

**CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU
CANADA**

Section du droit civil

**LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE
LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE**

Par

**Wayne N. Renke,
Faculté de droit,
Université de l'Alberta**

**Fredericton, N-B.
Août 10 – 14, 2003**

AVANT-PROPOS

Dans le cadre des réunions de 2002 de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, à Yellowknife, un rapport énonçant les questions soulevées par la présentation du projet de loi fédéral C-217, intitulé *Loi sur le prélèvement d'échantillons de sang*, et du projet de loi 105 de l'Ontario, intitulé *Loi sur la protection et la promotion de la santé*, L.R.O. 1990, chapitre H.7, a été présenté. Il a ensuite été résolu que les sections civiles et criminelles allaient former un groupe de travail mixte afin d'étudier les questions découlant du rapport et de déterminer les éléments devant faire partie de l'ébauche d'une mesure visant à harmoniser les lois. Par conséquent, le professeur Wayne Renke, de l'Université de l'Alberta, a été mandaté de préparer un document qui donnerait effet à la résolution. Pour effectuer ce travail, le professeur Renke a pu compter sur l'aide d'un groupe de travail composé de représentants des sections civile et criminelle de la Conférence et a pu discuter avec eux du contenu du document et de la forme qu'il allait prendre au cours de son évolution.

Christopher Curran (président de la section civile), Daniel Grégoire (président de la section criminelle), Glen Abbott, Tamara Friesen, Lisette Lafonte, Sara Lugtig, Darcy McGovern, Paul Nolan, David O'Brien, Joanna Pearson, Frédérique Sabourin, Jeffrey Schnoor et Jack Walsh formaient le groupe de travail mixte. La discussion au sein du groupe a été animée. En particulier, les membres ont débattu la possibilité d'étendre le mandat de sorte à intégrer les questions de droit criminel, y compris la nécessité de créer de nouvelles infractions criminelles afin de contrôler la transmission des maladies contagieuses. Il a été convenu d'axer le document sur la question des renseignements sur la santé et de mettre l'accent principalement sur les lois portant sur le dépistage obligatoire et la divulgation des renseignements. Le document du professeur Renke reflète cette décision. Tel qu'il est indiqué dans le premier pied de page du document, ses conclusions et ses recommandations ne représentent pas nécessairement les opinions de tous les membres du groupe de travail. Elles sont présentées afin de susciter un débat éclairé au sein de la Conférence.

Au nom du groupe de travail, je tiens à féliciter le professeur Renke d'avoir produit un document bien pensé et d'avoir dirigé si habilement les discussions du groupe de travail. Je

remercie aussi les membres du groupe de travail de leur dévouement à ce processus. Enfin, je tiens à souligner la collaboration de Carol Prosser qui s'est occupée des arrangements administratifs pour les réunions par téléconférence, en plus de préparer les procès-verbaux connexes.

Le responsable du groupe,

Christopher P. Curran
Groupe de travail sur l'exposition aux maladies transmissibles

RÉSUMÉ

Certaines personnes peuvent craindre d'avoir été exposées à une maladie transmissible dans le cadre de leur emploi ou lorsqu'elles portaient secours. Elles peuvent vouloir obtenir des renseignements médicaux au sujet de ceux qui pourraient leur avoir transmis une maladie. Ces renseignements pourraient aider à déterminer le traitement et la conduite appropriés, rassurer et redonner la tranquillité d'esprit. À l'extérieur de l'Ontario, le « sujet exposé » ne dispose d'aucun mécanisme législatif pour obliger le « sujet source » à subir des tests médicaux et à en révéler les résultats. L'auteur se demande si la législation est utile compte tenu des autres moyens à notre disposition aujourd'hui. Il explore les aspects constitutionnels de la législation du dépistage et de la divulgation obligatoires. Il traite en particulier des attentes raisonnables des sujets sources en matière de vie privée et de la question de savoir si la législation du dépistage et de la divulgation obligatoires respectent ces attentes raisonnables, compte tenu de la relation entre le sujet source et le sujet exposé, de l'utilité des mécanismes législatifs susceptibles de satisfaire à ces objectifs, des effets préjudiciables possibles de la législation, ainsi que de la question de l'application régulière de la loi. Il examine aussi les questions qui se posent au regard du partage des compétences. Enfin, il présente deux brèves réflexions quant à savoir si une nouvelle infraction criminelle devrait être créée en ce qui concerne certains types de comportement qui transmettent des maladies, et si le champ d'application des dispositions actuelles concernant les mandats de perquisition est suffisant pour permettre de recueillir les éléments de preuve nécessaires dans les cas d'infractions criminelles concernant les comportements qui transmettent des maladies.

L'EXPOSITION AUX MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE: DOCUMENT D'ÉTUDE

Wayne N. Renke, Faculté de droit, Université de l'Albertaⁱ

1 Nous sommes de plus en plus conscients des risques d'infection. Si nous avons été exposés à une maladie transmissible, nous pouvons espérer obtenir les outils légaux qui nous fourniront les renseignements dont nous croyons avoir besoin. Alors que la propriété et la conception de tels outils sont de plus en plus l'objet d'une documentation grandissante, il est difficile de trouver des solutions solides et satisfaisantes. Cette étude amorce le débat sur la «législation sur les analyses et la divulgation obligatoires». Il confronte les tensions entre le besoin de connaître et le droit à la protection de la vie privée. L'étude porte sur les ensembles de facteurs suivants: (A) une brève description de l'historique pratique de la législation [par. 2 à 4]; (B) la nécessité de la législation étant donné les solutions de rechange actuellement disponibles [par. 5 à 12]; (C) les droits à la protection de la vie privée de base [par. 13 à 18]; (D) la proposition d'une méthode pour évaluer les droits à la protection de la vie privée [par. 19 à 20]; (E) les attentes raisonnables de protection de la vie privée, et la considération particulière des facteurs qui peuvent diminuer cette attente [par. 21 à 39]; et le caractère raisonnable des restrictions législatives de la protection de la vie privée, pour ce qui a trait aux objectifs de la législation, aux moyens de restriction et au processus [par. 40 à 87]; (F) l'autorité pour édicter la législation pour les analyses et la divulgation obligatoires [par. 88 à 102]. L'étude conclut par (G) quelques suggestions de lignes de conduite pour que la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires soit constitutionnellement permise [par. 103 à 110].ⁱⁱ Les annexes A [par. 111 à 118] et B [par. 119 à 123] discutent brièvement deux questions qui ne relèvent pas du sujet de cette étude — respectivement, le besoin d'autres infractions criminelles en ce qui a trait à la transmission de maladies transmissibles et le besoin d'une nouvelle autorité de mandat de perquisition. À la lumière des complications légales, éthiques, politiques et émotives de ces questions, les contributions de cette étude ne peuvent être définitives; elles ne sont qu'une invitation à la discussion.

