des lignes claires et précises lorsqu'il s'agit de définir des rapports humains, particulièrement ceux de nature sexuelle consensuelle. L'application d'un critère pour déterminer si le consentement à des actes sexuels devrait être vicié doit être marquée par une certaine souplesse. Le critère proposé peut permettre aux tribunaux d'atteindre un juste équilibre en examinant, si d'après les faits en présence, le consentement donné à l'acte sexuel devrait être vicié⁴³.

Bien que prononcés pour la minorité, les motifs de la juge McLachlin (pour elle-même et pour le juge Gonthier) dans l'arrêt *Cuerrier* permettent eux aussi de soutenir que la divulgation ne devrait pas être obligatoire si les intéressés ont des rapports sexuels moins risqués. Bien qu'elle conclue que la non-divulgation du VIH et des MTS devrait être considérée comme une fraude viciant le consentement aux rapports sexuels, la juge McLachlin ajoute que son approche n'accroîtrait que de façon limitée la portée de la responsabilité criminelle:

Là encore, les relations sexuelles protégées ne seraient pas visées, la common law antérieure à la décision *Clarence* exigeant qu'il y ait une probabilité ou un risque importants de transmission de la maladie: *Sinclair*, précité. Ces observations contribuent largement à dissiper la crainte d'élargissement excessif et non fondé sur des principes, qui, dans *Clarence*, a poussé les juges majoritaires à exclure la supercherie quant à une maladie transmissible sexuellement du domaine de la fraude susceptible de vicier le consentement⁴⁴.

Par conséquent, six des sept juges qui ont entendu l'affaire *Cuerrier* ont indiqué que la personne qui ne divulguait pas sa séropositivité mais qui avait des rapports sexuels moins risqués ne devrait pas faire l'objet de poursuites criminelles pour sa non-divulgation.

Dans *Le VIH/sida et les droits de l'homme – Directives internationales*, on aborde expressément la question des lois criminelles, en invitant les États à veiller à ce que, si des infractions criminelles sont appliquées à des comportements qui transmettent ou qui risquent de transmettre le VIH, la législation devrait garantir « que les éléments de prévisibilité, d'intention, de causalité et de consentement soient clairement stipulés dans la loi à l'appui

Par conséquent, six des sept juges qui ont entendu l'affaire *Cuerrier* ont indiqué que la personne qui ne divulguait pas sa séropositivité mais qui avait des rapports sexuels moins risqués ne devrait pas faire l'objet de poursuites criminelles pour sa non-divulgation.

⁴³ *Cuerrier*, supra, note 1, aux p. 52-54.

⁴⁴ *Ibid.*, à la p. 36, citant: *R c. Clarence*, (1888), 22 Q.B.D. 23, et *R c. Sinclair*, (1867) 13 Cox C.C. 28.

d'un verdict de culpabilité et/ou de peines plus sévères »⁴⁵. Le fait d'interpréter l'arrêt *Cuerrier* de manière à confirmer la défense de la pratique du sécurisexe, à laquelle a fait allusion une majorité des juges de la Cour suprême, donnerait une idée plus claire aux Canadiens de ce que constitue un comportement interdit par le droit criminel et de ce qui est permis. Comme l'a affirmé la juge McLachlin dans ses motifs: « [L]e droit criminel doit être clair [...] il doi[t] absolument exister une démarcation nette entre la conduite criminelle et la conduite non criminelle. En l'absence d'une telle démarcation, le droit criminel perd son effet dissuasif et devient injuste »⁴⁶.

Enfin, une interprétation de l'arrêt *Cuerrier* qui reconnaîtrait la défense de « la pratique du sécurisexe » serait conforme au principe de retenue dans le recours au droit criminel, principe qui a été généralement accepté et reconnu au Canada, y compris par le gouvernement fédéral. Comme on l'a affirmé dans *The Criminal Law and the Canadian Society*:

[trad.] En tant que forme la plus grave d'intervention sociale dans les libertés individuelles, le droit pénal ne doit être invoqué que lorsque nécessaire, lorsque le recours à d'autres moyens est clairement inadéquat ou déprécierait la gravité de la conduite en question. De plus, le principe suggère que, même après la décision initiale de recourir au droit pénal, la nature ou la portée de la réaction du système de justice criminelle devrait être régie par des considérations d'économie, de nécessité et de retenue, en accord bien sûr avec la nécessité de maintenir l'ordre social et de protéger le public⁴⁷.

La reconnaissance de la défense de « la pratique du sécurisexe » serait également conforme aux directives actuelles pour l'évaluation du risque de transmission du VIH et aux conseils standard diffusés au public quant au degré de risque de diverses pratiques sexuelles et à l'importance de réduire ce risque en ayant des rapports sexuels moins risqués. Ainsi, cette conclusion, dans toute la mesure du possible, harmoniserait l'arrêt *Cuerrier* avec les efforts actuels d'éducation et de prévention en santé publique. Une telle recommandation a été faite par le Legal Working Group of Intergovernmental Committee on AIDS (le groupe de travail en droit du comité intergouvernemental sur le sida) d'Australie, dans son mémoire sur un projet de code criminel en voie d'élaboration pour tous les territoires australiens⁴⁸. Cette recommandation a également été faite au Canada dans l'ouvrage *Droit criminel et VIH/sida: rapport final*:

Criminaliser les personnes séropositives qui, bien qu'elles ne divulguent pas leur état, prennent des mesures pour avoir des relations sexuelles protégées ou tentent de réduire les risques pour leurs partenaires contredirait l'objectif même de prévention de la transmission. [...]. Criminaliser les relations sexuelles protégées constituerait une utilisation perverse du droit criminel, et serait directement contraire à une saine politique de santé publique⁴⁹.

Il est important que les personnes séropositives et les autres comprennent correctement cet aspect de l'arrêt. Puisque l'état du droit actuel demeure incertain, il serait prématuré de simplement dire aux personnes séropositives

⁴⁵ Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida (ONUSIDA), *Le VIH/sida et les droits de l'homme – Directives internationales*, Genève et New York, ONU, 1998 (HR/PUB/98/1), directive 4.

⁴⁶ *Cuerrier*, *supra*, note 1, à la p. 34 (motifs de la juge McLachlin).

⁴⁷ Gouvernement du Canada, *The Criminal Law in Canadian Society*, Ottawa, 1982.

⁴⁸ Intergovernmental Committee on AIDS, *Final Report of the Legal Working Party of the Intergovernmental Committee on AIDS*, Canberra, Department of Health, Housing and Community Services, 1992, à la p. 21.

⁴⁹ R. Elliott, *supra*, note 2, à la p. 98.

qu'elles n'ont pas à divulguer leur état pourvu qu'elles utilisent des condoms lorsqu'elles ont des rapports sexuels avec pénétration vaginale ou anale. Les personnes vivant avec le VIH/sida doivent être clairement informées que l'état du droit n'est pas encore clair sur cette question. La seule façon certaine d'éviter la responsabilité criminelle pour avoir eu des rapports sexuels à risque (« élevé » ou « faible ») est de divulguer sa séropositivité.

La seule façon certaine d'éviter la responsabilité criminelle pour avoir eu des rapports sexuels à risque (« élevé » ou « faible ») est de divulguer sa séropositivité.

Recommandations

Recommandation 1

Les tribunaux devraient considérer que seules les activités « à risque élevé », au sens du guide actuel d'évaluation du risque, posent un risque « important », sur le plan juridique, de transmission du VIH pour les fins du droit criminel. Les activités dont le degré de risque est « faible » ou « négligeable » ne devraient pas être considérées comme posant un risque « important » au sens juridique et elles ne devraient donc pas justifier le recours aux poursuites criminelles pour la non-divulgence de la séropositivité. Ce principe devrait être clarifié par les tribunaux dans leur interprétation de l'arrêt Cuerrier.

Recommandation 2

Dans leur interprétation de l'arrêt Cuerrier selon laquelle cet arrêt ne s'applique qu'en cas de non-divulgence avant des activités à « risque élevé », les tribunaux devraient expressément reconnaître une défense de « la pratique du sécurisexe », ce qui voudrait dire que les personnes séropositives qui utilisent des condoms lors de rapports sexuels avec pénétration ou qui modifient par ailleurs leur comportement pour éviter des activités à « risque élevé » ne sont pas criminellement responsables si elles ne divulguent pas leur séropositivité.

Recommandation 3

Les policiers et les poursuivants devraient s'abstenir de porter des accusations criminelles en l'absence de preuve d'un comportement à « risque élevé » sans divulgation par une personne séropositive. Les procureurs généraux devraient donner des directives en ce sens aux procureurs de la Couronne.

Recommandation 4

Il faut indiquer clairement, dans la documentation et l'information données aux personnes vivant avec le VIH/sida, que le fait de s'adonner à des activités à « risque élevé » (par exemple, les rapports sexuels non protégés avec pénétration vaginale ou anale) sans divulguer son état peut donner lieu à la responsabilité criminelle. Ces campagnes de sensibilisation doivent également informer les gens qu'à l'heure actuelle, l'état du droit criminel n'est pas clair sur la question de savoir s'il faut divulguer sa séropositivité avant de s'adonner à des activités « à risque faible » (par exemple, des rapports sexuels buccaux non protégés, ou des rapports sexuels avec pénétration vaginale ou anale en utilisant un condom). Vraisemblablement, la divulgation n'est pas nécessaire avant de s'adonner à des activités « à risque négligeable ». Aucune divulgation n'est nécessaire pour les activités « sans risque ».

Placer en contexte la « malhonnêteté » de la non-divuligation

Comme nous l'avons vu précédemment, la Cour a statué que les comportements de l'accusé séropositif doivent être « appréciés objectivement afin d'établir s'ils seraient considérés comme malhonnêtes par une personne raisonnable »⁵⁰. S'il y a obligation de divulguer la séropositivité – parce que l'activité sexuelle entraîne un risque « important » de transmission – il est donc malhonnête de ne pas divulguer ce fait. Toutefois, il ressort également de l'arrêt *Cuerrier* que la divulgation n'est pas toujours nécessaire. Il s'ensuit qu'une personne séropositive n'est pas toujours malhonnête si elle ne divulgue pas sa séropositivité. Selon la Cour,

Les personnes vivant avec le VIH/sida doivent savoir que dans l'état actuel du droit, on ne sait pas au juste s'il y a certaines situations dans lesquelles la divulgation ne serait pas obligatoire.

L'obligation de divulguer augmentera avec les risques que comportent les rapports sexuels [...] La nature et l'étendue de l'obligation de divulguer, s'il en est, devront toujours être examinées en fonction des faits en présence [...] En l'absence [de risque important de lésions corporelles graves], il n'y aura aucune obligation de divulguer⁵¹.

Évaluation des risques de préjudice en conflit

Comme l'a fait remarquer un participant à l'atelier national, le terme « malhonnêteté » est insidieux parce qu'il rend difficile de reconnaître les difficultés de divulguer et de discuter de la complexité de la question⁵². Les tribunaux ont reconnu que, pour éviter les injustices, il fallait adopter une *approche contextuelle* dans l'application des obligations et des sanctions juridiques; à notre avis, il faut tenir compte de ce principe quand il s'agira d'interpréter et d'appliquer l'arrêt *Cuerrier* à l'avenir.

Dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour suprême a indiqué qu'il n'y avait obligation de divulguer que s'il y avait risque « important » de transmission. Toutefois, ne pourrait-il pas y avoir des situations dans lesquelles une personne séropositive ne serait pas tenue de divulguer son état sérologique à un partenaire sexuel, même si elle s'adonnait à des activités qui emportaient *de fait* un risque important de transmettre le VIH? La Cour n'a pas traité cette question, si bien que l'on ne peut y apporter de réponse définitive. Les personnes vivant avec le VIH/sida doivent savoir que dans l'état actuel du droit, on ne sait pas au juste s'il y a certaines situations dans lesquelles la divulgation ne serait pas obligatoire.

Toutefois, cette question peut être particulièrement importante pour les personnes séropositives qui se trouvent dans des situations où la divulgation de leur état sérologique est non seulement difficile, mais également dangereuse, notamment les prostitué(e)s, les détenus et les femmes (ou d'autres) qui se trouvent dans des relations de violence. La personne séropositive peut craindre que la divulgation de son état lui fasse subir de la violence physique d'un partenaire sexuel⁵³. Comme on l'a affirmé dans un rapport de Santé Canada sur le lien qui existe entre le VIH et la violence faite aux femmes:

Les femmes qui vivent avec le VIH font face à des problèmes de taille en ce qui concerne le VIH et la violence sexuelle, en particulier celles qui sont dans une relation de violence. Lorsqu'une femme révèle à son partenaire qu'elle est séropositive, elle peut être

⁵⁰ *Cuerrier*, supra, note 1, à la p. 49.

⁵¹ *Ibid.*, aux p. 50-51.

⁵² Pour une discussion détaillée de la discrimination et de la stigmatisation dont font encore l'objet les personnes vivant avec le VIH/sida au Canada, voir T. de Bruyn, *VIH/sida et discrimination: un document de travail*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, mars 1998.

⁵³ A. Gielen et coll., « Women and HIV: disclosure concerns and experiences », *Women and HIV Conference*, Washington DC, 1995; V.B. Brown et coll., « Mandatory Partner Notification of HIV Test Results: Psychological and Social Issues for Women », *AIDS & Public Policy Journal*, 1994, 9(2): 86-92.

davantage exposée à des abus sexuels et physiques. Le fait de savoir que sa partenaire est séropositive peut donner à un homme violent un plus grand contrôle dans la relation. Par exemple, l'homme violent peut menacer sa partenaire de révéler qu'elle est séropositive. Les femmes séropositives peuvent décider de rester dans des relations empreintes de violence parce qu'elles ont une piètre image d'elles-mêmes et qu'à leurs yeux, aucune autre personne ne voudrait d'elles. Les femmes qui vivent avec le VIH doivent également affronter la peur et la menace d'être rejetées ou de faire l'objet de violence affective, physique ou sexuelle de la part d'amis, de collègues et de personnes au sein de leur communauté. Les femmes incarcérées et les femmes issues de milieux ethnoculturels ou autochtones peuvent être encore plus exposées à la stigmatisation et à la violence si elles révèlent qu'elles sont séropositives⁵⁴.

Une enquête américaine de 1995 auprès de 136 professionnels de la santé confirme ces inquiétudes quant aux risques de divulgation auxquels font face les femmes séropositives en particulier⁵⁵. Cette enquête a révélé que:

- 24 % des professionnels ont affirmé avoir eu des patientes féminines qui avaient été victimes de violence physique après avoir dit à leur partenaire qu'elles étaient séropositives;
- 38 % des professionnels ont affirmé avoir eu au moins une patiente qui avait été l'objet de « sévices émotifs » (y compris des menaces de violence ou de l'intimidation) après la divulgation à un partenaire;
- 37 % des professionnels ont affirmé avoir eu au moins une patiente qui avait été l'objet d'« abandon » (c'est-à-dire le retrait de soutien financier, de logement, ou d'accès à des membres de la famille ou à des biens) après la divulgation;
- à la connaissance de ces professionnels de la santé, 8 % de leurs patientes avaient été l'objet de violence physique peu de temps après la divulgation à leur partenaire, 23 % avaient été l'objet de sévices émotifs et 19 % avaient été abandonnées;
- presque la moitié (45 %) des professionnels ont eu au moins une patiente qui avait dit craindre la violence physique à la suite de la divulgation de son sérodiagnostic à un partenaire, alors que 56 % des professionnels ont rencontré des patientes qui avaient dit craindre des sévices émotifs; 66 % ont affirmé avoir eu des patientes qui avaient dit craindre l'abandon;
- parmi les professionnels qui ont rencontré ces craintes chez des patientes, 18 % de leurs patientes avaient dit craindre de la violence physique après la divulgation, alors que 29 % avaient dit craindre des sévices émotifs; 35 % avaient dit craindre l'abandon;
- 55 % de tous les professionnels interrogés ont eu au moins une patiente qui avait refusé de divulguer son état sérologique à un partenaire dans l'année précédente; une moyenne de 26 % des patientes de ces professionnels avaient refusé la divulgation à un partenaire;
- 63 % des professionnels ont eu au moins une patiente qui avait dit vivre dans une situation comportant de la violence ou des sévices émotifs;

⁵⁴ *Le VIH et la violence sexuelle envers les femmes*, supra, note 37, à la p. 8.

⁵⁵ K.H. Rothenberg et coll., « Domestic violence and partner notification: implications for treatment and counseling of women with HIV », *Journal of the American Medical Women's Association*, 1995, 50: 87-93, à la p. 89. Voir également: R.L. North et K.H. Rothenberg, « Partner notification and the threat of domestic violence against women with HIV infection », *New England Journal of Medicine*, 1993, 329: 1194-1196; K. Rothenberg et S. Paskey, « The risk of domestic violence and women with HIV infection: implications for partner notification, public policy, and the law », *American Journal of Public Health*, 1995, 85: 1569-1576.

- les professionnels de la santé qui ont affirmé avoir eu au moins une patiente dont la situation de vie leur était inconnue ne connaissaient pas les situations de vie de presque la moitié (45 %) de leurs patientes;
- 80 % des professionnels de la santé se sont opposés à la divulgation de la séropositivité de leurs patientes à leurs partenaires lorsque la patiente n'y consentait pas et qu'il y avait une « forte probabilité » de violence physique; même dans les cas où la violence ou les sévices émotifs n'étaient pas jugés probables, presque la moitié (45 %) des professionnels se sont opposés à la divulgation sans le consentement de la patiente.

Les auteurs de l'étude affirment:

La possibilité de violence faite aux femmes séropositives souligne l'importance de l'évaluation et de l'intervention comme mesures préventives. Les conséquences d'un défaut d'évaluation et d'intervention sont évidentes: il est probable que les sévices continuent et qu'ils prennent de l'ampleur dans plusieurs cas [...] Il est raisonnable de présumer que le problème de la violence conjugale est au moins aussi grave parmi les femmes séropositives qu'il l'est parmi les femmes en général. En effet, le besoin d'évaluation et d'intervention peut être le plus grand dans ces populations de femmes qui sont les plus susceptibles d'être diagnostiquées séropositives. Les femmes exposées au plus grand risque d'infection – celles qui s'injectent de la drogue – peuvent également encourir un risque accru de violence conjugale⁵⁶.

Il arrivera souvent qu'une personne qui risquerait la violence ou des sévices en divulguant son état sérologique soit également moins apte à veiller à ce que des précautions, comme l'utilisation de condoms ou des pratiques sexuelles « moins risquées », soient prises pour réduire le risque de transmission à un partenaire sexuel. Dans ces situations, est-ce qu'une « personne raisonnable » considérerait qu'il est « malhonnête » qu'une personne séropositive ne divulgue pas son état?

Que se passerait-il si une personne séropositive disait vouloir avoir des rapports sexuels moins risqués, mais que son partenaire refuse et qu'il y avait un risque de violence si la personne séropositive insistait? Un exemple évident serait le cas d'une prostituée vivant avec le VIH/sida dont le client refusait d'utiliser des condoms et qui pourrait devenir violent si la prostituée insistait trop. Que se passerait-il si une personne allait jusqu'à laisser entendre qu'elle pouvait être séropositive – servant ainsi une mise en garde à son partenaire – mais sans aller jusqu'à la divulgation? Est-ce que la personne est « malhonnête » si elle ne divulgue pas son état dans de telles situations? L'arrêt *Cuerrier* ne fournit aucune réponse claire ou toute faite à ces questions, et on ne doit pas donner aux personnes vivant avec le VIH/sida l'impression que ces questions sont réglées.

Dans un rapport récent où elle s'oppose aux approches coercitives en matière de notification des partenaires, l'American Civil Liberties Union (l'Union américaine des libertés civiles) a noté la preuve indiquant que certaines personnes craignent de divulguer de leur état sérologique à leur partenaire:

⁵⁶ Rothenberg et coll., *supra*, note 55, à la p. 92.

Plusieurs de ceux qui sont réfractaires à la notification des partenaires sont aux prises avec des craintes considérables de discrimination, d'instabilité sociale et économique débilatante et de violence. Leur choix de révéler ou non des renseignements profondément personnels et parfois gênants sur leur vie et leurs contacts sont souvent exercés alors qu'ils ne possèdent que des ressources émotives et économiques limitées et qu'ils doivent lutter quotidiennement pour leur survie. L'ajout d'une intervention coercitive de l'État peut être écrasant [...] La notification coercitive aux partenaires peut être physiquement dangereuse. D'autres populations [en plus des femmes qui craignent la violence] éprouvent également une crainte profonde de la notification involontaire aux partenaires. Dans une étude menée auprès de clients d'un programme de désintoxication à la méthadone, 59 % des clients séropositifs ont affirmé qu'ils ne suivraient pas le traitement si le test du VIH et la notification des partenaires étaient obligatoires. Dans une autre analyse des opinions des utilisateurs de drogue sur la notification des partenaires, on a constaté qu'au moins 50 % des personnes interrogées avaient identifié leur méfiance des organismes gouvernementaux comme un obstacle à leur participation à la notification des partenaires. Des degrés élevés de résistance à la notification des partenaires ont également été documentés parmi les hommes gais et bisexuels⁵⁷.

Dans l'arrêt *Cuerrier*, les juges majoritaires et minoritaires ont exprimé l'avis que l'imposition de sanctions criminelles aurait un certain effet dissuasif sur ceux qui auraient des rapports sexuels non protégés sans divulguer leur séropositivité, ce qui aurait ainsi pour effet d'aider à protéger ceux qui seraient autrement mis en situation de risque. La Cour a rejeté les préoccupations soulevées par les intervenantes, selon lesquelles le fait de punir les gens par le droit criminel pour ne pas avoir divulgué leur séropositivité

- n'aurait vraisemblablement aucun effet dissuasif important sur ceux qui auraient des rapports sexuels dangereux sans divulgation, si bien que ceux qui sont à risque d'infection bénéficieraient d'une protection minimale en conséquence;
- ne s'attaquait pas aux motifs sous-jacents pour lesquels certaines personnes (les femmes, les prostituées ou les détenus en particulier) peuvent se trouver dans des situations dans lesquelles elles ont très peu de pouvoir de veiller à ce que des précautions soient prises pour diminuer les risques des rapports sexuels;
- ajoute aux difficultés déjà importantes de divulguer la séropositivité.

Malheureusement, dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour ne considère à peu près pas comment une « obligation de divulguer » peut effectivement être vécue par les personnes vivant avec le VIH/sida. La Cour ne tient pas compte des facteurs en conflit qui peuvent militer contre l'imposition d'une obligation de divulguer dans certaines situations. En rejetant ces préoccupations, la majorité des juges a plutôt estimé que le droit criminel:

Malheureusement, dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour ne considère à peu près pas comment une « obligation de divulguer » peut effectivement être vécue par les personnes vivant avec le VIH/sida.

⁵⁷ American Civil Liberties Union, *HIV Partner Notification: Why Coercion Won't Work*, New York, ACLU, mars 1998. Voir les études citées: S.M. Rubin, « Partner Notification May Deter HIV Positive Drug Users From Treatment », VII^e Conférence internationale sur le sida (1991), abrégé WDI; S. Rogers, « Partner Notification with HIV-Infected Drug Users: Results of Formative Research », XI^e Conférence internationale sur le sida (1996), abrégé Th.C.4629; S.E. Landis et coll., « Results of a Randomized Trial of Partner Notification in Cases of HIV Infection in North Carolina », *New England Journal of Medicine*, 1992, 326: 101.

[...] fournit une mesure de protection nécessaire sous forme de dissuasion et reflète l'aversion de la société à l'égard de l'insouciance égocentrique et de l'indifférence grossière de l'intimé et de ceux qui agissent pareillement [...] Si la dissuasion assurée par les sanctions pénales a sa place, c'est bien dans les présentes circonstances. Elle peut bien avoir l'effet souhaité, qui est d'assurer que le risque soit divulgué et que les précautions qui s'imposent soient prises [...]

Il est vrai que tous les membres de la société devraient être conscients du danger et prendre des mesures pour éviter ce risque. Toutefois, la responsabilité première de la divulgation doit incomber aux personnes qui savent qu'elles sont infectées. J'ose espérer que chaque membre de la société, quel que soit son degré de « marginalisation », est suffisamment responsable pour aviser son partenaire des risques en cause. En pareil cas, selon moi, on devrait pouvoir s'attendre à ce que la personne infectée avise son partenaire de son infection. Cette responsabilité ne peut être transmise à la légère à des membres de la société, tenus dans l'ignorance, que des personnes infectées courtisent, poursuivent et encouragent à devenir leur partenaire sexuel⁵⁸.

Il reste à savoir si les tribunaux reconnaîtront que la divulgation de la séropositivité peut être particulièrement difficile dans certaines situations et s'ils seront donc plus tolérants lorsqu'il s'agit de déterminer si le fait de ne pas divulguer est « malhonnête ». Bien que la Cour suprême n'ait pas examiné cette question en détail, la majorité des juges expriment un certain appui à l'approche contextuelle lorsqu'ils affirment que « la nature et l'étendue de l'obligation de divulguer, s'il en est, devront toujours être examinées en fonction des faits en présence »⁵⁹. Cette position est conforme aux directives en matière de notification des partenaires, qui reconnaissent que le processus de notification doit tenir compte de la situation de l'intéressé⁶⁰. Les intervenants en santé publique ont également reconnu que, dans plusieurs cas, la divulgation ne peut avoir lieu immédiatement après le diagnostic et ont, par exemple, aidé des femmes à quitter des situations de violence avant la divulgation de leur séropositivité.

Toutefois, dans l'état actuel du droit criminel qui s'appliquerait probablement à cette question, il sera peut-être moins facile de faire reconnaître les difficultés entourant la divulgation dans certaines situations. Les moyens de défense très apparentés de *contrainte* et de *nécessité* s'appliquent dans ces situations où la conduite qui serait criminelle par ailleurs est « moralement involontaire » et n'est pas « répréhensible sur le plan moral » parce que, dans ces cas, les intéressés n'avaient pas d'autre « choix réaliste ».

Dans le cas de la défense de *contrainte*, reconnue en *common law*⁶¹, le tribunal se demandera si la personne accusée d'un crime (par exemple, de voies de fait pour avoir eu des rapports sexuels sans divulguer sa séropositivité) n'agissait que sous la contrainte de menaces de mort ou de lésions corporelles graves contre elle ou une autre personne, si elle croyait que ces menaces allaient être mises à exécution, si elles étaient graves au point où elles auraient amené une personne raisonnable placée dans la même situation à agir de la

⁵⁸ Cuerrier, *supra*, note 1, aux p. 54-55.

⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 50.

⁶⁰ Comité consultatif fédéral/provincial/territorial sur le VIH/sida, *Lignes directrices concernant la notification aux partenaires dans les cas de VIH/sida*, Ottawa, janvier 1997.

⁶¹ La défense légale de contrainte énoncée à l'article 17 du *Code criminel* ne peut être invoquée lorsque le prévenu est accusé de certaines infractions en particulier (par exemple, les voies de fait graves ou l'agression sexuelle) et elle ne s'appliquerait probablement pas dans la plupart des cas où une personne est poursuivie au criminel pour avoir exposé quelqu'un d'autre au risque d'infection à VIH.

même façon et si l'accusé avait « un moyen évident de s'en sortir sans danger »⁶².

Dans le cas de la défense de *nécessité*, le tribunal se demandera si l'accusé faisait face à « un risque imminent » (non limité à la menace de lésions corporelles) et s'il n'y avait « aucune alternative juridique raisonnable à la désobéissance à la loi »⁶³. La défense exige également que « le préjudice infligé soit moindre que le préjudice que l'on cherchait à éviter »⁶⁴. Enfin, ce moyen de défense ne peut être invoqué lorsque la situation dangereuse était clairement prévisible pour une personne raisonnable et qu'elle aurait donc dû être évitée avant qu'elle ne survienne.

Qu'une personne séropositive faisant l'objet d'accusations criminelles fondées sur sa non-divulgence oppose l'un ou l'autre de ces moyens de défense, ou qu'elle demande au tribunal d'adopter une approche contextuelle dans son analyse de la « malhonnêteté » de la non-divulgence, ou les deux, les tribunaux finiront inévitablement par évaluer le comportement de l'accusée dans la situation de non-divulgence. L'accusée est-elle crédible lorsqu'elle affirme avoir craint que les menaces seraient mises à exécution si elle divulguait son état? Aurait-elle pu se retirer de la relation avant d'avoir des rapports sexuels non protégés sans divulguer son état? Y avait-il une autre façon d'agir qui n'aurait pas placé l'autre personne dans une situation de risque « important » d'infection à VIH? Une personne raisonnable aurait-elle agi de la même façon face aux menaces de préjudice?

Il s'agit là de critères auxquels il est difficile de satisfaire dans la plupart des situations. Bien que certains tribunaux puissent se montrer compréhensifs envers la personne séropositive qui n'a pas divulgué son état avant d'avoir des rapports sexuels non protégés parce qu'elle craignait de subir la violence physique de son partenaire, on ne peut proposer aucune conclusion juridique solide à l'heure actuelle sur les chances de succès d'un tel moyen de défense. Il nous faut reconnaître cette incertitude.

Recommandations

Recommandation 5

Les tribunaux devraient adopter une approche contextuelle dans leur interprétation et leur application de l'arrêt Cuerrier. Selon une telle approche, les tribunaux devraient reconnaître que, même si une activité pose un « risque important » de transmission du VIH, on ne doit faire l'évaluation objective de la question de savoir si la non-divulgence est « malhonnête » qu'à la lumière de tous les faits de l'espèce. Lorsqu'une personne séropositive croit sincèrement qu'elle risque de subir de la violence physique si elle divulgue son état à son partenaire sexuel, la non-divulgence de son état ne devrait pas être considérée comme de la « malhonnêteté » entraînant sa responsabilité criminelle. L'analyse contextuelle ne doit pas nécessairement se limiter au risque de violence physique; il faut évaluer tous les faits de l'affaire pour déterminer si la non-divulgence était « objectivement malhonnête » et d'autres conséquences négatives de la divulgation peuvent suffire à décharger l'intéressé d'une obligation de divulguer.

⁶² R. c. Ruzic, (1998) 128 C.C.C. (3^e) 97 (C.A. Ont.), autorisation d'en appeler accordée, C.S.C., Bulletin 1999 (25 mars), p. 492.

⁶³ R. c. Perka, [1984] 2 R.C.S. 233, 14 C.C.C. (3^e) 385.

⁶⁴ Ibid.

Recommandation 6

L'information sur l'arrêt Cuerrier donnée aux personnes vivant avec le VIH/sida ne doit pas laisser entendre que le risque de violence physique ou d'autres conséquences négatives les décharge d'une obligation de divulguer leur état si l'activité pose un risque important de transmission: on devrait plutôt leur indiquer que l'état actuel du droit n'est pas clair sur cette question. Les intervenants en santé publique et les conseillers œuvrant pour d'autres organismes doivent aider les personnes vivant avec le VIH/sida à réduire le risque de violence ou d'autres conséquences négatives dans ces situations, afin de faciliter la divulgation qui peut être exigée par la loi.

Jusqu'où va l'obligation de divulgation?

« Ignorance volontaire » et obligation de divulguer

Puisque l'arrêt *Cuerrier* a pour effet de criminaliser la non-divulgation de la séropositivité, il semblerait qu'une personne ne puisse être reconnue coupable de voies de fait que si elle a réellement connaissance de son infection à VIH. Toutefois, il est possible, en théorie, qu'un poursuivant, dans une affaire ultérieure, cherche à étendre la portée de la responsabilité criminelle à quelqu'un qui est « volontairement ignorant » de sa séropositivité et dont le comportement pose un risque important de transmission à autrui. Le scénario le plus évident serait peut-être celui où une personne qui s'est souvent adonnée à des activités à risque élevé et qui manifeste des symptômes vraisemblablement indicatifs de l'infection à VIH, subisse un test mais ne retourne pas pour en obtenir le résultat ou évite complètement de subir un test, si bien qu'il n'a pas de diagnostic confirmé. En droit criminel, la notion d'« ignorance volontaire » (parfois appelée « aveuglement volontaire ») a pour effet d'imputer la connaissance à un accusé qui s'est « fermé les yeux devant l'évidence » et qui a délibérément évité de se renseigner afin d'éviter d'acquiescer à une véritable connaissance⁶⁵.

En caractérisant de « malhonnête » la non-divulgation de la séropositivité connue, la Cour a statué:

Le consentement qui n'est pas fondé sur la connaissance d'importants facteurs pertinents n'est pas valide. L'obligation de divulguer augmentera avec les risques que comportent les rapports sexuels. En matière de fraude par exemple, plus le risque de privation est élevé, plus l'obligation de divulguer est grande. L'omission de divulguer la séropositivité peut conduire à une maladie dévastatrice ayant des conséquences mortelles. Dans ces circonstances, il existe une obligation absolue de divulguer. La nature et l'étendue de l'obligation de divulguer, s'il en est, devront toujours être examinées en fonction des faits en présence⁶⁶. [italique ajouté]

Cette affirmation soulève la question suivante: quels sont les « importants facteurs pertinents » sur lesquels le consentement aux rapports sexuels est fondé? Est-ce seulement la séropositivité connue (ou l'infection par une autre MTS qui pose un « risque important de lésions corporelles graves ») qui doit

⁶⁵ R. c. *Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570.

⁶⁶ *Cuerrier*, *supra*, note 1, à la p. 50.

être divulguée pour s'assurer du consentement valide d'un partenaire sexuel? Le principe sous-jacent de l'arrêt *Cuerrier* pourrait-il être invoqué au soutien d'un argument de la poursuite selon lequel une personne qui est volontairement ignorante de son infection à VIH ou à une autre MTS grave vicie le consentement de son partenaire aux rapports sexuels si elle ne sert pas d'avertissement à son partenaire comme quoi elle *peut* être infectée? On peut soutenir que, pour plusieurs, le fait de savoir que leur partenaire sexuel montrait des signes ou des soupçons d'infection à VIH ou à MTS pourrait être un « important facteur pertinent » pour décider s'ils allaient s'adonner à certains types d'activités sexuelles. Or, le fait que leur partenaire ne sache pas avec certitude qu'il est séropositif ne rend pas le risque réel de transmission moins « important ».

Étendre ainsi la portée du droit criminel pour arriver à une telle conclusion reviendrait, en fait, à obliger la divulgation, en plus de la séropositivité connue, de comportements à risque antérieurs ou d'autres facteurs qui peuvent être des indices de séropositivité. Il est douteux que l'infraction de voies de fait puisse ou doive être élargie au point de criminaliser non seulement la non-divulgation d'une infection connue, mais aussi la non-divulgation de faits pouvant laisser soupçonner l'infection. Ce pourrait être théoriquement possible en se fondant sur une analyse traditionnelle du droit criminel, et il pourrait très bien y avoir des cas, à l'avenir, où la poursuite fera valoir un tel argument. Toutefois, étendre à ce point la portée du droit des voies de fait reviendrait à criminaliser un vaste nombre de rapports sexuels et aurait pour effet de rendre le droit encore plus incertain et difficile d'application.

En effet, dans l'affaire *Cuerrier*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait refusé d'élaborer ainsi le droit des voies de fait. Son jugement sur cette question relative au « consentement éclairé » n'a pas été examiné par la Cour suprême; en infirmant la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la Cour suprême ne s'est prononcée que sur la question de savoir si la non-divulgation pouvait constituer de la « fraude » au regard du droit criminel. La Cour d'appel a refusé à bon droit d'étendre à ce point la portée du droit criminel:

Sur le plan des principes, j'ai de graves réserves quant à l'opportunité d'importer en droit criminel relatif aux voies de fait la notion de consentement éclairé, comme elle a été principalement élaborée dans la jurisprudence en matière de faute professionnelle médicale. Le médecin a l'obligation juridique reconnue d'informer son patient des risques liés aux actes médicaux pour permettre au patient de donner son consentement éclairé au traitement. Or, il n'existe aucune obligation reconnue, exécutoire par le pouvoir de l'État en matière de droit criminel, qui oblige quelqu'un à divulguer pleinement à son partenaire tous les risques connus liés aux rapports sexuels comme condition préalable à ce que celui-ci donne son consentement réel à ces rapports. En effet, il me semble curieux de se servir du droit criminel en matière de voies de fait pour tenter d'inciter les gens à avoir des rapports sexuels moins risqués [...] Si on va au bout de ce raisonnement, [une telle approche] tente d'imputer une responsabilité criminelle à l'accusé à qui l'on reproche de ne pas divulguer pleinement toute information qui

pourrait raisonnablement avoir trait à la question de savoir si le plaignant consentirait aux rapports sexuels [...] J'estime qu'une telle approche est pleine d'embûches en ce qui a trait au droit criminel relatif aux voies de fait⁶⁷.

Recommandation

Recommandation 7

Les tribunaux, les poursuivants et les policiers devraient considérer que l'arrêt Cuerrier oblige la divulgation de la séropositivité avant de s'adonner à des activités qui posent un « risque important » de transmission, si l'accusé connaissait cet état à la suite de tests scientifiquement acceptés qui l'ont confirmé. L'arrêt ne devrait pas être interprété de manière à étendre la portée de l'obligation de divulgation au-delà de la divulgation de la séropositivité connue.

Le consentement aux rapports sexuels est valide s'il y a divulgation

Le ministère public devait prouver
hors de tout doute raisonnable
que le plaignant n'aurait pas consenti
aux rapports sexuels protégés s'il
avait connu la séropositivité de son
partenaire.

Dans l'affaire *Cuerrier*, le ministère public a soutenu que pour des motifs d'« intérêt public » le droit ne devait pas reconnaître le consentement d'une personne aux rapports sexuels non protégés avec une personne séropositive même si elle était au courant de la séropositivité de son partenaire. En présentant cet argument, le ministère public s'appuyait sur un arrêt récent de la Cour suprême qui affirmait que, pour des motifs « d'intérêt public » le droit ne permettrait pas à quelqu'un de consentir légalement à « des blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles »⁶⁸.

Toutefois, la Cour suprême a rejeté cet argument. Il ressort clairement de son arrêt dans l'affaire *Cuerrier* qu'il est juridiquement possible qu'une personne consente à participer à une activité qui emporte un « risque important » d'infection à VIH si elle connaît la séropositivité de son partenaire. Tel que nous l'avons rapporté précédemment, la Cour a affirmé:

Dans des situations comme celle qui se présente en l'espèce, il faut souligner que le ministère public sera toujours tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que la plaignante aurait refusé d'avoir des relations sexuelles non protégées avec l'accusé si elle avait été informée qu'il était séropositif. Aussi improbable que cela puisse paraître, il s'agit là d'une possibilité réelle. Pour reprendre les termes d'autres décisions, cette question se pose toujours⁶⁹.

La divulgation complète est vraisemblablement nécessaire

Comme nous l'avons vu, la majorité des juges de la Cour ont souligné que le ministère public devait prouver *hors de tout doute raisonnable* que le plaignant n'aurait pas consenti aux rapports sexuels protégés s'il avait connu la séropositivité de son partenaire. Il est donc concevable qu'une défense que l'on pourrait appeler « de consentement hypothétique » puisse être recevable.

Par exemple, prenons la situation où une personne séropositive, sans avoir réellement divulgué son état sérologique, s'adonne à un échange « hypothétique » avec son partenaire sexuel. Pendant la discussion, son partenaire lui dit qu'il consentirait ou pourrait consentir à participer à une

⁶⁷ *Cuerrier*, supra, note 11, aux p. 282-283 (C.A.C.-B., motifs du juge Prowse).

⁶⁸ *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, 66 C.C.C. (3^e) 454.

⁶⁹ *Cuerrier*, supra, note 1, à la p. 51.

activité à « risque élevé » avec une personne qu'il saurait séropositive. Dans un tel cas, on pourrait soutenir qu'il existe un « doute raisonnable » quant à l'allégation selon laquelle le partenaire aurait refusé des rapports sexuels non protégés si la personne séropositive lui avait divulgué son état. Après tout, le partenaire a indiqué sa volonté réelle ou éventuelle d'assumer ce risque. Un tel scénario serait rare et le succès d'une telle défense de « consentement hypothétique » dépendrait grandement de la crédibilité de ceux qui ont assisté à la discussion (qui se limiteraient vraisemblablement à l'accusé séropositif et à son partenaire sexuel).

Toutefois, cet argument du « consentement hypothétique » ne serait sans doute pas accueilli comme moyen de défense si tout ce que l'on pouvait établir était que le partenaire sexuel était disposé à consentir à des rapports sexuels à risque élevé avec une personne qui serait *peut-être* séropositive. Après tout, dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour suprême a rejeté l'argument selon lequel les deux femmes avaient validement consenti aux rapports sexuels parce que, à leur connaissance, *Cuerrier pouvait être séropositif*, qu'elles étaient toutes les deux conscientes du risque des maladies transmises sexuellement et qu'elles prenaient le risque de contracter le VIH en ayant des rapports sexuels non protégés avec lui. La Cour a affirmé qu'« il ne [pouvait] y avoir de consentement véritable s'il n'y [avait] pas eu divulgation par l'accusé de sa séropositivité »⁷⁰. Pour pouvoir soulever un doute raisonnable quant à l'allégation selon laquelle la plaignante n'aurait pas consenti aux rapports sexuels si l'accusé lui avait divulgué sa séropositivité, il faudrait fort probablement une preuve crédible pour établir que la plaignante avait indiqué son consentement à avoir des rapports sexuels à risque élevé avec une personne qu'elle *savait* séropositive (et non une personne qui l'était *peut-être*).

Partage de matériel pour l'injection de drogue

Le droit actuel en matière de responsabilité criminelle pour non-divulgation de la séropositivité a été élaboré en grande partie dans le contexte des rapports sexuels non protégés. Comme l'a fait remarquer un participant à l'atelier national tenu pour discuter de l'importance de l'arrêt *Cuerrier*, les conseillers peuvent offrir quelques directives (bien que limitées) aux personnes séropositives en ce qui a trait à l'obligation, au regard du droit criminel, de divulguer dans le contexte sexuel. Toutefois, la question de la responsabilité criminelle dans d'autres contextes de transmission éventuelle du VIH est incertaine.

Parce que l'arrêt *Cuerrier* représente la décision la plus récente du plus haut tribunal canadien sur la question de savoir comment le droit criminel devrait traiter la non-divulgation de la séropositivité, nous allons tenter ci-dessous d'analyser la portée que l'arrêt *peut* avoir dans le domaine du partage de matériel d'injection. Nous allons également examiner sa portée (s'il en est) en ce qui a trait à la transmission périnatale du VIH et à sa transmission dans le contexte des actes médicaux. Cette discussion ne se veut pas une réponse définitive aux questions soulevées dans ces domaines. En effet, il serait prématuré de tenter d'y répondre, vu la portée étroite de l'arrêt *Cuerrier*, à savoir la non-divulgation dans le contexte des rapports sexuels.

En outre, il convient de rappeler que la discussion qui suit ne doit pas être considérée comme un *encouragement* à tenter des poursuites criminelles

⁷⁰ *Ibid.*, à la p. 50.

dans les contextes examinés. Tenant compte des préoccupations exprimées lors de la rédaction du *Rapport final* sur le droit criminel et le VIH/sida, lors des consultations nationales sur la Stratégie canadienne sur le VIH/sida et lors de la rédaction du présent document, nous réitérons la conclusion et la recommandation selon laquelle les poursuites criminelles ne devraient être utilisées qu'en dernier recours, après que l'on a tenté sans succès d'autres mesures moins importunes (y compris celles qui sont prévues dans les lois sur la santé publique).

L'infraction de voies de fait est d'application limitée

La norme du « risque important » de transmission, énoncée dans l'arrêt *Cuerrier*, est satisfaite lorsque quelqu'un se fait faire une injection avec du matériel déjà utilisé par une personne séropositive.

L'arrêt *Cuerrier* portait sur une accusation de voies de fait pour avoir eu des rapports sexuels non protégés sans divulgation de l'infection à VIH. Par conséquent, prédire comment l'arrêt *Cuerrier* serait appliqué dans le contexte de l'exposition d'autrui au risque d'infection à VIH par le partage de matériel d'injection de drogue relève quelque peu de la conjecture⁷¹. L'infraction de voies de fait implique l'emploi de la force (c'est-à-dire le contact physique) sans le consentement. Toutefois, deux scénarios distincts peuvent vraisemblablement se présenter lorsque quelqu'un est exposé au risque d'infection à VIH par le partage de matériel d'injection.

Une personne séropositive fait une injection à son partenaire après avoir utilisé le matériel

Dans le premier scénario, la personne séropositive fait directement une injection à son partenaire avec lequel elle prend de la drogue, avec le même matériel non nettoyé qu'elle vient d'utiliser pour s'injecter elle-même de la drogue, et sans informer l'autre de sa séropositivité.

Dans ce scénario, une accusation de voies de fait pourrait être retenue. La personne séropositive a eu un contact physique direct avec son partenaire d'injection consentant par ailleurs. On pourrait donc plaider que le consentement à ce contact a été vicié parce que la personne n'avait pas divulgué sa séropositivité et que le partenaire qui s'est fait faire l'injection n'aurait pas consenti à cette injection avec du matériel partagé s'il avait connu la séropositivité de l'autre. L'arrêt *Cuerrier* permet d'affirmer que le contact physique qui expose autrui à un liquide corporel renfermant le VIH sans son consentement peut constituer des voies de fait.

La norme du « risque important » de transmission, énoncée dans l'arrêt *Cuerrier*, est satisfaite lorsque quelqu'un se fait faire une injection avec du matériel déjà utilisé par une personne séropositive. Comme il est affirmé dans la documentation actuellement en vigueur au Canada, concernant l'évaluation du risque:

Le partage d'aiguilles ou de seringues comporte une très forte possibilité de transmission du VIH, à cause de la présence de sang dans le conduit de l'aiguille usagée ou dans le tube de la seringue usagée. Visible ou non, il reste presque toujours du sang dans une seringue ou aiguille usagée, en quantité suffisante pour qu'une transmission de VIH se produise. Le VIH peut demeurer infectieux pendant 24 heures, dans le sang captif dans une aiguille ou seringue usagée. Le partage d'aiguilles et de seringues peut aussi entraîner la transmission d'autres virus transmissibles par le sang, comme ceux

⁷¹ L'analyse présentée ici relativement au partage de matériel d'injection s'appliquerait également au cas où une personne fait à autrui une transfusion de sang ou de tissus corporels que l'on sait contenir le VIH sans divulguer ce fait, ou qui fait l'insémination à autrui avec du sperme renfermant le VIH. Pour des affaires qui ont indirectement traité à ces scénarios, voir: *R. c. Thornton*, *supra*, note 41; *ter Neuzen c. Korn*, (1995) 127 D.L.R. (4^e) 577 (C.S.C.); *R. c. Tan*, inédit 23 mai 1995, B.R. Alb. (Edmonton, juge Ritter).

de l'hépatite B et de l'hépatite C. Ceci représente un risque particulier pour les personnes vivant avec le VIH.⁷²

L'injection directe de sang renfermant le VIH est la voie d'infection la plus certaine, plus encore que les rapports sexuels non protégés que l'on a considéré comporter un « risque important » de transmission dans l'arrêt *Cuerrier*. Le participant séropositif aurait donc l'obligation de divulguer son statut à son partenaire d'injection si ce partenaire se fait faire l'injection avec le même matériel.

Le partenaire se fait lui-même l'injection avec du matériel utilisé par une personne séropositive

Dans le deuxième scénario, la personne séropositive prête à une autre personne le matériel d'injection non nettoyé qu'elle a elle-même utilisé, sans divulguer son état sérologique, et cette autre personne l'utilise ensuite pour se faire sa propre injection. La personne séropositive ne commet pas l'acte de faire l'injection à l'autre personne.

Dans ce scénario, il n'y a aucun contact physique entre la personne séropositive et son partenaire d'injection. Puisque le crime de voies de fait exige qu'il y ait « emploi de la force » (c'est-à-dire un contact physique) il paraît peu probable que des voies de fait aient été commises. Il s'ensuit que la responsabilité criminelle à l'égard d'un comportement essentiellement similaire avec le même risque pourrait ainsi dépendre de la « question d'ordre technique » de savoir quelle personne a effectivement commis l'acte d'injection avec le matériel déjà utilisé⁷³. Toutefois, des accusations en vertu d'autres dispositions du *Code criminel* pourraient être portées (par exemple, de *nuisance publique* ou de *négligence criminelle causant des lésions corporelles*). Comme nous l'avons vu précédemment, commettre une nuisance publique (*Code criminel*, article 180) quiconque accomplit un acte illégal ou omet d'accomplir une obligation légale et par là met en danger la vie, la sécurité ou la santé du public ou cause une lésion physique à quelqu'un. Est coupable de négligence criminelle (*Code criminel*, article 219) quiconque, en faisant quelque chose, ou en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir, montre une « insouciance déréglée ou téméraire » à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

Vu qu'une accusation de *voies de fait* est irrecevable sur le plan juridique, dans ce deuxième scénario, la discussion qui suit sur la question de savoir si la divulgation de la séropositivité ou le fait de nettoyer le matériel d'injection peut suffire à éviter la responsabilité criminelle ne s'applique qu'au premier scénario, dans lequel quelqu'un fait directement une injection à une autre personne avec du matériel contaminé. Dans un tel scénario, le simple fait de nettoyer le matériel risque de ne pas être suffisant pour décharger la personne séropositive de son obligation de divulguer. Il se peut également que le simple fait de divulguer sa séropositivité ne suffise pas en soi. Bien que nous recommandions ci-dessous que la personne qui divulgue son état *et* qui nettoie le matériel partagé ne devrait pas être tenue responsable sur le plan criminel, cette question demeure ouverte. La seule façon certaine d'éviter la responsabilité criminelle est de ne pas partager du tout le matériel d'injection, auquel cas il n'y a aucun risque de transmission du VIH et donc aucune obligation de divulguer.

⁷² La transmission du VIH, *supra*, note 35, à la p. 34.

⁷³ En 1998, on a signalé le cas, en Nouvelle-Zélande, d'un homme qui a été accusé d'homicide involontaire par la commission d'un acte illégal et dangereux pour avoir présumément fourni une seringue à une personne qui s'est ensuite administré elle-même une surdose mortelle d'héroïne. Le fait de fournir du matériel d'injection enfermant le VIH semblerait donc susceptible de fournir un argument semblable au ministère public. Voir « IDU manslaughter charge », *HIV/AIDS Legal Link*, (Australie) 1998, 9(2): 5.

Il ne suffit *peut-être* pas de nettoyer le matériel partagé

Dans l'affaire *Cuerrier*, en parlant de l'utilisation des condoms en particulier, la Cour suprême a laissé entendre que le fait de prendre des précautions pourrait suffire pour réduire le risque de transmission du VIH au-dessous du seuil « important », si bien qu'il n'y aurait aucune obligation de divulguer la séropositivité. Comment cette analyse pourrait-elle s'appliquer à la personne séropositive qui partage du matériel d'injection? Y a-t-il des précautions qui pourraient être prises pour réduire suffisamment le risque de transmission de manière à ce qu'il ne soit *peut-être* plus considéré comme « important » (sur le plan juridique)? Si c'est le cas, et si l'on suit le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Cuerrier*, il devrait s'ensuivre que la personne séropositive qui prend de telles précautions lorsqu'elle partage du matériel d'injection ne serait *peut-être* pas tenue de divulguer son état sérologique pour éviter la responsabilité criminelle pour avoir exposé son partenaire d'injection au risque d'infection.

Dans la documentation actuellement en vigueur au Canada, concernant l'évaluation du risque, l'« injection avec aiguille, seringue ou cuillère usagée mais nettoyée » est classée comme une activité à « risque faible »⁷⁴. Toutefois, le principal message de santé publique est, et doit être, qu'il faut éviter le partage de matériel d'injection si possible. Il a été affirmé à la fois par le comité d'experts sur la sida et les prisons⁷⁵ et dans *VIH/sida et prisons: rapport final*⁷⁶ l'eau de Javel est d'efficacité douteuse pour détruire le VIH:

Tel que déclaré conjointement par les Centers for Disease Control and Prevention, le Center for Substance Abuse Treatment et le National Institute on Drug Abuse: « À la lumière d'études récentes, on a conclu que la stérilisation au moyen d'eau de Javel ne devrait être envisagée pour réduire le risque d'infection à VIH découlant de la réutilisation ou du partage d'aiguilles et de seringues (et d'autre matériel d'injection) **seulement lorsque aucune autre méthode plus sûre n'est disponible** »⁷⁷.

Cette évaluation du risque est répétée dans la documentation actuellement en vigueur au Canada, concernant l'évaluation du risque:

Il a été clairement démontré que le partage d'aiguilles et de seringues comporte un risque élevé de transmission du VIH et d'autres virus transmissibles par le sang. Pour réduire ce risque, on devrait utiliser une aiguille et une seringue neuves à chaque fois. S'il est absolument inévitable de partager la seringue ou l'aiguille, il est essentiel de la nettoyer avec de l'eau de Javel puis de la rincer avec de l'eau⁷⁸.

