

Pour la dépénalisation de l'exposition au VIH

En cas de relations sexuelles non protégées, une personne séropositive est punissable même sans transmission du VIH. La Suisse est un des Etats les plus répressifs d'Europe; toutefois les avancées médicales récentes sur la non-transmissibilité ouvrent une porte.

■ Raoul Gasquez *

Cet article généraliste se veut essentiellement orienté sur la question de la pénalisation de la simple exposition au VIH/sida par opposition à la transmission lors de relations sexuelles non protégées. Ce choix est motivé par la récente actualité judiciaire genevoise en la matière, qui puise son origine dans les déclarations de la Commission fédérale en matière de problèmes liés au VIH/sida (cf. Pietro Vernazza, Bernard Hirschel, Enos Bernasconi et Markus Flepp, in *Bulletin des médecins suisses*, I 2008, p. 165 ss). Le but est également de tenter de retranscrire les réflexions des participants à la conférence-débat qui a été organisée sur ce thème par le Groupe sida Genève, le 17 juin 2009, à Nyon et qui regroupait notamment des médecins, des magistrats et des avocats.

Depuis de nombreuses années, les milieux de la prévention s'opposent et dénoncent la pénalisation de la transmission du VIH/sida et, à plus forte raison, en cas de simple exposition sans transmission. Les dernières publications médicales suisses en matière de risque d'infection au VIH/sida ont complètement bouleversé la vision de cette affection. Le risque dans une relation sexuelle non protégée sous trithérapie efficace est

considéré comme proche de zéro. C'est précisément cette notion de risque qui est au centre des discussions actuellement. Ces dernières (bonnes) nouvelles permettront-elles de ne plus poursuivre les personnes vivant avec le VIH/sida et de diminuer la stigmatisation dont elles sont victimes? C'est ce que nous espérons.

Les cas de pénalisation en Suisse

Selon une étude présentée par l'Aide suisse contre le sida (ASS) et le Fonds national de la recherche scientifique (cf. étude concernant le traitement pénal de la transmission du VIH, menée par Kurt Pärli et Peter Moesch sur mandat de l'ASS, *Strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen*), on compte, depuis 1990, trente et un cas portés devant les tribunaux pour infractions aux articles 122 et/ou 231 CP.

Sur trente-neuf procédures ouvertes, vingt-six condamnations ont été prononcées. **Dans plus de la moitié des condamnations, il n'y a pas eu contamination ou aucune contamination n'a pu être prouvée.** Seule la tentative a donc pu être retenue. Trois condamnations ont été prononcées uniquement pour (tentative de) propagation d'une maladie dan-

gereuse (art. 231 CP); il s'agissait des cas de rapports sexuels non protégés entre partenaires sérodifférents informés.

Dans les cas qui ont donné lieu à une condamnation selon les articles 122 et 231 CP, la sanction a été de deux à quatre ans d'emprisonnement.

Dans les cas de condamnation pour délit manqué, les peines varient fortement d'une affaire à l'autre en fonction de la commission d'autres infractions. Les juges ont prononcé des peines privatives de liberté de dix-huit mois à deux ans en moyenne, mais on trouve aussi quelques condamnations de première instance à dix ou douze mois avec sursis.

Situation actuelle: une pénalisation excessive

■ La répression de la non-transmission

En matière pénale en cas de transmission ou d'exposition au VIH/sida, la Suisse applique l'une des législations les plus dures d'Europe. En effet, à la différence de la plupart des pays européens, en cas de relations sexuelles non protégées, elle réprime non seulement les cas de transmission réelle mais aussi la simple exposition sans contamination par le VIH/sida.

Les condamnations pour tentative (de délit manqué ou de délit impossible – art. 22 CP), de lésions corporelles graves (122 CP) et propagation d'une maladie de l'homme (art. 231 CP) sont les condamnations le plus souvent prononcées en cas de relations sexuelles sans transmission du VIH.



KEYSTONE

■ **Le fait d'avoir des relations sexuelles sans protection est passible de l'application de deux dispositions pénales en concours idéal.**

Une autre particularité suisse réside dans le fait que les lésions corporelles graves et la propagation d'une maladie de l'homme sont applicables en concours pour sanctionner une personne séropositive ayant un rapport sexuel non protégé.

Selon l'art. 231 CP, est punissable celui qui, intentionnellement, propage une maladie de l'homme dangereuse et transmissible. Il convient de préciser que la Suisse est le seul pays à connaître pareille sanction.