A. Historique

2 Supposons qu'une interaction se produit entre deux personnes, qu'une d'entre elles — la personne exposée — est exposée à des substances corporelles de l'autre individu — la personne source. L'exposition peut se produire dans cinq cadres principaux. Le premier, l'exposition peut se produire au cours de l'interaction ordinaire, occasionnelle pendant un voyage, au travail ou à tout autre rassemblement. Le deuxième, la personne exposée peut être une victime civile du comportement (allégué) criminel de la personne source, comme dans le cas d'une agression sexuelle. Le troisième, la personne exposée peut être une professionnelle qui travaille dans un rôle de service public (à titre d'exemple, un agent de police, un agent de réadaptation ou un pompier) ou une personne civile qui assiste la professionnelle; l'exposition

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

résulte du comportement d'agression (allégué) de la personne source (à titre d'exemple, mordre, cracher, lancer des liquides corporels). Le quatrième, la personne exposée peut être une professionnelle engagée dans un rôle de service public, tel qu'un pompier, un intervenant d'urgence, un agent de police ou un fournisseur de soins de santé; l'exposition ne résulte pas d'un contact intentionnel avec la personne source (à titre d'exemple, le professionnel est contaminé par le sang d'une victime d'accident au cours de la prestation de soins médicaux d'urgence). Le cinquième, la personne exposée peut être un «bon samaritain» qui fournit des soins médicaux d'urgence à la personne source.

3 La personne exposée peut en venir à croire que l'exposition comprend le risque qu'elle ait contracté une maladie contagieuse.ⁱⁱⁱ La croyance dans l'exposition au risque pourrait forcer la personne exposée à prendre des mesures de gestion du risque à la fois pour elle-même et pour les autres; la croyance pourrait causer un niveau considérable d'anxiété chez la personne exposée et chez ses proches. Elle peut aussi croire que le risque peut être mieux géré si des renseignements médicaux de la personne source lui sont divulgués. Finalement, la personne exposée peut croire que ces renseignements peuvent être obtenus si la personne source est soumise à des examens physiquement effrayants. Alors que la personne exposée peut avoir des intérêts importants dans la soumission de la personne source à des analyses et l'obtention des résultats de ces dernières, la personne source peut affirmer qu'elle a des droits fondamentaux à la protection de sa vie privée, à être laissée en paix, en vue de l'absence de restrictions justifiées de ces droits.

4 Une assemblée législative peut être tentée de régler le problème de tension entre la personne exposée et la source en légiférant, comme la *Loi sur la protection et la promotion de la santé* (projet de loi 105)^{iv} de l'Ontario qui est entrée en vigueur, et la proposition de loi d'initiative parlementaire C-217 (projet de loi C-217)^v qui a été rejetée. Très généralement, la législation permettrait à certains types de personnes exposées, en des circonstances précises, de faire la demande d'ordonnances obligeant les personnes sources à se soumettre à des examens physiques effrayants et obligeant la divulgation des résultats aux personnes exposées.

B. Les recours légaux et pratiques existent-ils déjà?

5 Si, en vertu des dispositions de la présente loi, les personnes exposées ont le droit de recevoir les renseignements requis en ce qui concerne les personnes sources, la considération plus poussée d'analyse et de divulgation obligatoires n'est pas nécessaire. On peut soulever que la personne exposée peut obtenir les renseignements requis par les moyens de la (1) législation sur la santé publique, (2) les protocoles se rapportant à la divulgation de

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

renseignements et (3) la divulgation volontaire.^{vi} De plus, on peut aussi soumettre que ni la divulgation ni la législation appuyant la divulgation ne sont nécessaires, parce que (4) les mesures préventives réduisent presque entièrement le risque d'infection.

1. La législation en santé publique

6 La législation provinciale en matière de santé publique pourrait être utilisée pour obtenir des renseignements concernant l'état des personnes sources pour ce qui a trait aux maladies transmissibles. À titre d'exemple, la *Public Health Act* (Loi sur la santé publique) de l'Alberta accorde une autorité étendue de collecte de renseignements et d'analyses aux médecins-hygiénistes (MH). Si un MH croit raisonnablement qu'une personne s'est engagée ou s'engage dans toute activité qui cause ou peut causer une menace pour la santé du public ou pour une catégorie de personnes, le MH peut exiger que la personne lui fournisse des renseignements précis.^{vii} Un MH peut obliger une personne à subir des examens médicaux, s'il a raison de croire que la personne peut être infectée par une maladie transmissible.^{viii} De plus, un juge de la cour provinciale peut émettre un mandat pour l'examen d'un individu, à la demande de toute personne, si l'auteur de la demande fait la preuve que l'individu est infecté par une maladie prescrite, qu'il a refusé ou négligé de se soumettre à un examen médical pour déterminer s'il est infecté ou non, et que l'individu devrait être examiné pour le bien de sa santé ou de celle des autres.^{ix} Il est vrai que les renseignements recueillis par le biais de l'intervention des services de santé publique doivent demeurer confidentiels:

Les renseignements contenus dans tout fichier, dossier, document ou note sous la garde du médecin-hygiéniste en chef ou par un office régional de la santé... qui existent comme suite à une action posée en vertu de cette Partie et qui indiquent qu'une personne est ou était infectée par une maladie contagieuse seront traités de manière privée et confidentielle par respect pour la personne à qui se rapportent les renseignements; ces derniers ne seront pas publiés ou divulgués d'aucune façon qui pourrait nuire aux intérêts personnels, à la réputation ou à la protection de la vie privée de cette personne.^x

Cette obligation de confidentialité est toutefois soumise à des exceptions discrétionnaires. Les renseignements peuvent généralement être divulgués à toute personne si le médecin-hygiéniste en chef ou l'office régional de la santé croit, pour des motifs raisonnables, que la divulgation minimisera un danger imminent à la santé ou à la sécurité d'autres personnes;^{xi} ou si le ministre consent par écrit à la divulgation, sur la base que la divulgation est dans

«l'intérêt du public».^{xii}

7 Un examen de la pertinence de ces dispositions nous révèle ceci: une personne exposée, par les dispositions de motif raisonnable, pourrait amener un MH ou un juge à forcer une personne source à être détenue et examinée. Alors que les renseignements recueillis seraient — au moins initialement — confidentiels, la personne exposée pourrait faire une demande de divulgation des renseignements pour le motif de nécessité pour sa santé et celle d'autres personnes.^{xiii} Même si cette procédure est possible, elle n'a aucune valeur pratique pour les personnes exposées.

