

LA DIVULGATION PAR LE MÉDECIN DE L'EXISTENCE D'UNE MALADIE TRANSMISSIBLE SEXUELLEMENT

Suzanne Nootens*
Sherbrooke

Dans le contexte des maladies transmissibles par voie sexuelle, et particulièrement du virus du SIDA, des conflits de droit peuvent surgir de façon aiguë. En effet, lorsqu'aucune disposition législative spécifique ne prévoit que le médecin doit ou peut avertir le conjoint ou partenaire menacé, le secret traditionnellement dû au patient doit-il toujours prévaloir sur les intérêts de ces personnes? Dans le cadre de la relation privée médecin-patient, deux fondements possibles à la divulgation au conjoint ou partenaire sont analysés, l'intérêt public et la protection de la personne. Le premier étant écarté comme justification de principe à la décision individuelle, c'est sur la base de la seconde qu'est ensuite étudiée la qualification de la divulgation. Refusant d'y voir, sauf l'exception d'une double relation contractuelle entre le médecin et le patient et son conjoint ou partenaire, un devoir de droit commun qui serait imposé au médecin alors que le législateur lui-même s'est refusé à prendre position, l'auteure estime que la révélation est laissée à la discrétion du médecin et énumère les conditions susceptibles de justifier la dérogation au secret professionnel. Suit ensuite brièvement évoqués les moyens de défense du médecin en cas de recours civil, soit de la part de la personne atteinte, soit de la part du conjoint ou partenaire non avisé du risque.

In relation to sexually transmissible diseases, particularly the AIDS virus, legal conflicts may arise in an acute way. When there is no specific legislation which provides that a doctor must or may warn a spouse or partner, should the traditional privilege of the patient prevail over the interest of those persons? In the context of the private doctor-patient relationship two possible grounds justifying disclosure to the spouse or partner are analysed, the public interest and the protection of the person. Leaving aside the former as justification for individual decision, it is on the basis of the second that the question of disclosure is considered. There being, except for the case of a double contractual relationship, no common law duty imposed on the doctor when the legislature itself has refused to take a position, the author suggests that disclosure is left to the discretion of the doctor, and sets out the conditions which might justify a derogation from professional confidentiality. The author then briefly considers the defences available to a doctor in a civil action, either by a patient, or by a spouse or partner not advised of the risk.

Introduction

La découverte du virus du SIDA, en 1981, simultanément par des chercheurs français et américain, et le développement des connaissances sur ses modes de transmission ont bouleversé la quiétude de nos sociétés "médicalisées".

* Suzanne Nootens, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Sherbrooke, Québec. L'auteur tient à exprimer ses remerciements à Me Pierre Larrivée, assistant de recherche, pour sa précieuse collaboration.

Un cauchemar du début du vingtième siècle renaît à l'aube de l'an deux mille: une maladie transmise, notamment, par voie sexuelle est susceptible, en l'état actuel de la science, d'entraîner la mort, selon une échéance difficile à déterminer, certes, mais à ce jour inéluctable. Resurgissent alors, et l'étude de la jurisprudence est révélatrice, des questions posées aux tribunaux d'antan, et parmi elles, celle du caractère, absolu ou non, du secret médical: le conflit n'est pas nouveau entre l'indispensable confidentialité et la nécessité de protéger des tiers menacés par le comportement irresponsable du patient. Cependant, le contexte social et juridique, lui, a notablement évolué, avec les interventions de plus en plus marquées en matière de santé publique et la consécration des droits de la personne.

Nous ne référons pas ici à l'historique du secret professionnel ni à la référence classique au serment d'Hippocrate. Rappelons simplement que le secret médical, outre qu'il respecte la vie privée du patient, est essentiel au maintien de la relation thérapeutique, le malade ne confiant au médecin les aspects les plus intimes de sa vie que dans la perspective de la relation d'aide qui s'établit entre eux. Inscrite depuis toujours dans les codes de déontologie médicale, la confidentialité est consacrée tant en droit civil qu'en common law et la jurisprudence a, en de rares occasions, eu à connaître des cas de manquements injustifiés à cette obligation.¹ Si la *Charte canadienne des droits et libertés*,² consacrant le droit à la vie privée, ne donne pas ouverture aux recours de droit privé, il n'en va pas de même de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*³ qui reconnaît spécifiquement le droit au secret professionnel.

Les maladies transmissibles par voie sexuelle sont indubitablement couvertes par le secret professionnel, à moins que le législateur n'en ait décidé autrement. Même alors, les dérogations prévues n'impliquent pas nécessairement la divulgation à d'autres personnes qu'aux officiers de santé

¹ D.G. Casswell, *Disclosure by a Physician of AIDS-Related Patient Information: An Ethical and Legal Dilemma* (1989), 68 Can. Bar Rev. 225, aux pp. 228 et ss. Le secret professionnel soulevé à l'occasion d'autres types de litiges devant les tribunaux ne relève pas de notre propos. Voir notamment Y.-M. Morissette et D.W. Shuman, *Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve* (1984), 25 C. de D. 499. Une tentative de distinction plutôt spéculative, selon nous, a déjà été faite entre ce qui est révélé au médecin par le patient, et qui est couvert par le secret, et ce que le médecin découvre par lui-même à l'occasion de l'examen, et qui ne le serait pas. Il nous semble que le plus élémentaire bon sens doit la faire rejeter d'emblée. L. Ducharme, *Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne* (1984), 44 R. du B. 955.

² Loi de 1982 sur le Canada, 1982, C. 11 (R.U.), art. 7. R. Tassé, *Application de la Charte canadienne des droits et libertés*, dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny (éds.), *Charte canadienne des droits et libertés* (1989), p. 111; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

³ L.R.Q., c. C-12, art. 9; Ducharme, *loc. cit.*, note 1; N. Vallières, *Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec* (1985), 26 C. de D. 1019; L. Bronsard, *Dérogation au secret professionnel médical* (1983), 13 R.D.U.S. 427.

publique. Nous nous pencherons donc, dans le cadre de ces maladies et de la relation privée médecin-patient,⁴ sur les situations de conflit entre l'obligation au secret et la révélation à un tiers, lorsque la législation ne prévoit aucune disposition spécifique pertinente. Nous analyserons les deux fondements pouvant justifier une dérogation à la confidentialité, soit l'intérêt public et la protection de la personne.

Nous nous demanderons ensuite dans quelle mesure la révélation peut être qualifiée de simple latitude laissée à l'appréciation du médecin, ou si, au contraire, elle doit être regardée comme un devoir légal. Nous soulignerons enfin les moyens de défense du médecin face à un recours en responsabilité civile intenté par le patient ou par son partenaire.

I. *Les fondements de la divulgation par le médecin au conjoint ou partenaire*

Deux grands types de justifications semblent pouvoir être invoqués lorsque le médecin, passant outre au secret professionnel, décide de révéler la maladie ou l'état de son patient à une tierce personne: l'intérêt public et la protection de l'individu. Nous les aborderons successivement à des fins d'analyse, selon la préséance donnée à l'un ou l'autre, mais il serait fallacieux de voir entre eux une barrière étanche: la prévention de l'infection chez un tiers contribue également à limiter la propagation de la maladie dans la société.

A. *La révélation dans l'intérêt public*

Sans prétendre à une incursion présomptueuse dans le champ de la philosophie du droit, rappelons, en paraphrasant Jean Dabin, que la notion de bien public, pour indispensable qu'elle soit, n'en est pas moins malaisée à définir.⁵ Elle vise l'ensemble des membres de la société sans référence à des individus particuliers, la "masse indifférenciée" revendiquant "un ensemble de conditions générales moyennant lesquelles la personnalité et les activités légitimes de chacun, dans le public, puissent se développer et s'épanouir à l'aise".⁶ L'État est au service de ce bien public, et la santé est sans conteste une des dites conditions fondamentales.

Ainsi, plusieurs droits consacrés dans notre société, par les Chartes ou le droit commun, et tous considérés comme étant d'intérêt public, peuvent ici s'affronter: comment, en effet, concilier le droit à la confidentialité des relations médicales, au respect de la vie privée, à la liberté, et particulièrement à la non-intervention dans les aspects les plus intimes de la vie, à savoir

⁴ Nous n'avons pas voulu nous limiter au seul contexte du SIDA précisément à cause de l'intérêt qu'offre la comparaison avec l'ensemble de ces maladies. D'autre part, nous restons dans le cadre de cette relation privée et n'aborderons pas les autres problématiques du SIDA.

⁵ J. Dabin, *Théorie générale du droit* (1969), p. 217, no 187.

⁶ *Ibid.*, p. 219, no 189.

les relations sexuelles, avec le droit d'autrui à la sécurité de sa personne et donc les impératifs de protection de la santé publique? Il appartient à la société de faire des choix: ainsi que le souligne le juge Tobriner dans l'affaire *Tarasoff*,⁷ la résolution du conflit d'intérêts entre le patient et la victime potentielle est une question de politique sociale, et non d'expertise professionnelle.

Le législateur concrétise ces choix en termes de droit positif, et nous ne pouvons traiter de l'intérêt public sans rappeler au préalable les normes relatives aux maladies transmises sexuellement⁸ ainsi qu'au SIDA. Si l'on constate de réelles divergences quant à l'ampleur et à la sévérité des premières, seules les secondes suscitent actuellement une profonde controverse sur leur justification eu égard aux objectifs de santé publique. Les interventions des tribunaux dans ce domaine visent à préciser les critères de constitutionnalité de la législation ou les amènent à se prononcer, sur le fondement de l'intérêt public, sur l'initiative des médecins de lever le secret professionnel.

1. *Les actions législatives*

Une analyse exhaustive des dispositions législatives relatives aux MTS et au SIDA ne relève pas de notre propos. Il nous faut cependant en faire un bref survol pour en dégager les tendances dans la perspective de l'analyse du devoir du médecin face au risque de contamination d'autrui par une personne atteinte de maladie transmissible sexuellement.

Dans un rappel historique intéressant, Deborah Jones Merritt montre comment le législateur lutte depuis le siècle dernier contre la propagation des maladies, tant infectieuses que vénériennes.⁹ En témoignent les lois sur l'hygiène publique d'abord, puis sur la protection de la santé publique qui existent en Amérique du Nord, notamment, et qui obligent le médecin à dévoiler aux autorités de santé l'état de personnes atteintes de certaines maladies, refusant ou négligeant de se faire soigner, ou encore celles dont l'infection exige non seulement le traitement, mais encore l'isolement.¹⁰ L'objectif de ces mesures est d'enrayer, autant que faire se peut, la propagation des maladies ainsi désignées. Dans tous ces cas, l'intérêt prédominant est clairement défini par le législateur: aux revendications des libertés individuelles, il répond par la préséance de la protection de la santé publique.

⁷ *Tarasoff v. Regents of University of California*, 131 Cal. Rptr. 14, à la p. 25, 551 P. 2d 334, à la p. 345 (Cal. Sup. Ct., 1976).

⁸ Ci-après MTS, pour désigner les maladies transmises sexuellement et habituellement désignées sous ce vocable.

⁹ D.J. Merritt, *The Constitutional Balance Between Health and Liberty* (1986), 16:6 Hastings Center Report, Special Supplement 2, à la p. 3.

¹⁰ L. Lussier, *Contribution à l'étude du droit de la protection de la santé publique au Québec* (1987), 18 R.D.U.S. 113; R. Friedman, *The Application of Canadian Public Health Law to Aids* (1988), 9 Health Law in Canada 49; S. Nootens, *La législation québécoise sur les maladies transmises sexuellement: un instrument bien imparfait?* (1990), 21 R.D.U.S. 293. Nous n'entendons pas mentionner ici ces lois dans le détail, référant le lecteur aux articles précités, ainsi qu'à ceux, très complets, mentionnés *infra*, note 12.

