

UNOFFICIAL TRANSLATION

This document has been translated from its original language using DeepL Pro (AI translation technology) in order to make more content available to HIV Justice Academy users. We acknowledge the limitations of machine translation and do not guarantee the accuracy of the translated version.

No copyright infringement is intended. If you are the copyright holder of this document and have any concerns, please contact academy@hivjustice.net.

TRADUCTION NON OFFICIELLE

Ce document a été traduit de sa langue d'origine à l'aide de DeepL Pro (une technologie de traduction en ligne basée sur l'intelligence artificielle) pour offrir aux utilisateurs de HIV Justice Academy une plus grande sélection de ressources. Nous sommes conscients des limites de la traduction automatique et ne garantissons donc pas l'exactitude de la traduction.

Aucune violation des droits d'auteur n'est intentionnelle. Si vous êtes le détenteur des droits d'auteur associés à ce document et que sa traduction vous préoccupe, veuillez contacter academy@hivjustice.net.

TRADUCCIÓN NO OFICIAL

Este documento fue traducido de su idioma original usando DeepL Pro (una aplicación web basada en inteligencia artificial) a fin de facilitar la lectura del contenido para los usuarios de la HIV Justice Academy. Reconocemos las limitaciones de las traducciones realizadas a través de este tipo de tecnología y no podemos garantizar la precisión de la versión traducida.

No se pretende infringir los derechos de autor. Si usted es el titular de los derechos de autor de este documento y tiene alguna duda, pónganse en contacto con academy@hivjustice.net.

НЕОФИЦИАЛЬНЫЙ ПЕРЕВОД

Этот документ был переведен с языка оригинала с помощью DeepL Pro (технологии перевода на основе искусственного интеллекта), чтобы обеспечить доступ пользователей Академии правосудия по ВИЧ к большему объему контента. Мы отдаем себе отчет в ограниченных возможностях машинного перевода и не гарантируем точности переведенной версии документа

Мы не имели намерения нарушить чьи-либо авторские права. Если вам принадлежат авторские права на этот документ, и у вас имеются возражения, пожалуйста, напишите нам на адрес academy@hivjustice.net

Volume 63

Numéro 2 Symposium : L'éducation
américaine : Diversité, déségrégation et
reségrégation

Article 10

2015

La menace continue : Comment exclure les futures mères des poursuites pour simple exposition au VIH de leurs fœtus et de leurs nourrissons

Shahabudeen K. Khan
Droit de l'Université Nova Southeastern

Suivez cette œuvre et d'autres travaux à l'adresse suivante :

<https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev>  . Fait partie de la communauté du droit pénal et de la communauté du droit et de la politique de la santé. Comment l'accès à ce travail vous profite-t-il ? Faites-le nous savoir !

Citation recommandée

Shahabudeen K. Khan, *The Threat Lives On : Comment exclure les futures mères des poursuites pour simple exposition au VIH de leurs fœtus et nourrissons*, 63 Clev. St. L. Rev. 429 (2015).
disponible sur <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol63/iss2/10>

d'informations, veuillez contacter library.es@csuohio.edu.

LA MENACE PERDURE : COMMENT EXCLURE LES FUTURES MÈRES DES POURSUITES POUR SIMPLE EXPOSITION AU VIH DE LEUR FŒTUS ET DE LEUR NOURRISSON

SHAHABUDEEN K. KHAN^{*}

I.	INTRODUCTION.....	429	
II.	PROGRÈS MÉDICAUX DANS LE TRAITEMENT ET LA PRÉVENTION DU VIH/SIDA		434
III.	LES LOIS CRIMINALISANT L'EXPOSITION AU VIH OU SA TRANSMISSION SONT DE PIÈTRES ARMES DANS LA GUERRE CONTRE LE VIH CHEZ LES ENFANTS	436	
	A. <i>Types de lois qui pourraient être utilisées pour punir l'exposition materno-fœtale ou la transmission du VIH.....</i>	438	
	B. <i>Certaines lois pénales relatives à la transmission du VIH font courir des risques indus et inconsidérés aux futures mères séropositives.</i>	440	
	1. Elles sont vagues/ambiguës	440	
	2. Elles sont trop larges	448	
IV.	LES POURSUITES OU LA MENACE DE POURSUITES À L'ENCONTRE DES FEMMES ENCEINTES EN VERTU DES LOIS SUR L'EXPOSITION ET LA TRANSMISSION DU VIH SERAIENT PRÉJUDICABLES PLUTÔT QU'UTILES À LA SOCIÉTÉ.	450	
	A. <i>La criminalisation est inefficace et probablement médicalement préjudiciable à l'enfant in utero</i>	451	
	B. <i>Les poursuites engagées en vertu de ces lois auraient un impact disproportionné sur les femmes issues des minorités.....</i>	452	
V.	UN MODÈLE POUR LE CHANGEMENT.....	454	
VI.	CONCLUSION	457	

I. INTRODUCTION

"L'amour d'une mère pour son enfant ne ressemble à rien d'autre au monde. Il ne connaît aucune loi, aucune pitié. Il ose tout et écrase sans remords tout ce qui se trouve sur son chemin."

-Agatha Christie.¹

^{*} Professeur assistant de droit, Nova Southeastern University, Shepard Broad Law Center. J.D., *Summa Cum Laude* Nova Southeastern University, Shepard Broad Law Center, 2003 ; B.A., *Summa Cum Laude* Florida International University, 1999. Je suis extrêmement reconnaissant au professeur Kathy Cerminara pour ses conseils, son mentorat, ses commentaires et ses réactions. Je remercie également les professeurs Seema Mohapatra, Olympia Duhart et Kathryn Webber pour leurs précieux conseils. Je suis reconnaissant à mon assistante de recherche, Monica Vaks, pour son aide à la rédaction. Cet article a été présenté au Southeastern Association of Law Schools (SEALS) New Scholars Workshop le 5 août 2014 à Amelia Island, en Floride.

¹ SEARCH QUOTES, http://www.searchquotes.com/quotes/author/Agatha_Christie/ (dernière visite le 20 février 2014).

Bonne nouvelle : l'épidémie de VIH/SIDA² évolue positivement.³ Mauvaise nouvelle : ne vous faites pas prendre en train de tomber enceinte alors que vous êtes séropositif.⁴ Certaines lois sur la transmission criminelle du VIH ont raté le coche.⁵ Si les futures mères infectées par le VIH suivent les directives américaines actuelles en matière de soins de santé,⁶ le risque de transmission à leur fœtus/nourrisson pourrait être réduit de manière significative, dans certains cas à moins d'un pour cent, ce qui est étonnant.⁷ Les médecins et les chercheurs sont plus près de trouver un remède à la transmission périnatale du VIH.⁸ En mars 2014, des rapports ont fait surface selon lesquels un bébé pourrait avoir été guéri du virus.⁹ Pourtant, dans certains États, les lois qui criminalisent l'exposition au VIH et sa transmission...

² Voir *A propos du VIH/SIDA*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION, <http://www.cdc.gov/hiv/basics/whatishiv.html#panel> (dernière mise à jour le 12 février 2014). Le virus de l'immunodéficience humaine, est le virus qui provoque le sida, le syndrome d'immunodéficience acquise. On les appelle communément "VIH/SIDA". Le VIH se propage par certains fluides corporels qui affectent certaines cellules de l'organisme, ce qui finit par affecter le système immunitaire et pourrait être fatal dans la plupart des cas. Bien qu'il n'existe actuellement aucun remède contre le VIH/SIDA, une personne peut maintenant vivre presque normalement avec la maladie si elle est détectée et traitée à temps. *Id.*

³ Voir *infra* note 29.

⁴ Voir *infra*, partie III.

⁵ Voir James B. McArthur, *As the Tide Turns : The Changing HIV/AIDS Epidemic and the Criminalization of HIV Exposure*, 94 CORNELL L. REV. 707, 709 (2009).

⁶ Voir les *Recommandations révisées pour le dépistage du VIH chez les adultes, les adolescents et les femmes enceintes dans les établissements de santé*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION.

(22 septembre 2006), <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/rr5514a1.htm>. Un dépistage et un test précoces sont recommandés pour toutes les femmes enceintes. Toutefois, le dépistage et les tests doivent être volontaires et non contraints. Le dépistage et les tests doivent être effectués au début de la grossesse et à différents stades de la grossesse, pendant le travail et le post-partum/nouveau-né. Un dépistage et un test précoces permettront aux prestataires de soins de santé de commencer le traitement et de le planifier en conséquence. Les traitements comprennent l'administration de médicaments antirétroviraux, la programmation de l'accouchement par césarienne et l'évitement de l'allaitement. *Id.*

⁷ Voir *HIV Among Pregnant Women, Infants, and Children*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION, <http://www.cdc.gov/hiv/risk/gender/pregnantwomen/facts/index.html> (dernière mise à jour le 10 janvier 2014) [ci-après *VIH chez les femmes enceintes*]; voir également Michael A. Tolle, MD, MPH, *Preventing Perinatal Transmission of HIV : Your Vigilance Can Pay Off*, 59 J. FAM. PRAC. 1, 1-2 (mars 2010), disponible à l'adresse

[http://www.jfponline.com/index.php?id=21643&cHash=071010&tx_ttnews\[tt_news\]=16537](http://www.jfponline.com/index.php?id=21643&cHash=071010&tx_ttnews[tt_news]=16537).

⁸ En mars 2013, des médecins du centre médical de l'Université du Mississippi ont indiqué qu'ils avaient peut-être guéri un bébé de deux ans et demi du VIH. Voir Liz Szabo, *Doctors Report First Cure of HIV in a Child*, USA TODAY (Mar. 4, 2013, 8:35 AM), <http://www.usatoday.com/story/news/nation/2013/03/03/first-cure-hiv-child/1957943/>. Mais voir *'Mississippi Baby' Now Has Detectable HIV : UMMS Immunologist Among Researchers Studying the Case*, UMASS MED NOW (10 juillet 2014), <http://www.umassmed.edu/news/news-archives/2014/07/Mississippi-Baby-now-has-detectable-HIV-researchers-find/>. Malheureusement, le bébé n'a peut-être pas été guéri du virus du VIH. Le 10 juillet 2014, il a été signalé que le Virus VIH était réapparu dans les résultats des tests médicaux du bébé. Bien que les médecins et les scientifiques aient fait part de leur déception, ils poursuivent leur quête pour trouver un remède au VIH infantile.

⁹ Lisa M. Larson, *Case of Second Baby Apparently Cleared of HIV Offers More Hope for Early Therapy*, UMASS MED NOW (06 mars 2014), <http://www.umassmed.edu/news/news-archives/2014/03/Luzuriaga-Case-of-second-baby-apparently-cleared-of-HIV-offers-more-hope-for-early-therapy/>.

restent inchangés et intacts ;¹⁰ par conséquent, le risque de poursuite des mères séropositives qui exposent ou transfèrent le virus à leur fœtus ou à leur nouveau-né subsiste.¹¹ Cet article explique comment cette menace découragera les femmes et les dissuadera de chercher un traitement médical approprié au lieu d'encourager le traitement et la prévention du VIH.¹²

L'émergence du VIH/SIDA dans les années 1980 a non seulement causé des maladies, des blessures et la mort d'innombrables personnes, mais elle a également provoqué une panique générale.¹³ Cette panique a entraîné des actions de la part des gouvernements des États et du gouvernement fédéral.¹⁴ Les gouvernements ont réagi en adoptant et en promulguant des lois qui criminalisent l'exposition au VIH et sa transmission.¹⁵ À ce jour, près des deux tiers des États, trente-trois pour être exact, ont promulgué des lois pénalisant spécifiquement l'exposition au VIH et sa transmission.¹⁶ Certaines de ces lois sont larges, d'autres ambiguës et vagues, et certaines pénalisent la simple exposition d'autrui au virus.¹⁷ Certaines de ces lois, de par leur portée, pourraient entraîner des poursuites pénales contre des mères pour la transmission et, dans certains cas, l'exposition au VIH de leur fœtus ou de leur nouveau-né.¹⁸ Cet article illustre comment la menace et la stigmatisation¹⁹ des poursuites associées à des lois pénales spécifiques sur la transmission du VIH pourraient entraver et étouffer les progrès de la prévention et du traitement de la transmission verticale²⁰ du virus.²¹

¹⁰ Voir McArthur, *supra* note 5, p. 709 ; voir également *infra* partie III.

¹¹ Christina M. Shriver, *State Approaches to Criminalizing the Exposure of HIV : Problems in Statutory Construction, Constitutionality and Implications*, 21 N. ILL. U. L. REV. 319, 322, 347 (2001).

¹² Voir *infra*, partie III.

¹³ J. Stan Lehman, et autres, *Prevalence and Public Health Implications of State Laws that Criminalize Potential HIV Exposure in the United States*, SCI. & BUS. MEDIA, (15 mars 2014), <http://www.preventionjustice.org/wp-content/uploads/2014/03/HIV-Crim-Article-2014.pdf>.

¹⁴ *Id.* ; 42 U.S.C. § 201 (2012) ; voir aussi Ryan White Comprehensive AIDS Resources Emergency Act of 1990, Pub. L. No. 101-381, 104 Stat. 567 (1990) (où le gouvernement fédéral a lié l'aide financière aux États pour les soins liés au VIH si les États avaient des lois appropriées pour poursuivre l'exposition et la transmission du virus).

¹⁵ Lehman, et al, *supra* note 13.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ André A. Panossian, et al, *Criminalization of Perinatal HIV Transmission*, 19 J. LEGAL MED. 223, 249 (1998).

¹⁸ Shriver, *supra* note 11, p. 349.

¹⁹ Voir Ronald O. Valdiserri, MD, MPH, *HIV/AIDS Stigma : An Impediment to Public Health*, 92 AM. J. PUB. HEALTH 341, 341-42 (mars 2002), disponible sur <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1447072/pdf/0920341.pdf>.