8 Dans la mesure où le MH exige la preuve d'une menace à la santé publique, une personne exposée peut avoir de la difficulté à satisfaire à la norme. Le comportement de la personne source peut n'avoir posé un risque qu'à la personne exposée directement, et non à d'autres (ou seulement aux autres par l'exposition éventuelle à la personne exposée). Ceci étant dit, le processus aurait deux volets: un premier, visant les analyses; un deuxième, visant la divulgation. L'esprit de la *Public Health Act* est orienté vers la protection du public et le traitement des personnes infectées; elle n'est pas orientée vers la divulgation des renseignements pour le bénéfice d'autrui. Même si du succès peut être obtenu par le respect du premier volet du processus, la perspective de succès à la deuxième étape — la divulgation — est incertaine. L'exception à la confidentialité est discrétionnaire — peut divulguer — et non obligatoire — doit divulguer. Le processus serait chronophage. Mise à part la preuve du caractère récalcitrant qui pourrait être nécessaire pour appuyer un mandat d'analyse, les renseignements découleraient de la personne source au personnel médical, et seulement de là, à la personne exposée. Le processus n'est pas très clair; la législation ne définit pas les critères auxquels on doit répondre pour appuyer la divulgation. Finalement — et ceci sera discuté plus bas — les arbitres de la divulgation ne seraient pas des juges, mais le personnel médical. Ceci peut être inapproprié du point de vue des personnes exposées comme des personnes sources.

2. Les protocoles

9 À la suite de l'établissement des *Lignes directrices pour l'établissement d'un protocole de notification à l'intention des intervenants d'urgence*,^{xiv} ces derniers peuvent avoir accès aux renseignements se rapportant aux personnes sources. Quatre provinces, soit la Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan et l'Ontario, ont adopté le protocole. Les

protocoles en place souffrent, toutefois, de trois défauts. En premier lieu, les *Lignes directrices* n'ont pas été adoptées par toutes les provinces. En deuxième lieu, toutes les personnes exposées ne sont pas des «intervenants d'urgence» aux termes des *Lignes directrices* — particulièrement les «bons Samaritains» et les victimes de crimes. En troisième lieu, les dispositions de divulgation des *Lignes directrices* ne sont efficaces que si la personne source a déjà fourni des échantillons corporels pour analyse en établissement, sur la base de quoi des renseignements peuvent être fournis.^{xvi} Ce n'est pas dans tous les cas d'exposition de personnes exposées que les établissements médicaux participants auront des échantillons corporels de la personne source.

3. Le consentement aux analyses

10 Les opposants à la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires démontrent que la preuve existe que, en milieu hospitalier, un très grand nombre de personnes sources donnent leur consentement aux analyses, éliminant ainsi le besoin d'analyses obligatoires.^{xvii} On pourrait souligner que le consentement n'est pas universel: «environ 5 bénéficiaires sur 1 000 refusent les analyses ou ne peuvent être examinés».^{xviii} Ce nombre de personnes sources non consentantes peut être suffisant pour démontrer le besoin de législation. Néanmoins, il est impossible de généraliser au-delà du cadre des établissements de soins de santé. Dans les cas d'infractions criminelles, dans le cadre d'interventions policières ou d'établissements correctionnels, il est probable que les personnes sources seraient moins disposées à se soumettre aux analyses ou à offrir volontairement des renseignements.^{xix} Même à l'extérieur du système de la justice criminelle, si les personnes sources ne sont pas en institution ou dans une relation continue avec la personne exposée — comme dans la situation de «bon Samaritain» — il n'est pas clair que les échantillons ou les renseignements seraient offerts volontairement. De toute façon, si la législation existait, les personnes pourraient continuer à fournir des échantillons et des renseignements sur une base volontaire. L'objectif de la législation serait de capturer seulement ces situations où les personnes sources refusent de donner volontairement des échantillons ou des renseignements. On peut espérer que ce ne serait qu'un petit nombre de cas. Toutefois, sans la législation, les personnes exposées pourraient être laissées avec peu ou aucun recours pratique. On pourrait aussi dire que la loi vise souvent ceux qui ne se conforment pas volontairement aux normes, même s'ils ne sont qu'une infime minorité.

4. Les mesures de préventions

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

11 Les mesures de prévention peuvent grandement réduire les risques d'infection. Elles peuvent comprendre l'immunisation — qui prévient les infections au virus de l'hépatite B^{xx}, l'utilisation d'équipement de protection, l'utilisation de techniques de protection et les gestes postexpositions appropriés.^{xxi} On pourrait dire que la prévention contribuera plus à la sécurité des personnes que ne le fera la législation. Cette dernière, en fait, pourrait miner la prévention. Elle aiguillera les ressources et l'attention loin des programmes de prévention. La permission de l'accès postexposition aux renseignements médicaux d'autres personnes pourrait obscurcir le message selon lequel chacun est responsable de se protéger contre les expositions.^{xxii} Cette sorte de moyen a été rejeté dans le cas *Cuerrier*, lorsqu'on l'a fait valoir contre la «criminalisation» de la transmission non divulguée du VIH. Cory J. déclare que «la responsabilité première de divulgation repose sur ceux qui sont conscients d'être infectés»^{xxiii} Sans égard pour le point de «responsabilité», dont nous reparlerons plus bas, la réponse simple au moyen de prévention est que «les efforts de [p]révention peuvent réduire les risques d'exposition, mais ne peuvent les éliminer».^{xxiv} La législation de dépistage et de divulgation obligatoires est nécessaire pour les cas où la prévention n'a pas fonctionné.

12 Devant le manque de moyens de rechange légaux ou pratiques, il vaut la peine d'explorer les possibilités constitutionnelles d'analyse et de divulgation obligatoires.

C. Les droits fondamentaux des personnes sources

13 Le fondement des droits des personnes sources est *La Charte des droits et libertés*.^{xxv} Les personnes sources peuvent invoquer la protection des articles 8 et 7 de la *Charte*.

14 L'article 8 de la *Charte* déclare que «chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Les analyses et les renseignements médicaux obligatoires, aux termes de la loi, seraient pour tout dire, des «fouilles» ou des «saisies», même si ces activités étaient sur l'ordre de particuliers (les personnes exposées), puisque les analyses et la divulgation seraient non consensuelles, contraintes et obligées par l'État.^{xxvi} Puisque, contre les intrusions de l'État, l'article 8 prescrit que les personnes ont une «attente raisonnable de respect de la vie privée».^{xxvii} Le «caractère raisonnable» des attentes de protection de la vie privée doit être jugé en relation avec le contexte particulier de la «relation de vie privée» et contre les restrictions réelles ou menaçantes à la protection de la vie privée. Sans considération pour le contexte ou pour des restrictions législatives précises, il est juste de commencer par l'analyse de l'article 8, par la proposition selon laquelle les individus ont une attente raisonnable que, sans leur consentement, ils ne seront pas soumis à des examens physiques effractifs et que leurs renseignements médicaux personnels ne seront pas

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

divulgués.^{xxviii} Les bases du caractère raisonnable de cette attente sont nombreuses.

