



### Résumé

Dans son état actuel, le droit criminel engendre des injustices et des incohérences qui sont documentées dans la littérature juridique et en sciences sociales. Alors que plus de 75 médecins se sont récemment regroupés pour adopter un énoncé de consensus destiné à promouvoir une application du droit conforme aux données probantes, nous proposons de dégager de nouvelles pistes de recherche en convoquant des chercheurs qui, en ayant développé des expertises théoriques et méthodologiques dans d'autres champs, peuvent contribuer à renouveler la réflexion critique en matière de criminalisation du VIH.

**Mots clés** criminalisation, perspective critique, VIH

## Des dialogues pour une nouvelle pensée théorique et critique sur le phénomène de la criminalisation du VIH

**CHRISTINE VÉZINA & MARILOU GAGNON**

Au Canada, le fait d'alléguer une exposition au risque de transmission du VIH, lors d'une relation sexuelle, sans dévoilement préalable du statut sérologique peut entraîner diverses accusations criminelles contre des personnes vivant avec le VIH (« PVVIH »), et ce, sans égard à toute transmission effective du virus. Cet état du droit tire ses sources de la décision R. c. Cuerrier, rendue par la Cour suprême du Canada en 1998, dans laquelle le standard élaboré par le plus haut tribunal du pays est venu imposer à toute PVVIH l'obligation de dévoiler son statut sérologique avant d'exposer autrui à un « risque important de lésion corporelle grave » lors de relation sexuelle. Dans ce jugement, la Cour

a établi qu'en présence d'un tel risque, le fait d'omettre de dévoiler son statut sérologique positif au VIH constituait une fraude viciant le consentement du partenaire et, que dans ces circonstances, l'acte sexuel, par ailleurs consensuel, s'apparentait à des voies de faits graves. En s'abstenant toutefois de définir le concept de « risque important de lésion corporelle grave, une zone grise a marqué les interprétations subséquentes des tribunaux inférieurs, ce qui a donné lieu à de nombreuses incohérences du droit et à une grande confusion aux plans juridique et social.

Pour lutter contre ces injustices, bien analysées par Symington,[1] de nombreux défenseurs des droits de la personne se mobilisent depuis plusieurs années pour que les progrès scientifiques et médicaux soient pleinement pris en compte dans l'évolution du test du « risque important ». C'est dans ce but que ces acteurs se sont mobilisés et ont agi à titre d'intervenants auprès de la Cour suprême du Canada en 2012, dans les affaires Mabior[2] et D.C.[3], en visant à limiter la portée excessive du droit criminel. En dépit des positions rationnellement fondées sur les données

scientifiques les plus à jour, et, paradoxalement, à une époque marquée par le paradigme du « traitement comme prévention », [4] la Cour s'est trouvée, dans ces affaires, à interpréter encore plus largement le test du « risque important. C'est ainsi, en effet, qu'elle est venue introduire le concept de « possibilité réaliste de transmission du VIH », en tant que nouveau jalon à l'aune duquel l'analyse du risque devait dorénavant avoir lieu. Sur cette base, elle a jugé que l'utilisation du condom, combinée à une charge virale faible au moment du rapport sexuel, ne comportait pas une possibilité réaliste de transmission et que dans ces cas, une PVVIH n'avait pas à dévoiler son statut sérologique. Ce faisant, la Cour suprême a établi, en s'appuyant sur un raisonnement vague, voire contradictoire, [1] un nouveau standard de risque ayant pour effet d'élargir le champ d'application de la criminalisation du non-dévoilement en cas de relations sexuelles. [1,5]

