FAEJ (Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes)

Mémoire sur la criminalisation de la non-divulgation du VIH présenté au Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes

Une approche féministe de la réforme de la loi sur la non-divulgation du VIH

Le 4 mai 2019

Table des matières

1. Introduction 3
2. La loi sur la non-divulgation du VIH 6
3. Approche féministe du FAEJ sur la non-divulgation du VIH 8
4. Raisons pour lesquelles le FAEJ est préoccupé par la loi actuelle sur la non-divulgation du VIH 10
5. Position du FAEJ sur la non-divulgation du VIH 17
7. Conclusion 19

Mémoire du FAEJ présenté au Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes

La criminalisation de la non-divulgation du VIH

1. Introduction

Ce mémoire décrit et explique la position du Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) concernant la loi sur la non-divulgation du VIH. Fondé en 1985, le FAEJ est un organisme national sans but lucratif voué à la promotion de l'égalité réelle des femmes et des filles par la voie judiciaire, la réforme du droit et la sensibilisation de la population. Depuis plus de 30 ans, le FAEJ se consacre aux litiges et à la réforme du droit afin de renforcer l'égalité réelle des femmes en améliorant la réponse de la justice pénale aux agressions sexuelles. Le FAEJ propose une réponse féministe à la criminalisation de la non-divulgation de l'état sérologique du VIH qui favorise et protège les droits à l'égalité au Canada, y compris les droits à l'égalité des femmes et des filles.

À l'heure actuelle, le droit canadien criminalise la non-divulgation du VIH lorsqu'une personne séropositive expose son partenaire sexuel à un risque important de lésions corporelles graves, ce qui représente une possibilité réaliste de transmission du VIH. Ce domaine du droit a fait l'objet d'importantes critiques et de nombreux efforts ont été déployés afin de le réformer, y compris une récente directive fédérale en matière de poursuites[1] en raison de son approche sévère et punitive à l'égard des personnes vivant avec le VIH. Cela soulève des questions essentielles au mandat du FAEJ qui consiste à protéger et à promouvoir l'égalité des femmes.

L'égalité des femmes est directement compromise par la loi sur la non-divulgation du VIH. Les plaignantes sont souvent des femmes dans ces cas; la majorité des poursuites pour non-divulgation du VIH surviennent dans le cadre d'activités sexuelles hétérosexuelles[2] et près de 20 % des femmes

[1] Ministère de la Justice du Canada, *Le procureur général du Canada émettra une directive concernant les poursuites relatives aux cas de non-divulgation du VIH*, communiqué de presse, 1er décembre 2018, https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2018/12/le-procureur-general-du-canada-emettra-une-directive-concernant-les-poursuites-relatives-aux-cas-de-non-divulgation-du-vih.html [Directive en matière de poursuites].

[2] E. Mykhalovskiy, G. Betteridge et D. McLay, *HIV Non-Disclosure and the Criminal Law: Establishing Policy Options for Ontario*, Toronto, Réseau ontarien de traitement du VIH, 2010, p. 12, CATIE, http://www.catie.ca/pdf/Brochures/HIV-non-disclosure-criminal-law.pdf [DISPONIBLE EN ANGLAIS SEULEMENT].

séropositives déclarent avoir contracté le virus lors d'une agression sexuelle[3]. De plus, les poursuites pour non-divulgation du VIH ont entraîné une augmentation du nombre de femmes accusées et déclarées coupables d'agression sexuelle grave, et ont eu un impact particulier sur les femmes issues de certaines communautés. Près de 80 % des femmes vivant avec le VIH sont des femmes autochtones ou racialisées[4], et sont déjà grandement criminalisées au Canada[5].

De plus, l'évolution du droit relatif à la non-divulgation du VIH a eu un effet important sur les lois concernant les agressions sexuelles, au détriment de l'égalité des femmes. Les féministes craignent que la loi sur la non-divulgation du VIH ait restreint la portée juridique du consentement, ait altéré les conceptions établies de la fraude en tant que catégorie de comportement viciant le consentement, et ait le potentiel de réintroduire les utilisations problématiques de la preuve des antécédents sexuels et d'autres mythes discriminatoires au moment de déterminer la présence ou de l'absence de consentement. Ces changements pourraient porter atteinte au droit relatif aux agressions sexuelles pour toutes les femmes.

Le FAEJ s'intéresse donc grandement à l'élaboration cohérente d'une loi qui vise à reconnaître les intérêts diversifiés des femmes. Le FAEJ propose une approche juridique qui tient compte des droits à l'égalité des femmes en tant qu'accusées et plaignantes dans les affaires de non-divulgation du VIH et qui protège les droits à l'égalité des femmes dans le droit relatif aux infractions sexuelles en général. Voici un résumé de la position du FAEJ en matière de réforme du droit, que nous expliquons plus en détail ci-dessous :

1. La non-divulgation du VIH ne devrait pas être traitée comme une infraction sexuelle.
2. Lorsque la non-divulgation du VIH entraîne la transmission réelle du virus, une poursuite peut être appropriée en vertu des dispositions du *Code criminel* relatives aux

[3] Kevin Ritchie, « Laws criminalizing HIV are putting vulnerable women at greater risk », *Now Toronto*, 11 janvier 2017, Now Toronto, https://nowtoronto.com/news/laws-criminalizing-hiv-are-putting-vulnerable-women-at-great/ [DISPONIBLE EN ANGLAIS SEULEMENT].
[4] Réseau canadien autochtone du sida, « Fact Sheet on HIV and AIDS: Aboriginal Women and Girls in Canada », 2011, p. 252, http://caan.ca/wp-content/uploads/2012/05/Womens-Fact-Sheet-EN.pdf [DISPONIBLE EN ANGLAIS SEULEMENT].
[5] Tina Hotton Mahoney, Joanna Jacob et Heather Hobson, *Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe – Les femmes et le système de justice pénale*, Statistique Canada, 2017, p. 39, https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/pub/89-503-x/2015001/article/14785-fra.pdf?st=lvIWnbLz.

infractions à caractère non sexuel, afin de garantir que ceux qui contractent le VIH de partenaires irresponsables soient protégés par le droit pénal.