15 L'intégrité corporelle et les renseignements médicaux sont protégés par l'éthique professionnelle, les normes d'éthique de recherche,^{xxix} la common law, le Code civil,^{xxx} la loi et la loi internationale. Le code d'éthique professionnel des médecins exige, généralement, que les renseignements médicaux soient gardés confidentiels et que les bénéficiaires ne soient traités que s'ils ont donné un consentement éclairé au traitement.^{xxxi} Les principes déontologiques directeurs pour l'approbation de l'éthique de la recherche au Canada exigent que les chercheurs prouvent aux comités de déontologie de la recherche, qu'entre eux, la recherche proposée respecte la vie privée et la confidentialité des sujets de recherche et offre un consentement à la recherche libre et informé.^{xxxii} La common law protège l'intégrité corporelle par le biais du délit civil d'acte de violence.^{xxxiii} Le délit civil de diffamation protège aussi la vie privée.^{xxxiv} La loi civile protège l'intégrité corporelle à l'article 1457 du *Code civil*. L'interférence non consensuelle à l'intégrité corporelle d'une autre personne est susceptible de poursuites civiles. D'où, la common law et la loi civile ont élaboré la doctrine du «consentement éclairé», afin de réglementer les circonstances dans lesquelles un individu, plus précisément dans le contexte médical, aurait le droit de percer, ou de manipuler, ou de retirer des substances du corps d'un autre, dans le but de guérir.^{xxxv} La divulgation injustifiée de renseignements médicaux pourrait être susceptible de poursuites civiles, en vertu des dispositions de la common law, pour rupture de contrat ou abus de confiance contre le médecin, et en vertu des dispositions de la loi civile pour une action en dommages-intérêts.^{xxxvi} Le *Code civil* et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec protègent expressément la vie privée.^{xxxviii} Le *Code criminel* assure une protection légale de l'intégrité corporelle par ses dispositions (entre autres) sur les voies de fait et l'homicide. Certaines provinces ont des lois sur la protection de la vie privée, ce qui établit la base de poursuites pour atteinte à la vie privée.^{xxxix} Les règlements provinciaux qui ont trait aux professionnels de la santé et la législation sur les renseignements médicaux protègent la vie privée. Les documents de loi internationale, tels que les *Directives internationales concernant le VIH/sida et les droits de l'homme* précisent les exigences de consentement éclairé, protègent les analyses sur une base volontaire,^{xl} et font la promotion du caractère privé des renseignements médicaux.^{xli}

16 L'article 8, en congruence avec cette toile de fond légale, a été interprété dans le sens qui offre une protection importante de l'intégrité corporelle et des renseignements médicaux.^{xlii} Les passages suivants démontrent la force de cette protection:

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

§ «La violation du caractère sacré du corps d'une personne est beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son foyer.^{xliii}

§ «Dans la société moderne... la rétention des renseignements au sujet de sa propre personne est extrêmement importante. Il est possible que, pour une raison ou une autre, nous souhaitions ou soyions forcés de divulguer de tels renseignements, mais les situations foisonnent où les attentes raisonnables de l'individu que ses renseignements demeureront confidentiels pour les personnes à qui, et restreints aux motifs pour lesquels ils sont divulgués, doivent être protégées.^{xliv}

§ L'intégrité physique, y compris les liquides corporels, a une place importante dans la liste des choses qui tombent sous la protection constitutionnelle, il n'y a aucun doute...^{xlv}

17 L'article 7 de la *Charte* protège aussi le caractère privé de la personne physique et des renseignements dans, et les procédures de loi criminelle et de loi civile.^{xlvi} L'article 7 proclame que «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.» La «sécurité de sa personne» comprend la sécurité physique et protège donc, contre les interférences injustifiées de l'État dans l'intégrité corporelle. Selon Robins J.A. «le droit de la common law de déterminer ce qu'on fera de son propre corps et le droit constitutionnel à la sécurité de sa personne, les deux étant fondés sur la croyance dans la dignité et l'autonomie de chaque individu, peuvent être traités comme ayant la même extension».^{xlvii} «La sécurité de la personne» s'étend à la sécurité psychologique et établit le droit d'être protégé contre les traumatismes psychologiques.^{xlviii} Le traumatisme psychologique pourrait être le résultat de la divulgation non consensuelle de renseignements, que les renseignements soient divulgués à une tierce partie ou même à la personne source elle-même.

18 On peut se demander si l'équité exige que les droits constitutionnels des personnes sources soient contrebalancés par les droits constitutionnels des personnes exposées — sûrement, elles ont aussi des droits à la «vie» et à la «sécurité de la personne». Certainement, les personnes exposées auraient ces droits, mais pas dans le contexte actuel. L'article 7 ne s'applique que si une personne souffre, ou peut potentiellement souffrir, de «privation» causée par l'État. Alors que les droits constitutionnels des personnes sources sont mis en question par le biais de la législation prévue, les droits des personnes exposées ne le sont pas. La sécurité de la personne des personnes exposées n'est pas limitée par la législation prévue, mais

elle est augmentée. Des privilèges juridiques qui n'existeraient pas autrement sont créés à leur avantage.¹

D. L'évaluation du champ d'application des droits à la vie privée

19 Les intérêts de la vie privée, prévus aux articles 7 et 8, ne reçoivent pas une protection «absolue». Les restrictions aux droits à la vie privée peuvent être justifiées de deux manières. La première, les articles 7 et 8 sont tous deux des droits «équilibrés de l'intérieur» — le libellé qui crée les droits restreint le champ d'application de la protection. L'article 8 protège contre les fouilles ou les saisies «abusives»; il protège (seulement) les attentes «raisonnables» de protection de la vie privée. Le caractère raisonnable d'une restriction proposée doit contrebalancer le caractère raisonnable de l'attente de protection de la vie privée, afin de déterminer si la restriction de l'attente de la protection de la vie privée est la plus raisonnable. L'article 7 protège les espèces de sécurité contre les privations, à moins que ces privations soient «en conformité avec les principes de justice fondamentale». Encore une fois, la justice des restrictions proposées et la justice de la sécurité personnelle doivent être pondérées afin de déterminer si une restriction sera approuvée. La deuxième, même si une restriction proposée n'était pas raisonnable ou n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale, la restriction peut être justifiable en vertu des dispositions de l'article 1 de la *Charte*, qui permet la restriction des droits «dans des limites qui sont raisonnables», «par une règle de droit», et dont «la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Il est difficile d'imaginer qu'une restriction qui n'est pas raisonnable ou en accord avec la justice fondamentale puisse constituer une «limite raisonnable» dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En l'absence de circonstances extraordinaires, l'exercice de «l'équilibre par l'intérieur» est d'une suprême importance pour les articles 7 et 8. Le point de vue le plus partagé s'accorde pour dire que l'article 1 ne pourrait que sauver une restriction déraisonnable ou injuste, à titre d'exemple, en temps de guerre ou d'urgence nationale.^{li}

