

Vérité et information de la personne

Bartha Maria Knoppers

Volume 18, Number 4, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058580ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058580ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Knoppers, B. M. (1987). Vérité et information de la personne. *Revue générale de droit*, 18(4), 819–842. <https://doi.org/10.7202/1058580ar>

Article abstract

The protection of personal information as well as the right of an individual to be informed of the existence of identifying data in files concerning him brings into question two basic principles: the right to information and the right of privacy. The search for one's biological origins in the case of adoption as well as recently in the context of the new reproductive technologies is particularly problematic. The physician-patient relationship has also seen changes as to the amount of information to be communicated prior to medical treatment and with respect to the confidentiality of such highly charged information as is the case with AIDS. The author stresses the importance of evaluating the impact of the communication of such information on the patient or his family or friends in the context of reproductive technologies or communicable diseases before exploiting them as the means of effecting social change in the search for a more open society.

Vérité et information de la personne

BARTHA MARIA KNOPPERS
Professeure adjointe à la Faculté
de droit de l'Université de Montréal

RÉSUMÉ

La protection des renseignements personnels ainsi que le droit de l'individu d'être informé de l'existence des données nominatives dans les dossiers le concernant mettent en relief deux grands principes : le droit à la vérité et le droit à la vie privée. La recherche des origines biologiques dans le cas de l'adoption et aujourd'hui dans le cadre des nouvelles technologies de la reproduction s'avère particulièrement problématique. La relation médecin-patient témoigne aussi des changements quant à l'étendue des renseignements à communiquer avant une intervention médicale et quant à la confidentialité des données hautement personnelles comme dans le cas du SIDA. L'auteur souligne l'importance d'effectuer des études sur l'impact de telles révélations sur la personne concernée ou sur sa famille ou son entourage dans le cadre des nouvelles techniques de reproduction ou des maladies transmissibles avant d'utiliser ces informations hautement personnelles et intimes comme les vecteurs et le moteur d'une révolution sociale en quête d'une société plus ouverte.

ABSTRACT

The protection of personal information as well as the right of an individual to be informed of the existence of identifying data in files concerning him brings into question two basic principles : the right to information and the right of privacy. The search for one's biological origins in the case of adoption as well as recently in the context of the new reproductive technologies is particularly problematic. The physician-patient relationship has also seen changes as to the amount of information to be communicated prior to medical treatment and with respect to the confidentiality of such highly charged information as is the case with AIDS. The author stresses the importance of evaluating the impact of the communication of such information on the patient or his family or friends in the context of reproductive technologies or communicable diseases before exploiting them as the means of effecting social change in the search for a more open society.

SOMMAIRE

Introduction	820
I. Vérité sociale et recherche des origines biologiques	821
A. Recherche des origines et adoption	822
1) Confidentialité	822
2) Les retrouvailles	826
B. Enfants nés des nouvelles technologies de la reproduction (N.T.R.)	829
1) L'anonymat des parties	830
2) Les registres	834
II. Vérité médicale et droits du patient	837
A. Le patient et la vérité	837
1) L'obligation de renseignement	837
2) Le privilège thérapeutique	838
B. Les tiers et la vérité	839
1) La famille	839
2) L'État	840
Conclusion	842

INTRODUCTION

L'intérêt récent dans les recherches généalogiques a donné lieu à un débat public mettant en opposition certains droits dont la compréhension et la mise en œuvre sont encore incomplètes. D'une part, quant aux données personnelles, le droit à la vie privée reconnu par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ attend sa réalisation en grande partie dans l'application de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*², cette dernière traduisant d'autre part, le droit à l'information retrouvée dans la *Charte* (art. 44) comme un droit de l'individu d'être informé de l'existence de renseignements nominatifs dans les dossiers le concernant ainsi que toute consultation de ces données (*Loi sur l'accès*, art. 83). Le débat se situe donc autour de deux grands principes : le droit à la vérité et le droit à la vie privée.

1. L.R.Q., c. C-12 (ci-après *Charte*).

2. L.R.Q., c. A-2.1 (ci-après *Loi sur l'accès*).

L'enfant, dans la recherche de ses origines, veut parfois descendre l'arbre pour retrouver ses sources. Les parents ou les tiers cherchent toutefois à découvrir les branches ou, en revanche, à les couper pour rester inconnus. La vérité ultime, autrefois appartenant à Dieu, peut au nom de la protection de la personne et de sa vie privée être cachée ou révélée et ce, dans certains cas, même contre le gré de l'individu concerné. Cherchant donc l'étendue de cette obligation de communiquer la vérité en descendant vers les origines et en montant l'arbre vers la progéniture telle que retrouvée dans des dossiers contenant les renseignements personnels sur les origines de l'enfant, sur les parents ou les tiers, nous allons constater qu'une telle information personnelle et nominative qui identifie la personne n'est pas divulguée par respect de la vie privée de l'individu. La vérité sociale triomphe (I).

En revanche, la famille a toujours été le lieu privilégié des communications les plus intimes alors qu'aujourd'hui, la relation médecin-patient devient le focus d'une communication plus réciproque. Cette réciprocité a fait renaître le caractère consensuel du contrat médical, mais les secrets communiqués et la révélation de la vie privée du patient risquent d'être partagés avec les tiers dans un système médical socialisé agissant au nom de l'intérêt public. La vérité médicale s'oblige (II).

I. VÉRITÉ SOCIALE ET RECHERCHE DES ORIGINES BIOLOGIQUES

Au Québec, jusqu'à une époque récente, les enfants adoptés cherchaient avec difficulté à retrouver leurs origines. En 1981, de nouvelles règles sur la filiation de l'enfant ont aboli toutes distinctions entre les enfants en reconnaissant leur légitimité et en promouvant la vérité biologique sur l'acte de naissance³.

Par surcroît, en 1982, l'enfant adopté devenu majeur se voyait accorder la possibilité de retrouvailles avec ses parents biologiques et les parents avec leurs enfants (A).

Paradoxalement, cette vérité biologique, telle qu'annoncée dans l'acte de naissance, s'accompagnait de l'instauration d'une certaine dissimulation dans le cas d'enfants nés après insémination artificielle par donneur. Le législateur restait toutefois muet sur d'autres questions de filiation suite à l'application des nouvelles technologies de la reproduction. L'enfant adopté bénéficie donc de certains droits d'information tandis que ceux de l'enfant né des nouvelles technologies de la reproduction restent à déterminer (B).

3. C.c.Q. art. 572-594 et voir sur l'impact de cette primauté de l'acte de naissance, M. PRATTE, « La présomption de paternité : complice ou rivale de l'acte de naissance » (1986) 17 R.G.D. 663.

A. RECHERCHE DES ORIGINES ET ADOPTION

Depuis décembre 1982, le régime juridique québécois, construit autour de l'adoption, confirme le principe de la confidentialité des dossiers d'« adoption » (art. 631 C.c.Q.). Le législateur a opté pour un principe favorisant la protection de la vie privée, ce qui se conçoit bien dans une société où les droits de la personne sont privilégiés et protégés par deux chartes et diverses lois. Il n'en demeure pas moins que les exigences de cette société moderne et les conséquences de son évolution commandaient d'assouplir ce principe. La loi prévoit donc des exceptions, quoique limitées, à la confidentialité des dossiers (1) de même qu'une possibilité de retrouvailles (2).

1. Confidentialité

L'article 625 C.c.Q. vient renforcer la règle de la confidentialité prévue par l'article 631 C.c.Q. en précisant qu'après le jugement d'adoption, l'acte de naissance originaire sera revêtu de la mention « adoption » et qu'aucun extrait ne pourra en être délivré : l'enfant reçoit ainsi un nouvel acte de naissance. Cette volonté de respecter la vie privée des parties et de protéger les renseignements personnels a été reprise dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* qui prévoit que les adoptants peuvent demander un sommaire des antécédents de l'enfant conforme aux normes prévues par règlement. L'enfant de quatorze ans ou plus peut aussi demander un sommaire à condition de respecter l'anonymat des parents ou de l'adoptant⁴. Le législateur québécois a donc choisi d'encadrer l'adoption d'un régime juridique étanche où l'anonymat se pose comme condition à l'obtention de renseignements qui d'ailleurs ne sont divulgués qu'à certaines conditions⁵. Ce choix se traduit par une impossibilité des parents tant biologiques qu'adoptifs, ou de l'enfant, d'avoir accès aux renseignements nominatifs qui les concernent même si la partie concernée renonce à son droit à la vie privée⁶.