Tout comme dans les années qui ont suivi le jugement *Cuerrier*, nous observons, depuis 2012, que la jurisprudence rendue par les tribunaux inférieurs dans les suites des décisions *Mabior* et *D.C.* témoignent des incohérences de ces jugements. [6] Par exemple, dans la décision *R. c. Felix*, [7] la Cour d'appel d'Ontario a appliqué le nouveau standard en jugeant qu'en l'absence de l'utilisation du condom, la preuve de la charge virale de l'accusé au moment des rapports sexuels ou le niveau de risque réellement engendré n'était pas pertinente puisque d'emblée, la première condition imposée par le test de la Cour suprême n'était pas rencontrée. Par ailleurs, et allant dans une direction complètement opposée, la cour de première instance de Nouvelle-Écosse [7] a jugé, dans l'affaire *R. v. J.T.C.* que même en l'absence de l'utilisation d'un condom, en présence d'une preuve qualifiant le risque de spéculatif - en l'occurrence la charge virale était indétectable et selon l'expert, le risque s'approchait de zéro -, la cour ne peut considérer qu'il existe alors une possibilité réaliste de transmission. Conclure autrement équivaudrait, selon la juge Campbell, à criminaliser des individus qui ne présentent rien de particulier comparativement au reste de la population. [7] Bien que cette décision ait une force contraignante de moindre importance que celle de la Cour d'appel d'Ontario, puisqu'elle émane d'un tribunal de première instance, elle démontre bien à quel point l'état actuel du droit est susceptible d'engendrer à nouveau des incertitudes. [9] L'instrumentalisation de l'argument de la charge virale faible par les procureurs de la Couronne peut aussi en soi, entraîner une pente glissante, dans un environnement où les obstacles à l'accès et à l'adhésion au traitement sont réels et où le choix de suivre un traitement

doit demeurer libre et volontaire. Le fait de qualifier le comportement d'un individu non adhérent à son traitement de « négligent » et d'avoir recours à cet argument dans des cas relatifs à la criminalisation de l'exposition au VIH soulève des questions éthiques importantes. [8] Ces liens entre adhésion au traitement et négligence présente des risques de dérapage importants à l'égard desquels il faut rester extrêmement vigilants.

Face à ce phénomène, qui place le Canada au rang des pays détenant les plus hauts taux de poursuites en matière de criminalisation du VIH, de nombreux travaux ont été réalisés pour identifier les incohérences et les injustices du droit. [1,6,10] Des analyses ont aussi été effectuées pour dégager les principales tendances, [11] pour documenter les effets pervers de cette criminalisation sur le lien patient-professionnel de santé, [12-15] sur la qualité du counselling, [14-16] sur les efforts de prévention, [13] sur la stigmatisation, [13,16] et sur le caractère non adapté du droit criminel pour inciter le dévoilement. [17] Pourtant, les accusations criminelles continuent d'être portées contre les PVVIH et il est logique de croire qu'en construisant la figure du criminel séropositif, le phénomène de criminalisation génère de lui-même des conditions favorables à sa perpétuation. [12]

Face à ces constats, certains auteurs ont récemment appuyé sur le besoin de développer de nouvelles perspectives de recherche qui s'inscrivent à la frontière des disciplines du droit et des sciences sociales [18] et du droit et de la médecine [14]. Et récemment, plus de 75 médecins canadiens se sont regroupés pour adopter un énoncé de consensus destiné à engager un dialogue avec le monde juridique dans le but de « promouvoir une application de la loi canadienne fondée sur des données probantes ». [2] Ces initiatives peuvent favoriser une meilleure compréhension des enjeux et contribuer à endiguer les applications déraisonnables du droit criminel qui portent atteinte au droit à l'égalité, à la sécurité et à la dignité des personnes vivant avec le VIH. Dans cette perspective, de plus amples travaux méritent d'être développés dans le but de documenter et de comprendre les forces qui marginalisent les personnes vivant avec le VIH et les structures qui les maintiennent dans l'oppression.

C'est en s'inscrivant dans cette mouvance qu'il nous est apparu primordial de dégager de nouvelles pistes de réflexions et de faire appel à des perspectives qui n'ont pas, à ce jour, été explorées dans l'étude du phénomène de la criminalisation du VIH. Dans le cadre d'un webinaire organisé à l'Université d'Ottawa en partenariat avec le Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personnes, l'Unité de recherches critiques en santé et

Le Réseau juridique canadien VIH/sida, nous avons invité deux chercheurs ayant développé une perspective théorique et méthodologique dans des champs d'études autres que celui de la criminalisation du VIH dans le but de proposer un nouveau regard critique sur ce phénomène. Les deux commentaires présentés dans ce dossier spécial synthétisent les arguments clés présentés en réponse aux questions abordées dans le cadre de ce webinaire qui s'est tenu le 26 novembre 2013. Afin de respecter le plus fidèlement possible les arguments présentés par chacun de nos invités, nous publions ces commentaires dans leur version originale, c'est-à-dire en français pour la Prof. Marie-Ève Sylvestre et en anglais pour le Prof. Michael Orsini.