20 Si la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires était contestée devant les tribunaux, nous pourrions nous attendre à ce que soient invoqués les articles 8 et 7 comme moyen d'opposition.^{lii} Aux fins du présent document, et en l'absence de preuve qu'il n'y a aucune circonstance extraordinaire, garder l'analyse à l'équilibre en vertu des articles 8 et 7 est raisonnable.^{liii} Une autre raison d'éviter une approche en vertu de l'article 1, mais d'y préférer une approche équilibrée, est que ceci met l'accent sur le fait que la santé publique et les droits de la personne sont des objectifs complémentaires, qui se renforcent sans entrer en

conflit.^{liv} De plus, la discussion ciblera, en majeure partie, l'enquête du «caractère raisonnable» en vertu des dispositions de l'article 8, plutôt que l'enquête de la «justice fondamentale», de l'article 7. Ce point de vue est adopté non seulement pour des raisons d'espace: les droits énumérés dans les articles 8 à 14 de la *Charte* sont des instanciations précises du droit plus général de l'article 7. L'article 8, une disposition précise, s'applique directement aux questions qui nous préoccupent. Le précis devrait être recherché en priorité sur le général. Pour une grande part, le précis épuise le champ d'application du général: «si la législation résiste à l'analyse selon l'article 8, c'est une manière valide de rassembler une preuve. De ce fait, nous pouvons difficilement la déclarer contraire aux principes de justice fondamentale de l'article 7».^{lv} La plupart, sinon toutes les questions au sujet de la vie privée pertinentes dans cette enquête sont comprises dans les dispositions de l'article 8. Puisque l'article 7 apporte une part de protection plus grande que celle de l'article 8, cette part sera discutée. Il est à noter que puisque — comme nous le verrons plus bas — la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires ne devraient permettre que les renseignements recueillis soient utilisés dans la poursuite criminelle contre une personne source, le «principe contre l'incrimination de soi-même» ne sera pas discuté. Ce principe découle des «principes de justice fondamentale» de l'article 7 et, pourrions-nous dire, devrait être discuté dans l'évaluation de la constitutionnalité de, par exemple, les dispositions de mandat médico-légal d'ADN du *Code criminel*.^{lvi} Ce principe et son analyse de l'article 7 ne sont pas reliés à l'enquête présente.

E. L'article 8: «Les attentes raisonnables de protection de la vie privée»^{lvii}

21 L'article 8 protège «les attentes raisonnables en matière de protection de la vie privée». Ce qui veut dire que les demandes de protection et les demandes de restrictions de la protection doivent relever de «raisons». Les personnes doivent être libres d'interférence en ce qui a trait aux choses pour lesquelles elles ont une attente en matière de protection de la vie privée, par exemple, les biens immobiliers, les biens meubles, le corps et son contenu, les dossiers ou les renseignements, à moins que les raisons d'interférence ne soient plus importantes que les raisons contre. Les personnes «raisonnables» peuvent évaluer différemment le caractère raisonnable d'une interférence précise proposée. De ce fait, la protection de la vie privée est circonscrite par des restrictions «raisonnables», et non par des restrictions «précises» ou «définies». Ce qui comptera à titre de bonnes raisons pour appuyer l'interférence et la pondération de ces raisons variera selon les circonstances particulières.

22 Ordinairement, si l'action de l'État a restreint ou restreindra la protection de la vie privée — comme dans le cas qui nous intéresse — une évaluation en vertu des dispositions de

l'article 8 considère si le plaignant a une attente raisonnable de protection de la vie privée et la force de cette attente, si la restriction de vie privée était sanctionnée par la loi, si la loi elle-même est raisonnable, et si la restriction a été appliquée de manière raisonnable.^{lix} Puisque cette étude explore la possibilité constitutionnelle de la législation des analyses et de la divulgation obligatoires, et non une fouille et saisie précise, je me concentrerai sur les attentes de protection de la vie privée et le caractère raisonnable de restrictions législatives de cette vie privée.

1. Le caractère raisonnable de la demande de protection de la vie privée en contexte

23 Les demandes de protection de la vie privée ne peuvent être évaluées dans l'abstrait. La force d'une demande de protection — par exemple, le caractère raisonnable de protéger la protection de la vie privée contre les restrictions — dépend de: (a) la nature du «sujet» pour lequel on demande la protection; (b) le lien entre l'auteur de la demande et le sujet de la protection; (c) la conduite de l'auteur de la demande de protection en relation avec le sujet de celle-ci; et (d) le lien entre l'auteur de la demande et la personne qui cherche à restreindre la protection.

(a) La nature du «sujet de protection»

24 Comme nous l'avons dit plus haut, certains types d'intérêts de vie privée, par exemple, en ce qui a trait à des dossiers qui révèlent les détails intimes du style de vie et des choix personnels, attirent une forte protection de la vie privée, alors que d'autres types d'intérêts de vie privée, par exemple, en ce qui a trait aux dossiers de consommation d'électricité, ne le font pas.^{lx} Il est clair que l'intégrité corporelle et les intérêts dans la gestion de la diffusion des renseignements de santé devraient recevoir, et reçoivent, une forte protection de la vie privée.

Nous pourrions même dire que les renseignements au sujet des maladies transmissibles, particulièrement la séropositivité, devraient recevoir une protection plus accrue que d'autres types de renseignements médicaux, à cause du risque de discrimination dans l'emploi, dans la prestation de services ou d'autres secteurs de la vie, et à cause du risque de stigmatisation.^{lxi}

En réaction, on peut soumettre que la nature transmissible de la maladie devrait réduire les attentes de protection de la vie privée pour ce qui a trait à l'état infectieux: la maladie, du fait qu'elle est transmissible, a un aspect public inévitable ou une pertinence pour la santé publique; l'état infectieux n'est pas simplement un état privé et personnel. On peut aussi prétendre que les questions de stigmatisation ne sont pas directement pertinentes à l'attente raisonnable de protection de la vie privée, mais plutôt au besoin de contrôler la divulgation

des renseignements.^{lxiii} Que l'état infectieux ait un niveau de protection élevé ou non, les renseignements concernant l'intégrité corporelle et la santé devraient répondre à des attentes importantes de protection de la vie privée, et donc aller à l'encontre de toutes analyses obligatoires ou divulgation de renseignements.