Le régime actuel, ne traitant pas de l'enfant confié à l'adoption mais non adopté, lui interdit l'accès au sommaire des antécédents, de même qu'il lui bloque la voie des retrouvailles⁷. Il serait intéressant de

4. L.R.Q., c. P-34.1, « Tout sommaire doit respecter l'anonymat des parents ou de l'adoptant et doit être conforme aux normes prévues par règlement » (art. 131.1 et 131.2).

5. COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, *L'État : une affaire publique. La vie privée : un secret d'état* (Rapport sur les dispositions inconciliables des lois québécoises avec la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*), 1986, (ci-après *Rapport*), p. 192.

6. *Id.*, p. 193.

7. *Ibid.*

connaître la motivation d'une telle distinction. Peut-être même, s'agit-il là d'une discrimination sur la base de l'état civil et de la condition sociale de l'enfant non adopté, ce qui serait prohibé par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸. Notons que le *Code civil du Québec* maintient l'empêchement de mariage entre consanguins (art. 627 *C.c.Q.*) mais ne prévoit pas les moyens nécessaires pour connaître ses antécédents⁹. Dans le même ordre d'idées, se pose le problème des maladies dont le traitement nécessite la connaissance des antécédents génétiques de la personne et la communication de renseignements médicaux sur les parents biologiques. Quel droit doit avoir priorité : le droit à la vie privée garanti par la *Charte*¹⁰ ou le droit aux origines non garanti par la *Charte* mais que d'aucuns disent découler de droits qui y sont prévus¹¹?

Trois exceptions sont prévues à la règle de confidentialité de l'article 631 *C.c.Q.* Il s'agit de la divulgation quand la *Loi sur l'accès* le requiert, la consultation avec autorisation du Tribunal de la jeunesse pour les fins d'étude ou de recherche si l'anonymat des parties est respecté et l'accès par l'enfant devenu majeur ou par les parents biologiques pour les fins des retrouvailles, ce que nous verrons plus loin.

Tout en reconnaissant la confidentialité des dossiers en matière d'adoption, la jurisprudence a exceptionnellement permis la recherche des antécédents d'un enfant adopté dans le cas de maladie grave privilégiant ainsi le droit à la vie au détriment du droit à la vie privée¹². Quant à la Commission d'accès à l'information, elle ne peut que constater « que l'adopté ou l'orphelin puissent avoir besoin, en cas de maladie ou avant le mariage, de renseignements sur leurs parents biologiques sans leur consentement ». Elle a donc recommandé au gouvernement de voir à ce que le Tribunal de la jeunesse soit habilité à autoriser cette communication après s'être préalablement assuré que la divulgation de renseignements

8. *Supra*, note 1, art. 10.

9. R. JOYAL, *Précis de droit des jeunes*, Montréal, Éditions Yvon Blais Inc., 1986, p. 74.

10. *Supra*, note 1, art. 5.

11. *Supra*, note 5, pp. 194-197.

12. Voir *Droit de la famille* — 140, [1984] T.J. 2049. Dans ce jugement du juge Rivet, la requête demandait l'autorisation de consulter le dossier d'une enfant mineure et de communiquer avec ses parents biologiques. L'état de santé de l'enfant requérant une greffe de moelle osseuse venant d'un frère ou d'une sœur ayant le même père et la même mère, le tribunal a donné priorité à l'intérêt de l'enfant malade. Le tribunal s'est aussi inspiré du droit à la vie, reconnu par la *Charte des droits et libertés de la personne*, et de son corollaire l'obligation de secours. Selon le tribunal, ce droit et cette obligation doivent avoir prééminence sur le principe de la confidentialité et du respect à la vie privée, dans les limites nécessaires pour sauver la vie de l'enfant. Le tribunal précise toutefois que ceci ne permet pas à l'enfant de retrouver ses parents biologiques ni ne fait en sorte que ces derniers recherchent avec succès leur enfant naturelle.

soit nécessaire à la santé de l'adopté de l'orphelin ou de leurs éventuels descendants¹³. Dans une situation récente où la sécurité et le développement d'un mineur étaient compromis selon la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁴, le Tribunal de la jeunesse a décidé que seule la connaissance par un mineur de ses racines pouvait constituer un traitement adéquat. Dans ce même jugement, la distinction entre le droit à des retrouvailles des enfants majeurs adoptés et des mineurs était jugée discriminatoire et contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁵.

Depuis le 30 juin 1987, le régime actuel du secteur social est soumis à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹⁶. Les dispositions de cette loi prévalent sur celles des lois postérieures à moins qu'elles n'énoncent s'appliquer malgré la *Loi sur l'accès*¹⁷. La loi affirme le caractère confidentiel des renseignements nominatifs détenus par un organisme public qui permettent d'identifier une personne physique (art. 53). Elle accorde à la personne concernée le droit d'accès à ces renseignements (art. 9) de même qu'elle lui laisse l'opportunité d'autoriser la divulgation (art. 53).

Une personne ne peut cependant prendre connaissance des renseignements qui la concernent lorsque cette divulgation révèle un renseignement ou l'existence d'un tel renseignement sur une autre personne sans un consentement écrit de cette dernière (art. 88). Cette loi consacre donc le droit à la vie privée, reconnu par l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁸, tout en autorisant la communication de renseignements nominatifs à une personne ou à un organisme lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, sans le consentement de la personne concernée (art. 68). Pour mesurer la pertinence et l'importance de cette limitation, il suffit de garder à l'esprit le fait que les dossiers d'adoption sont constitués de renseignements portant sur l'enfant, ses parents biologiques et ses parents adoptifs.

La question de savoir si la confidentialité des renseignements personnels contenus dans les dossiers d'adoption serait mieux protégée par les dispositions du *Code civil du Québec* que par cette *Loi sur l'accès* a été soulevée par la Commission d'accès à l'information du Québec dans son *Rapport sur les dispositions inconciliables des lois québécoises avec*

13. *Supra*, note 5, pp. 204-206.

14. *Supra*, note 4, par. 38(b); Voir le jugement du juge Ruffo, T.J. St-Jérôme, n° 700-41-000121-862, le 30 janvier 1987.

15. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B II de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 15.

16. *Supra*, note 2.

17. *Id.*, art. 168.

18. *Supra*, note 1.

la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹⁹. Cette commission est d'avis que le langage de la *Loi sur l'accès* en assimilant les dossiers d'adoption aux autres types de dossiers fait perdre aux renseignements qu'ils contiennent leur caractère nominatif et rend la protection de ces renseignements personnels plus aléatoire que ne le font le *Code civil du Québec*²⁰ et la *Loi sur la protection de la jeunesse*²¹ en insistant sur l'importance de sauvegarder l'anonymat des personnes en cause.