²⁰ La grande majorité des cas de VIH pédiatrique aux États-Unis sont le résultat d'une transmission de la mère à l'enfant (TME), également appelée transmission "verticale" ou "périnatale". Voir *HIV Infections in Infants and Children*, NAT'L INST. OF ALLERGY & INFECTIOUS DISEASES, disponible sur http://www.niaid.nih.gov/news/newsreleases/2000/Pages/drug_regimen_backgrounder.aspx (dernière mise à jour le 31 janvier 2000).

²¹ Scott Burris, et al, *Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior ? An Empirical Trial*, 39 ARIZ. ST. L.J. 467, 481-88 (2007).

En outre, certains États exercent une pression malheureuse et continue pour criminaliser les blessures subies par les enfants à la suite de la consommation périnatale de drogues illicites.²² Cela met en évidence le besoin urgent de réformer les lois pénales sur la transmission du VIH en relation avec la transmission verticale ou périnatale du virus. Considérons, par exemple, la récente loi du Tennessee adoptée le 29 avril 2014, qui stipule que : " [u]ne femme peut être poursuivie pour agression en raison de l'utilisation illégale d'un stupéfiant alors qu'elle est enceinte, si son enfant naît dépendant ou lésé par le stupéfiant. "²³ Compte tenu de cette orientation, cet article illustrera comment une mère séropositive ou une future mère court le même risque d'être poursuivie pour exposition ou transmission du VIH à son fœtus ou à son nouveau-né. L'article traitera également de la manière dont on pourrait remédier à ce problème.²⁴

Depuis le début des années 1990 et 2000, des conversations ont eu lieu sur la menace potentielle de poursuites judiciaires à l'encontre des futures mères séropositives.²⁵ Jusqu'à présent, peu de choses ont été faites pour éliminer cette menace. Les décideurs politiques ne devraient pas attendre qu'un cas fasse surface pour inciter au changement. Celui-ci est trop délicat pour attendre. La menace est aujourd'hui plus intense qu'auparavant.²⁶ Certaines lois sont dépassées,²⁷ car la plupart ont été promulguées à la fin des années 1980 et au début des années 1990 en réponse à l'hystérie du VIH/sida.²⁸ Les traitements médicaux et les mesures de prévention du VIH ont considérablement progressé depuis lors.²⁹ Certaines lois ont plus de vingt ans et ne servent plus une bonne politique, sont contre-intuitives et ne favorisent pas les bonnes pratiques de soins de santé, en particulier dans la lutte contre le VIH chez les enfants.³⁰ Comme nous le verrons plus loin dans cet article, être séropositif n'est pas un crime et une mère ou une future mère séropositive ne devrait pas être considérée ou traitée comme une criminelle.³¹ Le VIH est une maladie.³² Le site

²² Voir, par exemple, TENN. CODE ANN. § 39-13-107 (West 2012) ; voir également Sen. Reginald Tate, et al, *Summary for S . B.1391/H.B. 1295*, TENNESSEE GEN. ASSEMB, <http://wapp.capitol.tn.gov/apps/billinfo/BillSummaryArchive.aspx?BillNumber=SB1391&ga=108> (dernière visite le 12 avril 2014).

²³ *Id.*

²⁴ Voir *infra*, partie V.

²⁵ Lehman, et al, *supra* note 13.

²⁶ Voir *In re Keara J. et al.*, 376 S.W.3d 86, 95-96 (Tenn. Ct. App. 2012), *appel refusé*, (11 avril 2012) discuté dans la partie III (B) de l'article.

²⁷ Sen. Chris Coons, *Outdated Laws Preserve HIV Stigma*, HUFFINGTON POST (10 déc. 2013, 11:23 AM), http://www.huffingtonpost.com/chris-coons/outdated-laws-preserve-hi_b_4419360.html ; voir aussi *infra* Partie III.

²⁸ Lehman, et al, *supra* note 13.

²⁹ Voir *Prévention du VIH : Progress to Date*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION, <http://www.cdc.gov/nchhstp/newsroom/docs/HIVFactSheets/Progress-508.pdf> (dernière visite le 27 janvier 2014).

³⁰ Chris Johnson, *HIV/AIDS Returning to the Spotlight ?*, WASH. BLADE (10 déc. 2013), <http://www.washingtonblade.com/2013/12/12/is-hiv-aids-set-to-re-emerge-as-a-gay-issue/>.

³¹ Voir *HIV is Not a Crime : Une discussion communautaire sur la criminalisation du VIH*, CTR. POUR HIV LAW & POL'Y, <http://new.hivlawandpolicy.org/news/hiv-not-a-crime-a-community-discussion-hiv-criminalization> (dernière visite le 12 mars 2014).

³² Voir *À propos du VIH/sida*, *supra* note 2.

L'accent devrait être mis sur la prévention, les soins de santé appropriés et la guérison, et non sur la peur, la stigmatisation, les poursuites ou l'incarcération.³³ Cet article plaide pour la suppression de ces lois archaïques pour des raisons normatives. Ces lois ont été adoptées sur la base d'une vision dépassée et hostile du VIH et découragent en fin de compte la prévention qui aidera le plus les enfants que ces lois visaient à protéger.³⁴

Les questions relatives au VIH/sida suscitent un regain d'intérêt, étant donné que de meilleurs traitements sont disponibles.³⁵ Le département de la justice (DOJ), division des droits civils, a récemment publié des directives sur les meilleures pratiques pour réformer les lois pénales spécifiques au VIH afin de se conformer à la science moderne.³⁶ Les dernières directives du DOJ exhortent les États à "réformer et moderniser" les lois afin de refléter la science moderne.³⁷ Il y a beaucoup de travail inachevé concernant l'inefficacité et la stigmatisation associées aux lois pénales sur la transmission du VIH dans leur ensemble.³⁸ Ces lois sont "inutiles" et contre-intuitives dans la lutte contre cette malheureuse maladie.³⁹ Des appels ont été lancés pour abroger ces lois dans leur intégralité.⁴⁰ Ce n'est pas nécessaire. Cet article souligne à nouveau la gravité de ce problème et suggère qu'un pas en avant essentiel consiste à modifier les lois afin de supprimer toute menace de poursuite à l'encontre des mères séropositives. La deuxième partie de l'article traite des avancées médicales en matière de traitement et de prévention du VIH/SIDA.⁴¹ La partie III examine certaines lois qui criminalisent l'exposition au VIH et sa transmission et comment ces lois font courir des risques indus et inconsiderés aux futures mères séropositives. La partie IV de l'article traite de la manière dont les poursuites ou la menace de poursuites à l'encontre des futures mères en vertu du droit pénal spécifique au VIH nuiraient à la société au lieu de l'aider.⁴² Enfin, la partie V propose un modèle de changement pour aborder ces lois spécifiques sur la transmission criminelle du VIH, en particulier pour supprimer toute menace de sanctions pénales à l'encontre des femmes séropositives qui sont enceintes ou désirent le devenir.

³³ Roberto H. Potter & Jeffrey W. Rosky, *The Iron Fist in the Latex Glove : The Intersection of Public Health and Criminal Justice*, 38 AM. J. CRIM. JUST. 276, 281-82 (12 juin 2012), disponible à l'adresse <http://new.hivlawandpolicy.org/sites/www.hivlawandpolicy.org/files/The%20Iron%20First.%20in%20the%20Latex%20Glove%20-%20The%20Intersection%20of%20Public%20Health%20and%20Criminal%20Justice%20%28Roberto%20Hugh%20Potter%20and%20Jeffrey%20W.%20Rosky%29.pdf>.

³⁴ Voir *infra*, partie IV(A).

³⁵ *Best Practices Guide to Reform HIV-Specific Criminal Laws to Align with Scientifically-Supported Factors*, U.S. DEP'T OF JUSTICE, CIVIL RTS. DIV. (15 juillet 2014), disponible sur <http://aids.gov/federal-resources/national-hiv-aids-strategy/doj-hiv-criminal-law-best-practices-guide.pdf>.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ Voir Burris et autres, *supra* note 21, p. 515-16.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Voir *infra*, partie II.

⁴² Voir *infra*, partie IV.

II. PROGRÈS MÉDICAUX DANS LE TRAITEMENT ET LA PRÉVENTION DU VIH/SIDA

On estime que 36 millions de personnes dans le monde sont mortes du VIH/sida depuis sa découverte officielle au début des années 1980.⁴³ Presque le même nombre, 35,3 millions, vivent avec le VIH dans le monde en 2012.⁴⁴ Selon des estimations récentes des Centers for Disease Control and Prevention (CDC), environ 50 000 personnes sont infectées par le VIH chaque année aux États-Unis.⁴⁵ Ce chiffre est en baisse par rapport aux 130 000 personnes par an au milieu des années 1990.⁴⁶ Bien que plus de 1,1 million de personnes vivent avec le VIH aux États-Unis,⁴⁷ le traitement et la prévention du VIH ont connu d'énormes succès.⁴⁸ Le 21 juillet 2014, des chercheurs de l'université Temple ont annoncé avoir éliminé pour la première fois le virus du VIH de cellules humaines cultivées.⁴⁹ "Plus d'Américains sont testés pour le VIH que jamais auparavant", plus nombreux sont ceux qui recherchent un traitement approprié et suivent les mesures de prévention, et sensiblement moins nombreux sont ceux qui sont infectés.⁵⁰ L'une des plus récentes études médicales menées par des chercheurs des États-Unis et du Canada a conclu : "Un adulte séropositif de 20 ans suivant un traitement antirétroviral (TAR) aux États-Unis a un taux d'infection élevé. États-Unis ou au Canada devraient vivre jusqu'à 70 ans, une espérance de vie proche de celle de la population générale."⁵¹

Selon les CDC, "depuis le milieu des années 1990, le dépistage du VIH et les interventions préventives ont entraîné une baisse de plus de 90 % du nombre d'enfants".

⁴³ Voir *VIH/sida, fiche d'information N360*, SANTÉ MONDIALE.

ORG., <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs360/en/> (dernière mise à jour en juillet 2014).

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Voir *VIH aux États-Unis : At a Glance*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION, <http://www.cdc.gov/hiv/statistics/basics/ata glance.html> (dernière visite le 6 mars 2014).

⁴⁶ Voir *Prévention du VIH*, *supra* note 29.

⁴⁷ Voir *VIH aux États-Unis*, *supra* note 45.

⁴⁸ Voir *Prévention du VIH*, *supra* note 29. Le CDC

estime qu'il n'y a que quatre transmissions par an pour 100 personnes vivant avec le VIH aux États-Unis, ce qui signifie que la grande majorité (au moins 95 %) des personnes vivant avec le VIH ne transmettent le virus à personne d'autre. Cela représente une baisse de 89 % du taux de transmission depuis le milieu des années 1980, ce qui reflète l'impact combiné du dépistage, des conseils en matière de prévention et des traitements destinés aux personnes vivant avec le VIH.

Id.

⁴⁹ Voir Wenhui Hu, et al., *RNA-Directed Gene Editing Specifically Eradicates Latent and Prevents New HIV-1 Infection*, PROCEEDING OF THE NAT'L ACAD. OF SCIS. (19 juin 2014), disponible sur [à l'adresse](#)

<http://www.pnas.org/content/early/2014/07/17/1405186111.full.pdf+html?sid=3221fd6e-d3d7-44ed-9136-682d258c8c2a>.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Hasina Samji, et al., *Closing the Gap : Increases in Life Expectancy Among Treated HIV-Positive Individuals in the United States and Canada*, PLOS ONE (18 déc. 2013), <http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0081355>.

infectées par le VIH de manière périnatale aux États-Unis".⁵² Une étude menée auprès de femmes séropositives vivant en milieu urbain aux États-Unis a conclu que cinquante-neuf pour cent d'entre elles souhaitaient avoir un enfant.⁵³ La grande majorité des cas de VIH pédiatrique aux États-Unis sont le résultat d'une transmission de la mère à l'enfant (TME), également appelée transmission *in utero*, verticale ou périnatale.⁵⁴ En 2010, environ 217 enfants de moins de 13 ans ont été diagnostiqués séropositifs aux États-Unis.⁵⁵ Un pourcentage stupéfiant de 75 % de ces enfants a été infecté par voie périnatale.⁵⁶ La transmission de la mère à l'enfant peut se produire pendant la durée de la grossesse, lors de l'accouchement ou après celui-ci, et par l'allaitement.⁵⁷ Selon des études médicales, en l'absence d'intervention ou de traitement approprié, le risque de transmission du VIH de la mère au fœtus/nourrisson est de quinze à trente pour cent.⁵⁸ Ces études estiment également qu'environ soixante-dix pour cent de la transmission peut se produire avant l'accouchement (environ vingt pour cent de transmission avant 36 semaines de grossesse, environ cinquante pour cent à partir de 36 semaines jusqu'à l'accouchement), et environ trente pour cent de la transmission a lieu pendant l'accouchement.⁵⁹ Le risque de transmission par l'allaitement maternel est d'environ cinq à vingt pour cent.⁶⁰ Les rapports du CDC indiquent qu'environ quarante pour cent des nourrissons infectés par le VIH aux États-Unis sont nés de mères qui ne savaient pas qu'elles étaient infectées par le virus.⁶¹ Comme indiqué précédemment, si les futures mères infectées par le VIH suivent les directives américaines actuelles en matière de soins de santé, le risque de transmission à leurs enfants pourrait être réduit de manière significative, dans certains cas à moins de un pour cent.⁶²

⁵² Voir *HIV Among Pregnant Women, Infants, and Children in the United States*, CTRS. POUR DISEASE CONTROL & PREVENTION (déc. 2012), http://www.cdc.gov/hiv/topics/perinatal/PDF/HIV_WIC_US.pdf.

⁵³ Sarah Finocchiaro-Kessler, et al, *Understanding High Fertility Desires and Intentions Among a Sample of Urban Women Living with HIV in the United States*, 14 AIDS & BEHAVIOR 1106 (Oct. 2010), disponible à l'adresse <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19908135>.