(b) Le lien entre l'auteur de la demande et le sujet de nature privée

25 Le lien entre l'auteur de la demande et le sujet pour lequel la protection de la vie privée est demandée est particulièrement important dans les litiges «permanents» lorsqu'il n'est pas clair si les attentes de protection de la vie privée sont celles de l'auteur de la demande ou celles d'une tierce partie. Alors que l'article 8 de la *Charte* protège «les personnes et non la propriété», si la chose en question appartient à l'auteur de la demande, c'est un facteur qui appuie une attente raisonnable de protection de la vie privée.^{lxiii} D'autres facteurs similaires ont été sollicités dans la cause *Edwards*, y compris la présence au moment de la fouille pour la matière, et la possession ou le contrôle de l'endroit où la fouille s'est déroulée.^{lxiv} Ces contreparties militent en faveur de la protection de la vie privée contre les analyses et la divulgation obligatoires. Les substances corporelles recherchées «appartiennent» à la personne source; elles n'ont pas encore été extraites de la personne source; les renseignements médicaux résultant des analyses n'ont pas, non plus, été faits ou transmis à une autre personne. Même si les substances corporelles avaient été soumises à un fournisseur de soins de santé pour fins médicales, cela ne diminuerait pas les attentes de protection de la vie privée de la personne source. Étant donné les restrictions légales et déontologiques sur la divulgation qui s'appliquent aux fournisseurs de soins de santé, une personne source devrait avoir la confiance raisonnable que ni ses substances corporelles, ni ses renseignements ne seront dévoilés à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été initialement recueillis.

(c) Le comportement de l'auteur de la demande en relation avec le sujet privé

26 L'utilisation à laquelle l'auteur de la demande soumet le sujet privé ou son accessibilité peuvent saboter une attente de protection de la vie privée. À titre d'exemple, s'il est découvert que l'auteur de la demande a abandonné ses intérêts dans le sujet privé, par exemple, s'il l'a jeté, au moins jusqu'à ce que l'auteur de la demande établisse un nouveau lien à ce sujet, le plaignant aurait mis fin à son attente de protection de la vie privée. Si l'auteur de la demande étale à la vue du public ce qui, autrement, serait privé, il n'aurait pas d'attente raisonnable de protection de la vie privée. Si une personne téléphone au standard d'un poste de police et menace la vie d'un agent, il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce que la

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

communication ne soit pas écoutée ou enregistrée par une personne autre que le standardiste; la communication n'en serait pas une où le demandeur peut avoir une attente raisonnable de protection de la vie privée.^{lxv} Si une personne cultivait de la marijuana à la vue du public, la personne ne pourrait invoquer une attente raisonnable de protection de la vie privée en relation avec cette récolte.^{lxvi} Si l'auteur de la demande de protection a participé volontairement à des activités hautement réglementées et, par exemple, a produit des documents pertinents au respect des normes réglementaires par l'auteur, ce dernier aurait une attente de protection de la vie privée diminuée en ce qui a trait à ces documents. Un autre exemple, si le plaignant dans une action civile met son état médical ou psychiatrique en question — par exemple, en réclamant des réparations civiles pour détresse mentale dans un cas d'agression sexuelle — le plaignant diminue ses droits à la protection de la vie privée qui autrement protégeraient ces renseignements de la divulgation.^{lxvii} Même un comportement qui peut ne pas être directement relié aux sujets privés peut avoir un effet sur la capacité d'appuyer une demande de protection de la vie privée. Si une personne s'engage dans ce qui peut être un comportement donnant ouverture à des poursuites civiles ou criminelles, les attentes de protection de cette personne peuvent être diminuées. Cette personne peut être soumise à des fouilles ou des saisies selon le droit criminel, ou à des communications préalables et des productions civiles, en ce qui a trait à des choses qui, en dehors du litige, auraient pu demeurer privées, à jamais.^{lxviii}

27 Des considérations de cette nature pourraient être invoquées pour réduire, au moins en partie, certaines des attentes de protection de la vie privée de la personne source contre les analyses et la divulgation obligatoires. Le raisonnement suivant pourrait être présenté: les personnes sources n'affichent pas leurs substances corporelles ou leurs renseignements médicaux en public, comme une récolte de marijuana exposée à la vue du public ou une communication de radiodiffusée. Toutefois, les personnes sources ont pourtant émis certaines substances corporelles. Elles causent l'exposition. C'est la source des craintes des personnes exposées et leur désir d'y faire face. Dans les cas d'agression, que les personnes assaillies soient civiles ou professionnelles, les personnes sources ont intentionnellement cherché à transmettre leurs substances corporelles aux corps des personnes exposées. Elles ont intentionnellement créé le risque d'infection. Les personnes sources ont donc intentionnellement mis leur état médical en question. Si un individu transmet délibérément des substances corporelles à une autre personne, il semblerait inapproprié que l'on permette à cet individu de refuser une deuxième transmission de substances corporelles — tout en respectant les intérêts de la protection de la vie privée, d'autre part — afin que l'on puisse évaluer le risque.^{lxix}

28 On pourrait invoquer que le cas *Cuerrier* appuie cette approche. Dans un sens, c'est un cas de protection de la vie privée, puisqu'il exige, sous peine de conviction de délit d'agression, qu'un individu séropositif divulgue des renseignements sur leur état de santé à un partenaire sexuel: «la responsabilité première de divulgation doit appartenir à ceux qui savent qu'ils sont infectés».^{lxx} L'individu qui sciemment crée le risque, porte le fardeau de la divulgation. Si ce raisonnement s'applique lorsqu'un partenaire consent à un contact sexuel, il devrait d'autant plus s'appliquer lorsque la victime ne consent pas.

29 Un raisonnement de cette nature pourrait être apporté comme justification partielle des analyses et de la divulgation obligatoires dans un contexte criminel — s'il est prouvé que la personne source s'est en fait engagée dans un comportement criminel. Ce qui veut dire que ce raisonnement pourrait appuyer l'examen de ceux qui sont condamnés d'agression et de crimes reliés. Alors que les analyses et la divulgation à la suite d'une condamnation peuvent avoir une valeur pour la personne exposée, les renseignements arriveraient trop tard pour de nombreuses fins. Le comportement «criminel» pourrait-il appuyer les analyses et la divulgation, avant la condamnation? L'appui sur de simples allégations pourrait-il résister principalement à la présomption d'innocence qui est protégée par l'article 11 d) de la *Charte*?

