
Le devoir du médecin de prévenir les membres de la famille d'un patient atteint d'une maladie génétique

Martin Letendre*

Le patrimoine génétique de chaque personne est une partie inhérente de son individualité, mais c'est aussi un lien entre elle et les membres de sa famille biologique. Ces liens de consanguinité prennent une signification particulière lorsque les membres d'une famille sont porteurs d'une maladie transmise génétiquement. Il se pose alors un dilemme pour les médecins quant à savoir s'ils doivent privilégier leur devoir de confidentialité envers un patient malade, ou s'ils ont l'obligation de prévenir les membres de sa famille biologique du risque qui les guette lorsqu'une prévention opportune pourrait l'éviter. Malgré un manque de clarté sur cette question dans les droits canadien et québécois, il existe des arguments pour justifier la position du médecin qui déciderait de sacrifier le secret professionnel au profit de l'intérêt des membres de la famille.

Le débat sur le problème posé par les affections génétiques se place entre deux perspectives sur la nature du devoir du médecin. À une extrémité, on trouve le modèle juridique, selon lequel le devoir de confidentialité doit avoir priorité. Il est contrebalancé par le modèle médical, qui met l'accent sur l'accès par la famille à l'information génétique qui pourrait l'aider. C'est, à première vue, le modèle juridique qui domine, aussi bien au Québec que dans le reste du Canada. Cependant, les juridictions canadiennes de common law ont récemment importé dans leur jurisprudence la notion américaine d'un «devoir de prévenir» qui incomberait au médecin conscient d'un risque créé par son patient. Il serait envisageable d'appliquer cette idée au danger que pose la victime d'une maladie génétique pour sa famille, lorsqu'il refuse de les informer de sa condition. Le médecin aurait alors l'obligation de communiquer avec la parenté de son patient, malgré l'opposition du patient.

Au Québec, on reconnaît déjà que le droit au secret professionnel n'est pas absolu. Il peut y avoir rupture de confidentialité sur la base du consentement implicite du patient, ou sans aucun consentement de sa part, lorsqu'un danger existe pour des tiers comme la famille. Cependant, si le médecin québécois a le droit de divulguer de l'information, il n'en a apparemment pas le devoir. Une famille qui voudrait obliger un médecin à l'informer du danger d'une affection génétique devrait tenter d'invoquer son droit au secours, prévu dans la *Charte québécoise de droits et libertés*. Pour le moment, les incertitudes qui planent sur cette zone du droit requièrent une grande précaution de la part des professionnels de santé.

A person's genetic heritage is an inherent part of their individuality, but it is also the link between that person and the members of their biological family. Ties of consanguinity take on a particular significance when the members of a family are carriers of a genetically-based disease. For doctors, this raises the dilemma of how to balance the duty of confidentiality owed to their patient with the obligation to warn other members of the patient's biological family of the risks they face, especially when preventative measures are available. In spite of a lack of clarity on this issue in Quebec and Canadian law, there are persuasive arguments justifying a doctor's decision to sacrifice the professional duty of confidentiality in the interest of other family members.

The problem created by genetic diseases can be examined through two different perspectives on the nature of a doctor's duty. On one end lies the legal model, for which the duty of confidentiality is paramount. This view is counterbalanced by the medical model, which emphasizes access, by family members, to helpful genetic information. At first glance, the legal model dominates in both Quebec and the rest of Canada. However, the common law jurisdictions of Canada have recently imported into their jurisprudence the American notion of a "duty to warn" incumbent upon a doctor who becomes aware of a risk created by their patient. The application of this concept could be extended to cover risks posed by the carrier of a genetic disease to his or her family members where the carrier refuses to disclose the condition to them. Notwithstanding the patient's opposition, the doctor would then be obligated to communicate with the patient's next of kin.

In Quebec, it is already recognized that the duty of confidentiality is not absolute. Confidentiality can be bypassed when a patient has implicitly consented, or without any consent whatsoever when a danger exists for third parties like family members. However, while a Quebec doctor has the right to disclose information, he or she apparently has no duty to do so. A family wanting to compel a doctor to inform them of genetic disease risks would have to attempt invoking a right to assistance under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. At this point in time, uncertainties in this area of the law require a great deal of caution on the part of health professionals.

* B.A. (Philosophie), LL.B., LL.M. L'auteur tient à remercier le *Projet Génétique éthique droit et société (GEDS) de Génome Québec*, le *Réseau de médecine génétique appliquée (RMGA)* et le *Projet INHERIT BRCA*s dont le soutien financier a contribué à la réalisation de cet article. Il tient également à remercier Professeure Bartha Maria Knoppers, Me Gary Mullins et Dre Michèle Marchand qui ont cordialement accepté de lire et de commenter les versions antérieures du présent article. Il est bien entendu que seul l'auteur est responsable du texte.

Introduction	557
I. Les deux pôles de la confidentialité de l'information génétique	559
A. <i>Le modèle légal ou la sauvegarde de l'autonomie du patient</i>	560
1. Le fondement du devoir de confidentialité	560
2. L'application pragmatique du modèle légal	561
B. <i>Le modèle médical ou la défense de l'intérêt général de la famille</i>	562
1. Le fondement du partage familial de l'information génétique	562
2. L'application pragmatique du modèle médical	563
II. Les règles en matière de confidentialité à la lumière du droit canadien et québécois	564
A. <i>La situation canadienne : une reconnaissance possible d'un devoir de prévenir (duty to warn)</i>	564
1. L'absence de législation fédérale et la pauvreté des dispositions provinciales	565
2. Un courant jurisprudentiel à l'image des décisions américaines	565
a. <i>L'arrêt Tarasoff v. Regents of the University of California</i>	565
b. <i>Les arrêts Pate v. Threlkel et Safer v. Estate of Pack</i>	567
c. <i>L'affaire Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works</i>	569
d. <i>L'arrêt McInerney c. MacDonald</i>	569
e. <i>L'affaire C. v. D.</i>	571
f. <i>L'arrêt Smith c. Jones</i>	572
g. <i>Conclusion</i>	574
3. L'actualité des règles professionnelles de l'Association médicale canadienne	575
4. Conclusion	576
B. <i>La situation québécoise : L'opposition entre le droit au secret et le droit au secours</i>	576
1. Le droit au secret	576
a. <i>Une législation abondante en faveur de la préservation du secret</i>	576
b. <i>Un droit non absolu</i>	578
i. La rupture de la confidentialité avec consentement du patient	578
ii. La rupture de la confidentialité sans le consentement du patient	579
2. Le droit au secours	583
a. <i>Règles générales</i>	583
b. <i>Une dérogation jurisprudentielle aux règles générales</i>	585
Conclusion	589

Seuls le sang, la famille, l'histoire, le temps, identifient un être humain. Le sang est la meilleure carte d'identité.

Jean-Marie Adiaffi

Dès lors qu'on est parent, il y a des devoirs qu'on ne peut esquiver, des obligations qu'il faut remplir, quel qu'en soit le prix.

Paul Auster

La famille est plus importante que les individus qui la constituent.

Moses Isegawa

Introduction

C'est en tant que produit issu de la combinaison des apports de nos parents que nous évoluons dans le monde et que nous sommes ce que nous sommes. Malgré le dicton voulant que notre futur soit entre nos mains, nous sommes assujettis à un certain déterminisme biologique, résultat de l'héritage génétique laissé par nos ascendants. Notre vie biologique est donc ainsi réglée en grande partie par un programme pré-implanté lors de la fécondation et dont le support de base de la programmation se retrouve dans l'ADN (acide désoxyribonucléique). En effet,

On peut résumer la structure du matériel génétique humain de la façon suivante, en partant de ses éléments les plus petits pour aller au plus gros:

- 3,3 milliards de paires de bases de nucléotides (G, C, A, T)
- entrant dans la composition de 50 000 à 100 000 gènes
- contenus dans 23 paires de chromosomes
- et dans l'ADN des cellules autres que les globules rouges¹.

Les recherches dans le domaine de la génétique démontrent que les gènes ont un très grand rôle à jouer dans la manifestation de certaines maladies. On a trouvé, jusqu'à maintenant, près de 8 000 anomalies génétiques attribuables à un seul gène affectant plus d'un pourcent de la population. Plus de la moitié de ces anomalies entraînent des conséquences graves. Les anomalies génétiques sont l'une des principales causes des avortements spontanés et représentent près du tiers des cas de mortalité chez les enfants âgés de moins de quinze ans. De plus, les mutations génétiques sont impliquées dans la plupart des cancers, et de nombreuses maladies multifactorielles, telles le diabète, comportent des composantes génétiques.

Heureusement, il est maintenant possible de dépister certains gènes responsables de ces maladies, permettant ainsi une intervention hâtive par les professionnels de la

¹ Commissaire à la protection de la vie privée au Canada, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1992 à la p. 9.

santé et la mise en place d'un régime de vie préventif pour les victimes potentielles. Par exemple, nous savons maintenant que certaines formes de cancer du sein transmises de façon familiale sont liées à des mutations situées aux gènes BRCA1 et BRCA2. La présence de mutations à ces gènes est associée à un risque de cancer du sein dans 60 à 90% des cas. Le régime de vie et l'environnement influencent également ce facteur de risque, mais il n'est pas encore possible de définir clairement leur rôle. Lorsque diagnostiqués à temps, les porteurs de mutations aux gènes BRCA1 et BRCA2 peuvent opter pour différentes stratégies préventives, incluant notamment des traitements de chimioprévention ou la mastectomie prophylactique, permettant ainsi de réduire considérablement les chances de développer le cancer du sein. Malgré le fait que le dépistage et le diagnostic génétique ouvrent des avenues intéressantes dans la lutte contre certaines maladies, nous nous retrouvons face à de nombreuses questions éthiques et juridiques dès le moment où notre matériel génétique (notre programme implanté lors de la fécondation) devient de l'information génétique (des données tangibles sur notre patrimoine génétique.) La recherche de notre programmation génétique nous fait prendre conscience de notre appartenance à une importante lignée d'individus partageant presque le même bagage d'information : notre famille.

Le diagnostic génétique fait d'une démarche habituellement personnelle, la gestion et la prise en charge de notre santé, une affaire de famille. En effet, un diagnostic génétique nécessite souvent la participation d'autres membres de la famille afin de confirmer le résultat obtenu. D'autre part, il faut comprendre qu'un résultat de diagnostic génétique révèle de l'information sur les membres de la famille biologique, même si ces derniers n'ont pas consenti à subir le test. Cette information peut indiquer que certains membres de la famille biologique devraient être examinés ou même soignés, au risque d'être eux-mêmes atteints d'une maladie grave. Nous pouvons donc comprendre les problèmes potentiels liés au diagnostic génétique si la famille refuse de coopérer. Ainsi, nous pouvons nous demander ce que doit faire un médecin face à un patient réfractaire à l'idée de révéler l'information qu'il détient sur le patrimoine génétique de sa famille, même si cette information peut leur être bénéfique. Le médecin pourrait se retrouver face à un dilemme très complexe où il devrait choisir entre le respect de la confidentialité de son patient et son devoir de protéger la santé et le bien-être des individus qu'il dessert.

Ce dilemme constituera la trame de fond de notre étude, qui comportera deux volets. Après avoir pris connaissance des positions éthiques qui s'offrent à nous, à savoir la sauvegarde des droits individuels du patient ou la défense des intérêts du patient à l'intérieur de la cellule familiale, nous examinerons les choix faits par les législateurs canadien et québécois. Nous constaterons rapidement que le rôle du médecin est délicat, car le droit actuel, tant au Québec qu'ailleurs au Canada, n'offre aucune réponse satisfaisante et considère encore la famille comme un tiers². Le

² Voir Bartha Maria Knoppers, «Professional Norms: Towards a Canadian Consensus ?» (1995) 3 Health L.J. 1 à la p. 9.

législateur québécois fait de la confidentialité un droit fondamental, mais permet le bris de confidentialité des dossiers médicaux dans certains cas bien précis. Pour leur part, les législateurs fédéraux et des autres provinces n'apportent aucune autre avenue intéressante. Cependant, la jurisprudence canadienne, inspirée grandement par les décisions américaines, ouvre selon nous la porte à une possible rupture de la confidentialité dans les cas où la santé des membres de la famille serait en péril. Malgré cela, l'incertitude plane toujours et les gouvernements provinciaux et fédéral, tout comme les diverses corporations professionnelles, devront préciser les règles à suivre afin de sortir les médecins d'une situation des plus incertaines. C'est d'ailleurs afin de faire preuve de clarté que nous limiterons notre étude au devoir de prévenir, sans regarder en profondeur les enjeux éthiques que présente l'effet de la médecine génétique sur les relations familiales³.

Il est cependant important de préciser ce que nous entendons par la notion de famille. Les composantes de la cellule familiale peuvent varier selon qu'on perçoit celle-ci sous un angle juridique, sociologique ou biologique. La cartographie du patrimoine génétique soulève des enjeux éthiques dans des domaines aussi variés que le diagnostic prénatal ou le devoir d'une personne de divulguer son statut de porteur d'une mutation génétique à son conjoint. Il serait, à notre avis, trop ambitieux de traiter de toutes ces problématiques à l'intérieur de cet article. C'est pour cette raison que nous nous concentrerons uniquement sur les enjeux pour la famille biologique. Lorsque nous traiterons de la situation du conjoint, ce ne sera qu'à l'égard du diagnostic génétique et non de la planification des naissances.