Relevant les enjeux qui confrontent la société québécoise à l'égard du droit aux origines, la Commission a maintenu que la reconnaissance de ce droit en permettant à l'adopté et à l'orphelin majeur de connaître les noms et prénoms de leurs parents biologiques et d'avoir accès à des renseignements d'ordre familial, social et médical à leur sujet, « porterait atteinte à la vie privée de ses parents biologiques »²². En dépit des arguments présentés en faveur d'une exception à la *Loi sur l'accès* et du silence de la *Charte* sur le droit aux origines, la Commission recommandait que le gouvernement réaffirme le caractère confidentiel de l'acte de naissance et des dossiers d'adoption et ce, malgré la *Loi sur l'accès*²³. Les adoptés, les orphelins majeurs, les parents biologiques et les parents adoptifs n'auront accès qu'à des renseignements les concernant exclusivement contenus dans les dossiers administratifs et judiciaires d'adoption, ceci en conformité avec l'article 88 de la *Loi sur l'accès*²⁴. Ceci implique que l'accès aux renseignements nominatifs sera interdit sans l'obtention du consentement des personnes visées, le consentement étant l'élément essentiel du droit à la vie privée. C'est pourquoi cette condition ne tient pas compte du fait que les renseignements se trouvent dans le dossier personnel de la personne qui formule la demande ou qu'ils soient contenus dans le dossier d'une tierce personne²⁵. En revanche, pour satisfaire partiellement à « la recherche d'identité » d'enfants ou de parents, la Commission a recommandé la dénominalisation et l'accès à d'autres renseignements personnels tels la profession des parents, leur âge, leurs antécédents sociaux, etc.²⁶

D'autres groupes ont pris des positions plus radicales allant d'un droit de l'enfant de savoir le fait de son adoption²⁷ à un droit de

19. *Supra*, note 5, p. 192.

20. Art. 631 C.c.Q.

21. L.R.Q., c. P-34.1, art. 131.1; *Supra*, note 5, pp. 192 et 201-202.

22. *Supra*, note 5, pp. 197 et 201.

23. *Id.*, p. 201.

24. *Id.*, p. 200.

25. *Supra*, note 2, art. 53.

26. *Supra*, note 5, 203, voir définition de « renseignements nominatifs »; *supra*, note 2, art. 54-56.

27. *Rapport du Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain au Comité interministériel sur la recherche des antécédents biologiques*, 1986, p. 7.

l'enfant à connaître ses origines sociobiologiques ce qui comprend le droit de connaître le nom de ses parents biologiques²⁸. Un Comité interministériel sur la recherche des antécédents biologiques étudie actuellement cette question ainsi que celles se rapportant aux problèmes des retrouvailles.

2. Les retrouvailles

En matière de retrouvailles le régime actuel prévoit ce qui suit à l'article 632 C.c.Q. :

[Un] adopté-majeur a le droit d'obtenir les renseignements lui permettant de retrouver ses parents, si ces derniers y ont préalablement consenti. Il en va de même des parents d'un enfant adopté, si ce dernier, devenu majeur, y a préalablement consenti. Les consentements ne doivent faire l'objet d'aucune sollicitation.

D'aucuns ont voulu prétendre que les retrouvailles telles qu'aménagées dans le *Code civil du Québec* à l'article 632 constituaient « une fin de non-recevoir » à une pratique jurisprudentielle antérieure vu l'interdiction de toute sollicitation²⁹. Avant l'entrée en vigueur de l'article 632 C.c.Q. en décembre 1982, la personne désirant vivre des retrouvailles s'adressait au Tribunal de la jeunesse par voie de requête en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à un centre de services sociaux de faire enquête afin de retrouver ses parents biologiques³⁰. L'information recueillie était portée à la connaissance du tribunal qui, par la même occasion, recevait les observations du centre sur l'opportunité et la possibilité d'organiser une rencontre ou encore transmettait le refus d'une personne de se prêter à cette rencontre. Finalement, le tribunal dans une deuxième décision favorisait ou refusait les retrouvailles.

Nous voyons donc que sous ce régime il n'était nullement question, comme à l'article 632 C.c.Q., de consentement des parents biologiques préalable à l'exercice, par l'adopté, de son droit d'obtenir des renseignements. L'ancienne pratique est d'autant plus difficile à concilier avec le nouveau régime que ce dernier précise que les « consentements ne doivent faire l'objet d'aucune sollicitation » (article 632, alinéa 3 C.c.Q.). Quelle interprétation doit-on donner à l'expression « sollicitation »?

28. *Mémoire du Conseil du statut de la Femme au Comité interministériel sur la recherche des antécédents biologiques*, 1986.

29. A. RUFFO citée dans S. PILON, « Les retrouvailles en matière d'adoption » (1985) 45 R. du B. 806.

30. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-5, art. 7.

Après quelques virements jurisprudentiels, la Cour d'appel du Québec a jugé que ne constituait pas de la sollicitation interdite par le *Code civil du Québec*, le fait pour un centre de services sociaux (C.S.S.) d'entrer en contact avec un adopté ou des parents biologiques dans le but de connaître leur intention quant à la possibilité de retrouvailles³¹. La Cour a donc accepté les prétentions de l'appelante voulant que le mot sollicitation « implique un comportement insistant et pressant »³² qui n'était pas celui du centre lors de son enquête.

Ce jugement soutient donc que l'obligation de confidentialité et le respect de la vie privée sont respectés malgré le fait que le centre des services sociaux entre en contact avec le parent ou l'enfant adopté majeur en l'informant que l'autre partie le cherche, dans la mesure où la sollicitation se limite à l'aspect information et n'implique pas un comportement insistant ou pressant. Soulignons à cet effet que la Commission d'accès à l'information, quant à elle, croit, sans s'opposer au rôle exercé par les C.S.S., « que la recherche du consentement devrait être encadrée par des normes précises »³³. Ceci dans le but de protéger le droit à la vie privée des personnes impliquées sur lesquelles la « sollicitation » des C.S.S. fait peser une menace. Ici, la Commission partage l'opinion du jugement de la Cour d'appel dont nous parlions plus haut. Elle souligne toutefois qu'un « simple contact » du C.S.S. peut constituer une intrusion grave dans la vie privée d'une personne recherchée et elle donne à cet effet l'exemple d'un adopté qui ignore son statut³⁴.

Il n'existe actuellement aucun mécanisme permettant d'exercer les droits prévus à l'article 632 *C.c.Q.*, bien que la création d'un droit implique la possibilité de l'exercer³⁵. L'exercice du droit est alors purement volontaire. Ni l'adopté ni le parent biologique n'ont à s'adresser au tribunal pour que le processus de retrouvailles soit mis en marche; ils s'adressent simplement au C.S.S. qui a l'obligation de leur transmettre l'information requise³⁶.

Le Tribunal de la jeunesse a aussi limité son rôle aux cas d'urgence ou de conflits entre les parties pour ne pas s'immiscer dans l'administration des centres de services sociaux³⁷. Le processus est donc

31. *Droit de la famille* – 27, [1984] C.A. 526.

32. *Id.*, p. 528.

33. *Supra*, note 6, p. 205.

34. *Ibid.*

35. *Droit de la famille* – 124, [1984] T.J. 2030, p. 2033.

36. *Supra*, note 29, p. 808; Le Barreau du Québec souligne, en plus de l'absence d'encadrement juridique satisfaisant quant au phénomène des retrouvailles, l'existence d'autres insuffisances : l'adopté cherchant de l'information sur un parent biologique décédé, le mineur qui cherche à s'informer sur ses parents biologiques ou les frères et sœurs qui se cherchent et les grands-parents qui veulent rencontrer leurs petits-enfants.

37. *Supra*, note 35, p. 2033; *Droit de la famille* – 216, [1985] T.J. 2035.

complètement volontaire et les requérants sont assujettis aux contingences des centres, « agents intermédiaires », s'ils agissent dans un délai raisonnable. Le Tribunal de la jeunesse³⁸ considère qu'un délai de six mois à un an est un délai raisonnable « en raison du nombre de demandes et des difficultés qui peuvent survenir lors des recherches d'un parent biologique ou d'un adopté devenu majeur dans le but de l'informer le plus discrètement possible du désir de son enfant adopté devenu majeur, ou le cas échéant de son parent biologique de le rencontrer »³⁹.

Après enquête donc, le C.S.S. informe le requérant de la possibilité des retrouvailles : lorsqu'il y a consentement, elles se font sans problème procédural ou technique, ce qui n'exclut pas que l'impact psychologique de telles retrouvailles soit à la fois incontestable et considérable.