## Références

1. Symington A. Injustice amplified by HIV non-disclosure ruling. *University of Toronto Law Journal* 2013;63(3):485-95.
2. R. c. Mabior [2012] RCS 371.
3. R. c. D.C. [2012] 2 RCS 626.
4. Voir les travaux du Dr. Julio Montaner et le programme mis en place par le British Columbia Centre of excellence in HIV/AIDS, en ligne : <http://www.cfenet.ubc.ca/tasp> (consulté le 26 mai 2014).
4. Grant I. The Over-criminalization of persons with HIV. *Journal of Law and Society* 2013; 63(3): 475-484, à la p. 478.
5. Schaffer M. « Sex, Lies and HIV : Mabior and the concept of sexual fraud » *University of Toronto Law Journal* 2013; 63(3):467-74.
6. R. v. Felix, 2013 ONCA 415.
7. R. v. J.T.C. 2013 NSPC 105. Cette décision semble toutefois « exceptionnelle ». Voir Réseau juridique canadien VIH/sida, L'obligation de divulguer sa séropositivité en droit criminel canadien, Toronto, 2014, qui rapporte, à la note 11, l'existence d'au moins deux décisions ontariennes en vertu desquelles des PVVIH ont été déclarées coupables dans des contextes de relations sexuelles non protégées alors que leur charge virale était indétectable.
8. R. v. Kaotalok, 2013 NWTSC 36. Dans cette affaire, la Couronne a mis de l'avant l'idée que l'accusé avait été négligeant en n'étant pas adhérent à son traitement.
9. Isabel Grant, « The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink Crierrier » *McGill JL & Health* 2011;3:7.
10. Mykhalovskiy E, Betteridge G. « Who-What-Where-When-And with What Consequences – An Analysis of Criminal Cases of HIV Non-disclosure in Canada. *Canadian Journal of Law & Society* 2012; 27:31.
11. O'Byrne P, et al. Nondisclosure prosecutions and population health outcomes examining HIV testing, HIV diagnoses, and the attitudes of men who have sex with men following nondisclosure prosecution media release in Ottawa, Canada. *BMC Public Health* 2013; 13(94).
12. O'Byrne P, Gagnon M. HIV Criminalization and Nursing Practice. *Aporia* 2012; 4(2):5-34.
13. O'Byrne P. HIV Nursing Practice and the Law: What Does HIV Criminalization Mean for Practicing Nurses. *Journal of the Association of Nurses in AIDS Care* 2011; 22: 339-344.
14. Mykhalovskiy, E. The problem of "significant risk": Exploring the public health impact of criminalizing HIV Non-disclosure. *Social Science and Medicine* 2011; 668-75.
15. Grant I. Rethinking Risk: The Relevance of Condoms and Viral Load in HIV Nondisclosure Prosecutions. *McGill LJ* 2009;54(2):389-404.
16. Galletly CL, Pinkerton SD. Conflicting messages: How criminal HIV disclosure laws undermine public health efforts to control the spread of HIV. *AIDS Behav* 2006; 10:451-61.
17. Erin Dej, Jennifer M. Kilty, « Criminalization Creep : A Brief Discussion of Criminalization of HIV non-disclosure in Canada ». *Canadian Journal of Law and Society* 2012; 72(1):55-66.
18. McLelland, A. Research at the medico-legal borderland: Perspectives on HIV and Criminal Law. *Transcriptions* 2011, en ligne : <http://somatosphere.net/2013/10/research-at-the-medico-legal-borderland.html> (consulté le 26 mai 2014).