La déclaration des maladies transmissibles sexuellement, même nominale, et même dans la perspective d'un traitement forcé, n'implique jamais de ce seul fait la révélation de la situation au conjoint ou partenaire du malade. Le dépistage des contacts et la notification à ceux-ci ou aux proches doivent être spécifiquement prévus par la législation: c'est le cas à Terre-Neuve, pour ceux qui résident dans la même maison, en Alberta et à l'Île du Prince Édouard, si la révélation, sujette à l'approbation des autorités, est dans l'intérêt public.¹¹

La dérogation au secret professionnel est une exception et doit de ce fait s'interpréter restrictivement: agissant dans le cadre des dispositions législatives, le médecin peut révéler la situation du malade aux personnes prévues sans crainte d'être poursuivi pour violation de la confidentialité; par contre, dès qu'il les outrepassé, la révélation devient *prima facie* illégale. Nous avons bien dit "peut révéler", qu'il s'agisse du médecin ou de l'officier de santé publique: en effet, ces dispositions "permettent" au médecin d'agir, ou "n'empêchent pas" la révélation: ainsi, c'est une latitude qui est laissée, et non une obligation qui est imposée. Nous reviendrons plus loin sur cette distinction importante.

Qu'en est-il du SIDA? Incluse ou non parmi les MTS, la maladie est, dans toutes les provinces, à déclaration obligatoire, que celle-ci soit anonyme comme au Québec, ou nominale comme dans les autres provinces. La seule séropositivité, c'est-à-dire le fait d'être simplement porteur du virus (VIH), n'est pas assujettie à la déclaration au Québec, en Alberta et en Colombie-Britannique, tandis qu'elle l'est partout ailleurs, et de façon nominale, soit en conséquence de dispositions spécifiques, soit par le biais de l'interprétation donnée aux "maladies transmissibles" en général.¹² La recherche des contacts repose généralement sur une base incitative et volontaire. L'Ontario est la seule province à avoir une politique de recherche active des contacts, appliquée soit par le médecin avec le consentement du patient, soit par l'officier de santé publique qui, seul, peut agir sans le consentement de celui-ci. Très paradoxalement, souligne à juste titre William Flanagan, il est spécifiquement interdit au médecin, dans cette dernière hypothèse, de dévoiler la situation à toute autre personne, même si le patient représente une menace réelle d'infection.¹³

Aux États-Unis également, la déclaration, même nominale, de la maladie même a rencontré peu d'opposition, tandis que celle de la

¹¹ Terre-Neuve, *Venereal Disease Prevention Act*, R.S.N. 1970, c. 389, s. 14(3); Alberta, *Public Health Act*, S.A. 1984, c. P-27.1, s. 41(2) et s. 63(5); Île du Prince Édouard, *Public Health Act*, S.P.E.I. 1980, c. 42, s. 22(2), et les commentaires de Friedman, *loc. cit.*, note 10, à la p. 57.

¹² W.F. Flanagan, *Equality Rights for People with AIDS: Mandatory Reporting of HIV Infection and Contact Tracing* (1989), 34 R.D. McGill 530, à la p. 550 et la note 65; Casswell, *loc. cit.*, note 1, aux pp. 232 et seq.; également, Friedman, *loc. cit.*, note 10.

¹³ Flanagan, *ibid.*, aux pp. 537 et 556.

séropositivité a suscité beaucoup plus d'hésitations.¹⁴ Une douzaine d'États ont des dispositions spécifiques concernant le *contact tracing* des porteurs de virus, celui-là relevant, dans les autres États, des prescriptions relatives aux maladies transmises sexuellement.¹⁵ Beaucoup plus qu'à la contrainte, la tendance générale est à présent à l'incitation: la déclaration est laissée à l'initiative du médecin, les individus atteints sont fortement encouragés à aviser eux-mêmes leurs partenaires aux fins de dépistage et de *counselling*, ou encore à requérir l'aide de leur médecin pour ce faire.¹⁶ William Flanagan en conclut que cette forme moins envahissante d'intervention rencontre certainement mieux les objectifs de lutte contre la dissémination de la maladie, et donc de protection de la santé publique.¹⁷

Certains États ont, de plus, légiféré spécifiquement pour affirmer le droit du médecin de dévoiler la séropositivité au partenaire sexuel ou à celui qui partage les drogues intraveineuses.¹⁸ Une fois encore, ces dispositions ne créent pas pour le médecin une obligation d'agir, mais le mettent à couvert de responsabilité s'il décide d'aviser les personnes menacées. Harold Edgar et Hazel Sandomire déplorent cependant que la discrétion qui lui est laissée ne soit accompagnée d'aucun critère lui permettant de fonder sa décision d'avertir les partenaires.¹⁹

Avant de passer à l'étape suivante, il nous faut dire un mot des codes de déontologie médicale. Celui de l'Ontario, édicté en vertu du *Health Disciplines Act*,²⁰ et celui de l'Association médicale canadienne,²¹ par exemple, prévoient, outre le consentement du patient, une exception au principe de la confidentialité, à savoir le cas où la loi oblige le médecin à agir autrement. Celui du Québec, édicté en vertu de la *Loi médicale* et du *Code des professions*,²² est formulé quelque peu différemment: le médecin peut:²³

... divulguer des faits dont il a eu personnellement connaissance, lorsque le patient ou la loi l'y autorise, lorsqu'il y a une raison impérative et juste ayant trait à la santé du patient ou de son entourage.

¹⁴ R. Bayer et L. Gostin, *Legal and Ethical Issues Relating to AIDS* (1990), 24 *Bulletin of PAHO* 454, à la p. 458.

¹⁵ H. Edgar et H. Sandomire, *Medical Privacy Issues in the Age of AIDS: Legislative Options* (1990), 16 *American Journal of Law and Medicine* 155, aux pp. 189 *et seq.*, et les législations citées; L. Gostin et W.J. Curran, *The Limits of Compulsion in Controlling AIDS* (1986), 16:6 *Hastings Center Report*, Special Supplement 24, à la p. 25; D.H.J. Hermann et R.D. Gagliano, *AIDS, Therapeutic Confidentiality and Warning Third Parties* (1989), 48 *Maryland L. Rev.* 55, aux pp. 65 *et seq.*

¹⁶ Edgar et Sandomire, *ibid.*, à la p. 192; Flanagan, *loc. cit.*, note 12, à la p. 537; S. Guttmacher, *H.I.V. Infection: Individual Rights v. Disease Control* (1990), 17 *Journal of Law and Society* 66, à la p. 70, et les références y citées.

¹⁷ Flanagan, *ibid.*

¹⁸ Flanagan, *ibid.*; Guttmacher, *loc. cit.*, note 16, à la p. 70.

¹⁹ Edgar et Sandomire, *loc. cit.*, note 15, à la p. 194.

²⁰ R.R.O. 1980, Reg. 448.

²¹ Ottawa, 1984, art. 6.

²² R.R.Q., c. M-9, r.4; L.R.Q., c. M-9; L.R.Q., c. C-26, a. 87.

²³ Art. 3.04.

Il est 6 noter que l'on mentionne ici l'autorisation de la loi, non pas seulement l'obligation l6gale d'agir, et qu'il existe toute une zone ind6finie, laiss6e 6 l'appr6ciation du m6d6ecin, celle d'une raison valable et importante ayant trait 6 la sant6 de l'entourage du patient. Il est ind6niable qu'un tel motif peut comprendre l'existence d'une maladie transmissible sexuellement, et 6 plus forte raison le SIDA et le VIH. Robert Friedman va plus loin dans son appr6ciation: le mot "*law*" (en droit anglais) pourrait englober *a non statutory duty to warn*, donc un devoir de droit commun d'aviser les ti6rs mis en danger par le patient.²⁴ Pour retenir cette interpr6tation, il faudrait au pr6alable 6tablir l'existence d'un tel devoir, ce qui est loin d'6tre 6vident, ainsi que nous le verrons plus loin.²⁵

Manque d'uniformit6, d6marche plus incitative que coercitive, h6sitations face 6 la s6ropositivit6 caract6risent actuellement les normes au Canada et aux 6tats-Unis. Voyons maintenant comment le pouvoir judiciaire a perqu6 et r6solu les conflits entre les droits individuels et les droits collectifs dans le cadre de la protection de la sant6 des citoyens.

2. *L'attitude des tribunaux*

Dans le domaine des maladies transmissibles, les tribunaux ont 6t6 amen6s 6 se prononcer sur la constitutionnalit6 des lois de protection de la sant6, contest6es par des individus refusant de s'y soumettre, aussi bien qu'6 r6gler des litiges 6 la suite du non-respect du secret professionnel par le m6d6ecin.

a. *L'appr6ciation de la constitutionnalit6 des lois*

Longtemps, les juges ont pratiquement donn6 carte blanche aux autorit6s de sant6.²⁶ Comme le souligne Deborah Jones Merritt, au d6but de ce si6cle, l'atteinte aux droits individuels appara6t secondaire d6s que la mesure contest6e entend pallier 6 un r6el danger. Les crit6res de contr6le s'inspirent des facteurs pr6dominants 6 l'6poque, tels le respect de l'expertise des pouvoirs publics en mati6re de sant6, la notion de contrat social, une s6rie de facteurs culturels, la menace pesant sur la r6putation des sujets.²⁷ Progressivement, le caract6re plus ou moins envahissant des mesures prises et le degr6 d'atteinte aux libert6s s'imposent comme des facteurs d6terminants face 6 l'int6r6t de sant6 publique en jeu, pour d6cider si les mesures sont justifi6es ou non.²⁸

²⁴ Friedman, *loc. cit.*, note 10, aux pp. 57-58.

²⁵ Partie II, A., *Le devoir de droit commun*.

²⁶ Merritt, *loc. cit.*, note 9, 6 la p. 2.

²⁷ *Ibid.* Voir 6galement P.J. Nanula, *Protecting Confidentiality in the Effort to Control AIDS* (1986), 99 *Harv. L. Rev.* 1273, 6 la p. 1276.

²⁸ Merritt, *loc. cit.*, note 9, 6 la p. 7; W.E. Parmet, *Legal Rights and Communicable Disease: AIDS the Police Power, and Individual Liberty* (1989), 14 *Journal of Health Politics, Policy and Law* 741.

Dans la seconde moitié de ce siècle, l'explosion des droits de la personne, leur affirmation en droit positif obligent les législateurs à une plus grande prudence dans les dispositions prises, car celles-ci sont mesurées à une aulne de plus en plus exigeante. Des critères de contrôle rigoureux sont maintenant bien établis. Rappelons pour mémoire les prescriptions de notre Cour suprême dans l'arrêt *Oakes*:²⁹ une fois démontrée l'atteinte à un droit garanti par la Charte, il faut voir si celle-là se justifie dans une société libre et démocratique: l'objectif doit être suffisamment important, doit donc correspondre à une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique. Vient ensuite le critère de proportionnalité: les moyens mis en oeuvre pour atteindre l'objectif doivent être soigneusement conçus dans ce but, proportionnés à celui-ci, raisonnables et justifiés, donc n'être ni arbitraires ni inéquitables ni irrationnels, et porter atteinte le moins possible au droit en question.³⁰

De façon analogue, aux États-Unis, il faut déterminer l'existence d'un *compelling state interest* justifiant l'atteinte aux droits constitutionnels, il faut aussi que les moyens employés permettent d'atteindre le but recherché et que l'atteinte aux droits soit minimale dans les circonstances.³¹

Les mesures de protection de la santé publique ne sont qu'occasionnellement contestées au Canada et aux États-Unis, et principalement quand il est question de vaccination obligatoire.³² Tout récemment encore, au Québec, à l'occasion d'une épidémie de rougeole, la Cour supérieure a appliqué les critères de l'arrêt *Oakes* aux dispositions prises par un département de santé communautaire pour exclure de l'école un enfant non vacciné, et a débouté les parents de leur action.³³

Par contre, nous n'avons pas relevé de décision où sont mises en cause les mesures édictées dans le cadre des maladies transmises sexuellement ou du SIDA. Cependant, selon la perception de Norbert Gilmore et Margaret Somerville, "such legislation is likely to be challenged, in the near future, as being invalid on the grounds, among others, that it contravenes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*".³⁴

²⁹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

³⁰ Les critères sont analogues pour la Charte québécoise.