Advenant un refus par l'enfant majeur ou par les parents biologiques, le requérant ne peut pas exiger du tribunal ou même du C.S.S. qu'il force les retrouvailles⁴⁰. Le tribunal peut cependant, en cas de refus d'un centre de faire enquête, faute d'effectif ou de personnel spécialisé, ordonner de lui faire rapport dans un délai déterminé⁴¹. En principe, les parents adoptifs ne sont pas partie à la démarche, bien qu'ils soient directement impliqués. Pourtant la tendance des C.S.S. à l'heure actuelle est à l'effet d'informer les parents adoptifs du désir des parents biologiques avant d'en informer l'adopté⁴².

Comme l'a déjà constaté un auteur, « la mécanique » des retrouvailles reste problématique en l'absence d'une procédure législative car rien ne peut présumer que les consentements seront reçus par les mêmes personnes ou organismes⁴³. Les dossiers peuvent être difficiles à retracer sans compter que les politiques quant aux retrouvailles peuvent varier d'un organisme à l'autre. Cette absence de coordination de procédures est à régler mais il est clair que l'interprétation jurisprudentielle au Québec a refusé le système prévu ailleurs qui préconise une rencontre des consentements par le « pur hasard » avant une intervention administrative ou judiciaire tout en refusant « une politique ouverte ou même obligatoire de divulgation des antécédents »⁴⁴. Ces divergences et difficultés sont aussi devant le Comité interministériel sur la recherche des antécédents

38. Voir le jugement du juge Dorion, T.J. Montréal, n° 500-43-000381-847, le 16 octobre 1984.

39. *Id.*, pp. 3-4.

40. Jugement du juge Therriault, T.J., St-François n° 450-43-000057-841, le 18 janvier 1985.

41. Jugement du juge Dorion, T.J., n° 500-43-000367, le 22 février 1985.

42. *Mémoire du Mouvement Retrouvailles*, (Complément), 1986, 9.

43. *Supra*, note 29, p. 808.

44. *Id.*, p. 810.

sociobiologiques. Ce Comité n'a cependant pas pour mandat d'étudier le cas des enfants nés des nouvelles technologies de la reproduction.

Après l'analyse que nous venons de faire, il est à prévoir que le droit aura autant de difficultés à s'ajuster en matière de procréation artificielle où les parties demeurent à ce jour libres de choisir une filiation officielle selon leurs intentions mais où la tenue des dossiers biologiquement exacts n'est pas garantie.

B. ENFANTS NÉS DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE LA REPRODUCTION (N.T.R.)

Nous avons fait mention antérieurement de la position adoptée par le législateur québécois en matière de filiation et vérité. Depuis 1981, les circonstances entourant la naissance des enfants ne sont, en effet, plus des causes de distinction entre ces derniers (art. 572 *C.c.Q.*). Le législateur a donc, en cette matière, privilégié la vérité biologique à la vérité juridique.

Dans le cadre des N.T.R., en 1982, c'est à la vérité sociale que le législateur fait une place dans les principes juridiques en matière de filiation en incluant une présomption de paternité du mari dans le cas d'insémination artificielle par donneur de son épouse (art. 586 *C.c.Q.*).

Par surcroît, comme nous avons vu en matière d'adoption, la vérité a été adaptée. L'adopté reçoit un nouvel acte de naissance (art. 55.1 *C.c.B.-C.*); l'adoptant ainsi que le mineur âgé de quatorze ans ou plus peuvent demander un sommaire des antécédants sociaux des parents biologiques dans la mesure où l'anonymat est respecté⁴⁵. De plus, le législateur a donné son accord aux retrouvailles entre parents biologiques et adoptés majeurs consentants (art. 632 *C.c.Q.*).

Les nouvelles technologies de la reproduction viennent à leur tour mettre en question l'étendue du droit au respect à la vie privée. Elles bouleversent non seulement les règles de la filiation, et cela surtout lorsqu'il y a utilisation de gamètes ou d'embryons provenant de tiers, mais aussi la notion de « parent » et de « parenté ». Dans le cas d'un enfant issu du mariage, d'une union de fait, d'une femme porteuse ou célibataire, où les parties ont eu recours à des gamètes ou des embryons provenant d'un tiers, l'anonymat des parties sera-t-il assuré (1), et y a-t-il moyen de retrouver les parties (2)? Dans de telles situations, la vérité a-t-elle sa place?

45. *Loi sur la protection de la jeunesse, supra*, note 4, art. 131.2.

1. L'anonymat des parties

Le Québec n'a pas encore statué sur les problèmes juridiques engendrés par les nouvelles technologies de la reproduction. Ce secteur d'activités est actuellement encadré de deux principes : celui du respect de la vie privée de l'article 5 de la *Charte* et celui du secret médical assuré par l'article 9 de la *Charte*, ainsi que des lois professionnelles.

Certains soutiennent que les participants, y inclus les donneurs ou les donneuses doivent être considérés comme des patients : si tel est le cas, le médecin, selon la loi, sera obligé de respecter le secret professionnel entourant la procédure de communication des renseignements contenus au dossier à moins d'une autorisation du patient, de la loi ou d'un tribunal. C'est ce qui découle de l'article 7 de la *Loi sur les services de santé et des services sociaux*⁴⁶ et des articles 53 et 59 de la *Loi sur l'accès*. La Commission d'accès à l'information a recommandé à ce sujet le maintien du caractère strictement confidentiel du dossier médical ou social détenu par un établissement de services de santé ou de services sociaux⁴⁷. Dans le but d'éviter tout risque d'interprétation laxiste, la Commission a jugé opportun de préciser que la confidentialité, telle que prévue dans la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁴⁸, devrait s'appliquer malgré certaines exceptions prévues à la *Loi sur l'accès*⁴⁹.

En absence d'une loi cadre sur la conception artificielle, la confidentialité de ces dossiers et des renseignements nominatifs sera donc assurée par la *Loi sur l'accès* (art. 53). Selon cette loi, seules l'autorisation de la personne, la personne titulaire de l'autorité parentale (art. 94), l'obligation d'une loi (art. 67) ou des circonstances exceptionnelles (art. 68), permettent la communication des renseignements personnels. L'article 59 alinéa 4 de cette même loi crée une exception à l'exigence du consentement préalable à la communication d'un renseignement nominatif par un organisme public pour « une personne à qui cette communication doit être faite en raison d'une situation d'urgence mettant en danger la vie, la santé ou la sécurité de la personne concernée ». « La personne concernée » est-elle nécessairement le patient lui-même? (ou peut-elle

46. L.R.Q., c. S-5; l'alinéa 1 de cet article 7 s'énonce en partie comme suit : « Sont confidentiels les dossiers médicaux des bénéficiaires dans un établissement. Nul ne peut en donner ou recevoir communication écrite ou verbale ou y avoir autrement accès, même aux fins d'une enquête si ce n'est avec l'autorisation expresse ou explicite du bénéficiaire ou encore sur l'ordre du tribunal ou du coroner dans l'exercice de ses fonctions ou dans les autres cas prévus par la loi ou les règlements [...] »

47. *Supra*, note 5, rec. 26.

48. *Supra*, note 46, art. 7.

49. *Ibid.*

être un tiers?) Un document préliminaire de la Commission semble inclure la possibilité d'un recours par les tiers dont la vie ou la santé rendrait nécessaire la connaissance du contenu du dossier médical⁵⁰. Par surcroît, le *Rapport* de 1986 prévoit, en matière d'adoption, que les adoptés pourront avoir accès aux antécédents biologiques et génétiques exclusivement non nominatifs sur leurs parents. Encore ici, comme en adoption, avant d'exiger un tel accès pour l'enfant né après la conception artificielle, le secret entourant le fait même de l'utilisation de ces techniques doit être levé.

On peut aussi se demander si la situation après l'adoption et celle des enfants nés des N.T.R. sont comparables. Ces dernières offrent au moins une spécificité, à savoir que le plus souvent l'enfant a un lien biologique avec l'un de ses deux parents affectifs. Il n'est pas totalement sans racines biologiques; il a une certitude sur une de ses lignées, sauf dans le cas, assez rare de don d'embryon. Par ailleurs, une obligation sur *tous* les parents, de dévoiler ses vraies origines à un enfant, n'existe pas en droit positif. Il ne faut pas non plus confondre l'acte du don du sperme ou d'ovule (médical et sans relation humaine) avec la conception d'un enfant, subséquemment offert en adoption.