3. Toutefois, même lorsqu'il y a transmission, les lignes directrices en matière de poursuites devraient veiller à ce que les femmes séropositives victimes de violence, de coercition ou d'agression sexuelle ne fassent pas l'objet d'une poursuite pour avoir omis de divulguer leur séropositivité alors que cette omission est le résultat de la violence ou des menaces de violence perpétrées à leur endroit.
4. Les lois concernant les agressions sexuelles visent à promouvoir l'égalité des femmes. Comme nous l'expliquons ci-dessous, il faut confirmer la vaste portée du consentement en lien avec le droit relatif aux agressions sexuelles et veiller à ce que l'approche de la fraude dans le contexte des agressions sexuelles accorde la priorité à l'autonomie physique et sexuelle des femmes et la protège.

Selon le FAEJ, cette approche permettra d'atteindre plus facilement les objectifs féministes. Le retrait de la non-divulgation du VIH de la loi sur les agressions sexuelles protégerait l'objectif de renforcement de l'égalité de la loi sur les agressions sexuelles en proposant un concept de consentement fondé sur l'autonomie sexuelle. Le maintien de la responsabilité criminelle à caractère non sexuel dans les cas de transmission aiderait les femmes dont les partenaires n'ont pas pris de mesures responsables pour prévenir la transmission, mais ferait en sorte que la loi délaisse l'approche sévère et rigoureuse actuellement en vigueur à l'égard des personnes vivant avec le VIH. Des lignes directrices appropriées en matière de poursuite reconnaîtront la vulnérabilité particulière des femmes marginalisées vivant avec le VIH.

En décembre 2018, le gouvernement fédéral a publié une directive de poursuite visant à réduire la surcriminalisation des personnes vivant avec le VIH/sida[6]. La directive, bien qu'elle ne s'applique pas aux poursuites intentées par les provinces, marque une nette amélioration par rapport à l'approche précédente en ce qui concerne les droits à l'égalité des femmes et des personnes vivant avec le VIH. Toutefois, les changements globaux proposés dans cette présentation demeurent nécessaires pour garantir que tous les droits en jeu bénéficient d'une protection significative.

[6] Directive en matière de poursuites, précité, note 1.

2. La loi sur la non-divulgation du VIH

Le Canada a adopté une approche très punitive à l'égard de la criminalisation des personnes qui ne divulguent pas leur séropositivité à leurs partenaires sexuels. Depuis 1998, à la suite de la décision rendue dans l'affaire *R. c. Cuerrier*[7], l'omission de divulguer sa séropositivité a été le plus souvent considérée comme une agression sexuelle grave, la forme la plus grave d'agression sexuelle, punissable d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. Contrairement aux agressions sexuelles en général, ces poursuites donnent lieu à un taux élevé de condamnations et ont suscité beaucoup d'inquiétude au sein de la communauté des personnes atteintes du VIH/sida[8].

La non-divulgation du VIH est traitée comme une agression sexuelle, car les tribunaux ont interprété le défaut de divulguer l'état sérologique comme une fraude qui vicie le consentement dans des circonstances où il y a un risque important de lésions corporelles. Le *Code criminel*[9] érige en infraction le fait de toucher une personne de façon sexuelle sans son consentement. Le paragraphe 273(1) du *Code* définit le « consentement » comme étant « l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle[10] ». Le *Code* fournit également une liste de circonstances au cours desquelles aucun consentement n'est donné, même si le plaignant semblait être d'accord au moment de l'activité. Le paragraphe 265(3) stipule que « ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison […] c) soit de la fraude[11] ». Les tribunaux ont déclaré que s'il existe une possibilité réaliste de transmission du VIH et que l'accusé omet de divulguer son état sérologique, cela constitue une fraude qui annule le consentement. Le ministère public doit prouver que le plaignant n'aurait pas donné son consentement s'il avait été au courant de l'état sérologique de l'accusé.

En droit criminel canadien, la fraude qui vicie le consentement sexuel exige une preuve de malhonnêteté et de privation[12]. Dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour suprême du Canada (CSC) a d'abord