³¹ Merritt, *loc. cit.*, note 9, à la p. 8; Nanula, *loc. cit.*, note 27, à la p. 1277.

³² À titre d'exemple, au Québec, *Lacroix v. Protestant Regional School Board of Chateauguay Valley*, [1969] C.S. 351 (vaccination antivariolique obligatoire, refus d'admission à l'école confirmé pour un enfant non vacciné); aux États-Unis, du début à la fin du siècle: *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), (adulte refusant la vaccination); *Brown v. Stone*, 378 So. 2d 218 (Miss., 1980), (vaccination obligatoire, *compelling public interest*, prédominance de l'intérêt des enfants d'école sur les croyances religieuses des parents). Voir la jurisprudence citée par Merritt, *loc. cit.*, note 9.

³³ *Charbonneau c. Poupart*, [1990] R.J.Q. 1136 (C.S.) (jugement porté en appel).

³⁴ N. Gilmore et M. Somerville, *Physicians, Ethics and AIDS*, Association médicale canadienne (1989), p. 21.

b. *La confidentialité et l'intérêt de santé publique*

Lorsqu'une obligation légale est faite au médecin de déclarer une maladie, le législateur tranche en faveur de ce qu'il estime être l'intérêt public prédominant, et l'homme de l'art n'a dès lors plus à se poser de question sur la conduite à adopter, du moins sur le plan légal: s'il se conforme aux dispositions de la loi, il ne peut être poursuivi pour avoir divulgué à qui de droit des informations autrement couvertes par le secret professionnel. Il pourrait l'être, par contre, s'il ne se conformait pas aux dites dispositions et qu'un dommage en résulte, par exemple la transmission d'une maladie qui aurait pu être évitée,³⁵ ou encore si les modalités d'application entraînaient une atteinte injustifiée à la vie privée du malade.³⁶

En dehors de ces exceptions, c'est souvent dans le cadre de la liberté de presse que les juges ont eu à se prononcer. Un tribunal anglais a eu récemment à opter entre la liberté des journalistes de dévoiler que deux médecins sont atteints du SIDA, le journal alléguant que la chose est d'intérêt public, et le droit de ceux-ci à la confidentialité de leurs propres dossiers médicaux. Le juge Rose, dans *X v. Y*, dit ceci:³⁷

I keep in the forefront of my mind the very important public interest in freedom of the press. . . . But in my judgment those public interests are substantially outweighed when measured against the public interests in relation to loyalty and confidentiality both generally and with particular reference to AIDS patients' hospital records.

Plus près de notre sujet, dans l'affaire *Tarasoff*, déjà évoquée et sur laquelle nous aurons largement l'occasion de revenir, les juges aboutissent à des conclusions différentes quant à l'intérêt public prédominant: si la majorité y voit la limitation des risques pour autrui, le juge Clark, dissident, accorde la prépondérance au maintien de la confidentialité dans la relation professionnelle avec le psychothérapeute.³⁸ C'est aussi au droit des donneurs de sang à la confidentialité et à la vie privée, ainsi qu'à l'intérêt public dans le don volontaire de sang, qu'il a été donné préséance dans la décision *South Florida Blood Service v. Rasmussen*:³⁹ un receveur contaminé par

³⁵ Ce manquement peut-il en lui-même donner ouverture à une action en dommages par un particulier, outre les pénalités prévues par la loi? La non-déclaration est ici une faute en soi. Le problème de responsabilité civile se situerait au niveau du lien de causalité: la déclaration faite en temps et lieu aurait-elle permis d'éviter le dommage subi, autrement dit aurait-elle entraîné des mesures qui eussent abouti à préserver la victime du danger? C'est sur cette base que la victime agirait, et non pas en se prévalant, comme particulier, des dispositions sur la déclaration obligatoire: voir notre partie III, B.

³⁶ *Sa Majesté le Roi v. Z.*, [1947] B.R. 457: les autorités sanitaires ont commis de graves indiscrétions dans leur façon de convoquer le demandeur pour qu'il subisse un examen médical.

³⁷ [1988] 2 All E.R. 648 (Q.B.D.).

³⁸ *Tarasoff v. Regents of University of California*, *supra*, note 7; M. Neave, *AIDS-Confidentiality and the Duty to Warn* (1988), 9 *Univ. of Tasmania L. Rev.* 1, à la p. 26

³⁹ 467 So. 2d 798 (Fla. App. 3 Dist., 1985). Une décision ontarienne toute récente semble cependant emprunter la voie contraire: *Sharpe Estate v. Northwestern General Hospital* (1991), 2 O.R. (3d) 40 (Ont. Gen. Div.).

le virus du SIDA a tenté en vain d'obtenir l'identité des 51 donneurs dont il avait reçu du sang à la suite d'un accident de voiture.

Ainsi que nous l'avons vu en introduction, le droit à la confidentialité est un droit fondamental. L'intérêt public d'y faire exception dans le cas des maladies transmissibles sexuellement, et surtout dans le cas du SIDA et de la séropositivité, suscite encore une vive controverse, tant parmi les auteurs que parmi les intervenants de la santé. Le médecin peut-il, de sa propre initiative, invoquer cette notion pour aviser la ou les personnes menacées? "Case law does not provide a clear answer" souligne Marcia Neave.⁴⁰ Précisons d'emblée que la question ne se pose véritablement dans toute son ampleur que si le patient refuse son consentement: propriétaire du secret, il peut décider d'y renoncer à des fins spécifiques, et dès lors le dilemme disparaît.

3. Une justification controversée

Un constat s'impose à l'analyse des dispositions statutaires évoquées plus haut: l'uniformité est loin d'être acquise, tant sur le caractère nominal ou non de la révélation aux autorités que sur la recherche des contacts et, si celle-ci est prévue, sur la personne, officier de santé publique ou médecin, qui doit y procéder.⁴¹ Si, dans certains cas, une certaine latitude est laissée au médecin pour agir, aucun critère ne lui est fourni comme base de décision. De plus, dans les faits, force est de constater que, bien souvent, les prescriptions sur les déclarations et traitements obligatoires des autres maladies transmises sexuellement ne sont pas respectées, en tout cas au Québec.⁴²

Une justification fondée sur l'intérêt public, à savoir, dans notre contexte, un intérêt de santé publique, s'analyse de toute évidence en fonction de l'objectif poursuivi: la divulgation de l'état du patient contribue-t-elle à éviter ou à limiter la propagation de la maladie? "That is the public health standard against which all interventions must be judged".⁴³ L'examen déborde le cercle étroit de la relation médecin-patient-conjoint ou partenaire, pour déboucher sur les répercussions sociales des décisions prises, des choix faits. C'est ici que s'affrontent les thèses des tenants de la confidentialité ou de la divulgation. Nous avons vu que les choix provinciaux sont, quant à eux, partagés.

La démarche de révélation au conjoint ou partenaire est loin d'être inutile mais, de par sa portée même, elle comporte des effets très limités:

⁴⁰ *Loc. cit.*, note 38, à la p. 17.

⁴¹ Voir les auteurs cités aux notes 12 et 15; Neave, *loc. cit.*, note 38, à la p. 5, souligne la même absence d'uniformité en Australie.

⁴² Nootens, *loc. cit.*, note 10, à la p. 302. Flanagan, *loc. cit.*, note 12, aux pp. 559 et 600, signale une réticence analogue à la déclaration nominale de la séropositivité en Ontario. Voir également *infra*, note 83.

⁴³ Bayer et Gostin, *loc. cit.*, note 14, à la p. 459.

à supposer que celui-ci n'ait pas encore été contaminé lorsque la révélation est faite, l'on protège effectivement *cet* individu, il a accès aux services de *counselling* et aux tests de dépistage et l'on prévient, le cas échéant, une procréation à haut risque.

Par contre, si l'on dissuade par là des personnes atteintes d'avoir recours aux services de santé, particulièrement dans le cas de l'infection au VIH, les conséquences globales peuvent au contraire s'avérer néfastes et nuire à la protection de la santé publique. Et c'est ce que plusieurs auteurs invoquent pour s'opposer à la révélation par le médecin. Seules des garanties accrues quant à la confidentialité inciteront les gens à se faire tester et soigner, permettant ainsi d'atteindre les objectifs de santé publique.⁴⁴ Larry Gostin et William Curran insistent sur le fait que la recherche des contacts mine les efforts d'éducation. Or celle-ci, alliée à la coopération de tous, est le moyen le plus efficace pour lutter contre l'épidémie. De plus, la durée de la période d'incubation du virus du SIDA rend illusoire l'efficacité de la divulgation. Les bénéfices pour la santé publique sont ainsi marginaux et ne valent pas les atteintes aux droits d'individus particulièrement vulnérables.⁴⁵ Aviser les contacts serait indiqué seulement dans les régions où la population est moins dense et où donc l'information générale est moins bien diffusée.⁴⁶

L'on peut admettre ces objections de principe à l'encontre d'une révélation systématique au conjoint ou partenaire et reconnaître néanmoins que la divulgation peut être justifiée dans des circonstances exceptionnelles que nous préciserons plus loin.⁴⁷ De plus, selon Marcia Neave, et cet argument rejoint davantage le fondement suivant, celui de la protection de la personne, il est loin d'être démontré que la levée occasionnelle du secret aura un tel effet: l'introduction d'exceptions au devoir de confidentialité par la décision *Tarasoff* n'a pas diminué la popularité des psychothérapeutes.⁴⁸ Cette allégation ne tient cependant pas compte, selon nous, du contexte particulier au SIDA et de l'impact dévastateur des révélations sur la vie personnelle et sociale des personnes atteintes et de leur entourage. Il nous semblerait plus justifié de dire que même les milieux concernés comprendraient et admettraient que l'état du patient soit dévoilé dans certains cas.

⁴⁴ Neave, *loc. cit.*, note 38, aux pp. 3 et 4; Flanagan, *loc. cit.*, note 12, aux pp. 588 et seq.

⁴⁵ Gostin et Curran, *loc. cit.*, note 15, à la p. 25; Bayer et Gostin, *loc. cit.*, note 14, à la p. 457. Ces derniers auteurs, à la p. 460, évoquent également d'autres craintes, notamment celle de l'accès aux dossiers constitués grâce aux déclarations nominales, la constitution de listes de partenaires sexuels, le risque supplémentaire de divulgation si le partenaire est averti.

⁴⁶ Bayer et Gostin, *loc. cit.*, note 14, à la p. 461.

⁴⁷ Flanagan, *loc. cit.*, note 12, à la p. 559, et les opinions éthiques exprimées par les associations médicales: voir *infra*, Partie II, B., 1. Le devoir moral.

⁴⁸ Neave, *loc. cit.*, note 38, à la p. 3.

Le fondement d'“intérêt public” de la décision du médecin de divulguer l'état de santé de son patient au conjoint ou partenaire, en l'absence de toute prescription légale à ce sujet, est, on le constate, empreint de la plus grande incertitude, difficile à définir, cerné qu'il sera *a posteriori* par les tribunaux, et cette justification semble donc assez faible dans le présent contexte. Donald Casswell ajoute qu'une défense d'intervention dans l'intérêt public serait limitée à la divulgation aux autorités publiques et ne s'appliquerait pas à la révélation faite à des individus.⁴⁹ Ceci conforte l'opinion selon laquelle cette justification ne s'applique pas aux rapports entre individus. La seconde semble avoir plus de poids.