⁵⁴ Voir *Infections à VIH chez les nourrissons et les enfants*, supra note 20 ; voir également *Prévention de la transmission du VIH de la mère à l'enfant - Vision stratégique 2010-2015*, ORG. (2 février 2010), disponible sur http://www.who.int/hiv/pub/mtct/strategic_vision/en/. Dans le monde, environ 430 000 enfants ont été nouvellement infectés par le VIH au cours de la seule année 2008. Étonnamment, plus de 90 % d'entre eux ont été infectés par la transmission mère-enfant (TME). En l'absence de tout traitement, 50 % de ces enfants infectés mourront avant leur deuxième anniversaire. *Id.*

⁵⁵ Voir *HIV among Pregnant Women, Infants, and Children in the United States*, supra note 52.

⁵⁶ *Id.* ; voir également Michael A. Grizzi, *Compelled Antiviral Treatment of HIV Positive Pregnant Women*, 5 UCLA WOMEN'S L.J. 473, 480 (1995).

⁵⁷ Voir *HIV Among Pregnant Women*, supra note 7.

⁵⁸ Tolle, supra note 7, p. 2-3.

⁵⁹ *Id.* à 1.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Voir *HIV Among Pregnant Women*, supra note 7.

⁶² Voir *idem* ; voir également Tolle, supra note 7, p. 1-2.

En mars 2013, pour la première fois, des médecins du centre médical de l'Université du Mississippi ont déclaré qu'ils avaient peut-être guéri du VIH un bébé de deux ans et demi.⁶³ Le bébé a contracté le virus à la naissance de sa mère séropositive qui n'avait reçu aucun traitement prénatal contre le VIH.⁶⁴ Le traitement antirétroviral (TAR) a commencé 30 heures après la naissance du bébé.⁶⁵ Le traitement ART a été poursuivi jusqu'à ce que le bébé ait 18 mois.⁶⁶ À l'âge de 30 mois, le virus était indétectable chez le bébé.⁶⁷ Malheureusement, à presque quatre ans maintenant, des tests récents ont montré que le bébé est toujours porteur du virus.⁶⁸ Le traitement a repris, le bébé tolère le traitement et le virus diminue.⁶⁹ En mars 2014, la nouvelle est tombée qu'un deuxième bébé pourrait être guéri du virus.⁷⁰ Ce bébé a lui aussi contracté le virus de sa mère séropositive. Le bébé est toujours sous traitement.⁷¹ Il n'y a aucun rapport indiquant que le virus est réapparu chez le deuxième bébé. Les médecins et les chercheurs suivent de près ces deux bébés dans l'espoir de comprendre pourquoi le virus est réapparu chez le premier.⁷²

Quoi qu'il en soit, ces deux cas témoignent des progrès médicaux substantiels réalisés dans le traitement et la prévention du VIH chez l'enfant. Plus important encore, même en l'absence de tout remède, le risque de transmission de la mère au fœtus/nourrisson pourrait être réduit de manière significative à moins de 1 % grâce à un traitement médical approprié.⁷³ Il est crucial de tirer parti de ces progrès incroyables et de ne pas freiner ou sous-utiliser des avancées médicales aussi prometteuses. Les menaces criminelles à l'encontre des mères enceintes séropositives leur rendront un très mauvais service, à elles et à leurs bébés, en les décourageant d'accéder aux traitements médicaux de pointe disponibles.⁷⁴ La section suivante de l'article se concentre sur les raisons pour lesquelles le droit pénal n'est pas le meilleur moyen de contrôler la propagation du VIH, en particulier chez les enfants.

III. LES LOIS QUI CRIMINALISENT L'EXPOSITION AU VIH OU SA TRANSMISSION SONT DES ARMES MÉDIOCRES EN LA GUERRE CONTRE LE VIH CHEZ LES ENFANTS

Si le droit pénal pouvait réellement contrôler ou prévenir la transmission du VIH, quelle potion ce serait. Quand les gens pensent au droit pénal, ils pensent aux crimes,

⁶³ Deborah Persaud, M.D., et al, *Absence of Detectable HIV-1 Viremia After Treatment Cessation in an Infant*, NEW ENG. J. MED. 3 (4 mars 2013), disponible sur <http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa1302976#t=article>.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Voir Monte Morin, *Girl who was declared 'functionally cured' of HIV now has active virus*, L.A. TIMES (10 juillet 2014, 16h36), disponible sur <http://www.latimes.com/science/sciencenow/la-sci-sn-hiv-baby-mississippi-functional-cure-sick-20140710-story.html>.

⁶⁹ Voir "Mississippi Baby" Now Has Detectable HIV, *supra* note 8.

⁷⁰ Larson, *supra* note 9.

⁷¹ *Id.*

⁷² Voir "Mississippi Baby" Now Has Detectable HIV, *supra* note 8.

⁷³ Voir *HIV Among Pregnant Women*, *supra* note 7 ; voir également Tolle, *supra* note 7, p. 1-2.

⁷⁴ Voir *infra*, partie IV(A).

innocence, culpabilité, punition, prison, justification, équité et moralité, pour n'en citer que quelques-uns. Il est rare que l'idée d'être atteint d'une maladie mortelle traverse l'esprit des gens. Selon le professeur Henry Hart, un comportement criminel entraîne une condamnation morale formelle et solennelle de la communauté.⁷⁵ Certains comportements ne devraient pas être criminels simplement parce qu'un législateur le dit.⁷⁶ Elle est criminelle parce que la communauté et la société la condamnent moralement.⁷⁷ En substance, les lois pénales sur l'exposition au VIH et sa transmission condamnent moralement ceux qui ont la malchance d'être atteints du VIH/SIDA.

Les deux théories dominantes de la punition en droit pénal sont l'utilité et la rétribution.⁷⁸ Les principes utilitaires de la punition favorisent la dissuasion de futurs crimes, ainsi que la réhabilitation et la réforme, et donc la réduction des crimes.⁷⁹ D'autre part, les théories rétributives servent à punir pour le plaisir de punir.⁸⁰ Si une personne commet un délit, elle doit être punie simplement parce qu'elle le mérite ;⁸¹ en d'autres termes, "œil pour œil".⁸² On peut soutenir que les lois sur l'exposition et la transmission criminelles du VIH s'inscriraient dans cette dernière théorie de la punition, qui ne sert en principe aucune bonne politique publique et est donc inutile. En substance, la justice rétributive serait la justification de ces lois.⁸³

Grâce à une subvention du CDC, trois professeurs et deux chercheurs ont mené une étude empirique visant à déterminer si le droit pénal influence certains comportements sexuels des personnes séropositives.⁸⁴ L'étude a porté sur des personnes de New York et de l'Illinois.⁸⁵ L'État de New York n'a pas de loi pénale spécifique sur la transmission du VIH, même s'il utilise son droit pénal général pour poursuivre les comportements criminels liés au VIH.⁸⁶ L'Illinois dispose d'une loi pénale spécifique sur l'exposition au VIH et sa transmission.⁸⁷ Les résultats de l'étude n'ont pas montré que les comportements des personnes

⁷⁵ JOSHUA DRESSLER, *CASES AND MATERIALS ON CRIMINAL LAW 2-3* (West, 5th ed. 2009).

⁷⁶ *Id.* Mais voir ROLLIN M. PERKINS & RONALD N. BOYCE, *CRIMINAL LAW 12* (3d ed. 1982). Ces spécialistes du droit pénal ont défini le crime comme "tout préjudice social défini et puni par la loi". *Id.* Cette définition correspond sans doute aux lois actuelles sur l'exposition et la transmission du VIH et ne tient pas compte de la composante de condamnation morale d'un crime. *Id.*

⁷⁷ DRESSLER, *supra* note 75, à 2-3.

⁷⁸ *Id.*, p. 31-34.

⁷⁹ *Id.*, p. 33-34.

⁸⁰ *Id.*, p. 38-39.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.* à 38 ; Dan Markel, *Are Shaming Punishments Beautifully Retributive ? Retributivism and the Implications for the Alternative Sanctions Debate*, 54 *VAND. L. REV.* 2157, 2158, 2176-80 (2001).

⁸³ Voir Markel, *supra* note 82, p. 2158-67 (pour une discussion approfondie de la justice rétributive et des théories de la punition, voir l'ouvrage du regretté professeur Dan Markel).

⁸⁴ Burris, et al., *supra* note 21, p. 468-70.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

les croyances concernant les comportements sexuels à risque sont influencées par le droit pénal qui proscrit les rapports sexuels non protégés ou qui exige la divulgation du VIH.⁸⁸ L'étude a conclu que "le droit pénal n'est pas une intervention clairement utile pour promouvoir la divulgation du VIH par les personnes séropositives à leurs partenaires sexuels".⁸⁹ "Compte tenu des préoccupations concernant les effets négatifs possibles du droit pénal, tels que la stigmatisation ou la réticence à coopérer avec les autorités sanitaires, nos résultats suggèrent la prudence dans le déploiement du droit pénal comme intervention de changement de comportement pour les séropositifs."⁹⁰ L'étude a également révélé que le droit pénal "n'a pas de fonction de contrôle de la maladie...".⁹¹ Les auteurs ont conclu par la déclaration suivante, qui est très expressive :

La criminalisation du VIH a été un exercice étrange et inutile dans la longue lutte pour contrôler le VIH. Elle n'a rien apporté de bon ; si elle a fait ne serait-ce qu'un peu de mal, le prix à payer a été trop élevé. Jusqu'au jour où la stigmatisation du VIH, de la sexualité non conventionnelle et de la consommation de drogues aura disparu, la meilleure voie pour le droit pénal est de suivre la vieille maxime d'Hippocrate, "d'abord, ne pas nuire".⁹²

Des études empiriques doivent être menées, notamment en ce qui concerne les influences des lois pénales sur la transmission du VIH sur les mères séropositives et les femmes séropositives qui envisagent de tomber enceintes. L'étude de l'Illinois/New York apporte toutefois un éclairage sur la question de savoir si le droit pénal est le meilleur moyen de gérer et de prévenir la propagation du VIH. Ce n'est pas le cas. La section suivante de l'article examine les différents types de lois pénales qui pourraient être utilisées pour punir l'exposition ou la transmission materno-fœtale du VIH et la manière dont ces lois font peser des charges et des risques indus sur les futures mères séropositives.

A. Types de lois pouvant être utilisées pour sanctionner l'exposition materno-fœtale ou la transmission du VIH

Depuis la découverte du VIH/sida au début des années 1980, près des deux tiers des États ont adopté des lois visant à criminaliser la transmission du VIH.⁹³ Le terme "transmission" est en fait trompeur, car la plupart des lois n'exigent qu'une exposition au virus.⁹⁴ À l'échelle mondiale, plus de 30 pays ont adopté une législation qui criminalise l'exposition au VIH et/ou sa transmission.⁹⁵ L'objectif déclaré de ces lois est de contribuer à réduire le risque de propagation du virus.⁹⁶ Il existe plusieurs catégories de lois pénales dans le

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ Burris et al., *supra* note 21, p. 468-75.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.* à 507.

⁹² *Id.* à 516.

⁹³ Lehman et al., *supra* note 13.

⁹⁴ Carol L. Galletly & Steven D. Pinkerton, *Toward Rational Criminal HIV Exposure Laws*, 32 J.L. MED. & ETHICS 327, 328 (2004).

⁹⁵ *La transmission verticale du VIH devrait être*

Excluded From Criminal Prosecution, THE FREE LIBRARY, disponible à l'adresse <http://www.thefreelibrary.com/Vertical+HIV+transmission+should+be+excluded+from+criminal...-a0224990503> (dernière visite le 9 mars 2014).

⁹⁶ Voir Galletly & Pinkerton, *supra* note 94, à 328.

États-Unis qui ont été utilisés pour criminaliser l'exposition au VIH et/ou sa transmission.⁹⁷ Trois des plus populaires sont : 1) les lois spécifiques au VIH qui s'appliquent au comportement des personnes séropositives ;⁹⁸ 2) les lois sur la santé publique qui interdisent la propagation des maladies sexuellement transmissibles (MST) ;⁹⁹ et 3) les lois pénales traditionnelles qui couvrent les abus et la négligence envers les enfants, les coups et blessures et, dans certains cas, les tentatives de meurtre.¹⁰⁰

Environ deux tiers des États ont adopté des lois pénales sur la transmission du VIH.¹⁰¹ La majorité des lois sur la transmission du VIH précisent les comportements interdits.¹⁰² Par exemple, les contacts sexuels, les rapports sexuels, l'exposition de certains fluides corporels, le partage de matériel médical (aiguilles/seringues) et le don de sang et d'organes sont interdits si la personne est séropositive.¹⁰³ Une petite minorité d'États exigent une intention spécifique d'infecter, tandis que les autres exigent une forme d'intention générale.¹⁰⁴ Environ la moitié des États prévoient des défenses affirmatives, notamment le consentement de l'autre personne.¹⁰⁵ Une poignée d'États criminalisent également les comportements à faible risque tels que les crachats, les morsures et les jets d'excréments.¹⁰⁶ La majorité des États interdisent l'"exposition" au VIH ; la transmission effective n'est pas nécessaire.¹⁰⁷ Presque tous les États classent l'exposition/transmission comme un crime, avec des peines de prison allant de un à dix ans, et dans certains cas jusqu'à 30 ans.¹⁰⁸ La sous-section suivante illustre comment certaines lois pénales spécifiques à la transmission, en raison de leur conception, font courir des risques inutiles aux femmes enceintes séropositives ou aux femmes séropositives qui veulent être enceintes.

⁹⁷ Lehman et al., *supra* note 13.