Le Tribunal fédéral a considéré en 1990 dans une affaire vaudoise que «le bien juridiquement protégé par l'art. 122 CP est l'intégrité corporelle tandis que l'art. 231 CP vise la santé publique» (ATF 116 IV 125, arrêt du 22 février 1990; ATF 125 IV 242, arrêt du 20 octobre 1999). Cette jurisprudence est critiquée tant pour des raisons historiques que pour des motifs de politique de prévention.

Cet article devrait toutefois faire prochainement l'objet d'une modification dans le cadre de la révision de la Loi sur les épidémies dont l'avant-projet doit encore être débattu au Parlement. Cette modification prévoit notamment l'abrogation de la négligence et rajoute la condition de la malveillance pour être applicable. (Cf. notamment Fridolin Beglinger, *Basler Kommentar zum StGB*, 2. Aufl. 2007, Art. 231, N. 63 f; *Rapport explicatif du projet de consultation concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'être humain* (Loi sur les épidémies, LEp) – Département fédéral de l'intérieur, 21.12.07, p. 63).

■ **Celui qui informe son partenaire séronégatif ne peut pas être condamné pour lésions corporelles graves (122 CP) en cas de rapports sexuels non protégés.**

La condamnation d'une personne infectée par le virus VIH pour (tentative) de lésions corporelles graves n'entre pas en considération lorsque

son partenaire, connaissant l'infection de celle-ci et les risques de transmission, consent librement à entretenir un rapport sexuel non protégé et partage la maîtrise des événements (ATF 134 IV 193, arrêt du 13 juin 2008, C.3).

■ **Mais celui qui informe son partenaire séronégatif peut être condamné pour propagation d'une maladie de l'homme (231 CP) en cas de rapports sexuels non protégés.**

Le consentement du partenaire séronégatif n'exclut pas, dans le cas de rapports sexuels non protégés, la punissabilité selon l'art. 231 CP du partenaire séropositif (cf. *supra* étude du Fonds national). Selon le Tribunal fédéral: «Celui qui transmet le VIH à autrui par un rapport sexuel non protégé commet également l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme. Le consentement du partenaire n'exclut à cet égard ni la réalisation des éléments constitutifs

L'entrée du Palais de justice de Genève. Dans deux récentes affaires genevoises, les juges n'ont pas condamné les accusés alors qu'ils se trouvaient sous traitement rétroviral

* Juriste au Groupe sida Genève

de cette infraction ni l'illicéité de l'acte.» (ATF 131 IV 1, arrêt du 27 octobre 2004.) Encore une fois, cet arrêt a été critiqué.

On peut ainsi imaginer que si un couple «sérodiférent» décidait d'avoir des enfants ou des relations sexuelles sans protection et en toute connaissance de cause, le partenaire séropositif, mais pourtant avirémique, pourrait être poursuivi et condamné pour délit manqué de propagation d'une maladie de l'homme par dol éventuel...

■ Les poursuites pour infraction à l'art 231 CP sont exclusivement tournées contre les personnes séropositives.

Avant le début des années 1990, l'art. 231 CP n'avait été appliqué qu'à une seule reprise; en 1947, une prostituée avait été condamnée pour transmission d'une blennorragie (cf. F. Beglinger, op. cit.). Depuis, les condamnations pour infractions à l'art. 231 CP sont uniquement appliquées aux personnes séropositives. Que dire alors des récents cas de contagion de rougeole, tuberculose ou grippe A qui n'ont jamais fait l'objet d'une poursuite?

Les derniers jugements genevois

Deux affaires genevoises ont dernièrement fait la une des chroniques judiciaires en Suisse (ACC/2/09 du 13 janvier 2009 et ACJP/60/2009 du 23 février 2009, cf. Plädoyer 2/09, p. 65). Dans ces deux affaires, les juges se sont basés sur l'avis des médecins infectiologues, cités en tant qu'experts, et sur les conclusions de la Commission fédérale des problèmes liés au VIH/sida. Ils ont renoncé à condamner les accusés pour infractions aux art. 122 CP et 231 CP alors qu'ils étaient sous traitement antirétroviral.

Dans la décision du 13 janvier 2009, la Cour correctionnelle de Ge-

nève a retenu la culpabilité d'une femme pour des faits qui portaient sur une période où sa virémie était détectable. Par contre, elle a été acquittée au bénéfice du doute quand bien même elle avait eu des relations sexuelles sans protection avec plusieurs partenaires, pour des faits postérieurs, alors qu'elle était sous trithérapie et que les analyses avaient révélé que le VIH était indétectable.