*Pour contacter les auteures:*  
*Christine Vézina, LL.B, LL.D.*  
*Professeure adjointe*  
*Université Laval*  
*Faculté de droit*  
*Pavillon Charles-De Koninck*  
*1030, avenue des Sciences-Humaines*  
*Québec Québec, G1V 0A6*  
*Canada*  
*Courriel: Christine.Vezina@fd.ulaval.ca*

*Marilou Gagnon, R.N., ACRN, Ph.D.*  
*Professeure agrégée*  
*Université d'Ottawa*  
*Faculté des sciences de la santé*  
*École des sciences infirmières*

## Commentaire

Prof. Marie-Ève Sylvestre

Professeure agrégée, Droit civil, Université d'Ottawa

*1. Selon votre point de vue, en quoi la pénalisation du VIH contribue à contrôler des populations qui sont ainsi maintenues dans la marginalisation et la stigmatisation ?*

Les personnes vivant avec le VIH sont d'abord marginalisées et stigmatisées parce qu'elles sont porteuses d'une maladie qui, bien que très connue, demeure largement méconnue. Elles le sont doublement parce qu'il y a encore souvent, et ce sans tomber dans les généralisations ayant pour effet de perpétuer les préjugés et la discrimination, un lien étroit entre les personnes vivant avec le VIH et certaines populations pauvres et marginalisées, par exemple les jeunes de la rue, les autochtones, les consommateurs de drogues injectables, les travailleurs(es) du sexe de rue et la population carcérale. Or, ces populations marginalisées ont déjà des contacts quotidiens avec le système de justice pénale. Elles sont l'objet d'une surveillance policière et judiciaire constante en raison de leur visibilité, de leurs conditions de vie ou de leur occupation jugée illégitime des espaces publics. On leur impose un nombre impressionnant de contraventions pour des gestes banals, tels que consommer de l'alcool ou fumer du tabac, ou la satisfaction de besoins essentiels ou des stratégies de survie, telles que dormir, mendier, pratiquer le *squeegee* ou le travail du sexe, qui en soi, ne sont ni illégales ni dangereuses. De plus, lorsqu'elles sont accusées d'une infraction criminelle, telles que méfait, vol (souvent, à l'étalage), possession de drogue ou d'une infraction contre l'administration de la justice (défaut de comparaître ou bris de conditions), elles sont soumises à de multiples conditions de remise en liberté ou de probation, telles que l'interdiction de se trouver dans certains endroits de la ville, un couvre-feu, l'obligation de suivre une thérapie et une interdiction de consommer, qui constituent autant de portes d'entrée pour le système pénal, des occasions de surveillance, mais aussi de nouveaux bris de conditions.

La pénalisation du VIH ne fait donc que s'ajouter à une longue liste de situations pour lesquelles ces personnes sont pénalisées. Cela fournit une occasion supplémentaire à l'État pour les contrôler, les incarcérer et leur accoler l'étiquette stigmatisante de criminel. Et un contact de plus avec le droit criminel, cela veut dire une peine plus lourde parce qu'elles sont alors considérées récidivistes, un casier judiciaire dont il est souvent impossible de se débarrasser, une inscription

au registre des délinquants sexuels, et ce même dans les cas où les rapports sexuels étaient consensuels et protégés, autant d'obstacles afin de se sortir de la pauvreté et de la marginalisation.

Finalement, la pénalisation du VIH peut permettre à des membres de leur entourage de mieux les contrôler. Étant donné la nature privée et à première vue consensuelle des infractions reprochées, les personnes accusées doivent d'abord avoir fait l'objet de plaintes, et il y a un risque réel que les dénonciations soient faites dans un contexte de violence ou de menaces. Sans vouloir perpétuer le stéréotype selon lequel les plaintes d'agressions sexuelles pourraient ne pas être fondées, citons l'affaire D.C. de la Cour suprême du Canada dans laquelle un conjoint condamné dans une affaire de violence conjugale à l'endroit de sa conjointe a ensuite déposé une plainte d'agression sexuelle à l'endroit de sa victime pour avoir eu un rapport sexuel sans divulguer sa séropositivité, et ce même si le conjoint n'avait pas été infecté et qu'ils s'étaient probablement protégés.