En plus des préoccupations quant à savoir si l'eau de Javel est un moyen efficace de détruire le VIH, on s'inquiète également du fait que le nettoyage adéquat des seringues est rare dans la pratique; il y a des preuves de transmission du VIH par le partage de matériel d'injection malgré les tentatives de nettoyage par les utilisateurs.

Toutefois, s'il n'a pas accès à du matériel d'injection stérile, ou s'il a un accès limité à ce matériel, l'utilisateur séropositif de drogue par injection n'a pas de choix plus sûr pour réduire le risque de transmission que de nettoyer le matériel d'injection partagé avec d'autres. C'est la situation actuelle dans les

⁷⁴ *La transmission du VIH*, supra, note 35, à la p. 35.

⁷⁵ Service correctionnel Canada, *Le VIH/sida en milieu carcéral: Rapport final du comité d'experts sur le sida et les prisons*, Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1994.

⁷⁶ R. Jürgens, *VIH/sida et prisons: rapport final*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, septembre 1996.

⁷⁷ US Department of Health et Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control and Prevention, *HIV/AIDS Prevention Bulletin*, 19 avril 1993 [emphase dans l'original], cité dans *VIH/sida et prisons: rapport final*, supra, note 76, à la p. 57.

⁷⁸ *La transmission du VIH*, supra, note 35, à la p. 34. Dans ce guide, on précise: « Il est très important de noter qu'il existe de sérieux doutes quant à l'efficacité de cette technique pour tuer le virus de l'hépatite C » (à la p. 34).

prisons canadiennes. Par ailleurs, la divulgation de la séropositivité en milieu carcéral peut causer des risques graves à la sécurité personnelle et risque de ne pas être une option réaliste. L'arrêt *Cuerrier* pose donc un dilemme particulier pour les détenus séropositifs qui s'injectent de la drogue et il met en relief l'importante nécessité de donner aux détenus l'accès à du matériel d'injection stérile: on leur permettrait alors de se conformer aux pratiques recommandées de réduction du risque. Priver les détenus de l'accès à du matériel d'injection stérile propre revient non seulement à leur dispenser des soins de santé inférieurs aux normes, mais entraîne également un risque accru de poursuites criminelles pour le détenu séropositif dont on ne peut réalistement s'attendre à ce qu'il divulgue son état, mais qui n'a pas, par ailleurs, accès à du matériel stérile pour l'injection de drogue.

Si les tribunaux sont disposés à adopter une approche nuancée et contextuelle à l'égard de l'arrêt *Cuerrier*, on peut soutenir que, dans de telles situations, on ne devrait imputer aucune responsabilité criminelle au détenu séropositif qui ne divulgue pas son état mais qui se conforme aux conseils actuels de santé publique en nettoyant son matériel d'injection partagé, vu que l'option plus sûre qui consiste à utiliser du matériel propre et non partagé n'est pas disponible.

Toutefois, les utilisateurs de drogue par injection vivant avec le VIH/sida doivent également être informés que cette issue risque d'être douteuse. Compte tenu de la stigmatisation dont font l'objet le VIH/sida et l'injection de drogue, il est probable que l'on ait peu d'empathie pour ceux qui partagent du matériel d'injection sachant qu'ils sont séropositifs et qui ne divulguent pas leur état. Une personne séropositive peut très bien risquer une poursuite criminelle pour avoir partagé du matériel d'injection sans divulguer son état, même si elle a pris des précautions pour nettoyer le matériel partagé. Ceux qui ont commenté une version préliminaire du présent document ne s'entendaient pas sur la question de savoir si une personne séropositive qui ne divulguait pas son état avant de partager du matériel d'injection, mais qui nettoyait la seringue, devrait être l'objet de responsabilité criminelle.

Il ne suffit peut-être pas de divulguer sa séropositivité avant le partage du matériel

Dans le contexte des risques relatifs aux rapports sexuels examiné dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour suprême était disposée à reconnaître qu'une personne pourrait, après avoir été informée de la séropositivité d'un partenaire, consentir à avoir des rapports sexuels non protégés et au risque qui y est lié. Toutefois, il n'est pas certain qu'un tribunal arriverait à la même conclusion dans le contexte du consentement au partage de matériel pour l'injection de drogue avec un partenaire d'injection dont la séropositivité est connue.

Dans son arrêt dans l'affaire *Jobidon*, la Cour suprême a statué que pour des motifs « d'intérêt public » le droit ne devait pas donner effet au consentement de quelqu'un à « des blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles »⁷⁹. En outre, le *Code criminel* (article 14) dispose: « Nul n'a le droit de consentir à ce qu'on lui inflige la mort, et un tel consentement n'atteint pas la responsabilité criminelle d'une personne par qui la mort peut être infligée à celui qui a donné ce consentement »⁸⁰. La règle énoncée dans l'arrêt *Jobidon* et cette disposition du *Code criminel* ont été citées avec approbation par la Cour

L'arrêt *Cuerrier* pose donc un dilemme particulier pour les détenus séropositifs qui s'injectent de la drogue et il met en relief l'importante nécessité de donner aux détenus l'accès à du matériel d'injection stérile.

⁷⁹ *Jobidon*, supra, note 68.

⁸⁰ *Code Criminel*, supra, note 8, art. 14.

suprême dans l'arrêt *Rodriguez*⁸¹ dans lequel la Cour a rejeté une contestation constitutionnelle à l'égard de l'interdiction du suicide assisté.

Toutefois, cette règle qui interdit le consentement au préjudice grave doit être considérée dans le contexte de l'arrêt *Jobidon*, dans lequel la règle a été formulée; les affirmations que fait la Cour dans cet arrêt sont importantes pour comprendre comment les tribunaux saisis d'autres affaires pourraient interpréter cette limitation fondée sur « l'intérêt public » quant au type de préjudice physique auquel une personne peut consentir ou non. Cette question est particulièrement importante aux fins du propos du présent document, puisque l'arrêt *Jobidon* avait été invoqué devant la Cour suprême dans l'affaire *Cuerrier* et que l'argument du ministère public fondé sur cet arrêt a été rejeté par la Cour.

Dans l'affaire *Jobidon*, l'accusé et un autre homme avaient accepté de se livrer à un combat à coups de poings dans un parc de stationnement à l'extérieur d'un bar. Au cours de ce combat, l'accusé a asséné un coup qui a entraîné le décès de son adversaire. L'homme a été accusé de voies de fait, mais il a plaidé que son adversaire avait consenti à participer au combat, si bien qu'il ne devait pas être tenu criminellement responsable. Le ministère public a plaidé que pour des motifs d'« intérêt public » le droit ne devait pas reconnaître ce consentement comme moyen de défense valide à une accusation de voies de fait. La Cour suprême a accepté cet argument, statuant qu'il ne pouvait y avoir de consentement valide au fait de se faire infliger « des blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles » au cours d'un combat ou d'une bagarre à coups de poings puisque le droit n'avait aucun intérêt à excuser ou à encourager de telles activités. Par conséquent, le droit ne déchargera pas quelqu'un de la responsabilité criminelle pour avoir infligé un préjudice grave à une autre personne dans un combat simplement parce que l'autre personne avait consenti à ce combat.

La Cour a reconnu que d'autres activités auxquelles les gens consentent régulièrement emportent elles aussi un risque de préjudice physique grave – par exemple les activités sportives violentes, les traitements médicaux ou chirurgicaux, les cascades professionnelles, etc. Toutefois, la Cour était d'avis que, contrairement aux combats et aux bagarres à coups de poings, ces activités avaient une certaine valeur sociale. Par conséquent, le droit reconnaîtra le consentement librement accordé d'une personne au risque de « blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles » qui accompagne des activités utiles sur le plan social. Il ressort de l'arrêt *Jobidon* que les Canadiens ne peuvent sciemment consentir au risque de préjudice grave que si le risque accompagne une activité utile sur le plan social.

L'activité sexuelle a une utilité sociale reconnue⁸². Dans l'affaire *Cuerrier*, le ministère public avait soutenu qu'une personne ne pouvait pas valablement consentir à des rapports sexuels avec une personne dont la séropositivité était connue. (Le ministère public a adouci sa position par la suite, affirmant qu'un consentement juridiquement valide ne pouvait être donné à l'égard de rapports sexuels *non protégés* avec une personne séropositive.) Un tel argument aurait essentiellement pour effet de criminaliser tout rapport sexuel d'une personne séropositive, même avec des partenaires consentants et parfaitement au courant de son état. Heureusement, comme nous l'avons vu précédemment, la Cour a rejeté cet argument, statuant qu'une personne pouvait quand même

⁸¹ Renvoi *Rodriguez et Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, 17 C.R.R. (2^e) 193.

⁸² Cependant, la Chambre des lords a statué que le consentement à la participation à des activités sexuelles sado-masochistes n'était pas valide sur le plan juridique. *R. c. Brown*, [1993] 2 ALL E.R. 75 (H.L.). Citant les arrêts *Jobidon* et *Brown*, la Cour d'appel de l'Ontario a également statué que le consentement à « de sérieuses lésions corporelles » par des rapports sexuels n'était pas reconnu en droit: *R. c. Welch*, (1995) 43 C.R. (4^e) 225 (C.A. Ont.).

donner son consentement (reconnu sur le plan juridique) à ces rapports sexuels:

[...] il faut souligner que le ministère public sera toujours tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que la plaignante aurait refusé d'avoir des relations sexuelles non protégées avec l'accusé si elle avait été informée qu'il était séropositif. Aussi improbable que cela puisse paraître, il s'agit là d'une possibilité réelle. Pour reprendre les termes d'autres décisions, cette question se pose toujours [...] Il faut se rappeler que ce qui est examiné c'est une activité sexuelle consensuelle qui ne constituerait pas des voies de fait n'était-ce de la fraude. Manifestement, si les rapports ou autres actes sexuels étaient consensuels, il ne pourrait s'agir de voies de fait. Ce n'est que parce que le consentement a été obtenu par fraude qu'il est vicié⁸³.

Toutefois, il est douteux que les tribunaux traitent l'usage de drogue par injection emportant un risque de préjudice avec la même retenue que les rapports sexuels emportant un pareil risque. La possession de drogue est une infraction criminelle au Canada. Il est probable que les tribunaux considèrent que cette infraction témoigne clairement de l'expression par le législateur, des normes sociales contemporaines au Canada, à savoir que l'utilisation de drogue illicite est non seulement dénuée d'utilité sociale, mais qu'elle constitue une activité antisociale. Il ressort de l'arrêt *Cuerrier* qu'une personne peut légalement consentir au risque d'infection à VIH en ayant des rapports sexuels non protégés avec un partenaire qu'elle sait séropositif. Toutefois, un tribunal pourrait juger, comme question « d'intérêt public », que l'on ne peut consentir légalement à se faire faire une injection avec du matériel déjà utilisé par une personne dont on connaît la séropositivité.

Il peut être nécessaire de divulguer son état et de nettoyer le matériel partagé

Nous venons de conclure que les tribunaux ne considéreront peut-être pas que le simple fait de nettoyer le matériel d'injection partagé suffise à réduire le risque de transmission du VIH. Par conséquent, puisque le nettoyage ne ferait peut-être pas tomber le risque au-dessous du seuil du risque « important », il y aurait quand même obligation de divulguer la séropositivité.

Toutefois, nous avons également conclu dans la section précédente que le simple fait de divulguer sa séropositivité à la personne à laquelle on fait une injection avec du matériel partagé ne décharge pas de la responsabilité criminelle, puisqu'il est peu probable que le droit accepte comme valide le consentement de quelqu'un à un préjudice grave ou à se faire faire une injection avec du sang contaminé par le VIH provenant du matériel d'injection déjà utilisé.

Toutefois, si un utilisateur séropositif de drogue par injection divulgue son état à la personne qui partage son matériel *et* qu'il prend la précaution, pour réduire le risque, de nettoyer correctement le matériel, on pourrait soutenir qu'il ne devrait pas y avoir de responsabilité criminelle en ce cas. S'il y a eu à la fois divulgation de l'état et nettoyage du matériel d'injection, la personne qui partage le matériel court sciemment un risque réduit de transmission. Le droit

Il ressort de l'arrêt *Cuerrier* qu'une personne peut légalement consentir au risque d'infection à VIH en ayant des rapports sexuels non protégés avec un partenaire qu'elle sait être séropositif. Toutefois, un tribunal pourrait juger, comme question « d'intérêt public », que l'on ne peut consentir légalement à se faire faire une injection avec du matériel déjà utilisé par une personne dont on connaît la séropositivité.

⁸³ *Cuerrier*, *supra*, note 1, à la p. 51.

En criminalisant la personne séropositive qui partage du matériel d'injection, même si elle divulgue son état à la personne avec laquelle elle partage son matériel et qu'elle nettoie ce matériel pour réduire le risque de transmission, on pénalise le comportement responsable qui témoigne d'une préoccupation à l'égard du bien-être d'autrui et qui est conforme aux recommandations acceptées de santé publique. [...] Le droit ne devait pas être étendu à ce point.

n'est pas paternaliste au point de nous empêcher de courir sciemment tout risque de préjudice. Les gens courent régulièrement le risque de mort ou de blessures graves dans leurs activités quotidiennes (par exemple, la conduite d'un véhicule, la participation à certaines activités sportives ou récréatives, etc.) et on n'impose aucune responsabilité criminelle à la partie qui coordonne ou offre ces activités aux participants lorsqu'il y a divulgation des risques courus.

En criminalisant la personne séropositive qui partage du matériel d'injection, même si elle divulgue son état à la personne avec laquelle elle partage son matériel et qu'elle nettoie ce matériel pour réduire le risque de transmission, on pénalise le comportement responsable qui témoigne d'une préoccupation à l'égard du bien-être d'autrui et qui est conforme aux recommandations acceptées de santé publique. Le fait d'étendre à ce point la portée du droit criminel serait indéfendable sur le plan moral, aurait pour effet de banaliser l'importance d'une poursuite criminelle et entraverait une politique sanitaire valable. Les personnes qui ont émis des commentaires sur cette question étaient d'accord pour dire que le droit ne devait pas être étendu à ce point.

Recommandations

Recommandation 8

Les personnes vivant avec le VIH/sida devraient être informées de ce qui suit:

- *Une personne séropositive pourrait être reconnue coupable de voies de fait si elle fait directement une injection à une autre personne avec du matériel d'injection déjà utilisé, mais elle ne serait probablement pas reconnue coupable lorsque son partenaire d'injection se fait lui-même une injection. Toutefois, d'autres accusations criminelles pourraient être portées dans des situations où la personne séropositive ne fait pas directement d'injection à autrui mais lui prête du matériel d'injection contaminé sans lui divulguer sa séropositivité.*
- *Vu les doutes quant à son efficacité comme mesure préventive, le fait de nettoyer le matériel d'injection avant qu'une autre personne l'utilise pour se faire une injection n'est peut-être pas suffisant en soi pour éviter la responsabilité criminelle. Si le matériel d'injection est partagé, même s'il est nettoyé entre les utilisations, la personne séropositive peut quand même avoir l'obligation de divulguer son état sérologique à l'autre personne qui utilise son matériel.*
- *Le fait de divulguer sa séropositivité à une personne qui partage le matériel d'injection n'est peut-être pas non plus, en soi, un moyen de défense adéquat pour éviter la responsabilité criminelle, car il se peut que le droit canadien ne reconnaisse pas comme valide le consentement de l'autre personne à ce que quelqu'un d'autre lui transmette le VIH.*
- *Le fait de divulguer sa séropositivité et de nettoyer le matériel d'injection serait peut-être suffisant pour éviter la responsabilité*

criminelle, mais cette question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux.

- *La seule manière certaine qu'une personne séropositive puisse éviter la responsabilité criminelle est d'éliminer complètement le risque de transmission du VIH en ne partageant pas le matériel d'injection.*

Recommandation 9

Les tribunaux et les poursuivants devraient accepter, au moins, que la personne qui divulgue sa séropositivité et qui nettoie le matériel d'injection avant de l'utiliser pour faire une injection à autrui n'encourt aucune responsabilité criminelle. Ce principe reconnaît la liberté de ses partenaires qui partagent le matériel de choisir de courir le risque connu et faible de contracter le VIH par l'utilisation de ce matériel. Le fait d'imposer la responsabilité criminelle lorsque la personne séropositive divulgue son état et nettoie le matériel aurait pour effet d'étendre indûment la portée du droit criminel et d'aller à l'encontre d'une politique sanitaire valable.

Transmission de la mère à son enfant⁸⁴

La transmission périnatale d'une mère séropositive à son enfant peut survenir dans trois situations:

- dans l'utérus, avant la naissance (« intra-utérine », transmission *in utero*);
- pendant l'accouchement (« intrapartum »); et
- par l'allaitement, après la naissance (« postpartum »).

Il n'y a eu jusqu'à maintenant aucune proposition au Canada en faveur de poursuites criminelles contre les mères séropositives pour la transmission intra-utérine ou intrapartum à leur enfant, et il existe de puissants arguments d'ordre éthique, juridique et pratique qui militent contre une telle mesure. De telles peines ont été réclamées dans quelques États américains et les commentateurs ont critiqué un certain nombre de lois sur « la transmission du VIH » ou « l'exposition au VIH » qui pourraient théoriquement être interprétées de façon aussi large. La plupart des commentateurs ont généralement conclu qu'une telle application des lois criminelles est indéfendable en raison de l'absence de toute intention législative d'imposer la responsabilité criminelle pour le risque de transmission périnatale et parce que les textes de certaines de ces lois sont peut-être trop vagues, au point où elles seraient inconstitutionnelles. Les commentateurs notent également que le fœtus n'est généralement pas reconnu comme une « personne » en droit américain. Enfin, ils signalent que ces lois pourraient être jugées inconstitutionnelles du fait qu'elles établissent une discrimination fondée sur le sexe ou la race, qu'elles toucheraient de façon disproportionnée les femmes indigentes et qu'elles auraient vraisemblablement pour effet de dissuader les femmes qui en ont le plus besoin d'avoir recours aux services de santé et de soutien, au détriment de leur santé et de celle de leur fœtus⁸⁵.

Toutefois, puisque le présent document a pour objectifs (a) de répondre aux préoccupations et de fournir des renseignements sur la portée – réelle ou perçue – de l'arrêt *Cuerrier* et (b) de faire des recommandations destinées à

⁸⁴ De nombreuses données de base énoncées dans la présente section sont tirées de: L. Stoltz, *Le test de sérodiagnostic du VIH et la grossesse – Aspects médicaux et juridiques du débat d'orientation politique*, Ottawa, Santé Canada, 1999; et de R. Jürgens, *supra*, note 6.

⁸⁵ Voir K. Boockvar, « Beyond Survival: The Procreative Rights of Women with HIV », *Boston College Third World Law Journal*, 1994, 14: 1; M.A. Field, « Pregnancy and AIDS », *Maryland Law Review*, 1993, 52: 402; H. Sprintz, « The Criminalization of Perinatal AIDS Transmission », *Health Matrix*, 1993, 3: 495; S. Sangree, « Control of Childbearing by HIV-Positive Women: Some Responses to Emerging Legal Policies », *Buffalo Law Review*, 1993, 41: 309.

L'arrêt *Cuerrier* ne peut être invoqué au soutien d'une poursuite criminelle contre une femme séropositive pour la transmission au fœtus pendant la grossesse ou l'accouchement.

prévenir l'application abusive de l'arrêt *Cuerrier*, cette question de la transmission périnatale est brièvement traitée ci-dessous.

L'arrêt *Cuerrier* portait sur l'applicabilité des dispositions du *Code criminel* en matière de voies de fait au comportement d'une personne séropositive qui ne divulgue pas son état avant d'avoir des rapports sexuels non protégés. La question dont la Cour était saisie était de savoir si la non-divulgation constituait une « fraude » qui rendait juridiquement invalide le consentement du partenaire à des rapports sexuels. Toutefois, les circonstances de transmission pendant la grossesse ou l'accouchement sont évidemment différentes de celles des rapports sexuels entre adultes par ailleurs consentants, et le raisonnement de l'arrêt *Cuerrier* n'est pas facile à transposer à ce contexte. D'un point de vue éthique et juridique, les transmissions intra-utérines et intrapartum sont analysées ensemble ci-dessous. Toutefois, la transmission par l'allaitement soulève des questions différentes et sera traitée séparément.

Nous concluons ci-dessous que l'arrêt *Cuerrier* ne peut être invoqué au soutien d'une poursuite criminelle contre une femme séropositive pour la transmission au fœtus pendant la grossesse ou l'accouchement. Toutefois, sur le plan de l'interprétation juridique, il ressort de l'arrêt *Cuerrier* qu'une mère séropositive risque *peut-être* la poursuite criminelle pour voies de fait si elle allaite son enfant. Nous notons également que d'autres infractions prévues au *Code criminel* s'appliquent peut-être déjà à ce scénario et que l'arrêt *Cuerrier* ne change en rien l'état actuel des choses.

Risque de transmission *in utero* et pendant l'accouchement

Pour diverses raisons, l'arrêt *Cuerrier* ne fournit pas de fondement juridique à une poursuite criminelle contre une femme séropositive pour voies de fait en raison du risque de transmettre le VIH à son enfant pendant la grossesse ou l'accouchement.

Premièrement, il est insensé de se demander si le consentement du fœtus à l'attachement physique à la mère dépend de la divulgation, par cette dernière, de sa séropositivité. Puisqu'il n'y a personne dont le consentement puisse être vicié par la non-divulgation, on se trouverait à élargir indûment l'infraction de voies de fait et l'analyse de la fraude dans l'arrêt *Cuerrier* si l'on poursuivait au criminel une mère séropositive pour avoir exposé son enfant au risque d'infection *in utero* ou pendant la grossesse.

Deuxièmement, une telle poursuite criminelle serait indéfendable sur le plan éthique. Une personne ne peut être tenue criminellement responsable pour un risque (de préjudice à autrui) sur lequel elle n'exerce en fin de compte aucun contrôle; il n'y a aucune faute morale nécessitant une sanction. Bien que des interventions pendant la grossesse, comme un régime de thérapie antirétrovirale ou une césarienne, puissent réduire considérablement le risque de transmission du VIH de la mère au fœtus, ces interventions ne peuvent éliminer ce risque ni même le diminuer à un niveau statistique comparable au « risque faible » d'une activité comme les rapports sexuels protégés. En outre, bien qu'une étude récente n'ait révélé aucun indice apparent de toxicité de la zidovudine (AZT) chez les enfants dont les mères suivent un tel régime⁸⁶, Stoltz signale que:

⁸⁶ M. Culname et coll., « Lack of long-term effects among uninfected children exposed to zidovudine », *Journal of the American Medical Association*, 1999, 281: 151-157.

il y a très peu de données concernant les effets à court terme et à long terme, chez les femmes et les enfants, de la prophylaxie antirétrovirale pour réduire la transmission périnatale du VIH. La capacité de cette thérapie de réduire la transmission périnatale du VIH et ses conséquences dévastatrices est indéniablement considérable. En élaborant une approche des soins et du traitement des femmes enceintes destinée à réduire le risque de transmission périnatale du VIH, cependant, les médecins et les décideurs doivent également garder à l'esprit la gravité potentielle des risques connus et inconnus associés aux traitements. Les désastres qu'ont entraînés pour la santé publique la thalidomide et le diéthylstilbœstrol (communément appelé DES) nous rappellent puissamment les dangers réels que présente l'utilisation de médicaments thérapeutiques durant la grossesse⁸⁷.

Enfin, une accusation de voies de fait serait irrecevable sur le plan juridique si elle était portée contre une femme séropositive en raison du risque d'infection de son fœtus pendant la grossesse ou l'accouchement, puisque le fœtus n'est pas une personne juridique en droit canadien. Le paragraphe 223(1) du *Code criminel* dispose:

Un enfant devient un être humain au sens de la présente loi lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère,

- a) qu'il ait respiré ou non,
- b) qu'il ait ou non une circulation indépendante; ou
- c) que le cordon ombilical soit coupé ou non.

La jurisprudence canadienne est également claire à cet égard:

- Dans l'arrêt *Morgentaler*⁸⁸ et dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*⁸⁹, la Cour suprême a statué que le contrôle qu'une femme enceinte avait sur son propre corps comprenait le droit de mettre fin à la grossesse. Dans l'affaire *Tremblay c. Daigle*, où elle a rejeté la requête en injonction d'un homme pour empêcher son ancienne partenaire de se faire avorter, la Cour suprême a jugé qu'un fœtus ne jouissait pas de la personnalité juridique au regard de la *Charte [québécoise] des droits et libertés de la personne* ou du *Code civil* du Québec, et que le droit anglo-canadien n'accordait au fœtus aucun droit à moins qu'il ne soit né vivant.
- Dans l'arrêt *Sullivan*⁹⁰, la Cour suprême a statué qu'un fœtus n'était pas un « être humain » pour l'application du *Code criminel*. Ces conclusions relatives au statut du fœtus en droit criminel ont été répétées par des tribunaux de première instance en Colombie-Britannique (*Manning*) et en Ontario (*Drummond*)⁹¹.

Enfin, dans son plus récent arrêt sur cette question, la Cour suprême devait se prononcer sur la question de savoir si une mère autochtone enceinte qui souffrait d'une toxicomanie aux inhalants pouvait être détenue contre son gré, par ordonnance judiciaire, dans un centre de santé pour y être traitée jusqu'à la naissance de son enfant. La Cour a refusé cette demande et a dit craindre qu'une telle approche punitive était susceptible de contraindre à la clandestinité les femmes ayant le plus besoin de soins et d'assistance prénataux

⁸⁷ Stoltz, *supra*, note 84, à la p. 22, et voir la discussion aux p. 11-19.

⁸⁸ R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

⁸⁹ [1989] 2 R.C.S. 530.

⁹⁰ R. c. *Sullivan*, (1991) 63 D.L.R. (3^e) 97 (C.S.C.) à la p. 106.

⁹¹ R. c. *Manning*, [1994] B.C.J. n° 1732 (Cour prov.); R. c. *Drummond*, (1996) 112 C.C.C. (3^e) 481 (Cour de l'Ont., div. prov.).