---

[7] *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371 [*Cuerrier*].
[8] Alison Symington, « HIV Exposure as Sexual Assault », dans E. Sheehy (éd.), *Sexual Assault Law in Canada: Law, Legal Practice and Women's Activism*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2012, p. 661 [Symington] [DISPONIBLE EN ANGLAIS SEULEMENT].
[9] *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 162(1) [*Code criminel*].
[10] *Ibid.*, par. 273(1).
[11] *Ibid.*, par. 265(3).
[12] Dans *Cuerrier*, précité, note 7, la CSC définit la « privation » comme étant une lésion corporelle grave ou un risque important de lésions corporelles graves (par. 28). Dans *R. c. Mabior,* 2012 CSC 47 [*Mabior*], la CSC a confirmé cette définition (par. 12) et a poursuivi en déclarant qu'une « possibilité réaliste de transmission du VIH »

statué que la privation peut signifier un risque important de lésions corporelles graves[13] et que l'infection au VIH constitue une lésion corporelle grave[14]. Dans la décision subséquente rendue dans l'affaire *Mabior*, la Cour a conclu qu'une possibilité réaliste de transmission était suffisante pour constituer un risque important de lésions corporelles (et donc de privation) et que, à moins que l'accusé ait une charge virale faible **et** utilise un condom, il en résulte un risque réaliste de transmission[15]. Les experts du VIH sont en désaccord et ont fait valoir qu'une faible charge virale ou l'utilisation de condoms suffit à prévenir la transmission[16].

La décision rendue dans *Mabior* a donc maintenu l'approche sévère et punitive du Canada à l'égard de la non-divulgation du VIH, créant sans doute une approche de criminalisation encore plus globale que celle de *Cuerrier* en exigeant à la fois l'utilisation de condoms et une faible charge virale pour échapper à la criminalisation en cas de non-divulgation. Cette norme est également sexospécifique, parce que les femmes ne contrôlent pas l'utilisation du condom chez les partenaires masculins et parce qu'il peut être plus difficile pour les femmes de divulguer leur séropositivité dans le cadre d'une relation de violence et lorsqu'elles-mêmes sont victimes d'agression sexuelle.

Le 1er décembre 2018, le gouvernement fédéral a annoncé une nouvelle directive en matière de poursuite pour les cas de non-divulgation du VIH, recommandant une approche moins punitive[17]. Conformément à cette directive, le procureur général du Canada n'intentera pas d'accusations de non-divulgation du VIH si la personne vivant avec le VIH a maintenu une charge virale supprimée, a utilisé des condoms ou s'est livrée uniquement à des relations sexuelles orales, car il n'y a

---

constituerait un risque important de lésions corporelles graves et, par conséquent, une privation (par. 91). Dans *R. c. Hutchinson,* 2014 CSC 19 [*Hutchinson*], la CSC a confirmé que, dans le contexte d'une agression sexuelle, la seule privation qui rendrait un acte malhonnête frauduleux au sens du *Code* est un risque important de lésions corporelles graves : « Sous réserve seulement de deux exceptions limitées que nous examinerons un peu plus loin, le consentement sera vicié par la fraude *uniquement* s'il est obtenu par suite de mensonges ou d'une omission délibérée de divulguer certaines informations, *conjugués à* un risque important de lésions corporelles graves par suite des contacts sexuels » (par. 34).

[13] *Cuerrier,* précité, note 7, par. 126 à 128.

[14] *Ibid.*, par. 128.

[15] *R. c. Mabior,* précité, note 12, par. 81 à 103.

[16] Mona Loutfy, Mark Tyndall *et al.*, « Canadian consensus statement on HIV and its transmission in the context of criminal law », *Can J Infect Dis Med Microbiol*, vol. 25, nº 3, 2014 [DISPONIBLE EN ANGLAIS SEULEMENT]; voir aussi Ministère de la Justice, *Réponse du système de justice pénale à la non-divulgation de la séropositivité*, Canada, Ministère de la Justice, 2017, https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/autre-other/vihnd-hivnd/index.html [Rapport présenté au MJ].

[17] Directive en matière de poursuites, précité, note 1.

probablement aucune possibilité réaliste de transmission dans de tels cas. Les procureurs fédéraux doivent également tenir compte du caractère répréhensible de la personne et du fait qu'elle soit ou non suivie par les autorités en matière de santé publique, afin de déterminer s'il est dans l'intérêt public de porter des accusations criminelles. Au moment de la présentation de ce mémoire, les provinces n'avaient pas donné d'instructions semblables à leurs procureurs généraux. Néanmoins, cette directive constitue une étape importante vers la réduction des préjudices que *Mabior* a causés aux personnes vivant avec le VIH/sida.

3. Approche féministe du FAEJ sur la non-divulgation du VIH

Avant la directive fédérale en matière de poursuites[18], le gouvernement fédéral avait publié un rapport faisant état de préoccupations au sujet de la surcriminalisation[19]. Des défenseurs de la communauté juridique du VIH/sida ont critiqué la criminalisation de la non-divulgation du VIH, en particulier les poursuites pour agression sexuelle grave. Ils affirment que cette approche punitive accroît la stigmatisation des personnes vivant avec le VIH, punit les personnes en raison d'une incapacité et nuit aux initiatives de santé publique visant à prévenir la propagation du virus[20].

Le FAEJ partage bon nombre de ces préoccupations. Toutefois, le principal objectif du FAEJ en matière de réforme du droit est la protection des droits à l'égalité des femmes. Les propositions de réforme du droit présentées dans ce mémoire sont le fruit de vastes consultations avec des théoriciens et des praticiens du droit féministes à l'échelle nationale menées par le FAEJ afin d'élaborer une position sur la non-divulgation du VIH qui aborde les enjeux complexes dans le but de préserver l'égalité des femmes. Le FAEJ vise à faire en sorte que les droits à l'égalité des sexes

[18] *Ibid.*
[19] Rapport présenté au MJ, précité, note 16.
[20] Voir par exemple Coalition canadienne pour réformer la criminalisation du VIH, *Développer une déclaration de consensus communautaire : mettre fin aux poursuites injustes pour non-divulgation du VIH – Document d'information et ébauche de déclaration de consensus, pour discussion*, http://www.aidslaw.ca/site/wp-content/uploads/2017/07/CCRHC_Backgrounder-and-Draft-Community-Consensus-Statement_final_FR_25July2017.pdf. Cette déclaration a maintenant été officiellement publiée en tant que Coalition canadienne pour réformer la criminalisation du VIH, *Cesser la criminalisation injuste du VIH : Déclaration de consensus communautaire*, CCRCV, 2017, http://www.criminalisationvih.ca/la-declaration-de-consensus-communautaire/.

soient pris en compte et protégés dans les recommandations ou les rapports découlant de l'étude du Comité permanent.