⁹⁸ *Voir, par exemple*, ARK. CODE ANN. § 5-14-123 (1987) ; CAL. HEALTH & SAFETY CODE § 1621.5 (1988) ; FLA. STAT. ANN. § 384.24 (West 1997) ; GA. CODE ANN. § 16-5-60 ; IDAHO CODE ANN. § 39-608 (1988) ; 720 ILL. COMP. STAT. 5/12-5.01 (LexisNexis 2011) ; IND. CODE ANN. § 16-41-7-1 ; IOWA CODE ANN. § 709D.3 (West 2012) ; LA. REV. STAT. ANN. § 14:43.5 (1987) ; MD. CODE ANN., SANTÉ-GEN. § 18-601.1. (LexisNexis 1989) ; MICH. COMP. LAWS ANN. § 333.5210 (West 1989) ; MINN. STAT. ANN. § 609.2241 (West 1995) ; MISS. CODE ANN. § 97-27-14 (2007) ; MO. REV. STAT. § 191.677 (1988) ; NEV. REV. STAT. ANN. § 201.205(1) (LexisNexis 1993) ; S.D. CODIFIED LAWS § 22-18-31 (2005) ; TENN. CODE ANN. § 39-13-109 (West 2012) ; WASH. REV. CODE ANN. § 9A.36.011(1) (LexisNexis 1987). Trente-trois États ont adopté à ce jour des lois qui criminalisent l'exposition au VIH et sa transmission. Plusieurs de ces lois font l'objet du présent article. Voir Lehman et al., *supra* note 13, pour une liste complète et une discussion approfondie des trente-trois lois étatiques.

⁹⁹ *Voir* Lehman et al, *supra* note 98 et texte annexe.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

B. Certaines lois sur la transmission criminelle du VIH font courir des risques indus et inconsiderés aux futures mères séropositives.

La menace de poursuites judiciaires à l'encontre des mères séropositives pour exposition ou transmission verticale du virus est aujourd'hui plus forte que jamais.¹⁰⁹ En témoigne le mouvement renouvelé de certains États visant à criminaliser la toxicomanie prénatale.¹¹⁰ Comme nous l'avons déjà indiqué, en avril dernier, après une tentative ratée en 2013, le Tennessee a promulgué une loi qui prévoit la poursuite d'une mère pour agression si celle-ci consomme une drogue illégale pendant sa grossesse et que son enfant naît dépendant ou blessé à cause de la consommation de drogue illégale de la mère.¹¹¹ Il ne s'agit pas seulement d'un pas en arrière, mais cela renouvelle et renforce la nécessité d'une réforme urgente des lois pénales sur l'exposition au VIH et la transmission du virus en ce qui concerne la manière dont ces lois pourraient affecter les futures mères séropositives. L'article illustre ensuite comment certaines lois pénales sur l'exposition et la transmission du VIH sont vagues et ambiguës et, par conséquent, ne préviennent pas correctement les futures mères séropositives. Cette section de l'article examine également des cas récents qui auraient pu être poursuivis en utilisant des lois pénales spécifiques sur la transmission du VIH. La section suivante traite également de la manière dont certaines lois sont trop larges et pourraient couvrir l'exposition ou la transmission verticale du VIH.

1. Elles sont vagues/ambiguës

Bien que les demandes d'inconstitutionnalité de ces lois aient été largement infructueuses,¹¹² il est raisonnable de conclure que des lois comme celle du Tennessee sont vagues et ambiguës dans le sens où elles n'indiquent pas suffisamment quel comportement spécifique est interdit. La loi du Tennessee sur la transmission criminelle du VIH est un excellent exemple de la vagueur et de l'ambiguïté de certaines de ces lois.¹¹³ La loi du Tennessee, ainsi que d'autres lois similaires, laisserait une mère séropositive raisonnable dans l'expectative.

¹⁰⁹ Voir Patricia R. Congdon, *Prenatal Prosecution : Taking A Stand for the State and the Well-Being of Its Soon-to-Be Citizens*, 5 CHARLESTON L. REV. 621, 632 (2011) (soutenant que tous les États " devraient criminaliser la consommation prénatale d'alcool, de drogues illégales et de tabac ").

¹¹⁰ *Id.* à 638-40.

¹¹¹ Voir TENN. CODE ANN. § 39-13-107 (West 2012) ; voir également Tate, et al., *supra* note 22 ; voir également State v. McKnight, 576 S.E.2d 168, 172 (2003). En 2003, la Cour suprême de Caroline du Sud a confirmé la condamnation d'une mère pour homicide par maltraitance d'enfant. La mère a donné naissance à une petite fille mort-née. Les résultats de la pathologie ont montré la présence d'une substance provenant de la cocaïne dans l'enfant. *Id.*

¹¹² Voir People v. Dempsey, 610 N.E.2d 208, 222 (Ill. App. 5th Dist. 1993). Le défendeur, accusé d'agression sexuelle aggravée et de transmission criminelle du VIH, a affirmé que la loi de l'Illinois sur la transmission criminelle du VIH était vague. Le défendeur a affirmé que les termes "fluides corporels" et "contact intime avec une autre personne" étaient insuffisamment définis et donc vagues. Le défendeur a affirmé qu'il n'était pas clair si le fait de mordre ou de cracher pouvait être considéré comme des fluides corporels. Le tribunal a jugé que la loi n'était pas inconstitutionnellement vague dans son application au défendeur qui a éjaculé du sperme dans la bouche de la victime. Le tribunal a en outre estimé que le défendeur n'avait pas qualité pour faire valoir que d'autres parties de la loi étaient vagues parce que ces parties ne s'appliquaient pas à la conduite du défendeur. *Id.* ; voir également State v. Keene, 629 N.W.2d 360, 366 (Iowa 2001) (la loi pénale de l'Iowa sur la transmission du VIH n'est pas vague lorsqu'elle s'applique au défendeur) ; State v. Stark, 832 P.2d 109, 115 (Wash. App. Ct. 1992) (la loi pénale de l'État de Washington sur la transmission du VIH n'est pas inconstitutionnellement vague).

¹¹³ Voir TENN. CODE ANN. § 39-13-109 (Ouest 2012).

quant à savoir si elle est couverte par le langage de la loi et si elle pourrait être poursuivie pour exposition verticale au VIH. C'est une crainte malheureuse et inutile pour les mères séropositives.

Il est bien établi que l'application régulière de la loi exige qu'un défendeur soit suffisamment informé de la conduite interdite par une loi.¹¹⁴ La Cour suprême des États-Unis a énoncé très clairement dans sa décision de 1926 dans l'affaire *Connally* que :

La ligne de démarcation entre ce qui est légal et illégal ne peut être laissée à la conjecture. Le citoyen ne peut pas être tenu de répondre à des accusations fondées sur des lois pénales dont les mandats sont si incertains qu'ils admettent raisonnablement des interprétations différentes. Une loi pénale ne peut reposer sur un fondement incertain. Le crime, et les éléments qui le constituent, doivent être exprimés si clairement que la personne ordinaire peut intelligemment choisir, à l'avance, la voie qu'il lui est licite de suivre. Les lois pénales interdisant de faire certaines choses et prévoyant une punition pour leur violation ne devraient pas admettre un double sens tel que le citoyen puisse agir selon une conception de ses exigences et les tribunaux selon une autre.¹¹⁵

Certaines lois pénales spécifiques au VIH sont vagues et ne prévoient pas l'application correcte de la procédure et la notification décrites dans l'arrêt *Connally*.¹¹⁶ Prenons l'exemple de la loi du Tennessee sur l'exposition criminelle au VIH, qui a vingt ans en mai 2014.¹¹⁷ Elle stipule, dans les parties pertinentes :

Une personne commet l'infraction¹¹⁸ d'exposition criminelle¹¹⁹ d'une autre personne au virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ... lorsque, sachant que la personne est infectée par le VIH ... la personne, en connaissance de cause : (1) entre en *contact intime avec une autre personne* ; (2) transfère, donne ou fournit du sang, des tissus, du sperme, des organes ou d'autres fluides ou parties du corps potentiellement infectieux pour une transfusion, une transplantation, une insémination ou une *autre administration à une autre personne d'une manière qui présente un risque significatif de VIH* ...

¹¹⁴ *Connally v. Gen. Const. Co.*, 269 U.S. 385, 393 (1926).

¹¹⁵ *Idem* ; voir également *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347, 352 (1964) (soulignant à nouveau les exigences constitutionnelles de l'application régulière de la loi, à savoir une notification équitable au défendeur, par le biais de la loi elle-même, de ce qui est interdit par la loi).

¹¹⁶ *Voir id.*

¹¹⁷ *Voir* 1994 Tenn. Pub. Acts 952.

¹¹⁸ *Voir* TENN. CODE ANN. § 39-13-109(e)(1) (West 2012) (l'exposition criminelle au VIH est un crime de classe C).

¹¹⁹ *Voir* TENN. CODE ANN. § 39-13-109(d)(1) (West 2012) ("Rien dans cette section ne doit être interprété comme exigeant la transmission effective du VIH pour qu'une personne ait commis l'infraction d'exposition criminelle d'une autre personne au VIH") ; voir également *State v. Bonds*, 189 S.W.3d 249, 258-60 (2005). Un défendeur infecté par le VIH a violé la victime, et a été accusé de viol aggravé et d'exposition criminelle de la victime au VIH. Le défendeur a affirmé qu'il n'y avait pas d'exposition car il n'y avait aucune preuve de ses fluides corporels sur la victime. Le tribunal a estimé qu'il y a exposition dès lors que le défendeur a soumis la victime au risque d'exposition ; aucun transfert de fluides corporels n'est nécessaire. *Id.*

transmission...¹²⁰ Le contact intime avec une autre personne signifie l'exposition du corps d'une personne à un fluide corporel d'une autre personne d'une manière qui présente un risque significatif de **t r a n s m i s s i o n d u V I H . . .**¹²¹

Le Tennessee définit " autrui " ou " une autre personne " dans ses lois sur l'homicide pour inclure " un fœtus viable d'un être humain " ¹²² Selon la loi du Tennessee, un nouveau-né ou un fœtus viable exposé au VIH de la mère pourrait entraîner une accusation contre la mère. Il existe quatre niveaux différents d'états mentaux utilisés au Tennessee : 1) intentionnel ; 2) conscient ; 3) imprudent ; et 4) négligence criminelle.¹²³ "Connaissant" fait référence à une personne qui agit lorsqu'elle est consciente de la nature de son comportement ou de l'existence des circonstances. Une personne agit en connaissance de cause en ce qui concerne le résultat de ses actes.

¹²⁰ Voir TENN. CODE ANN. § 39-13-109(a)(2) (West 2012) ; cf. S.D. CODIFIED LAWS § 22-18-31 (2005). La loi pénale du Dakota du Sud sur la transmission du VIH est très similaire à celle du Tennessee à cet égard. Elle stipule que constitue un crime "toute personne qui, se sachant infectée par le VIH, expose intentionnellement une autre personne à l'infection en (2) transférant, donnant ou fournissant du sang, des tissus, du sperme, des organes ou d'autres fluides ou parties du corps potentiellement infectieux à des fins de transfusion, de transplantation, d'insémination ou *autre administration à une autre personne d'une manière qui présente un risque significatif de transmission du VIH*" (accentuation ajoutée). *Id.*

¹²¹ Voir TENN. CODE ANN. § 39-13-109(b)(2) (West 2012) ; cf. IOWA CODE § 709C.1 (2012). L'ancienne loi de l'Iowa sur la transmission criminelle du VIH était presque identique à celle du Tennessee (c'est nous qui soulignons).

Une personne commet une transmission criminelle du virus de l'immunodéficience humaine si, sachant que son statut de virus de l'immunodéficience humaine est positif, elle commet l'un des actes suivants : a. Elle entre en contact intime avec une autre personne. b. Elle transfère, donne ou fournit son sang, ses tissus, son sperme, ses organes ou d'autres fluides corporels potentiellement infectieux à une *autre personne* en vue d'une transfusion, d'une transplantation, d'une insémination ou de *toute autre administration*. " Contact intime " signifie " l'exposition intentionnelle du corps d'une personne à un fluide corporel d'une autre personne d'une manière qui pourrait entraîner la transmission du virus de l'immunodéficience humaine ".

IOWA CODE § 709C.1(2)(b). L'Iowa a récemment modifié sa loi sur la transmission du VIH et, ce faisant, a spécifiquement exclu les femmes enceintes séropositives des poursuites pénales. Cette loi est présentée plus loin dans l'article comme un modèle pour modifier des lois existantes comme celle du Tennessee. Voir Iowa Code Ann. § 709D.3 (2012).

¹²² TENN. CODE ANN. § 39-13-107(a) (West 2012) ; voir également TENN. CODE ANN. § 39-13-107(c)(1) *modifié par* 2014 Tenn. Pub. Acts 820 (West 2012).

Rien dans la sous-section (a) ne s'applique à tout acte ou omission *licite* d'une femme enceinte concernant un embryon ou un fœtus dont elle est enceinte, ou à toute procédure médicale ou chirurgicale licite à laquelle une femme enceinte consent, effectuée par un professionnel de la santé autorisé à effectuer une telle procédure.

Id. (soulignement ajouté). L'intention du législateur indique que cette exception concerne l'avortement. Voir Tenn. B. Summary, 2012 Reg. Sess. (H.B. 3517). La lecture de la loi définissant " un autre " ou " une autre personne " *en pari materia* avec la loi sur le VIH suggère que l'exposition verticale peut être couverte. Le Code pénal modèle [ci-après MPC], § 210.0 (1) définit un "être humain" comme étant "une personne née et vivante". Même dans le cadre de la définition du MPC d'une "personne", un bébé né et vivant qui est exposé au VIH par sa mère pourrait donner lieu à une accusation contre la mère en vertu de la loi du Tennessee. *Id.*

¹²³ State v. Page, 81 S.W.3d 781, 786 (2002).

un comportement lorsque la personne est consciente que ce comportement est raisonnablement certain de provoquer le résultat".¹²⁴ Premièrement, si une femme enceinte sait qu'elle est séropositive, il n'est pas clair si elle s'engage sciemment dans un contact intime avec son fœtus. Ou encore, si une femme qui se sait séropositive décide de tomber enceinte et le fait, il n'est pas certain qu'elle entre sciemment en contact intime avec son fœtus et l'expose au virus. Ou encore, qu'en est-il d'une mère qui se sait séropositive et qui allaite ? Entre-t-elle alors sciemment en contact intime avec son enfant et l'expose-t-elle potentiellement au virus ? Elle administre certainement en connaissance de cause du lait maternel à son enfant, ce qui présente un risque important d'exposition et/ou de transmission du VIH.