(causant ainsi un préjudice à la mère et à l'enfant) et qu'une telle extension de la portée de la loi toucherait le plus lourdement « [I] femmes analphabètes, peu instruites ou appartenant à des groupes minoritaires ». Elle a répété que la « position [...] est claire » à l'effet que le droit canadien ne reconnaît pas le fœtus comme une personne juridique possédant des droits: « Il s'agit d'un principe général qui s'applique en droit de la famille, en droit des successions ou en droit de la responsabilité délictuelle. Tout droit ou intérêt que le fœtus peut avoir demeure virtuel et incomplet jusqu'à la naissance de l'enfant. »⁹² La Cour a donc refusé d'ordonner la détention et le traitement forcé de la femme enceinte en question. (Cet état du droit pourrait théoriquement être modifié par voie de législation, comme l'a envisagé la Cour suprême dans son arrêt.) Il ne faut pas interpréter l'arrêt *Cuerrier* comme un encouragement à porter des poursuites criminelles pour la transmission du VIH pendant la grossesse ou l'accouchement. Dans son rapport de 1993, la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction a conclu:

[...] Tenter de légiférer et d'avoir recours aux tribunaux pour protéger la santé du fœtus ne peut qu'aller à l'encontre du but visé. Les lois envisagées peuvent sembler superficiellement avantageuses, parce que nous voulons tous le bien-être du fœtus, de sorte que les adopter peut nous sembler être le prolongement de l'intérêt de la société pour sa santé. Pourtant, rien de ce que l'expérience nous a appris n'a prouvé que ces lois donnent des résultats probants. Tout indique le contraire, particulièrement puisque les instruments que les tribunaux peuvent utiliser – forcer les intéressées à agir sous peine de devoir payer l'amende ou d'être incarcérées – sont très peu subtiles et manifestement mal choisis pour atteindre l'objectif de favoriser la santé ou le bien-être de qui que ce soit. Il est évident que si l'objectif visé est la protection du fœtus, d'autres méthodes s'imposent. [...] Étant donné que le consentement et la collaboration de la femme sont indispensables pour de bons résultats pour le fœtus, il s'ensuit que la façon la plus efficace d'en prendre soin consiste à donner à la femme enceinte le soutien et l'aide dont elle a besoin. Par conséquent, la Commission recommande:

[...] Que l'intervention judiciaire dans la grossesse et la naissance ne soit pas permise. Plus particulièrement, la Commission recommande:

- a) qu'un traitement médical ne soit jamais imposé à une femme enceinte contre son gré;
- b) que le droit pénal ou toute forme de droit ne soient jamais invoqués pour détenir ou emprisonner une femme enceinte dans l'intérêt de son fœtus;
- c) que la conduite de la femme enceinte à l'endroit de son fœtus ne soit pas criminalisée;
- d) que les lois sur la protection de l'enfance ou d'autres lois ne soient jamais invoquées afin de contrôler le comportement d'une femme pendant la grossesse ou la naissance;

⁹² *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du nord-ouest) c. G.* (D.F.) [1997] 3 R.C.S. 925, [1997] S.C.J. n° 96 (Q.L.) au para. 15 (Q.L.).

e) qu'on n'intente jamais de poursuites en responsabilité civile contre une femme pour le mal causé à son fœtus pendant la grossesse⁹³.

S'il arrivait un jour au Canada que certains proposent la criminalisation de la transmission périnatale, les décideurs feraient bien de tenir compte de ces recommandations et des préoccupations exprimées par la Cour suprême dans l'affaire *OSEF Winnipeg c. GDF*. Il faut également se rappeler l'impératif éthique de traiter les gens comme des fins en soi et non simplement comme des moyens d'atteindre des fins. Comme nous le rappelle un commentateur:

Le droit d'une femme de contrôler les décisions médicales qui touchent son corps et sa santé ne cesse pas parce qu'elle est enceinte. Elle doit être traitée comme un individu à part entière et non pas simplement comme une porteuse de fœtus. Elle ne doit pas non plus être conceptualisée comme une simple transmettrice de maladie⁹⁴.

Risque de transmission par l'allaitement

Comme l'ont résumé Gostin et Lazzarini dans leur texte récent faisant autorité:

L'Organisation mondiale de la santé a attiré l'attention sur l'allaitement et le lait maternel comme voies de transmission du VIH. Il y a de plus en plus de preuves indiquant que le VIH peut être transmis après la naissance par le lait maternel. La transmission verticale a été notée chez des femmes dont on connaissait l'infection avant la naissance (les cas prévalents) et chez celles qui sont devenues infectées pendant l'allaitement (cas incidents) [...] On pense que la transmission par l'allaitement se produit pendant les trois premiers mois qui suivent la naissance [...] Une méta-analyse de la preuve épidémiologique a permis de conclure que l'allaitement accroît le risque de transmission du VIH de 14 % pour les cas prévalents et de 29 % pour les cas incidents [...] Bien que ces conclusions aient été critiquées, il y a consensus, chez les scientifiques, comme quoi l'allaitement pose un risque de transmission du VIH [...] Toutefois, le degré exact de risque n'a pas encore été déterminé⁹⁵.

Des accusations de voies de fait pourraient être portées

Vu que l'allaitement pose un risque de transmission du VIH, la question suivante se pose: l'arrêt *Cuerrier* s'applique-t-il à ce comportement? Lorsque l'on considère cette question de savoir si une mère séropositive pourrait être tenue criminellement responsable pour avoir allaité, il faut reconnaître que le contexte éthique et juridique est modifié une fois que la mère a accouché de son enfant.

Une intervention destinée à promouvoir la santé du fœtus implique nécessairement une atteinte à l'intégrité physique, au bien-être, à la vie privée et à l'autonomie de la femme enceinte qui porte le fœtus, et il peut parfois y avoir conflit entre ces intérêts. En revanche, une intervention pratiquée après la naissance relativement à l'allaitement ne porte pas nécessairement atteinte aux intérêts et aux droits de la mère de la même manière ou au même degré;

Le droit d'une femme de contrôler les décisions médicales qui touchent son corps et sa santé ne cesse pas parce qu'elle est enceinte. Elle doit être traitée comme un individu à part entière et non pas simplement comme une porteuse de fœtus. Elle ne doit pas non plus être conceptualisée comme une simple transmettrice de maladie.

⁹³ *Un virage à prendre en douceur: Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, vol. 2, Ottawa, ministre des Services gouvernementaux Canada, 1993, p. 949, cité dans Stoltz, *supra*, note 84, à la p. 38.

⁹⁴ M.A. Field, *supra*, note 85.

⁹⁵ L. Gostin et Z. Lazzarini, *Human Rights and Public Health in the AIDS Pandemic*, New York, Oxford University Press, 1997, aux p. 149-150, citant: P. Van de Perre et coll., « Mother-to-infant transmission of human immunodeficiency virus by breast milk: presumed innocent or presumed guilty? », *Clinical Infectious Disease*, 1992, 15: 502-507; P. Van de Perre et coll., « Infective and anti-infective properties of breastmilk from HIV-1-infected women », *Lancet*, 1993, 341: 914-918; D.T. Dunn et coll., « Risk of human immunodeficiency virus type 1 transmission through breastfeeding », *Lancet*, 1992, 340: 585-588; N.A. Halsey et coll., « Transmission of HIV-1 infections from mothers to infants in Haiti », *Journal of the American Medical Association*, 1990, 264: 2088-2092; European Collaborative Study, « Risk factors for mother-to-child transmission of HIV-1 », *Lancet*, 1992, 339: 1007-1012; A.J. Ruff et coll., « Breast-feeding and maternal-infant transmission of human immunodeficiency virus type 1 », *Journal of Pediatrics*, 1992, 121: 325-327; et D.J. Hu et coll., « HIV infection and breast-feeding: policy implications through a decision analysis model », *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndrome*, 1992, 6: 1505-1512.

Dans un sens plus large, l'arrêt *Cuerrier* permet d'affirmer, en général, que le comportement qui expose une autre personne à un risque « important » d'infection sans qu'elle y ait sciemment consenti entraîne la responsabilité criminelle.

Il se peut qu'une mère séropositive qui allaite son enfant risque des poursuites criminelles pour voies de fait. [...] L'arrêt *Cuerrier* met donc en évidence la nécessité de veiller à ce que les mères séropositives puissent avoir accès à l'information et au soutien dont elles ont besoin pour éviter d'exposer leurs enfants à ce risque d'infection et de concevoir des interventions de santé publique bien adaptées pour encourager les changements de comportement.

L'enfant est un être physiquement distinct dont le bien-être physique n'est pas aussi dépendant de celui de sa mère. En outre, bien que des interventions pendant la naissance ou l'accouchement – la pharmacothérapie ou la césarienne, par exemple – réduisent le risque de transmission du VIH, la femme enceinte est (actuellement) incapable de réduire le risque à un degré insignifiant, sur le plan statistique. Par ailleurs, après la naissance, le fait de ne pas allaiter élimine complètement le risque de transmission. Pour ces raisons, une intervention après la naissance pour empêcher la transmission du VIH est donc plus défendable sur le plan éthique.

D'un point de vue juridique, l'enfant qui est né est évidemment reconnu comme étant une « personne » en droit. Les principes juridiques traditionnels régissant les comportements qui causent ou qui risquent de causer un préjudice à d'autres « personnes » s'appliquent donc. Les régimes juridiques existants (y compris les lois sur la protection de la jeunesse, les lois sur la santé publique et le droit criminel) régissent déjà les rapports parents-enfants de diverses façons. Contrairement au traitement médical forcé pendant la grossesse, l'interdiction d'allaiter pour empêcher un risque de préjudice à l'enfant ne porte pas inévitablement atteinte à l'autonomie et à la liberté physique de la mère plus que les autres interventions, déjà permises, à l'égard du comportement des parents pour empêcher que les enfants ne subissent un préjudice. Vu que les lois criminelles existantes s'appliquent pour régir le comportement d'un parent envers un enfant, quel est l'effet de l'arrêt *Cuerrier* dans le contexte de l'allaitement par une mère séropositive?

L'arrêt *Cuerrier* règle principalement la question juridique étroite de savoir si la non-divulgence de la séropositivité peut constituer une « fraude » qui vicie le consentement d'un partenaire sexuel à des rapports sexuels non protégés. Toutefois, les arrêts de la Cour suprême sont souvent interprétés comme énonçant des principes plus larges qui orientent le développement du droit au-delà des confins d'une affaire en particulier. Dans un sens plus large, l'arrêt *Cuerrier* permet d'affirmer, en général, que le comportement qui expose une autre personne à un risque « important » d'infection sans qu'elle y ait sciemment consenti entraîne la responsabilité criminelle.

L'allaitement implique un contact physique entre la mère et l'enfant. Comme nous l'avons vu, ce contact accroît le risque de transmission du VIH (jusqu'à 29 %, d'après les données connues citées par Gostin et Lazzarini, ci-dessus). Bien que « le degré exact de risque n'ait pas encore été déterminé », il existe néanmoins un certain risque. D'après la documentation actuellement en vigueur au Canada, concernant l'évaluation du risque:

Lorsque une femme est séropositive, le VIH est présent dans son lait maternel. Le nouveau-né peut être vulnérable à contracter le VIH par l'allaitement, parce que l'immunité muqueuse de sa bouche n'est pas complètement développée. En Amérique du Nord, on recommande aux femmes séropositives de ne pas allaiter leur nouveau-né⁹⁶.

Vu l'incertitude relative au degré de risque lié à l'allaitement, le guide canadien actuel sur l'évaluation du risque ainsi que l'arrêt *Cuerrier*, il se peut qu'une mère séropositive qui allaite son enfant risque des poursuites criminelles pour voies de fait. (D'autres infractions au *Code criminel*

⁹⁶ *La transmission du VIH*, supra, note 35, à la p. 36.

pourraient également s'appliquer plus directement, par exemple le fait d'administrer une substance délétère, la nuisance publique, la négligence criminelle causant des lésions corporelles ou le défaut de fournir les choses nécessaires à la vie.) L'arrêt *Cuerrier* met donc en évidence la nécessité de veiller à ce que les mères séropositives puissent avoir accès à l'information et au soutien dont elles ont besoin pour éviter d'exposer leurs enfants à ce risque d'infection et de concevoir des interventions de santé publique bien adaptées pour encourager les changements de comportement.

Recommandations

Recommandation 10

Conformément au guide actuel sur l'évaluation du risque, on devrait conseiller aux mères séropositives de ne pas allaiter leur enfant et les informer que l'allaitement peut entraîner le risque de poursuites criminelles pour voies de fait (ou d'autres infractions).

Recommandation 11

Les gouvernements, les autorités de santé et des services sociaux, les professionnels de la santé et les organismes qui interviennent auprès des femmes séropositives devraient veiller à ce que l'information et le soutien nécessaires soient offerts pour permettre aux mères séropositives de ne pas allaiter, notamment le soutien sous forme d'aide financière, au besoin, pour assurer l'accès aux succédanés de lait maternel.

Risque de transmission par des actes médicaux effractifs

L'arrêt *Cuerrier* porte particulièrement sur le risque d'exposition par les rapports sexuels. Toutefois, cet arrêt a des répercussions évidentes pour l'exposition dans le contexte des actes médicaux lorsqu'il y a contact physique entre le patient et le professionnel de la santé. Dans la présente section, nous:

- fournissons des données générales pour garder en perspective le degré de risque;
- discutons brièvement des directives professionnelles actuelles destinées aux professionnels de la santé relativement à la réduction du risque;
- signalons que l'arrêt *Cuerrier* peut avoir pour effet d'imputer la responsabilité criminelle à la personne séropositive (que ce soit le professionnel de la santé ou le patient) si elle ne révèle pas son état avant qu'un acte comportant un « risque important » de transmission ne soit effectué;
- affirmons que la personne séropositive partie à un acte médical qui observe les précautions universelles devrait être déchargée de l'obligation (en vertu du droit criminel) de divulguer et recommandons que les tribunaux le reconnaissent expressément sur le plan juridique;
- abordons brièvement l'état actuel du droit qui impute la responsabilité civile délictuelle aux professionnels de la santé qui n'obtiennent pas le « consentement éclairé » avant d'entreprendre un acte médical et concluons

⁹⁷ Laboratoire de lutte contre la maladie (Santé Canada), « Compte rendu de la Conférence de concertation sur les professionnels de la santé infectés: Risque de transmission des pathogènes à diffusion hémotogène », *Relevé des maladies transmissibles au Canada*, 1998, 24(Suppl. 4), à la p. 9.

⁹⁸ *Ibid.*, citant D. Bell, « Human immunodeficiency virus transmission in health care settings: risk and risk reduction », *American Journal of Medicine*, 1991, 3B-294S-3B-300S.

⁹⁹ Voir Centers for Disease Control, « Transmission of HIV infection during an invasive dental procedure - Florida », *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 1991, 40: 21-27, 33; Centers for Disease Control, « Update: investigations of persons treated by HIV-infected health care workers - United States », *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 1993, 42: 329-31; A. Dorozynski, « French patient contracts AIDS from surgeon », *British Medical Journal*, 1997, 314: 250; A. Blanchard et coll., « Molecular evidence for nosocomial transmission of human immunodeficiency virus from a surgeon to one of his patients », *Journal of Virology*, 1998, 72(5): 4357-4550.

¹⁰⁰ Association médicale canadienne, « Infection à VIH au travail », *Journal de l'Association médicale canadienne*, 1993, 148(10): 1800A-D.

¹⁰¹ J. Hoey, « When the physician is the vector » [éditorial], *Journal de l'Association médicale canadienne*, 1998, 159: 45-46, citant D.M. Bell et coll., « Preventing bloodborne pathogen transmission from health-care workers to patients: the CDC perspective », *Surg Clin North Am*, 1995, 1189-1203.

¹⁰² T. Mauth, « Charter Implications of Compelling Dentists to Reveal their HIV Status », *Health Law in Canada*, 1996: 97-106 à la p. 98, citant F. Rhame, « The HIV-Infected Surgeon », *Journal of the American Medical Association*, 1990, 264(4): 507 à la p. 508.

¹⁰³ J. Brookfield, cité dans Société canadienne du sida, *Le droit des travailleurs de la santé atteints du VIH à exercer leur profession sans restrictions: Un exposé de principes*, Ottawa, S.C.S., 11 septembre 1992, à la p. 2.

¹⁰⁴ R. Bayer, « Discrimination, Informed Consent, and the HIV Infected Clinician », *British Medical Journal*, 1997, 314: 915-916, à la p. 915, citant Centers for Disease Control and Prevention, *Estimates of the Risk of Transmission of Hepatitis B Virus and Human Immunodeficiency Virus to Patients by the Percutaneous Route During Invasive Surgical and Dental Procedures*, Atlanta, CDC, 1991, cité dans Jürgens, *supra*, note 6, à la p. 208.

¹⁰⁵ J.K. Lunde, « Informed Consent and the HIV-Positive Physician », *Medical Trial Technique Quarterly*, 1992, 38: 186 à la p. 197.

que ce droit est beaucoup plus exigeant en termes de divulgation que le droit criminel;

- examinons le rapport entre les critères respectifs de responsabilité délictuelle et de responsabilité criminelle et concluons que l'arrêt *Cuerrier*, tout en établissant le critère de divulgation pour éviter la responsabilité criminelle, ne modifie pas le critère plus exigeant, déjà établi, pour éviter la responsabilité civile;
- donnons nos conclusions et recommandations.

L'évaluation du risque de transmission du VIH par des actes médicaux

Il faut garder en perspective le degré de risque dont il est question ici:

- dans le *Compte rendu de la Conférence de concertation sur les professionnels de la santé infectés: Risque de transmission des pathogènes à diffusion hémotogène*, on rapporte que « [s]elon des modèles mathématiques du risque, si l'on prend comme dénominateur le chiffre de 1 000 000 d'interventions effectuées par un travailleur de la santé »⁹⁷, il pourrait se produire « de 2,4 à 24 transmissions du VIH (risque sporadique moyen)⁹⁸ ».
- En outre, on ne signale que deux cas documentés de transmission du VIH d'un professionnel de la santé à un patient (et il a été impossible de déterminer avec certitude absolue que ces cas de transmission ont résulté d'actes médicaux effracts)⁹⁹. L'Association médicale canadienne a signalé qu'il n'y avait pas eu, chez les patients au Canada, de cas d'infection à VIH résultant de l'exposition à des professionnels de la santé séropositifs¹⁰⁰. Aux États-Unis, les Centers for Disease Control ont étudié des rapports sur plus de 22 000 patients de 51 professionnels de la santé séropositifs et n'ont trouvé aucune preuve de transmission¹⁰¹.
- Les CDC américains ont estimé que le taux de transmission de VIH d'un médecin infecté à un patient se situait entre 1 par 100 000 et 1 par 1 000 000 par intervention chirurgicale¹⁰². Comme on l'a noté dans *Test de sérodiagnostic du VIH et confidentialité: rapport final*, le risque de transmission a été reconnu comme étant extrêmement bas par la Commission de réforme du droit de l'Ontario, et qualifié d'« infinitésimal »¹⁰³ par la Société canadienne du sida et d'« à peu près nul » par un commentateur qui citait des estimations statistiques des CDC américains (1/40 000 à 1/400 000 chez les chirurgiens séropositifs; 1/200 000 à 1/2 000 000 chez les dentistes séropositifs)¹⁰⁴.

Dans toute discussion sur la responsabilité criminelle pour non-divulgation, il faut se rappeler ce qui suit:

Nous n'exigeons pas que le médecin divulgue ses antécédents psychiatriques, sa toxicomanie ou son alcoolisme, ses facteurs de stress ou ses niveaux quotidiens de fatigue, bien que n'importe quel de ces facteurs revête plus d'importance pour la sécurité du patient que son état sérologique. Considéré par rapport à ces autres risques, le risque du VIH est mis en perspective¹⁰⁵.

Pour ce qui est de la transmission d'un patient séropositif à un professionnel de la santé, « Le taux estimatif de séroconversion à la suite d'une piqûre d'aiguille mettant en cause un patient séropositif reconnu est de 0,3 %. »¹⁰⁶. Il existe des données (mises en doute) selon lesquelles la prophylaxie à la zidovudine peut réduire ce risque de jusqu'à 79 %¹⁰⁷. Les Centers for Disease Control américains signalent 54 cas documentés de professionnels de la santé qui sont devenus séropositifs à la suite d'exposition professionnelle¹⁰⁸. L'Association médicale canadienne note qu'il n'y a eu qu'un seul cas au Canada d'infection à VIH chez un professionnel de la santé résultant d'une exposition professionnelle et que ce cas s'est produit en laboratoire et non dans un cadre clinique¹⁰⁹.

Malgré ce risque peu élevé, certains professionnels de la santé refusent encore de traiter des patients dont on connaît la séropositivité ou qui sont considérés comme étant « à risque » d'être infectés. Une étude récemment publiée de dentistes canadiens a révélé que, contrairement aux directives de l'Association dentaire canadienne, environ un dentiste sur six refuserait de traiter des patients séropositifs au VIH; 37 % ont affirmé également qu'ils ne seraient pas disposés à traiter des patients ayant le virus de l'hépatite B et 35 % ne traiteraient pas d'utilisateurs de drogue par injection¹¹⁰. Des tribunaux au Canada et aux États-Unis ont statué que de tels refus violaient les lois antidiscriminatoires et que les professionnels de la santé ne pouvaient (sur le plan déontologique ou juridique) refuser de prodiguer des soins à des personnes séropositives puisque le risque de transmission était si bas¹¹¹.

Toutefois, il est clair que la question des actes médicaux et du risque de transmission du VIH engendre encore beaucoup de confusion et de peur. Il ne faut pas permettre que l'arrêt *Cuerrier* contribue à cette ignorance ou qu'il soit invoqué pour l'élaboration de politiques mal avisées et, en fin de compte, préjudiciables.

Possibilité de responsabilité criminelle pour non-divulgation

Toutefois, l'arrêt *Cuerrier* ajoute l'élément suivant au contexte juridique: la possibilité de responsabilité *criminelle* pour la non-divulgation de la séropositivité. Il a déjà été jugé que la non-divulgation par un professionnel de la santé séropositif pouvait constituer un manquement à la déontologie dans des cas très limités (comme nous l'avons vu précédemment) et pouvait également engager la responsabilité *civile* (comme nous le verrons ci-dessous). Le nouveau développement amené par l'arrêt *Cuerrier* est la question de la responsabilité criminelle pour non-divulgation; contrairement à la faute déontologique ou à la responsabilité civile, la sanction criminelle pour non-divulgation s'applique non seulement aux professionnels de la santé, mais également au patient séropositif dans son interaction avec le professionnel de la santé. Le droit criminel s'appliquerait aux deux parties.

D'après l'arrêt *Cuerrier*, il y a obligation de divulguer la séropositivité dès qu'il y a « risque important » de transmission découlant d'un contact physique. Dans son arrêt, la Cour suprême n'a nullement examiné la portée de son arrêt dans le contexte des actes médicaux. Toutefois, si un tribunal devait appliquer cet arrêt dans un tel cas, il est possible que l'arrêt *Cuerrier* puisse être interprété comme imposant une obligation tant aux patients séropositifs qu'aux

¹⁰⁶ Association médicale canadienne, *supra*, note 100, citant Centres for Disease Control [États-Unis], « Case-control study of HIV seroconversion in health-care workers after percutaneous exposure to HIV-infected blood - France, United Kingdom, and United States, January 1988 - August 1994 », *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 1995, 44(50): 929-933. Voir également: (1) Ontario Medical Association Committee on HIV Infection, « OMA support program for the physician infected with a blood-borne pathogen », *Ontario Medical Review*, février 1999: 25-30; (2) J.L. Gerberding, « Management of occupational exposure to bloodborne viruses », *New England Journal of Medicine*, 1995, 332: 444-451; (3) J.L. Gerberding, « Occupational HIV Infection », *AIDS*, 1997, 11(Suppl. A): 557-560.

¹⁰⁷ D. Patrick, « HIV postexposure prophylaxis: new recommendations », *Journal de l'Association médicale canadienne*, 1997, 156: 223, citant: (1) J.I. Tokars et coll., « Surveillance of HIV infection and zidovudine use among health care workers after occupational exposure to HIV-infected blood », *Annals of Internal Medicine*, 1993, 118: 913-919; (2) « Case-control study of HIV seroconversion in health-care workers after percutaneous exposure to HIV-infected blood - France, United Kingdom, and United States, January 1988 - August 1994 », *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 1995, 44: 929-933.

¹⁰⁸ CDC, « Reported Cases of AIDS and HIV Infection in Health Care Workers », Atlanta, CDC, 28 décembre 1998.

¹⁰⁹ Association médicale canadienne, *supra*, note 100.

¹¹⁰ G.M. McCarthy et coll., « Factors Associated with Refusal to Treat HIV-Infected Patients: The Results of a National Survey of Dentists in Canada », *American Journal of Public Health*, 1999, 89: 541-545.

¹¹¹ Voir *Abbott c. Bragdon*, 118 S.Ct. 2196 (1998); *Commission des droits de la personne du Québec c. Dr GG*, Tribunal des droits de la personne du Québec, Québec, n° 200-53-000002-944, 11 avril 1995 (Juge Rivet), mentionné dans B. Guillot-Hurtubise, « Dentiste trouvé coupable de discrimination », *Bulletin canadien VIH/sida et droit*, 1995, 1(4): 1, 14-15.

Le fait de se conformer aux précautions universelles devrait être plus que suffisant dans presque toutes les situations pour réduire le risque de sorte qu'il ne puisse plus être considéré « important » (sur le plan juridique).

professionnels de la santé séropositifs de divulguer leur état avant tout acte médical qui pose un « risque important » de transmission du VIH. Le fait de ne pas divulguer son état dans une telle situation pourrait être jugé comme constituant une fraude qui vicie le consentement de l'autre personne à prendre part à l'acte.

L'observance des directives professionnelles

Il existe des politiques et des directives adoptées par les organismes de réglementation professionnelle et les experts de santé publique qui régissent la divulgation et la pratique par les professionnels de la santé séropositifs ou porteurs d'autres pathogènes à diffusion hématogène (par exemple, l'hépatite B ou C)¹¹². Après la discussion qui suit, nous concluons que les professionnels de la santé qui se conforment à ces directives concernant les précautions universelles et les modifications de la pratique n'ont vraisemblablement pas à s'inquiéter de la responsabilité criminelle à la suite de l'arrêt *Cuerrier*.

Les précautions universelles dans toutes les interventions

Les données citées dans la section précédente indiquent que le risque de transmission est extrêmement faible, même dans le cas d'actes effractifs. Le fait de se conformer aux précautions universelles devrait être plus que suffisant dans presque toutes les situations pour réduire le risque de sorte qu'il ne puisse plus être considéré « important » (sur le plan juridique). Par conséquent, conformément à l'approche analytique énoncée dans l'arrêt *Cuerrier*, le droit criminel ne devrait pas imposer d'obligation à la personne séropositive de divulguer son état avant que l'acte ne soit entrepris. Cette question n'a pas été débattue au Canada devant les tribunaux, si bien que l'on ne peut tirer de conclusions juridiques définitives sur cette question pour orienter les professionnels de la santé. Nous recommandons aux poursuivants et aux tribunaux d'accepter cette conclusion en droit si cette question était soulevée à l'avenir dans une instance criminelle.