Le FAEJ a joué un rôle crucial en faisant des droits à l'égalité des femmes un principe central du droit relatif aux agressions sexuelles et en affirmant l'importance du droit des femmes de déterminer les paramètres de l'activité sexuelle à laquelle elles souhaitent prendre part. Le FAEJ est intervenu afin de fournir son expertise dans presque toutes les affaires de la Cour suprême du Canada ultérieures à la *Charte* et qui ont établi un précédent en matière de droit relatif aux agressions sexuelles[21]. Dans *R. c. Ewanchuk*[22], le FAEJ s'est opposé à l'existence d'une défense du consentement implicite, soulignant que les valeurs de l'autonomie sexuelle et de l'égalité exigent que le consentement soit manifesté. Cette décision a établi que le consentement affirmatif était la norme juridique en droit canadien. Dans *R. c. Darrach*[23], le FAEJ a souligné que les restrictions sur la preuve du comportement sexuel antérieur étaient enchâssées dans l'article 276 du *Code* afin de renforcer les droits à l'égalité et de réduire l'influence des mythes discriminatoires dans les procès pour agression sexuelle. Dans l'affaire *R. c. J. A.*[24], le FAEJ a soutenu avec succès que l'on ne peut consentir à l'avance à des relations sexuelles inconscientes parce que le consentement doit toujours être actif, volontaire et concomitant à l'acte sexuel.

Enfin, le FAEJ peut se targuer d'avoir façonné la loi sur les agressions sexuelles afin de protéger l'égalité réelle des femmes et d'améliorer le traitement des plaignantes au cours des procès. Un des principaux éléments moteurs de l'intérêt du FAEJ dans le cadre juridique de la non-divulgation du VIH consiste à préserver les gains juridiques réalisés en matière d'autonomie sexuelle et de droits à l'égalité des femmes.

---

[21] *R c. Seaboyer* [1991] 2 RCS 577; *Canadian Newspapers Co c. Canada* [1988] 2 RCS 122*; R c. Whitley et Mowers,* [1994] 3 RCS 830*; R c. Ewanchuk,* [1999] 1 RCS 330 [*Ewanchuk*]*; R c. Mills,* [1999] 3 RCS 668 [*Mills*]*; R c. Darrach,* 2000 CSC 46 [*Darrach*]*; R c. JA,* 2011 RCS 28 [*JA*].
[22] *Ewanchuk,* précité, note 21.
[23] *Darrach,* précité, note 21.
[24] *JA,* précité, note 21.

4. Raisons pour lesquelles le FAEJ est préoccupé par la loi actuelle sur la non-divulgation du VIH

En gardant à l'esprit ces principes féministes en matière d'égalité des droits, trois principales raisons justifient les préoccupations du FAEJ en lien avec la loi sur la non-divulgation du VIH. Premièrement, les plaignantes dans les cas signalés sont majoritairement des femmes. Deuxièmement, les femmes se retrouvent également parmi les accusées dans les cas signalés, en particulier les femmes qui sont déjà sujettes à une stigmatisation en raison, par exemple, d'un handicap, de leur race, de la pauvreté ou de leurs origines autochtones. Troisièmement, le recours à la loi sur les agressions sexuelles pour intenter des poursuites dans les cas de non-divulgation du VIH a eu un effet négatif sur la loi sur les agressions sexuelles en général. Le FAEJ adopte devant le Comité une position sur la réforme du droit qui reflète un équilibre prudent entre les trois préoccupations pressantes.

a. Criminalisation des femmes marginalisées

Le FAEJ est grandement préoccupé par les femmes marginalisées séropositives elles-mêmes victimes de violence sexiste qui font face à des accusations d'agression sexuelle grave en vertu de la loi de non-divulgation du VIH. Comme dans de nombreux domaines du droit pénal, des études ont démontré que les poursuites ont impliqué des membres de groupes marginalisés de façon disproportionnée, comme les hommes de couleur et les femmes autochtones (p. ex. *R. c. Schenkels*[25]). La crainte de la criminalisation sert à isoler et à stigmatiser davantage les femmes séropositives.

Le FAEJ est également préoccupé par la criminalisation excessive de la non-divulgation du VIH qui incorpore la dynamique sexospécifique préjudiciable aux femmes. Les femmes qui vivent une relation de violence, par exemple, s'exposent à un danger accru lorsqu'elles révèlent leur séropositivité à leur partenaire. Les craintes des femmes concernant la divulgation de renseignements sur le VIH ne sont pas sans fondement. Le décès tragique de Cicely Bolden, une

[25] *R c. Schenkels,* 2016 MBQB 44, confirmant 2017 MBCA 62 [*Schenkels*], *Symington,* précité, note 8, p. 645 et 660.

femme du Texas assassinée par son petit ami après lui avoir révélé qu'elle était séropositive, rappelle concrètement la réaction violente que peut susciter un diagnostic de VIH[26].