Les deux modes d'exposition criminelle établis par la loi du Tennessee peuvent couvrir l'exposition de la mère à l'enfant. La signification de "contact intime" n'est pas claire non plus. Le Tennessee déclare que "[l]e contact intime avec une autre personne signifie l'exposition du corps d'une personne à un fluide corporel d'une autre personne d'une manière qui présente un risque significatif de transmission du VIH...".¹²⁵ Cette définition pourrait signifier "contact sexuel" ou "rapport sexuel". Elle pourrait également désigner le contact le plus intime entre une mère et son fœtus ou son nouveau-né. Des esprits raisonnables pourraient différer quant à la signification du contact intime ici. Par conséquent, le terme "contact intime"¹²⁶ est ambigu tel qu'il est utilisé dans la loi sur l'exposition criminelle au VIH du Tennessee. La règle générale est que le sens clair d'une loi est déterminant "à moins que cela ne conduise à un résultat déraisonnable ou contraire à l'intention du législateur".¹²⁷ Si une mère tombe volontairement enceinte en sachant qu'elle est séropositive, il ne fait aucun doute que la mère s'engage dans un contact intime intentionnel avec son fœtus/enfant. Une mère expose et, en fait, transfère ses fluides corporels à son fœtus.

¹²⁴ Voir TENN. CODE ANN. § 39-11-302(b) (Ouest 2012).

¹²⁵ Voir TENN. CODE ANN. § 39-13-109(b)(2) (Ouest 2012) ; cf. S.D. CODIFIED LAWS § 22-18-31 (2005). La loi pénale du Dakota du Sud sur la transmission du VIH est très similaire à celle du Tennessee sur cet aspect également. Elle stipule que constitue un crime "toute personne qui, se sachant infectée par le VIH, expose intentionnellement une autre personne à l'infection en : (1) en ayant des rapports sexuels ou tout autre *contact physique intime* avec une autre personne". *Id.* (accentuation ajoutée) ; voir également IDAHO CODE ANN. § 39-608(1) (1988).

Toute personne qui expose une autre personne de quelque manière que ce soit dans l'intention de l'infecter ou qui, sachant qu'elle est ou a été atteinte du syndrome d'immunodéficience acquise (SIDA), de complexes liés au SIDA (ARC) ou d'autres manifestations de l'infection par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH), transfère ou tente de transférer à une autre personne un de ses liquides organiques, tissus organiques ou organes, est coupable d'un crime... .

Id.

¹²⁶ Voir *Intimate Definition*, MERRIAM-WEBSTER DICTIONARY ONLINE, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/intimate> (dernière visite le 22 septembre 2014). Intime défini comme "appartenant à ou caractérisant la nature la plus profonde d'une personne", ou "marqué par une association, un contact ou une familiarité très étroits", ou "marqué par une amitié chaleureuse se développant par une longue association", ou "suggérant une chaleur informelle ou une intimité de nature très personnelle ou privée." *Id.*

¹²⁷ Voir *State v. Bonds*, 189 S.W.3d 249, 257 (2005). Les tribunaux ont recours aux règles ou aux canons de l'interprétation des lois. Il n'y a rien dans l'histoire ou l'intention législative qui permette de discerner la signification réelle du contact intime dans la loi du Tennessee sur la transmission du VIH. Certains tribunaux examinent le titre de la loi ; cela n'est d'aucune aide ici. Certains tribunaux examinent l'objectif de la loi pour essayer de discerner la signification de toute partie vague ou ambiguë de la loi. Ici, la loi du Tennessee suggère qu'elle est conçue pour punir et essayer de prévenir la propagation du VIH. *Id.*

et le nouveau-né d'une manière qui présente un risque important de transmission du VIH.¹²⁸ Comme nous l'avons vu précédemment, il est bien établi que le VIH peut être exposé et transféré à un fœtus pendant la grossesse, l'accouchement et après l'accouchement par le biais de l'allaitement.¹²⁹ En outre, une mère fournit ou, du moins, pourrait fournir son lait maternel à son enfant, ce qui satisfait à la deuxième conduite interdite. Bien que le Tennessee prévoie une défense contre l'infraction d'exposition au VIH, elle n'est pas applicable à la transmission verticale.¹³⁰ Il suffit que l'autre personne exposée au virus sache que la personne infectée l'était et qu'elle ait consenti au contact avec cette dernière.¹³¹

Le Tennessee avance très vite et plus loin dans la mauvaise direction.¹³² Étant donné que le Tennessee a récemment promulgué une loi qui prévoit qu'"une femme peut être poursuivie pour agression en raison de l'utilisation illégale d'un stupéfiant alors qu'elle est enceinte, si son enfant naît dépendant du stupéfiant ou endommagé par celui-ci".¹³³ Rien n'empêche un procureur trop zélé d'utiliser la loi sur l'exposition criminelle au VIH pour poursuivre une future mère.¹³⁴ Aucune mère, qu'elle soit séropositive ou non, ne devrait avoir à vivre avec la crainte d'être poursuivie si elle tombe enceinte. Cela affecterait très probablement sa décision de rechercher des soins médicaux appropriés.¹³⁵ Prenons l'exemple de l'affaire *In re Keara J.*¹³⁶ . Dans cette affaire survenue au Tennessee en 2012, les droits parentaux d'une mère et d'un père ont été annulés parce que

¹²⁸ Une mère aura besoin d'un excellent et astucieux avocat de la défense pour argumenter : 1) le tribunal pourrait invoquer la "règle d'or" s'il estime que poursuivre des mères pour transmission verticale est déraisonnable, injuste ou produit un résultat ridicule ; ou 2) le tribunal devrait invoquer la règle de la clémence - selon laquelle si une loi est ambiguë et donne lieu à différentes interprétations, l'ambiguïté doit être résolue en faveur de l'accusé ; ou 3) que les lois pénales doivent être interprétées strictement. Mais, comme on l'a vu dans le passé, ces canons d'interprétation des lois n'ont pas été invoqués dans des cas où ils auraient probablement dû l'être. *Voir* *McBoyle v. U.S.*, 283 U.S. 25, 26-27 (1931) (la Cour suprême n'a pas invoqué explicitement les canons, mais a restreint le sens de Véhicule pour ne pas inclure les avions sur les principes du fair-play. "[I] est raisonnable qu'un avertissement équitable soit donné au monde dans un langage que le monde commun comprendra, de ce que la loi a l'intention de faire si une certaine ligne est franchie").

¹²⁹ Tolle, *supra* note 7, p. 1.

¹³⁰ TENN. CODE ANN. § 39-13-109(c)(1) (West 2012).

¹³¹ *Id.*

¹³² *Voir* 2011 Tenn. Pub. Acts 185 (West 2012) (modifiant sa loi sur l'exposition criminelle au VIH en 2011 pour inclure le virus de l'hépatite B (VHB) et l'hépatite C en plus du VIH, mais ne faisant aucun effort pour clarifier ou exclure les mères séropositives de sa couverture).

¹³³ *Voir* TENN. CODE ANN. § 39-13-107(c)(1) (West 2012) ; *voir également* Tate, et al., *supra* note 22.

¹³⁴ *Voir, par exemple*, George Kent, *The Tysons' Missing Testimony* 1-7 (20 novembre 1999), <http://www2.hawaii.edu/~kent/tysons.pdf>. George Kent, un témoin expert pour la mère et le père (Tysons), a réitéré le témoignage dans une affaire de l'Oregon, où la mère séropositive a reçu l'ordre de commencer un traitement à l'AZT et de ne pas allaiter après avoir donné naissance à un enfant en bonne santé. Les Tyson ont refusé le traitement et ont refusé d'arrêter l'allaitement. Les Tyson ont alors été poursuivis pour "intention de nuire" à l'enfant. Le tribunal a ordonné que le traitement soit respecté, il a pris la garde légale de l'enfant mais a accordé aux Tyson la garde physique mais a interdit l'allaitement. *Id.*

¹³⁵ *Voir* *HIV Among Pregnant Women*, *supra* note 7.

¹³⁶ *Voir* *In re Keara J. et al.*, 376 S.W.3d 86, 102 (Tenn. Ct. App. 2012), *appel refusé*, (11 avril 2012).

d'allégations de sévices graves et de négligence à l'égard de leur nourrisson.¹³⁷ Les faits ont montré que le nourrisson de 17 mois n'était pas nourri correctement, qu'il manquait d'éléments nutritifs vitaux et que sa croissance était essentiellement retardée.¹³⁸ Le tribunal a conclu que l'enfant avait été gravement maltraité parce que les parents avaient négligé ses besoins nutritionnels et physiques.¹³⁹ Cela est compréhensible et constitue une décision raisonnable de la part du tribunal ; cependant, la mère était séropositive et l'enfant a été exposé au virus (bien que l'enfant n'ait pas développé le VIH).¹⁴⁰ Pour des raisons inconnues,¹⁴¹ la mère n'a pas divulgué sa séropositivité à ses médecins, de sorte que l'enfant n'a pas été traité avec les médicaments antirétroviraux appropriés.¹⁴² La cour d'appel a confirmé les conclusions du tribunal de première instance selon lesquelles :

[La mère] a sciemment exposé cet enfant à un risque substantiel de lésions corporelles graves ou de mort en omettant délibérément et sciemment de révéler sa séropositivité au cours de ses soins prénataux, ce qui a eu pour effet d'exposer inutilement l'enfant à la maladie du VIH, une maladie ... [La mère] a mis la vie de l'enfant en danger.¹⁴³

Il est remarquable de noter également que le juge d'appel a déclaré dans l'opinion que :

Je trouve simplement que cette loi est atroce, et je crois qu'elle s'inscrit dans la droite ligne des décisions que nous avons prises ici et dans tout l'État depuis des années concernant la consommation de drogues pendant la grossesse. [Ici, on ne dit pas que l'on a une maladie très grave pour que le personnel médical puisse faire quelque chose. Et je crois que c'est un abus grave contre la mère.¹⁴⁴

C'est une déclaration révélatrice de la part du juge. Elle souligne certainement la menace et la stigmatisation auxquelles les mères sont confrontées. De telles déclarations et positions n'encourageraient certainement pas les mères à rechercher des soins appropriés. Elles feraient plutôt le contraire et les éloigneraient des soins essentiels dont elles ont besoin.¹⁴⁵ Cette affaire s'inscrivait dans le cadre d'une résiliation des droits parentaux fondée sur les lois du Tennessee relatives à la maltraitance des enfants.¹⁴⁶ Cette mère aurait pu être poursuivie pour exposition du VIH à son enfant en vertu de la loi du Tennessee sur l'exposition criminelle au VIH décrite plus haut. De telles poursuites ou menaces de poursuites ne servent aucune bonne politique. Il est probable que la mère serait plus réticente à déclarer sa séropositivité par crainte de poursuites pénales, ce qui affecterait le bien-être de l'enfant.

¹³⁷ *Id.*, p. 101-102.

¹³⁸ *Id.* à 88.

¹³⁹ *Id.*, p. 96-97.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Id.* à 93. La responsable du placement en famille d'accueil a déclaré qu'elle "pensait que les parents n'avaient pas la capacité mentale et émotionnelle de comprendre et de fournir des soins médicaux, nutritionnels et de développement de base aux enfants". *Id.* On peut supposer que les maladies apparentes de la mère pourraient être attribuées en partie au fait qu'elle n'a pas déclaré sa séropositivité.

¹⁴² *Voir id.*, p. 96-97.

¹⁴³ *Id.* à 95.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Voir infra*, partie IV(A).

¹⁴⁶ *Voir In re Keara J. et al.*, 376 S.W.3d, p. 95-96.

Prenons le cas suivant, en Floride, comme autre exemple éloquent. En 2008, la première poursuite pénale d'une mère pour transmission du VIH de la mère à l'enfant a été signalée.¹⁴⁷ La mère de Floride du comté de Manatee avait deux fils. La mère savait qu'elle était séropositive avant d'avoir ses enfants. Son premier fils, né en 2001, a reçu les traitements médicaux préventifs appropriés et n'a heureusement pas contracté le virus.¹⁴⁸ Trois ans plus tard, elle a eu un deuxième fils qui a malheureusement contracté le virus. La mère a affirmé qu'elle craignait et ne voulait pas que le père de l'enfant soit au courant de sa séropositivité ; par conséquent, elle n'a pas signalé son deuxième enfant et n'a pas cherché à obtenir les soins médicaux nécessaires.¹⁴⁹ La mère a été accusée de négligence grave à l'égard d'un enfant pour n'avoir pas cherché à obtenir les services médicaux nécessaires afin de prévenir la transmission du VIH à son enfant. La mère a plaidé coupable de négligence criminelle envers un enfant. Elle aurait pu encourir jusqu'à 15 ans d'emprisonnement pour avoir transmis le virus à l'enfant et ne pas avoir cherché à se faire soigner.¹⁵⁰ Heureusement, les procureurs ont accepté une période de probation de deux ans à la place, afin qu'elle puisse s'occuper de l'enfant.¹⁵¹

Il a été rapporté qu'un des officiers du bureau du shérif du comté de Manatee a déclaré : "Les mères devraient être informées très tôt que des poursuites pénales sont possibles si les soins appropriés ne sont pas fournis."¹⁵² C'est une déclaration malheureuse de peur et de menace. Cette affaire dans son ensemble était troublante. Personne ne semblait se préoccuper des craintes de la mère. Il est tout à fait raisonnable pour cette mère, comme pour d'autres mères, d'avoir peur d'être poursuivie au pénal et, par conséquent, d'avoir peur de déclarer sa séropositivité et de rechercher des soins appropriés pour son fœtus ou son nouveau-né.¹⁵³ Cette affaire a été poursuivie en vertu des lois de Floride sur la négligence envers les enfants.¹⁵⁴ Heureusement, la loi pénale de Floride sur la transmission du VIH est spécifique à certains comportements ou délits sexuels.¹⁵⁵ Cependant, si la loi sur la transmission du VIH en Floride était similaire à celle du Tennessee, un procureur pourrait

¹⁴⁷ Frank Gluck, *Mother Who Gave HIV to Newborn Gets Probation*, HERALD TRIBUNE (2 oct. 2008), <http://criminalhivtransmission.blogspot.com/2008/10/us-florida-woman-guilty-of-mother-to.html>.