*2. Nous formulons l'hypothèse que tout en offrant une illusion d'ordre, la criminalisation du VIH engendre une désresponsabilisation collective à l'égard du désordre qui persiste dans les faits (accès aux soins et services, discrimination, barrières au dépistage, isolement, prévention, soutien, faux sentiment de protection chez les séronégatifs, etc.). Qu'en pensez-vous ?*

Le droit pénal repose sur le principe de la responsabilité individuelle et personnelle. Lorsqu'une personne est accusée, on cherche à déterminer la culpabilité de cette personne seulement et ce, de façon absolue (coupable ou non coupable). Nous ne nous intéressons pas aux degrés de culpabilité, qui ne deviendront pertinents juridiquement et de façon bien limitée que lors de la détermination de la peine, et il n'existe pas de concept de responsabilité partagée, diminuée ou encore de responsabilité collective. Ainsi, à partir du moment où on choisit de criminaliser une situation conflictuelle, ici la transmission du VIH, on la transforme et la met dans la forme pénale. Ce faisant, on participe à la création d'un discours sur cette situation conflictuelle : il ne s'agit plus d'un problème de santé publique, mais plutôt d'un problème personnel. Les personnes vivant avec le VIH sont alors considérées les premières, voire les seules responsables de leur état de santé et de sa transmission. C'est ainsi que l'on occulte plusieurs phénomènes sociaux qui sont aussi responsables de l'infection au VIH et de sa transmission, y compris la pénalisation des conflits sociaux.

Pensons notamment aux stratégies de lutte contre la drogue qui favorisent la criminalisation et l'arrêt complet de la consommation plutôt que la réduction des méfaits, les lieux d'injection supervisée et les programmes d'échange de seringues, ou à la criminalisation des activités entourant le travail du sexe qui a un impact direct sur la possibilité des travailleur(se)s de négocier avec un client potentiel faisant en sorte qu'elles doivent s'isoler et mettre leur vie et leur sécurité en jeu en acceptant des clients qui exigent des services sexuels non protégés et/ou plus risqués; ou encore aux politiques carcérales qui offrent des soins de santé limités ou inexistantes et qui favorisent les comportements sexuels à risque et la transmission du virus par le biais d'échanges de seringues contaminées ou de tatouages. Pensons aussi plus généralement au rôle du système de justice pénale dans la création et la reproduction des situations de pauvreté et d'itinérance, mais aussi des préjugés ayant un impact direct sur l'accès aux soins de santé et à la possibilité de se loger : combien de femmes négocient un gîte temporaire pour elles et leurs enfants en échange de rapports sexuels ou de relations à court ou moyen terme, alors qu'elles n'ont pas accès à un logement en raison de préjugés tenaces à l'encontre de personnes pauvres et vivant avec le VIH? Ces politiques de criminalisation et le refus de fournir des soins de santé sont le résultat d'actions et d'omissions individuelles et collectives, et pourtant, on fait porter tout le blâme et l'odieux aux personnes malades. Sans vouloir déresponsabiliser les personnes vivant avec le VIH qui doivent comme toutes les autres se protéger et être honnêtes à l'égard de leurs partenaires sexuels, le fait d'attirer l'attention sur leur seule responsabilité et de surcroît en les criminalisant, nous empêche de penser à des solutions collectives et sociales à un problème important de santé publique et de société.

*3. Enfin, en vous appuyant sur vos travaux, comment expliquez-vous que ces pratiques de criminalisation se maintiennent et se reproduisent, en dépit des décalages avec les données scientifiques et en dépit des effets pervers documentés (notamment au plan de la santé publique, sur le rapport professionnel de la santé et patient) et de la position des instances internationales qui dénoncent ces pratiques (position fortement défendue par ONUSIDA) ?*

Sans prétendre à l'exhaustivité, cela relève autant des discours qui viennent légitimer l'utilisation du système pénal que des pratiques qui y sont associées. Mentionnons d'abord l'omniprésence du discours de la faute et du choix personnels. Notre droit pénal est ancré dans la théorie du libéralisme politique. En vertu de cette théorie, les êtres humains sont

des êtres rationnels, libres, égaux et indépendants plutôt que contraints, inégaux et relativement dépendants d'un contexte socioéconomique. Le droit pénal punit la personne qui a fait les mauvais choix alors qu'elle était libre et également située par rapport aux autres. Bien que cette personne n'existe pas réellement, le droit pénal perpétue ce mythe et son utilisation est renforcée par le fait que ce discours trouve écho dans tous les domaines de la vie sociale. Si l'être humain est libre et capable de faire des choix rationnels, il nous semble normal qu'il en soit de même de sa sexualité et de sa santé et qu'il doive être tenu personnellement responsable pour la transmission du VIH.