Dans l'affaire *R. c. D.C.*[27], l'accusée était une femme victime de violence conjugale par la personne l'ayant accusée. Cette dernière a seulement mentionné son allégation de non-divulgation du VIH après que D.C. eut porté plainte pour violence conjugale contre lui. Dans *R. c. Schenkels*[28], l'accusée était également une Autochtone victime d'agression sexuelle[29] qui a été reconnue coupable d'agression sexuelle grave pour ne pas avoir divulgué son statut à un partenaire sexuel occasionnel.

b. Risque pour la loi sur les agressions sexuelles

Le FAEJ est également préoccupé par le fait que traiter la non-divulgation du VIH en tant qu'agression sexuelle grave risque de réduire le progrès réalisé en matière de norme de consentement affirmatif, qui protège le droit de déterminer « qui peut toucher son corps et de quelle façon[30] ». Cela risque également de réintroduire des concepts discriminatoires entourant le consentement implicite et lesdits deux mythes au sujet des plaignantes pour agression sexuelle — selon lesquels les femmes qui ont eu des relations sexuelles par le passé sont plus susceptibles d'être le « genre de personne » qui consentirait à des relations sexuelles, ou qui est plus susceptible de mentir au sujet de l'agression sexuelle[31] — dans les décisions relatives à l'admissibilité de la preuve de comportement sexuel antérieur.

i. <u>Consentement affirmatif</u>

L'approche juridique actuelle en matière de non-divulgation du VIH repose sur une distinction entre le contact sexuel auquel le plaignant n'a pas consenti et le contact sexuel auquel le plaignant a consenti, mais où le consentement a été vicié par la conduite frauduleuse de l'accusé.

---

[26] J. Emily, « Man who admitted killing HIV-positive girlfriend: "I wanted to make her pay" », *Dallas News*, octobre 2013, http://www.dallasnews.com/news/crime/2013/10/29/man-who-admitted-killing-hiv-positive-girlfriend-i-wanted-to-make-her-pay [DISPONIBLE EN ANGLAIS SEULEMENT].
[27] *R c. D.C.*, 2012 CSC 48.
[28] *Schenkels*, précité, note 25.
[29] *Schenkels*, MBQB précité, note 25, p. 7, 8 et 25.
[30] *Ewanchuk*, précité, note 21, p. 28.
[31] *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 276(1).

La crainte d'élargir la possibilité de poursuites pour non-divulgation du VIH a amené la Cour suprême du Canada à restreindre la portée juridique du consentement volontaire, au détriment des femmes. Le jugement majoritaire dans *R. c. Hutchinson*[32] illustre ce problème. Dans cette affaire, le défendeur a saboté le condom utilisé lors d'une relation sexuelle avec sa petite amie, puis cette dernière est tombée enceinte. La Cour a eu pour mandat de décider si la conduite de l'accusé constituait ou non une agression sexuelle. Dans une tentative de résoudre cette question d'une manière conforme à la jurisprudence en matière de non-divulgation du VIH, la majorité a adopté une définition étroite de la portée du consentement à des activités sexuelles.

Bien que les juges majoritaires et les jugements concordants aient conclu que l'accusé avait commis une agression sexuelle, les juges majoritaires en sont arrivés à la conclusion que le consentement de la plaignante avait été vicié par la fraude en vertu de l'alinéa 265(3)c). Les juges Abella, Moldaver et Karakastanis ont conclu dans leurs motifs concordants que la plaignante n'avait pas du tout consenti au contact sexuel, parce qu'un acte sexuel sans condom est différent d'un acte sexuel avec un condom et que la plaignante n'avait consenti qu'à ce dernier.

La différence entre ces conclusions a trait à la portée du consentement du plaignant. Les juges majoritaires ont interprété de façon restrictive « accord volontaire à l'activité sexuelle » en vertu de l'article 273.1, en définissant le consentement comme étant le consentement à des contacts sexuels physiques seulement, ou « l'acte physique dont il a été convenu au moment pertinent, la nature sexuelle de cet acte et l'identité du partenaire[33] ». Selon les juges majoritaires, le consentement à l'« activité sexuelle » peut exister en droit même lorsque le plaignant n'a pas consenti aux « conditions et [aux] caractéristiques de l'acte ou encore [aux] risques et [aux] conséquences en découlant[34] ». Le jugement concordant, en revanche, a fourni une interprétation plus large du consentement en vertu de l'article 273.1, définissant l'« activité sexuelle » de façon à inclure d'autres éléments liés à l'acte sexuel même. Il a statué que la façon dont l'activité sexuelle se déroule est un élément crucial de l'accord volontaire de participer à une activité sexuelle[35].

[32] *Hutchinson*, précité, note 12.
[33] *Ibid.*, par. 22.
[34] *Ibid.*, par. 21 à 28.
[35] *Ibid.*, par. 83.

