

Autour de la pénalisation

■ Antonella Cereghetti
Avocate au barreau, Lausanne

Récemment, plusieurs jugements rendus en matière de transmission du HIV ont prononcé de lourdes peines d'emprisonnement à l'encontre de personnes séropositives ayant entretenu des rapports sexuels non protégés, et cela que leurs partenaires aient été contaminés ou pas.

1. Introduction

En effet, nombre de tribunaux se sont illustrés par une sévérité toute particulière en la matière, quand bien même on constate une baisse considérable du taux de mortalité des personnes infectées par le HIV et la diminution des risques de transmission lorsque l'infection est contrôlée.

Alors que la Cour suprême des Pays-Bas a mis un terme à la plupart des procès intentés pour transmission du HIV, en estimant qu'à l'exception de situations claires et établies de hauts risques de transmission, le comportement d'une personne séropositive qui a des relations sexuelles sans révéler son infection, même s'il n'est pas dénué de risques, ne pose pas de danger significatif de transmission et ne peut en tout cas pas être assimilé à l'infraction de lésions corporelles graves,¹ la justice française a, pour la première fois depuis l'apparition du sida, déclaré une personne séropositive coupable d'avoir eu, sans dévoiler son état, des relations sexuelles non protégées avec deux partenaires qui ont été contaminées.² Une peine de six ans ferme a été prononcée pour «administration de substances nuisibles suivie de mutilation ou d'infirmité permanente» et ce jugement a été confirmé en appel³, mais un pourvoi en cassation a été déposé.

Au Canada également, la Cour d'appel de Terre-Neuve a conclu plusieurs procédures intentées contre un homme qui avait eu des relations sexuelles non protégées avec trois femmes sans divulguer sa séropositivité, en le condamnant à une peine totalisant dix ans de prison (peines cumulées) pour «voies de fait graves, tentatives de voies de fait graves et nuisance publique»⁴.

Enfin, le 6 mai 2004, une cour criminelle libyenne a, quant à elle, condamné à mort cinq infirmières

bulgares et un médecin palestinien accusés d'avoir, entre avril 1997 et mars 1999, délibérément infecté 426 enfants par le HIV dans le cadre de leur activité à l'hôpital pour enfants al-Fateh de Benghazi.⁵

De leur côté, les tribunaux helvétiques n'échappent pas à ce durcissement, puisqu'ils punissent sévèrement les personnes qui se savent séropositives et qui ont des relations sexuelles non protégées sans en informer leur partenaire, et cela même si ce dernier n'a pas été contaminé. C'est ainsi que le 20 octobre 2004, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a notamment condamné un homme pour crime manqué de lésions corporelles graves et crime manqué de propagation d'une maladie de l'homme à la peine de deux ans d'emprisonnement ferme. Il a en outre mis à sa charge le paiement, à ses deux partenaires, d'indemnités pour tort moral.

Cette peine sanctionnait une situation dans laquelle un homme séropositif de 46 ans avait entretenu des relations sexuelles non protégées avec deux partenaires qu'il n'avait pas informés de son infection au HIV. Cependant, non seulement aucune des deux partenaires de l'accusé n'avait été contaminée, mais il était en outre établi, certificat médical à l'appui, que l'accusé bénéficiait d'une trithérapie, que son infection était contrôlée et que sa charge virale était indétectable avec une méthode d'analyse ultrasensible.⁶ Ainsi, quand bien même l'homme qui était jugé présentait un risque de contamination minimale, voire nul, le Tribunal a néanmoins considéré que le crime manqué par dol éventuel était réalisé pour les deux infractions précitées, dès lors que l'auteur avait envisagé le résultat dommageable, mais avait néanmoins agi sans faire ce qui était en son pouvoir pour l'éviter ou en atténuer les conséquences, en s'ac-

de la transmission du sida

commodant de ce résultat pour le cas où il se produirait, même s'il ne le souhaitait pas.