Le Comité interministériel québécois sur la recherche des antécédents biologiques n'a pas pour mandat d'étudier le cas des enfants nés suite à une conception artificielle. Certains groupes ont toutefois soulevé la question. Deux positions se confrontent face au problème de l'anonymat du donneur(euse). Certains sont en faveur de la levée de l'anonymat au nom d'un « droit » de l'enfant né des N.T.R. à ses origines alors que la majorité préconise le maintien de l'anonymat.

Inspiré par l'exemple suédois, le Conseil du statut de la femme du Québec a rendu public son avis en faveur d'un droit de l'enfant de connaître ses ascendants, qui s'applique à l'insémination artificielle par donneur ou donneuse ou aux cas futurs d'adoption⁵¹. Cet avis préconise en effet le droit d'un enfant à une double filiation féminine et masculine sans qu'elle ne soit nécessairement assortie d'une double obligation

50. *Document de consultation concernant les dispositions inconciliables avec la Loi sur l'accès*, 1985, p. 53.

51. *Supra*, note 28; CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME DU QUÉBEC, *Enjeux. Quand la technologie transforme la maternité*, 1987, p. 15; voir aussi dans le même sens R. SNOWDEN et coll. *Artificial Reproduction : A Social Investigation*, London : Allen & Unwin, 1983, 123 : « We believe that the secrecy which surrounds AIDS is harmful and unnecessary. » Néanmoins, les auteurs distinguent entre le secret du recours à l'insémination artificielle ou l'anonymat du donneur et le secret à l'intérieur de la famille : « The confidentiality of the doctor's consulting room is essential and the anonymity of the donor may be justified but these concepts are different from the secrecy which leads to deception of close family members and of the child itself. » (pp. 123-4).

parentale⁵². L'État aurait l'obligation de fournir les informations nécessaires sur l'identité de l'enfant majeur lors d'une demande par cet individu. Cependant, un refus exprimé par l'un des participants devrait mettre fin à toute procédure prise par l'enfant⁵³. Quant au droit des parents génétiques (don de sperme, don d'ovule, don d'embryons surnuméraires) et des mères porteuses (uniquement mères biologiques) de connaître l'identité des enfants à qui ils ont contribué, le Conseil s'est réservé jugement.

C'est dans la crainte d'une pénurie de donneurs ainsi que d'une atteinte à la vie privée du donneur et de la famille que la position de la majorité favorise le maintien de l'anonymat, accordant tout de même la possibilité pour l'enfant et ses parents d'avoir accès à des plus amples renseignements non nominatifs sur les donneurs(euses)⁵⁴. Selon cette position, il en va de l'intérêt de l'enfant lui-même qui a la chance d'être conçu parce que déjà aimé (contrairement aux adoptés) et qui fait partie de sa famille, de ne pas connaître l'identité du donneur. La constitution et la création d'une famille étant la finalité des N.T.R., il importe de ne pas porter atteinte à l'intimité et l'harmonie familiales et à la vie privée.

Ainsi, les avis des comités des provinces canadiennes qui ont étudié la question soutiennent l'anonymat des participants à la conception artificielle. Ces comités reconnaissent l'anonymat et ce, en dépit de leur pratique en matière d'adoption où on a prévu un registre volontaire de divulgation d'identité à la majorité de l'enfant adopté⁵⁵. La province de la Saskatchewan a même recommandé un droit d'action contre le divulgateur de l'identité d'un participant⁵⁶. Une Commission fédérale a maintenu que le droit à l'anonymat était supérieur au besoin d'information sur les ascendants biologiques⁵⁷.

52. *Supra*, note 19, p. 11.

53. *Id.*, p. 3.

54. Pour un survol des rapports de Commissions nationales sur cette question, voir B. KNOPPERS et E. SLOSS, « Legislative Reforms in Reproductive Technology » (1986) 18 *Ottawa L. Rev.* 663 pp. 693-696 (Canada, Angleterre, Australie, États-Unis, France); voir aussi *infra*, les registres.

55. ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, 2 vol., 1985, rec. 22(4) et 22(7)(b); SASKATCHEWAN LAW REFORM COMMISSION, *Tentative Proposals for a Human Artificial Insemination Act*, 1981, rec. II (12), ces propositions ont été affirmées par la Commission en 1987, *Proposals for a Human Artificial Insemination Act*, appendix : « The Human Artificial Insemination Act », S.S. (pas de dévoilement d'identité du donneur sauf pour des raisons médicales); BRITISH COLUMBIA, ROYAL COMMISSION ON FAMILY AND CHILDREN'S LAW, *Artificial Insemination*, 1975, rec. 1 et 9; sur ces questions en général, voir B. KNOPPERS et E. SLOSS, *ibid.*

56. *Ibid.*

57. HEALTH AND WELFARE CANADA, *Report of the Advisory Committee on the Storage and Utilization of Human Sperm*, 1981, p. 19.

Finalement, la Commission de réforme du droit de la province d'Ontario a aussi recommandé le respect de l'anonymat sur l'identité des parties. Le rapport préconise toutefois une discrétion médicale quant à la possibilité d'accès à d'autres données médicales, ethniques ou sociologiques contenues dans les dossiers médicaux vu les besoins différents et individuels des parties concernées⁵⁸. En résumé, la plupart des études canadiennes protègent l'information personnelle et nominative qui permet d'identifier une personne physique et partie à la conception artificielle⁵⁹.

Les recherches démontrent que peu d'enfants adoptés (1-4 %) veulent de l'information généalogique et nominative⁶⁰ et ce, pour satisfaire des besoins psychologiques, souvent suite à une adoption qui n'a pas réussi. Les conditions de procréation étant moins importantes que les conditions psycho-sociales de l'éducation familiale⁶¹, dans la majorité des cas, de plus amples renseignements professionnels, sociaux et culturels sur les parents biologiques ou sur l'enfant adopté auraient suffi.

Les parents adoptifs eux, craignent pour leur vie privée⁶² : l'accès à des données nominatives, réduisant leur famille à une garde temporaire de 18 ans en cas d'un système avec divulgation d'identité des donneurs. On ne peut dès lors imaginer l'impact de la levée de l'anonymat du donneur sur les relations parents-enfants. L'atmosphère familiale avec le spectre d'un contact éventuel avec un donneur inconnu peut s'avérer plus dommageable pour l'enfant que le fait de ne pas identifier son père ou sa mère génétique.

Quant au juge, il devrait avoir la discrétion, comme en matière d'adoption, en cas de circonstances exceptionnelles affectant la vie ou la

58. *Supra*, note 55, rec. 22(7).

59. Voir aussi *supra*, note 55, rec. 22(5)a). La seule exception prévue dans le Rapport ontarien concerne l'obligation du médecin dans le cas où il constate l'apparition d'une maladie héréditaire ou transmissible chez l'enfant né suite à un don de gamètes ou d'embryons de la rapporter à toute personne concernée.

60. Voir en général C. ERNST, « Psychological Aspects of Artificial Procreation » dans Colloque de Lausanne, *Procréation artificielle, génétique et droit*, 1985, pp. 77-88; voir aussi H.A. OVSIOWITZ, *The Metamorphosis of Adoption : A Study of Selected Multidisciplinary Approaches to the Evolution of Secrecy in the Adoptive Process*, thèse, L.L.M. 1986 (non publiée), Queen's Univ., Kingston, Ont.

61. ERNST, *id.*, 86, voir aussi C. ERNST, « Psychological Aspects of Artificial Procreation », UKNCCL Colloquium, Cambridge, Angleterre, pp. 15-17 sept., 1987 : « If medical men and women feel responsible for giving the child-to-be at least average conditions, they may do well using artificial procreation within the present family structures and not as a motor for social change. It is not family structure by itself that influences the psychosocial development of a child, it is the persons selecting themselves at a given historical time into certain structures. These structures are bound to change; they are neither of divine origin nor an anthropological necessity. » (non publiée). Voir aussi les conclusions du SNOWDEN et coll., *supra*, note 51.