¹⁴⁸ Michael A. Scarcella, *Officials : Woman with HIV Didn't Seek Care for Baby*, HERALD TRIBUNE (11 janvier 2008), <http://criminalhivtransmission.blogspot.com/2008/10/us-florida-woman-guilty-of-mother-to.html>.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ Gluck, *supra* note 147.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² Scarcella, *supra* note 148.

¹⁵³ *Cf. In re Welfare of Child of J.M.*, no A13-0992, 2013 WL 5778225, aux pages *6-7 (Minn. Ct. App. 28 oct. 2013). Le tribunal a affirmé qu'un enfant testé positif au VIH peu après sa naissance avait besoin de services de protection. La mère a été diagnostiquée séropositive lorsqu'elle avait 3 mois. La mère a reçu un traitement antirétroviral mais a développé de fortes douleurs aux jambes, de sorte que ses parents ont interrompu le traitement contre le VIH. La mère, aujourd'hui adulte, est tombée enceinte en 2012. Elle n'a pas révélé sa séropositivité à ses prestataires de services médicaux car elle ne pensait pas que les traitements contre le VIH étaient efficaces. La mère ne s'est pas présentée aux rendez-vous de suivi pour le traitement de son enfant. *Id.*

¹⁵⁴ Scarcella, *supra* note 148.

¹⁵⁵ *Voir* FLA. STAT. ANN. § 775.0877 (West 2010) ; *voir aussi* FLA. STAT. ANN. § 384.24(2) (West 1997) (interdisant la transmission par voie sexuelle).

aurait porté la même accusation en utilisant la loi sur le VIH, ce qui n'aurait servi qu'à renforcer les craintes de la mère au lieu d'encourager un traitement approprié.

Un cas rare où le pouvoir judiciaire a eu raison est *N.J. Div. of Youth & Family Servs. v. L.V. & C.M.*¹⁵⁶ La Division des services à la jeunesse et à la famille (DYFS) du New Jersey a déposé une plainte contre une mère pour maltraitance et négligence envers son nouveau-né.¹⁵⁷ La mère était infectée par le VIH et ne voulait pas prendre les médicaments recommandés pendant la grossesse pour réduire le risque de transmettre le VIH à l'enfant.¹⁵⁸ La mère a découvert qu'elle était séropositive pendant sa grossesse.¹⁵⁹ Elle a refusé de prendre les médicaments recommandés parce qu'elle n'était pas convaincue de sa séropositivité.¹⁶⁰ Le tribunal a estimé que le refus de la mère de prendre les médicaments recommandés pendant sa grossesse ne constituait pas un cas de mauvais traitements ou de négligence.¹⁶¹ La mère avait le droit constitutionnel de refuser un tel traitement, même au risque de l'enfant à naître.¹⁶² Il n'y avait aucune preuve que l'enfant était séropositif ou allait l'être, ou que l'enfant ne serait pas séropositif grâce au traitement *in utero*.¹⁶³ Le tribunal s'est concentré sur la question de savoir s'il y avait un préjudice pour l'enfant après la naissance et a conclu qu'il n'y avait pas de préjudice pour l'enfant à la suite du refus de prendre les médicaments.¹⁶⁴ La mère a également accepté le traitement médical actuel et futur, de sorte qu'aucun préjudice futur ne soit probable.¹⁶⁵ La loi sur les mauvais traitements et la négligence envers les enfants du New Jersey exige que le parent ait causé un préjudice à l'enfant et, si ce n'est pas le cas, qu'il soit susceptible de le faire à l'avenir.¹⁶⁶ Le tribunal a estimé que "le DYFS ne peut donc pas interférer avec le contrôle d'une femme compétente sur son corps et son fœtus en plaçant les dispositions de la loi au-dessus de sa tête comme une "épée de Damoclès".¹⁶⁷ Les décisions qu'elle prend quant aux médicaments qu'elle prendra pendant sa grossesse (par rapport aux substances dangereuses contrôlées) sont laissées à sa seule discrétion après consultation de ses médecins traitants.¹⁶⁸ Le droit de prendre cette décision fait partie de son droit constitutionnel à la vie privée, qui inclut le droit de contrôler son propre corps et sa propre destinée.¹⁶⁹ Ces droits incluent la possibilité de refuser un traitement médical, même au risque de sa mort ou de l'interruption de la grossesse.

¹⁵⁶ *N.J. Div. of Youth & Family Servs. v. L.V. & C.M.*, 889 A.2d 1153, 1153 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2005).

¹⁵⁷ *Id.* à 1154.

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.* à 1155.

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ *N.J. Div. of Youth & Family Servs.*, 889 A.2d à 1155.

¹⁶² *Id.* à 1158.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Id.* à 1159.

¹⁶⁶ *Id.* à 1157.

¹⁶⁷ *Id.* à 1158.

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ *Id.*

sa grossesse".¹⁷⁰ L'issue de cette affaire, très probablement, aurait été différente dans un tribunal du Tennessee.

2. Elles sont trop larges

La loi pénale du Maryland sur la transmission du VIH est un excellent exemple de loi trop large.¹⁷¹ Elle n'est pas seulement trop large, elle est stupéfiante.¹⁷² Elle a été promulguée en 1989 et n'a jamais été modifiée depuis.¹⁷³ La loi stipule : "Un individu qui a le virus de l'immunodéficience humaine ne peut sciemment transférer ou tenter de transférer le virus de l'immunodéficience humaine à un autre individu."¹⁷⁴ En cas de condamnation, une personne risque une amende pouvant aller jusqu'à 2 500 dollars ou une peine de prison pouvant aller jusqu'à trois ans, ou même les deux.¹⁷⁵ Il est intéressant de noter que le Maryland ne prévoit même pas de défense affirmative pour ce délit.¹⁷⁶ La majorité des trente-trois États prévoient le consentement comme moyen de défense.¹⁷⁷ La seule nouvelle optimiste concernant la loi du Maryland sur la transmission du VIH est que l'infraction est classée comme un délit et non comme un crime comme dans de nombreux autres États.¹⁷⁸ Néanmoins, la possibilité d'une peine d'emprisonnement de trois ans ne justifie toujours pas le libellé très général et peu clair de la loi. Bien que la loi du Maryland exige un état mental élevé de transfert "en connaissance de cause" ou de "tentative"¹⁷⁹ de transfert, elle

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ MD. CODE ANN., SANTÉ-GEN. § 18-601.1. (LexisNexis 2014).

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ § 18-601.1.(a) ; *cf.* MONT. CODE ANN. §§ 50-18-112, 101 (2014). La loi pénale du Montana La loi sur la transmission du VIH est tout aussi vague et se trouve dans l'interdiction des maladies sexuellement transmissibles de l'État qui stipule : "Une personne infectée par une maladie sexuellement transmissible ne peut pas sciemment exposer une autre personne à l'infection." Le VIH est inclus dans la définition des maladies sexuellement transmissibles. *Id.* ; MISS. CODE. ANN. § 97-27-14(1) (2014). La loi pénale du Mississippi sur la transmission du VIH est aussi vague. Elle stipule "qu'il est illégal pour toute personne d'exposer sciemment une autre personne au virus de l'immunodéficience humaine (VIH)"..... sous-section sera un crime". *Id.* ; WASH. REV. CODE § 9A.36.011(1) (2014). Celle de l'État de Washington est tout aussi vague. Il stipule : " Une personne est coupable d'agression au premier degré si elle, avec l'intention d'infliger de grands dommages corporels : (b) administre, expose ou transmet à une autre personne, ou fait en sorte qu'elle prenne un poison, le virus de l'immunodéficience humaine " *Id.* ; NEV. REV. STAT. § 201.205(1) (2014). Celle du Nevada est également vague et stipule que

Une personne qui, après avoir été testée positive à un test approuvé par le Conseil de la santé de l'État pour l'exposition au virus de l'immunodéficience humaine et avoir reçu une notification effective de ce fait, s'engage intentionnellement, sciemment ou délibérément dans un comportement destiné ou susceptible de transmettre la maladie à une autre personne, est coupable d'un crime de catégorie B....

Id.

¹⁷⁵ § 18-601.1.(b).

¹⁷⁶ Sara Klemm, *Keeping Prevention in the Crosshairs : A Better HIV Exposure Law for Maryland*, 13 J. HEALTH CARE L. & POL'Y 495, 520 (2010).

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ *Voir* § 18-601.1.(b).

¹⁷⁹ La tentative criminelle est un délit d'intention spécifique. *Voir* *Bruce v. State*, 566 A.2d 103, 104 (Md. App. Ct. 1989).

ne définit pas les moyens de "transfert".¹⁸⁰ Le transfert pourrait signifier plus que le simple transfert par contact sexuel. Il pourrait inclure un contact comme celui d'une mère avec son fœtus ou son nouveau-né. L'interprétation et la spéculation ne devraient pas être laissées uniquement à un procureur prêt à engager une telle procédure contre une femme enceinte séropositive qui sait qu'elle est séropositive.

La loi de l'Illinois sur la transmission criminelle du VIH est un autre exemple de loi trop large.¹⁸¹ L'Illinois a modifié sa loi sur la transmission criminelle du VIH en 2012.¹⁸² Cela va dans la bonne direction, mais il faut en faire plus. L'amendement de 2012 a apporté deux changements très importants. Premièrement, il a fait de la transmission criminelle du VIH un crime d'intention spécifique.¹⁸³ Avant cet amendement, il s'agissait d'un crime d'intention générale.¹⁸⁴ Voyez l'échange ci-dessous entre deux représentants de l'État de l'Illinois lors des débats sur les amendements de 2012 :

Représentant Franks : Et c'est ce qui me préoccupe dans la rédaction. Je pense qu'il peut y avoir une erreur dans la rédaction et peut-être que je me trompe, mais je veux que vous.... Je veux que vous regardiez ceci. Là où il est dit qu'une personne commet une transmission criminelle du VIH lorsqu'elle a l'intention spécifique de commettre l'infraction, qui est un crime d'intention spécifique, il s'agit actuellement d'un crime d'intention générale. Cela reviendrait donc à augmenter la charge de la preuve pour un crime d'intention spécifique, ce qui rendrait les poursuites plus difficiles. Ne serait-il pas préférable de laisser ce crime comme un crime d'intention générale ?¹⁸⁵

Représentant Sacia : Il rend les choses spécifiques, je suis conseillé par un avocat, Représentant, mais aussi, peut-être que si... laissez-moi partager cela avec vous. Il nettoie et modernise également le langage de la transmission du VIH pour refléter ce que la science nous dit être des méthodes de transmission ; c'est-à-dire, cracher sur quelqu'un n'est pas une méthode de transmission. Je pense que vous serez d'accord, Représentant Franks, il y a quelques années, lorsque le VIH a commencé à devenir un problème, c'était une sorte de croyance.¹⁸⁶

Les commentaires du représentant Sacia sur la modernisation du langage des lois sur la transmission criminelle du VIH afin de se conformer au développement scientifique du traitement et de la prévention du VIH en disent long sur ce qu'il faut faire pour mettre à jour et réformer les lois pénales spécifiques au VIH dans tout le pays.¹⁸⁷ Il est remarquable que l'amendement de 2012 ait supprimé la transmission criminelle par "contact intime avec une autre personne".¹⁸⁸ Le nouveau texte criminalise la transmission du VIH par "contact sexuel".

¹⁸⁰ Voir *supra* partie II. Le VIH peut être transféré de la mère au fœtus/enfant pendant la grossesse, le travail et l'accouchement et après la naissance, par le lait maternel.

¹⁸¹ 720 ILL. COMP. STAT. ANN. 5/12-5.01. (LexisNexis 2011).

¹⁸² Voir 2012 Ill. Legis. Serv. P.A. 97-1046 (S.B. 3673) (Ouest 2012).

¹⁸³ Transcription de la Chambre des représentants de l'Illinois, 2012 Reg. Sess. No. 143 (Ouest 25 mai 2012).

¹⁸⁴ *Id.* à 127.

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ Voir 2012 Ill. Legis. Serv. P.A. 97-1046 (S.B. 3673) (Ouest 2012).

activité sexuelle avec une autre personne sans l'utilisation d'un préservatif en sachant qu'elle est infectée par le VIH".¹⁸⁹ Cet amendement réduit la menace de poursuites à l'encontre d'une mère séropositive et s'éloigne du langage ambigu qui subsiste dans la loi du Tennessee. Il est cependant dommage qu'un autre aspect vague de la loi de l'Illinois n'ait pas été clarifié. Une personne peut toujours exposer ou transmettre le VIH lorsqu'elle fournit son sang "ou d'autres fluides corporels potentiellement infectieux pour une transfusion".

. . . ou autre administration à un autre " ¹⁹⁰ La nouvelle version de la loi est la suivante, en partie :

Une personne commet une transmission criminelle du VIH lorsqu'elle transfère, donne ou fournit, avec l'intention spécifique de commettre l'infraction, les éléments suivants
son sang, ses tissus, son sperme, ses organes ou d'autres liquides organiques potentiellement infectieux en vue d'une transfusion, d'une transplantation, d'une insémination ou de toute autre administration à une autre personne en sachant qu'elle est infectée par le VIH. ¹⁹¹

Les mères séropositives risquent toujours d'être poursuivies, même avec ces changements. Les procureurs devront prouver l'intention spécifique. "La croyance d'un acteur que certains résultats suivraient sa conduite est suffisante pour démontrer une intention spécifique pour que ce résultat se produise."¹⁹² Une mère fournit ses "fluides corporels"¹⁹³ à son fœtus *in utero* et après la naissance. Si une femme est séropositive, qu'elle sait qu'elle a le virus et qu'elle tombe volontairement enceinte, elle administre des fluides corporels au fœtus ou au nouveau-né. Elle sait également que cette administration de fluides corporels à son fœtus ou à son nouveau-né est très susceptible d'exposer ou de transmettre le VIH au fœtus ou au nouveau-né. Les amendements de l'Illinois sont un pas dans la bonne direction, mais ne sont pas encore infaillibles.