I. Les deux pôles de la confidentialité de l'information génétique

Les dispositions législatives et les décisions rendues en matière de confidentialité reposent sur des choix de société issus de courants éthiques, sociologiques et psychologiques. Une étude des fondements de ces choix et de leur application concrète permettra de saisir d'une part les positions défendues par nos gouvernements et d'autre part les implications réelles des choix de société des législateurs québécois et canadiens. Nous pouvons disposer les différentes positions en matière de confidentialité de l'information génétique sur un spectre. À une extrémité, nous retrouverons le modèle légal, qui prône la sauvegarde de l'autonomie du patient. À l'autre, le modèle médical, qui protège la santé dans une perspective globale où la santé de la famille prévaut sur les droits individuels du patient.

³ Pour plus de détails sur les enjeux éthiques reliés aux relations familiales en génétique voir entre autres Rosamond Rhodes, «Genetic Links, Family Ties, and Social Bonds: Rights and Responsibilities in the Face of Genetic Knowledge» (1998) 23:1 J. Med. Philo. 10; Evert Van Leeuwen & Cees Hertogh, «The Right to Genetic Information: Some Reflections on Dutch Developments» (1992) 17 J. Med. Philo. 381; Jon Torgny Wilcke, «Late Onset Genetic Disease: Where Ignorance Is a Bliss, Is it Folly to Inform Relatives?» (1998) 317 BMJ 744.

A. Le modèle légal ou la sauvegarde de l'autonomie du patient

1. Le fondement du devoir de confidentialité

Le travail thérapeutique du médecin n'est efficace que dans la mesure où il y a un dialogue franc et honnête entre le patient et son thérapeute. Cette communication entre les deux parties n'est possible que lorsqu'il règne un climat de confiance. Cette recherche de confiance est le soubassement de la relation patient-médecin et n'est possible que si le patient possède l'assurance que ce qu'il partage demeurera privé. La confidentialité de cette relation permet ainsi au patient d'être maître de sa santé et de sa destinée tout en évitant également de subir les préjudices discriminatoires que pourrait entraîner sa condition. En ce sens, le devoir de confidentialité joue un double rôle puisqu'il défend à la fois les intérêts privés et les intérêts publics :

Specifically, it has been argued that by maintaining a duty of confidentiality, patients are encouraged to seek the assistance of a physician with regards to a medical concern. Arguably, this approach promotes greater opportunity for physician inspection and discovery of potentially communicable disease [...] In this respect, it is asserted that the increase in awareness, amplified by the maintenance of confidentiality, advances public interest since a greater number of infected people will know of and seek help for their disease⁴.

En effet, le caractère confidentiel de la relation thérapeutique incite le patient à partager ses problèmes de santé, permettant ainsi une meilleure connaissance de l'état pathologique, donc un meilleur traitement. La confidentialité encourage la population à consulter et à se faire traiter. Ainsi, non seulement le devoir de confidentialité du médecin protège les droits individuels des patients, mais il est essentiel à la promotion de la santé publique. L'absence de confidentialité, ou une trop grande discrétion du médecin à l'égard de la confidentialité de l'information qu'il obtient, engendrerait des conséquences désastreuses pour la promotion de la santé de la population, allant même jusqu'à la perte de contrôle de certaines épidémies comme celle du sida. Plusieurs maladies génétiques, tout comme le sida, sont riches de sens et occasionnent une certaine forme de stigmatisation sociale⁵. Le caractère délicat de ces maladies génétiques nous appelle donc à une certaine prudence face à la divulgation du profil génétique d'un individu. En effet,

[t]he infringements of the principle of confidentiality would be potentially unlimited, partly because it may be impossible to draw the line between medical information that is relevant to genetic counseling and information that

⁴ John Sestito, «The Duty to Warn Third Parties and AIDS in Canada» (1996) 16 Health L. Can. 83 à la p. 85.

⁵ Voir Graham Scambler, «Stigma and Disease: Changing Paradigms» (1998) 352 The Lancet 1054; Julian Savulescu, Jacinta Kerin, «The Geneticisation of Disease Stigma» (1999) 354 The Lancet 2; Tom Shakespeare, «Choices and Rights: Eugenics, Genetics and Disability Equality» (1998) 13:5 Disability and Society 665.

is not relevant, and partly because in the future ever more diseases will be found to contain hereditary components⁶.

Vue sous cet angle, la divulgation de l'information génétique du patient, même si elle est destinée aux membres de sa famille, s'avère non seulement contraire à l'autonomie du patient, mais aussi à l'intérêt public. Toutefois, nous pouvons nous interroger sur l'impact réel de la confidentialité sur la volonté des patients de se faire soigner. De façon générale, les individus parlent et échangent sur leurs maladies. Certaines chaînes de télévision se consacrent entièrement à ce thème. Le patient est devenu un participant à part entière dans la prise en charge de sa santé. La conception du médecin qui agit en tant que bon père de famille est dorénavant révolue⁷. Nous devons maintenant plutôt concevoir le patient comme un client qui vient se procurer des soins. C'est en ce sens que nous pouvons considérer le patient comme «un élément social intégré à une vaste communauté qui prend en charge les soins médicaux et, de ce fait, exerce un certain contrôle auquel le secret médical a parfois du mal à résister»⁸.

Malgré cette vision positive, nous constaterons que l'application stricte de la confidentialité de l'information génétique soulève certaines difficultés pratiques. En effet, si le modèle légal est louable en soi, sa mise en œuvre est impraticable.

2. L'application pragmatique du modèle légal

Si nous mettons en application le modèle légal, il s'ensuit que le médecin ne peut divulguer l'information qu'il détient sur le patrimoine génétique de son patient sans le consentement de ce dernier. Ceci implique que le consentement de tous les membres de la famille sera également nécessaire si le médecin veut procéder à la validation d'un pedigree familial⁹.

Nous savons que le consentement n'est valide que s'il est donné de façon libre et éclairée. Par conséquent, avant de faire des recherches sur le patrimoine génétique de son patient, le médecin devra consulter chacun des membres de sa famille afin d'obtenir le droit à l'information en question. Chaque membre de la famille devra être renseigné sur les implications entourant l'élaboration d'un pedigree familial et sur le

⁶ Jennifer Miller, «Physician-Patient Confidentiality and Familial Access to Genetic Information» (1994) 2 Health L.J. 141 à la p. 151.

⁷ Voir A. Goldman, «The Refutation of Medical Paternalism» dans John D. Arras et Bonnie Steinbock, dir., *Ethical Issues in Modern Medicine*, 5^e éd., Mountain View (Calif.), Mayfield Publishing Company, 1999, 59 ; Ezekiel J. Emmanuel et Linda L. Emmanuel, «Four Models Of The Physician-Patient Relationship» (1992) 267 J.A.M.A. 2221 ; Rita Charon, «The Patient-Physician Relationship. Narrative Medicine : A Model For Empathy, Reflection, Profession, And Trust» (2001) 286 J.A.M.A. 1897 ; Raisa B. Deber, «Physicians in Health Care Management» (1994) 151 C.M.A.J. 171 au c. 7 ; Raisa B. Deber, «Physicians in Health Care Management» (1994) 151 C.M.A.J. 423 au c. 8.

⁸ Noël-Jean Mazen, *Le secret professionnel des praticiens de la santé*, Paris, Vigot, 1988 à la p. 21.

⁹ Voir Loane Skene, «Patients' Rights or Family Responsibilities ? Two Approaches to Genetic Testing» (1998) 6 Med. L. Rev. 1 à la p. 18.

caractère probabiliste des résultats obtenus¹⁰. Comme la génétique est une discipline fort complexe et que l'information découlant du dépistage est très délicate, nous pouvons facilement comprendre que l'obtention du consentement des membres de la famille exigera beaucoup de temps et d'attention. De plus, une démarche de la sorte peut semer une confusion telle dans une famille que celle-ci peut décider de ne plus coopérer. Une telle situation n'est certainement pas dans le meilleur intérêt du patient ou des membres de sa famille, puisque

[a]cquiring informed consent from all relatives would [...] be very cumbersome and expensive, and might in itself represent an unwarranted intrusion into [their] privacy¹¹.

Il est à notre avis difficile d'exiger du médecin une telle tâche. L'occupation principale du médecin se résumerait à tenter d'obtenir le consentement de tous et chacun. Le simple refus de ceux-ci risquerait d'hypothéquer la santé des autres. Cependant, une thèse alternative suggère de mettre la priorité sur l'intérêt général de la famille, quitte à ce que les droits individuels du patient soient brimés.

B. Le modèle médical ou la défense de l'intérêt général de la famille

1. Le fondement du partage familial de l'information génétique

Given the complex, nonindividualistic nature of genetic information, some ethicists have maintained that it is «vital to recognize that hereditary information is a family possession rather than simply a personal one».¹²

Le modèle médical considère que l'information génétique devrait être partagée entre les membres de la famille biologique. Un patient ne devrait pas être en mesure de prévenir le partage d'information par simple expression de sa volonté. Ainsi, aucun individu ne posséderait le contrôle absolu de son information génétique au détriment de sa famille¹³. La famille n'est pas perçue comme un tiers mais plutôt comme une communauté de partage des biens qui forment le patrimoine génétique. Il faut comprendre, cependant, que le patient désireux de subir un diagnostic génétique devra être informé de cette situation et le médecin devra s'assurer que le patient comprend les enjeux en question.

En effet, ce modèle demande au médecin de jouer un rôle qui, *prima facie*, va à l'encontre de son devoir traditionnel de confidentialité. Le médecin devra alors faire preuve de jugement et décider ce qui est dans le meilleur intérêt de tous, à défaut de quoi

¹⁰ *Ibid.* aux pp. 18-19.

¹¹ *Ibid.* à la p. 26.

¹² American Society of Human Genetics (ASHG), «ASHG Statement : Professional Disclosure of Familial Genetic Information» (1998) 62 Am. J. Hum. Gen. 474 à la p. 476.

¹³ Voir *supra* note 9 à la p. 24.

failure to warn may also lead to irreparable harm by limiting opportunities for treatment or prevention of the genetic condition. If the genetic condition is serious and preventable or treatable — that is, if the harm from non-disclosure outweighs the harm from disclosure — health care professionals may have an ethical duty, depending on the circumstances, to warn family members, irrespective of their patient's wishes¹⁴.

2. L'application pragmatique du modèle médical

Comme nous venons de le constater, la divulgation de l'information génétique par le médecin à la famille biologique procède de l'évaluation des intérêts en cause. Nous pouvons donc comprendre, selon ce modèle, que la divulgation devient plus importante lorsque celle-ci peut prévenir un préjudice sérieux à un membre de la famille. Les porphyries constituent un exemple de maladie dont la divulgation devrait être envisagée¹⁵. Les porphyries sont des affections familiales héréditaires, génétiquement déterminées, causant chez le malade des troubles abdominaux (douleurs, vomissements, constipation), psychiques (perturbations mineures pouvant toutefois dégénérer en psychose) et neurologiques (paralysie des membres, paralysie respiratoire souvent mortelle)¹⁶. Or, ces manifestations peuvent être précipitées par certains facteurs tels que les habitudes alimentaires, la consommation importante d'alcool ou l'usage de certains médicaments comme les barbituriques¹⁷. Divulguer à la famille biologique le risque qu'elle soit porteuse de cette maladie pourrait prévenir l'apparition de ses manifestations potentiellement mortelles. Il nous paraît évident qu'en l'espèce, les intérêts de la famille dépassent, à première vue, les intérêts privés du patient.

Toutefois, si la divulgation selon le modèle médical se présente comme un devoir moral pour le médecin dans certaines situations, elle ne peut être faite sans que le patient directement concerné ne le sache. Ainsi, avant même de consentir à un diagnostic génétique, un individu doit être informé que certaines informations risquent d'être dévoilées à sa famille biologique. La mise en place d'un *counseling* génétique devient donc un élément essentiel à l'obtention d'un consentement réellement libre et éclairé.

À la lumière de cette présentation des deux pôles de la confidentialité de l'information génétique, nous pouvons penser, à première vue, que le modèle médical sert mieux l'intérêt général que le modèle légal dans sa forme la plus pure. Cependant, il n'en demeure pas moins que le risque d'une mauvaise utilisation de l'information génétique plane toujours. En effet, la prolifération de tests génétiques introduit la

¹⁴ *Supra* note 12 à la p. 478.

¹⁵ Voir *supra* note 6 à la p. 143.

¹⁶ Mark H. Beers et Robert Berkow, dir., *The Merck Manual of Diagnosis and Therapy*, 17^e éd. à la section 2, c. 14, en ligne : Merck Frosst <<http://www.merck.com/pubs/mmanual/section2/chapter14/14b.htm>>.