LEAF FAEJ Women's Legal Education and Action Fund | Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes

Même si l'affaire *Hutchinson* ne traitait pas du VIH, les juges majoritaires ont interprété de façon restrictive « l'activité sexuelle » dans le but exprès de limiter les poursuites pour non-divulgation en matière de VIH dans le contexte de la fraude. Les juges majoritaires étaient préoccupés par le fait que considérer des tromperies tel le sabotage du condom comme une violation du consentement du plaignant en soi criminaliserait la non-divulgation du VIH même si l'acte sexuel ne présentait aucun risque de lésions corporelles pour le plaignant :

> D'un point de vue juridique, quelle est la différence entre, d'une part, le fait de tromper la plaignante au sujet de l'état du condom et de créer un risque de grossesse, et, d'autre part, le fait de tromper la plaignante au sujet de la séropositivité pour qu'elle consente à des rapports sexuels sans protection? Depuis l'arrêt *Cuerrier*, il est clair que la seconde situation doit être analysée au regard de la disposition relative à la fraude énoncée à l'al. 265(3)*c*) du *Code criminel*. Pourquoi alors ne pas faire de même pour la première? La cohérence et la certitude du droit exigent que ces deux situations soient traitées de la même façon.
>
> [...]
>
> Ces contradictions ne sont pas d'ordre purement sémantique — elles pourraient avoir une incidence sur l'issue du litige si l'approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l'acte s'est déroulé » étaient appliquées. En effet, la séropositivité pourrait fort bien constituer une « caractéristique essentielle » de l'activité sexuelle suivant l'approche retenue par les juges majoritaires de la Cour d'appel. Elle pourrait aussi être considérée comme un aspect de la notion de « façon » selon l'approche proposée par les juges Abella et Moldaver. Si l'utilisation d'un condom intact touche à la manière dont l'activité sexuelle s'est déroulée, pourquoi pas le passage de fluides infectés d'une personne à une autre? Suivant ces approches, les tromperies liées à la séropositivité pourraient amener le tribunal à conclure à l'absence de consentement au sens du par. 273.1(1), même lorsque la charge virale de l'accusé était faible au moment des faits et qu'un condom a été utilisé. Or, une telle conclusion serait en contradiction directe avec les arrêts *Cuerrier* et *Mabior*[36].

[36] *Ibid.*, par. 38 à 40.

Bien que l'approche des juges majoritaires puisse avoir le résultat souhaitable de limiter les poursuites relatives au VIH, le FAEJ la considère comme très problématique en ce qui a trait à l'égalité des femmes pour deux raisons.

Premièrement, elle mine l'autonomie sexuelle des femmes en restreignant la définition d'« activité sexuelle ». Dans *Ewanchuk*, l'arrêt fondamental de la Cour suprême du Canada établissant une norme de consentement affirmatif, la Cour a déclaré que « le pouvoir de l'individu de décider qui peut toucher son corps et de quelle façon est un aspect fondamental de la dignité et de l'autonomie de l'être humain[37] ». De l'avis du FAEJ, et tel que mentionné dans la décision concordante de *Hutchinson*, l'utilisation d'un condom représente un élément fondamental de la « façon » dont les contacts sexuels se déroulent, et sans consentement volontaire à des activités sexuelles sans condom, il n'y a pas de consentement en vertu de l'article 273.1. Comme le souligne le jugement concordant : « Lorsqu'une femme donne son accord à des rapports avec condom, elle consent à une activité sexuelle particulière. Il s'agit d'une activité sexuelle différente de rapports sexuels *sans* condom[38] ». La définition étroite d'« activité sexuelle » adoptée par les juges majoritaires prive les femmes du droit légal de choisir d'utiliser ou non un condom. De plus, elle risque de miner l'autonomie sexuelle des femmes dans les cas futurs, puisque d'autres éléments relatifs à la « façon » dont se déroule de l'activité sexuelle peuvent être exclus de la définition de consentement. La décision majoritaire risque donc de miner l'autonomie sexuelle des femmes en réduisant la portée du consentement des femmes sur le déroulement de l'activité sexuelle.

Le deuxième problème que pose la décision des juges majoritaires est que le critère de la fraude exige à la fois un acte malhonnête *et* une privation. Par conséquent, dans la mesure où l'accusé a trompé la plaignante quant à la « façon » dont l'acte sexuel s'est déroulé, il ne s'agit d'un acte criminel que si cette tromperie présentait un risque important de lésions corporelles graves pour la plaignante[39]. Dans *Hutchinson*, la majorité a conclu que la grossesse non désirée de la plaignante constituait une privation[40]. Toutefois, s'il y a sabotage du condom ou « stealthing » et qu'aucune grossesse ne s'ensuit, les motifs de la majorité donnent à penser que cela ne satisferait pas le critère

[37] *Ewanchuk*, précité, note 21, par. 28.
[38] *Hutchinson*, précité, note 21, par. 76.
[39] *Ibid.*, par. 42.
[40] *Ibid.*, par. 70-71.

du consentement vicié par la fraude. Dans un tel cas, le consentement apparent de la plaignante serait considéré comme valide en droit, malgré le fait qu'elle n'a pas consenti à des relations sexuelles non protégées.

Dans *Ewanchuk* et les affaires subséquentes, le FAEJ a plaidé en faveur d'un cadre analytique clair pour comprendre les agressions sexuelles, en mettant l'accent sur l'autonomie sexuelle et l'exigence du consentement affirmatif volontaire. *Hutchinson* démontre comment la tentative d'intégrer les poursuites pour non-divulgation du VIH dans le cadre de la loi sur l'agression sexuelle détourne l'attention de la jurisprudence sur l'agression sexuelle de ces concepts fondamentaux. Cela représente un risque important pour l'égalité des femmes, car leur droit de contrôler leur vie sexuelle est fondamental pour l'égalité et la dignité humaine. Le FAEJ est d'avis que les efforts de réforme du droit dans ce domaine doivent constamment réaffirmer la dimension d'égalité de la jurisprudence sur les agressions sexuelles et les valeurs énoncées dans *Ewanchuk*[41] et *J.A.*[42].

ii. Mythes et stéréotypes discriminatoires

En outre, la loi actuelle sur la non-divulgation du VIH a amené les avocats de la défense à chercher à s'appuyer sur des arguments discriminatoires basés à la fois sur les antécédents sexuels de la plaignante et sur le consentement implicite, deux types d'arguments que les féministes ont tenté d'éliminer de la loi sur l'agression sexuelle.