IV. LES POURSUITES OU LA MENACE DE POURSUITES À L'ENCONTRE DES FUTURES MÈRES EN VERTU DES LOIS SUR L'EXPOSITION ET LA TRANSMISSION DU VIH SERAIENT PLUTÔT PRÉJUDICABLES.

QUE LA SOCIÉTÉ D'AIDE

Les poursuites ou la simple menace de poursuites à l'encontre des femmes enceintes en vertu des lois sur l'exposition au VIH et la transmission du virus nuiraient à la société au lieu de l'aider.¹⁹⁴ Comme indiqué précédemment, le CDC a signalé qu'environ quarante pour cent des nourrissons infectés par le VIH aux États-Unis sont nés de mères qui ne savaient pas qu'elles étaient infectées par le virus.¹⁹⁵ De plus, si les futures mères infectées par le VIH suivent les lois actuelles sur la transmission du VIH, elles risquent d'avoir un impact négatif sur la société. Les directives américaines en matière de soins de santé, le risque de transmission à leurs enfants pourrait être réduit de manière significative, dans certains cas à moins de un pour cent.¹⁹⁶ C'est un progrès incroyable ;

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ 720 ILL. COMP. STAT. 5/12-5.01 (2014).

¹⁹¹ *Id.* (soulignement ajouté) ; voir également 12-5.01(c). "Rien dans la présente section ne doit être interprété comme exigeant qu'une infection par le VIH ait eu lieu pour qu'une personne puisse avoir commis une transmission criminelle du VIH." *Id.* ; 12-5.01(d) (le consentement est une défense affirmative) ; 12-5.01(e) (la transmission criminelle est un crime de classe 2).

¹⁹² *People v. Olbrot*, 435 N.E.2d 1242, 1250 (Ill. App. Ct. 1982).

¹⁹³ L'Illinois n'a pas défini les "fluides corporels". Cependant, les "fluides corporels" peuvent inclure le sang et le lait maternel, entre autres fluides. *Voir supra* Partie II.

¹⁹⁴ *Voir infra* note 205.

2015] *LA MENACE PERSISTE*

23

¹⁹⁵ Voir Tolle, *supra* note 7, p. 2.

¹⁹⁶ *Id.*, p. 2-3.

Cependant, si une future mère craint d'être séropositive, elle peut hésiter à se faire dépister par peur des poursuites judiciaires. Cette absence de dépistage entraînera inévitablement l'absence du traitement nécessaire et, à son tour, privera l'enfant de la chance, supérieure à quatre-vingt-dix-huit pour cent, de ne pas contracter le virus de sa mère.¹⁹⁷ Les sous-sections ci-dessous expliquent plus en détail comment la criminalisation est inefficace dans la prévention et le traitement de la transmission verticale du VIH et, par conséquent, nuit au fœtus *in utero* au lieu de l'aider. En outre, les poursuites ou la menace de poursuites en vertu de ces lois auraient sans aucun doute un impact disparate sur les femmes issues de minorités.

A. La criminalisation est inefficace et probablement médicalement nuisible à l'enfant in utero.

Tirons une leçon de ce que l'on sait déjà sur les sanctions pénales à l'encontre des mères qui consomment des drogues illicites pendant leur grossesse.¹⁹⁸ La plupart des membres de la communauté médicale américaine s'accordent à dire que les poursuites pénales, la menace de poursuites pénales ou la menace d'incarcération des femmes enceintes ne dissuadent pas la consommation de drogues illicites, mais éloignent plutôt les femmes d'un traitement médical approprié.¹⁹⁹ Une telle aliénation affecte à la fois la santé de la mère et de l'enfant.²⁰⁰ La Cour suprême des États-Unis a reconnu le "quasi-consensus" de la communauté médicale selon lequel les programmes assortis d'une menace de poursuites pénales découragent "les femmes qui consomment des drogues de chercher à obtenir des soins prénatals et nuisent à la cause de la santé prénatale au lieu de la faire progresser".²⁰¹ Selon l'American Medical Association, "les femmes enceintes seront susceptibles d'éviter de chercher à obtenir des soins prénatals ou d'autres soins médicaux par crainte que la connaissance par leur médecin de l'abus de substances ou d'autres comportements potentiellement dangereux ne leur vaille une peine de prison plutôt qu'un traitement médical approprié."²⁰² De même, l'Académie américaine de pédiatrie a déclaré : "L'Académie s'inquiète du fait que [l'arrestation des femmes toxicomanes qui deviennent enceintes] puisse décourager les mères et leurs enfants de recevoir les soins médicaux et les systèmes de soutien social qui sont essentiels à leur traitement."²⁰³ Les forces de l'ordre soutiennent que les poursuites, ou la menace de poursuites, constituent un mécanisme efficace pour dissuader les femmes enceintes de consommer des drogues illicites ;²⁰⁴

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ Voir *infra* note 199.

¹⁹⁹ Les sanctions pénales dissuaderont les femmes enceintes qui consomment des drogues illicites pendant leur grossesse de rechercher un traitement médical approprié. Voir *Legal Interventions During Pregnancy*, REP. AM. MED. ASS'N. BD. TR., 264 JAMA 2663, 2667 (1990), disponible à l'adresse suivante <http://jama.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=384076> ; *Drug Exposed Infants*, AM. ACAD. PEDIATRICS, COMM. SUBSTANCE ABUSE, 86 PEDIATRICS 639, 641 (1990), disponible à l'adresse suivante <http://pediatrics.aappublications.org/content/86/4/639.full.pdf> ; *Avis du Comité 321 Maternal Decision Making, Ethics and the Law*, AM. C. OBSTÉTRICIENS ET GYNÉCOLOGUES, COMM. ETHICS, 106 OBSTETRICS & GYNECOLOGY 1127 (2005), pp. 1-8, disponible à l'adresse suivante <http://www.acog.org/~media/Committee%20Opinions/Committee%20on%20Ethics/co321.pdf?dmc=1>.

²⁰⁰ *Legal Interventions During Pregnancy*, *supra* note 199.

²⁰¹ *Ferguson v. City of Charleston*, 532 U.S. 67, 84 n.23 (2001).

²⁰² *Legal Interventions During Pregnancy*, *supra* note 199.

²⁰³ *Drug Exposed Infants*, *supra* note 199, à 641.

²⁰⁴ Jeanne Flavin & Lynn M. Paltrow, *Punishing Pregnant Drug-Using Women : Defying Law, Medicine, and Common Sense*, 29 J. ADDICTIVE DISEASES 231, 234 (Apr. 20, 2010),

2015]
disponible
l'adresse

LA MENACE PERSISTE

25
à

Cependant, "en réalité, ces mesures sont plus susceptibles de décourager les femmes enceintes de chercher à obtenir des soins prénataux ou d'être complètement franches avec leurs prestataires de soins de santé".²⁰⁵ "Rien ne prouve que le fait de traiter cette question par le biais du système de justice pénale aide les fœtus que ces femmes portent ou les bébés qu'elles portent."²⁰⁶ D'autres ont également fait valoir que le fait de permettre au système de justice pénale de traiter la toxicomanie des femmes enceintes déclencherà une pente glissante pour les procureurs.²⁰⁷

De même, la menace ou les poursuites à l'encontre des femmes enceintes séropositives pourraient très probablement inciter ces dernières à ne pas rechercher ou à refuser des soins médicaux appropriés. Cela empêcherait essentiellement la mère et le fœtus ou l'enfant de recevoir des soins médicaux appropriés. Cela empêcherait inévitablement l'enfant de bénéficier d'un traitement approprié. L'absence de traitement adéquat sera préjudiciable à l'enfant. L'enfant n'aura plus accès aux moins d'un pour cent de chances de contracter le virus de sa mère. Il s'agit d'une politique impitoyable, irrationnelle et tout simplement mauvaise qui ne favorise pas les soins de santé appropriés pour une mère séropositive enceinte ou son enfant.

B. Les poursuites engagées en vertu de ces lois auraient un impact disproportionné sur les femmes issues de minorités.

Pendant environ deux décennies, les homosexuels blancs ont été associés au VIH et au sida.²⁰⁸ Au cours de la dernière décennie, les Afro-Américains ont pris cette place.²⁰⁹ Les Afro-Américains, plus que tout autre groupe racial ou ethnique, présentent le taux le plus élevé d'infections par le VIH aux États-Unis.²¹⁰ Bien que les Noirs représentent environ quatorze pour cent de la population américaine, près de la moitié, quarante-quatre pour cent exactement, de toutes les nouvelles infections par le VIH en 2010 concernaient des Noirs.²¹¹ Les Hispaniques constituent le deuxième groupe ethnique de la population le plus touché par les infections au VIH aux États-Unis en 2010.²¹² En termes de

http://advocatesforpregnantwomen.org/publications/Flavin_Paltrow2010_Journal%20of%20Addictive%20Diseases.pdf.

²⁰⁵ Voir également Linda C. Fentiman, *Pursuing the Perfect Mother : Why America's Criminalization of Maternal Substance Abuse Is Not the Answer-A Comparative Legal Analysis*, 15 MICH. J. GENDER & L. 389, 409 (2009). "La plupart des médecins et des autorités de santé publique s'accordent à dire que le fait de menacer les femmes enceintes toxicomanes de poursuites pénales, plutôt que de leur fournir un soutien social et économique et une réadaptation efficace, les éloignera du traitement, par peur de perdre leur bébé ou d'être emprisonnées." *Id.*

²⁰⁶ Seema Mohapatra, JD, MPH, *Unshackling Addiction : A Public Health Approach to Drug Use During Pregnancy*, 26 WIS. J.L. GENDER & SOC'Y. 241, 244 (2011).

²⁰⁷ Fentiman, *supra* note 205, à 410.

²⁰⁸ Gloria J. Browne-Marshall, *A Cautionary Tale : Black Women, Criminal Justice, and HIV*, 19 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 407, 407 (2012).

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ Voir *HIV Among Pregnant Women*, *supra* note 7.

²¹¹ *Id.*

²¹² *Id.*

Les femmes ont un taux d'infection par le VIH plus élevé que les hommes aux États-Unis.²¹³ Une personne sur quatre infectée par le VIH aux États-Unis est une femme.²¹⁴ Les femmes noires et hispaniques continuent de faire partie du plus grand nombre de femmes infectées aux États-Unis.

U.S. ²¹⁵ Un fait très important à noter est que "seule la moitié environ des femmes chez qui le VIH a été diagnostiqué sont prises en charge, et encore moins (4 sur 10) ont le virus sous contrôle".²¹⁶

Le CDC a suggéré que certains facteurs expliquent ces disparités au sein des populations noires et latinos des États-Unis.²¹⁷ L'un des principaux facteurs est qu'un nombre déjà élevé de personnes séropositives vivent au sein de ces populations et communautés, ce qui implique logiquement une forte probabilité de propagation de la maladie, notamment par voie sexuelle.²¹⁸ Le CDC a également cité des facteurs tels que les difficultés économiques,²¹⁹ l'absence de soins de santé appropriés et d'assurance maladie, et donc l'absence de mesures de dépistage, de prévention et de traitement.²²⁰ D'autres facteurs incluent la stigmatisation associée au VIH et au SIDA et la façon dont elle peut conduire à ne pas chercher à se faire dépister, à se prémunir et à suivre un traitement approprié.²²¹

Dans ce contexte, il n'est que logique de conclure que les minorités dans leur ensemble, et en particulier les femmes des minorités,²²² , sont plus exposées au risque d'être infectées par le VIH,

²¹³ *Id.* ; voir aussi *HIV Among Women*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION, 6 mars, 2014, disponible à l'adresse www.cdc.gov/hiv/pdf/risk_women.pdf (la majorité des femmes sont infectées à la suite d'un contact hétérosexuel).

²¹⁴ Voir *HIV Among Women*, *supra* note 213.

²¹⁵ *Id.*

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ Voir *Nouvelles infections par le VIH aux États-Unis*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION (décembre 2012), www.cdc.gov/nchhstp/newsroom/docs/2012/hiv-infections-2007-2010.pdf.

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ *Id.* ; voir également Joanne E. Brosh & Monica K. Miller, *Regulating Pregnancy Behaviors : How the Constitutional Rights of Minority Women Are Disproportionately Compromised*, 16 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 437, 447 (2008) (présentant des études qui montrent que "les caractéristiques personnelles, telles que l'éducation ou le niveau de revenu, ont une influence significative sur les décisions que les femmes minoritaires prennent concernant le comportement de grossesse et pourraient augmenter la probabilité qu'elles soient affectées par la réglementation légale de la grossesse").

²²⁰ Voir *New HIV Infections in the United States*, *supra* note 217.

²²¹ *Idem* ; voir également Browne-Marshall, *supra* note 208, p. 416-18 (notant qu'en raison du nombre élevé d'hommes noirs incarcérés, beaucoup contractent le VIH en prison. Une fois libérés et de retour chez eux, ils s'engagent dans des relations et des comportements sexuels qui propagent la maladie sans savoir qu'ils sont séropositifs).

²²² Voir Mary Anne Bobinski, *Women and HIV : A Gender-Based Analysis of A Disease and Its Legal Regulation*, 3 TEX. J. WOMEN & L. 7, 18-27 (1994) (discutant de la manière dont les politiques médicales sont discriminatoires envers les femmes et les femmes enceintes) ; voir également Brook Kelly, *The Modern HIV/aids Epidemic and Human Rights in the United States : A Lens into Lingering Gender, Race, and Health Disparities and Cutting Edge Approaches to Justice*, 41 U. BALT. L. REV. 355, 355-56 (2012).

seraient les plus susceptibles d'être poursuivis en vertu des lois pénales des États sur la transmission du VIH.²²³ Malheureusement, la menace de poursuites continuera à éloigner ces groupes de l'éducation, du dépistage, du test, du diagnostic, du traitement et de la prévention appropriés en matière de VIH.