B. *La révélation pour la protection de la personne*

L'impératif de protection d'un tiers peut-il, lui, fonder, en l'absence d'obligation légale spécifique, une dérogation au secret médical? Si l'analyse nous amène à conclure à l'existence d'une véritable obligation de porter secours, situation extrême de la protection de la personne, le devoir est dès lors clairement établi et il n'est pas nécessaire de pousser plus loin la réflexion. Par contre, en l'absence d'une telle obligation dans le cadre des MTS et du SIDA, ou dans le doute face à son existence, nous devons nous demander s'il peut exister un devoir de droit commun justifiant la révélation.

Analysons tout d'abord brièvement l'obligation de porter secours en général, puis, nous interrogeant sur l'ampleur du risque imposé à autrui par les MTS et le SIDA, nous verrons si cette notion leur est applicable et quelle est l'attitude des tribunaux à cet égard.

1. *L'obligation générale de porter secours*

Le Code criminel a toujours sanctionné les atteintes à la vie et à l'intégrité de la personne. Les Chartes canadienne et québécoise consacrent toutes deux le droit des individus à la vie, à la sécurité et à l'inviolabilité de leur personne.⁵⁰ En outre, la Charte québécoise établit que:⁵¹

Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours. Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable.

Dans l'acception la plus courante, ceci suppose, selon nous, une menace immédiate pour la vie, autrement dit une menace de lésions graves ou de mort à brève échéance s'il n'y a pas d'intervention extérieure. Cet article 2 réfère en effet à l'assistance physique immédiate, terme repris par l'arrêt

⁴⁹ Casswell, *loc. cit.*, note 1, à la p. 247, note 107.

⁵⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 2, art. 7; *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra*, note 3, art. 1.

⁵¹ *Ibid.*, art. 2.

Carignan c. Boudreau.⁵² Il n'est pas limité au médecin, qui a déjà une obligation spécifique de prodiguer des soins en cas d'urgence, mais il s'applique à toute personne. À notre connaissance, il ne lui a pas été donné une portée plus large que celle que les mots expriment. Il faudra donc voir si le risque généré par les maladies transmises sexuellement, et notamment le SIDA, peut représenter ce type de menace pour la vie ou la santé, et c'est ce qui sera discuté ci-après. Une réponse positive à cette question autoriserait dès lors le médecin à divulguer la situation à la personne menacée, l'article 2 représentant une exception prévue par la loi à l'article 9 de la même Charte consacrant le droit au respect du secret professionnel. Poussant plus loin le raisonnement, nous pourrions affirmer qu'il ne serait pas nécessaire alors qu'existe une relation spéciale entre le "sauveteur" et la personne menacée, puisque l'obligation s'impose à tous. Ainsi, toute personne étant au courant de la situation serait tenue de la révéler.

Existe-t-il de façon analogue une obligation de common law, un *duty of care* qui serait en l'occurrence un *duty to warn*, en situation d'urgence? Si la réalité de la faute d'omission n'a pas suscité un grand débat en droit civil, même avant l'introduction de la Charte, la common law, pour sa part, s'est toujours montrée réticente à l'admettre, sauf dans des circonstances bien particulières, lorsqu'existe un devoir défini à l'avance. Comme le souligne le juge Allen Linden, "contrairement à la situation qui prévaut dans bon nombre de pays européens, l'inaction fautive n'est pas source de responsabilité".⁵³ L'héritage historique explique cette attitude, fondée à la fois sur la préséance de la décision individuelle d'agir ou non et sur les difficultés, en cas de poursuite civile ou pénale, de tracer les contours de la faute d'omission ainsi que de déterminer le lien de causalité.⁵⁴ Si les raisons en paraissent de moins en moins convaincantes de nos jours, l'absence d'obligation d'agir dans la plupart des circonstances demeure une réalité juridique.

Nous n'en citerons à titre d'exemple qu'une décision récente de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l'affaire *Lafleur v. Maryniuk*.⁵⁵ Dans cette cause, un motocycliste ivre et ses deux compagnons sont avisés à plusieurs reprises par les policiers de ne pas reprendre le volant de leur engin, étant donné leur état. Puis les policiers quittent les lieux sans prendre d'autre mesure pour que leur recommandation soit suivie. Les motocyclistes

⁵² [1987] D.L.Q. 378 (C.A.): un état d'urgence qui crée une obligation impérative de secours immédiat; *Gaudreault c. Drapeau*, [1988] R.R.A. 61, à la p. 63: le fait de ne pas intervenir lors d'une agression est de la non-assistance à personne en danger. S. Rodgers-Magnet, *The Right to Emergency Assistance in the Province of Quebec* (1980), 40 R. du B. 373.

⁵³ A.M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle* (4e éd., 1988), p. 317. L'auteur aurait pu ajouter: "et au Québec".

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 318 et seq. Voir également l'étude de la Commission de réforme du droit du Canada, *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985).

⁵⁵ *Lafleur v. Maryniuk* (1990), 4 C.C.L.T. (2d) 78 (B.C.S.C.).

reprennent la route et Lafleur a un grave accident. Il poursuit le conducteur du camion contre lequel il s'est jeté et les policiers, pour ne pas l'avoir effectivement empêché de conduire. Après une revue détaillée de la jurisprudence, le juge Gow conclut qu'il n'existe pas, dans les circonstances, "such a close and direct relationship between the police officers and Lafleur as to impose upon them an affirmative duty of care owed to him".⁵⁶

2. *Les maladies transmissibles sexuellement et l'ampleur du risque*

Les recours, tant civils que criminels, pour contamination vénérienne ne sont pas une nouveauté. Ainsi, il existe clairement une responsabilité civile pour le conjoint ou partenaire qui, connaissant son état et le caractère contagieux de son affection, fait défaut d'en aviser l'autre et lui communique la maladie.⁵⁷ Par contre, un homme qui, suivant les connaissances de l'époque, n'est pas raisonnablement tenu de soupçonner qu'il peut avoir le SIDA, ou encore qu'il est susceptible de le transmettre à sa fiancée, se voit exonéré de toute responsabilité.⁵⁸

À l'époque où les maladies vénériennes sont incurables, la communication de celles-ci peut entraîner une responsabilité criminelle. Ainsi, dans la décision canadienne *R. v. Leaf*,⁵⁹ l'accusé doit répondre de la transmission d'une telle maladie par négligence coupable, et du décès consécutif de la femme. Ou encore, aux États-Unis, le mari qui, cachant sa maladie à son épouse, lui transmet la syphilis, est coupable d'*assault* et *battery*.⁶⁰ Aujourd'hui, la plupart de ces maladies sont curables,⁶¹ et la responsabilité qui s'attachait à leur transmission a disparu du Code criminel en 1985.⁶² L'on voit donc difficilement comment les maladies vénériennes "ordinaires" peuvent aujourd'hui constituer, bien qu'elles en soient clairement une pour

⁵⁶ *Ibid.*, à la p. 117.

⁵⁷ À titre d'exemples, ancien et récents: *Crowell v. Crowell*, 105 S.E. 206 (N.C. Sup. Ct., 1920), (action en dommages d'une épouse contre son mari pour transmission d'une maladie vénérienne); *Kathleen K. v. Robert B.*, 198 Cal. Rptr. 273 (Cal. App. 2 Dist., 1984), (herpès génital, consentement aux relations sexuelles vicié si le partenaire dissimule frauduleusement le risque d'infection, que ces personnes soient mariées ou non); *Adams v. Long*, 333 S.E. 2d 852 (Ga. App., 1985), (herpès génital transmis par la femme, partenaires non mariés, négligence); *B.N. v. K.K.*, 538 A. 2d 1175 (Md., 1988), (herpès génital transmis par médecin à infirmière, *extreme and outrageous conduct*, devoir de révéler son état); *Jane Doe v. Richard Roe*, 267 Cal. Rptr. 564 (Cal. App. 1 Dist., 1990), (herpès génital, ne peut dissimuler son état même si croit, à tort, que l'absence de symptômes ne le rend pas contagieux). D.M. Oyler, Interspousal Tort Liability for Infliction of a Sexually Transmitted Disease (1990-91), 29 *Journal of Family Law* 519.

⁵⁸ *C.A.U. v. R.L.*, 438 N.W. 2d 441 (Minn. App., 1989), (les faits se déroulent en 1985).

⁵⁹ (1926), 45 C.C.C. 236 (Sask. C.A.). L'appel n'a porté que sur la sentence.

⁶⁰ *State v. Lankford*, 102 A. 63 (Del., 1917).

⁶¹ L'on sait que l'herpès, lui, est de plus en plus répandu, et est incurable, ce qui explique peut-être le nombre de recours récents en responsabilité pour la transmission de cette maladie.

⁶² L.R.C. 1985, c. 27 (1er suppl.), art. 41.

la santé, une menace pour la vie telle qu'elles fassent naître une obligation de porter secours.

Et le SIDA? On peut discuter de l'ampleur du danger de transmission du virus lors de relations sexuelles: celui-ci est beaucoup plus faible que pour d'autres maladies vénériennes ou l'hépatite par exemple; il croît évidemment avec la fréquence des relations et varie de 7 à 68% pour des relations prolongées.⁶³ Les prises de position en faveur d'un devoir de révéler l'affection sont donc fondées beaucoup plus sur la gravité des conséquences si la contagion a lieu. L'on sait que la victime, une fois le virus transmis, peut développer rapidement la maladie ou encore être porteuse à son tour pendant des périodes aussi longues que sept à dix ans avant que les symptômes ne se manifestent.⁶⁴ Il est donc difficile, dans la majorité des cas, de parler de menace immédiate pour la vie. D'autre part, une fois déclarée, et en l'état actuel des connaissances, la maladie est mortelle à plus ou moins brève échéance, même si une médication administrée précocement permet de retarder son évolution.⁶⁵

Un certain développement de la jurisprudence criminelle voit le jour en matière de SIDA. Les poursuites sont fondées sur la nuisance publique, la négligence criminelle ou, encore plus, sur la tentative de meurtre. Dans la cause *R. v. Summer*,⁶⁶ l'accusé a plaidé coupable à une accusation de *common nuisance* mettant en danger des vies et la santé du public, ayant eu des relations non protégées avec cinq personnes tout en se sachant atteint du SIDA. La Couronne n'a même pas eu à plaider que ces personnes avaient été contaminées, les conséquences réelles n'intervenant pas pour ce type de crime. Confirmant la condamnation à un an de prison et trois ans de probation, la Cour d'appel de l'Alberta souhaite adresser un message clair aux porteurs du virus: "That message is that anyone who knowingly exposes another person to the risk of contracting AIDS, having in mind the seriousness of that risk, must expect to receive a substantial period of imprisonment".⁶⁷ Malgré les termes employés, il reste à voir si les juges auront la même attitude à l'égard du danger auquel est exposé le conjoint ou partenaire régulier, l'article 180 du Code criminel se référant au "public". S'il y a vie commune, le risque étant alors décuplé, ou si la transmission

⁶³ T. Ducharme, *Preparing for a Legal Epidemic: an AIDS Primer for Lawyers and Policy Makers* (1988), 26 *Alberta L. Rev.* 471, à la p. 507; M. Dupon, H.J. Lazarini et J. Doignon, *Le syndrome d'immunodéficience acquise: Aspects médico-légaux* (1986), 26 *Journal de médecine légale—droit médical* 303, à la p. 304; L. Gostin, *The Politics of AIDS, Compulsory State Powers, Public Health, and Civil Liberties* (1989), 49 *Ohio State L.J.* 1017, à la p. 1021, et les références médicales à la note 16. Le risque serait de 1 pour 1 000 pour un seul contact non protégé. La littérature médicale est extrêmement abondante et les données évoluent sans cesse.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ (1989), 69 *Alta. L.R.* (2d) 303 (*Alta. C.A.*).