¹⁷ *Ibid.*

possibilité d'un comportement discriminatoire fondé sur le bagage héréditaire des individus¹⁸. D'ailleurs, cette crainte d'une éventuelle discrimination dans les domaines de l'assurance et de l'emploi sème le doute dans le public sur les bienfaits du diagnostic génétique. Le bien-fondé de cette crainte reste discutable puisque très peu de cas de discrimination génétique ont été rapportés¹⁹. Au Canada, les tests génétiques ne sont pas employés afin d'évaluer l'éligibilité d'un souscripteur à une assurance personnelle en raison des coûts importants des tests et de la valeur probabiliste de leurs résultats. Toutefois, cette situation risque de changer dans le futur. Le gouvernement fédéral et les provinces de l'Ontario et du Québec ont déjà étudié l'impact d'une telle éventualité ainsi que la pertinence de leurs cadres législatifs actuels²⁰.

II. Les règles en matière de confidentialité à la lumière du droit canadien et québécois

Les responsabilités du médecin peuvent se diviser en quatre catégories : responsabilités envers le patient, envers les tiers, envers la corporation professionnelle, et envers l'État. À des degrés variables, le médecin possède un devoir de confidentialité envers toutes ces personnes²¹. Il sera intéressant d'étudier où, sur ce spectre, se situe le devoir du médecin envers la famille de son patient, à la lumière du droit canadien et québécois.

A. La situation canadienne : une reconnaissance possible d'un devoir de prévenir (duty to warn)

The common law in Canada is quite developed, and provides for a duty to warn if a patient poses a danger to a foreseeable victim. However, the regulations governing the medical profession have not kept pace with the

¹⁸ Voir Trudo Lemmens, «Selective Justice, Genetic Discrimination, and Insurance : Should We Single Out Genes in Our Laws ?» (2000) 45 R.D. McGill 347.

¹⁹ Voir Jon Beckwith et Joseph S. Alper, «Reconsidering Genetic Antidiscrimination Legislation» (1998) 26 J.L. Med. & Ethics 205 ; E. Virginia Lapham, Chahira Kozma et Joan O. Weiss, «Genetic Discrimination : Perspectives of Consumers» (1996) 274 Science 621 ; Caryn Lerman *et al.*, «BRCA1 Testing in Families with Hereditary Breast-Ovarian Cancer : A Prospective Study of Patient Decision Making and Outcomes» (1996) 275 JAMA 1885 à la p. 1892 ; P.B. Jacobsen *et al.*, «Decision-Making About Genetic Testing Among Women at Familial Risk for Breast Cancer» (1997) 59 Psychosom. Med. 459 à la p. 460.

²⁰ Voir Ontario Law Reform Commission, *Report on Genetic Testing*, Toronto, Ontario Government Bookstore, 1996 à la p. 227 ; Science Council of Canada, *Genetics in Canadian Health Care*, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1991 aux pp. 72-73 ; Conseil de la santé et du bien-être du Québec, *La santé et le bien-être à l'ère de l'information génétique : enjeux individuels et sociaux à gérer*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2000 aux pp. 13-16, en ligne : Conseil de la santé et du bien-être <http://www.csbe.gouv.qc.ca/fr/publications/rapports/20000202_rapp_cfr.pdf>.

²¹ Voir Michael Carey, «The Limits of Doctor-Patient Confidentiality in Canada» (1998) 19 Health L. Can. 52 à la p. 57.

common law. In particular, Ontario regulations do not recognize the extenuating circumstances of patients who doctors believe are about to harm someone. In such a case, the regulations would characterize disclosure by a physician as misconduct²².

1. L'absence de législation fédérale et la pauvreté des dispositions provinciales

Le Canada et ses provinces n'ont pas encore adopté de mesures législatives à l'égard des examens génétiques ou de l'utilisation de l'information génétique. Tout au plus quelques organismes publics ou parapublics fédéraux et provinciaux ont-ils adopté certaines directives mettant généralement l'accent sur la confidentialité de l'information génétique²³.

Malgré la présence d'un corpus législatif important en ce qui a trait à l'information personnelle et l'information de santé, les provinces canadiennes de common law demeurent malheureusement silencieuses quant au devoir du médecin de prévenir les individus qui sont à risque de subir un préjudice grave. Constatant cette pénurie législative, les tribunaux canadiens ont développé des règles fortement inspirées de la jurisprudence américaine.

2. Un courant jurisprudentiel à l'image des décisions américaines

a. L'arrêt *Tarasoff v. Regents of the University of California*

L'une des références en matière de bris de confidentialité par un médecin aux États-Unis est l'arrêt *Tarasoff v. The Regents of the University of California*²⁴. En 1969, un étudiant de l'Université de Berkeley, Prosenjit Poddar, consultait en psychiatrie à l'hôpital de l'université pour une schizophrénie paranoïde. Poddar confessa à son psychiatre, le docteur Moore, son intention de se procurer un pistolet afin de mettre fin aux jours d'une étudiante de l'université, Tatiana Tarasoff. Convaincu de la réelle intention de l'étudiant d'assassiner Tarasoff à son retour de voyage, le docteur Moore tenta de faire interner Poddar dans un institut psychiatrique. De plus, le docteur Moore prévint les autorités, oralement et par écrit, afin d'obtenir leur coopération. Celles-ci ne voyant aucune raison réelle de garder Poddar sous

²² *Ibid.* à la p. 54.

²³ Voir Science Council of Canada, *supra* note 20 ; Commissaire à la protection de la vie privée au Canada, *supra* note 1 ; Conseil de recherches médicales du Canada (CRM), Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada (CRSNG), Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH), *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, Ottawa, juin 1998, en ligne : Groupe consultatif interagences en éthique de la recherche <<http://www.pre.ethics.gc.ca/francais/policystatement/policystatement.cfm>> ; Ontario Law Reform Commission, *supra* note 20 ; Conseil de la santé et du bien-être du Québec, *supra* note 20.

²⁴ 131 Cal. Rptr. 14 (Sup. Ct. 1976) [*Tarasoff*].

surveillance, il fut remis en liberté et son dossier médical détruit. Poddar ne subit aucun traitement par la suite. Le 27 octobre 1969, l'inévitable se produisit : Poddar tira sur Tarasoff et la poignarda à mort. Les parents de Tatiana Tarasoff intentèrent une poursuite contre le docteur Moore, lui reprochant de ne pas s'être déchargé de son devoir de prévenir leur fille. La Cour suprême de Californie donna raison à la famille Tarasoff. La cour déclara que

[w]hen a therapist [un médecin] 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. The discharge of this duty may require the therapist to take one or more of various steps, depending upon the nature of the case. Thus it may call for him to warn the intended victim or others likely to apprise the victim of the danger, to notify the police, or to take whatever other steps are reasonably necessary under the circumstances²⁵.

Selon la Cour, trois conditions sont nécessaires pour que le médecin soit lié par une véritable obligation de prévenir un tiers et ainsi doive rompre son devoir de confidentialité. Premièrement, le médecin doit avoir une relation particulière avec l'agresseur potentiel ou la victime potentielle. La relation médecin-patient est considérée comme étant une relation particulière. Deuxièmement, la victime potentielle ou la personne en danger doit être identifiable. Finalement, le préjudice à la victime doit être sérieux et prévisible²⁶. Le critère de prévisibilité est, à notre avis, le critère fondamental et le critère le plus complexe à établir. En effet, le devoir de prévenir un tiers n'est pas un devoir envers le public en général, même si ces derniers constituent des tiers en soi. Ce qui distingue la victime potentielle du public en général, c'est la prévisibilité du danger qui la guette. Ainsi, si un médecin apprend qu'une personne est en potentiel danger, un devoir naît envers cette personne : «[t]he protective privilege ends where the public peril begins»²⁷. En somme, nous pouvons donc remarquer à la lumière de cet arrêt que, sous la common law américaine, le médecin possède non seulement un devoir envers son patient, mais également envers les victimes potentielles de ce dernier, dans la mesure où ce danger est prévisible²⁸.

Est-il possible d'étendre ce devoir de prévenir à l'information génétique détenue par le médecin? Certains auteurs américains²⁹ croient que non, puisque le patient est innocent dans ce genre de cas. Selon eux, le patient n'est pas sur le point de blesser quelqu'un par ses actions. Ainsi, la passivité du patient ne peut être un motif de divulgation de l'information génétique aux membres de la famille, considérant, de

²⁵ *Ibid.* à la p. 20.

²⁶ *Supra* note 12 à la p. 479.

²⁷ J. Torbiner dans *Tarasoff*, tel que cité dans Carey, *supra* note 21 à la p. 57.

²⁸ *Supra* note 24 aux pp. 25-26.

²⁹ Voir Lori B. Andrews, *Medical Genetics : A Legal Frontier*, Chicago, American Bar Foundation, 1987 à la p. 197 ; Lori B. Andrews, «A Conceptual Framework For Genetic Policy : Comparing The Medical, Public Health, And Fundamental Rights Models» (2001) 79 Wash. U. L. Q. 221 aux pp. 273-74.

plus, que le danger est déjà présent dans leurs gènes. Toutefois, à notre avis, le caractère intentionnel du préjudice pouvant être causé à un tiers par le patient ne constitue pas un élément pertinent dans l'évaluation des trois critères formulés dans l'arrêt Tarasoff. Si nous appliquons les critères de Tarasoff au diagnostic génétique, nous remarquons qu'il y a une relation particulière entre le médecin et son patient, que les membres de la famille sont identifiables et, finalement, que le danger qu'une affection génétique sérieuse se manifeste est prévisible. Si nous prenons en considération le caractère intentionnel du préjudice pouvant être causé par le patient, nous pourrions tout de même conclure que, d'une certaine façon, l'inaction est tout autant préjudiciable aux membres de la famille. Comme l'observe Jennifer Miller,

[a] patient who refuses to disclose information to a family member is arguably, threatening that person, since «danger» could be averted by disclosing necessary information to that person (the opposite argument could also be made, i.e. that the threat to the relative lies in their own genes). The Court also stated that the «risk that unnecessary warnings may be given is a reasonable price to pay for the lives of possible victims that may be saved». If the saving of lives is the rationale behind the duty, then there is no reason why the duty should not apply to the disclosure of genetic information if such disclosure could save life³⁰.

b. Les arrêts *Pate v. Threlkel* et *Safer v. Estate of Pack*

Les tribunaux américains ont eu l'occasion d'appliquer les critères de Tarasoff au devoir de divulguer de l'information confidentielle à des victimes potentielles d'affections génétiques. Les arrêts *Pate v. Threlkel*³¹ et *Safer v. Estate of Pack*³² ont reconnu l'existence du devoir de prévenir un tiers risquant d'être atteint d'une maladie génétique. Ces deux arrêts mettent en cause des enfants qui poursuivent les médecins de leurs parents pour ne pas les avoir prévenu que leurs parents souffraient d'une maladie héréditaire.

La Cour suprême de Floride dans *Pate* arrive à la conclusion que

[w]hen the prevailing standard of care creates a duty that is obviously for the benefit of certain identified third parties and the physician knows of the existence of those third parties, then the physician's duty runs to those third parties³³.

La Cour affirme cependant que ce devoir n'implique pas que le médecin doive prévenir les enfants du patient. Elle est d'avis qu'exiger du médecin qu'il divulgue l'information aux membres de la famille à risque serait difficile, voire impraticable, et

³⁰ *Supra* note 6 à la p. 149.

³¹ *Pate v. Threlkel*, 661 So.2d 278, 20 Fla. L. Weekly S 356 (Fla.1995) [*Pate* avec renvois aux So.2d].

³² *Safer v. Estate of Pack*, 667 A.2d 1188 (N.J. Super. A.D. 1996), 1995 Pa. Commw. LEXIS 500 [*Safer*].

³³ *Supra* note 31 à la p. 282.

imposerait un trop lourd fardeau au médecin. Elle suggère plutôt que le devoir de prévenir du médecin est satisfait si celui-ci a prévenu son patient des risques possibles pour les membres de sa famille³⁴.

La division d'appel de la Cour supérieure du New Jersey dans *Safer* rejette la position de l'arrêt *Pate*. La Cour soutient plutôt que le médecin devra divulguer l'information génétique du patient aux membres de la famille même si celui-ci exprime sa volonté de ne rien leur dévoiler³⁵.

D'autre part, l'arrêt *Safer* établit clairement qu'il n'y a aucune distinction à apporter aux critères de l'arrêt *Tarasoff* à l'égard du devoir de prévenir les tiers. En termes de prévisibilité, la Cour ne constate en l'espèce aucune dissemblance entre le type de menace génétique et une menace de contagion, d'infection ou de préjudice physique³⁶.

De plus, la Cour ne voit pas d'inconvénients majeurs au fait d'appliquer de manière si libérale le devoir de prévenir. En effet, celle-ci souligne que

[a]lthough an overly broad and general application of the physician's duty to warn might lead to confusion, conflict or unfairness in many types of circumstances, we are confident that the duty to warn of avertable risk from genetic causes, by definition a matter of familial concern, is sufficiently narrow to serve the interests of justice³⁷.