V. UN MODÈLE POUR LE CHANGEMENT

Cet article ne prétend pas que toutes les lois pénales sur l'exposition et la transmission du VIH sont débauchées ou inutiles. En effet, les États ont besoin de réglementer certains comportements criminels et certaines activités à haut risque, comme les comportements sexuels, où le virus pourrait être transféré. Il n'est pas nécessaire d'abroger complètement les lois de ces États. Au contraire, ces lois doivent être amendées pour être plus précises dans leur formulation afin d'éliminer toute menace criminelle contre une future mère séropositive. Un amendement complet de ces lois devrait prendre en compte les facteurs suivants. Premièrement, l'amendement devrait exclure explicitement et complètement l'exposition ou la transmission du virus de la mère à l'enfant, que ce soit pendant la grossesse, l'accouchement ou après la naissance par l'allaitement. Deuxièmement, les comportements à faible risque devraient également être exclus.²²⁴ Par exemple, mordre, cracher et d'autres comportements qui présentent peu ou pas de risque d'exposition ou de transmission du virus ne devraient pas être criminalisés.²²⁵ Troisièmement, la mens rea requise par les lois devrait être limitée à une norme plus élevée, peut-être celle de l'intention spécifique, comme l'a récemment adopté l'Illinois.²²⁶ Quatrièmement, la peine devrait être proportionnelle à l'infraction.²²⁷ Et cinquièmement, des défenses appropriées devraient être incluses.²²⁸ Le reste de cet article se concentre sur le premier point et explique comment exclure spécifiquement l'exposition ou la transmission du virus de la mère à l'enfant des lois pénales sur la transmission du VIH.

L'épidémie de VIH est alimentée par les mêmes facteurs sociaux et structurels qui perpétuent les inégalités actuelles aux États-Unis. Alors que l'épidémie est passée d'une maladie touchant majoritairement les hommes blancs et homosexuels à une maladie qui touche la communauté noire, la réponse en matière de santé publique, de politique et de droit n'a pas suivi. En conséquence, les nouveaux taux d'incidence sont les plus élevés parmi les personnes de couleur pauvres aux États-Unis, qui ont également les pires résultats en matière de santé, notamment un nombre disproportionné de maladies liées au sida et une mortalité élevée.

Id. ; voir également Marcie S. Rubin et al, *Examination of Inequalities in HIV/AIDS Mortality in the United States from a Fundamental Cause Perspective*, 100 AM. J. PUB. HEALTH 1053, 1053-54 (juin 2009), disponible sur www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2866621/pdf/1053.pdf. Les chercheurs ont constaté une plus grande disparité dans la mortalité due au VIH/sida en tenant compte du statut socioéconomique et en comparant les Noirs aux Blancs pendant et après la thérapie antirétrovirale hautement active (HAART). Les taux de mortalité ont connu la plus forte baisse chez les Blancs. *Id.*

²²³ Voir Lisa M. Keels, "Substantially Limited : " *The Reproductive Rights of Women Living with HIV/Aids*, 39 U. BALT. L. REV. 389, 389 (2010) ("Les femmes vivant avec le VIH/sida sont fréquemment marginalisées en raison de leur sexe, de leur état de santé et, souvent, de leur classe socio-économique").

²²⁴ Voir Margo Kaplan, *Rethinking HIV-Exposure Crimes*, 87 IND. L.J. 1517, 1548-50 (2012).

²²⁵ *Id.* à 1552.

²²⁶ *Id.*, p. 1544-46 ; voir aussi *supra*, partie III(B)(2).

²²⁷ Voir Kaplan, *supra* note 224, à 1551.

²²⁸ *Id.*

Les lois pénales sur la transmission du VIH de l'Oklahoma et, plus récemment, de l'Iowa sont de bons modèles pour commencer.²²⁹ Celle de l'Oklahoma n'est pas parfaite, mais elle reflète le premier point d'amendement recommandé ci-dessus. La loi, dans ses parties pertinentes, stipule :

Il est illégal pour toute personne sachant qu'elle est atteinte du syndrome d'immunodéficience acquise (SIDA) ou porteuse du virus de l'immunodéficience humaine (VIH) et *dans l'intention d'infecter* une autre personne, d'adopter un comportement raisonnablement susceptible d'entraîner le transfert de son propre sang, de fluides corporels contenant du sang visible, de sperme ou de sécrétions vaginales dans la circulation sanguine d'une autre personne, ou à travers la peau ou d'autres membranes d'une autre personne, *sauf lors de la transmission in utero de sang ou de fluides corporels* ²³⁰

Bien qu'elle ne traite pas de l'exposition ou de la transmission potentielle après la naissance, elle reconnaît la transmission *in utero*.²³¹ L'Oklahoma a modifié cette loi en 1991.²³² Avant l'amendement, la loi se lisait ainsi : "Il est illégal pour toute personne de se livrer à toute activité dans l'intention d'infecter ou de faire infecter toute autre personne par le virus de l'immunodéficience humaine."²³³ Bien qu'aucun rapport dans l'historique législatif de la loi de l'Oklahoma ne le confirme, il est évident que les législateurs ont reconnu que ces lois constituaient une menace de poursuites pénales pour les mères séropositives, ce qui n'est pas une bonne politique, d'où l'amendement.

Un modèle amélioré et plus complet à suivre est celui de la loi sur la transmission des maladies contagieuses ou infectieuses (Transmission Act) récemment adoptée par l'Iowa.²³⁴ Comme indiqué précédemment, l'ancienne loi pénale de l'Iowa sur la transmission du VIH était presque identique à celle du Tennessee.²³⁵ Le 30 mai 2014, l'Iowa a promulgué sa Transmission Act et a abrogé son prédécesseur, la section 709C.²³⁶ La loi sur la transmission de l'Iowa traite d'autres maladies contagieuses, dont le VIH.²³⁷ Elle limite également l'exposition aux comportements qui "présentent un risque substantiel de transmission".²³⁸ En outre, elle prévoit différents degrés de délits et de peines selon que le virus a été effectivement transmis ou non et selon le niveau de mens rea du défendeur.²³⁹

²²⁹ Voir OKLA. STAT. ANN. tit. 21, § 1192.1(A) (West 2014) ; IOWA CODE ANN. §§ 709D.1-3 (West 2014).

²³⁰ OKLA. STAT. ANN. tit. 21, § 1192.1(A) (West 2014) (soulignement ajouté).

²³¹ *Id.*

²³² *Id.*

²³³ 1988 Okla. Sess. Laws 153. L'ancienne loi de l'Oklahoma sur la transmission criminelle du VIH est très similaire à la loi actuelle du Maryland. Voir MD. CODE ANN., HEALTH-GEN. § 18-601.1. (LexisNexis 1989).

²³⁴ IOWA CODE ANN. § 709D.1 (West 2014).

²³⁵ Voir *supra* note 121.

²³⁶ § 709D.1.

²³⁷ § 709D.2(1).

²³⁸ § 709D.2(2).

²³⁹ § 709D.3.

Le plus important et le plus pertinent pour cet article est que l'Iowa a reconnu la menace que son ancienne loi représentait pour les femmes enceintes séropositives et l'a explicitement supprimée.²⁴⁰ L'Iowa a inclus la disposition suivante dans sa nouvelle loi sur la transmission : "*Le fait de devenir enceinte alors que l'on est infecté par une maladie contagieuse ou infectieuse, de poursuivre une grossesse alors que l'on est infecté par une maladie contagieuse ou infectieuse, ou de refuser un traitement pour une maladie contagieuse ou infectieuse pendant la grossesse ne constitue pas un crime en vertu de ce chapitre.*"²⁴¹ Cette disposition devrait encourager les futures mères séropositives à chercher un traitement pour elles-mêmes et leurs fœtus/nourrissons et ne pas les obliger à se défilier puisqu'il n'y a plus de menace de poursuites dans l'Iowa. Ce changement favorise une bonne politique de santé publique et tente de supprimer la stigmatisation associée au VIH.²⁴² Les États devraient adopter cette formulation, car elle éliminera la menace de poursuites contre les futures mères séropositives.

Il est intéressant de noter certaines parties du débat sur le projet de loi²⁴³ qui est devenu la nouvelle loi de l'Iowa sur la transmission. Le débat réaffirme la nécessité de mettre à jour les lois pénales obsolètes sur la transmission du VIH et de ne pas stigmatiser les personnes atteintes du VIH. Prenez en considération les déclarations des sénateurs de l'Iowa Robert Hogg et Matt McCoy sur l'ancienne loi pénale de l'Iowa sur la transmission du VIH et sur le besoin urgent de la nouvelle loi sur la transmission :

Le sénateur Hogg : L'Iowa a une loi très obsolète et draconienne en vigueur, la section 709C. Elle stipule que si une personne est séropositive et qu'elle adopte un comportement susceptible de transmettre le VIH, elle peut être accusée et reconnue coupable d'un crime de classe B et encourir jusqu'à 25 ans de prison, que la personne ait eu ou non l'intention de transmettre la maladie, que la maladie ait été transmise ou non, que la personne ait ou non pris des mesures pour contrôler la transmission de la maladie. La médecine moderne a évolué, notre compréhension du VIH s'est améliorée, et notre loi doit être mise à jour pour refléter ces changements.²⁴⁴

Le sénateur McCoy : Je crois qu'aujourd'hui nous faisons un pas en avant, du point de vue de la santé publique, nous envoyons le message que nous ne stigmatiserons plus un groupe particulier d'individus dans notre État... nous voulons aussi encourager le dépistage et la prise en charge de sa santé.²⁴⁵

Le projet de loi 2297 de l'Iowa a été adopté à l'unanimité par la Chambre et le Sénat.²⁴⁶ Il s'agissait d'un effort bipartisan qui pourrait et devrait être reproduit par d'autres États. Le projet de loi 2297 a également

²⁴⁰ § 709D.3(5).

²⁴¹ *Id.* (soulignement ajouté).

²⁴² Voir *infra* note 247 et le texte qui l'accompagne.

²⁴³ Voir SF 2297, 85e assemblée générale, session ordinaire (Iowa 2014).

²⁴⁴ *Deb.* SF 2297 (Iowa Sénat Vidéo Archives, 27 février 2014), <http://coolice.legis.iowa.gov/Cool-ICE/default.asp?Category=senate&Service=ArchiveBill&vid=924&offset=1174&iDate=2014-02-27&hbill=SF2297>.

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ Iowa Legislature, *Bill History for SF 2297* (30 mai 2014), disponible sur <http://coolice.legis.iowa.gov/Cool-ICE/default.asp?Category=BillInfo&Service=DspHistory&var=SF&key=0815B&GA=85> (dernière visite le 23 juillet 2014).

a reçu un soutien considérable de la part des groupes de pression indépendants.²⁴⁷ Il existe un soutien politique pour de tels changements. La nouvelle loi sur la transmission de l'Iowa confirme également les récentes directives du DOJ.²⁴⁸ Les États dont les lois pénales relatives à la transmission du VIH sont dépassées, de grande portée et ambiguës devraient considérer la nouvelle loi sur la transmission de l'Iowa comme un modèle.

VI. CONCLUSION

Les enjeux sont trop importants pour les mères séropositives et les femmes séropositives qui veulent être enceintes. Le VIH n'est pas un crime. C'est une maladie qui met la vie en danger. Une mère vivant avec le VIH vit dans la stigmatisation et la peur.²⁴⁹ C'est déjà bien assez. Vivre avec le VIH, la stigmatisation, la peur et la menace de poursuites pénales dépasse l'entendement.²⁵⁰ Les États doivent agir et agir maintenant, en particulier en raison des incroyables progrès médicaux dans le traitement et la prévention du VIH. Les États doivent également agir maintenant en raison de la nouvelle tendance à poursuivre les mères pour les blessures infligées aux enfants à la suite d'une toxicomanie périnatale.²⁵¹ Ce n'est peut-être qu'une question de temps avant qu'une mère ne soit poursuivie pour avoir exposé le virus à son fœtus ou à son enfant en utilisant ces lois sur la transmission criminelle du VIH. Les États devraient modifier et réformer leurs lois pénales relatives à l'exposition et à la transmission du VIH afin de supprimer le risque de poursuivre les mères séropositives. Ces lois ne doivent pas être laissées à la spéculation d'un procureur et à une application potentiellement inégale. Il faut se concentrer sur ce qui est réellement important, c'est-à-dire faire progresser et encourager l'éducation, le dépistage, le test, le traitement et la prévention appropriés, tant pour la mère que pour le fœtus/nourrisson. La prochaine étape de ce processus consiste à informer les mères, séropositives ou non, de la menace de poursuites pénales et à recueillir leurs opinions sur cette question troublante afin qu'elles puissent s'impliquer dans la résolution du problème et faire entendre leur voix.

²⁴⁷ Voir Dominic Trombino, *Bill Introduced to Reform Iowa's HIV Criminalization Law*, KWWL NEWS, <http://www.kwwl.com/story/24755264/2014/02/18/bill-introduced-to-reform-iowas-hiv-criminalization-law> (dernière mise à jour le 18 février 2014). Tami Haught, du Community HIV/Hepatitis Advocates of Iowa Network (CHAIN), a joué un rôle déterminant dans la promulgation de la nouvelle loi, et l'American Civil Liberties Union (ACLU) figurait parmi les groupes de défense qui ont soutenu les efforts ayant abouti à l'abrogation de l'article 709C et à la promulgation de la nouvelle loi de l'Iowa sur la transmission. *Id.*

²⁴⁸ Voir *le Guide des meilleures pratiques pour réformer les lois pénales spécifiques au VIH afin de les aligner sur les facteurs scientifiquement soutenus*, *supra* note 35. Le DOJ recommande

[Pour les États qui choisissent de conserver des lois pénales spécifiques au VIH ou des aggravations de peine au-delà de ces deux circonstances limitées, la meilleure pratique serait de les réformer et de les moderniser afin qu'elles reflètent précisément la science actuelle du risque et des modes de transmission, la qualité et la durée de vie des personnes vivant avec le VIH, qu'elles tiennent compte des circonstances dans lesquelles le défaut de divulgation est directement lié à la violence exercée par le partenaire intime, et qu'elles soient le véhicule souhaité pour atteindre l'objectif visé par les États en les adoptant initialement ou en les conservant sous une forme modernisée.

Id.

²⁴⁹ Voir Shriver, *supra* note 11, p. 247.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ Voir *supra* partie IV(A).