En date du 23 mai 2005, le Tribunal cantonal vaudois a certes réduit cette peine à dix-huit mois d'emprisonnement avec sursis⁷, mais il n'a pas remis en question le raisonnement qui la sous-tend et qui consiste à considérer que, même en l'absence de danger significatif de transmission, celui qui entretient des relations sexuelles non protégées en se sachant séropositif accepte le risque de contamination et peut être condamné.

Or, force est de constater que ce raisonnement relève d'une logique juridique pour le moins douteuse: non seulement il démontre que les juges méconnaissent les données épidémiologiques en la matière, mais il conduit à des décisions très contestables, qui condamnent sans distinction toutes les personnes séropositives qui entretiennent des relations sexuelles non protégées sans en informer leur partenaire.

2. L'évolution de la pénalisation de la transmission du HIV

Le premier arrêt relatif à la punissabilité de la transmission du HIV a été rendu par le Tribunal fédéral le 22 février 1990, soit à une époque où il n'existait pas de traitement permettant de contrôler l'infection et d'éviter son développement vers une issue fatale. Il confirmait un jugement rendu quelques mois plus tôt par un tribunal vaudois, qui avait considéré qu'une personne séropositive ayant connaissance de son statut sérologique qui entretient des relations sexuelles non protégées et transmet ainsi le HIV à son partenaire se rend coupable de lésions corporelles graves et de propagation d'une maladie de l'homme.⁸ Ce faisant, les juges lausannois

faisaient sortir de l'oubli cette dernière infraction très spécifique, qui n'avait qu'exceptionnellement trouvé application depuis son entrée en vigueur en 1942.⁹

Par la suite, dans un arrêt de principe rendu en 1999¹⁰, le Tribunal fédéral a confirmé une peine de trois ans d'emprisonnement prononcée par la Cour d'assises du canton de Zurich contre un homme qui avait entretenu des rapports sexuels non protégés avec deux partenaires et avait transmis le HIV à l'une d'elles tandis que l'autre n'avait pas été contaminée.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence en constatant «qu'en l'état actuel des connaissances (ndlr: en 1999) et malgré l'application des médicaments aujourd'hui disponibles, le virus HIV conduit, après une période d'incubation relativement longue mais de durée incertaine, à l'apparition chez de nombreuses personnes du sida qui sera très probablement mortel»¹¹.

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

Cependant, le raisonnement du Tribunal fédéral ne s'arrête pas là: il ajoute que chaque rapport sexuel non protégé fait courir «le risque inacceptable, incalculable et incontrôlable de contamination par le virus du HIV ainsi que du danger en résultant pour la vie et la santé de sa partenaire»¹². Il considère dès lors que, même si aucune contamination n'est intervenue, les personnes séropositives qui ont des rapports sexuels non protégés sont punissables, car elles ont poursuivi leur activité coupable – ne pas utiliser de

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

2 Jugement rendu le 28 juin 2004 par le Tribunal de grande instance de Strasbourg.

3 Arrêt rendu le 4 janvier 2005 par la Cour d'appel de Colmar.

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

5 Ce jugement, rendu le 6 mai 2004 par la Criminal Court de Benghazi en Libye, a fait l'objet d'un appel, mais à notre connaissance, celui-ci n'a pas encore été jugé.

6 Avec la méthode Amplicor Ultrasensible de Roche Diagnostics.

7 Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois, arrêt du 23 mai 2005.

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

9 A notre connaissance, jusqu'à l'apparition du sida, l'article 231 du Code pénal n'a été appliqué qu'à une seule reprise, pour un cas de transmission d'une blennorrhagie en 1951 (Zurich, Bezirksgericht Hinwil, arrêt du 3 décembre 1951, RSJ 49 (1953), No 92 p. 226.

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

11 Arrêt cité, cons. 2 dd).

12 Arrêt cité, cons. 3 f).

préservatif – en connaissant les risques qu’elles faisaient courir à leur partenaire et en les acceptant pour le cas où ils se produiraient.