À l'instar des juges de la Cour supérieure du New Jersey, nous ne croyons pas que l'arrêt *Safer* sèmera la confusion auprès de la population ou sera le germe de conflits au sein du corps médical américain. Il faut encore une fois se rallier aux critères énoncés dans *Tarasoff*. L'arrêt *Tarasoff* n'impose un devoir de prévenir que lorsque le risque est sérieux et prévisible. De nombreux risques d'affections génétiques sont mineurs et ne sont pas susceptibles d'être soumis au devoir de prévenir. En ce qui concerne la prévisibilité, il est utile de rappeler que le dépistage génétique est fondé sur une base probabiliste. Il faudra donc que la probabilité de la manifestation du risque sérieux soit importante pour imposer au médecin un devoir de prévenir. À la lumière des arrêts *Tarasoff*, *Pate* et *Safer*, nous pouvons conclure que la common law américaine ouvre la porte à la divulgation de l'information génétique d'un patient aux membres de sa famille et en fait même un devoir. Toutefois, il faut comprendre que la divulgation ne sera permise que dans des circonstances limitées³⁸.

Les critères énoncés dans les arrêts *Pate* et *Safer* n'ont pas encore franchi la frontière canadienne. Cependant, cela ne signifie pas que nos cours de justice soient réfractaires à l'idée d'imposer un devoir de prévenir aux médecins généticiens. Le devoir de prévenir fait d'ailleurs partie de la jurisprudence canadienne en ce qui a trait

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Supra* note 32 à la p. 1193.

³⁶ *Ibid.* à la p. 1192.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Supra* note 9 à la p. 21.

à la responsabilité du fabricant, aux patients psychiatriques représentant un danger pour la population et aux patients atteints d'une maladie transmissible sexuellement.

c. *L'affaire Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*

La jurisprudence canadienne reconnaît un devoir de prévenir une victime potentielle d'un préjudice. En effet, la Cour suprême du Canada a reconnu dans l'affaire *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*³⁹ qu'une personne qui a la connaissance qu'un individu risque de subir un préjudice corporel ou matériel possède un devoir général de le prévenir du danger.

La pertinence de l'arrêt *Rivtow* pour notre propos relève du fait que, contrairement à la décision dans *Tarasoff*, le devoir de prévenir s'impose même en l'absence de relation particulière. Il semble que la Cour suprême se concentre plutôt sur la connaissance d'un dommage potentiel que sur la nature de la relation entre les parties. Cette distinction pourrait être significative en droit canadien. Néanmoins, relativement au devoir de prévenir du médecin, les tribunaux canadiens ont préféré suivre la logique établie dans *Tarasoff*⁴⁰. En effet, les faits en litige dans *Rivtow* ne permettent pas de conclure avec certitude à un possible devoir de prévenir du médecin. Même si cet arrêt constitue un point de départ intéressant, son application au domaine de la médecine doit faire état du devoir de confidentialité, devoir qui n'était pas en question dans *Rivtow*⁴¹.

Pour que l'arrêt *Rivtow* puisse être applicable à la relation patient-médecin, il faudrait, selon nous, que cette décision établisse un cadre qui énoncerait les cas où le bris du secret professionnel serait obligatoire et les situations où il n'existe aucun devoir de prévenir. Or, à cet effet, la Cour suprême est muette. *Rivtow* ouvre certes la voie à un possible devoir de prévenir en médecine, mais sa mise en œuvre demeure obscure. Sans émettre de réponse claire, la Cour suprême s'est toutefois prononcée dans d'autres arrêts sur la nature de la relation patient-médecin ainsi que sur le devoir de confidentialité.

d. L'arrêt *McInerney c. MacDonald*

L'arrêt *McInerney c. MacDonald*⁴² traite du droit d'accès d'un patient à son dossier médical. Dans sa décision, la Cour suprême a défini la relation patient-

³⁹ *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, 40 D.L.R. (3^e) 530 [*Rivtow* avec renvois aux R.C.S.].

⁴⁰ *R. v. Ross (NCSA)* (1993), 119 N.S.R. (2^e) 177, [1993] N.S.J. No 18 ; *Tanner v. Norys*, [1980] 4 W.W.R. 33, [1980] A.J. No 108 (C.A.) ; *Wenden v. Trikha* (1991), 116 A.R. 81, [1991] A.J. No 612 (Q.B.) ; *Jane Doe v. Board of Commissioners of Police for the Municipality of Metropolitan Toronto* (1990), 74 O.R. (2^e) 225, 72 D.L.R. (4^e) 580 (Div. Ct.) [*Doe v. Toronto Police*].

⁴¹ *Supra* note 4 à la p. 86.

⁴² [1992] 2 R.C.S. 138, 93 D.L.R. (4^e) 415 [*McInerney* avec renvois aux R.C.S.].

médecin comme étant une relation fiduciaire où le patient a une attente légitime que ce qu'il confiera demeurera confidentiel⁴³. Une rupture de cette confidentialité par le médecin, hormis certaines exceptions, est considérée comme une faute professionnelle pour bris de contrat et non-respect du devoir fiduciaire.

Néanmoins, la Cour émet certaines réserves et s'abstient de faire du secret professionnel un devoir absolu. Ainsi, la Cour écrit que

[l]e devoir connexe de préserver le caractère confidentiel n'est pas absolu. À la page 136 de l'arrêt *Halls c. Mitchell*, [1928] R.C.S. 125, le juge Duff affirme qu'à première vue le patient a le droit d'exiger que les secrets que le médecin apprend dans le cadre de sa pratique ne soient pas divulgués. Ce droit est absolu *sauf* s'il y a une raison primordiale d'y déroger. Par exemple, [TRADUCTION] «il peut se présenter des cas où des motifs liés à la sécurité physique ou morale des personnes ou du public seraient suffisamment convaincants pour supplanter ou limiter les obligations imposées de prime abord par la relation confidentielle⁴⁴».

Nous pourrions certainement soutenir que la diminution des manifestations d'affections génétiques par une intervention du médecin auprès des membres de la famille serait une raison justifiée pour outrepasser le devoir de confidentialité. Pouvons-nous cependant conclure que la décision rendue dans *McInerney* permettrait au médecin de rompre le secret professionnel en toute sécurité? Actuellement la réponse demeure nébuleuse. La Cour suprême du Canada n'a pas encore défini explicitement un critère qui justifierait le bris du silence par un médecin au nom de l'intérêt public⁴⁵.

Ce dernier élément posera probablement plusieurs maux de tête tant aux médecins qu'aux juristes. Comment délimiter les balises de façon à ce que l'intérêt public n'empiète pas démesurément sur l'intérêt privé? De plus, la frontière entre la maladie génétique prévisible et celle qui ne l'est pas sera certainement très mince. Cependant, il faut se rappeler ce que le juge Torbiner affirmait dans *Tarasoff*: «the risk that unnecessary warnings may be given is a reasonable price to pay for the lives of possible victims that may be saved»⁴⁶.

Si le droit canadien demeure ambigu face à la question de la divulgation de l'information génétique à la famille, nous croyons que la situation pourrait être différente si les membres de la famille étaient également patients du médecin.

⁴³ *Ibid.* à la p. 149.

⁴⁴ *Ibid.* à la p. 154.

⁴⁵ *Supra* note 6 à la p. 148.

⁴⁶ *Supra* note 24 aux pp. 25-26.

e. *L'affaire C. v. D.*

Les faits de l'affaire *C. v. D.*⁴⁷ concernent un médecin qui, sachant que deux de ses patients avaient des relations sexuelles ensemble, informa l'un des patients que son partenaire était porteur d'une maladie vénérienne. La Cour d'Ontario jugea que le médecin n'avait pas manqué à son devoir de confidentialité puisque le tiers concerné était également son patient. La Cour jugea que le médecin avait, malgré l'absence d'un devoir légal, le devoir moral de prévenir son patient du danger qu'il connaissait et que ce devoir avait préséance sur son obligation de conserver le secret professionnel⁴⁸.

Cet arrêt a été déprécié par certains auteurs qui considèrent que *C. v. D.* ne s'appliquerait plus en droit canadien compte tenu des progrès médicaux, de la législation concernant les maladies à divulgation obligatoire et du caractère fondamental du respect de la vie privée⁴⁹. À notre avis, les faits de cet arrêt sont moins importants que le principe que nous pouvons en retirer, à savoir que certaines maladies transmissibles, comme la syphilis à l'époque et le sida aujourd'hui, posent une menace suffisamment sérieuse pour que les tiers soient prévenus de la condition de leur partenaire⁵⁰. Ce principe a d'ailleurs été confirmé par la Cour suprême du Canada dans la décision *R. c. Cuerrier*⁵¹, où il a été reconnu que mentir au sujet d'une maladie transmissible sexuellement afin d'obtenir le consentement d'une personne à avoir des relations sexuelles non protégées avec celle-ci est une fraude viciant le consentement, au sens de l'article 265 du *Code criminel*. Si la comparaison entre la syphilis et les infections génétiques est plus difficile à établir que le lien entre la syphilis et le sida, il n'en demeure pas moins que le principe demeure le même. Certaines maladies génétiques présentent une menace sérieuse pour les tiers s'ils ne sont pas prévenus à temps de leur présence dans la famille biologique. Le médecin pourrait alors, en vertu de *C. v. D.*, avoir le privilège de divulguer l'information aux tiers si les tiers sont également ses patients. L'établissement d'une distinction entre les maladies infectieuses et les maladies génétiques sur cette question devient futile dans la mesure où, dans les deux cas, il est possible de prévenir le préjudice par une intervention du médecin auprès de la personne à risque. L'extension du principe de *C. v. D.* à la génétique serait en conformité avec le précepte formulé dans *Tarasoff*, et repris par les tribunaux canadiens⁵², voulant que «a physician incurs an obligation to use reasonable care to protect the intended victim against such danger»⁵³.

⁴⁷ *C. v. D.* (1924), 56 O.L.R. 209, [1924] O.J. No 113 (H.C.).

⁴⁸ *Ibid.* à la p. 213.

⁴⁹ Don G. Casswell, «Disclosure by a Physician of AIDS-Related Patient Information : An Ethical and Legal Dilemma» (1989) 68 R. du B. can. 225 à la p. 243.

⁵⁰ *Supra* note 4 à la p. 90.

⁵¹ [1998] 2 R.C.S. 371, 162 D.L.R. (4^e) 513.

⁵² *R. v. Ross*, *supra* note 40 ; *Tanner v. Norys*, *supra* note 40 ; *Wenden v. Trikha*, *supra* note 40 ; *Doe v. Toronto Police*, *supra* note 40.

⁵³ *Supra* note 24 à la p. 20.

f. *L'arrêt Smith c. Jones*

La décision récente de la Cour suprême dans l'affaire *Smith c. Jones*⁵⁴ concernant le secret professionnel de l'avocat pourrait laisser présager la reconnaissance d'une exception au devoir de confidentialité des médecins dans les cas de danger pour les tiers. Comme nous le constaterons, les critères appliqués à la rupture du secret de l'avocat s'appliquent implicitement à l'évaluation de la rupture du secret du médecin.

La question en cause portait sur la divulgation d'un rapport psychiatrique protégé par le secret professionnel de l'avocat. L'analyse du juge Cory, au nom de la majorité, place le secret professionnel de l'avocat comme le plus important privilège reconnu par les tribunaux⁵⁵. Une telle conclusion, à notre avis, fait donc en sorte que le raisonnement appliqué au secret professionnel de l'avocat pourra être appliqué a fortiori aux autres relations professionnelles.

Le juge Cory décrit la règle à suivre en matière de privilège du secret professionnel de l'avocat comme suit :

Le privilège du secret professionnel de l'avocat permet à un client de parler en toute liberté à son avocat car il a la certitude que les paroles et les documents visés par le privilège ne seront pas divulgués. Il est établi depuis longtemps qu'il s'agit d'un principe de la plus haute importance pour l'administration de la justice et qu'il doit être maintenu chaque fois qu'il est possible de le faire. Néanmoins, lorsque la sécurité publique est en jeu et qu'il y a danger imminent de mort ou de blessures graves, le privilège doit être écarté⁵⁶.

Comme le privilège du secret professionnel de l'avocat souffre d'une exception relativement à la sécurité publique, nous pouvons déduire que cette exception s'appliquera également au secret professionnel du médecin. Il reste à savoir ce que la Cour suprême entend par sécurité publique et par danger imminent de blessures graves.

La Cour suprême précise qu'elle a déjà reconnu l'exception d'intérêt public dans l'arrêt *Solosky*⁵⁷ où elle a considéré que l'intérêt public au maintien de la sécurité d'une institution carcérale, de ses détenus et de son personnel, prévalait sur le droit du détenu de correspondre librement avec son conseiller juridique. Ainsi, le juge Cory tire de l'arrêt *Solosky* le principe que le secret professionnel de l'avocat n'est pas un droit absolu lorsque la sécurité publique est menacée⁵⁸.

Afin d'identifier les circonstances donnant lieu à une suspension légitime du secret professionnel, la Cour suprême s'inspire des décisions étrangères sur la question, principalement les arrêts *Tarasoff*, étudié précédemment, et *Egdell*⁵⁹, une

⁵⁴ *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, 169 D.L.R. (4^e) 385 [*Smith* avec renvois aux R.C.S.].

⁵⁵ *Ibid.* au para. 44.

⁵⁶ *Ibid.* au para. 35.

⁵⁷ *Solosky c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 821, 105 D.L.R. (3^e) 745 [*Solosky* avec renvois aux R.C.S.].

⁵⁸ *Supra* note 54 au para. 57.