Les interventions « propices aux expositions »

Il reste une dernière préoccupation, quant à la sous-catégorie d'actes effractifs que constituent les « interventions propices aux expositions ». Comme leur nom l'indique, de telles interventions posent un risque de transmission de pathogènes transmissibles par le sang, comme le VIH. Il nous semble que la définition canadienne des « interventions propices aux expositions » offre une voie de solution sur le plan juridique. Dans les actes de la Conférence « de consensus », on emploie l'expression « risque important de transmission » lorsque l'on définit l'expression « interventions propices aux expositions » comme:

[des] interventions au cours desquelles la transmission du VHB, du VHC ou du VIH des travailleurs de la santé à des patients *est très probable* et englobent les actes suivants:

a) la palpation avec le doigt de la pointe d'une aiguille dans une cavité du corps (espace creux à l'intérieur du corps ou d'un de ses organes(5)) ou la présence simultanée des doigts du travailleur de la santé et d'une aiguille ou d'un autre instrument ou objet pointu ou

¹¹² Voir notamment: (1) College of Physicians and Surgeons of Alberta, *HIV Infection in Health Care Workers*, septembre 1992; (2) College of Physicians and Surgeons of Ontario, *MDs Infected with HIV or HB*, (1994); *Policy on Physicians Infected with Blood-Borne Pathogens* (février 1994); (3) Manitoba College of Physicians and Surgeons, *Communicable Diseases (Bloodborne) in Physicians (Including HIV and Hepatitis B)* (n° 123); *Communicable Diseases (Bloodborne) in Physicians - Counselling* (n° 135); *Bloodborne Pathogen Precautions* (n° 136).

tranchant dans une zone du corps cachée ou très exiguë, p. ex.,
durant les chirurgies abdominales, cardiotoraciques, vaginales ou
orthopédiques lourdes, ou

b) la réparation d'importants traumatismes, ou

c) une section importante ou ablation de tout tissu buccal ou
péribuccal, y compris des structures dentaires

au cours desquelles les tissus exposés du patient peuvent entrer en
contact avec le sang d'un travailleur de la santé blessé.

Il est difficile de déterminer toutes les situations où il existe *un risque important de transmission* d'un pathogène à diffusion hémotogène; cette définition vise donc à orienter le praticien ou le comité d'experts lorsque vient le temps de prendre une décision éclairée concernant les facteurs à considérer dans un cas précis¹¹³.

Selon les Centers for Disease Control américains, un professionnel de la santé « ne devrait pas effectuer d'intervention propice aux expositions à moins qu'il ne divulgue préalablement sa séropositivité au patient »¹¹⁴. L'énoncé canadien le plus récent des principes généraux a été fait dans le « Compte rendu de la Conférence de 'concertation'¹¹⁵ » où l'on conclut aussi que la divulgation par les professionnels de la santé de leur séropositivité n'était pas nécessaire s'ils obtenaient et suivaient des conseils d'experts selon lesquels on devait éviter les « interventions propices aux expositions ». Dans le compte rendu de la Conférence, on affirme les principes suivants:

- Il n'est pas justifié d'exiger que les travailleurs de la santé subissent un test de sérodiagnostic obligatoire.
- L'application complète et appropriée des précautions universelle est adéquate dans la plupart des situations, pour réduire le risque de transmission à un niveau acceptable, en conséquence de quoi le travailleur de la santé n'aurait pas besoin de divulguer sa séropositivité au patient.
- Tout travailleur de la santé atteint d'une maladie infectieuse qui pourrait présenter un danger pour les patients devrait, par principe d'éthique, demander une évaluation médicale par un médecin de première ligne, qui devrait demander conseil relativement à l'évaluation du risque de transmission de l'infection en milieu de soins et à avoir recours, pour ce faire, à un mécanisme établi de consultation qui devrait protéger la confidentialité.
- Des lignes directrices devraient établir des critères à être pris en considération par le travailleur de la santé et le comité d'experts, pour prendre une décision éclairée dans les circonstances d'un cas particulier, quant à savoir si le travailleur devrait s'abstenir de pratique des « interventions propices aux expositions ».
- Pourvu que le travailleur de la santé suive les recommandations du comité, il ne serait pas tenu de divulguer sa séropositivité aux patients¹¹⁶.

Bien qu'il existe certainement un consensus quant à la première de ces deux questions, la question de « l'obligation de divulguer » sa séropositivité suscite des controverses. Il y a également un débat en cours sur la question de savoir à quel point la catégorie des « interventions propices aux expositions » devrait être définie de façon large et si les définitions actuelles restreignent indûment

¹¹³ « Compte rendu de la Conférence de concertation », *supra*, note 97, sous la rubrique « définitions ». [italique ajouté]

¹¹⁴ Centers for Disease Control, « Recommendations for preventing transmission of human immunodeficiency virus and hepatitis B virus to patients during exposure-prone procedures », *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 1991, 40: 1-9.

¹¹⁵ Il serait inexact de dire qu'il y a eu « consensus » lors de cette conférence. Voir les réactions de l'Association médicale canadienne et de l'Association dentaire canadienne annexées au compte rendu de la conférence. L'*AIDS Committee of Toronto* et *AIDS Action Now!* ont également exprimé leur opposition au fait d'imposer « l'obligation de se rapporter à un comité d'experts », en la comparant à la déclaration obligatoire, donc injustifiée et inutile: Jürgens, *supra*, note 6, à la p. 214.

¹¹⁶ Voir, par exemple: Laboratoire de lutte contre la maladie (Santé Canada), « La prévention des infections transmissibles par le sang dans les établissements de santé et les services publics », *Relevé des maladies transmissibles au Canada*, 1997, 2353.

les activités des professionnels de la santé séropositifs¹¹⁷. Comme le soutient un commentateur:

Le critère de divulgation énoncé en droit criminel est conforme au critère déjà énoncé dans les normes professionnelles.

Un examen des données laisse fortement entendre que la meilleure façon de protéger le public est l'observance rigoureuse des précautions universelles et le recours volontaire à des comités consultatifs d'experts sur une base anonyme. La déclaration obligatoire de l'identité des médecins séropositifs et le recours à des comités d'experts qui auraient le pouvoir d'interdire aux médecins de poser certains actes n'auraient pour effet que de diminuer le nombre de médecins à risque d'infection au VIH qui se manifesteraient pour subir des tests et des traitements, et d'ouvrir la voie aux tests obligatoires pour tous¹¹⁸.

En juin 1998, le Collège des médecins et chirurgiens de l'Ontario a approuvé une politique sur les pathogènes à diffusion hémotogène qui n'oblige pas les médecins à subir de test et à faire des déclarations pour le VIH ou les hépatites B et C, et qui n'oblige pas les médecins à divulguer leur état sérologique aux patients. Toutefois, le Collège affirme qu'un médecin a l'obligation déontologique de connaître son état immunologique et de prendre les mesures qui s'imposent pour éviter la transmission aux patients, y compris la consultation confidentielle auprès d'un comité d'experts sur les modifications à apporter à sa pratique¹¹⁹. Certains craignent que l'imposition d'une telle obligation professionnelle équivaille à la déclaration obligatoire, à laquelle se sont opposés les organismes communautaires de lutte contre le sida. Toutefois, l'obligation de divulguer aux patients a certainement été rejetée comme option de politique. Comme on l'a noté dans le *Compte rendu de la Conférence de concertation*¹²⁰:

Si les travailleurs de la santé voient la divulgation de ces renseignements comme un élément pouvant menacer leur gagne-pain, ils seront moins désireux de connaître leur statut sérologique ou hésiteront davantage à subir volontairement des tests. De l'avis des participants, si les comités d'experts prennent des décisions valables qui tiennent compte de toutes les données disponibles sur l'ampleur du risque posé par des travailleurs de la santé infectés effectuant des interventions propices aux expositions et si les modifications ou les restrictions qu'ils imposent touchant la pratique de ces travailleurs sont respectées par ces derniers, il ne serait pas nécessaire de divulguer cette information¹²¹.

Dans le présent document, nous n'abordons pas le débat sur la question de savoir si le contenu réel de la définition des « interventions propices aux expositions » (c'est-à-dire les actes précis qui y sont décrits) est trop large. Il suffit de conclure ici que, quelque soit l'issue de ce débat, le critère de divulgation en droit criminel énoncé dans l'arrêt *Cuerrier* et les directives de Santé Canada concordent. Le procès verbal de la conférence contient la recommandation suivante:

Si l'état de santé du travailleur de la santé infecté et les interventions propices aux expositions ont fait l'objet d'une évaluation par le

¹¹⁷ Pour connaître la « définition canadienne » des « interventions propices aux expositions » du Laboratoire de lutte contre la maladie de Santé Canada, voir le « Compte rendu de la Conférence de concertation », *supra*, note 97.

¹¹⁸ A. Karrel, « HIV-infected physicians: How best to protect the public? », *Journal de l'Association médicale canadienne*, 1995, 152: 1059-1062.

¹¹⁹ College of Physicians and Surgeons of Ontario, *Policy on Blood Borne Pathogens*, Toronto, juin 1998.

¹²⁰ Laboratoire de lutte contre la maladie, voir le « Compte rendu de la Conférence de concertation », *Relevé des maladies transmissibles au Canada*, 1998; 2454.

¹²¹ Compte rendu de la conférence, *supra*, note 97.

comité d'experts et si toutes les recommandations de ce comité sont respectées, il n'est pas nécessaire de dévoiler l'état infectieux d'un travailleur de la santé à des patients avant une intervention propice aux expositions afin de protéger ces derniers contre des pathogènes transmissibles par le sang¹²².

L'arrêt *Cuerrier*, qui impose l'obligation de divulguer la séropositivité dans certaines situations, ne doit pas être considéré comme étant incompatible avec ces politiques ou directives existantes. Dans le compte rendu de la conférence susmentionnée, il est expressément fait mention d'un « risque important de transmission de pathogènes à diffusion hématogène »¹²³. Cette expression concorde évidemment avec celle de la Cour dans l'arrêt *Cuerrier*; ainsi, le critère de divulgation énoncé en droit criminel est conforme au critère déjà énoncé dans les normes professionnelles.

Nous n'abordons pas non plus le débat sur ce qu'il faut entendre au juste par les interventions « propices aux expositions ». Quels que soient les actes éventuellement compris sous la rubrique « propices aux expositions », il suffit de conclure ici que le professionnel de la santé séropositif qui se conforme aux directives professionnelles déjà établies concernant les précautions universelles et les comités d'experts relatifs aux « interventions propices aux expositions » n'encourt probablement pas de responsabilité criminelle pour la non-divulgation de sa séropositivité. Bien que cette affirmation n'ait pas été confirmée par les tribunaux, il s'agit d'une prévision raisonnée pour les professionnels de la santé séropositifs; cela constitue également une recommandation aux ministères publics et aux tribunaux qui seraient éventuellement appelés à examiner l'application de l'arrêt *Cuerrier* dans le contexte des actes médicaux.

En outre, l'arrêt *Cuerrier* n'oblige pas les organismes de réglementation professionnelle à réviser leurs politiques afin de les rendre plus rigoureuses ou plus restrictives à l'égard des professionnels de la santé séropositifs. Le critère est le même que celui de l'arrêt *Cuerrier*; c'est-à-dire que les politiques et directives actuelles visent à prévenir l'exposition des patients à un « risque important » de transmission du VIH par le professionnel de la santé. Un équilibre a déjà été établi dans l'élaboration de ces politiques et directives (bien que cet équilibre ne jouisse pas d'un consensus absolu); l'arrêt *Cuerrier* n'a pas pour effet de briser cet équilibre.

La non-divulgation de la séropositivité

Certaines questions ont été soulevées sur la manière dont l'arrêt *Cuerrier*, portant sur la divulgation de la séropositivité, se situait par rapport aux obligations juridiques existantes qui incombent aux professionnels de la santé d'informer leurs patients de divers risques afférents aux actes médicaux.

Le droit actuel de la responsabilité délictuelle impute une responsabilité civile aux professionnels de la santé qui n'obtiennent pas le *consentement éclairé* d'un patient. Autrement dit, un professionnel de la santé peut être poursuivi en dommages-intérêts dans une action civile en négligence intentée par un patient qui a subi un préjudice à la suite d'un acte médical s'il n'y a pas eu divulgation adéquate des risques liés à cet acte. La poursuite civile n'est

Le professionnel de la santé séropositif qui se conforme aux directives professionnelles déjà établies concernant les précautions universelles et les comités d'experts relatifs aux « interventions propices aux expositions » n'encourt probablement pas de responsabilité criminelle pour la non-divulgation de sa séropositivité.

L'arrêt *Cuerrier* n'oblige pas les organismes de réglementation professionnelle à réviser leurs politiques afin de les rendre plus rigoureuses ou plus restrictives à l'égard des professionnels de la santé séropositifs.

¹²² Ibid.

¹²³ Laboratoire de lutte contre la maladie, « Compte rendu de la Conférence de concertation », *Relevé des maladies transmissibles au Canada*, 15 juillet 1998, suppl. 2454.

recevable que si le patient a subi un préjudice réel à la suite de l'acte et si le risque de ce préjudice ne lui a pas été divulgué à l'avance.

La jurisprudence dans le domaine de la responsabilité délictuelle pour faute professionnelle du médecin a établi qu'un patient ne pouvait donner son consentement éclairé que s'il était informé de « tous les risques importants »¹²⁴. Comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Reibl*, un médecin:

doit, généralement, répondre aux questions précises que lui pose le patient sur les risques courus et doit, sans qu'on le questionne, lui divulguer la nature de l'opération envisagée, sa gravité, tous risques importants et tous risques particuliers ou inhabituels que présente cette opération. Cependant, ceci dit, il faut ajouter que l'étendue du devoir de divulguer et la question de savoir s'il y a eu manquement sont des questions qu'il faut décider en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier. [...] Dans l'arrêt *Hopp c. Lepp*, précité, la Cour a également fait remarquer que même si un certain risque ne constitue qu'une *simple possibilité* qu'il n'est généralement pas nécessaire de divulguer, *on doit le considérer comme un risque important qu'il faut divulguer, si sa réalisation entraîne des conséquences graves*, par exemple, la paralysie ou la mort¹²⁵.

Le droit actuel de la responsabilité civile délictuelle établit donc déjà un critère pour la divulgation par le professionnel de la santé séropositif. Lorsqu'un acte médical n'entraîne qu'une « simple possibilité » de transmission du VIH du professionnel de la santé au patient, le droit considère qu'il s'agit là d'un risque « important » qui doit être divulgué pour pouvoir obtenir le consentement éclairé du patient: *Reibl*, précité. Dans un arrêt subséquent, le tribunal a exigé la divulgation complète au patient d'un risque « infiniment petit » de décès¹²⁶. Comme l'a expliqué un commentateur:

La tendance qui a été établie en jurisprudence canadienne est logique: l'importance du risque découle d'un rapport inverse avec le degré de gravité et la probabilité de survenance. Par conséquent, alors qu'il est peu probable que le médecin soit tenu d'informer le patient d'un risque de 1 sur 50 000 de développer une éruption cutanée bénigne, il est beaucoup plus probable que le médecin soit tenu d'informer ce patient d'un risque de décès avec la même probabilité de survenance¹²⁷.

Les tribunaux ont indiqué que les normes professionnelles, bien qu'elles ne soient pas déterminantes de la question de savoir si un risque est « important » et doit donc être divulgué, sont un facteur important dont il faut tenir compte pour déterminer si un professionnel de la santé encourt une responsabilité civile en négligence pour ne pas avoir divulgué un risque connu de préjudice au patient¹²⁸.

Il faut se rappeler que ce critère de la « simple possibilité », pour la divulgation, existe en droit de la responsabilité délictuelle, qui impose la responsabilité *civile*. Bien entendu, la plupart des actes médicaux n'entraîneront pas de risque important de transmission du VIH et le droit de la responsabilité civile délictuelle n'imposera aucune obligation de divulgation

¹²⁴ *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Videto c. Kennedy*, (1981) 125 D.L.R. (3^e) 127 (C.A. Ont.); *Haughian c. Paine*, [1986] S.J. n° 352 (B.R. Sask.) (Q.L.); *Malette c. Shulman*, (1990) 37 O.A.C. (281 (C.A.)); *Fleming c. Reid*, (1991) 82 D.L.R. (4^e) 298 (C.A. Ont.); *Lue c. St Michael's Hospital*, [1997] O.J. n° 255 (Gen Div) (Q.L.); *Halkyard c. Mathew*, [1998] A.J. n° 986 (B.R.) (Q.L.); *Van Mol (Litigation Guardian of) c. Ashmore*, [1999] B.C.J. n° 31 (C.A.) (Q.L.).

¹²⁵ *Reibl*, *supra*, note 124, aux p. 884-885 [italique ajouté].

¹²⁶ *Kitchen c. McMullen*, (1989) 62 D.L.R. (4^e) 481, 50 C.C.L.T. 213 (C.A.N.-B.), autorisation d'en appeler à la C.S.C. refusée, [1990] 1 R.C.S. viii (contraction de l'hépatite par transfusion de sang).

¹²⁷ J.C. Wright et J.L. Allinson, « AIDS, Mandatory Testing and Serostatus Disclosure in the Health Care Setting », *Health Law Review*, 1994, 3(2): 13-24 à la p. 17.

¹²⁸ *Videto c. Kennedy*, *supra*, note 124, à la p. 133.

aux professionnels de la santé séropositifs. Comme nous l'avons vu, il n'y a eu jusqu'à maintenant que deux cas documentés de transmission du VIH d'un travailleur de la santé à un patient par la voie d'actes médicaux.

Dans l'arrêt *Cuerrier*, la question en litige était de savoir si la non-divulgence pouvait donner lieu à la responsabilité *criminelle*. Le droit de la responsabilité délictuelle et le droit criminel sont distincts. En règle générale, le droit criminel exige un degré plus élevé de méfait et une norme de preuve plus rigoureuse, avant d'imposer des sanctions pénales. Il n'est donc pas surprenant que le critère de divulgation énoncé en droit criminel par l'arrêt *Cuerrier* (« le risque important » de préjudice) soit plus rigoureux que le critère de divulgation déjà énoncé en droit de la responsabilité délictuelle (« une simple possibilité »). Par conséquent, l'arrêt *Cuerrier* n'a pas pour effet d'étendre l'obligation de divulgation du professionnel de la santé séropositif.

Toutefois, l'arrêt signifie que lorsqu'un acte entraîne un « risque important » de transmission, le professionnel de la santé peut être tenu criminellement responsable pour ne pas avoir divulgué sa séropositivité à un patient. (Si le VIH est transmis au patient lors de l'acte médical, le professionnel de la santé pourrait probablement être tenu responsable au civil également: il est évident qu'un risque considéré « important » [« significant risk » en anglais, au sens de « probabilité importante »] de transmission du VIH satisfierait également aux critères de « risque important » [au sens de « danger de conséquences graves » – « material risk », en anglais]. Cependant, la « simple possibilité » de transmission du VIH pendant un acte médical, bien que suffisante pour entraîner la responsabilité civile du professionnel de la santé, ne devrait pas être considérée suffisante pour satisfaire au critère du « risque important » pour les fins du droit criminel, tel qu'énoncé dans l'arrêt *Cuerrier*; le professionnel de la santé ne devrait pas faire l'objet de poursuites criminelles pour voies de fait pour ne pas avoir divulgué son état sérologique lorsqu'il n'y a qu'une « simple possibilité » de transmission.

Recommandations

Recommandation 12

L'arrêt Cuerrier ne devrait pas être interprété comme imposant la responsabilité criminelle à un professionnel de la santé séropositif qui ne divulgue pas son état, s'il se conforme aux directives professionnelles établies concernant les précautions universelles et aux conseils d'experts relatifs aux « interventions propices aux expositions ».



Lois, politiques et pratiques de santé publique

L'arrêt *Cuerrier* a amené certains à se demander si l'arrêt avait une incidence les initiatives de santé publique.

D'après l'arrêt *Cuerrier*, la non-divulgateion, par une personne séropositive, de sa séropositivité dans une situation où son comportement pose un « risque important » de transmission peut constituer des voies de fait, en droit canadien. Le principal objectif du présent document est d'analyser la portée éventuelle de cet arrêt à l'égard de la responsabilité criminelle qui pourrait être imputée aux personnes séropositives dans diverses situations.

Cependant, l'arrêt *Cuerrier* a également amené certains à se demander si l'arrêt avait une incidence les initiatives de santé publique. Dans la présente section, nous examinons la question de savoir si l'arrêt *Cuerrier* exige que l'on apporte des modifications aux pratiques de santé publique ou à l'exercice des pouvoirs et obligations au regard des lois sur la santé publique, par exemple pour ce qui est du counselling pré-test et post-test, de la notification des partenaires et des interventions de santé publique.

Counselling et notification des partenaires

Les principes en vigueur demeurent les mêmes

La « relance des contacts » ou « notification des partenaires » a été définie comme « la diversité des activités du domaine de la santé publique par lesquelles on informe et on conseille des partenaires sexuels ou de partage de matériel d'injection, et on leur offre des services »¹²⁹. Comme l'a fait remarquer Jürgens: « La controverse à résoudre n'est pas de *savoir si* l'on doit informer les partenaires sexuels ou d'injection qu'ils sont peut-être infectés, mais plutôt *comment* on devrait les en informer »¹³⁰.

¹²⁹ Organisation mondiale de la santé, « Consensus Statement on Partner Notification for Preventing HIV Transmission », *Venereology*, 1990, 3(1): 17, cité dans Jürgens, *supra*, note 6, à la p. 263.

¹³⁰ Jürgens, *supra*, note 6, à la p. 263, citant D. Roy (dir.), *VIH et sida: plan d'action triennal - aspects éthiques et juridiques*, Montréal, Institut de recherches cliniques de Montréal, Centre québécois de coordination sur le sida, 1991, à la p. 44-45.

Dans les *Lignes directrices concernant la notification aux partenaires dans les cas de VIH/sida* (1997), on affirme que la notification des partenaires n'est acceptable que si elle se conforme à certains principes. En vertu de ces lignes directrices, la notification des partenaires doit notamment satisfaire aux critères suivants:

- être volontaire, non coercitive et non préjudiciable;
- respecter strictement la confidentialité de toutes les données se rattachant tant au cas index qu'aux partenaires, y compris les dossiers sous forme écrite, les renseignements permettant de retracer les partenaires, et, lorsque les partenaires sont avisés par le travailleur de la santé, l'identité du cas index;
- faire en sorte que, dans le cadre du processus de notification, au moment où les partenaires sont avisés qu'ils pourraient avoir été exposés au VIH, aucun autre renseignement ne leur est transmis qui permettrait d'identifier le cas index;
- essayer de voir à ce que les cas index et les partenaires soient entourés de réseaux de soutien social appropriés, tels que famille, amis, communauté, psychologues et conseillers; il faudra peut-être fournir des services de soutien d'urgence aux personnes qui vivent dans des régions éloignées¹³¹.

Dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour a statué qu'une personne séropositive pouvait commettre des voies de fait criminelles si elle ne divulguait pas son état sérologique avant d'exposer autrui à un risque important d'infection. L'arrêt *Cuerrier* a une incidence sur le rapport entre la personne séropositive et les autres, pour lesquelles son comportement peut poser un « risque important » de transmission. Cet arrêt ne modifie en rien les obligations actuelles relatives à la notification des partenaires et il n'est pas contraire aux principes qui devraient orienter les régimes en la matière.

L'incorporation des principes énoncés dans l'arrêt *Cuerrier* au counselling

Le comité F/P/T a également énoncé un certain nombre de questions dont il faut tenir compte dans la conception des programmes de notification des partenaires, notamment:

- Chaque personne qui demande à subir un test du VIH et de recevoir du counselling « devrait bien comprendre le programme de notification des partenaires en vigueur dans sa province ou son territoire ainsi que ses conséquences, avant de se soumettre au test ».
- « La sécurité de la personne index, du travailleur de la santé et des partenaires doit passer avant toute chose et devrait être évaluée avant que la notification n'ait lieu. »
- « Les groupes concernées doivent participer dès le départ aux discussions et au processus de prise de décisions entourant la notification aux partenaires » (y compris des personnes vivant avec le VIH/sida et des organismes communautaires du domaine du VIH/sida).
- « On peut juger que certaines expositions ne sont pas *importantes* et qu'il n'est donc pas important d'aviser les partenaires. Plusieurs guides du sexe à moindre risque abordent l'importance des effets de diverses expositions. La

¹³¹ *Lignes directrices concernant la notification aux partenaires dans les cas de VIH/sida, supra, note 60.*

Société canadienne du sida, par exemple, [...] a publié un [document sur le sécurisexe et d'autres mesures de précaution] qui est le fruit d'une vaste consultation. »

- « Les programmes devraient permettre de régler les cas des personnes qui ne sont pas prêtes à coopérer au processus de notification, bien que ces cas soient très rares. Bon nombre de provinces et territoires et plusieurs associations médicales permettent que l'on avise les partenaires courants des cas index peu coopératifs sans le consentement de ces derniers, mais en les informant cependant de la démarche, afin d'éviter que les personnes toujours à risque soient infectées. Les professionnels de la santé publique devraient travailler de concert avec les communautés concernées de façon à trouver des solutions créatrices à ces situations délicates »¹³².

Il est donc important que le counselling pré-test et post-test comprenne non seulement une explication de la notification des partenaires, mais qu'il informe également les personnes diagnostiquées séropositives de la possibilité de poursuites criminelles si elles ne divulguent pas leur état avant de s'adonner à des activités qui posent un risque « important » de transmission.

Le comité F/P/T affirme que le counselling pré-test et post-test doit faire en sorte que les intéressés comprennent le programme de notification des partenaires qui sera mis en œuvre s'ils sont diagnostiqués séropositifs. Par exemple, les lignes directrices actuelles en matière de counselling du VIH élaborées par l'Association médicale canadienne, lesquelles reflètent les principes généralement acceptés comme normes de pratique pour les médecins, disposent actuellement:

Au cours d'une séance de counselling pré-test, le médecin doit préciser que si les résultats du test sont positifs, l'éthique l'oblige à veiller à ce que les partenaires sexuels et toxicomanes du patient soient informés qu'ils ont peut-être été exposés au VIH. Si une personne infectée au VIH refuse d'informer ses partenaires ou est incapable de le faire, avant de dévoiler son état, il faut discuter avec elle de la possibilité que le médecin ou un professionnel de la santé publique s'en charge¹³³.