Récemment encore, malgré l’évolution des connaissances et des traitements, le Tribunal fédéral a maintenu cette jurisprudence. Dans un arrêt rendu le 28 octobre 2004¹³, il a, pour l’essentiel, confirmé une décision zurichoise condamnant à trois ans et demi d’emprisonnement un homme qui se savait séropositif et qui avait entretenu des relations sexuelles non protégées avec cinq hommes, sans les informer de son statut sérologique.

3. Les normes juridiques utilisées

3.1 Les bases légales

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

L’article 122 CP, qui protège l’intégrité corporelle, dispose que sera reconnu coupable de lésions corporelles graves et puni de la réclusion pour dix ans au plus ou de l’emprisonnement pour six mois à cinq ans, celui qui, intentionnellement, aura blessé une personne de façon à mettre sa vie en danger (al. 1er); celui qui, intentionnellement, aura mutilé le corps d’une personne, un de ses membres ou un de ses organes importants ou causé à une personne une incapacité de travail, une infirmité ou une maladie mentale permanente ou aura défiguré une

personne d’une façon grave et permanente (al. 2); celui qui, intentionnellement, aura fait subir à une personne toute autre atteinte grave à l’intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale (al. 3).

Il s’agit d’une infraction intentionnelle de résultat qui suppose donc un comportement dangereux, des lésions corporelles graves, un lien de causalité et un caractère intentionnel, étant précisé que le dol éventuel suffit.¹⁴ Il convient de souligner que l’infraction de lésions corporelles par négligence fait l’objet d’une disposition spéciale, soit l’article 125 CP qui prévoit, dans un tel cas, une peine d’emprisonnement ou d’amende.

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

Il s’agit également d’une infraction de résultat qui suppose une maladie dangereuse et transmissible ainsi qu’une propagation. En revanche, elle peut être commise intentionnellement – le dol éventuel suffit – ou par négligence.¹⁵

Dans la mesure où les infractions de lésions corporelles graves et de propagation d’une maladie de l’homme ne sont pas consommées faute de résultat – soit en matière de sida, s’il n’y a pas eu de transmission – une troisième norme pénale tirée de la partie générale du code permet tout de même de punir l’auteur de relations sexuelles non protégées. Il s’agit de l’article 22 CP, qui traite du

délit et du crime manqué, c’est-à-dire de la situation où l’auteur a poursuivi jusqu’au bout son activité coupable, mais sans atteindre le résultat nécessaire pour que le crime ou le délit soit consommé.

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

3.2 Le rôle du consentement et de la responsabilité partagée du partenaire

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

Le Tribunal fédéral n’y a répondu que partiellement, tandis que les tribunaux cantonaux ont, pour leur part, rendu des décisions contradictoires. Le plus souvent, ils ont considéré que si le consentement du partenaire peut éventuellement libérer la personne séropositive de l’accusation de lésions corporelles graves, il ne la libère pas de celle de propagation d’une maladie de l’homme. Les motifs de cette distinction résident dans le fait que la disposition qui punit les lésions corporelles graves protège une personne, soit un bien individuel, tandis que celle qui punit la propagation d’une maladie de l’homme protège la santé publique et que, par conséquent, un consentement individuel à une atteinte collective n’est pas

possible. Toutefois, une décision fribourgeoise a admis que le consentement du partenaire permettait de renoncer à toute condamnation.¹⁶

Enfin, seule une décision genevoise, au demeurant relativement ancienne, a renoncé à punir une personne séropositive, en considérant qu'il y a une responsabilité partagée du partenaire qui accepte d'entretenir des rapports sexuels non protégés dans le cadre de relations de caractère occasionnel ou instable.¹⁷ En effet, la plupart des jugements cantonaux n'admettent pas l'idée que l'acceptation du risque par le partenaire rende non punissables les rapports sexuels non protégés.¹⁸

Tout au plus cette acceptation conduit-elle parfois certains d'entre eux à réduire les indemnités pour tort moral allouées aux victimes, en considérant qu'elles ont contribué dans une certaine mesure à leur dommage, pour n'avoir pas refusé d'entretenir des rapports sexuels non protégés.¹⁹

4. La pénalisation de la transmission du HIV en question

Les décisions rendues par les tribunaux sont, à plus d'un titre, révélatrices des écarts de perception que l'on peut avoir des comportements dits à risque, ainsi que des difficultés considérables qu'une pénalisation sans nuance entraîne. D'une part, elles reposent sur des données épidémiologiques incomplètes, voire obsolètes. D'autre part, elles en tirent des conclusions qui vont bien souvent à l'encontre de l'intérêt et de la santé publics, et cela à plus d'un titre.