⁵⁹ *W. v. Egdell*, [1990] 1 All E.R. 835, [1990] 2 W.L.R. 471 [*Egdell* avec renvois aux All E.R.].

décision britannique. Ces deux décisions étudient la question du secret professionnel du médecin dans sa relation avec le patient. Tout en prenant en considération que les règles en matière de secret professionnel de l'avocat s'appliquent *a fortiori* au secret professionnel du médecin, le juge Cory nous prévient que les conclusions tirées n'ont pas pour effet d'imposer de nouvelles règles au devoir de confidentialité des médecins :

j'insiste sur le fait que ces affaires ne sont pas analysées en vue d'établir l'existence d'une obligation de divulgation de renseignements confidentiels à laquelle seraient tenus les médecins en responsabilité délictuelle lorsque la sécurité publique est en jeu. Cette question n'a pas été soumise à notre Cour et elle ne doit pas être tranchée sans cadre factuel ni plaidoirie à ce sujet⁶⁰.

Nous comprenons la prudence de la Cour suprême dans sa démarche. Cependant, force est d'admettre que, si la Cour n'a pas voulu établir l'existence d'une obligation de divulgation de renseignement des médecins lorsque la sécurité publique est en jeu, elle a, en quelque sorte, établi les fondements d'un tel devoir.

La Cour suprême énonce trois facteurs à prendre en considération dans l'évaluation du caractère impératif de la sécurité publique par rapport au secret professionnel :

[...] premièrement, une personne ou un groupe de personnes identifiables sont-elles clairement exposées à un danger ? Deuxièmement, risquent-elles d'être gravement blessées ou d'être tuées ? Troisièmement, le danger est-il imminent ? Manifestement, si le danger est imminent, le risque est sérieux⁶¹.

Ces trois conditions ont été par la suite étudiées par la Cour sous les thèmes de la clarté, de la gravité et de l'imminence. Il est important d'étudier les risques causés par les maladies génétiques à la lumière de ces trois critères.

En ce qui concerne le premier critère, à savoir la clarté du danger pour une personne ou un groupe de personnes identifiables, la majorité de la Cour suprême demeure vague. Elle pose comme seule règle générale qu'il faudra être en mesure de pouvoir établir l'identité de la personne ou du groupe visé par le danger⁶². Les tribunaux auront la pleine liberté d'examiner les faits propres à chaque affaire. Dans le cas des risques de maladies génétiques, il nous apparaît évident que la famille constitue un groupe clairement identifiable. Peu importe l'appréciation de la cour, il nous semble certain que la famille répondrait aux exigences du critère de clarté.

Le critère de gravité, quant à lui, ne soulève également pas trop de complications. Est considéré grave la menace de mort ou la menace de blessures sérieuses. C'est lorsque cette exigence de gravité est jointe à celle de l'imminence que l'application du test de l'arrêt *Smith c. Jones* aux risques de maladies génétiques devient plus complexe. En effet, la Cour suprême affirme que le caractère imminent de la menace

⁶⁰ *Supra* note 54 au para. 59.

⁶¹ *Ibid.* au para. 77.

⁶² *Ibid.* au para. 79.

doit être tel qu'il inspire un sentiment d'urgence⁶³. Toutefois, le juge Cory émet certaines précisions qui laisseraient entrevoir une éventuelle reconnaissance par la Cour suprême du caractère imminent des risques de maladies génétiques. Il écrit :

[c]e sentiment d'urgence peut se rapporter à un moment quelconque dans l'avenir. Selon la gravité et la clarté de la menace, il ne sera pas toujours nécessaire qu'un délai précis soit fixé. Il suffit qu'il y ait une menace claire et imminente de blessures graves dirigée contre un groupe identifiable et que cette menace soit faite de manière à inspirer un sentiment d'urgence⁶⁴.

Le fait que cette menace puisse être imminente sans être immédiate nous permet d'entrevoir une potentielle acceptation du risque génétique par les tribunaux canadiens, mais cela ne demeure pour l'instant que pure spéculation.

Ce qu'il faut surtout retenir des enseignements de l'arrêt *Smith*, c'est l'acceptation en droit canadien des critères énoncés dans l'arrêt *Tarasoff*. La majorité de la Cour a effectivement appliqué à la lettre les trois critères énoncés par le juge Tobriner. Premièrement, le professionnel qui viole son devoir de confidentialité doit avoir une relation particulière avec l'agresseur potentiel ou la victime potentielle. Deuxièmement, la victime potentielle ou la personne en danger doit être identifiable. Finalement, le préjudice à la victime doit être sérieux et prévisible.

g. Conclusion

À la lumière des décisions canadiennes, nous pouvons affirmer que le devoir du médecin s'étend aux tiers lorsqu'ils sont en présence d'un danger sérieux et prévisible. Ainsi, nous pouvons croire qu'un médecin, à qui nous reconnaissons un tel devoir, ne sera pas tenu responsable d'avoir rompu le secret professionnel de son patient dans la mesure où l'intérêt public surpasse l'intérêt privé du patient à conserver la confidentialité de son dossier.

Les décisions canadiennes font toutefois référence à des risques immédiats et sérieux, mettant la vie des tiers en péril. Il est donc justifié de s'interroger si les principes établis par notre droit trouveraient application à l'égard de l'information génétique⁶⁵. Selon nous, les tribunaux canadiens pourraient fort bien suivre la logique américaine dans *Pate* et *Safer*. En effet, puisque ces décisions appliquaient les préceptes formulés dans *Tarasoff*, maintenant acceptés au Canada, nous ne voyons pas ce qui empêcherait nos tribunaux d'adopter une interprétation similaire, bien que ces décisions soient marginales aux États-Unis. Quoi qu'il en soit, le droit canadien demeure obscur et la plus grande prudence s'impose. Comme le remarque William Flanagan,

⁶³ *Ibid.* au para. 84.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ William F. Flanagan, «Genetic Data and Medical Confidentiality» (1995) 3 *Health L.J.* 269 à la p. 279.

[i]t is even more unlikely that a court would impose liability on the physician for failing to disclose this information, as all the cases dealing with the “duty to warn” relate only to risks of imminent and serious harm. Physicians should exercise great caution before assuming that the law will grant them a broad privilege to breach patient confidentiality and disclose genetic data to relatives. In short, the prudent physician might simply refuse to disclose such information under any circumstances, given that it is not always certain the law will excuse such a breach of confidentiality, and it is fairly certain that the law will not impose liability on the physician for failing to disclose even the most significant and useful genetic information⁶⁶.

3. L'actualité des règles professionnelles de l'Association médicale canadienne

Le *Code de déontologie de l'Association médicale canadienne* reconnaît une exception au droit du patient à la confidentialité :

lorsque ce droit entre en conflit avec votre responsabilité devant la loi ou lorsque le maintien de la confidentialité risquerait de causer un préjudice grave à des tiers ou à un patient inapte. Il faut alors prendre toutes les mesures raisonnables pour prévenir le patient du bris de la confidentialité⁶⁷.

Deux éléments importants se dégagent de cette règle émise par l'Association médicale canadienne. Premièrement, il n'est question ici que de préjudice grave et non pas de risque imminent et grave. Ainsi, contrairement à ce qui a été énoncé par la jurisprudence canadienne, même si le risque d'affection génétique est latent mais sérieux, le médecin aurait l'obligation déontologique de rompre la confidentialité. Deuxièmement, la directive met l'accent sur le fait que le patient doit être informé que la confidentialité sera rompue. Cette règle est en parfaite harmonie avec ce qui a été énoncé par la Cour suprême du Canada dans *Reibl v. Hughes*⁶⁸. Selon la Cour suprême, pour que le consentement du patient soit réellement libre et éclairé, ce dernier doit être informé de tous les risques relatifs aux soins administrés. Cette information doit être actualisée si d'autres risques se présentent en cours de traitement.

⁶⁶ *Ibid.* à la p. 285.

⁶⁷ Association médicale canadienne, *Code de déontologie de l'Association médicale canadienne*, 15 octobre 1996, art. 22 (28 mars 2003), en ligne : Association médicale canadienne <http://www.cma.ca/cma/common/displayPage.do?pageId=/staticContent/HTML/N0/11/notre_position/1996/10-15.htm>. Notons que le College of Physicians and Surgeons of Ontario a adopté une nouvelle directive imposant un devoir de prévenir lorsque la vie du public est en péril. Le Collège résume cette politique de la façon suivante : «Where a physician forms the opinion, based on clinical judgment and all the facts available, that threats of serious violence or death made by a patient are more likely than not to be carried out, the doctor has an obligation to notify the police, or, in appropriate circumstances, the intended victim of the danger». Voir Lorraine E. Ferris *et al.*, «Defining the physician's duty to warn : Consensus Statement of Ontario's Medical Expert Panel on Duty to Inform» (1998) 158 C.M.A.J. 1473.

⁶⁸ *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, 114 D.L.R. (3^e) 1 [*Reibl*].

Il sera intéressant de vérifier quelle sera l'interprétation de cette directive par les tribunaux. Une chose est certaine, c'est que cette directive vient renforcer l'idée d'une éventuelle application des arrêts *Pate* et *Safer* en droit canadien.

4. Conclusion

Le portrait actuel du droit canadien démontre que les tiers bénéficient d'une exception au devoir de confidentialité du médecin lorsque la divulgation de cette information les préviendrait d'un préjudice grave et imminent de la part du patient⁶⁹.

La législation actuelle concernant la divulgation obligatoire de certaines maladies qui présentent un risque réel et grave pour le public démontre qu'il y a des situations où l'intérêt général de protéger le public dépasse l'intérêt privé de préserver la confidentialité de l'information du patient. Bien que la législation actuelle ne nous permette pas d'étendre cette logique à l'information génétique⁷⁰, les décisions canadiennes, inspirées en partie par les jugements américains, pourraient mener à une interprétation en faveur d'un devoir de prévenir les individus à risque de développer une maladie génétique grave, malgré le refus du patient. Si les médecins n'ont pas le devoir légal de rompre la confidentialité, nous pouvons penser qu'ils ont le devoir moral de le faire, du moins si les membres de la famille sont également patients du médecin. Ce devoir moral est d'ailleurs renforcé par les directives de l'Association médicale canadienne.

Néanmoins, certaines conditions s'appliquent et le médecin devra faire preuve d'une très grande prudence tant que cette obligation ne sera pas sanctionnée par une loi, un règlement ou une décision claire d'un tribunal. Au Québec, nous remarquerons que ce n'est pas tant l'absence de lois que la présence d'un conflit de droits qui est à la source du problème de la reconnaissance d'un devoir de prévenir pour les médecins.

B. La situation québécoise : L'opposition entre le droit au secret et le droit au secours

1. Le droit au secret

a. Une législation abondante en faveur de la préservation du secret

Le législateur québécois a élevé le droit au secret au rang de droit fondamental. La *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec indique à l'article 9 que :

Chacun a droit au respect du secret professionnel.

⁶⁹ *Supra* note 21 à la p. 61.

⁷⁰ *Supra* note 65 à la p. 276.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi⁷¹.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

L'obligation au secret du médecin n'a pas pour unique source le rôle fiduciaire qu'il joue en tant que professionnel⁷². Elle est aussi issue des droits du patient à la vie privée et à la sauvegarde de sa dignité, qui sont également garantis par la *Charte*⁷³. Le droit à la réputation et à la vie privée est d'ailleurs réitéré aux articles 35 à 41 du *Code civil du Québec*.

En ce qui a trait plus spécifiquement aux professionnels de la santé, le *Code des professions*⁷⁴ indique, à l'article 87(3), que chaque ordre professionnel doit adopter un code de déontologie contenant, entre autres, des dispositions ayant pour but de protéger le secret à l'égard des renseignements de nature confidentielle portés à la connaissance de ses membres dans l'exercice de leur profession. En effet, nous pouvons retrouver à l'intérieur de chaque code de déontologie des professionnels de la santé, et parfois même à l'intérieur des lois constitutives de leurs cadres, des règles portant directement sur le secret professionnel⁷⁵. Il est important de préciser qu'au Québec, les codes de déontologie des professionnels de la santé sont des règlements édictés en vertu du *Code des professions* et des lois constitutives des cadres professionnels. Ils sont donc techniquement inclus dans le mot «loi» au sens de la *Charte québécoise*⁷⁶.

Le devoir de confidentialité s'étend également à tous les établissements publics de santé en vertu de la *Loi sur les services de santé et services sociaux*⁷⁷. Celle-ci prévoit que le dossier de chaque usager est confidentiel et que nul ne peut y avoir

⁷¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, art. 9 [*Charte québécoise*].

⁷² Voir *McInerney*, *supra* note 42.

⁷³ *Charte québécoise*, *supra* note 71, art. 4, 5 ; voir Alain Bernardot, Robert P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Revue de droit Université de Sherbrooke, 1980 à la p. 149 tel que cité dans Pauline Lesage-Jarjoura et Suzanne Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale : Le droit dans le quotidien de la médecine*, 2^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 2001 à la p. 332.

⁷⁴ L.R.Q. c. C-26.