30 La présentation de simples allégations ou d'affirmations d'inconduite ne devrait pas compter en faveur de la restriction des intérêts de la vie privée. De simples allégations ne comptent pas à titre de «raisons», que ce soit pour restreindre la protection de la vie privée ou pour d'autres raisons.^{lxxi} Toutefois, une preuve qui va au-delà de simples allégations pourrait appuyer la restriction de la protection de la vie privée. De nombreuses restrictions à la vie privée, à la liberté et à la sécurité des personnes, antérieures à leur condamnation ou à leur jugement, sont licites. Les mandats de perquisition, par exemple, sont obtenus et exécutés avant le procès. Les individus peuvent être arrêtés et peuvent se voir refuser une libération intérimaire avant le procès. Les individus peuvent être liés par des engagements de ne pas troubler la paix publique, sans avoir un procès complet.^{lxxii} Le simple fait que le comportement agressif n'ait pas été prouvé par le verdict d'un procès n'empêche pas la référence à la preuve de ce comportement au cours de la procédure visant la disposition antérieure au verdict. Ce qui est essentiel, c'est que la preuve du comportement en question réponde à la norme de preuve requise, ce que nous examinerons ci-dessous.

31 Alors que les considérations précitées pourraient être avancées pour appuyer les analyses et la divulgation obligatoires en ce qui a trait aux personnes sources qui s'engagent dans des comportements criminels (le deuxième et le troisième «cadre» dont il est question au

paragraphe [2]), ces considérations s'appliquent moins bien aux personnes sources qui ne se sont pas engagées dans un comportement criminel. Si les personnes sources non criminelles peuvent être la «cause en fait» du risque d'infection des personnes exposées, elles ne causent pas le risque intentionnellement. On pourrait donc faire valoir qu'on ne devrait pas croire qu'elles ont mis leur état médical en question, de la même manière que l'individu agresseur.

(d) Le lien entre l'auteur de la demande de protection de la vie privée et la personne qui demande la divulgation^{lxxiii}

32 L'auteur d'une demande ne pourrait prétendre à une attente raisonnable de protection de la vie privée si il ou elle était lié par contrat ou était obligé de toute autre manière de divulguer la chose en question, à une tierce partie. Même si l'auteur de la demande n'était pas obligé de divulguer une chose, il peut divulguer une partie de la chose (par exemple, des renseignements personnels) en échange de certains services (par exemple, des services éducatifs). Dans ces types de cas, l'auteur de la demande ne peut prétendre à une attente de protection de la vie privée contre la personne à qui il a été obligé de divulguer la chose.^{lxxiv}

33 Mis à part les circonstances de consentement exprès — pour lesquelles la législation ne serait pas nécessaire — personne ne pourrait prétendre que les personnes sources se sont expressément ou implicitement «engagées» à permettre les analyses ou la divulgation de renseignements. Néanmoins, un auteur de la proposition d'analyses et de divulgation obligatoires pourrait alléguer que les actions des personnes sources ont abaissé leurs attentes en matière de protection de la vie privée pour ce qui a trait à leurs substances corporelles et à leurs dossiers médicaux.

34 La personne source et la personne exposée ont un lien. La personne exposée est sujette à un risque de contracter une maladie transmissible, en raison d'un contact avec la personne source. Dans les cas d'expositions au cours d'agressions, la création du risque est volontaire; dans les expositions non agressives, elle ne l'est pas — mais néanmoins, la personne source est la source du risque. Parce que la personne source est la source du risque, elle devrait raisonnablement s'attendre à ce que la protection de sa vie privée soit restreinte, à ce qu'elle doit divulguer des renseignements relatifs au risque, en réponse aux efforts de gestion du risque.

35 Dans les cas non criminels, le professionnel ou le bon samaritain fournit typiquement des soins de santé — souvent des soins de santé urgents — à la personne source. Il est vrai

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

que, lorsqu'un professionnel est le fournisseur de soins, la prestation de soins est l'obligation de son emploi. Un modeste bon samaritain admettrait que la prestation de soins est son obligation morale. D'un point de vue, donc, les personnes exposées ne font que remplir leurs propres devoirs en fournissant leurs services. La prestation de leurs services n'est pas un avantage prodigué en vue de recevoir un avantage correspondant de la part de la personne source. Du point de vue de la personne source, l'avantage reçu peut bien lui être imposé. Elle a pu être inconsciente, et incapable de consentir au traitement ou accepter le fardeau en échange des avantages du traitement.

36 Toutefois, pour tout ce qui précède, il y a une intuition commune que la prestation des services de soins d'urgence impose un genre d'obligation morale au bénéficiaire. Nous dirions peut-être: «Je vous dois la vie», au pompier qui nous retire d'un édifice en feu. Nous ressentirions de la gratitude, nous nous sentirions (pour utiliser un vieux mot) «redevables» envers quelqu'un qui prend soin de nous. Imaginez comment nous nous sentirions si un pompier sauvait notre enfant d'un édifice en feu, ou sauvait notre ami ou notre conjoint. Ces sentiments d'obligation ne seraient pas éteints par la remarque que le professionnel ne faisait que «faire son travail». Nous trouverions probablement ces remarques grossières, insensibles et peu fines. Si nous étions sauvés par une autre personne et que peu après elle nous disait: «Je me demandais si je pourrais vous demander une faveur?» nous répondrions probablement quelque chose comme «Assurément, demandez-moi n'importe quoi». Si la faveur demandée ne concernait pas un investissement très important, il serait au moins sans cœur, sinon moralement répugnant, de refuser de fournir ce qui a été demandé.

37 Les opposants aux analyses et à la divulgation obligatoires soulignent le nombre élevé de personnes sources qui consentent aux analyses sanguines, dans le cas d'exposition douteuse — de là, évitant ainsi le besoin de mesures obligatoires.^{Lxxv} La fréquence du consentement, dans les hôpitaux ou d'autres situations médicales, s'explique (au moins en partie) par les observations précédentes. Les personnes sources reconnaissent qu'on leur a prodigué des soins, reconnaissent que les fournisseurs de soins ont peur d'un risque particulier, et permettent des analyses préliminaires pour soulager la crainte des fournisseurs de soins. Nos intuitions morales et notre comportement nous orientent vers une accessibilité raisonnable aux renseignements au sujet d'individus qui bénéficient de soins, mais qui sont sources de risque.

38 Ces considérations ne s'appliquent pas à ceux qui ne sont que des sources potentielles d'infection, comme dans le transport en commun et dans le milieu de travail. Les circonstances n'appuient pas la réduction indiquée des attentes de protection de la vie privée

reliées à certaines personnes exposées. Ils peuvent certainement constituer un risque pour le public ou une classe du public. Il semble que toute action coercitive en ce qui les concerne ne relèverait pas au mieux de la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires, mais de la législation sur la santé publique.