Une révolution scientifique

Dans l'arrêt du 23 février 2009 de la Chambre pénale de la Cour de justice genevoise qui fait actuellement l'objet d'un recours pendant au Tribunal fédéral, cette dernière a considéré qu'une personne séropositive ayant eu des relations sexuelles non protégées avec une personne séronégative devait être acquittée des infractions de délit manqué (art. 22 CP) de lésions corporelles graves en concours avec un délit manqué de transmission d'une maladie de l'homme (art. 231 al. 1 CP). Lors de l'audience, le professeur Bernard Hirschel avait confirmé que **«le risque de contamination présenté par un patient au bénéfice d'un traitement contre le sida dont la virémie est indétectable est trop faible pour être quantifié scientifiquement»**. Le Tribunal fédéral devra se prononcer sur le fait de savoir si la nouveauté scientifique que représente l'annonce faite par la Commission fédérale constitue un élément susceptible de modifier sa jurisprudence en matière de condamnation pour des lésions corporelles graves et de propagation d'une maladie de l'homme.

Le 28 janvier 2008, la Commission fédérale des problèmes liés au VIH/sida informait dans un article publié dans le *Bulletin des médecins suisses* que «les personnes séropositives ne souffrant d'aucune autre MST (ndlr.: maladie sexuellement

transmissible) et suivant un traitement efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle». La Commission déclarait:

« (...) Après avoir longuement délibéré, la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFS) arrive à la conclusion suivante: Une personne séropositive ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antirétroviral (TAR) avec une virémie entièrement supprimée (condition désignée par «TAR efficace» ci-après) ne transmet pas le VIH par voie sexuelle, c'est-à-dire qu'elle ne transmet pas le virus par le biais de contacts sexuels. Cette affirmation reste valable à condition que:*

- *la personne séropositive applique le traitement antirétroviral à la lettre et soit suivie par un médecin traitant;*
- *la charge virale (CV) se situe en dessous du seuil de détection depuis au moins six mois (autrement dit: la virémie doit être supprimée depuis au moins six mois);*
- *la personne séropositive ne soit atteinte d'aucune autre infection sexuellement transmissible (MST).»*

Cet article eut un grand retentissement dans la communauté scientifique internationale. Pour résumer la situation, le professeur Bernard Hirschel a expliqué que depuis l'avènement des trithérapies, aucun cas de contamination entre couples sérodiscordants (dont l'état sérologique est différent) n'avait été documenté scientifiquement. En 2008, les scientifiques suisses, finalement, ne faisaient que dire tout haut ce que tout le monde pensait tout bas depuis longtemps.

Le risque et le dol éventuel

Toutes les condamnations pour tentative des art. 122 CP et 231 CP l'ont été par dol éventuel, sauf dans une affaire où la négligence avait été retenue (cf. supra Kurt Pärly et Peter Moesch).

L'influence de nos sociétés industrielles et l'évolution technologique ont multiplié toutes sortes de risques que le législateur a bien dû admettre et réglementer. Peut-on comparer le conducteur d'un véhicule automobile et une personne ayant un rapport sexuel non protégé? Que dire d'autres risques de transmission de maladies plus élevés et que les tribunaux ne sanctionnent pas?

Selon les travaux de la commission, le risque d'infection est nettement inférieur à 1/100 000. Dans un procès vaudois du 7 septembre 2007, soit peu de temps avant la première communication sur la non-infectiosité des personnes sous TAR, le Tribunal correctionnel avait refusé de suivre l'avis du médecin de l'accusé qui indiquait que la probabilité de transmettre la maladie sous TAR efficace était semblable à celle de recevoir une météorite sur la tête à la sortie du tribunal; les juges sont restés prudents.

Y a-t-il encore un rapport entre le comportement d'une personne avirémique et les infractions de lésions corporelles simples ou le risque de transmettre une maladie de l'homme?

Le dol éventuel est réalisé dès que l'auteur envisage le résultat dommageable, mais agit néanmoins ou ne fait pas ce qui est en son pouvoir pour l'éviter ou en atténuer les conséquences, s'accommodant ainsi du résultat pour le cas où il se produirait, même s'il ne le souhaite pas.