⁶⁷ *Ibid.*, à la p. 304.

de la maladie est effectivement prouvée, le simple délit de nuisance devient bien léger devant la menace pour la vie. La même accusation a été portée contre un monsieur Thornton, pour avoir donné du sang à la Croix-Rouge tout en se sachant séropositif.⁶⁸ Récemment, un juge ontarien a enjoint à un malade du SIDA de n'avoir aucune relation sexuelle jusqu'à ce que sa cause soit jugée au fond.⁶⁹ L'on touche ici à un autre problème, qui sera celui de la mise en oeuvre des mesures de protection à l'encontre des personnes dangereuses pour la santé publique.

Aux États-Unis, des accusations de négligence criminelle, tentative d'homicide, coups et blessures avec intention de tuer, tentative de meurtre, assaut avec une arme mortelle (*sic*) ont été portées.⁷⁰

Si cette interprétation se confirme, pourrait-elle se traduire au civil en une obligation légale de porter secours à la personne menacée? Une telle conclusion nous semble à tout le moins prématurée. Les cas de poursuite dont la presse a fait état jusqu'ici visent des situations extrêmes de personnes ayant des relations sexuelles multiples et répétées et manifestant une insouciance totale à l'égard d'autrui, ou même ayant pour but avoué de transmettre le virus. Ces cas-là dépassent de loin la relation médecin-patient, impliquent l'intervention des pouvoirs publics et seraient, selon nous, les seuls susceptibles d'entraîner, pour toute personne au courant de la situation, une obligation de porter secours à autrui, en l'occurrence d'avertir les victimes éventuelles. D'ailleurs ces individus ont bien souvent eux-mêmes, de par leur attitude et leurs déclarations, publicisé leur état et, dès lors, une revendication du droit à la vie privée n'intervient plus.

Nous ne pensons donc pas que l'obligation de porter secours puisse actuellement fonder une exception au secret professionnel, en dehors des types de cas mentionnés plus haut en exemple, et pour lesquels le médecin ne serait pas tenu de manière différente du public en général, hormis le fait qu'il peut être mis au courant de la situation et donc amené à la dénoncer. Rappelons que, si une telle obligation se présente, elle ne requiert pas, contrairement aux conditions que nous verrons plus loin, l'existence d'une relation spéciale avec les personnes à protéger.

En conclusion de cette première partie, l'exception d'intérêt public ne semble pas pouvoir fonder une dérogation au secret médical à l'initiative du médecin, à moins que celle-ci soit prévue par la loi. Quant à l'obligation de porter secours, il faudrait qu'elle soit clairement définie et précisée pour s'appliquer à une maladie mortelle à long terme, en dehors des cas extrêmes,

⁶⁸ Rapporté par Ducharme, *loc. cit.*, note 63, à la p. 492. L'auteur analyse les différentes accusations possibles en vertu du Code criminel canadien et envisage la possibilité de créer une infraction spécifique.

⁶⁹ Le Journal de Montréal, mercredi 17 avril 1991.

⁷⁰ Voir les arrêts rapportés par Ducharme, *loc. cit.*, note 63, aux pp. 492-493; D.P. Brigham, *You Never Told Me . . . You Never Asked; Tort Liability for the Sexual Transmission of AIDS* (1986), 91 Dickinson L. Rev. 529.

et c'est loin d'être le cas actuellement. C'est cependant toujours sur le fondement de la protection de la personne, d'une personne en particulier, que repose une éventuelle divulgation par le médecin au conjoint ou partenaire, et nous allons rechercher dans un deuxième temps la nature d'une obligation en ce sens, si toutefois il en est une.

II. *La qualification de la divulgation en l'absence d'obligation légale spécifique*

Tel que vu plus haut, on ne peut certes pas déduire d'une obligation légale de déclarer une maladie aux autorités de santé publique une obligation d'avertir les proches, comme le suggérait l'arrêt *Simonsen*.⁷¹ En l'absence d'obligation clairement définie, nous devons nous baser sur la notion de devoir de droit commun pour décider si le médecin doit, ou non, aviser les tiers menacés.⁷² La controverse reste donc ouverte quant à la qualification de la démarche médicale: le médecin est-il tenu en droit d'aviser le conjoint ou partenaire? Si oui, l'abstention constitue dès lors une faute d'omission. S'agit-il au contraire d'une décision laissée à son entière discrétion selon les circonstances? On ne peut dans ce cas lui reprocher juridiquement ni son action ni son inaction. Nous allons analyser successivement ces deux perspectives.

A. *Le devoir de droit commun*

Outre l'obligation de respecter les règles de droit positif, tout individu est tenu de se conformer à des normes de conduite, de prudence, de diligence et d'habileté que la société est en droit d'attendre de ses membres. Son comportement est mesuré à une aulne abstraite, celle de l'homme diligent et raisonnable, placé dans les mêmes circonstances, et traditionnellement désigné comme "le bon père de famille". Les optiques de la common law et du droit civil sont ici analogues. La conduite souhaitée n'est donc pas définie avec précision, loin s'en faut, et même si l'individu moyen peut normalement connaître ce qui est attendu de lui, reflet de son milieu à une époque donnée, ce sont les tribunaux qui déterminent *a posteriori*, à l'occasion des litiges qui leur sont soumis, ce qui était effectivement requis dans une situation donnée.⁷³

Il faut donc déterminer à l'égard de qui, et dans quelles circonstances, pourrait exister pour le médecin un devoir d'agir, en l'occurrence d'aviser le conjoint ou partenaire du risque qu'il court. Nous analyserons tout d'abord les arguments avancés en faveur de l'existence d'un tel devoir, puis ceux

⁷¹ *Simonsen v. Swenson*, 177 N.W. 831 (Neb., 1920).

⁷² Neave, *loc. cit.*, note 38, à la p. 9.

⁷³ C'est ce que rappelle la décision *Tarasoff v. Regents of the University of California*, *supra*, note 7, aux pp. 28-29 (Cal. Rptr.), 348-349 (P. 2d): le fait qu'une obligation ne soit pas définie par le législateur ne dispense pas les tribunaux de leur obligation de la définir par rapport aux principes de la common law.

soutenus à l'encontre de son existence. Nous verrons que la tentative de réponse nous semble devoir être nuancée en fonction de deux éléments au moins: le type de maladie transmissible et les relations existant entre le médecin et le conjoint ou partenaire.

1. *Les arguments en faveur de l'existence d'un devoir de divulguer*

L'histoire judiciaire des maladies contagieuses tend à démontrer l'existence d'un devoir d'aviser les personnes directement menacées, tant au Canada qu'aux États-Unis. Illustrons-la par les arrêts suivants.

Ainsi en Ontario, en 1924, un médecin de famille est acquitté de l'accusation de diffamation après avoir avisé de bonne foi son client du fait qu'une jeune fille résidant chez lui est atteinte de maladie infectieuse, sans en préciser la nature vénérienne, même s'il s'avère ultérieurement que cette accusation est sans fondement. Le juge Riddell s'exprime ainsi:⁷⁴

I am of opinion (sic) that any medical man—while there is, or may be, no legal obligation cast upon him to do so—owes a moral duty to those for whom he is family physician to warn them of danger of venereal infection concerning which he has credible information. If he failed to do so, the family would have the right to complain and to decline to continue to employ him.

Le devoir, ajoute-t-il, est d'autant plus clair qu'il s'agit d'une maladie à déclaration obligatoire, y compris la mention des contacts, ce qui témoigne de l'importance qu'y attachent les autorités.⁷⁵

Vers la même époque, la Cour suprême du Nebraska est saisie d'un recours en dommages pour violation de la confidentialité: le patient d'un médecin l'accuse d'avoir révélé à la propriétaire de l'hôtel où il loge qu'il est atteint de maladie contagieuse, celui-ci le croyant de bonne foi atteint de syphilis. Tout en réaffirmant la règle de la confidentialité, essentielle aussi bien à la relation particulière des parties qu'à l'ordre public, la Cour refuse d'y voir un principe absolu: "... on the other hand, the malady of his patient may be such that a duty may be owing to the public and, in some cases, to other particular individuals." Et d'ajouter: "No patient can expect that if his malady is found to be of a dangerously contagious nature he can still require it to be kept secret from those to whom, if there was no disclosure, such disease would be transmitted."⁷⁶ En l'espèce encore, il s'agit d'une maladie à déclaration obligatoire. Dans les deux cas, même si l'avertissement s'est finalement avéré non fondé, la bonne foi du médecin et sa croyance raisonnable dans le sérieux de la situation ont suffi à l'exonérer.

Il est évident qu'il faut nuancer cet aspect aujourd'hui en raison des moyens diagnostiques dont on dispose et des exigences accrues à l'égard

⁷⁴ *C. v. D.*, [1925] 1 D.L.R. 734, à la p. 738 (Ont. S.C.). La sanction *in fine* peut faire sourire aujourd'hui!

⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 737.

⁷⁶ *Simonsen v. Swenson*, *supra*, note 71, à la p. 832.

de la médecine. Nul ne doute que la reconnaissance et l'affirmation des droits de la personne offrent également une meilleure protection contre la divulgation sans consentement ou contre le gré du patient. Pourtant, en 1976, la célèbre affaire *Tarasoff* fait l'effet d'une bombe, non seulement en Californie mais dans tous les milieux de la santé. Rappelons-en brièvement les faits. À Berkeley, un étudiant nommé Poddar est suivi par un psychologue, le docteur Moore, employé par l'université. Dans le cours de la thérapie, il confie à celui-ci son intention de tuer une certaine jeune fille et il met effectivement sa menace à exécution deux mois plus tard. Les parents de la victime poursuivent en responsabilité civile notamment le psychologue et l'université, en alléguant leur défaut d'avertir leur fille du danger, sans s'attarder outre mesure sur la prédiction de la dangerosité et le défaut de faire interner le patient. Les défenseurs opposent pour leur part qu'ils n'avaient aucune obligation à l'égard de la jeune fille. Dans une décision partagée, la Cour suprême de Californie, par la voix du juge Tobriner, énonce:⁷⁷

When a therapist determines, or pursuant to the standards of his profession should determine, that his patient presents a serious danger of violence to another, he incurs an obligation to use reasonable care to protect the intended victim against such danger.

Les circonstances engendrant l'obligation, qui est de diligence raisonnable, sont les suivantes: la prévisibilité du danger pour le demandeur; le degré de certitude que le demandeur souffre un dommage; le caractère direct (*closeness*) du rapport entre la conduite du défendeur et le dommage subi; le blâme moral attaché à la conduite du défendeur; le fardeau imposé au défendeur; la prévention des dommages futurs; les conséquences sur la communauté de l'imposition d'un devoir de diligence (*duty of care*) et de la responsabilité qui peut en découler; la disponibilité et les coûts de l'assurance pour un tel risque. Préalablement à tous ces critères, et c'est un élément essentiel, il faut qu'existe une relation spéciale entre le défendeur et la personne dangereuse ou entre le défendeur et la victime potentielle. À défaut d'un tel lien, il n'existe pas de devoir général de contrôler la conduite d'autrui ni d'aviser ceux qui sont mis en danger par cette conduite.⁷⁸ La mise en oeuvre dépend de chaque cas. Le professionnel n'est pas obligé à une enquête indépendante ou à un interrogatoire poussé: il suffit que la victime soit connue ou identifiable avec un peu de réflexion.⁷⁹

Cette décision a suscité une controverse des plus vives, les psychothérapeutes alléguant que les patients ne se feraient plus traiter, ou ne se confieraient plus de la même façon, entraînant ainsi des effets néfastes sur le traitement des maladies mentales et donc des répercussions plus

⁷⁷ *Tarasoff v. Regents of the University of California*, *supra*, note 7, aux pp. 20 (Cal. Rptr.), 340 (P. 2d).