En premier lieu, cette jurisprudence se focalise sur la transmission d'une maladie par voie sexuelle et stigmatise les personnes atteintes du

sida, en leur réservant un traitement juridique tout à fait particulier. En effet, depuis 1951²⁰, les tribunaux helvétiques n'ont fait usage de l'article 231 CP, réprimant la propagation d'une maladie de l'homme, que pour sanctionner les rapports sexuels non protégés de personnes séropositives, alors même que d'autres maladies dangereuses et transmissibles sont susceptibles d'être propagées et, par conséquent, de répondre à la définition de cette disposition pénale.²¹

Ainsi, malgré deux décennies de prévention et d'information, les personnes atteintes du sida sont toujours diabolisées et dire que l'on est infecté par le virus HIV relève encore d'un exercice difficile. Le poids des discriminations reste important et celles-ci sont souvent craintes par les personnes séropositives qui renoncent à révéler leur statut sérologique, en privé comme en public. Or, on ne peut envisager une responsabilisation des personnes atteintes du sida sans leur offrir un minimum de garantie contre la stigmatisation et la discrimination.

Par ailleurs, les décisions rendues par les tribunaux ont pour conséquence d'inciter les personnes dites *à risque* à ne pas se soumettre à un test de dépistage, tout particulièrement lorsque qu'elles ne sont pas dans une situation sociale, affective et psychologique leur permettant d'adopter un comportement sexuel sans faille, en utilisant des préservatifs et en informant son ou ses partenaires.

En effet, le raisonnement juridique utilisé, en particulier la notion de dol éventuel, a pour conséquence que la connaissance de sa séropositivité expose de facto à une sanction pénale celui qui, pour des raisons diverses, ne peut en faire état à son partenaire, tandis qu'il ne permet pas de condamner une personne qui ne se soumet pas à un test de dépistage et préfère ignorer son sta-

13 Tribunal fédéral, arrêt du 28 octobre 2004, 6S.176/2004.

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

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

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

17 Genève, Tribunal de police, jugement du 29 août 1994, résumé in plädoyer 5/94, p. 51.

18 Vaud, Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal, arrêt du 12 mai 2004.

Vaud, Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal, arrêt du 26 octobre 1998.

Thurgovie, Obergericht, arrêt du 4 mai 1993, in RBOG 1993 No 11, p. 91.

19 Jugement du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne du 28 janvier 2004.

20 Même si à l'heure où nous mettons sous presse, certains tribunaux de première instance commencent à devoir se prononcer sur des cas de transmission d'hépatite par voie sexuelle, de telles situations restent extrêmement rares et ne font l'objet d'aucune systématique.

21 A titre d'exemple, on peut citer les hépatites B et C qui présentent un risque non négligeable de transmission - à tout le moins par voie sanguine - et qui peuvent conduire à un décès par une maladie terminale du foie.

tut. Cette situation est d'autant plus regrettable que justement un dépistage précoce et la connaissance de l'infection sont des outils indispensables à la prévention des risques et au traitement des malades, en permettant un meilleur contrôle de l'infection, et partant, une baisse considérable des risques de transmission et du taux de mortalité.

Enfin, ces jugements conduisent à rendre les personnes séropositives seules responsables de la prévention, alors que celle-ci devrait au contraire être de la responsabilité de tous. En considérant que, quelles que soient les circonstances médicales, psychologiques et sociales propres aux personnes concernées, le fait de se savoir séropositif, de ne pas l'évoquer avec un partenaire sexuel et de ne pas se protéger, est punissable, on donne aux personnes séronégatives l'illusion que le juge pénal va les protéger et on les engage à remplacer la nécessité de parler et de se protéger par l'idée que, vu le risque pénal encouru, celui qui ne dit rien n'est pas contaminé.