En ce qui concerne les antécédents sexuels, un des éléments centraux d'une poursuite pour non-divulgation du VIH est la conclusion selon laquelle la plaignante n'aurait pas consenti si elle avait été au courant de l'état sérologique de l'accusé. Les avocats de la défense ont présenté des demandes de contre-interrogatoire des plaignants qui avaient l'habitude de se livrer à des relations sexuelles non protégées dans le but de soulever un doute raisonnable selon lequel ils auraient refusé

[41] *Ewanchuk,* précité, note 21. Dans *Ewanchuk*, la CSC a affirmé ce qui suit : « La société est déterminée à protéger l'intégrité personnelle, tant physique que psychologique, de tout individu. Le pouvoir de l'individu de décider qui peut toucher son corps et de quelle façon est un aspect fondamental de la dignité et de l'autonomie de l'être humain. L'inclusion des infractions de voies de fait et d'agression sexuelle dans le *Code* témoigne de la détermination de la société à assurer la sécurité des personnes, en les protégeant des contacts non souhaités ou des menaces de recours à la force. » (par. 28).

[42] *JA,* précité, note 21. Dans *JA*, la CSC a écrit que le « le plaignant doit consentir spécifiquement à chacun des actes sexuels ». (par. 34).

de consentir à l'acte sexuel en question s'ils avaient été au courant du risque[43]. Dans *R. c. Wilcox*, certains défenseurs du VIH ont également fait valoir que ce genre de preuve devrait être admissible.

Cette argumentation s'appuie sur les mêmes mythes et stéréotypes discriminatoires qui sont en jeu dans d'autres demandes d'antécédents sexuels, à savoir que si la plaignante avait préalablement consenti à un type relation sexuelle par le passé, il est plus probable qu'elle ait consenti à un type de relation sexuelle au moment en question ou qu'elle soit le genre de personne qui consentirait à des rapports sexuels non protégés. Les féministes s'opposent depuis longtemps à ce genre d'argument. Comme l'a déterminé la Cour suprême du Canada dans *Ewanchuk,* le consentement est « purement subjecti[f] et déterminé par rapport à l'état d'esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l'égard des attouchements, lorsqu'ils ont eu lieu[44] ».

Toutefois, l'exigence selon laquelle le ministère public doit prouver ce que le plaignant aurait fait ou n'aurait pas fait si les circonstances avaient été différentes rend cette analyse vulnérable à ce raisonnement. Cela risque de miner les dispositions sur la protection des victimes de viol et d'introduire des mythes discriminatoires au cours des procès pour agression sexuelle.

De plus, dans *Wilcox*, la défense a fait valoir que le fait que le plaignant ait consenti au risque de contracter le VIH pouvait représenter de façon implicite les circonstances dans lesquelles les relations sexuelles ont eu lieu. La défense a convoqué un témoin expert pour témoigner que la nature du sauna gai était telle que le risque de transmission du VIH était implicite et, par conséquent, en acceptant d'avoir des relations sexuelles dans ce contexte, le plaignant a consenti à ce risque[45]. Tel qu'ont insisté les féministes, et tel que l'a affirmé la Cour suprême, la croyance au consentement doit reposer sur la manifestation de l'accord du plaignant, que ce soit par les paroles ou le comportement, de se livrer à des activités sexuelles[46]. Bien que la Cour ait rejeté l'argument du consentement implicite dans *Wilcox,* il s'agit d'un autre moyen par lequel la loi sur

[43] Voir par exemple, *R. c. Wilcox*, 2011 QCCQ 11007, confirmant *R. c. Wilcox,* 2014 CSC 75, par. 17, 45, 131, 204 [*Wilcox*].
[44] *Ewanchuk.*
[45] *Ibid.*, par. 4, 70-76.
[46] *R. c. Ewanchuk*, précité, note 21, par. 49.

LEAF FAEJ Women's Legal Education and Action Fund | Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes

la non-divulgation du VIH pourrait miner les protections des femmes pour l'égalité et l'autonomie sexuelle gagnées de haute lutte relativement au droit sur les agressions sexuelles.

Cela souligne qu'il est impératif que les initiatives de réforme du droit dans le domaine de la non-divulgation du VIH portent une attention particulière au contexte plus général du droit relatif aux agressions sexuelles et à son importance considérable pour les droits à l'égalité des femmes.