⁷⁸ *Ibid.*, aux pp. 22-23 (Cal. Rptr.), 342-343 (P. 2d).

⁷⁹ *Ibid.*, aux pp. 25, note 11 (Cal. Rptr.), 345, note 11 (P. 2d).

nuisibles à la société.⁸⁰ En somme, ce sont les arguments que l'on retrouve en première ligne chez les opposants à toute atteinte à la confidentialité dans le cas des maladies transmissibles sexuellement, et plus particulièrement du SIDA et de la séropositivité. Plusieurs États américains ont suivi cette décision et en ont même étendu la portée à des cas où seulement une tendance à la violence est prévisible.⁸¹

L'arrêt *Gammill v. United States*⁸² retient le même critère des relations spéciales entre les parties pour faire naître une obligation pour le médecin d'aviser les personnes susceptibles d'être exposées à la contagion par le patient, en raison de la nature de la maladie et des dangers de contamination (en l'occurrence une hépatite). L'absence de telles relations a conduit ici à l'exonération du médecin, car ce devoir n'existe pas à l'égard du public en général et le médecin ne connaissait même pas les demandeurs. Les victimes potentielles ne lui étaient donc pas connues, ou n'étaient pas facilement identifiables par lui. Or, "the physician must be aware of the specific risks to specific persons before a duty to warn exists"⁸³ et, encore une fois, il faut une relation spéciale avec ces personnes.

En supposant que, par analogie, l'on retienne l'existence d'une éventuelle obligation d'avertir, d'un *duty to warn* à l'égard du conjoint ou partenaire, il faudrait à tout le moins satisfaire aux critères posés par l'arrêt *Tarasoff* ainsi qu'à ceux que nous énumérons plus loin et qui justifient une dérogation au secret médical. Bernard Dickens, Margaret Somerville et Norbert Gilmore, notamment, se fondant sur ces critères, semblent entériner l'existence d'un véritable devoir d'agir à l'égard d'une personne identifiable.⁸⁴

Bien souvent, cependant, la nature du devoir, légal ou purement moral, n'est pas précisée. Quant aux dérogations recommandées par les associations médicales ou de santé publique, exprimées comme une latitude laissée au médecin, elles ne peuvent donc se traduire en devoir juridique, et nous y reviendrons plus loin.

2. Les arguments contre l'existence d'un devoir de divulguer

Les critères déterminés par le jugement *Tarasoff* sont-ils susceptibles de s'appliquer aux maladies transmissibles par voie sexuelle? Il existe d'emblée, entre un malade mental dangereux et une personne atteinte de ce type de maladie, des différences majeures: la menace, si elle est réelle,

⁸⁰ T.P. Wise, *Where the Public Peril Begins: A Survey of Psychotherapists to Determine the Effects of Tarasoff* (1978), 31 *Stanford L. Rev.* 165.

⁸¹ Neave, *loc. cit.*, note 38, à la p. 29; Hermann et Gagliano, *loc. cit.*, note 15, à la p. 63.

⁸² 727 F. 2d 950 (1984).

⁸³ *Ibid.*, à la p. 954.

⁸⁴ B. Dickens, *Legal Rights and Duties in the AIDS Epidemic* (1988), 239 *Science* 580, à la p. 581; Gilmore et Somerville, *op. cit.*, note 34, p. 21.

n'est pas celle d'une violence immédiate et apparente dont la prévention semble plus acceptable, et pour laquelle des moyens de contrôle existent. De plus, l'intervention au niveau de la vie sexuelle de l'individu est perçue comme une intrusion plus grave dans la vie privée, et elle peut avoir un effet désastreux sur ses relations de couple et sur toute son existence.

Eu égard à ce que nous avons dit plus haut de la législation sur les MTS, et à la tolérance sociale qui s'y attache, eu égard aussi au fait qu'elles sont curables actuellement, sauf l'herpès, nous pouvons difficilement conclure à l'existence d'un devoir d'avertir de ce type de maladie.

La gravité du SIDA pose la question avec plus d'acuité. L'impact d'une obligation de révéler peut effectivement dissuader les personnes à risque de consulter leur médecin et de recourir au dépistage. Les milieux concernés sont beaucoup plus sensibilisés à toutes les questions de discrimination et aux répercussions sociales qui peuvent en résulter. Nous avons souligné plus haut l'absence d'uniformité législative en la matière et le fait que les autorités semblent redouter les mesures trop coercitives qui risqueraient de compromettre l'efficacité de la lutte contre la maladie.⁸⁵ Comment, dès lors, conclure à l'existence, pour le médecin, d'un véritable devoir de droit commun, là où les autorités se refusent à prendre position, alors que le débat public dure depuis des années et qu'il leur reviendrait donc de déterminer le comportement attendu du médecin "diligent et raisonnable"?

Le consensus n'est pas plus grand au sein du corps médical, et celui-ci manifeste parfois son opposition même à l'encontre de dispositions législatives claires. William Flanagan relève notamment qu'en Ontario, où, selon la loi, la déclaration est nominale, les demandes d'analyse sont souvent faites avec des initiales seulement, ne permettant pas à d'autres que le médecin de connaître l'identité de la personne testée. Il semble que ces infractions soient actuellement largement tolérées par le ministre.⁸⁶ Sally Guttmacher souligne un autre aspect intéressant, qui n'est pas la moindre des contradictions que l'on retrouve dans ce domaine: cette protection d'autrui que certains prétendent imposer aux professionnels de la santé contredit directement les informations qui sont données lors du *counselling* pré-test et dans lesquelles on insiste précisément sur la confidentialité.⁸⁷

Conclure à l'existence d'une véritable obligation impliquerait aussi que le médecin ait au moins des indications sur la façon de la remplir.⁸⁸ Bien sûr, actuellement on semble la limiter aux cas où il a des "motifs

⁸⁵ Voir notre première partie, A., 1.

⁸⁶ Flanagan, *loc. cit.*, note 12, à la p. 559. Cet auteur mentionne cependant, à la p. 600, une poursuite actuellement en cours en Ontario, où un médecin est précisément poursuivi pour avoir refusé de déclarer le nom de son patient aux autorités, empêchant ainsi la révélation à l'épouse, en contravention avec la loi.

⁸⁷ Guttmacher, *loc. cit.*, note 16, à la p. 70.

⁸⁸ Neave, *loc. cit.*, note 38, à la p. 30.

raisonnables et probables” de croire que le tiers n’a pas été ou ne sera pas averti, et il est donc libre d’apprécier la crédibilité de son patient. Cependant, l’on perçoit tout de suite les difficultés inhérentes à la détermination de l’intensité de l’obligation. S’agit-il d’une simple obligation de moyens? Avec un minimum d’informations sur la vie privée, le fait d’aviser le tiers ne comporte pas en soi d’aléa. Si la protection de la personne justifie la démarche, pourquoi ne pas en faire une obligation de résultat? Il faut en effet, pour atteindre cet objectif, que le comportement sexuel change et seule l’information donnée au conjoint ou partenaire permet de s’en assurer, à moins que ce dernier ne décide d’assumer les risques de la situation. Dans le cas contraire, le patient peut fort bien affirmer qu’il a averti son partenaire, ou encore que les relations sexuelles sont toujours protégées. . . . Logiquement aussi, l’obligation devrait s’étendre à tous les patients, et pas seulement à ceux qui semblent avoir été réticents au départ, ou à ceux qui refusent carrément de dévoiler la situation et ont la franchise de l’exprimer.

Plusieurs maintiennent dès lors qu’en l’absence d’une obligation légale, donc d’une exception formelle à la règle du secret, dévoiler des informations confidentielles à un tiers est une faute professionnelle. Ainsi le médecin est emprisonné dans un dilemme: violer la loi ou laisser le conjoint ou partenaire risquer d’attraper une maladie fatale.⁸⁹

Le maintien absolu de la confidentialité, assortie toutefois d’efforts soutenus pour convaincre le réfractaire, doit donc, sauf circonstances exceptionnelles, avoir préséance: la sauvegarde d’une personne particulière ne vaut pas le tort social et les répercussions sur la lutte contre la maladie qu’aurait la perte de confiance dans le secret médical.⁹⁰ Le juge Clark, dissident dans le jugement *Tarasoff*,⁹¹ estime également qu’il appartient au législateur de décider si l’efficacité du traitement doit être sacrifiée à l’obligation d’avertir.

Nous sommes ainsi portée à inférer, avec William Flanagan, qu’il n’existe pas pour le médecin, en l’état actuel du droit canadien et en raison des hésitations générales quant à l’attitude à adopter en cette matière, de devoir de droit commun d’aviser les proches du patient sans le consentement de celui-ci.⁹²

⁸⁹ Friedman, *loc. cit.*, note 10, à la p. 57; Casswell, *loc. cit.*, note 1, à la p. 246; Neave, *loc. cit.*, note 38, à la p. 23. C’est aussi l’opinion du Comité consultatif fédéral/provincial/territorial sur le SIDA, Rapport sur la confidentialité concernant la séropositivité à l’égard du VIH (1989), 15:8 Rapport hebdomadaire des maladies au Canada 43, p. 45.

⁹⁰ Nanula, *loc. cit.*, note 27, à la p. 1288, en sus des auteurs mentionnés aux notes 92 et 93.

⁹¹ *Supra*, note 7, aux pp. 35 (Cal. Rptr.), 355 (P. 2d).

⁹² Flanagan, *loc. cit.*, note 12, à la p. 556, note 99. Il serait tenu de le faire seulement, comme tout un chacun, s’il a connaissance d’activités susceptibles de conduire à des accusations criminelles évoquées plus haut.

Une exception d'importance tempère cependant notre conclusion, et elle comporte un resserrement des critères énoncés dans l'arrêt *Tarasoff*: pour que le médecin ait un devoir de divulgation, il ne suffit pas qu'il ait des relations particulières avec une des deux parties, à savoir ici le patient porteur de la maladie, mais il faut qu'il en ait avec les deux parties en cause. En effet, si le conjoint ou partenaire de la personne atteinte est en même temps, lui aussi, un patient du médecin, nous estimons que celui-ci a dès lors une obligation de protection spéciale à son égard, entraînant dans ce seul cas une véritable obligation d'agir, et l'abstention serait fautive.⁹³ L'obligation de soigner dont le médecin est débiteur en raison du contrat médical, n'emporte-t-elle pas pour lui l'obligation de protéger son patient contre toute atteinte à sa santé lorsque ceci est à sa portée par des moyens raisonnables? Cet aspect de la relation de confiance nous semble ici beaucoup plus important que celui qui est relatif à la confidentialité. Le patient qui met l'autre en danger ne doit certes pas s'attendre à ce que son droit au secret soit, dans de telles circonstances, respecté par le médecin à l'égard du conjoint menacé.⁹⁴ Les critères qui feraient ici naître un devoir légal d'agir sont identiques à ceux que nous énoncerons plus loin à propos du devoir moral, relevant de la discrétion du médecin.

B. *La discrétion du médecin*

Les arguments qui militent contre l'existence d'un devoir de droit commun, imposant au médecin d'aviser le conjoint ou partenaire, permettent pour la plupart de tracer les contours d'un devoir d'ordre moral, cette fois, qui lui permettrait de prendre l'initiative d'agir. Il importe dès lors de préciser les conditions qui lui permettraient de justifier son attitude et de donner préséance à la protection d'autrui plutôt qu'à l'obligation de confidentialité qu'emporte normalement la relation avec le patient.

1. *Le devoir moral*

Nous avons fait état antérieurement de la latitude laissée au médecin par certaines dispositions législatives et par le Code de déontologie médicale du Québec. Les circonstances exceptionnelles invoquées par les auteurs toucheront effectivement un petit nombre d'individus qui refusent de prendre leurs responsabilités et d'avertir leur partenaire.⁹⁵ C'est là néanmoins une triste réalité. Le médecin doit donc se voir laisser la possibilité d'agir lorsqu'il se sent une obligation morale et professionnelle de le faire pour protéger le conjoint ou compagnon inconscient de la menace qui pèse sur lui.