62. *Supra*, note 5, p. 195.

sécurité d'une personne (maladies héréditaires ou psychologiques graves), de lever l'anonymat⁶³.

Ces craintes quant à l'instauration d'un système des dossiers ouverts pour l'enfant majeur ne se sont pas concrétisées, selon les expériences anglaise et écossaise⁶⁴. Quant à la Suède, une étude révèle que la levée de l'anonymat de 1985 s'est soldée par un changement du profil des donneurs dans le cadre de l'insémination artificielle par donneur, ces derniers acceptant de recevoir l'enfant à sa majorité et éventuellement d'entretenir des relations avec lui⁶⁵. Compte tenu de ce qui précède et de cette pénurie de demandes, limitées à des situations exceptionnelles, il serait donc prudent d'éviter de mettre en place de trop grandes structures mais de reconnaître la nécessité de conserver des dossiers ou des registres permettant d'avoir accès à de plus amples renseignements non nominatifs avec la possibilité du recours au tribunal en cas de maladie. Le respect de la vie privée et de l'intimité conjugale pour ne rien dire de la dignité humaine exige qu'on n'utilise pas les N.T.R. pour effectuer les changements sociaux sans avoir préalablement étudié l'impact possible de cette vérité sur la personne humaine dans un contexte différent de celle de l'adoption.

2. Les registres

Actuellement, il n'existe aucune centralisation des dossiers des enfants issus des N.T.R. dans quelque pays que ce soit⁶⁶. Dans l'état actuel de la pratique, toute recherche uniforme s'avérera impossible.

Toute possibilité de retrouvailles entre les donneurs de gamètes ou d'embryons et les enfants issus implique non seulement la levée du secret concernant la conception et l'identité des parties, mais aussi un système de conservation et de codification des dossiers et la possibilité de faire des rapports de connexité. L'établissement d'un réseau de transmission des dossiers est essentiel pour savoir combien de fois on a eu recours à un donneur et pour assurer un suivi.

63. Voir par exemple *Droit de la famille* – 140, *supra*, note 12 (Le droit à la vie privée n'est pas absolu quand il s'oppose au droit constitutionnel à la vie et à l'assistance de l'enfant); *supra*, note 2, art. 94 (autorité parentale), art. 67 (obligation d'une loi); art. 59 (vie et santé d'un tiers) et art. 68(2) (circonstances exceptionnelles).

64. M.A. OVSOWITZ, *supra*, note 60.

65. M.A. D'ADLER et M. TEULADE, *Les sorciers de la vie*, 1986, Paris, Gallimard, p. 129.

66. Voir B.M. KNOPPERS *Conception artificielle et responsabilité médicale : une étude de droit comparé*, Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 1986, pp. 132 et 135 et B. KNOPPERS et E. SLOSS, *supra*, note 54, pp. 693-696.

La *Loi sur l'accès* n'autorise les échanges de données nominatives entre les centres ou groupes de recherche que lorsque la Commission d'accès à l'information s'est prononcée dans ce sens⁶⁷. Elle ne prévoit cependant rien de spécifique sur cette question dans le contexte de la conception artificielle. Comme en matière d'adoption, le Conseil provincial du statut de la femme a recommandé des formalités et des procédures pour concrétiser un droit d'accès par l'enfant majeur impliquant la possibilité de retrouver les parties⁶⁸.

Si les donneurs, donneuses ou receveuses sont reconnus comme étant des patients, le médecin sera obligé de constituer des dossiers et de les conserver. Néanmoins, hormis ce problème du « statut », l'anonymat des parties étant la règle, le Rapport ontarien a suggéré que le gouvernement établisse des règlements nécessaires à un système de conservation de dossiers permettant aux médecins de repérer les parties pour les fins d'information non nominative sur demande de l'une d'elles ou suite à la transmission d'une maladie à une receveuse ou un enfant⁶⁹.

La Commission a donc évoqué la possibilité d'imposer au médecin, dans l'avenir, un devoir de suivre les participants à ces procédures quant à la vérification du succès de la conception, la naissance, même l'état de santé de l'enfant⁷⁰. Quant à l'établissement d'un registre central au niveau provincial ou national, aucune commission canadienne ne l'a prévu, même si un tel registre pourrait indiquer le nombre de fois qu'on a eu recours à un donneur ou une donneuse. L'importance de ces dossiers pour la prévention des maladies génétiques et le besoin d'un recours légal possible en cas de faute médicale ou de la faute d'un donneur (ou donneuse) a mené une commission nationale à suggérer aux provinces de promulguer une loi assurant le maintien des dossiers à long terme et la garde séparée des dossiers des parties jusqu'à l'adoption d'une loi protégeant le donneur contre toute action autre que pour la responsabilité. « Lorsque cette législation protectrice existe[ra], le Comité recommande qu'un lien soit gardé entre les dossiers du donneur et ceux de la receveuse⁷¹. »

En matière de registres d'état civil, le législateur québécois n'a pas prévu de procédure spéciale comme en adoption pour les cas d'insémination par donneur. Il n'existe aucune obligation de garder un deuxième registre mentionnant les origines de l'enfant né suite à une conception artificielle.

67. *Supra*, note 2, art. 125.

68. *Supra*, note 28.

69. *Supra*, note 55, rec. 22(2) et (3).

70. *Supra*, note 55, rec. 22(6).

71. *Supra*, note 57, p. 26.

Toutefois, si le respect de la vie privée est assuré par la confidentialité entourant l'intervention comme telle et par l'anonymat des parties, le fait biologique sera subalterne à la réalité sociale, un phénomène qui n'est pas nouveau et qui est consacré par l'article 576 C.c.Q.⁷² Le registre d'état civil refléterait ainsi les intentions et les attentes des parties et leurs conceptions des meilleurs intérêts de l'enfant issu. Selon la Commission de réforme du droit d'Ontario, à moins que les donneurs de gamètes désirent agir comme parents, ni leurs noms, ni le fait de la conception artificielle ne devraient apparaître sur les registres officiels. Selon la Commission, la pureté du registre d'état civil comme répertoire de la vérité biologique est érodée depuis longtemps⁷³. La recommandation de repérer les dossiers médicaux dans les cas d'urgence ou d'exception suffirait à assurer la recherche des origines quand c'est nécessaire⁷⁴.

La plupart des rapports australiens⁷⁵ et un des rapports provenant d'Angleterre⁷⁶ prévoient l'imposition d'un fichier centralisé afin d'assurer le suivi des parties et le nombre de fois qu'on a recours à un donneur. Un comité des médecins a même recommandé un registre international contenant des dossiers détaillés⁷⁷. Dans un tel fichier, seul un système de codage pourrait essayer de sauvegarder l'anonymat des parties. Néanmoins, la constitution d'une telle banque pourrait constituer une intrusion supplémentaire de l'État dans l'intimité des familles.

La situation actuelle nous permet donc de conclure à la nécessité d'une réglementation de la tenue des dossiers, d'une amélioration de la qualité de ces dossiers médicaux et de la mise sur pied d'un réseau de transmission pour les fins d'un suivi ou d'un accès éventuel. Il importe toutefois d'éviter encore ici de mettre en place de grandes structures en forme de fichiers centralisés. Le besoin de points de repères sociaux, biologiques et médicaux implique donc le maintien des dossiers détaillés mais qui respectent la vie privée et intime des parties.

Le désarroi qui accompagne souvent la révélation sur les antécédents en matière d'adoption démontre la nécessité d'encadrer et d'aménager des rencontres dans la mesure où l'on permettra un jour des retrouvailles entre les enfants des N.T.R. et leur géniteur et ce, même dans les cas exceptionnels prévus dans ce travail. Cependant, il est

72. L'article 576 C.c.Q. (comme l'art. 574) présume la paternité du mari de la femme au moment de la naissance.

73. ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *supra*, note 55, p. 70 et rec. 20.