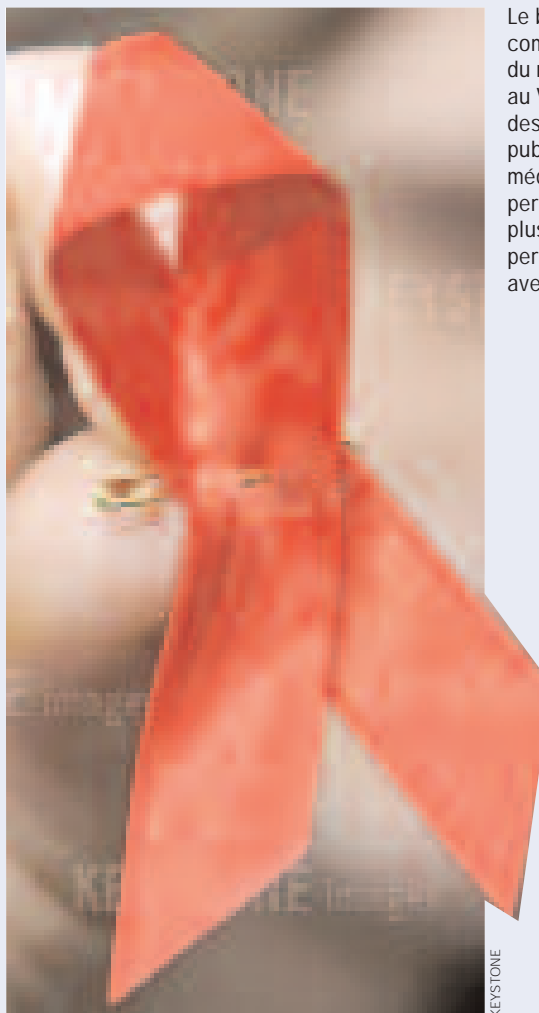
Dans l'ATF 125 IV 242 C. 3, confirmé dans l'ATF 131 IV 1 C 2.2, la Haute cour articulait des probabilités de 1/300 quant au risque de transmission de la maladie. L'intention a été retenue à la charge de l'accusé qui, pour sa défense, avait évoqué la faible probabilité statistique d'une contamination par le VIH en cas de relations sexuelles non protégées. Selon le TF, même s'il existe un risque de contamination d'un rapport non protégé sur trois

cents, cette éventualité doit être envisagée lors de chaque acte sexuel, puisqu'il n'est pas possible de savoir quel rapport sera plus dangereux qu'un autre. Ainsi, le TF a estimé que l'auteur était au courant des conséquences mortelles possibles pour chacun de ses partenaires, sans pour autant les avoir recherchées; le dol éventuel a donc été retenu contre lui. Ces arrêts sont très critiqués.

Par ailleurs, les personnes sous TAR sont régulièrement suivies par leur infectiologue et font confiance en principe à son avis. Dès lors, si un praticien informe son patient que sa virémie est indétectable et qu'il ne peut plus transmettre la maladie, celui-ci a toutes les raisons de suivre ces conseils. Dans ce cas, il n'y a pas de place pour considérer que l'auteur agit par de dol éventuel, car il ne s'accommode en effet plus d'aucun résultat.

Vers un changement de jurisprudence?

Pour l'heure, les tribunaux et les médecins parlent deux langages différents. La question que les juristes doivent se poser aujourd'hui est de savoir ce qu'ils veulent faire de cette étude et comment considérer un risque résiduel aussi faible. Vont-ils continuer à pénaliser la non-transmission du VIH pour un risque pratiquement inexistant alors qu'ils ne condamnent pas des risques plus élevés, par exemple dans le cas d'exposition à d'autres maladies transmis-



Le bouleversement complet de la vision du risque d'infection au VIH/sida résultant des dernières publications médicales suisses permettra-t-il de ne plus poursuivre les personnes vivant avec cette maladie?

sibles, telles les hépatites? Sur quoi se basera-t-on pour affirmer que le fait d'avoir des relations sexuelles sous trithérapie efficace engendre un risque?

Il est à espérer que la conception par les tribunaux du VIH/sida se rapproche de celle du monde scientifique et ne fasse plus l'objet d'une discrimination quant à la pénalisation d'une maladie qui, désormais, est considérée, à l'instar d'autres affections, comme chronique.

Informations supplémentaires sur le site www.groupesida.ch

* Virémie indétectable: un «TAR efficace» désigne toujours un traitement VIH qui rend indétectable et de manière stable la charge virale dans le sang (CV inférieure au seuil de détection, moins de 40 copies/ml).