⁷⁵ Voir *Loi médicale*, L.R.Q. c. M-9, art. 42 ; *Code de déontologie des médecins*, D. 1213-2002, 7 novembre 2002, G.O.Q.2002.II.7354, art. 20 [*Code de déontologie*] ; *Loi sur les dentistes*, L.R.Q. c. D-3, art. 37 ; *Code de déontologie des dentistes*, R.R.Q. 1981, c. D-3, r. 4, art. 3.06.02 ; *Loi sur la pharmacie*, L.R.Q. c. P-10, art. 34 ; *Code de déontologie des pharmaciens*, R.R.Q. 1981, c. P-10, r. 5, art. 3.06.01-3.06.05 ; *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, D.1513-2002, 23 janvier 2003, G.O.Q. 2003.II.98, art. 31-36.

⁷⁶ *Supra* note 71 ; voir Lesage-Jarjoura et Philips-Nootens, *supra* note 73 à la p. 265.

⁷⁷ L.R.Q., c. S-4.2, art. 19, 76.4 [*L.S.S.S.S.*].

accès sans l'autorisation de l'usager ou de la personne pouvant donner une autorisation en son nom.

Devant l'abondance législative en matière de confidentialité, une étude exhaustive du contenu des lois pertinentes et de leur interaction pourrait être invitante, mais elle n'est pas nécessaire à notre propos. Comme l'affirme à juste titre Me Poupak Bahamin,

[i]l nous suffit, pour nos fins, de retenir que l'ensemble de ces dispositions législatives établissent, comme principe, le caractère confidentiel des informations médicales et, à plus forte raison, des données génétiques détenues par les professionnels et les institutions de santé⁷⁸.

b. Un droit non absolu

La *Charte québécoise* prévoit deux exceptions au devoir de confidentialité : le consentement du confident ou encore une «disposition expresse de la loi»⁷⁹. Cependant, d'autres exceptions s'appliquent au droit au secret. Ces exceptions répondent aux exigences que requièrent l'intérêt général et l'intérêt d'autrui. La confidentialité doit céder le pas à ces intérêts dans certaines circonstances.

i. La rupture de la confidentialité sur consentement du patient

Le patient peut, à son gré, renoncer à son droit au secret de façon expresse ou de façon implicite⁸⁰.

De façon expresse, le patient peut demander au médecin un résumé de son dossier médical afin de consulter un autre médecin ou tout simplement pour effectuer un transfert. Le patient peut aussi demander à son médecin d'émettre un certificat à son employeur ou de signer une formule autorisant l'assureur à consulter son dossier médical. Cette renonciation au droit au secret pourrait également être faite au profit des membres de la famille. Si le consentement exprès du patient ne semble, *prima facie*, poser aucun problème, il faut toutefois s'interroger sur l'ampleur et la portée de la renonciation du droit au secret. En effet, les tribunaux acceptent de plus en plus les renoncements assortis, par exemple, à une demande d'assurance. Or, le droit à la confidentialité est un droit auquel le patient peut «renoncer sans réserve quant à la portée et au moment de cette renonciation»⁸¹. Il y a donc lieu, selon nous, de

⁷⁸ Poupak Bahamin, «La génétique et la protection de la vie privée : confrontation de la législation québécoise au concept du droit à la vie privée» (1995) 55 R. du B. 203 à la p. 232.

⁷⁹ *Charte québécoise*, *supra* note 71, art. 9 ; Lesage-Jarjoura et Philips-Nootens, *supra* note 73 à la p. 337 précisent que : «[L]'article 9.1 ajoute d'ailleurs : "Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice"».

⁸⁰ Voir *ibid.*

⁸¹ *La Métropolitaine, Compagnie d'assurance-vie c. Frenette*, [1992] 1 R.C.S. 647, [1992] A.C.J. no 24 au para. 76.

s'inquiéter quant au caractère éclairé de cette renonciation. Cependant, cette question, quoique très intéressante, dépasse largement le cadre de notre propos. Ajoutons simplement que, compte tenu de la nature extrêmement sensible et intime de l'information génétique, les tribunaux devront faire preuve d'une plus grande vigilance à l'égard de la protection de sa confidentialité⁸².

Dans un autre ordre d'idées, nous avons affirmé que la renonciation du patient à son droit au secret pouvait se manifester de façon implicite par les faits et gestes du patient. Le fait que le patient discute de sa situation dans la salle d'attente, qu'il soit accompagné et aidé par un proche lors des visites pour une consultation médicale, ou qu'il accepte la compagnie d'un ami ou d'un parent à son chevet à l'hôpital, permet au professionnel de la santé de croire que le patient a renoncé à son droit à la confidentialité à l'égard de cette personne. Des auteurs ajoutent d'ailleurs que

[]Le médecin pourra alors, à bon droit, considérer celle-ci comme un interlocuteur valable, voire comme un soignant à qui il prodiguera des conseils pour le bien du patient⁸³.

Cette situation ne permet pas au médecin de tout dévoiler. Ce dernier devra faire preuve de jugement et agir dans le meilleur intérêt de son patient. Il devra, de ce fait, évaluer et apprécier ce qui doit et ce qui ne doit pas être divulgué. Il faut se rappeler que le principe demeure la confidentialité et que la divulgation est l'exception. Or, si le médecin possède le moindre doute à l'égard de l'information à divulguer, il sera préférable de garder le secret. Encore une fois, la sensibilité et l'intimité de l'information génétique exigent la plus grande prudence et cette dernière ne devra être divulguée que si le médecin le juge opportun. À cet effet, le sixième paragraphe de l'article 20 du *Code de déontologie des médecins* permet de voir que la confidentialité prévaut toujours :

Le médecin, aux fins de préserver le secret professionnel : [...] 6. ne peut révéler à l'entourage du patient un pronostic grave ou fatal si celui-ci le lui interdit⁸⁴.

Nous pouvons, à juste titre, penser que la même règle s'applique pour toutes les situations, à moins qu'un intérêt supérieur n'exige le dévoilement de l'information sans le consentement du patient.

ii. La rupture de la confidentialité sans le consentement du patient

La rupture de la confidentialité sans consentement du patient découle de trois sources : les dispositions légales, les recours judiciaires et les codes de déontologie. Même si les questions entourant l'application des dispositions légales et le bris de

⁸² Voir Bahamin, *supra* note 78 à la p. 232.

⁸³ Lesage-Jarjoura et Philips-Nootens, *supra* note 73 à la p. 341.

⁸⁴ *Code de déontologie*, *supra* note 75, art. 20.

confidentialité à l'intérieur d'une cour de justice sont d'un grand intérêt⁸⁵, le devoir de prévenir les tiers de la présence d'une affection génétique grave relève plutôt du cadre législatif et déontologique que judiciaire. À cet effet, la *L.S.S.S.S.*, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*⁸⁶, tout comme le *Code de déontologie*⁸⁷ soulèvent plusieurs interrogations quant au partage de l'information génétique à l'intérieur de la cellule familiale.

Nous pouvons lire au troisième alinéa de l'article 23 de la *L.S.S.S.S.*, ainsi qu'au second alinéa de l'article 31 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* que

les personnes liées par le sang à un usager décédé ont le droit de recevoir communication de renseignements contenus dans son dossier dans la mesure où cette communication est nécessaire pour vérifier l'existence d'une maladie génétique ou d'une maladie à caractère familial.⁸⁸

Les articles 23 de la *L.S.S.S.S.* et 31 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* constituent certes une atteinte à la vie privée du défunt. Toutefois, l'atteinte à la vie privée demeure minimale dans la mesure où seule l'information relative à l'existence d'une maladie génétique ou à caractère familial est accessible et les bénéficiaires de cette information sont limités aux personnes possédant un lien de sang avec le défunt⁸⁹. Les intérêts de la famille ici prévalent sur les droits individuels du défunt. Le *Code de déontologie* tient similairement compte des intérêts de la famille et de l'entourage du patient.

Le *Code de déontologie* reconnaît que certaines situations peuvent justifier de faire exception au principe de confidentialité. D'une part, le cinquième paragraphe de l'article 20 du *Code de déontologie* énonce que :

Le médecin, aux fins de préserver le secret professionnel : [...] 5. ne peut divulguer les faits ou confidences dont il a eu personnellement connaissance, *sauf* lorsque le patient ou la loi l'y autorise, *ou lorsqu'il y a une raison impérative et juste ayant trait à la santé* ou la sécurité du patient *ou de son entourage* [nos italiques]⁹⁰.

Cette exception n'est applicable que lorsque la santé ou la sécurité du patient ou de son entourage sont en jeu. L'objectif de cette exception est double. Le patient peut, d'une part, constituer un danger pour lui-même et il peut être essentiel de rompre le silence afin d'apporter au patient le support et la surveillance nécessaire. D'autre part,

⁸⁵ Pour une étude de ces questions en droit québécois voir Lesage-Jarjoura et Philips-Nootens, *supra* note 73 aux pp. 273-79 ; Suzanne Nootens, «La divulgation par le médecin de l'existence d'une maladie transmissible sexuellement» (1991) 70 R. du B. Can. 517 aux pp. 519-28 ; Bahamin, *supra* note 78 aux pp. 235-38.

⁸⁶ L.R.Q. c. P-39.1.

⁸⁷ *Supra* note 75.

⁸⁸ *L.S.S.S.S.*, *supra* note 77, art. 23(3), et *supra* note 87, art. 31(2).

⁸⁹ Voir Bahamin, *supra* note 78 à la p. 235.

⁹⁰ *Supra* note 75, art. 20(5).

le patient peut représenter une menace pour son entourage. Le sida ou l'existence d'une maladie transmise sexuellement font planer une menace au-dessus de l'entourage du patient si ce dernier ne prend pas ses responsabilités. Sans avoir le devoir de divulguer l'information, le médecin possède néanmoins le privilège ou l'opportunité d'intervenir.

À l'égard des données génétiques, le concept du mot «entourage» prend une dimension plus large. Si l'entourage est perçu à prime abord comme l'ensemble des personnes vivant près de nous, dans le contexte des maladies génétiques, le sens du mot devrait inclure la totalité des individus possédant un lien de sang avec le patient⁹¹.

Trois éléments devront être pris en compte par le médecin dans son appréciation des circonstances permettant la rupture de la confidentialité. Premièrement, il doit s'assurer que le dévoilement du secret est le seul moyen de protéger la santé ou la vie des personnes identifiées ou identifiables. Deuxièmement, le médecin doit évaluer le dommage causé par la divulgation par rapport au dommage causé par la non-divulgation. Évidemment, le dommage causé par la non-divulgation doit être plus grand que le dommage causé par la divulgation. Cette évaluation devra, entre autres, tenir compte de l'état psychologique du patient. Troisièmement, le médecin doit par tous les moyens tenter d'obtenir le consentement du patient. En cas d'échec, le médecin a tout de même le devoir de renseigner son patient à l'effet que la confidentialité à l'égard de l'information pertinente sera rompue⁹².

D'autre part, l'article 21 du *Code de déontologie* énonce que

Le médecin qui communique un renseignement protégé par le secret professionnel doit, pour chaque communication, indiquer dans le dossier du patient les éléments suivants :

1. la date et l'heure de la communication;
2. l'identité de la personne exposée au danger ou du groupe de personnes exposées au danger;
3. l'identité de la personne à qui la communication a été faite en précisant, selon le cas, qu'il s'agissait de la ou des personnes exposées au danger, de leur représentant ou des personnes susceptibles de leur porter secours;
4. l'acte de violence qu'il visait à prévenir;
5. le danger qu'il avait identifié;
6. l'imminence du danger qu'il avait identifié;
7. les renseignements communiqués⁹³.

⁹¹ Voir Bahamin, *supra* note 78 à la p. 234.

⁹² Voir *ibid.* Ces éléments ont également été soulignés par le Conseil de la santé et du bien-être du Québec, *supra* note 20 à la p. 41.

⁹³ *Supra* note 75, art. 21.

A priori, cet article soulève plusieurs questions quant à son application et son impact sur le cinquième paragraphe de l'article 20 du *Code de déontologie*. En effet, les éléments mentionnés à l'article 21 du *Code de déontologie* doivent-ils être signifiés au patient pour légitimer le bris du secret professionnel énoncé à l'article 20 ou, plutôt, s'agit-il simplement d'une liste des informations devant être présentes au dossier médical du patient? Qu'en est-il des situations ayant trait à la santé et sécurité d'un patient ou de son entourage, mais n'impliquant pas d'acte de violence? Un patient ou un membre de son entourage peuvent certainement être dans une situation de danger ou de péril sans nécessairement être l'objet d'un acte de violence. Bref, l'article 21 nécessite, à notre avis, certains éclaircissements.

Le Réseau de médecine génétique appliquée du Fonds de recherché en santé du Québec (RMGA) et le Conseil de la santé et du bien-être (le Conseil) offrent une marche à suivre pouvant venir en aide à l'interprétation des articles 20 et 21 du *Code de déontologie*. Ces deux organismes proposent trois conditions similaires à celles présentées dans les arrêts *Tarasoff* et *Safer*. En effet, lorsqu'un patient refuse de communiquer l'information génétique pertinente aux membres de sa famille, le RMGA et le Conseil reconnaissent au médecin le droit de passer outre le consentement de son patient et de divulguer cette information à sa famille biologique lorsque :

1. il y a un risque élevé pour les membres de la famille de développer une maladie grave;
2. les membres de la famille biologique sont identifiables;
3. la maladie peut être évitée par des moyens préventifs ou contrôlée par des traitements scientifiquement approuvés⁹⁴.