L'arrêt *Cuerrier* confirme la possibilité de poursuites criminelles pour la non-divulgaration de la séropositivité dans certaines situations. Il est donc important que le counselling pré-test et post-test comprenne non seulement une explication de la notification des partenaires, mais qu'il informe également les personnes diagnostiquées séropositives de la possibilité de poursuites criminelles si elles ne divulguent pas leur état avant de s'adonner à des activités qui posent un risque « important » de transmission.

La communication de renseignements sur le risque de poursuites criminelles pour non-divulgaration avant d'avoir des rapports sexuels non protégés et de partager du matériel d'injection a probablement pour effet de renforcer la stigmatisation et l'approche punitive dont font déjà l'objet le test du VIH et un diagnostic positif. Cette question doit donc être traitée avec sensibilité. Les conséquences néfastes éventuelles de la divulgation aux partenaires (comme nous l'avons vu précédemment) soulignent la nécessité de considérer la sécurité personnelle et le soutien social, en abordant la tâche de la notification des partenaires. Ce principe est reconnu dans les lignes directrices; toutefois, l'absence de toute reconnaissance expresse de cette question dans l'arrêt *Cuerrier* quant à l'importance juridique de ces risques présente une difficulté supplémentaire pour la personne séropositive appelée à divulguer son état à un partenaire.

¹³² *Ibid.* [italique ajouté]

¹³³ Association médicale canadienne, *Sérodiagnostic du VIH – Lignes directrices pour le counselling*, Ottawa, l'Association, 1995, à la p. 7.

Les politiques et les pratiques sanitaires doivent être exactes et conformes à l'arrêt *Cuerrier*

À la suite de l'arrêt *Cuerrier*, les autorités de santé publique et les intervenants de première ligne doivent veiller à ce que les renseignements fournis dans le cadre de counselling relatif à l'obligation de divulguer sa séropositivité soient exacts. Il y a lieu de s'inquiéter à cet égard. Par exemple, l'interprétation de l'arrêt *Cuerrier* qui a été fournie à tous les médecins hygiénistes de l'Ontario exagère la portée de cet arrêt. Une note du ministère de la Santé et du médecin hygiéniste en chef est préoccupante. En effet,

- il est affirmé dans la note que, d'après l'arrêt *Cuerrier*, la fraude qui invalide le consentement doit comprendre « le risque de préjudice grave ». Il n'est pas mentionné que la Cour a pris la peine de préciser expressément qu'il fallait un risque *important* de préjudice grave pour entraîner la responsabilité criminelle, ce qui est au cœur de l'arrêt.
- dans la note, on souligne qu'« un counselling complet doit également comprendre la notification aux partenaires et le besoin d'informer les individus qu'ils doivent divulguer leur état et ne pas mentir à propos de leur séropositivité à *tous* leurs partenaires sexuels ». Encore une fois, cette note exagère l'obligation de divulgation énoncée par la Cour qui indique que l'obligation de divulguer la séropositivité ne naît que s'il y a un « risque important de préjudice corporel grave ». L'arrêt n'oblige *pas* la divulgation aux partenaires sexuels lorsqu'il n'y a pas un « risque important » de transmission du VIH¹³⁴.

Recommandations

Recommandation 13

*Les médecins ou les intervenants en santé publique qui effectuent la notification des partenaires doivent encore veiller à ce que la situation globale d'une personne (y compris sa sécurité) soit prise en compte dans la détermination du moment et de la manière de notifier les partenaires quant à leur exposition éventuelle à l'infection à VIH. L'arrêt *Cuerrier*, qui impose à la personne séropositive l'obligation de divulguer son état avant de s'adonner à des activités qui posent un « risque important » de transmission, n'autorise pas les intervenants de santé publique à déroger de cette ligne directrice et de cette pratique.*

Recommandation 14

Les autorités de santé publique et les intervenants de première ligne, de même que les professionnels de la santé chargés de donner du counselling pré-test et post-test et qui effectuent la notification des partenaires doivent incorporer, dans leur counselling, la fourniture de renseignements exacts sur les situations où le droit criminel peut imposer l'obligation de divulguer la séropositivité et où la non-divulgation peut donner lieu à la responsabilité criminelle.

Recommandation 15

Il faut améliorer l'accès au test anonyme (ou, à tout le moins, au test non nominatif souple) pour contrecarrer les effets néfastes sur le recours au test qui peuvent découler de cette connaissance que le fait de

À la suite de l'arrêt *Cuerrier*, les autorités de santé publique et les intervenants de première ligne doivent veiller à ce que les renseignements fournis dans le cadre de counselling relatif à l'obligation de divulguer sa séropositivité soient exacts.

¹³⁴ Ministère de la Santé de l'Ontario, mémorandum transmis à tous les médecins hygiénistes par le médecin hygiéniste en chef de la Health and Legal Services Branch, 5 février 1999.

ne pas divulguer la séropositivité peut donner lieu à des poursuites criminelles.

Recommandation 16

Il faut effectuer des recherches sur les effets que peuvent avoir une approche sanitaire coercitive et le recours aux sanctions criminelles pour non-divulgaration sur la volonté des gens de subir un test de sérodiagnostic du VIH et de se prévaloir des services de soins et de soutien (particulièrement chez ceux qui sont plus vulnérables à l'infection).

L'arrêt *Cuerrier* montre à quel point il est important de s'assurer que les interventions de santé publique soient utilisées de façon appropriée avant d'avoir recours aux sanctions criminelles.

Interventions sanitaires coercitives

Comme nous l'avons vu, l'arrêt *Cuerrier* et l'obligation qu'il impose de divulguer la séropositivité dans des situations limitées ont une incidence sur les rapports entre la personne vivant avec le VIH/sida et les gens avec lesquels elle s'adonne à des comportements qui posent un « risque important » de transmission. Cet arrêt n'impose aucune autre obligation juridique aux responsables de la mise en œuvre des lois ou des politiques de santé publique et n'a pas pour effet de modifier les obligations actuelles, au regard de ces lois ou politiques, de prendre des mesures de protection de la santé publique.

L'arrêt *Cuerrier* montre à quel point il est important de s'assurer que les interventions de santé publique soient utilisées de façon appropriée avant d'avoir recours aux sanctions criminelles. Dans plusieurs provinces, on a envisagé la possibilité d'élaborer des mesures qui seraient mises en œuvre dans les situations où une personne séropositive continuerait de s'adonner à des activités qui risquent la transmission du VIH sans divulguer son état à ceux qui sont mis à risque (par exemple, les partenaires sexuels et ceux qui partagent du matériel d'injection)¹³⁵. Comme il ressort généralement des directives actuelles (par exemple, celle du Service sanitaire de la ville de Toronto) et comme il est expressément recommandé par des entités comme le Comité consultatif ontarien de lutte contre le VIH/sida le groupe de travail de l'Hôpital général de Montréal, on s'appuie couramment sur le principe selon lequel on doit adopter les interventions « les moins importunes et les plus efficaces » comme principe d'orientation de la pratique en matière de santé publique.

Une telle approche est également conforme aux principes formulés dans *Le VIH/sida et les droits de l'homme: Directives internationales*, publiées par les Nations Unies en 1996, à l'effet que:

Directive 3: Législation relative à la santé publique

(d) [...] Quand la liberté de ces personnes est restreinte, les garanties prévues par la loi (préavis, droit de révision et d'appel, jugements assortis de périodes fixes plutôt qu'indéterminées, droit de représentation, etc.) doivent être respectées.

(g) Aux termes de la législation relative à la santé publique, les professionnels de la santé doivent être autorisés, mais sans y être obligés, à décider, suivant la nature du cas et en fonction de considérations éthiques, d'informer les partenaires sexuels d'un

¹³⁵ Hôpital général de Montréal (Module prévention et contrôle des MTS/sida), *Politique d'intervention envers les personnes séropositives qui ne prennent pas les précautions nécessaires pour prévenir la transmission du VIH*, (document de travail), Montréal, 4 juillet 1996; Santé Manitoba, *Guidelines for Reducing HIV Transmission by People who are Unwilling or Unable to Take Appropriate Precautions*, Winnipeg, 13 avril 1996; Office of the [British Columbia] Provincial Health Officer, *Public Health Guidelines for Managing Difficult HIV Cases*, Victoria, novembre 1993; Comité consultatif ontarien de lutte contre le VIH/sida, *Reducing HIV Transmission by People with HIV Who Are Unwilling or Unable to Take Appropriate Precautions*, Toronto, septembre 1997.

patient de sa séropositivité. Une telle décision est cependant subordonnée aux critères suivants:

- le porteur du virus a reçu tous les conseils nécessaires;
- ces conseils ont été inutiles pour provoquer chez lui le changement de comportement souhaité;
- le porteur du virus a refusé d'informer ses partenaires ou n'a pas consenti à ce qu'ils soient informés;
- un risque réel de transmission du VIH au(x) partenaire(s) existe;
- le porteur du virus a reçu un préavis suffisant;
- si possible, l'identité du porteur du virus n'est pas révélée au(x) partenaire(s);
- le cas échéant, un suivi est assuré pour aider les intéressés.

Conformément à cette approche, les sanctions pénales ne devraient être qu'une mesure de dernier recours, qui ne serait prise que si les interventions plus souples à la disposition des autorités de santé publique ont échoué pour amener les changements de comportement nécessaires.

Conformément à cette approche, les sanctions pénales ne devraient être qu'une mesure de dernier recours, qui ne serait prise que si les interventions plus souples à la disposition des autorités de santé publique ont échoué pour amener les changements de comportement nécessaires. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, il est expressément recommandé dans les directives internationales que les États voient à ce que leurs lois criminelles « ne soient pas indûment utilis[e]s » dans le contexte du VIH/sida¹³⁶.

Toutefois, puisque les accusations criminelles demeurent une option, il faut examiner la norme de comportement en matière de divulgation du VIH établie par le droit criminel (dans la mesure où cette norme peut être déterminée actuellement). L'arrêt *Cuerrier* impose à la personne séropositive l'obligation de divulguer son état si son comportement pose un risque *important* de transmission. Par conséquent, si les interventions de santé publique amènent un changement de comportement de sorte qu'il n'y a pas de motif raisonnable et probable de croire que la personne séropositive s'adonnera à un comportement qui pose un risque *important* de transmission, rien ne justifie le recours à la justice criminelle.

Recommandations

Recommandation 17

Les services et les autorités de santé publique devraient veiller à ce que leurs politiques et pratiques relatives aux interventions à l'égard d'individus qui placent autrui dans une situation de risque important d'infection permettent de prendre des mesures graduées qui s'appuient sur le principe de l'intervention « la moins importune et la plus efficace ». Les expériences et les modèles de meilleures pratiques relativement à de telles interventions devraient être partagés entre les unités sanitaires, au sein des provinces et entre elles.

Recommandation 18

Le ministère public devrait consulter les autorités sanitaires avant de porter des accusations criminelles, afin de déterminer s'il existe

¹³⁶ Le VIH/sida et les droits de l'homme – Directives internationales, *supra*, note 45 (directive 4).

d'autres mesures, en vertu des lois sur la santé publique, qui peuvent constituer une solution de rechange à la poursuite criminelle.

Recommandation 19

Si nécessaire, les lois, les règlements et les politiques devraient être modifiés pour mettre en œuvre des garanties procédurales adéquates (par exemple, la révision automatique d'ordonnances, le droit d'appel et le droit à l'avocat) contre l'abus de pouvoirs sanitaires coercitifs.



La divulgation obligatoire de renseignements confidentiels prescrite par la loi

Dans la présente section, nous examinons trois situations dans lesquelles la loi oblige ou peut obliger la divulgation de renseignements sur l'état sérologique d'une personne ou sur son comportement à l'égard d'autrui:

- les obligations de déclaration des cas de VIH et/ou de sida en vertu des lois sur la santé publique;
- l'« obligation » de *common law* « d'avertir » une personne à risque d'infection du comportement d'une personne séropositive;
- l'observation d'un mandat de perquisition ou d'une assignation dans le cadre d'une poursuite criminelle.

Nous concluons que l'arrêt *Cuerrier* n'a pas pour effet de modifier les obligations juridiques actuelles dans ces domaines – et que cet arrêt ne doit pas être interprété comme ayant un tel effet. Toutefois, nous concluons que les organismes communautaires qui œuvrent auprès de personnes vivant avec le VIH/sida auraient intérêt à élaborer des politiques ou des protocoles sur le traitement des renseignements confidentiels relatifs à l'état sérologique d'une personne ou à ses activités à risque.

Déclaration des cas de VIH ou de sida

L'obligation légale de déclarer les cas de VIH et/ou de sida est une question traitée par les lois sur la santé publique provinciales ou territoriales. Comme il

L'arrêt *Cuerrier* n'a aucune incidence sur les obligations légales de déclaration des cas qui incombent aux médecins, aux laboratoires d'analyse ou à d'autres catégories de personnes nommées dans les lois provinciales applicables.

est expliqué dans *Test de sérodiagnostic du VIH et confidentialité: rapport final*¹³⁷, chaque province et territoire oblige la déclaration, aux autorités de santé publique, de tout diagnostic de sida. En outre, toutes les provinces et territoires obligent la déclaration d'un diagnostic du VIH, sauf le Québec, la Colombie-Britannique et le Yukon¹³⁸. (On s'attend à ce que les recommandations de 1998 pour rendre la séropositivité au VIH à déclaration non nominative au Québec soient acceptées. En Colombie-Britannique, la collecte non nominative de données relatives au diagnostic du VIH est faite par des laboratoires d'analyse.) Dans certaines provinces ou territoires, le VIH et le sida doivent être déclarés de façon nominative; dans d'autres, ils sont déclarés de façon non nominative.

Les lois sur la santé publique identifient également des catégories de personnes auxquelles incombent des obligations de déclaration définies. Dans toutes les provinces, les médecins et les laboratoires sont tenus de faire la déclaration des cas; dans certaines provinces, les obligations légales de déclaration sont également imposées à d'autres catégories de personnes comme les enseignants, les directeurs d'écoles, les directeurs de prison, etc. Les obligations de déclaration des cas (du moins en ce qui a trait à celles qui sont imposées aux laboratoires) ont été jugées légales comme des atteintes admissibles, sur le plan constitutionnel, au droit à la vie privée des personnes testées¹³⁹.

Certains se sont demandé si l'arrêt *Cuerrier* avait une incidence sur les obligations de déclaration établies en vertu des lois sur la santé publique. L'arrêt *Cuerrier* portait sur la question de savoir si une personne séropositive pouvait être reconnue coupable de voies de fait pour avoir eu des rapports sexuels non protégés sans divulguer son état sérologique. Cette question n'a aucune incidence sur les obligations légales de déclaration des cas qui incombent aux médecins, aux laboratoires d'analyse ou à d'autres catégories de personnes nommées dans les lois provinciales applicables.

L'« obligation d'avertir »

La *common law* reconnaît depuis longtemps que les professionnels de la santé ont une obligation de confidentialité envers leurs patients, sous réserve de certaines exceptions¹⁴⁰. Dans certaines provinces, l'obligation de confidentialité est également imposée par la loi. En outre, le professionnel de la santé qui divulgue à autrui des renseignements sur un patient sans son consentement commet une faute professionnelle, sauf si « la loi l'y oblige ou lui permet »¹⁴¹. Toutefois, les corporations professionnelles, les législatures et les tribunaux ont reconnu que dans certaines situations la confidentialité doit céder le pas à d'autres intérêts – notamment la protection des tiers.

Par exemple, l'Association médicale canadienne avise les médecins que la divulgation au conjoint ou au partenaire sexuel actuel n'est peut-être pas contraire à la déontologie et peut même être indiquée lorsque le médecin traite un patient qui refuse d'informer une personne à risque. Une telle divulgation peut être justifiée lorsque chacune des conditions suivantes est remplie: le partenaire est exposé au risque d'infection par le VIH et n'a pas d'autre moyen raisonnable de connaître le risque; le patient a refusé d'informer son ou sa partenaire sexuel(le); le patient a rejeté l'offre d'aide du médecin de s'en

¹³⁷ Jürgens, *supra*, note 6, aux p. 255-256.

¹³⁸ Voir la bibliographie pour connaître les lois et les règlements sanitaires applicables au VIH/sida.

¹³⁹ *Canadian AIDS Society c. Ontario*, (1995) 25 O.R. (3^e) 388 (Gen Div), conf. par (1996), 39 C.R.R. (2^e) 236 (C.A.).

¹⁴⁰ *Halls c. Mitchell*, [1928] R.C.S. 125, [1928] 2 D.L.R. 97; *Re Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario*, (1979) 24 O.R. (2^e) 545, 98 D.L.R. (3^e) 704 (C.A.); *R c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *McInerney c. MacDonald*, (1992) 93 D.L.R. (4^e) 415.

¹⁴¹ *St Louis (Litigation Guardian of) c. Feleki*, (1990) 75 D.L.R. (4^e) 758 (Cour de l'Ont., div. gén.), conf. pour d'autres motifs (1993), 107 D.L.R. (4^e) 767 (Ont Div Ct); *Shulman c. College of Physicians et Surgeons (Ontario)*, (1980) 29 O.R. (2^e) 40 (Cour div.).

charger pour lui; et le médecin a informé le patient de son intention de révéler le fait au ou à la partenaire¹⁴². En vertu des *Lignes directrices* de l'AMC en matière de counselling, avant de briser la confidentialité le médecin doit intervenir pour amener le patient à divulguer son état ou à cesser son comportement dangereux, par du counselling et des discussions sur les obstacles éventuels à la réduction du risque. Toutefois, si ces interventions finissaient par échouer, l'AMC recommande aux médecins de déclarer la situation aux autorités de santé publique¹⁴³. L'Association canadienne des travailleurs sociaux donne le même conseil¹⁴⁴.

L'obligation de briser la confidentialité peut également être imposée par la loi. Comme l'a fait remarquer Casswell, deux ressorts (le territoire du Yukon et l'Île-du-Prince-Édouard) ont adopté des lois qui obligent ou autorisent les médecins à divulguer des renseignements confidentiels sans le consentement du patient s'il est nécessaire de le faire pour protéger un tiers¹⁴⁵. Dans tous les autres ressorts, le médecin doit s'appuyer sur la législation en vigueur en matière de confidentialité médicale et sur toute règle de *common law* relative à la confidentialité (et au bris de confidentialité autorisé ou obligatoire).

À la suite de l'arrêt *Cuerrier*, certains se sont demandé si l'arrêt avait une incidence sur « l'obligation d'avertir » de *common law* qui peut incomber à certaines catégories d'intervenants – c'est-à-dire, l'obligation de briser la confidentialité (par exemple, sur la séropositivité de quelqu'un) pour protéger la santé et le bien-être d'un tiers (par exemple, quelqu'un qui est exposé au risque d'infection à VIH par cette personne).

L'arrêt *Cuerrier* porte sur la question de savoir si une personne séropositive peut être tenue criminellement responsable de ne pas avoir divulgué son état avant de s'adonner à une activité qui risque de transmettre le VIH à quelqu'un d'autre. Cet arrêt ne porte pas sur la question de savoir si le médecin ou le conseiller d'une personne séropositive est civilement responsable de négligence s'il apprend que la personne qu'il conseille s'adonne à une activité qui pose un risque « important » de transmission sans avoir divulgué son état et s'il ne prend pas les mesures voulues (y compris le bris de la confidentialité) pour tenter de protéger la santé du partenaire identifiable de l'intéressé. Il faut se rappeler que l'obligation, lorsqu'elle existe, revêt un caractère civil et non criminel: lorsque la personne est reconnue *négligente* de ne pas avoir exécuté l'obligation, elle peut être tenue de payer une indemnité financière à la personne lésée, mais il n'y a aucune sanction pénale. L'arrêt *Cuerrier* ne doit pas être interprété comme ayant une incidence sur l'« obligation d'avertir » de *common law*.

Cette question de l'« obligation d'avertir » suscite un certain débat dans la communauté, et il reste à voir si les tribunaux peuvent tenir un organisme communautaire (par exemple un organisme de lutte contre le sida) chargé de cette obligation d'avertir. Il faut également se rappeler que le débat au sein de la communauté ne déterminera pas les obligations juridiques; il appartiendra aux tribunaux de décider en définitive de la portée et de la nature d'une « obligation d'avertir » au regard du droit de la responsabilité délictuelle. L'appréciation, par les tribunaux, de la responsabilité qui découle de l'omission d'avertir est essentiellement une question de choix quant à l'intérêt public, où l'on soupèse l'intérêt d'empêcher qu'une personne identifiée comme étant à risque ne subisse un préjudice, d'une part, et l'intérêt de

L'arrêt *Cuerrier* ne doit pas être interprété comme ayant une incidence sur l'« obligation d'avertir » de *common law*.

¹⁴² Association médicale canadienne, « Le syndrome d'immunodéficience acquise: Politique de l'AMC », *Journal de l'Association médicale canadienne*, 1989, 140 (reproduit dans *Health Law Review* 1994, 3(2): 25-26).

¹⁴³ AMC, *Sérodiagnostic du VIH – Lignes directrices pour le counselling*, *supra*, note 133, à la p. 19.

¹⁴⁴ Association canadienne des travailleurs sociaux, *Un guide complet des soins aux personnes atteintes d'une infection à VIH – Module 6: Soins psychosociaux*, Ottawa, l'Association, 1997.

¹⁴⁵ D.G. Casswell, « Disclosure by a physician of AIDS-related patient information: an ethical and legal dilemma », *Canadian Bar Review*, 1989, 68: 225 aux p. 231, 256 (table B).

protéger le caractère confidentiel des rapports où la confidentialité peut être cruciale au maintien de ce rapport, d'autre part.

Les tribunaux ont jugé que les hôpitaux¹⁴⁶, les psychiatres¹⁴⁷, les travailleurs sociaux¹⁴⁸ et les policiers¹⁴⁹ ont tous, dans certaines situations, l'obligation d'avertir quelqu'un qu'ils peuvent identifier comme étant à risque de subir un préjudice; cette obligation peut aller jusqu'à contraindre de révéler des renseignements que l'on aurait intérêt, pour d'autres motifs, à garder confidentiels. En outre, la Cour suprême du Canada a récemment indiqué qu'un danger à la sécurité du public pouvait être un intérêt public suffisamment important pour justifier que l'on passe outre au secret professionnel qui lie l'avocat à son client (« le privilège du secret professionnel de l'avocat »), le privilège auquel les tribunaux ont toujours accordé le plus de déférence. La Cour a affirmé que lorsqu'il s'agit de décider si la sécurité du public doit l'emporter sur la protection des rapports confidentiels, il faut examiner trois facteurs:

Comment peut-on maintenir l'intégrité et l'utilité du counselling ou de toute autre relation de soutien si un conseiller peut être obligé de révéler, sous serment dans une instance criminelle, que la personne séropositive qu'il a conseillée a eu des rapports sexuels non protégés sans informer ses partenaires?

- (1) Y a-t-il un risque clair pour un individu identifiable ou un groupe identifiable?
- (2) Y a-t-il un risque de lésion corporelle grave ou de mort?
- (3) Le danger est-il imminent?

La jurisprudence future pourrait indiquer jusqu'où va l'obligation d'avertir et si un groupe communautaire (ou, plus vraisemblablement, un conseiller affilié à un tel groupe) serait traité de la même manière. Les organismes communautaires qui fournissent des services et du soutien aux personnes vivant avec le VIH/sida auraient intérêt à obtenir des conseils quant à leurs obligations éventuelles dans ce domaine et peut-être même à élaborer des politiques d'orientation destinées à leur personnel (par exemple, les conseillers) qui prennent connaissance de renseignements confidentiels qui soulèvent des questions difficiles sur le plan éthique et juridique.

Preuve pour les poursuites criminelles

Dans une poursuite criminelle contre une personne séropositive en raison de son comportement à risque, le ministère public a évidemment eu besoin et a obtenu une preuve établissant la séropositivité de l'accusé et ses gestes qui auraient présument transmis le VIH ou exposé autrui au risque d'infection. Par exemple, dans l'affaire *Cuerrier*, la Cour avait connaissance de preuves provenant d'infirmières hygiénistes relativement au résultat de test de l'accusé et de leurs discussions de counselling avec ce dernier.

De telles poursuites soulèvent donc la question juridique de savoir si la personne séropositive est en droit d'empêcher la divulgation de certains types d'information qui constitueraient une preuve de son état sérologique ou d'un comportement qui risque la transmission du VIH – par exemple, le dossier médical, les notes du conseiller ou des données de recherche – au motif que son droit à la confidentialité l'emporte sur le droit du ministère public d'obtenir une preuve pour établir la culpabilité.

De telles poursuites soulèvent également des questions d'ordre pratique: quels renseignements confiés dans le cadre d'une relation que la plupart jugent confidentielle peuvent finir par être divulgués? Comment peut-on maintenir l'intégrité et l'utilité du counselling ou de toute autre relation de soutien si un

¹⁴⁶ *Wenden c. Trikha*, (1991) 8 C.C.L.T. (2^e) 138 (B.R. Alb.), conf. par (1993), 14 C.C.L.T. (2^e) 225 (C.A. Alb.).

¹⁴⁷ *Tarasoff c. Regents of the University of California*, 131 Cal Rptr 14, 551 P. 2d 334 (1976); *Tanner c. Norys*, [1980] 4 WWR 33 (C.A. Alb.).

¹⁴⁸ *D(B) c. British Columbia*, (1995) 12 B.C.L.R. (3^e) 306, [1996] 1 W.W.R. 581 (C.S.).

¹⁴⁹ *Doe c. Metro Toronto (Municipality) Commissioners of Police*, (1998) 39 O.R. (3^e) 487 (Div gén.).

conseiller peut être obligé de révéler, sous serment dans une instance criminelle, que la personne séropositive qu'il a conseillée a eu des rapports sexuels non protégés sans informer ses partenaires? Et que doit-on faire si le ministère public cherche à contraindre la divulgation de renseignements obtenus de la personne séropositive dans le cadre d'une relation confidentielle?