Deuxièmement et malgré des années de recherche démontrant le contraire, nous continuons de croire en l'effet dissuasif et neutralisateur du système pénal et en sa capacité de participer au changement social. On croit à tort que le droit pénal a pour effet de neutraliser le porteur du VIH : en l'incarcérant, on l'empêcherait de transmettre le VIH. Or, il y a beaucoup de transmission du VIH en prison. On croit aussi à tort en l'effet dissuasif: en criminalisant la transmission du VIH, on croit que les personnes seront forcées de divulguer leur séropositivité et qu'elles n'auront plus de comportements sexuels risqués. La théorie de la dissuasion présuppose que les gens pèsent les pour et les contre avant d'agir et qu'ils choisiront de s'abstenir ou de divulguer leur statut parce qu'ils craignent les conséquences pénales. Or, l'action humaine est beaucoup plus complexe, encore plus lorsqu'il est question de sexualité où nous n'agissons pas nécessairement de la façon la plus réfléchie. Les pratiques jugées à risque sont le lot de plusieurs personnes : on n'a qu'à penser aux grossesses non désirées et aux avortements. Il en va de même de l'idée de produire un changement social à travers le droit pénal. Les théories positives, les campagnes de sensibilisation, l'éducation à la sexualité et la lutte à la pauvreté sont des avenues plus prometteuses.

Troisièmement, le droit pénal contribue à la création de monstres. La simplicité avec laquelle le droit pénal aborde (ou n'aborde pas) le contexte socioéconomique entourant les infractions réduit les personnes accusées au rang d'êtres monstrueux qui nous sont complètement étrangers. En matière d'infractions sexuelles liées au VIH, on dépeint les contrevenants comme des prédateurs sexuels, des personnes aux mœurs sexuelles dépravées qui multiplient les partenaires, qui ont des comportements risqués, qui se sont peut-être prostitués, etc. Il devient alors beaucoup plus simple, voire rassurant, d'appliquer le droit pénal à ces personnes que nous croyons que nous ne pourrions jamais être. Or, les criminels sont des personnes ordinaires et qui

nous ressemblent.

Finalement, le système pénal n'est pas particulièrement réflexif, à l'instar de plusieurs systèmes sociaux et bureaucraties. C'est une machine qui gère du volume, qui suit des routines et des procédures bien établies et qui prend pour acquis que les situations qui lui arrivent doivent être traitées par le système sans se demander si celui-ci est le forum approprié. Cela relève certes de l'automatisme, du caractère mécanique des poursuites criminelles et de la facilité avec laquelle on le sollicite. Le seul fait d'interpeller le système pénal fait en sorte que l'on met en place les conditions nécessaires à sa reproduction.

## Commentaire

Prof. Michael Orsini

Professeur agrégé, École d'études politiques, Université d'Ottawa

Directeur, Institut d'études féministes et de genre, Université d'Ottawa

*1. In your opinion, how is the criminalization of HIV in keeping with the social construction of risk and the management of so-called « risky » populations?*

I think we need to expand our understanding of risk to think about the state's role in managing risk and managing risky people and bodies. This is not unique to HIV/AIDS, of course. This is also revealing of the limits of the state to manage risk all the while constructing at-risk populations who require protection or who are vulnerable (think, for instance, of Indigenous people who are constructed as 'at risk'). We should be suspicious of the language of risk because it often masks deep, structural inequalities.

What I think we need to focus on – and here is my bias as a political scientist and not a lawyer – is how criminalization is transforming the state itself and how it constructs and manages risk. Robert Castel,[1] for instance, has alerted us to the importance of seeing how state intervention has become detached in some ways, and how we don't manage risk at all, but only abstract risk factors. Clearly, our experience with criminalization suggests that the dominant strategy is to punish those seemingly 'unwilling and unable' individuals who are presumed to be contaminating the body politic.