Nous constatons, à la lecture des dispositions du *Code de déontologie*, que l'intérêt d'autrui n'exige aucun devoir légal du médecin, contrairement à l'intérêt public par le biais des dispositions légales. S'il y a obligation face aux membres de la famille sous le *Code de déontologie*, cette obligation semble plutôt morale que légale. Même si le *Code de déontologie* a force de loi, puisqu'il est édicté en vertu du *Code des professions*⁹⁵, le cinquième paragraphe de l'article 20 fait appel au verbe «pouvoir» et non au verbe «devoir». La discrétion d'agir repose donc entièrement entre les mains du médecin. Considérant le caractère fondamental du droit au secret et nos nombreux appels à la prudence face à la divulgation de données génétiques, nous croyons que le médecin raisonnable préférera la non-divulgation, et ce même en présence de motifs justes et impératifs de briser le secret professionnel. L'ajout récent de l'article 21 au *Code de déontologie* apporte cependant plus d'information sur la procédure à suivre pour les médecins désireux de se prévaloir de ce privilège de

⁹⁴ Voir Réseau de médecine génétique appliquée, *Énoncé de principes : Recherche en génomique humaine, Version 2000* à la p. 10, en ligne : RMGA <<ftp://www.rmga.qc.ca/ethique/enonce.pdf>> ; Conseil de la santé et du bien-être du Québec, *supra* note 20 à la p. 137.

⁹⁵ *Supra* note 74, art. 87.

prévenir. À l'opposé du droit canadien, qui semble tendre vers un devoir de prévenir (*duty to warn*) pour les médecins, le droit québécois laisse à ces derniers le privilège de divulguer ou non. Toutefois, la *Charte québécoise* reconnaît à tout individu un droit au secours⁹⁶. Est-il envisageable que ce droit au secours impose aux médecins l'équivalent d'un devoir de prévenir ? Le professeur Nootens écrit que

[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 [la situation est similaire en génétique], ou dans le doute face à son existence, nous devons nous demander s'il peut exister un devoir de droit commun justifiant la révélation⁹⁷.

2. Le droit au secours

a. Règles générales

Le droit au secours, prévu à l'article 2 de la *Charte québécoise*, est le corollaire du droit à la vie et à l'intégrité de la personne énoncé à l'article premier⁹⁸. Dans la poursuite de cette même visée, plusieurs lois et codes de déontologie imposent une obligation de secours et d'assistance⁹⁹.

Il est important, avant de procéder à l'analyse du devoir de secours, de préciser que la *Charte québécoise* s'inscrit dans une philosophie civiliste¹⁰⁰. Par respect pour le système de droit québécois, nous ne tenterons pas d'introduire les arrêts *Tarasoff*, *Safer* ou *Pate* par le truquage du droit au secours ou du devoir de droit commun de prudence et de diligence¹⁰¹. Nous préférons suivre l'opinion de la Cour d'appel du

⁹⁶ Voir *Charte québécoise*, *supra* note 71, art. 2.

⁹⁷ Nootens, *supra* note 85 à la p. 528.

⁹⁸ L'art. 1 de la *Charte québécoise* énonce que «[t]out être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, l'intégrité et à la liberté de sa personne».

⁹⁹ L'art. 23 du *Code des professions*, *supra* note 74, prévoit la constitution de corporations professionnelles dans le but de protéger le public ; les art. 4 et 5 de la *L.S.S.S.S.*, *supra* note 77 assurent à toute personne le droit aux services de santé et aux services sociaux ; l'art. 4 du *Code de déontologie* traite du respect de la vie, et l'article 38 du même code impose au médecin un devoir de secours envers son patient qui présente une condition susceptible d'entraîner des conséquences graves ; l'art. 43 de la *Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres*, L.R.Q., c. L-0.2, dicte une obligation à un établissement ou à un médecin de fournir des soins ou des traitements au patient dont la vie est en danger.

¹⁰⁰ Voir Alain Klotz, «Le droit au secours dans la province du Québec» (1991) 21 R.D.U.S. 479 à la p. 486.

¹⁰¹ Contrairement à l'opinion exprimée par le Professeur Nootens, *supra* note 85 à la p. 533, qui favorise l'introduction, en droit québécois, des concepts de l'arrêt *Tarasoff* et qui prétend ainsi que les

Québec dans l'arrêt *Dodds c. Schierz*¹⁰², qui émet certaines réserves quant à l'importation de concepts de common law en droit civil, même si ceux-ci émanent de la Cour suprême du Canada. Cette précision faite, nous comprendrons l'importance d'une lecture rigoureuse de l'article 2 de la *Charte québécoise* afin d'entendre avec justesse le sens et la portée du droit au secours et du devoir qui en découle.

L'article 2 de la *Charte québécoise* précise que :

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 [nos italiques]¹⁰³.

A priori, cet article paraît imposer un devoir de secours uniquement lorsqu'une personne est menacée de mort ou d'un préjudice corporel très important s'il n'y a pas d'intervention extérieure. Ainsi, la menace d'un préjudice corporel, aux conséquences minimales ou même moyennes, n'est pas susceptible d'imposer un devoir de secours aux individus témoins des circonstances créant cette menace. La Cour d'appel a d'ailleurs avancé dans l'arrêt *Carignan c. Boudreau*¹⁰⁴ que l'article 2 réfère à une assistance physique immédiate, donc à une situation d'urgence. De fait, le juge Chevalier a considéré que le cas d'un enfant effrayé de redescendre d'un toit sur lequel il était monté ne représentait pas une situation d'urgence permettant la revendication d'un droit au secours¹⁰⁵. Toutefois, le juge Martineau de la Cour supérieure jugea que l'état d'urgence existe lorsqu'une personne est victime d'un arrêt cardiaque¹⁰⁶. Nous pouvons comprendre, comme l'indique un auteur, que :

[L]e but est de secourir, non d'achever, celui dont la vie est en péril. Le but n'est pas non plus de prévenir un danger. Pour que naisse l'obligation, il faut l'existence préalable d'une situation donnant ouverture à un péril de mort imminent pour la personne à secourir : un état d'urgence certain¹⁰⁷.

Pris dans son sens le plus strict, le devoir de secours ne peut naître que lorsque la vie d'un individu est en péril et que la situation est urgente. Le péril doit être bel et bien réel et non potentiel. Le danger doit être présent et non à venir. Est-ce que le danger d'être porteur d'une affection génétique pouvant entraîner la mort peut représenter une menace suffisante pour revendiquer un droit au secours? À première

optiques de la common law et du droit civil à l'égard du concept de la personne diligente et raisonnable sont analogues. Bien que nous partageons son avis, nous voulons ici éviter toute critique de notre argumentation fondée simplement sur le fait qu'elle importe des concepts de common law en droit civil.

¹⁰² [1986] R.J.Q. 2623, 4 Q.A.C. 20 (C.A.) aux pp. 2629-30, tel que cité dans Klotz, *supra* note 100 à la p. 486 [*Dodds*].

¹⁰³ *Supra* note 71, art. 2.

¹⁰⁴ [1987] R.L. 257, [1987] A.Q. no 604 (C.A.).

¹⁰⁵ *Ibid.* à la p. 262.

¹⁰⁶ Voir *Zuk c. Mihaly*, [1989] R.R.A. 737 à la p. 738.

¹⁰⁷ Klotz, *supra* note 100 à la p. 491.

vue, nous devons répondre par la négative. Par l'adoption de l'article 2, le législateur voulait encourager la collaboration entre les citoyens lorsque ceux-ci sont confrontés à un accident, une catastrophe ou un imprévu soudain. C'est, à notre avis, le sens que nous devons donner à l'expression «*aide physique nécessaire et immédiate*» retrouvée dans l'énonciation du droit au secours.

Le problème soulevé par les affections génétiques à l'égard du devoir de secours repose sur la question de l'ampleur du risque. Un peu à l'image du sida¹⁰⁸, les symptômes de plusieurs maladies génétiques, comme les cancers familiaux, ne se manifestent que tardivement. D'autres, cependant, se manifestent de façon presque spontanée mais nécessitent un apport extérieur, comme l'utilisation de barbituriques par une personne atteinte de porphyries. Il est donc difficile dans ces situations de parler de menace immédiate pour la vie. Comme le suggère Suzanne Nootens¹⁰⁹, il faudrait que l'obligation de secours soit clairement définie et précisée afin de pouvoir s'appliquer à une maladie mortelle à long terme.

À la lumière de l'article 2 de la *Charte québécoise*, il semble peu probable que le devoir de secours puisse fonder une exception au secret professionnel en matière d'information génétique¹¹⁰. Ainsi, le médecin serait tenu au secret professionnel et aucune obligation légale n'obligerait ce dernier à privilégier les intérêts de la famille avant l'intérêt personnel de son patient à conserver la confidentialité de ses données génétiques. Le médecin devra faire face à son devoir moral d'agir pour le bien-être des personnes qu'il dessert, mais la divulgation de l'information génétique demeure à sa discrétion. Voilà la conclusion à laquelle nous mène une interprétation stricte de l'article 2.

Dans l'ensemble, la jurisprudence semble favorable à une interprétation restrictive du devoir de secourir. Toutefois, certains tribunaux ont procédé à une interprétation plus large du droit au secours¹¹¹, allant même jusqu'à lui donner préséance sur le droit à la confidentialité¹¹². Sans pouvoir répondre si cette interprétation élargie du droit au secours correspond à la position jurisprudentielle majoritaire, nous croyons tout de même qu'une étude de ce courant s'impose.

b. Une dérogation jurisprudentielle aux règles générales

Le droit au secours, rappelons-le, fait appel à une *aide physique immédiate*. Or, les tribunaux l'ont appliqué dans des cadres aussi variés qu'une requête pour

¹⁰⁸ Voir Nootens, *supra* note 85 à la p. 531.

¹⁰⁹ *Ibid.* à la p. 532.

¹¹⁰ Voir *ibid.* ; le professeur Nootens arrive à la même conclusion à l'égard des maladies transmissibles sexuellement.

¹¹¹ Voir *Droit de la famille* — 140, [1984] T.J. 2049 ; *In Re enfant Maude Goyette et le Centre de Services Sociaux du Montréal Métropolitain*, [1983] C.S. 429 ; *Cloutier c. C.H.U.L.*, [1986] R.J.Q. 615 (C.S.) ; *Protection de la jeunesse* — 169, [1985] T.J. 2011.

¹¹² Voir *Droit de la famille* — 140, *ibid.*

consultation de dossier d'adoption¹¹³, une requête pour autorisation de pratiquer une intervention chirurgicale¹¹⁴, une action en dommages-intérêts intentée contre un psychiatre et un hôpital à la suite du suicide d'une patiente¹¹⁵ et dans le cas de la garde d'un enfant par son père homosexuel¹¹⁶. Ce modèle d'application du droit au secours permettrait sans contredit le dévoilement du secret professionnel à l'égard de l'information génétique. Cette constatation est d'ailleurs, à notre avis, confirmée par l'arrêt *Droit de la famille — 140*¹¹⁷.

Dans la décision *Droit de la famille — 140*¹¹⁸, la juge Rivet a considéré que le droit à la vie et son corollaire, le devoir de secours, devaient avoir prédominance sur le droit à la confidentialité dans la mesure où seule l'information nécessaire à la survie d'un enfant était transmise. Cette affaire portait sur une enfant adoptée atteinte de leucémie, dont le traitement le plus efficace nécessitait une greffe de moelle osseuse provenant d'un frère ou d'une sœur ayant les mêmes père et mère. Même si en l'occurrence l'enfant n'était pas dans une situation nécessitant une «aide physique nécessaire et immédiate», la juge Rivet affirma que

[s]i ces droits à la vie de la Charte québécoise et cette obligation de «bon samaritain» doivent avoir une certaine portée pratique, c'est bien ici qu'ils la trouvent¹¹⁹.

La règle énoncée dans l'arrêt *Droit de la famille — 140* a été confirmée par les articles 542 et 582 C.c.Q. d'après lesquels un tribunal peut permettre à une personne adoptée ou créée par procréation médicalement assistée d'obtenir de l'information confidentielle sur ses antécédents biologiques lorsqu'un préjudice grave risque d'être causé à sa santé ou à celle d'un de ses proches parents.

La décision *Droit de la famille — 140* précise toutefois que l'exception à la confidentialité n'est pas absolue et l'information transmise ne doit être que celle qui est pertinente à la survie de l'enfant. En l'occurrence, l'obtention de l'information ne devait servir qu'au traitement contre la leucémie et non pas à connaître l'identité des parents biologiques.

L'arrêt *Droit de la famille — 140* s'applique directement à la question du dévoilement de l'information génétique. En effet, comme dans le cas de la consultation du dossier d'adoption, le lien entre le bénéficiaire de la confidentialité et la victime potentielle est le sang, la maladie est mortelle à plus ou moins longue échéance et la survie nécessite la rupture de la confidentialité. Il faut cependant

¹¹³ Voir *ibid.*

¹¹⁴ Voir *In Re enfant Maude Goyette et le Centre de Services Sociaux du Montréal Métropolitain*, *supra* note 111.

¹¹⁵ *Cloutier c. C.H.U.L.*, *supra* note 111.