Mandats de perquisition et assignations

Quiconque détient des renseignements sur la séropositivité d'une personne ou sur son comportement à risque peut être contraint de divulguer ces renseignements par mandat de perquisition exécuté par la police ou par voie d'assignation à comparaître et à témoigner sous serment dans une instance criminelle. Pour obtenir un mandat de perquisition, les policiers doivent établir l'existence de « motifs raisonnables » de croire que la perquisition permettra d'obtenir une preuve de la commission d'un crime¹⁵⁰. Un tribunal peut délivrer une assignation enjoignant une personne d'être présente et de rendre témoignage dans une instance criminelle lorsque cette personne « est susceptible de fournir quelque preuve essentielle »¹⁵¹, et peut enjoindre à la personne d'apporter avec elle toute chose qu'elle a en sa possession ou sous son contrôle quant à l'objet des procédures¹⁵². Quiconque ne se conforme pas à l'assignation et ne se présente pas devant le tribunal peut être arrêté et amené devant le tribunal pour rendre son témoignage¹⁵³. Une personne qui refuse de témoigner est coupable d'outrage au tribunal et peut se voir imposer une amende ou une peine d'emprisonnement¹⁵⁴.

Droit constitutionnel à la vie privée

L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁵⁵ prévoit que chacun a droit à la protection contre les « fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Les tribunaux ont reconnu un droit à la vie privée au regard de cet article et de l'article 7 de la *Charte*, qui comprend un droit à la vie privée relativement à l'information à l'égard de soi-même¹⁵⁶. Toutefois, comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hunter c. Southam*:

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies *abusives* ne vise qu'une attente *raisonnable*. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi¹⁵⁷.

Lorsqu'il s'agit de savoir quand il y a lieu de divulguer des renseignements confidentiels au ministère public, les tribunaux soupèsent les droits à la vie privée par rapport à l'application efficace de la loi. La Cour suprême a indiqué qu'il y a lieu d'examiner les facteurs suivants dans cette appréciation:

Quiconque détient des renseignements sur la séropositivité d'une personne ou sur son comportement à risque peut être contraint de divulguer ces renseignements par mandat de perquisition exécuté par la police ou par voie d'assignation à comparaître et à témoigner sous serment dans une instance criminelle.

¹⁵⁰ *Code criminel*, supra, note 8, art. 487.

¹⁵¹ *Ibid.*, art. 698(1).

¹⁵² *Ibid.*, art. 700(1).

¹⁵³ *Ibid.*, art. 698(2)-(3), 705.

¹⁵⁴ *Ibid.*, art. 706-708.

¹⁵⁵ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui constitue l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11.

¹⁵⁶ *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 45 C.C.C. (3^e) 244; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 84 C.C.C. (3^e) 203 R. c. *Spidell*, (1996) 107 C.C.C. (3^e) 348 (C.A.N.-É.).

¹⁵⁷ *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, 41 C.R. (3^e) 97.

- la nature des renseignements,
- [la nature] des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité,
- l'endroit où [les renseignements] ont été recueillis,
- les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et
- la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête¹⁵⁸.

Divulgence obligatoire des dossiers de counselling

Les tribunaux canadiens ont toujours refusé de reconnaître un privilège automatique, reconnu en *common law*, relativement au secret professionnel quant aux communications confidentielles entre un professionnel de la santé et son patient¹⁵⁹. Il y a eu une certaine reconnaissance du privilège qui peut protéger les communications avec un psychiatre ou un conseiller matrimonial¹⁶⁰. La Cour suprême et les cours d'appel ont statué que les tribunaux n'avaient aucun pouvoir discrétionnaire pour exclure une preuve pertinente et admissible par ailleurs du seul fait qu'il s'agit de renseignements confidentiels¹⁶¹. La Cour suprême a plutôt affirmé les quatre principes suivants comme cadre général pour déterminer si une communication en particulier bénéficiait d'un privilège:

- (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.
- (2) Le caractère confidentiel doit être un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des relations entre les parties.
- (3) Les *relations* doivent être de la nature de celles qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenues* assidûment.
- (4) Le *préjudice* permanent que subirait les relations par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision¹⁶².

Il est évident que ce sont des considérations d'intérêt public qui motivent les décisions sur la question de savoir s'il y a lieu ou non d'accorder un privilège pour protéger la confidentialité de communications faites dans le contexte d'un rapport donné. Dans une affaire ontarienne, un juge de procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas contraindre un médecin à donner un témoignage concernant la maladie vénérienne d'une partie vu qu'une telle divulgation serait contraire à l'intérêt public qui sous-tend la loi de santé publique en question (abrogée depuis) c'est-à-dire d'encourager les personnes atteintes de maladies vénériennes à se faire traiter¹⁶³.

Toutefois, il est douteux que cette décision soit suivie ou appliquée aujourd'hui à la lumière d'autres développements indiquant la réticence des tribunaux à reconnaître le privilège du secret professionnel du médecin. Dans un arrêt noté précédemment, la Cour suprême a statué que même le privilège le plus important, c'est-à-dire celui du secret professionnel de l'avocat, était soumis à « exception relative à la sécurité publique »¹⁶⁴. La Cour a donc confirmé que la confidentialité d'un tel rapport pouvait être brisée dans l'intérêt de la protection de la sécurité publique lorsqu'il y a un risque clair et imminent de lésions corporelles graves ou de mort. En outre, la loi ontarienne de santé publique (actuellement en vigueur) permet la divulgation de renseignements sur les personnes et leurs maladies transmissibles pour

¹⁵⁸ *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, (1993) 84 C.C.C. (3^e) 203 à la p. 212.

¹⁵⁹ *Duchess of Kingston's Case*, (1776) 20 How. St.Tr.355; *Halls c. Mitchell*, [1928] R.C.S. 125, [1928] 2 D.L.R. 97; *D. c. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] AC 171, [1977] 1 All E.R. 589 (H.L.); *F. c. A Psychiatrist*, (1984) 54 B.C.L.R. 319 (C.S.); *Upham c. You*, (1986) 73 N.S.R. (2^e) 73, 11 CPC (2^e) 83 (C.A.), autorisation d'en appeler à la CSC refusée (1986) 76 N.S.R. (2^e) 180.

¹⁶⁰ *Dembie c. Dembie*, (1963) 21 R.F.L. 46 (C.S. Ont.); *G. c. G.*, [1964] 1 O.R. 361 (H.C.J.); *Shakotko c. Shakotko*, (1976) 27 R.F.L. 1 (C.S. Ont.); *Porter c. Porter*, (1983) 40 O.R. (2^e) 417; *Torok c. Torok*, (1983) 44 O.R. (2^e) 118, 38 CPC 52 (Master).

¹⁶¹ *R. 2c. Hawke*, (1975) 7 O.R. (2^e) 145, 22 C.C.C. (2^e) 19 (C.A.) à la p. 181 O.R.; *R. c. Wray*, (1970) 4 C.C.C. 1, 11 D.L.R. (3^e) 673 (C.S.C.); *Reference re Legislative Privilege*, (1978) 39 C.C.C. (2^e) 226 (C.A. Ont.).

¹⁶² *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263. Voir également J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, Markham, Butterworths, 1992, 629.

¹⁶³ *Carter c. Carter* (1974), 6 O.R. (2^e) 603 (H.C.).

¹⁶⁴ *John Smith c. James Jones*, *supra*, note 30.

l'administration de la santé publique ou en rapport avec des procédures en vertu de nombreuses lois, y compris le *Code criminel*¹⁶⁵.

Le Québec est la seule province qui accorde un privilège prévu par la loi au rapport général entre le médecin et son patient¹⁶⁶. Toutefois, cette obligation de « secret professionnel » énoncée dans le droit civil du Québec ou dans la *Charte [québécoise] des droits et libertés de la personne* ne s'applique pas aux instances criminelles; au Canada, le droit criminel est de compétence fédérale, et le droit criminel fédéral ne reconnaît pas le privilège du secret professionnel du médecin¹⁶⁷.

La Cour suprême a, de fait, approuvé la divulgation de renseignements obtenus de l'accusé dans un contexte de counselling. Dans l'arrêt *R c. RJS*¹⁶⁸, le prévenu avait été accusé d'infractions sexuelles, c'est-à-dire d'avoir prétendument agressé sexuellement ses belles-filles. Il a été renvoyé dans une clinique de médecine familiale pour des séances de counselling et le ministère public a tenté de mettre en preuve un enregistrement sur bande d'une des sessions qui avait été faite par la clinique. La Cour d'appel de l'Ontario a statué que la preuve devait être admise parce que, même s'il y avait un rapport thérapeutique avec un psychiatre, si la séance de groupe était confidentielle et si la thérapie de groupe pour les fins du counselling familial devait être encouragée, l'avantage à ce que l'instance connaisse une issue satisfaisante l'emportait sur le préjudice causé au rapport thérapeutique par l'obligation de divulguer, puisque la recherche de la vérité en matière criminelle l'emportait sur le besoin d'obtenir du counselling familial (du moins dans les affaires d'agressions soupçonnées contre des enfants). La Cour suprême a refusé l'autorisation d'en appeler.

Organismes communautaires: nécessité d'établir des politiques

Un organisme communautaire ou le personnel qui travaille pour un tel organisme peut se trouver dans une situation où il a l'obligation juridique de briser la confidentialité. Il risquerait peut-être d'avoir à assumer une responsabilité civile s'il ne s'acquitte pas de l'obligation, reconnue en *common law*, d'avertir quelqu'un à risque d'être infecté par le VIH, bien que cette question demeure incertaine en droit canadien. De surcroît, un mandat de perquisition ou une assignation pourrait être délivrée pour ordonner la divulgation de renseignements confidentiels pour une poursuite criminelle.

Il est probable que les organismes de lutte contre le sida et d'autres organismes communautaires réagiront de diverses façons à de telles obligations juridiques. Il se peut que certains organismes soient convaincus que le bris de la confidentialité aura pour effet de miner le rapport de confiance qu'ils ont avec la communauté qu'ils desservent, ce qui aura en fin de compte pour effet de nuire à leurs efforts en vue de prévenir la transmission du VIH et de fournir des soins, des traitements et du soutien aux personnes vivant avec le VIH/sida. Comme mesure préventive, certains organismes pourraient chercher à éviter les situations où ils seraient tenus de briser la confidentialité. Certains pourraient refuser de briser la confidentialité même s'ils y étaient tenus et risquer ainsi des conséquences juridiques.

¹⁶⁵ *Loi sur la protection et la promotion de la santé*, L.R.O. 1990, c. H.7, art. 39(2).

¹⁶⁶ *Loi médicale*, L.R.Q. 1977, c. M-9, art. 42; [Québec] *Charte de droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 9.

¹⁶⁷ *R c. Potvin*, (1971) 16 C.R.N.S. 233 (C.A. Québec).

¹⁶⁸ (1985), 19 C.C.C. (3^e) 115 (répertoire *R c. RS*), 45 C.R. (3^e) 161, 8 O.A.C. 241, autorisation d'en appeler à la C.S.C. refusée (1985), 61 N.R. 266n.

Les organismes de lutte contre le sida et les autres organismes communautaires qui interviennent auprès de personnes séropositives auraient intérêt, si ce n'est pas déjà fait, à envisager l'élaboration de politiques et de lignes directrices sur la manière de traiter les renseignements confidentiels sur l'état sérologique ou les activités à risque d'une personne, et sur la divulgation de ces renseignements.

Le conseiller devrait aviser ceux auxquels il fournit des services de soutien que la divulgation de certains renseignements (par exemple, le fait de s'adonner à un comportement qui risque de transmettre le VIH sans divulguer son état sérologique) n'est pas protégée par la confidentialité absolue.

Quelle que soit la réaction, les organismes de lutte contre le sida et les autres organismes communautaires qui interviennent auprès de personnes séropositives auraient intérêt, si ce n'est pas déjà fait, à envisager l'élaboration de politiques et de lignes directrices (surtout pour le personnel et les bénévoles du service de counselling) sur la manière de traiter les renseignements confidentiels sur l'état sérologique ou les activités à risque d'une personne, et sur la divulgation de ces renseignements. Chaque organisme aura à élaborer ses propres politiques (dont le contenu pourra dépendre en partie de considérations de politiques au sein de l'organisme). Toutefois, on pourra garder à l'esprit les principes suivants:

- Le conseiller devrait aviser ceux auxquels il fournit des services de soutien que la divulgation de certains renseignements (par exemple, le fait de s'adonner à un comportement qui risque de transmettre le VIH sans divulguer son état sérologique) n'est pas protégée par la confidentialité absolue. Le conseiller pourrait être contraint de révéler ces renseignements dans une poursuite criminelle contre l'intéressé, à la suite d'une ordonnance du tribunal. Le conseiller *pourrait* également risquer d'engager sa responsabilité civile s'il ne brisait pas la confidentialité dans certaines situations afin d'avertir une personne d'un risque d'infection si la personne qui obtient le counselling ne lui a pas divulgué son état.
- Un organisme pourrait insister pour que la procédure suivante, semblable à celle énoncée pour les avocats dans le *Code criminel*, soit suivie: invoquer le secret professionnel lorsqu'il se fait signifier un mandat de perquisition¹⁶⁹, insister pour que les policiers scellent les dossiers en question et demander à un tribunal de se prononcer sur la question de savoir si le document doit ou non être divulgué¹⁷⁰.
- Il est « manifestement inapproprié » de détruire des dossiers¹⁷¹ et ceux qui détruisent des dossiers après s'être fait signifier une assignation peuvent être reconnus coupables d'outrage au tribunal et passibles d'amendes ou de peines d'emprisonnement.
- Il faut obtenir des conseils juridiques dans l'élaboration de ces politiques, et des protocoles pourraient prévoir l'obtention de conseils juridiques dans des situations particulières lorsque les obligations juridiques en matière de divulgation sont incertaines.

Recommandation

Recommandation 20

Les organismes de lutte contre le sida et d'autres organismes communautaires devraient envisager l'élaboration de politiques ou de protocoles pour l'orientation du personnel (et peut-être des bénévoles) qui peuvent entrer en possession de renseignements sur le comportement d'une personne séropositive qui risque de transmettre le VIH. Une telle politique devrait porter sur l'élaboration et les paramètres d'un rapport de counselling, les obligations professionnelles et juridiques éventuelles qui incombent aux conseillers de briser la confidentialité dans certaines situations et la manière de répondre aux demandes, par la police ou le ministère public, pour la divulgation de dossiers de counselling confidentiels.

¹⁶⁹ *Presswood c. International Chemoalloy Corp.*, (1975) 65 D.L.R. (3^e) 228, 11 O.R. (2^e) 164 (H.C.); *Solosky c. Canada*, [1980] 1 R.C.S. 821, 105 D.L.R. (3^e) 745; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, 70 C.C.C. 92d 385; J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, *supra*, note 162, aux p. 646-647.

¹⁷⁰ *Code criminel*, *supra*, note 8, art. 488.1.

¹⁷¹ R. c. *Carosella*, (1995) 44 C.R. (4^e) 266, 102 C.C.C. (3^e) 28 (C.A. Ont.), infirmé pour d'autres motifs par (1997) 112 C.C.C. (3^e) 289 (C.S.C.).



Conclusion

Comme nous l'avons mentionné au début du présent document, notre objectif était double. Premièrement, nous avons tenté de fournir aux personnes vivant avec le VIH/sida et à d'autres une meilleure compréhension de ce que signifie l'arrêt *Cuerrier*, de ce qu'il peut signifier et de ce qu'il ne signifie pas. De nombreuses préoccupations ont été exprimées dans divers milieux sur les répercussions de cet arrêt et celui-ci soulève effectivement des questions importantes pour les personnes séropositives. Toutefois, en plus d'être paternaliste, il eut été irresponsable de ne pas jeter un « regard froid » sur les nuances et les répercussions éventuelles de l'arrêt et c'eut été rendre un bien mauvais service aux personnes vivant avec le VIH/sida que d'avoir agi ainsi. Dans le présent document, nous avons tenté de faire cette analyse approfondie et nous avons clairement affirmé que les suppositions éclairées quant aux « effets d'entraînement » éventuels de l'arrêt *Cuerrier* ne doivent pas être interprétés comme une approbation ou un encouragement de ces effets.

Toutefois, il faut prendre garde de ne pas exagérer l'impact de l'arrêt *Cuerrier*. Le deuxième objectif du document est de présenter une perspective communautaire sur la manière dont l'arrêt *Cuerrier* doit et ne doit pas être interprété et appliqué. À cet égard, l'exercice a pour objectif d'empêcher que ne se dégradent davantage les stratégies de prévention du VIH qui sont plus efficaces que les poursuites criminelles, et de réduire les répercussions négatives sur la prestation de services de soutien et d'autres services aux personnes séropositives. L'arrêt *Cuerrier* met lui-même en garde contre une interprétation trop large de la décision et un recours trop zélé au droit criminel, à la lumière de la complexité de la question soulevée par ces affaires:

L'expression « risque important de préjudice grave » doit être appliquée aux faits de chaque cas pour décider si le consentement

L'arrêt *Cuerrier* met lui-même en garde contre une interprétation trop large de la décision et un recours trop zélé au droit criminel, à la lumière de la complexité de la question soulevée par ces affaires: « Il est difficile de tracer des lignes claires et précises lorsqu'il s'agit de définir des rapports humains, particulièrement ceux de nature sexuelle consensuelle. L'application d'un critère pour déterminer si le consentement à des actes sexuels devrait être vicié doit être marquée par une certaine souplesse. »

CONCLUSION

donné dans les circonstances en cause était vicié. Il est évident que le consentement peut et devrait être vicié dans des circonstances appropriées. Encore est-il que cela ne devrait pas être fait trop aisément. Cette expression devrait être interprétée en fonction de la gravité des conséquences d'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle et de manière à éviter la banalisation de l'infraction. Il est difficile de tracer des lignes claires et précises lorsqu'il s'agit de définir des rapports humains, particulièrement ceux de nature sexuelle consensuelle. L'application d'un critère pour déterminer si le consentement à des actes sexuels devrait être vicié doit être marquée par une certaine souplesse. Le critère proposé peut permettre aux tribunaux d'atteindre un juste équilibre en examinant, si d'après les faits en présence, le consentement donné à l'acte sexuel devrait être vicié¹⁷².

Comme l'a affirmé la Commission de réforme du droit du Canada:

[L]e droit pénal n'est pas le seul moyen, ni même le meilleur moyen de rehausser [des] valeurs. En réalité, le droit pénal est un instrument grossier dont l'utilisation est coûteuse. C'est un instrument grossier parce qu'il ne peut avoir la sensibilité humaine d'institutions telles la famille, l'école, l'église ou la collectivité. Il est coûteux parce qu'il entraîne des souffrances, des pertes de liberté et des frais énormes.

Le droit pénal doit donc être un outil de dernier ressort. On doit y avoir recours le moins souvent possible. Le message qu'il véhicule ne doit pas être obscurci par l'exagération [...] Le glaive de la justice doit rester aussi longtemps que possible dans son fourreau. Le sens de la modération doit prévaloir, tant à l'égard de la portée du droit pénal qu'à l'égard de la notion de blâme, de l'utilisation du procès pénal et de la sentence¹⁷³.

¹⁷² Cuerrier, *supra*, note 1, aux p. 53-54.

¹⁷³ Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* (rapport), Ottawa, 1976, CRDC, aux p. 27-28.



Sommaire des conclusions et des recommandations

Recommandation 1

Les tribunaux devraient considérer que seules les activités « à risque élevé », au sens du guide actuel d'évaluation du risque, posent un risque « important », sur le plan juridique, de transmission du VIH pour les fins du droit criminel. Les activités dont le degré de risque est « faible » ou « négligeable » ne devraient pas être considérées comme posant un risque « important » au sens juridique et elles ne devraient donc pas justifier le recours aux poursuites criminelles pour la non-divulgence de la séropositivité. Ce principe devrait être clarifié par les tribunaux dans leur interprétation de l'arrêt *Cuerrier*.

Recommandation 2

Dans leur interprétation de l'arrêt *Cuerrier* selon laquelle cet arrêt ne s'applique qu'en cas de non-divulgence avant des activités à « risque élevé », les tribunaux devraient expressément reconnaître une défense de « la pratique du sécurisexe », ce qui voudrait dire que les personnes séropositives qui utilisent des condoms lors de rapports sexuels avec pénétration ou qui modifient par ailleurs leur comportement pour éviter des activités à « risque élevé » ne sont pas criminellement responsables si elles ne divulgent pas leur séropositivité.

Recommandation 3

Les policiers et les poursuivants devraient s'abstenir de porter des accusations criminelles en l'absence de preuve d'un comportement à « risque élevé » sans divulgation par une personne séropositive. Les procureurs généraux devraient donner des directives en ce sens aux procureurs de la Couronne.

Recommandation 4

Il faut indiquer clairement, dans la documentation et l'information données aux personnes vivant avec le VIH/sida, que le fait de s'adonner à des activités à « risque élevé » (par exemple, les rapports sexuels non protégés avec pénétration vaginale ou anale) sans divulguer son état peut donner lieu à la responsabilité criminelle. Ces campagnes de sensibilisation doivent également informer les gens qu'à l'heure actuelle, l'état du droit criminel n'est pas clair sur la question de savoir s'il faut divulguer sa séropositivité avant de s'adonner à des activités « à risque faible » (par exemple, des rapports sexuels buccaux non protégés, ou des rapports sexuels avec pénétration vaginale ou anale en utilisant un condom). Vraisemblablement, la divulgation n'est pas nécessaire avant de s'adonner à des activités « à risque négligeable ». Aucune divulgation n'est nécessaire pour les activités « sans risque ».

Recommandation 5

Les tribunaux devraient adopter une approche contextuelle dans leur interprétation et leur application de l'arrêt *Cuerrier*. Selon une telle approche, les tribunaux devraient reconnaître que, même si une activité pose un « risque important » de transmission du VIH, on ne doit faire l'évaluation objective de la question de savoir si la non-divulgation est « malhonnête » qu'à la lumière de tous les faits de l'espèce. Lorsqu'une personne séropositive croit sincèrement qu'elle risque de subir de la violence physique si elle divulgue son état à son partenaire sexuel, la non-divulgation de son état ne devrait pas être considérée comme de la « malhonnêteté » entraînant sa responsabilité criminelle. L'analyse contextuelle ne doit pas nécessairement se limiter au risque de violence physique; il faut évaluer tous les faits de l'affaire pour déterminer si la non-divulgation était « objectivement malhonnête » et d'autres conséquences négatives de la divulgation peuvent suffire à décharger l'intéressé d'une obligation de divulguer.

Recommandation 6

L'information sur l'arrêt *Cuerrier* donnée aux personnes vivant avec le VIH/sida ne doit pas laisser entendre que le risque de violence physique ou d'autres conséquences négatives les décharge d'une obligation de divulguer leur état si l'activité pose un risque important de transmission: on devrait plutôt leur indiquer que l'état actuel du droit n'est pas clair sur cette question. Les intervenants en santé publique et les conseillers œuvrant pour d'autres organismes doivent aider les personnes vivant avec le VIH/sida à réduire le risque de violence ou d'autres conséquences négatives dans ces situations, afin de faciliter la divulgation qui peut être exigée par la loi.

Recommandation 7

Les tribunaux, les poursuivants et les policiers devraient considérer que l'arrêt *Cuerrier* oblige la divulgation de la séropositivité avant de s'adonner à des activités qui posent un « risque important » de transmission, *si l'accusé connaissait cet état* à la suite de tests scientifiquement acceptés qui l'ont confirmé. L'arrêt ne devrait pas être interprété de manière à étendre la portée de l'obligation de divulgation au-delà de la divulgation de la séropositivité connue.

Recommandation 8

Les personnes vivant avec le VIH/sida devraient être informées de ce qui suit:

- Une personne séropositive pourrait être reconnue coupable de *voies de fait* si elle fait directement une injection à une autre personne avec du matériel d'injection déjà utilisé, mais elle ne serait probablement pas reconnue coupable lorsque son partenaire d'injection se fait lui-même une injection. Toutefois, d'autres accusations criminelles pourraient être portées dans des situations où la personne séropositive ne fait pas directement d'injection à autrui mais lui prête du matériel d'injection contaminé sans lui divulguer sa séropositivité.
- Vu les doutes quant à son efficacité comme mesure préventive, le fait de nettoyer le matériel d'injection avant qu'une autre personne l'utilise pour se faire une injection n'est *peut-être* pas suffisant en soi pour éviter la responsabilité criminelle. Si le matériel d'injection est partagé, même s'il est nettoyé entre les utilisations, la personne séropositive peut quand même avoir l'obligation de divulguer son état sérologique à l'autre personne qui utilise son matériel.
- Le fait de divulguer sa séropositivité à une personne qui partage le matériel d'injection n'est peut-être pas non plus, en soi, un moyen de défense adéquat pour éviter la responsabilité criminelle, car il se peut que le droit canadien ne reconnaisse pas comme valide le consentement de l'autre personne à ce que quelqu'un d'autre lui transmette le VIH.
- Le fait de divulguer sa séropositivité *et* de nettoyer le matériel d'injection serait *peut-être* suffisant pour éviter la responsabilité criminelle, mais cette question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux.
- La seule manière certaine qu'une personne séropositive puisse éviter la responsabilité criminelle est d'éliminer complètement le risque de transmission du VIH en ne partageant pas le matériel d'injection.

Recommandation 9

Les tribunaux et les poursuivants devraient accepter, au moins, que la personne qui divulgue sa séropositivité *et* qui nettoie le matériel d'injection avant de l'utiliser pour faire une injection à autrui n'encourt aucune responsabilité criminelle. Ce principe reconnaît la liberté de ses partenaires qui partagent le matériel de choisir de courir le risque connu et faible de contracter le VIH par l'utilisation de ce matériel. Le fait d'imposer la responsabilité criminelle lorsque la personne séropositive divulgue son état et nettoie le matériel aurait pour effet d'étendre indûment la portée du droit criminel et d'aller à l'encontre d'une politique sanitaire valable.

Recommandation 10

Conformément au guide actuel sur l'évaluation du risque, on devrait conseiller aux mères séropositives de ne pas allaiter leur enfant et les informer que l'allaitement peut entraîner le risque de poursuites criminelles pour voies de fait (ou d'autres infractions).

Recommandation 11

Les gouvernements, les autorités de santé et des services sociaux, les professionnels de la santé et les organismes qui interviennent auprès des

femmes séropositives devraient veiller à ce que l'information et le soutien nécessaires soient offerts pour permettre aux mères séropositives de ne pas allaiter, notamment le soutien sous forme d'aide financière, au besoin, pour assurer l'accès aux succédanés de lait maternel.

Recommandation 12

L'arrêt *Cuerrier* ne devrait pas être interprété comme imposant la responsabilité criminelle à un professionnel de la santé séropositif qui ne divulgue pas son état, s'il se conforme aux directives professionnelles établies concernant les précautions universelles et aux conseils d'experts relatifs aux « interventions propices aux expositions ».