While it is fashionable to lament the diminishing role of the welfare state in relation to its citizens, if recent trends in state responses to AIDS are any indication, the specter of 'moral

regulation' threatens, paradoxically, to bring the state ever closer to the citizen, and raises questions about the changing nature of citizenship in a "risk society." The discussion of risk as it relates to AIDS places the burden of responsibility on the backs of the defined 'risk-takers' to alter their behaviour for the sake of the common good. For Castel,[1] the shift from dangerousness to risk rests on the presumption of the disappearance of the subject: "The essential component of intervention no longer takes the form of the direct face-to-face relationship between the carer and the cared, the helper and the helped, the professional and the client. It comes instead to reside in the establishing of flows of population based on the collation of a range of abstract factors deemed liable to produce risk in general."

Castel's[1] point is relevant to the current discussion in at least two respects. First, the move to criminalize HIV presupposes that a given set of factors "render more or less probable the occurrence of undesirable modes of behaviour." Some individuals, it is argued, will escape all prevention efforts because they inhabit a world in which disease transmission takes a back seat to unfettered sexual expression. Such persons are often described as sexual outlaws, persons who derive their pleasure from and find a thrill in impersonal sex, with little or no regard for the health and well being of others. Second, the transfer of responsibility from state agencies to courts signifies a cutting loose of the ties between the state and the citizen. It entails a shift from overt intervention to a presumably more "benign" form of state activity. That is, the state is not concerned with altering those factors that contribute to the spread of HIV -- they are given -- so much as with ensuring that these factors don't conspire to produce the negative result: reckless transmission of HIV. This "new mode of surveillance" purports to serve the public good in promising to deter individuals from placing other people's lives at risk.

*2. We formulate the hypothesis that while offering the illusion of good public policy, the criminalization of HIV is an ineffective use of State resources (law enforcement, lawyers, judges, correctional facilities, etc.), a counter-productive response to the HIV epidemic, and an approach to management "risk" that undermines public health efforts (barriers to testing, prevention, access to care and services). How do you respond to this hypothesis?*

I agree with this sentiment in principle, but I think it is wrong to assume that there is something called evidence that feeds into policy in ways that produce « good » public

policy. Governments sometimes make decisions based on the flimsiest of evidence, so to suggest that the evidence speaks for itself is not particularly helpful. Of course, it is entirely appropriate to suggest that criminalization is counter productive if we want to get ahead of the epidemic, but of course, policies can, and often do, miss the point because they are not simply responses to public problems – they carry great symbolic weight. They articulate ideas about the ‘problem’ that demands public attention, as well as meanings about the objects of policy. Public policy scholars are also interested in how policies might be shaped by the legacies of previous policies, or path dependent. This thinking suggests that the ability to craft good public policy is limited by the legacy of past policy decisions, which stymie efforts to move forward. Altering a policy might harm some constituents more than others, or might be politically disastrous even if it is the « right » thing to do. So it is not surprising that groups that are negatively constructed in society happen to be the targets of punitive policy measures that reinscribe their stigmatized or deviant status.

We need to better grasp the environment in which decision making takes place – an environment that involves a constellation of actors. And in the field of criminalization of HIV/AIDS nondisclosure, it behooves us to connect the recent interest in criminalization to broader trends in HIV/AIDS policy. And I think I would return to the idea of exceptionalism here – as much as there are state efforts underway to end AIDS exceptionalism – to integrate AIDS with blood-borne illnesses, our response to HIV remains exceptional, exceptional in its ignorance, exceptionalism in its rejection of sound reason. And why is this the case? Because in some senses, there is nothing rational about HIV/AIDS policy. In her definitive cultural history of HIV/AIDS, Treichler (1999, 11) used the term “epidemic of signification” to describe AIDS as both a “transmissible lethal disease and an epidemic of meanings or signification”. Although HIV/AIDS has become more manageable for some, especially those who have access to medication, state responses to AIDS today harken back to a time when moral panic characterized responses to the epidemic. The paradox of AIDS exceptionalism and debates surrounding the criminalization of nondisclosure suggest that the meanings attached to HIV/AIDS are shifting in the wake of scientific advancements and legal judgments that are creating an ethically uncertain climate.

The Public Health Agency of Canada is in the process of introducing what it calls service integration, which would fold HIV/AIDS services and funding under the umbrella of other sexually transmitted and blood borne infections (STDBBIs).