¹¹⁶ *Protection de la jeunesse — 169*, *supra* note 111.

¹¹⁷ *Droit de la famille — 140*, *supra* note 111.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.* à la p. 2050.

s'interroger si, dans le cas d'une affection génétique mortelle, la présence de l'affection chez les membres de la famille doit être certaine pour permettre l'accès à l'information confidentielle, ou s'il suffit que la présence de la maladie ne soit que probable. Comme nous l'avons remarqué en introduction, le dépistage génétique repose sur la notion de probabilité et de prévisibilité. Dans l'hypothèse où la logique de l'arrêt *Droit de la famille* — 140 est suivie en génétique, le tribunal devra se demander si le critère à suivre pour évaluer le péril de la personne en danger sera la probabilité du risque ou plutôt la gravité du risque. Sans vouloir clore trop rapidement le débat sur cette question, nous croyons que le tribunal devrait appliquer à l'égard de l'obligation de renseignement du médecin le même raisonnement qu'en matière d'évaluation de risque¹²⁰. En effet, l'importance du risque s'applique tant à la gravité qu'à la prévisibilité. Ainsi un risque rare qui peut entraîner des conséquences graves est important, tout comme un risque plus minime dont la probabilité de réalisation est grande. Cette interprétation semble en accord avec l'opinion des médecins généticiens que certains désordres génétiques se manifestent de façon différente chez chaque individu¹²¹.

Le raisonnement de la cour dans *Droit de la famille* — 140 suppose qu'une affection génétique qui n'entraîne pas la mort, mais dont la probabilité de concrétisation est grande, devrait permettre le dévoilement du secret professionnel. Ceci dépasse *prima facie* le cadre de l'article 2 de la *Charte québécoise*. Cependant, dans la mesure où le droit au secours est le corollaire du droit à la vie et à l'intégrité de la personne, et que l'intégrité se définit comme «[l']état d'une chose qui est demeurée intacte»¹²², la maladie est une atteinte à l'intégrité de la personne donnant ouverture au droit au secours pris dans son sens élargi. Cette interprétation de la notion d'intégrité a d'ailleurs été suivie dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*¹²³, dans lequel la Cour remarque que

[L]e sens courant du mot «intégrité» laisse sous-entendre que l'atteinte à ce droit doit laisser des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil. L'atteinte doit affecter de façon plus que fugace l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime. D'ailleurs, l'objectif de l'art. 1, tel que formulé, le rapproche plutôt d'une garantie d'inviolabilité de la personne et, par conséquent, d'une protection à l'endroit des conséquences définitives de la violation¹²⁴.

¹²⁰ Voir *Dodds*, *supra* note 102 ; *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 à la p. 1970, [1987] A.Q. no 1625 (C.A.) ; *Pelletier c. Roberge*, [1991] R.R.A. 726 aux pp. 733-37, [1991] A.Q. no 1624 (C.A.). Voir également *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192 à la p. 208, 112 D.L.R. (3^e) 67 ; *Reibl*, *supra* note 68.

¹²¹ Voir Dorothy C. Wertz et Bartha Maria Knoppers, «Serious Genetic Disorders : Can or Should They Be Defined ?» (2002) 108 Am. J. Med. Genet. 29.

¹²² Le Nouveau Petit Robert, 1994, s.v. «intégrité».

¹²³ [1996] 3 R.C.S. 211, [1996] S.C.J. no 90.

¹²⁴ *Ibid.* au para. 97.

En définitive, même si nous pouvions croire, comme certains auteurs¹²⁵, que le droit au secours ne permet pas de déroger au devoir de confidentialité, l'interprétation des tribunaux dans les arrêts mentionnés plus haut garde la porte ouverte à un débat. Il sera intéressant d'examiner si cette vision élargie du droit au secours fera l'unanimité parmi les juristes québécois. Dans l'affirmative, nous croyons que le devoir de confidentialité devrait être rompu en fonction d'une évaluation double de la gravité et de la prévisibilité de l'affection génétique. Si le droit au secours est réellement le corollaire du droit à la vie et à l'intégrité de la personne, nous ne voyons pas ce qui justifierait l'exclusion d'un devoir de secours dans le cas de personnes risquant de développer une maladie génétique grave dont la prévisibilité est substantielle. Restreindre la notion de *péril pour la vie* uniquement au risque d'une mort imminente nous paraît déraisonnable. La maladie est en soi une attaque à l'intégrité de la personne. Elle met la vie en péril, même lorsqu'elle n'engendre pas la mort. Elle porte atteinte à la vie professionnelle, la vie privée, la vie familiale, la vie amoureuse et la jouissance de la vie. Nous comprenons qu'en tant qu'exception au devoir de confidentialité l'article 2 de la *Charte québécoise* doit être interprété de façon restrictive. Toutefois, nous ne croyons pas qu'il soit justifié d'adopter une interprétation qui ignorerait des dimensions aussi importantes de ce qu'est la vie, c'est-à-dire l'ensemble des activités humaines qui donnent un intérêt à l'existence. Comme l'écrit Alain Klotz,

[d]epuis la reconnaissance officielle d'un droit au secours, il faut, dans une optique civiliste, donner effet au droit nouveau et l'harmoniser avec les dispositions déjà existantes. Il s'agit là d'une confirmation d'un droit au secours inclus dans l'article 1053 C.c. [aujourd'hui 1457 C.c.Q.] en raison de l'existence d'une faute par omission non évidente à première vue. Les articles de la *Charte* et 1053 C.c. [1457 C.c.Q.] se complètent : l'article 2 énonce un principe, lui-même corollaire de l'article premier de la *Charte* : le droit à la vie ; les dérivés de ce principe se retrouvent à l'article 1053 C.c. [1457 C.c.Q.] : l'homme raisonnable n'attend pas que la vie soit en danger pour agir¹²⁶.

Si le devoir de secours ne peut assujettir le médecin à une obligation de prévenir les membres de la famille sans le consentement du patient, il peut cependant être le fondement de la faute d'omission prévue à l'article 1457 C.c.Q. En effet, la famille pourrait poursuivre le médecin pour négligence et pour ne pas avoir agi comme l'aurait sans doute fait une personne raisonnable. Pour qu'il y ait faute d'omission, il n'est pas nécessaire que l'omission soit fondée sur une disposition légale ou réglementaire spécifique¹²⁷. Contrairement à la common law, qui prévoit une série d'obligations et de devoirs spécifiques, l'obligation générale de se comporter en

¹²⁵ Voir Nootens, *supra* note 85 à la p. 532.

¹²⁶ Klotz, *supra* note 100 à la p. 507

¹²⁷ Voir Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 au n° 144.

personne prudente et diligente n'impose aucun devoir particulier¹²⁸. Cette confirmation d'un droit au secours inclus dans l'article 1457 C.c.Q. est d'ailleurs reconnue par le législateur lorsqu'il définit le mot «sauveteur» à l'article 1(g) de la *Loi visant à favoriser le civisme*¹²⁹. Selon le législateur, un sauveteur est «celui qui bénévolement, porte secours, s'il a un motif raisonnable de croire que la vie ou l'intégrité physique d'une personne est en danger» [nos italiques]¹³⁰. Est-ce une erreur de la part du législateur de ne pas avoir inclus l'atteinte à l'intégrité physique à l'intérieur du devoir au secours ou était-ce plutôt le fruit d'une volonté de conserver une portée restrictive au droit au secours ? Sans répondre à cette question, nous concluons en affirmant que l'état actuel du droit québécois n'impose pas au médecin un devoir de secours qui se traduirait en un devoir de prévenir les membres de la famille d'un patient atteint d'une affection génétique grave. Toutefois, le médecin pourrait se voir confronté à des poursuites en responsabilité civile pour manquement à son obligation générale de prudence et de diligence par les membres de la famille qui n'ont pas été prévenus du mal qui les guettait, un peu à l'image des faits soulevés dans les arrêts *Safer*¹³¹ et *Pate*¹³².

Enfin, les médecins québécois devront faire preuve de prudence, tout comme les autres médecins canadiens, tant que le devoir de prévenir ne sera pas sanctionné par une loi ou un règlement. Les médecins québécois sont peut-être devant un impératif de prévenir, mais tant que ce dernier demeurera d'ordre moral et non d'ordre légal, le médecin risque de subir les foudres d'une poursuite pour bris de confidentialité. Toutefois, nous croyons que notre interprétation des dispositions, tant législatives que professionnelles, pourrait servir de moyen de défense à une telle poursuite.

Conclusion

Nous reconnaissons, tant en common law qu'en droit civil, un devoir moral (ou du moins un privilège) de prévenir qui est fondé principalement sur les normes éthiques professionnelles, ainsi que l'obligation générale de prudence et de diligence. Cette obligation morale n'évacue cependant pas les risques de poursuite, soit pour bris de confidentialité et donc non-respect du caractère fiduciaire de la relation médecin-patient, soit pour négligence ou omission, c'est-à-dire de ne pas avoir agi comme une personne raisonnable. À cet effet, il est impérieux que le législateur ou les corporations professionnelles indiquent aux médecins une voie à suivre dépourvue d'ambiguïtés, à l'image de la proposition présentée par le Conseil de la santé et du bien-être¹³³.

¹²⁸ Voir *ibid.*

¹²⁹ *Loi visant à favoriser le civisme*, L.R.Q. c. C-20, art. 1(g).

¹³⁰ *Ibid.*, tel que cité dans Klotz, *supra* note 100 à la p. 507.

¹³¹ *Supra* note 32.

¹³² *Supra* note 31.

¹³³ *Supra* note 20 à la p. 137.

L'évaluation des situations où la rupture de la confidentialité sera permise, que ce soit sous le droit actuel ou sous une réglementation ou directive précise, devra tenir compte d'une multitude de déterminants extérieurs. L'un de ces déterminants est le caractère extrêmement sensible et intime de l'information en question. Il est important de noter qu'à l'intérieur de certaines familles la divulgation de l'information pourrait constituer un tort plus considérable que la préservation de la confidentialité, particulièrement dans les cas où les membres de la famille ne veulent pas connaître cette information. Dans cette situation, le médecin s'immiscerait indûment à l'intérieur de la dynamique familiale. Ainsi, certaines études ont évoqué que les personnes atteintes d'une affection génétique pouvaient se sentir coupables face au reste de la famille, comme si elles étaient responsables. Dans d'autres cas où les risques de maladies héréditaires sont connus, une dynamique peut s'être installée où les membres de la famille ont «présélectionné» la personne qui sera atteinte par leurs comportements ou leurs gestes. Une sorte de conditionnement s'établit alors où les personnes à risque non sélectionnées vivent dans l'attente du moment fatidique. La divulgation de l'information génétique par le médecin peut venir ébranler cette construction sociale bien établie. À ce sujet, Martin Richards observe que

[t]he importance of these ideas is that they draw attention to the fact that family relationships are not created *de novo* by each new family member but there are beliefs about roles, relationships and individual characteristics that precede them and may help to produce their identity and place within the family. Such beliefs may be particularly powerful when a family is burdened by a serious genetic condition. [...] Cases have been reported where the negative test result has resulted in the preselected individual being effectively ostracized from the family¹³⁴.

Un autre déterminant à prendre en considération relève du manque d'éducation de la population en général et, surtout, des intervenants eux-mêmes¹³⁵. Avant de pouvoir prétendre avoir le privilège, si ce n'est le devoir, de divulguer l'information génétique de son patient aux membres de sa famille, le médecin devra s'assurer qu'il possède toute l'information nécessaire pour pouvoir effectuer un tel choix. Avant même d'entreprendre un examen génétique, il devra également s'assurer que son patient ait été mis au courant de toutes les implications entourant un tel examen et que le consentement de celui-ci ait été obtenu quant au risque qu'une partie de l'information obtenue soit révélée aux membres de sa famille, même en cas de refus subséquent de sa part.

¹³⁴ Martin Richards, «Families, Kinship and Genetics» dans Theresa Marteau et Martin Richards, dir., *The Troubled Helix: Social and Psychological Implications of the New Human Genetics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 249 à la p. 268.

¹³⁵ Voir Francis Collins, «Preparing Health Professionals for the Genetic Revolution» (1997) 278 J.A.M.A. 1285 ; M. Richards, «Lay and Professional Knowledge of Genetics and Inheritance» (1996) 5 Public Understand. Sci. 217 ; New York State Task Force on Life and the Law, *Genetic Testing and Screening in the Age of Genomic Medicine* (a.l., a.m.e., 2000) aux pp. 347-86 ; Laurie A. Demmer *et al.*, «Knowledge of Ethical Standards in Genetic Testing Among Medical Students, Residents and Practicing Physicians» (2000) 284 J.A.M.A. 2595.

Nous pouvons donc, en définitive, constater que la question de la confidentialité à l'égard du diagnostic génétique tisse une toile complexe où s'entrecroisent plusieurs intervenants, de nombreux concepts et une multitude de situations ambiguës. Le médecin devra faire preuve de compétence, de jugement et de diligence dans son appréciation des situations nécessitant le dévoilement. Le législateur et les corporations professionnelles auront également un rôle important à jouer afin d'offrir aux médecins une ligne de conduite suffisamment claire pour que ces derniers puissent présenter une défense solide en cas d'éventuelle poursuite pour bris de confidentialité.