5. Position du FAEJ sur la non-divulgation du VIH

Les approches stratégiques en lien avec la non-divulgation du VIH doivent tenir compte des droits à l'égalité des femmes. Une réforme législative favorisant l'égalité garantirait que le droit relatif aux agressions sexuelles mette l'accent sur la protection de l'autonomie et de l'intégrité sexuelle et la promotion de l'égalité des sexes. Le FAEJ maintient une position cohérente qui s'efforce de protéger les droits à l'égalité des diverses femmes touchées par ce domaine du droit et, en particulier, qui :

1. veille à ce que l'égalité et l'autonomie sexuelle des femmes soient protégées par le droit relatif aux agressions sexuelles;
2. offre un recours aux plaignantes ayant contracté le VIH de partenaires irresponsables ayant omis de divulguer l'information;
3. réduit la criminalisation des femmes marginalisées;
4. réduit la criminalisation et la stigmatisation des personnes vivant avec le VIH.

À cette fin, le FAEJ recommande que le Comité mette en œuvre les réformes suivantes :

1. **La non-divulgation du VIH ne devrait plus être considérée comme une question de fraude annulant le consentement dans le cadre d'infractions sexuelles criminelles.**

   Cela éliminera le besoin perçu de la Cour de définir le consentement de façon étroite afin d'éviter la surcriminalisation des personnes vivant avec le VIH. Cela devrait également limiter le recours excessif à la fraude dans le droit relatif aux agressions sexuelles, qui est vulnérable aux arguments discriminatoires au sujet des antécédents sexuels et du consentement implicite, et qui a une valeur limitée dans les cas où l'accusé a entravé l'autonomie sexuelle d'une femme en n'ayant pas causé de lésions corporelles.

2. **La définition d'« activité sexuelle » qui se trouve dans la décision concordante *Hutchinson* (par opposition à la décision majoritaire) devrait être confirmée, tout comme le principe fondamental établi dans *Ewanchuk* selon lequel les femmes ont le droit de déterminer qui peut toucher leur corps et de quelle façon.**

3. **La portée actuelle de la fraude devrait être protégée[47].**

4. **Les personnes qui, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences[48], transmettent le VIH à leur partenaire sexuel sans divulguer leur séropositivité devraient faire l'objet de poursuites en vertu de dispositions du droit pénal qui ne traitent pas des infractions sexuelles.** Cela offrirait un recours juridique aux femmes qui contractent le VIH de partenaires sexuels ayant négligé la prévention de la transmission du VIH et qui ont ainsi violé l'intégrité corporelle de leur partenaire. Toutefois, le fait de limiter les poursuites aux cas où le VIH a réellement été transmis limitera considérablement la portée de la criminalisation, conformément au principe selon lequel, lorsque l'État criminalise les membres d'une population systématiquement marginalisée comme les personnes atteintes du VIH, il devrait limiter la portée du droit pénal aux cas où le préjudice est le plus grave. L'utilisation de condoms et le développement de médicaments antirétroviraux sont deux moyens très efficaces de prévenir la transmission. Au Canada, aucun cas n'a démontré qu'un accusé utilisant de façon responsable le condom ou ayant une charge virale indétectable a transmis le virus. L'exigence de transmission écarte donc la poursuite dans les cas où l'accusé a pris soin de protéger la sécurité physique de son partenaire sexuel.

5. **Les lignes directrices en matière de poursuite** devraient clairement indiquer que, même en cas de transmission du VIH, cette transmission ne constitue pas une infraction lorsque l'accusé :

    a. craignait la violence à la suite de la divulgation de sa séropositivité;
    b. craignait la violence s'il insistait pour utiliser le condom;
    c. s'est livré à des activités sexuelles sous la contrainte, a été forcé de se livrer à des activités sexuelles ou s'est livré à des activités sexuelles sans consentement.

Ces lignes directrices visent à protéger, dans la mesure du possible, les femmes marginalisées contre les poursuites en vertu de cette nouvelle approche. Bien qu'il puisse être impossible ou

[47] Y compris, entre autres catégories, la loi établie selon laquelle la tromperie quant à la nature sexuelle de l'acte ou à l'identité de l'auteur de l'acte constitue une fraude qui vicierait le consentement (voir *Cuerrier*, précité, note 7, par. 30).

[48] En droit criminel canadien, l'insouciance s'entend d'une personne qui connaît le risque important, mais qui prend tout de même ce risque. Dans le contexte de la non-divulgation du VIH, cela signifierait qu'un accusé est conscient que son comportement crée un risque important de transmission du VIH au partenaire sexuel en question, mais qu'il dissimule des renseignements sur son état sérologique et se livre tout de même à l'activité sexuelle.

inapproprié d'empêcher complètement les femmes marginalisées de faire l'objet de poursuites, les facteurs ci-dessus représentent des circonstances dans lesquelles l'égalité des femmes est particulièrement importante.

7. Conclusion

En conclusion, le FAEJ recommande que le Comité propose une réforme de la loi sur la non-divulgation du VIH qui accorde une importance à l'égalité des femmes. Tout en reconnaissant les préoccupations importantes soulevées par les défenseurs juridiques du VIH/sida et d'autres organisations communautaires au sujet de la criminalisation des personnes vivant avec le VIH, le Comité doit également tenir compte des enjeux concernant l'égalité des sexes. La meilleure façon d'atteindre cet objectif est de retirer la non-divulgation du VIH de la loi sur les agressions sexuelles, afin de protéger les gains réalisés dans ce domaine du droit en ce qui concerne l'autonomie sexuelle et l'égalité des femmes. De plus, limiter l'application d'autres dispositions du droit pénal aux cas de transmission réelle protège les femmes qui ont contracté le VIH parce que leur partenaire n'a pas dûment tenu compte de leur intégrité corporelle, tout en limitant la surcriminalisation punitive des personnes vivant avec le VIH, y compris les femmes marginalisées.