⁹³ Casswell, *loc. cit.*, note 1, à la p. 240; C. v. D., *supra*, note 74.

⁹⁴ E.N. Brandt, *Health Care Workers and AIDS* (1989), 48 *Maryland L. Rev.* 1, à la p. 8. Nous arriverions probablement à la même conclusion quant à la responsabilité de l'hôpital si les autorités savaient qu'un patient est susceptible d'en contaminer un autre.

⁹⁵ Brandt, *loc. cit.*, note 94, à la p. 9; Neave, *loc. cit.*, note 38, à la p. 17.

L'Association médicale canadienne,⁹⁶ la Société royale du Canada,⁹⁷ l'American Medical Association⁹⁸ acceptent ou recommandent maintenant la levée du secret médical dans de telles circonstances. La formulation employée par la première est particulièrement prudente:⁹⁹

L'AMC rappelle aux médecins qu'il n'est pas nécessairement contraire à la déontologie médicale de révéler l'état de leur patient atteint à son conjoint ou à son partenaire sexuel lorsque le patient refuse de le faire lui-même. Une telle révélation serait acceptable du point de vue déontologique si toutes les conditions suivantes sont réunies...".

Les critères, que nous retrouverons parmi ceux énoncés plus loin de façon plus complète, sont axés sur le danger que représente pour les autres un individu et sur la nécessité de divulguer l'information pour éviter ce danger. La Société royale du Canada souhaite que la législation professionnelle soit modifiée pour permettre spécifiquement la divulgation,¹⁰⁰ ce qui lèverait l'incertitude pour le médecin tout en lui laissant un pouvoir d'appréciation. La décision de révéler devrait cependant être laissée au médecin lorsqu'elle est indiquée:¹⁰¹

There is no reason to believe that physicians, if given the option to do so, will not responsibly exercise an obligation to initiate contact tracing to protect those who are unknowingly at risk if their patient refuses to do so. This responsibility is consistent with the many professional and legal obligations placed on physicians to disclose information in order to prevent imminent harm to others... It is likely unnecessary that physicians should be under a legal obligation to perform contact tracing, as it is reasonable to assume that they would fulfill their professional responsibility to inform parties at risk.

Deux mises en garde s'imposent. La première souligne la nécessité d'établir les critères les plus clairs possibles: il faut éviter que les médecins ne soient portés à dévoiler indûment l'état de leur patient par crainte de poursuites en responsabilité s'ils se taisent.¹⁰² La seconde rappelle que les efforts d'éducation du milieu médical lui-même, face au défi formidable posé par le SIDA, doivent également rester une priorité: le médecin ne doit pas se sentir trop facilement libéré de sa responsabilité à l'égard de

⁹⁶ Association médicale canadienne, A.C.M.A. Position: Acquired Immunodeficiency Syndrome (1989), 140 Can. Med. Ass. J. 64C; Casswell, *loc. cit.*, note 1, à la p. 227; Somerville et Gilmore, *op. cit.*, note 34, p. 22; Flanagan, *loc. cit.*, note 12, à la p. 598, note 256.

⁹⁷ Société royale du Canada, Le sida, l'état de la question au pays, rapport de synthèse et recommandations (1988), pp. 12 et 13.

⁹⁸ Guttmacher, *loc. cit.*, note 16, à la p. 70; Hermann et Gagliano, *loc. cit.*, note 15, à la p. 73. Il en va de même de la Commission présidentielle américaine sur le SIDA: Bayer et Gostin, *loc. cit.*, note 14, à la p. 462.

⁹⁹ Association médicale canadienne, *loc. cit.*, note 96, à la p. 64C.

¹⁰⁰ Société royale du Canada, *op. cit.*, note 97, p. 13, et la recommandation no 11.

¹⁰¹ Flanagan, *loc. cit.*, note 12, à la p. 598.

¹⁰² *Ibid.*: la législation de l'État de New York exonère de responsabilité les médecins pour *non-divulgateion*.

son patient une fois qu'il a avisé le tiers, et la divulgation ne peut être une solution de substitution à un *counselling* approprié.¹⁰³

Voyons maintenant quels critères peuvent servir de guide à la décision du médecin.

2. *Les conditions justifiant la divulgation*

Demandons-nous quand et à qui la divulgation se justifie et quelles peuvent en être les modalités éventuelles. Les critères qui suivent constituent une synthèse des éléments tirés de la jurisprudence et de la doctrine et que nous considérons comme pertinents dans les circonstances. Ils pourraient servir à expliciter d'éventuelles lignes directrices à l'usage des professionnels de la santé, en l'absence de dispositions législatives.

L'objectif visé est de protéger la personne menacée tout en portant atteinte le moins possible aux droits du patient.

a. *Les circonstances de la révélation*

(i) L'existence d'une menace réelle. Nous avons écarté plus haut la levée du secret pour les MTS. Il faut que le patient, ou la patiente, du médecin soit réellement atteint du SIDA, ou séropositif. Il ne suffit évidemment pas qu'il soit une personne à risque. Les tests et examens doivent avoir confirmé l'existence de la maladie ou la présence du virus. Nous ne pensons pas que les tribunaux se contenteraient de nos jours d'une croyance "raisonnable et probable" pour justifier une telle dérogation au secret professionnel avec les conséquences dramatiques que l'on sait. Cette croyance pourrait-elle être invoquée en cas de test faussement positif? Nous ne le pensons pas non plus, étant donné l'habitude de faire à présent un second test de contrôle si le premier est positif.

(ii) Le patient doit signifier ou manifester son intention de continuer à avoir des relations sexuelles non protégées avec la personne menacée. Souvent, si tel était le cas auparavant et qu'il ne veut en rien trahir sa situation, il ne voudra donc pas changer les habitudes du couple. À défaut, le médecin doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'il en est ainsi.

(iii) La personne atteinte doit refuser que son conjoint ou partenaire soit averti de son état. Certains auteurs échappent à la véritable problématique en suggérant que le médecin convainque son patient de révéler ou de le laisser révéler la situation, et ne se posent pas la question du refus persistant.¹⁰⁴ Si l'on peut procéder avec le consentement du patient, c'est évidemment la solution la meilleure. Dans le cas contraire, il faut aller plus loin. Ici aussi intervient la crédibilité de la personne, que nous avons déjà évoquée.

¹⁰³ Neave, *loc. cit.*, note 38, à la p. 4.

¹⁰⁴ Casswell, *loc. cit.*, note 1, à la p. 248.

Si celle-ci semble douteuse, selon l'intime conviction du médecin, ce dernier pourrait être amené à s'assurer que le conjoint a véritablement été avisé. Contrairement à l'affirmation de la Société royale,¹⁰⁵ nous ne pensons pas qu'il faille nécessairement un "refus catégorique" pour agir.

(iv) Dans tous les cas cependant, le patient doit être averti de la démarche qui va être accomplie. C'est une question de loyauté à son égard et elle s'inscrit dans les rapports patient-médecin. Elle permet peut-être aussi de sauver la relation thérapeutique, en exigeant du praticien qu'il explique clairement le sens et les motifs de sa démarche. Le patient doit comprendre que la protection d'autrui passe parfois avant son droit à la confidentialité.

(v) La révélation est justifiée seulement si elle est susceptible d'amener des mesures de prévention que l'on ne prendrait pas autrement.¹⁰⁶ Ceci rejoint les éléments relatifs à la personne menacée, abordés ci-dessous.

(vi) Le patient peut voir son jugement perturbé parce qu'il ressent déjà les effets neurologiques de la maladie. Si tel est le cas, on pourra vraisemblablement considérer qu'il n'est plus en mesure de donner un consentement ou d'opposer un refus éclairé, et nous changeons alors de problématique.

(vii) Il faut qu'il n'y ait pas d'autre moyen de prévenir le dommage et que la révélation s'impose, aux yeux du médecin, comme une nécessité dans les circonstances. Ce critère, mentionné par l'arrêt *Simonsen*,¹⁰⁷ n'est malheureusement pas repris dans la décision *Tarasoff*,¹⁰⁸ où précisément, s'agissant d'une maladie mentale, d'autres moyens auraient sans doute pu être mis en oeuvre. Ici, si le refus persiste malgré le *counselling*, l'éducation, l'information véhiculée, cette condition sera probablement satisfaite en matière de transmission sexuelle, dans la mesure où les autorités de santé ne prévoient pas de dispositions particulières ou, s'il en est, ne les appliquent pas, ou encore si la déclaration aux autorités est non nominale et ne leur permet donc pas d'intervenir. De plus, les délais peuvent sembler inacceptables selon les circonstances. Nous écartons d'emblée la "quarantaine" (pour combien de temps?), l'internement et autres moyens extrêmes qui répugnent à nos sociétés¹⁰⁹ et qui, de toute façon, amèneraient à mettre le conjoint au courant de la situation.

b. *Le bénéficiaire de la révélation*

(i) La personne menacée directement doit être identifiée ou facilement identifiable: il doit s'agir du conjoint ou de la personne partageant la vie

¹⁰⁵ *Supra*, note 97, à la p. 13.

¹⁰⁶ L. Gostin, *Hospitals, Health Care Professionals, and AIDS: The "Right to Know" the Health Status of Professionals and Patient* (1989), 48 Maryland L. Rev. 12, à la p. 22.

¹⁰⁷ *Simonsen v. Swenson*, *supra*, note 71, à la p. 832.

¹⁰⁸ *Tarasoff v. Regents of University of California*, *supra*, note 7.

¹⁰⁹ Nanula, *loc. cit.*, note 27, à la p. 1281.

du patient, qu'il s'agisse d'une relation hétéro- ou homosexuelle. Ceci suppose que le médecin en sache assez sur la vie privée de son patient ou que le conjoint ou partenaire ait été désigné par celui-ci. Le praticien n'a pas à mener une enquête policière pour découvrir l'identité de la personne. Rappelons que, dans le cas où le proche est également un patient du médecin, nous avons vu qu'il existe plus qu'une latitude, mais une véritable obligation légale de divulguer.

(ii) La personne menacée doit-elle être une personne "innocente", autrement dit doit-elle ignorer la menace qui pèse sur elle? C'est l'opinion qui semble prévaloir. L'Association médicale canadienne mentionne le conjoint ou partenaire qui "n'a pas de raison de croire qu'il est exposé à une infection par le VIH".¹¹⁰ Si, par contre, cette personne est elle-même, notoirement, à risque, on pourrait présumer qu'elle est au courant des mesures à prendre et de la disponibilité des tests de dépistage. Mais une telle présomption ne comporte-t-elle pas un jugement sur la personne? Le mode de vie du partenaire ne devrait donc pas être déterminant. Dans le doute, le médecin peut décider de l'informer.

(iii) Seule la personne directement menacée doit être informée. N'oublions pas qu'il s'agit d'une exception au secret, qu'une interprétation restrictive s'impose donc et que l'atteinte aux droits du patient doit être minimale. Ainsi, la révélation à cette personne doit s'accompagner des conseils pertinents, et également d'un appel à la confidentialité de sa part. Aviser sans raison d'autres proches du patient serait certes illégitime.

c. *Les modalités de la révélation*

Diverses modalités sont suggérées, et nous en avons déjà évoqué certaines, notamment si le médecin peut convaincre son patient d'agir, seul ou en sa présence. Dans le cas contraire et en l'absence de dispositions légales spécifiques, il peut contacter lui-même le partenaire ou encore aviser les autorités de santé publique afin que celles-ci le fassent. Cette possibilité devrait toujours être offerte et des mesures devraient être prises en ce sens. Pour certains, cette dernière façon de procéder semble préférable, car elle permet au médecin de jouer son rôle social tout en n'en faisant pas l'instrument direct de la révélation.¹¹¹ Le recours à un comité d'éthique hospitalier permettrait de conforter le médecin dans sa démarche et lui serait d'une aide précieuse en cas de poursuite. Curieusement, un seul auteur suggère cette avenue.¹¹² Faudrait-il aller plus loin encore et demander l'autorisation du tribunal? La lourdeur de l'appareil et les risques pour la confidentialité laissent sceptique sur l'intérêt d'une telle démarche dans

¹¹⁰ Association médicale canadienne, *loc. cit.*, note 96, à la p. 64C; Flanagan, *loc. cit.*, note 12, à la p. 598: "who are unknowingly at risk . . .".