Recommandation 13

Les médecins ou les intervenants en santé publique qui effectuent la notification des partenaires doivent encore veiller à ce que la situation globale d'une personne (y compris sa sécurité) soit prise en compte dans la détermination du moment et de la manière de notifier les partenaires quant à leur exposition éventuelle à l'infection à VIH. L'arrêt *Cuerrier*, qui impose à la personne séropositive l'obligation de divulguer son état avant de s'adonner à des activités qui posent un « risque important » de transmission, n'autorise pas les intervenants de santé publique à déroger de cette ligne directrice et de cette pratique.

Recommandation 14

Les autorités de santé publique et les intervenants de première ligne, de même que les professionnels de la santé chargés de donner du counselling pré-test et post-test et qui effectuent la notification des partenaires doivent incorporer, dans leur counselling, la fourniture de renseignements exacts sur les situations où le droit criminel peut imposer l'obligation de divulguer la séropositivité et où la non-divulgaration peut donner lieu à la responsabilité criminelle.

Recommandation 15

Il faut améliorer l'accès au test anonyme (ou, à tout le moins, au test non nominatif souple) pour contrecarrer les effets néfastes sur le recours au test qui peuvent découler de cette connaissance que le fait de ne pas divulguer la séropositivité peut donner lieu à des poursuites criminelles.

Recommandation 16

Il faut effectuer des recherches sur les effets que peuvent avoir une approche sanitaire coercitive et le recours aux sanctions criminelles pour non-divulgaration sur la volonté des gens de subir un test de sérodiagnostic du VIH et de se prévaloir des services de soins et de soutien (particulièrement chez ceux qui sont plus vulnérables à l'infection).

Recommandation 17

Les services et les autorités de santé publique devraient veiller à ce que leurs politiques et pratiques relatives aux interventions à l'égard d'individus qui placent autrui dans une situation de risque important d'infection permettent de prendre des mesures graduées qui s'appuient sur le principe de l'intervention « la moins importune et la plus efficace ». Les expériences et les modèles de

meilleures pratiques relativement à de telles interventions devraient être partagés entre les unités sanitaires, au sein des provinces et entre elles.

Recommandation 18

Le ministère public devrait consulter les autorités sanitaires avant de porter des accusations criminelles, afin de déterminer s'il existe d'autres mesures, en vertu des lois sur la santé publique, qui peuvent constituer une solution de rechange à la poursuite criminelle.

Recommandation 19

Si nécessaire, les lois, les règlements et les politiques devraient être modifiés pour mettre en œuvre des garanties procédurales adéquates (par exemple, la révision automatique d'ordonnances, le droit d'appel et le droit à l'avocat) contre l'abus de pouvoirs sanitaires coercitifs.

Recommandation 20

Les organismes de lutte contre le sida et d'autres organismes communautaires devraient envisager l'élaboration de politiques ou de protocoles pour l'orientation du personnel (et peut-être des bénévoles) qui peuvent entrer en possession de renseignements sur le comportement d'une personne séropositive qui risque de transmettre le VIH. Une telle politique devrait porter sur l'élaboration et les paramètres d'un rapport de counselling, les obligations professionnelles et juridiques éventuelles qui incombent aux conseillers de briser la confidentialité dans certaines situations et la manière de répondre aux demandes, par la police ou le ministère public, pour la divulgation de dossiers de counselling confidentiels.



Bibliographie

Jurisprudence

Abbott c. Bragdon, 118 S.Ct. 2196 (1998).

Canadian AIDS Society c. Ontario, (1995) 25 O.R. (3^e) 388 (div. gén.),
conf. par (1996), 39 C.R.R. (2^e) 236 (C.A.).

Carter c. Carter, (1974) 6 O.R. (2^e) 603 (H.C.).

Commission des droits de la personne du Québec c. Dr GG, Tribunal des
droits de la personne du Québec, Québec, n^o 200-53-000002-944, 11 avril
1995 (juge Rivet).

D c. National Society for the Prevention of Cruelty to Children, [1977] 1 All
E.R. 589 (H.L.).

D(B) c. British Columbia, (1995) 12 BCLR (3^e) 306, [1996] 1 WWR 581
(S.C.).

Dembie c. Dembie, (1963) 21 RFL 46 (C.S de l'Ont.).

Descôteaux c. Mierszwinski, [1982] 1 R.C.S. 860, 70 C.C.C. (2^e) 385.

Doe c. Metro Toronto (Municipality) Commissioners of Police, (1998) 39 O.R.
(3^e) 487 (div. gén.).

Duchess of Kingston's Case, (1776) 20 How. St. Tr. 355.

F c. A Psychiatrist, (1984) 54 B.C.L.R. 319 (C.S.).

Fleming c. Reid, (1991) 82 D.L.R. (4^e) 298 (C.A. Ont.).

G c. G, [1964] 1 O.R. 361 (H.C.J.).

BIBLIOGRAPHIE

- Halkyard c. Mathew*, [1998] A.J. n° 986 (Q.B.) (Q.L.).
- Halls c. Mitchell*, [1928] R.C.S. 125, [1928] 2 D.L.R. 97.
- Haughian c. Paine*, [1986] S.J. n° 352 (B.R. Sask.) (Q.L.).
- Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192.
- Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, 41 C.R. (3^e) 97.
- Jane Doe c. Metro Toronto (Municipality) Commissioners of Police*, (1998) 39 O.R. (3^e) 487 (Div. gén.).
- John Smith c. James Jones*, [1999] S.C.J. n° 15 (Q.L.).
- Kitchen c. McMullen*, (1989) 62 D.L.R. (4^e) 481 (C.A.N.-B.), autorisation d'en appeler refusée [1990] 1 R.C.S. viii.
- Lue c. St Michael's Hospital*, [1997] O.J. n° 255 (Div. gén.) (Q.L.).
- Malette c. Shulman*, (1990) 37 O.A.C. 281 (C.A.).
- McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138.
- Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du nord-ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925.
- Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du nord-ouest) c. G. (D.F.)* [1997] 3 R.C.S. 925.
- Pittman c. Bain*, (1994) 19 C.C.L.T. (2^e) 1 (Cour de l'Ont., div. gén.).
- Porter c. Porter*, (1983) 40 O.R. (2^e) 417.
- Presswood c. International Chemalloy Corp.*, (1975) 65 D.L.R. (3^e) 228, 11 O.R. (2^e) 164 (H.C.J.).
- R c. Brown*, [1993] 2 ALL E.R. 75 (H.L.).
- R c. Carosella*, (1995) 44 C.R. (4^e) 266, 102 C.C.C. (3^e) 28 (C.A. Ont.), infirmé pour d'autres motifs (1997), 112 C.C.C. (3^e) 289 (C.S.C.).
- R c. Cuerrier*, (1998) 127 C.C.C. (3^e) 1 (C.S.C.), inf. (1996), 111 C.C.C. (3^e) 261 (B.C.C.A.).
- R c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768.
- R c. Drummond*, (1996) 112 C.C.C. (3^e) 481 (Cour de l'Ont., div. prov.).
- R c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, 45 C.C.C. (3^e) 244.
- R c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.
- R c. Hawke*, (1975) 7 O.R. (2^e) 145, 222 C.C.C. (2^e) 19 (C.A.).
- R c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 715.
- R c. Manning*, [1994] B.C.J. n° 1732 (Cour prov.) (Q.L.).
- R c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145, 65 D.L.R. (2^e) 674 (C.A.).
- R c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72.
- R c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.
- R c. Perka*, [1984] 2 R.C.S. 233, 14 C.C.C. (3^e) 385.

BIBLIOGRAPHIE

- R c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 84 C.C.C. (3^e) 203.
- R c. Potvin*, (1971) 16 CRNS 233 (C.A. Québec).
- R c. Ruzic*, (1998) 128 C.C.C. (3^e) 97 (C.A. Ont.), autorisation d'en appeler accordée, C.S.C., *Bulletin 1999* (25 mars), p. 492.
- R c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570.
- R c. Spidell*, (1996) 107 C.C.C. (3^e) 348 (C.A.N.-É.).
- R c. Ssenyonga*, (1993) 81 C.C.C. (3^e) 257 (Cour de l'Ont., div. gén.).
- R c. Sullivan*, (1991) 63 D.L.R. (3^e) 97 (C.S.C.).
- R c. Thissen*, [1998] O.J. n° 1982 (C.A.) (Q.L.), conf. jugement inédit, 16 mai 1996, Cour de l'Ont., div. gén., Toronto (juge Cadsby).
- R c. Thornton*, (1991) 1 O.R. (3^e) 480, conf. par [1993] 2 R.C.S. 445.
- R c. Wray*, (1970) 11 D.L.R. (3^e) 673, 4 C.C.C. 1 (C.S.C.).
- R c. RJS*, (1985) 19 C.C.C. (3^e) 115 (répertorié *R c. RS*), autorisation d'en appeler à la C.S.C. refusée (1985), 61 N.R. 266n.
- R c. Welch*, (1995) 43 C.R. (4^e) 225 (C.A. Ont.).
- Re Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario* (1979), 24 O.R. (2^e) 545 (C.A.).
- Reference re Legislative Privilege*, (1978) 39 C.C.C. (2^e) 226 (C.A. Ont.).
- Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880.
- Renvoi: Rodriguez et Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519.
- Shakotko c. Shakotko*, (1976) 27 R.F.L. 1 (C.S. Ont.).
- Shulman c. College of Physicians and Surgeons (Ontario)*, (1980) 29 O.R. (2^e) 40 (Cour div.).
- Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254.
- Solosky c. Canada*, [1980] 1 R.C.S. 821, 105 D.L.R. (3^e) 745.
- St. Louis (Litigation Guardian of) c. Feleki*, (1990) 75 D.L.R. (4^e) 758 (Cour de l'Ont., div. gén.), conf. pour d'autres motifs (1993), 107 D.L.R. (4^e) 767 (Cour div. Ont.).
- Tarasoff c. Regents of the University of California*, 131 Cal. Rptr. 14, 551 P.2d 334 (1976).
- Torok c. Torok*, (1983) 44 O.R. (2^e) 118, 38 C.P.C. 52 (Master).
- Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.
- Upham c. You*, (1986) 73 N.S.R. (2^e) 73, 11 CPC (2^e) 83 (C.A.), autorisation d'en appeler à la C.S.C. refusée (1986) 76 N.S.R. (2^e) 180.
- Van Mol (Litigation Guardian of) c. Ashmore*, [1999] B.C.J. n° 31 (C.A.) (Q.L.).
- Videto c. Kennedy*, (1981) 125 D.L.R. (3^e) 127 (C.A. Ont.).

Wenden c. Trikha, (1991) 8 C.C.L.T. (2^e) 138 (B.R. Alb.), conf. par (1993), 14 C.C.L.T. (2^e) 225 (C.A. Alb.).

Lois et règlements

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.) 1982, ch. 11.

Charte [québécoise] des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, et ses modifications.

Communicable Diseases Act, R.S.N. 1990, c. C-26.

Communicable Diseases Schedule Amendment Order, O.C. 96-289.

Health Act, R.S.B.C. 1996, c. 179.

Health Act Communicable Disease Regulation, B.C. Reg. 4/83, et ses modifications.

Health Act, R.S.N.S. 1989, c. 195, et ses modifications.

Communicable Diseases Regulations, N.S. Reg 28/57, et ses modifications.

Loi médicale, L.R.Q. 1977, c. M-9, et ses modifications.

Loi sur la protection et la promotion de la santé, L.R.O. 1990, c. H.7, et ses modifications.

Reports, Règlement 569, R.R.O. 1990, et ses modifications.

Specification of Communicable Diseases, Règl. O. 558/91, et ses modifications.

Specification of Reportable Diseases, Règl. O 559/91, et ses modifications.

Loi sur la protection de la santé publique, L.R.Q. c. P-35, et ses modifications.

Loi sur la santé, L.R.N.-B. 1990, c. H-2, et ses modifications.

Règ. N.-B. 88-200.

Loi sur la santé publique, L.R.M. 1987, c. P210, et ses modifications.

Diseases and Dead Bodies Regulation, 33/88R.

Loi sur la santé publique, L.R.T.N.-O. 1990, c. P-12.

Communicable Diseases Regulations.

Public Health Act, R.S.A. 1984, c. P-27.1, et ses modifications.

Alta Reg 238/85, et ses modifications.

Public Health Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-30.

Notifiable and Communicable Diseases Regulations, Jan. 1/92, et ses modifications.

The Public Health Act, R.S.S. 1994, c. P-37.1.

The Communicable Disease Control Regulations, c. P.37, Reg 4.

Public Health Act, R.S.Y. 1986, c. 136.

Rapports, études, articles, articles de doctrine et autres ouvrages

American Civil Liberties Union, *HIV Partner Notification: Why Coercion Won't Work*, New York, ACLU, mars 1998.

American Civil Liberties Union, *HIV Surveillance Name Reporting: A Public Health Case for Protecting Civil Liberties*, New York, ACLU, octobre 1997.

Association canadienne des travailleurs sociaux, *Un guide complet des soins aux personnes atteintes d'une infection à VIH – Module 6: Soins psychosociaux*, Ottawa, l'Association, 1997.

Association médicale canadienne, « Infection à VIH au travail », *Journal de l'Association médicale canadienne*, 1993, 148(10): 1800A-D.

Association médicale canadienne, « Le syndrome d'immunodéficience acquise: Politique de l'AMC », *Journal de l'Association médicale canadienne*, 1989, 140: 64.

Association médicale canadienne, *Sérodiagnostic du VIH – Lignes directrices pour le counselling*, Ottawa, l'Association, 1995.

Bayer, R., « Discrimination, Informed Consent, and the HIV Infected Clinician », *British Medical Journal*, 1997, 314: 915-916.

Bayer, R., « Ethical Challenges Posed by Zidovudine Treatment to Reduce Vertical Transmission of HIV » [éditorial], *New England Journal of Medicine*, 1994, 331: 1223-1225.

Bell, B., *Questions juridiques, éthiques et de droits de la personne soulevées par le VIH/sida: Où se dirige-t-on à partir d'ici? – rapport de planification pour 1998-2003*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida, 1999.

Blanchard, A. et coll., « Molecular evidence for nosocomial transmission of human immunodeficiency virus from a surgeon to one of his patients », *Journal of Virology*, 1998, 72(5): 4357-4550.

Blind Justice, *BCPWA News*, Sept./oct. 1998, 105: 11-13.

Boockvar, K., « Beyond Survival: The Procreative Rights of Women with HIV », *Boston College Third World Law Journal*, 1994, 14: 1-42.

Brown, V.B. et coll., « Mandatory Partner Notification of HIV Test Results: Psychological and Social Issues for Women », *AIDS et Public Policy Journal*, 1994, 9(2): 86-92.

Casswell, D., « Disclosure by a Physician of AIDS-related Patient Information: An Ethical and Legal Dilemma », *Canadian Bar Review*, 1989, 68: 225.

Centers for Disease Control and Prevention, *HIV/AIDS Prevention Bulletin*, 19 avril 1993.

Centers for Disease Control, « Transmission of HIV infection during an invasive dental procedure », *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 1991, 40: 21-27,33.

Centers for Disease Control, « Update: investigations of persons treated by HIV-infected health care workers - United States », *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 1193, 42: 329-331.

Centers for Disease Control, *Estimates of the Risk of Transmission of Hepatitis B Virus and Human Immunodeficiency Virus to Patients by the Percutaneous Route During Invasive Surgical and Dental Procedures*, Atlanta, Centers for Disease Control, 1991.

Centers for Disease Control, « Recommendations for preventing transmission of human immunodeficiency virus and hepatitis B virus to patients during exposure-prone procedures », *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 1991, 40: 1-9.

Centers for Disease Control, *Reported Cases of AIDS and HIV Infection in Health Care Workers*, Atlanta, Centers for Disease Control, 28 décembre 1998.

Collège des médecins et chirurgiens de l'Ontario, *Policy on Physicians Infected with Blood-Borne Pathogens*, Toronto, CMCO, février 1994.

College of Physicians and Surgeons of Alberta, *HIV Infection in Health Care Workers*, septembre 1992.

College of Physicians and Surgeons of Ontario, *MDs Infected with HIV or HB* (1994).

Comité consultatif fédéral/provincial/territorial sur le VIH/sida, *Lignes directrices concernant la notification aux partenaires dans les cas de VIH/sida*, Ottawa, janvier 1997.

Comité consultatif ontarien de lutte contre le VIH et le sida, *Reducing HIV Transmission by People with HIV Who are Unwilling or Unable to Take Appropriate Precautions*, Toronto, septembre 1997.

Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal*, Ottawa, 1976.

Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, *Un virage à prendre en douceur: Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, vol. 2, Ottawa, ministre des Services gouvernementaux Canada, 1993).

Culname, M., et coll., « Lack of long-term effects among uninfected children exposed to zidovudine », *Journal of the American Medical Association*, 1999, 281: 151-157.

Cutler, J.C. et R.C. Arnold, « Venereal Disease Control by Health Departments in the Past: Lessons for the Future », *American Journal of Public Health*, 1988, 78: 372.

Dorozynski, A., « French patient contracts AIDS from surgeon », *British Medical Journal*, 1997, 314: 250.

Elliott, R., *Droit criminel et VIH/sida: rapport final*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, mars 1997.

Elliott, R., « Justice retardée et refusée dans l'affaire de morsure », *Bulletin canadien VIH/sida et droit*, 1997/98, 3(4)/4(1): 45.

BIBLIOGRAPHIE

- Field, M.A., « Pregnancy and AIDS », *Maryland Law Review*, 1993, 52: 402.
- Gerberding, J.L., « Management of occupational exposure to bloodborne viruses », *New England Journal of Medicine*, 1995, 332: 444-451.
- Gerberding, J.L., « Occupational HIV Infection », *AIDS*, 1997, 11(Suppl. A): 557-560.
- Gielen, A. et coll., « Women and HIV: Disclosure concerns and experiences », *Women and HIV Conference*, Washington DC, 1995.
- Gostin, L., « The HIV-Infected Health Care Professional: Public Policy, Discrimination, and Patient Safety », *Law, Medicine et Health Care*, 1990, 18(4): 303-310.
- Gostin, L.O. et Lazzarini, Z., *Human Rights and Public Health in the AIDS Pandemic*, New York, Oxford University Press, 1997.
- Gouvernement du Canada, *The Criminal Law in Canadian Society*, Ottawa, 1982.
- Guillot-Hurtubise, B., « Dentiste trouvé coupable de discrimination », *Bulletin canadien VIH/sida et droit*, 1995, 1(4): 1, 14-15.
- Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida (ONUSIDA), *Le VIH/sida et les droits de l'homme – Directives internationales*, Genève et New York, ONU, 1998 (HR/PUB/98/1).
- Hoey, J., « When the physician is the vector » [éditorial], *Journal de l'Association médicale canadienne*, 1998, 159: 45-46.
- Holland, W.H., « HIV/AIDS and the Criminal Law », *Criminal Law Quarterly*, 1994, 36(3): 279-316.
- Hôpital général de Montréal (Module prévention et contrôle des MTS/sida), *Politique d'intervention envers les personnes séropositives qui ne prennent pas les précautions nécessaires pour prévenir la transmission du VIH*, (Document de travail), Montréal, 4 juillet 1996.
- Intergovernmental Committee on AIDS, *Final Report of the Legal Working Party of the Intergovernmental Committee on AIDS*, Canberra, Department of Health, Housing and Community Services, 1992.
- Jürgens, R., *Test de sérodiagnostic et confidentialité: rapport final*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, octobre 1998.
- Jürgens, R., *VIH/sida et prisons: rapport final*, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, septembre 1996.
- Karrel, A., « HIV-infected physicians: How best to protect the public? », *Journal de l'Association médicale canadienne*, 1995, 152: 1059-1062.
- Laboratoire de lutte contre la maladie (Santé Canada), « La prévention des infections transmissibles par le sang dans les établissements de santé et les services public », *Relevé des maladies transmissibles au Canada*, 1997, 23S3.

BIBLIOGRAPHIE

Laboratoire de lutte contre la maladie (Santé Canada), « Compte rendu de la Conférence de concertation », *Relevé des maladies transmissibles au Canada*, 15 juillet 1998, suppl. 24S4.

Lunde, J.K., « Informed Consent and the HIV-Positive Physician », *Medical Trial Technique Quarterly*, 1992, 38: 186.

Manitoba College of Physicians and Surgeons, *Bloodborne Pathogen Precautions* (n° 136), Winnipeg, non daté.

Manitoba College of Physicians and Surgeons, *Communicable Diseases (Bloodborne) in Physicians (Including HIB and Hepatitis B)* (n° 123), Winnipeg, non daté.

Manitoba College of Physicians and Surgeons, *Communicable Diseases (Bloodborne) in Physicians – Counselling*, (n° 135), Winnipeg, non daté.

Mauth, T., « Charter Implications of Compelling Dentists to Reveal Their HIV Status », *Health Law in Canada*, 1996, 97-106.

McCarthy, G.M., « Factors Associated with Refusal to Treat HIV-Infected Patients: the Results of a National Survey of Dentists in Canada », *American Journal of Public Health*, 1999, 89: 541-545.

Ministère de la Santé de l'Ontario, « Memorandum to all Medical Officers of Health from Chief Medical Officer of Health and Legal Services Branch », 5 février 1999.

Ministère de la Santé de l'Ontario, *HIV Antibody Testing Guidelines for Pre- and Post-Test Counseling in Anonymous Testing Facilities*, Toronto, ministère de la Santé, octobre 1995.

North, R.L. et K.H. Rothenberg, « Partner notification and the threat of domestic violence against women with HIV infection », *New England Journal of Medicine*, 1993, 329: 1194-1196.

Office of the British Columbia Provincial Health Officer, *Public Health Guidelines for Managing Difficult HIV Cases*, Victoria, novembre 1993.

Ontario Medical Association (Committee on HIV Infection), « OMA support program for a physician infected with a blood-borne pathogen », *Ontario Medical Review*, février 1999, 25-30.

Organisation mondiale de la santé, « Consensus Statement on Partner Notification for Preventing HIV Transmission », *Venereology*, 1990, 3(1): 17.

Patrick, D., « HIV postexposure prophylaxis: new recommendations », *Journal de l'Association médicale canadienne*, 1997, 156: 223.

Report of the Presidential Commission on the Human Immunodeficiency Virus Epidemic, Washington, US Government Printing Office, 1988.

Rothenberg, K.H. et coll., « Domestic violence and partner notification: implications for treatment and counseling of women with HIV », *Journal of the American Medical Women's Association*, 1995, 50: 87-93.

BIBLIOGRAPHIE

- Rothenberg, K.H. et S. Paskey, « The risk of domestic violence and women with HIV infection: implications for partner notification, public policy, and the law », *American Journal of Public Health*, 1995, 85: 1569-1576.
- Roy, D. (dir.), *VIH et sida: plan d'action triennal - aspects éthiques et juridiques*, Montréal, Institut de recherches cliniques de Montréal, Centre québécois de coordination sur le sida, 1991.
- Sangree, S., « Control of Childbearing by HIV-Positive Women: Some Responses to Emerging Legal Policies », *Buffalo Law Review*, 1993, 41: 309.
- Santé Canada, *Le VIH et la violence sexuelle envers les femmes – Guide à l'intention des intervenantes œuvrant auprès de femmes survivantes de violence sexuelle*, Ottawa, Santé Canada, 1998.
- Santé Manitoba, *Guidelines for Reducing HIV Transmission by People who are Unwilling or Unable to Take Appropriate Precautions*, 13 avril 1996.
- Service correctionnel du Canada Canada, *Le VIH/sida en milieu carcéral: Rapport final du Comité d'experts sur le sida et les prisons*, Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1994.
- Société canadienne du sida, *La transmission du VIH: Guide d'évaluation du risque* (3^e éd.), Ottawa, Société canadienne du sida, janvier 1999.
- Société canadienne du sida, *Le droit des travailleurs de la santé atteints du VIH à exercer leur profession sans restrictions: Un exposé de principes*, Ottawa, Société canadienne du sida, 11 septembre 1992.
- Sopinka, J., Lederman, S. et Bryant A., *The Law of Evidence in Canada*, Markham, Butterworths Canada Ltd, 1992.
- Sprintz, H., « The Criminalization of Perinatal AIDS Transmission », *Health Matrix*, 1993, 3: 495-537.
- Stoltz, L., et L. Shap, *Le test de sérodiagnostic du VIH et la grossesse – Aspects médicaux et juridiques du débat d'orientation politique*, Ottawa, Santé Canada, 1999.
- Tsoukas, C.M., et coll., « Lack of transmission of HIV through human bites and scratches », *Journal of AIDS*, 1988, 1: 505-507.
- VIH/sida et droit criminel – Feuilles d'information*, #1-8, Montréal, Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, 1999.
- Wright, J.C. et Allinson, J.L., « AIDS, Mandatory Testing and Serostatus Disclosure in the Health Care Setting », *Health Law Review*, 1994, 3(2): 13-24.



Annexe A

Participants aux ateliers et personnes consultées

Jo-Ann Ackery	City of Toronto Health Department
Alix Adrien	Unité des maladie infectieuses, Hôpital général de Montréal
Joan Anderson	AIDS Committee of Toronto
Ronda Besner	Consultante en matière de droit et de politique
Louise Binder	Voices of Positive Women et Comité canadien aviseur sur l'accès aux traitements
Ruth Carey	HIV/AIDS Legal Clinic Ontario
John Carlisle	Deputy Registrar, Collège des médecins et chirurgiens de l'Ontario
David Corbett	Eberts, Symes, Street et Corbett, avocats
Marlys Edwardh	Ruby and Edwardh, avocats
Angela Favretto	Santé Canada (Programmes de prévention et d'action communautaire sur le VIH/sida)
John Gaylord	AIDS Committee of Toronto
Ralf Jürgens	Réseau juridique canadien VIH/sida
Marie Klaassen	City of Toronto Health Department
Sara MacMartin	Kingston, Frontenac, Lennox et Addington Health Unit
Diana McVeen	City of Toronto Health Department
Matthew Perry	HIV/AIDS Legal Clinic Ontario
Greg Robinson	AIDS Action Now!
Michael Sobota	AIDS Committee of Thunder Bay

ANNEXE A

Lori Stoltz	Goodman and Carr, avocats
Darien Taylor	Santé Canada
David Thompson	Sida bénévoles Montréal (ACCM)
Robert Trow	Hassle-Free Clinic (Toronto)
Michael Vonn	AIDS Vancouver
Tasha Yovetich	Société canadienne du sida