Les données statistiques et épidémiologiques récentes en matière de sida démontrent la baisse considérable du taux de mortalité des personnes infectées par le HIV. C'est ainsi que les patients traités présentent un taux de mortalité aussi faible que des patients traités avec succès contre un cancer.²²

En outre, ces mêmes études mettent en évidence la diminution, voire l'absence de risques de transmission lorsque l'infection est contrôlée, c'est-à-dire lorsque la charge virale n'est pas détectable dans le sang avec des méthodes d'analyse ultrasensible. Selon les spécialistes en la matière, aucun cas de transmission de l'infection HIV à partir d'une personne avec une charge virale non détectable depuis plus de six mois n'a été décrit à ce jour.

Ces éléments devraient conduire les tribunaux à reconsidérer les fondements de la pénalisation de la transmission du HIV et, à l'instar de la Cour suprême des Pays-Bas, à se demander si l'efficacité des traitements actuels et les possibilités qu'ils offrent aux personnes atteintes du sida de mener une vie normale, ainsi que l'absence de danger significatif de transmission de l'infection permettent toujours de considérer la transmission du sida comme une lésion corporelle grave.

Mais ces données épidémiologiques devraient surtout mettre un terme à une pénalisation sans nuance des personnes séropositives qui ont des rapports sexuels non protégés. En effet, lorsque l'infection est contrôlée et que la charge virale est indétectable, le risque de transmission du HIV n'est que théorique, de sorte qu'il est arbitraire de considérer que l'existence de ce risque est établie lors de rapports sexuels non protégés. C'est donc à tort que le dol éventuel est retenu, car on ne peut déduire de rapports sexuels non protégés que la personne séropositive dont l'infection est contrôlée et dont la charge virale est indétectable accepte un risque de transmission qui, en l'état des connaissances scientifiques, paraît ne pas exister.

Enfin, à supposer que l'on retienne que l'auteur a agi par négligence, le crime manqué n'est pas punissable en l'absence de transmission, l'article 22 CP ne s'appliquant qu'en cas d'infraction intentionnelle. L'auteur de relations sexuelles non protégées ne peut donc être condamné dans un tel cas et ce n'est qu'en cas de transmission effective que le comportement subjectif de l'auteur devrait être pris en considération pour déterminer si les éléments constitutifs de l'une ou l'autre des infractions concernées, intentionnelles ou par négligence, sont réunis.

5. Conclusion

En se livrant à cet examen plus nuancé, la justice y gagnerait en cohérence. La menace de sanction pénale viendrait alors sanctionner le déni et les comportements irresponsables plutôt que de les encourager. A priori, il n'y a en effet guère de raison de ne pas sanctionner ceux qui utilisent des stratagèmes pour obtenir une relation sexuelle non protégée en faisant courir un risque réel de contamination à leur partenaire, mais on ne peut laisser ouverte la perspective d'un recours massif aux tribunaux et de condamnations systématiques de toute personne séropositive qui n'informe pas son partenaire et n'utilise pas de préservatif.

Une telle manière de faire, qui refuse de prendre en compte les données épidémiologiques récentes, conduit à un raisonnement juridique erroné, et a pour conséquence de mettre à néant tous les efforts de prévention, d'information et de traitement entrepris depuis l'apparition du sida... Sans compter qu'elle contribue à éloigner un peu plus la vérité judiciaire de la réalité humaine.²³

²² Lancet 2003; 362: 877-78 «Mortality in the Swiss HIV Cohort Study (SHCS) and the Swiss general population», Jaggy et al.

²³ L'auteur remercie Me Franz Moos, avocat, et le Dr Jean-Philippe Chave, FMH en infectiologie, à Lausanne, pour leur lecture croisée des aspects juridiques et médicaux de cet article.