74. *Id.*, rec. 22(2), (3) et (5).

75. Voir KNOPPERS et SLOSS, *supra*, note 54 à la note 107; *Contra* : NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, cité dans *supra*, note 54, rec. 37.

76. *Ibid.*

77. *Report of the Royal College of Obstetricians and Gynecologists Ethics Committee on In Vitro Fertilization and Embryo Replacement or Transfer*, 1985, par. 8.2 et 8.4.

souhaitable qu'une plus grande franchise soit encouragée au sein de la famille afin de promouvoir l'acceptation dans la société non seulement d'une vérité sociale mais aussi d'une vérité biologique qui prendrait graduellement moins d'importance par rapport à des liens de parenté volontaire.

Après avoir vu les difficultés soulevées par la notion de vérité en matière de liens de parenté, arrêtons-nous sur les autres problèmes soulevés par cette notion, entre autre en matière contractuelle dans le cadre d'une relation médicale.

II. VÉRITÉ MÉDICALE ET DROITS DU PATIENT

Sous l'influence des tendances du common law nord-américain et canadien, l'obligation du médecin de communiquer avec son patient et de le renseigner avant d'obtenir un consentement éclairé a pris de l'importance au Québec (A). Parallèlement à cette tendance qui respecte l'autonomie décisionnelle du patient dans la relation médecin-patient, on constate l'émergence d'un partage, d'une socialisation de communication entre le médecin et les tiers et, plus spécifiquement, avec l'État, d'une vérité obligatoire (B).

A. LE PATIENT ET LA VÉRITÉ

La profession médicale ainsi que les mœurs ne permettent plus au médecin de décider dans les meilleurs intérêts de son patient (1). Les pouvoirs ainsi que l'étendue de la divulgation de la vérité par le médecin ne sont plus limités, ni par les normes professionnelles à respecter, ni par le choix du médecin de cacher certains faits qui risquent de nuire au patient (2).

1. L'obligation de renseignement

Suite à des décisions de la Cour suprême du Canada⁷⁸ incorporant une interprétation du consentement éclairé fondé sur la notion de l'autodétermination du patient, l'intensité de l'obligation médicale de divulgation a évolué pour passer d'un modèle paternaliste, où l'étendue de l'information communiquée suivait la pratique médicale reconnue, à un modèle « libertaire », où aujourd'hui le médecin est considéré comme

78. *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, 114 D.L.R. (3d) 1, *Hopp c. Lepp* [1980] 2 R.C.S. 192, 112 D.L.R. (3d) 67.

un prestataire de service ⁷⁹. Selon ces décisions, le médecin doit divulguer la nature de l'intervention et les risques qui s'apprécient à la fois selon la probabilité de leur actualisation et selon la sévérité de leurs effets. Leur communication devrait être adaptée en qualité et en quantité suivant les besoins et le niveau de compréhension du patient. Cette orientation axée sur le patient est toutefois tempérée par un test objectif de la causalité : une personne raisonnable dans la situation du demandeur aurait-elle refusé son consentement à un diagnostic ou un traitement si tous les risques d'une certaine importance lui avaient été communiqués? Selon certains, ce critère d'objectivité tend à dévaloriser l'élément consensuel et personnel du contrat médical. Un test objectif de l'existence du lien de causalité ne devrait donc pas faire partie du droit civil ⁸⁰. Il est intéressant de noter que l'impact du test objectif, même dans les provinces de common law a fait obstacle à l'indemnisation du patient et ce, en dépit de la preuve de la faute médicale, le patient se heurtant à la raisonnable objective de sa décision ⁸¹.

2. Le privilège thérapeutique

L'étendue de l'information à communiquer pouvait toujours être limitée dans les cas où le médecin considérait que trop d'informations relatives aux risques et aux suites possibles d'un traitement pouvaient amener un patient à refuser un traitement nécessaire ou encore lui causer un traumatisme psychologique ⁸². Ce privilège thérapeutique a été réaffirmé par la Cour suprême dans *Reibl c. Hughes*, une décision qui a reconnu qu'un médecin peut être justifié de retenir l'information ou la généraliser compte tenu de l'état émotif d'un patient particulier ⁸³. Toutefois, dans une décision rendue à la même époque, la Cour a énoncé que ce n'était pas au médecin de décider que le patient serait incapable de faire un choix et en conséquence d'omettre de l'avertir des risques. La détermination de l'intérêt à subir un traitement devrait donc demeurer la prérogative du patient ⁸⁴. Cette limite à l'étendue du privilège thérapeutique se trouve

79. J.-L. BAUDOUIN et M.-H. PARIZEAU, « Réflexions juridiques et éthiques sur le consentement au traitement médical » (1987) 3 *Médecine-science*, 8.

80. R. KOURI, « L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois » (1984) 44 *R. du B.* 851.

81. E. PICARD, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, Toronto : Carswell, 1984, pp. 107-115; G. ROBERTSON, « Informed Consent in Canada : An Empirical Study », [1984] *Osgoode Hall L.J.* 139.

82. PICARD, *id.*, pp. 98-99 (common law); Voir aussi *Brunelle c. Sirois*, [1975] C.A. 779.

83. *Supra*, note 78, p. 13.

84. *Hopp c. Lepp*, *supra*, note 78, pp. 79-80.

aussi dans le *Code de déontologie* qui énonce qu'à moins qu'il n'y ait juste cause, le médecin québécois « ne doit pas dissimuler un pronostic grave ou fatal à un patient qui en requiert la révélation »⁸⁵. Notons que si la recommandation de la Commission d'accès à l'information de retrancher le motif de refus au dossier médical pour préjudice grave est retenue dans le secteur médical⁸⁶, la défense de privilège thérapeutique deviendra illusoire.

Nous pouvons donc constater l'émergence d'un partage d'information, d'une vérité recherchée entre le médecin, prestataire de services, et son patient finalement reconnu comme un partenaire dans le contrat médical, responsable des décisions affectant sa santé et son intégrité. Pourtant, ce consensualisme et cette ouverture vers une communication réciproque comme élément du contrat médical, sont pondérés par la nécessité de protéger les tiers qui oblige le médecin à leur communiquer la vérité dans certaines circonstances.

B. LES TIERS ET LA VÉRITÉ

En dépit de la consécration par la *Charte* des droits fondamentaux à la vie privée et au secret professionnel, la *Charte* prévoit la possibilité de limiter ces droits en fonction du « 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 » (art. 9.1). Considérant le droit de toute personne à l'information (*Charte*, art. 44), un droit assuré maintenant par la *Loi sur l'accès*, la famille du malade ou les tiers pourraient-ils aussi savoir ou réclamer le droit d'être informés par le médecin sur la santé du patient (1)? L'État sera-t-il obligataire envers la famille ou les tiers à titre de détenteur de l'information (2)?

1. La famille

Il n'existe aucune disposition légale obligeant un individu de communiquer directement avec ses proches ou des tiers sur son état de santé. De plus, selon le *Code de déontologie*, « à moins qu'il n'y ait juste cause, le médecin ne peut révéler à l'entourage du patient un pronostic grave ou fatal si celui-ci le lui interdit »⁸⁷. Soulignons que cette notion

85. *Code de déontologie des médecins*, L.R.Q., c. M-9, art. 2.03.30.

86. *Rapport, supra*, note 5, rec. 50.

87. *Supra*, note 85, art. 3.05.

de « juste cause » n'a pas encore été le sujet d'une interprétation jurisprudentielle au Québec; il n'en demeure pas moins qu'en l'absence d'une « juste cause », seul le patient peut délier le médecin du secret professionnel. Il garde le contrôle sur tout. Par ailleurs, selon le *Code de déontologie*, si le patient fait la demande, le médecin sera obligé de communiquer le dossier « à telle personne que celui-ci indique »⁸⁸.