HIV/AIDS policy is changing – exactly how and what impact it will have on people living with HIV/AIDS (PHAs) and AIDS service organizations (ASOs) on the frontlines of the epidemic, is admittedly difficult to discern. How do we make sense of this proposed shift? What does it mean for preserving the distinctive character of HIV/AIDS organizing, which has been marked by more than three decades of social movement activism in Canada and elsewhere? Does an integrated model of service delivery signify the end of HIV/AIDS exceptionalism as we know it?

*3. Finally, drawing on your current work, how do you explain the effects of criminalization on those involved on the ground (community-based organizations and health care system), on advocacy and activism work, and on the ethical challenges and tensions that continue to receive little attention in the Canadian context?*

I think this is precisely what some of us are trying to understand – I don’t think we know enough except to suggest that the discourse of criminalization has penetrated beyond the realm of courts and the law. It is part and parcel of what it means to do advocacy in the name of AIDS. It has become an inescapable feature of advocacy and activism.

While there is much to criticize about our current government, I think a Foucauldian sensibility suggests the need to look more closely at other actors – even those actors who do otherwise good work to assist people living with and vulnerable to HIV. Are they, perhaps unwittingly, reproducing discourses about criminalization that might be problematic? I think that we have to look beyond the state to explore how criminalization discourse is insinuating itself in society more broadly – and look beyond the state as the target or locus of our anger.

In a CIHR-funded project I have just started with my colleague Jennifer Kilty in the Department of Criminology at the University of Ottawa, we are interested in the role of emotions in the criminalization debate, and how a range of actors mobilize emotions in discourse. I think we need to find a place for talking about how emotions are mobilized by the state in a variety of ways – think of Stephen Harper’s omnibus crime bill, for instance. The ethical tensions that are characteristic of the field of criminalization are not somehow easily resolved in the realm of advocacy. They are emotionally charged and not always dictated by evidence or rational argument. Our project explores the everyday ethical challenges faced by staff of ASOs as they navigate a complex of medical, legal and ethical uncertainty amidst

the growing trend of criminalizing HIV/AIDS nondisclosure. Our project seeks to explore the gap between official ethical statements or pronouncements and how the “more inchoate moral sentiments of ethics on the ground get transformed into decisions and courses of action... These on-the-spot decisions about particular instances often cumulate over time into routinized but not fully codified ways of doing things”. [2 p.374]

Criminalization is emotionally charged because cases involving disclosure typically lead to feelings of anger, fear, guilt, shame, and disgust. Individuals charged with failing to disclose their status are often portrayed in the media as morally reprehensible, while their partners have been cast as unwitting victims. [3] The field is ethically uncertain because legal and scientific knowledge about HIV transmission is constantly shifting, making it difficult and unclear for ASOs and PHAs to determine what constitutes ethically appropriate sexual behaviour. The evolving nature of knowledge about the risks associated with sexual activity with PHAs means that complex questions and decisions occur in a “medico-legal borderland” (see Mykhalovskiy [4]).

We are interested in how the ethical issues related to HIV/AIDS intersect with and are guided by efforts to mark the illness as “exceptional”, despite recent attempts to fold HIV/AIDS into a broader public health framework that addresses blood-borne diseases. Paradoxically, the very nature of the criminalization of nondisclosure reinforces the exceptional nature of HIV/AIDS, just as public health developments suggest that AIDS is shifting from being an acute illness to a chronic, manageable condition.

## References

1. Castel, Robert. 1991. “From Dangerousness to Risk.” In *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, ed. Gordon Burchill, Colin Gordon, and Peter Miller, 281-99. Chicago: University of Chicago Press.
2. Heimer, C.A.. 2013. ‘Wicked’ Ethics: Compliance Work and the Practice of Ethics in HIV Research. *Social Science and Medicine* 98: 371-378.
3. Treichler, P.A. 1999. *How to Have Theory in an Epidemic: Cultural Chronicles of AIDS*. Durham: Duke University Press.
4. Mykhalovskiy, E. 2011. The problem of ‘significant risk’: Exploring the public health impact of criminalizing HIV nondisclosure. *Social Science & Medicine*, 73 (5): 668-675.