¹¹¹ Flanagan, *loc. cit.*, note 12, à la p. 597.

¹¹² Neave, *loc. cit.*, note 38, à la p. 31.

les circonstances. Par contre, l'intervention d'autorités extérieures peut aussi avoir l'effet contraire et révolter davantage encore le patient.

Quelle que soit la décision prise, le médecin, dramatiquement déchiré par des intérêts contraires, est susceptible d'être l'objet de poursuites en responsabilité civile.

III. *Les moyens de défense du médecin lors d'un recours civil*

Nous n'entendons pas analyser ici les différents types de recours possibles en droit civil ou en common law,¹¹³ mais simplement évoquer les moyens de défense à une action en dommages.

A. *En cas de recours de la personne atteinte, pour manquement au secret professionnel*

Nous avons vu plus haut les tendances qui se dessinent en faveur de l'exception à la confidentialité dans des circonstances particulières, lorsque le conjoint de droit ou de fait est directement menacé et que le malade refuse sa coopération, se réclamant du secret absolu. Dans un tel contexte, il est vrai que le médecin, s'il parle, porte atteinte à un droit clairement établi.

La défense de nécessité, propre au droit criminel,¹¹⁴ est mentionnée souvent parmi les faits justificatifs lors d'un recours civil.¹¹⁵ Le juge Dickson a énoncé à son égard de sérieuses réserves dans l'arrêt *Morgentaler*¹¹⁶ et en a précisé la portée dans l'affaire *Perka*.¹¹⁷ Admettant cette défense comme excuse appelant à l'indulgence, en raison de circonstances dramatiques, à l'égard d'un acte intrinsèquement mauvais, il la rejette comme justification, en dehors des cas prévus par le Code, en raison de sa subjectivité et des risques de désordre qu'elle comporte.¹¹⁸

¹¹³ Voir notamment sur ce point Neave, *loc. cit.*, note 38, aux pp. 13 et seq.; S. Rodgers-Magnet, *Common Law Remedies for Disclosure of Confidential Medical Information*, à Study for the Royal Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario (1978).

¹¹⁴ L'article 8(3) du Code criminel, *supra*, note 62, énonce que les moyens de défense traditionnels de la common law demeurent en vigueur s'ils ne sont pas incompatibles avec d'autres dispositions législatives.

¹¹⁵ J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (3e éd., 1990), p. 69, no 115.

¹¹⁶ [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 678: "Si elle existe, elle ne peut faire plus que justifier la désobéissance dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible. Aucun système de droit positif ne peut admettre un principe qui permettrait à quelqu'un de violer la loi parce que, à son avis, elle entre en conflit avec des valeurs sociales plus élevées." (Cette défense n'a pas été retenue dans la cause, vu l'absence d'urgence réelle).

¹¹⁷ [1984] 2 R.C.S. 232. (Un bateau chargé de cannabis s'est réfugié dans les eaux canadiennes pour échapper au mauvais temps et s'est échoué).

¹¹⁸ *Ibid.*, aux pp. 246 et seq.

Or c'est précisément à l'aspect de justification (un acte illégal considéré comme bon dans les circonstances) que nous sommes tentés de faire appel pour défendre la décision du médecin, et ceci montre bien qu'il faut éviter d'importer, dans les recours civils, des notions propres au droit criminel. L'état de nécessité, d'ailleurs, n'est pas inconnu en droit civil ni en common law et la Cour suprême a eu à l'analyser, notamment dans l'affaire *Lapierre c. P.G. Québec*.¹¹⁹ Nous y retrouvons les éléments de la situation dans laquelle se trouve le médecin: un acte dommageable: une atteinte au secret dû au patient; cet acte est posé pour éviter un mal plus grand: la contamination potentielle du conjoint ou partenaire par un virus mortel; l'absence d'alternative pour éviter ce mal: c'est une des conditions que nous avons posées pour que la révélation soit justifiée.¹²⁰ Si ces conditions sont remplies, le médecin qui déroge au secret peut invoquer le *qualified privilege*.¹²¹ L'on retrouve ainsi, à la réflexion, un parallèle évident entre les conditions établies par la Cour suprême pour justifier une atteinte aux droits garantis par les chartes, au niveau public, et les conditions justifiant une atteinte au niveau privé, en présence d'un état de nécessité.

En réalité, même si l'on peut élaborer sur ces différents aspects, ils servent à déterminer une chose qui reste le fondement du droit commun de la responsabilité: le médecin a-t-il commis une faute en agissant comme il l'a fait? Il est en effet forcé de choisir entre des intérêts contraires, ceux de son patient et ceux de la personne menacée. Sa conduite doit être appréciée dans sa globalité et non pas à l'égard d'une seule des parties. Avant de prendre une telle décision, l'homme de l'art doit évidemment s'être assuré de l'exactitude du diagnostic, en utilisant des moyens reconnus par la bonne pratique médicale actuelle. Il doit, comme le soulignait l'arrêt *Simonsen*,¹²² agir sur une base raisonnable, de bonne foi et sans malice. Si l'on conclut que le médecin prudent, diligent et raisonnable eût choisi la même voie, il n'y a pas de faute et toute responsabilité est écartée. Nous voyons mal un juge conclure autrement dans de telles circonstances.

B. *En cas de recours du conjoint ou partenaire, pour non-divulgence du risque*

Pour réussir dans son action, le conjoint ou partenaire doit tout d'abord prouver faute: l'omission n'est telle que s'il existe à son égard un devoir d'agir, de l'aviser du risque encouru. Lorsque la divulgation est laissée

¹¹⁹ [1985] 1 R.C.S. 241, aux pp. 247 *et seq.* (Jeune fille victime d'encéphalite à la suite d'une vaccination contre la rougeole. La nécessité a été écartée en l'espèce). Pour une étude plus approfondie de cette notion, dépassant le cadre de cet article, voir notamment J. Aboaf, L'état de nécessité et la responsabilité délictuelle (1942); R. Pallard, L'exception de nécessité en droit civil (1949); P. Lallement, L'état de nécessité en matière civile (1922); Linden, *op. cit.*, note 53, pp. 93 *et seq.*

¹²⁰ Voir partie II, B., 2.

¹²¹ Linden, *op. cit.*, note 53.

¹²² *Simonsen v. Swenson*, *supra*, note 71, à la p. 832.

à la discrétion du médecin, on ne peut lui reprocher sa décision.¹²³ Nous avons conclu que tel est le cas, excepté lorsque l'autre partie est elle-même patiente du médecin. Dans cette hypothèse, encore faudra-t-il prouver, selon la prépondérance des probabilités, le lien de causalité entre le silence et le dommage subi.¹²⁴ Si, pour une MTS, à cause de la période d'incubation assez courte et des manifestations extérieures, il peut être plus aisé d'établir le moment de la contamination, et donc la possibilité qu'aurait eue le médecin de prévenir à temps, il n'en va pas de même en matière de SIDA. Les éléments suivants devraient être établis par une preuve prépondérante:

(1) Seules les relations sexuelles avec le conjoint atteint peuvent être à l'origine de la transmission du virus. Le demandeur ne doit donc pas être lui-même une personne à risque, qu'il s'agisse d'activité sexuelle, de drogue, de transfusion sanguine antérieure aux tests de dépistage.

(2) La contamination s'est faite après que le médecin ait été au courant de la situation. Le moment du diagnostic chez le conjoint, la fréquence des relations sexuelles, la probabilité statistique de transmission du virus seront des éléments pertinents.

(3) Si la victime avait été avertie, elle aurait modifié son comportement de façon à se prémunir contre le risque de transmission. Vu la crainte suscitée par le SIDA, ce sera probablement la preuve la moins difficile à faire, à moins que le mode de vie de la victime ne fasse mettre en doute sa crédibilité.

Il faudrait donc vraiment des circonstances très précises pour que le lien puisse être établi lorsque l'on a affaire à un couple marié, ou non marié mais stable, et rares donc seront vraisemblablement les cas où le médecin pourrait être tenu responsable de la transmission de la maladie. Par contre, rien n'exclut *a priori* une indemnisation pour les souffrances morales de la victime à l'idée que son sort eût pu être différent, ainsi que l'a décidé la Cour suprême dans l'arrêt *Laferrière c. Lawson*.¹²⁵

Conclusion

Laissant aux autorités et aux tribunaux le soin de décider ce qui relève de l'intérêt public dans le cadre des maladies transmissibles par voie sexuelle, nous avons tenté d'analyser la nature juridique de la révélation faite par le médecin au conjoint ou partenaire de son patient dans le but de protéger cette personne contre la contamination, lorsque la législation est muette sur ce point. Nous avons écarté, dans le contexte actuel, aussi bien pour

¹²³ Casswell, *loc. cit.*, note 1, à la p. 250.

¹²⁴ Le demandeur ne peut plus, à l'heure actuelle au Canada, tenter d'invoquer la "perte d'une chance" d'éviter la maladie, la Cour suprême s'étant récemment prononcée contre l'utilisation de ce concept, aussi bien dans une cause de common law que dans une cause de droit civil: *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Laferrière c. Lawson*, C.S. Can. 21334, 1991-03-21.

¹²⁵ *Ibid.*

le SIDA que pour les autres MTS, l'existence d'un devoir, soit de porter secours en vertu de la Charte québécoise, soit de droit commun. Nous avons considéré toutefois que le devoir existe véritablement dans un cas, et c'est celui où la personne menacée est aussi patiente du médecin, en raison de la relation contractuelle qui les unit. Dans les autres cas, le médecin a discrétion pour décider s'il doit ou non aviser le conjoint ou partenaire, et nous avons établi, nous appuyant sur diverses recommandations, un certain nombre de conditions pouvant fonder la dérogation au secret professionnel.

Il serait souhaitable, en effet, que les médecins disposent de lignes directrices claires et unifiées leur permettant de fonder et justifier leur démarche, face aux intérêts conflictuels entre lesquels ils doivent trancher. Faut-il appeler une intervention du législateur pour les exonérer de responsabilité lorsqu'ils décident, en conscience, de porter atteinte à la confidentialité?¹²⁶ La décision au cas par cas a l'avantage de la souplesse et l'inconvénient du risque de l'aventure judiciaire.

La société hésite à faire des choix: nous avons évoqué les déchirements que provoque le drame du SIDA et l'incertitude sur les positions à adopter pour lutter contre le fléau. Dans la vieille histoire d'amour et de rancœur qui unit les disciples d'Esculape¹²⁷ aux humains souffrants, une constante: toujours il est fait appel au sens des responsabilités du corps médical. Il n'a pas démerité. Les efforts de tous doivent plus que jamais se conjuguer pour éduquer, sensibiliser chacun à ses responsabilités à l'égard d'autrui, bâtir, selon la belle expression de Ronald Bayer et Larry Gostin,¹²⁸ les fondements de la confiance. La victoire commune est à ce prix.

¹²⁶ Neave, *loc. cit.*, note 38, à la p. 22.

¹²⁷ Nom donné par les romains à Asclépios, dieu grec de la médecine. Remplacé aujourd'hui par des organigrammes.

¹²⁸ Bayer et Gostin, *loc. cit.*, note 14, à la p. 460.