Cependant, le fait de garder le silence sur une maladie transmissible sexuellement⁸⁹ ou sur la présence d'un gène délétère pourrait-il constituer une faute? Peut-on avoir une obligation d'aviser un partenaire sexuel, un futur conjoint ou des proches parents du danger pour eux⁹⁰? Une fois avisée ou même soupçonnant un danger, cette personne pourrait-elle exiger l'accès à de l'information sur le malade⁹¹? Paradoxalement, même si présentement le malade n'est pas obligé de dire la vérité, il existe des exceptions à ce contrôle et pouvoir du malade vis-à-vis l'État, et l'État obtenant certaines informations pourrait être obligé d'avertir la famille ou des tiers à risque.

2. L'État

La législation québécoise contient plusieurs exemples de l'intérêt public dans la divulgation de la vérité. L'obligation de communiquer des informations sur une personne à l'État pèse sur tout citoyen dans le cas où la santé ou la vie d'un enfant est compromise⁹². L'intérêt public est aussi servi par le fait que le médecin doit faire rapport sur un patient dont l'état de santé constitue un danger pour la sécurité routière⁹³ ou dans le secteur du travail pour ses co-travailleurs⁹⁴. Le médecin peut même faire

88. *Id.*, art. 4.03.

89. Voir p. ex. en jurisprudence américaine, *Schiffhauer c. Schiffhauer* 485 So. (2d) 838 (Fla 1986) (le mari a été tenu responsable de défrayer les dépenses médicales futures raisonnables résultant du virus de l'herpès transmis à son épouse pendant le mariage). Voir surtout AMERICAN SOCIETY OF LAW AND MEDICINE, « AIDS : Law and Policy », (1987) 15 (1) *Law, Medicine and Health Care* (ci-après ASLM).

90. *Supra*, note 85, art. 3.04 : « Le médecin peut cependant divulguer les faits dont il a eu personnellement connaissance, lorsque le patient ou la loi l'y autorise, lorsqu'il y a une raison impérative et juste ayant trait à la santé du patient ou de son entourage. » (nos italiques). Voir aussi *Laverdure c. Bélanger*, [1975] C.S. 612 (obligation d'aviser les proches parents du danger) et aux États-Unis, *Tarasoff c. Regents of the Univ. of California* 551 P. (2d) 334 (Cal. 1976); Voir aussi ASLM, *supra*, note 89.

91. Voir *supra*, note 50.

92. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P.-34.1, art. 39.

93. *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., c. C-24.1, art. 523.

94. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 199, 200 et 203.

traiter un malade dont la santé mentale crée un danger pour lui-même ou pour la société et ce contre son gré⁹⁵. En juin 1986, le SIDA était ajouté à la liste des maladies à déclaration obligatoire même s'il y a une prohibition d'identification de la personne⁹⁶. L'obligation de l'État dans ces situations n'est pas seulement de protéger l'individu contre lui-même mais aussi de protéger les tiers innocents et victimes potentielles même si non identifiés. L'obligation légale traduit ainsi une obligation sociale de l'État. À cet effet, soulignons que lors de leur dernier congrès, « les membres de l'Association médicale canadienne ont endossé [...] une résolution d'amendement à leur code d'éthique, en vue de permettre à un médecin de prendre en certains cas la décision de divulguer à des tiers le nom d'un de ses patients, porteur du virus du sida, contre la volonté de l'intéressé »⁹⁷.

En dehors de ces obligations légales et limitées aux situations spécifiques de faire rapport, le médecin a le « devoir primordial [...] de protéger la santé et le bien-être des individus qu'il dessert tant sur le plan individuel que *collectif* »⁹⁸. Faut-il aller aussi loin que les tribunaux américains et reconnaître le devoir du médecin psychiatre ou psychothérapeute de prévenir les victimes potentielles et identifiables du danger que représente le patient qu'il soigne? À défaut d'aviser ces victimes potentielles, le médecin américain pourrait être responsable des dommages-intérêts envers la victime⁹⁹. Récemment, l'identité de la victime n'était pas considérée comme nécessaire, le médecin ayant un devoir général de diligence et de protection envers les tiers¹⁰⁰.

95. *Loi sur la protection du malade mental*, L.R.Q., c. P-41, art. 28.

96. *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35, art. 71; Voir aussi art. 331 et le *Règlement modifiant le règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, G.O.Q. II, 1986, 1760; l'article 12 de la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35) a été modifié par l'insertion, après le premier alinéa, du suivant : « Le juge peut en outre, s'il a des motifs raisonnables de croire que cette personne ne se soumettra pas à l'immunisation, à l'examen ou aux traitements ou que la protection de la santé publique le justifie, ordonner que cette personne soit transportée dans un établissement pour y être immunisée, examinée ou traitée, suivant le cas. » G.O.Q. II, 1987, 600. Voir ASLM, *supra*, note 89.

97. Cette résolution est sous étude. Voir commentaires de P. BILLON dans « Le Sida et le secret professionnel », *La Presse*, Montréal, 8 sept. 1985, B.3; voir aussi ASLM, *supra*, note 89.

98. *Code de déontologie*, *supra*, note 85, art. 2.02.01.

99. *Supra*, note 90 et aussi *Hedlund c. Sup. Ct. of Orange County*, 194 Cal. Rptr. 805 (Cal. 1983); *Karash c. County of San Diego*, 228 Cal. Rptr. 139 (Cal. App. 1986) (critère retenu était un danger sérieux de violence à une tierce personne identifiable).

100. *Duvall c. Goldin*, 362 N.W. (2d) 275 (1984); *Barker c. Sauls*, 345 S.E. (2d) 245 (S.C. 1986) (devoir de protection des individus qui pourraient être en danger par la conduite du patient); et surtout *Currie c. U.S.*, U.S.L.W. 55 L.W. 2211 (1986); voir ASLM, *supra*, note 89.

CONCLUSION

Le système de santé québécois a pris la forme d'un contrat social entre l'individu et la société, l'État donnant un « droit » à l'individu aux services de santé « compte tenu de l'organisation et des ressources »¹⁰¹ (art. 4 L.S.S.S.). Un tel contrat social en matière de soins médicaux implique une certaine réciprocité de participation dans des programmes de santé publics et de communication d'information sans que l'intérêt public et privé soient nécessairement en conflit¹⁰².

Le Rapport de la Commission d'accès sur l'impact de la *Loi sur l'accès* était intitulé « L'État : une affaire publique et la vie privée un secret d'état »¹⁰³. Désormais, l'information qui concerne la collectivité est publique, celle qui regarde l'individu est un secret d'État. Suivant cette optique qui se situe dans la balance des droits fondamentaux, les origines biologiques font partie de la vie privée d'une personne et la révélation peut seulement être volontaire et consensuelle. En revanche, quand la vérité sur les origines ou sur une maladie est nécessaire pour aider la personne à faire un choix affectant sa santé ou pour protéger la vie d'autres personnes à risque, le bien collectif exige sa divulgation. Cette contrepartie n'est pas sans limite. En effet, la *Charte* prévoit que l'obligation pesant sur une personne de porter secours est limitée à des personnes « dont la vie est en *péril* à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif *raisonnable* »¹⁰⁴. Cette protection trouve ses fondements dans le « respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec »¹⁰⁵. La nouvelle *Loi sur l'accès* fixe la portée de ces droits et libertés, mais il n'y a pas de doute que la vérité biologique et la vérité médicale affectant de plus près la vie de la personne humaine, et aussi sa vie privée, requièrent un encadrement plus spécifique. Ce n'est pas au dépens des droits des personnes infertiles ou des personnes porteuses des maladies transmissibles que doivent se faire des changements législatifs. Car, une société ouverte, libre et démocratique devrait également se soucier du respect de la vie privée de l'ensemble de ses citoyens à moins d'un péril certain.

101. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-5, art. 4.

102. B.M. KNOPPERS, « Genetic Information and the Law : Constraints, Liability and Rights » [1986] *C.M.A.J.* 1257.

103. *Rapport, supra*, note 5.

104. *Charte, supra*, note 1, art. 2.

105. *Id.*, art. 9.1.