39 Les facteurs qui influencent le lien entre la personne source et la personne exposée comportent un autre aspect que peuvent mettre en valeur ceux qui souhaitent diminuer les restrictions relatives à la protection de la vie privée. La législation sur les analyses et la divulgation ne devraient pas se substituer à la formation et à la préparation professionnelle. Elle ne devrait pas servir de toile de fond pour l'exécution négligente de ses tâches. Si le comportement de la personne source est pertinent à l'évaluation de leurs attentes en matière de protection de la vie privée, alors, le comportement de la personne exposée devrait l'être aussi. La protection de la vie privée ne devrait pas être restreinte, par exemple, si la preuve révèle que la personne exposée s'est mise à risque de façon inappropriée. Dans ces sortes de cas, la «responsabilité» du risque n'appartiendrait pas seulement à la personne source, mais serait au moins partagée entre la personne source et la personne exposée. Cette responsabilité mutuelle pourrait équilibrer l'application du facteur de «responsabilité» entre les deux parties.

Sans ce facteur penchant en faveur de la personne exposée, on pourrait déclarer que le droit à la vie privée de la personne source ne doit pas être restreint. Un argument semblable pourrait être invoqué si la personne exposée ne recevait pas la formation ou l'éducation appropriée. Dans ce cas, la «responsabilité» de l'exposition, pourrait-on alléguer, est celle de l'employeur et non celle de la personne source — ou, à tout le moins, l'employeur et la personne source partagent la «responsabilité». Encore une fois, si ce facteur n'existe pas en faveur de la personne exposée, l'accès aux renseignements privés pourrait être refusé. De là, le fait que les partisans des analyses et de la divulgation obligatoires devraient faire la promotion de l'éducation et de la formation appropriées des personnes à risque d'être exposées.^{lxxvi} À titre d'exemple précis, un vaccin préventif contre l'hépatite B existe qui élimine virtuellement tout risque d'infection.^{lxxvii} Si les professionnels à risque de devenir des personnes exposées n'ont pas été vaccinés, ceci pourrait jouer contre leur capacité d'accéder aux renseignements des personnes sources en cas d'exposition.

2. Le caractère raisonnable des restrictions législatives

40 Le caractère raisonnable d'une restriction législative proposée du droit à la protection de la vie privée dépend de trois groupes de facteurs: (a) les objectifs de la restriction de la protection de la vie privée; (b) les moyens proposés pour restreindre cette protection; et (c) le

processus pour déterminer si la protection de la vie privée doit être restreinte ou non.

(a) Les objectifs

41 On pourrait soutenir qu'une attente de protection de la vie privée ne devrait être restreinte que si l'objectif visé par la restriction proposée est «pressant et substantiel». Une condition nécessaire à la restriction de la protection est que l'objectif visé par la restriction doit, d'une certaine façon, être significatif. La simple curiosité ne serait pas suffisante. Alors, par exemple, dans le contexte législatif de l'accès à l'information et de la protection de la vie privée, les organismes publics ne peuvent exiger la divulgation des renseignements personnels des clients que dans la mesure où ces renseignements sont pertinents à certains intérêts légitimes d'exploitation de l'organisme public. Dans le contexte criminel, l'État se rabat sur son rôle d'applicateur de la loi, un rôle effectué dans l'intérêt du public, dans l'obtention de mandats de perquisition. Un accusé n'a le droit de faire la divulgation des dossiers personnels du plaignant que si la divulgation appuie le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Dans les contextes de réglementation, l'État restreint les intérêts privés pour encourager le respect aux normes de réglementation. Trois types de questions d'«objectifs» se détachent en ce qui concerne les analyses et la divulgation obligatoires — (i) À qui appartiennent les intérêts en jeu? (ii) Est-ce que la législation résoudrait quelque problème que ce soit? et (iii) Est-ce que les inquiétudes sont «d'ampleur» suffisante pour justifier une restriction de protection de la vie privée?

(i) Les intérêts en cause

42 Les dispositions sur les mandats autorisant le prélèvement d'ADN, qui permettent l'analyse et la divulgation de renseignements obligatoires, poursuivent des objectifs gouvernementaux valides en appliquant le droit criminel et en favorisant la recherche de la vérité dans le processus au criminel.^{lxxviii} La législation sur la santé publique, qui peut aussi autoriser les analyses et la divulgation des renseignements obligatoires, poursuit des objectifs gouvernementaux valides en préservant la santé publique par le contrôle des maladies transmissibles. On pourrait, d'une part, admettre que la législation des analyses et de la divulgation obligatoires du type considéré poursuit des buts sanitaires, mais, d'autre part, on pourrait objecter que ce n'est pas une législation de santé publique, mais une législation de santé personnelle. Elle sert à favoriser la santé et le bien-être des personnes exposées, à titre de personnes. La législation ne sert pas immédiatement le public, le grand nombre, comme contre la personne dont la protection à la vie privée risque d'être restreinte. On pourrait aussi soutenir que les problèmes de santé d'une personne ne devraient jamais être plus importants

que les intérêts de protection de la vie privée d'une autre personne. L'objet de la législation ne peut suffire à appuyer les restrictions de la protection de la vie privée.

43 Une personne favorable à la législation pourrait à son tour reconnaître que cette dernière ne sert aucun objectif «public», mais soutenir en retour que cela ne veut pas dire que la restriction de la protection de la vie privée serait interdite à cette législation. Notre système juridique encourage les intérêts individuels restreignant les intérêts personnels d'autres personnes. Une partie civile, préoccupée de venger les intérêts privés, peut engager des procédures qui limitent la protection de la vie privée de ceux contre qui il, ou elle, a un litige.^{lxxix} Il n'y aurait aucun problème de «permanence» comme si les inquiétudes d'une personne ne pouvait jamais supplanter les intérêts en matière de protection de la vie privée d'une autre.

44 De toute façon, un proposant soutiendrait qu'on aurait bien tort de caractériser la législation comme n'étant au service que des intérêts privés. La législation favoriserait la santé publique. La maladie d'une personne exposée revêt un aspect social, puisque cette maladie affecterait d'autres personnes autour de la personne exposée en plus du système de santé. De plus, si l'on tentait de justifier la restriction de la protection de la vie privée pour des raisons «utilitaires», les intérêts des personnes exposées pourraient être unis en un tout. Alors qu'une restriction précise de la protection favoriserait directement la santé d'une personne, la législation créerait un processus qui favoriserait la santé de nombreux individus. Je note qu'une législation similaire aux États-Unis a été soutenue (en partie) parce qu'elle répondait à des intérêts valables du gouvernement en protégeant la santé et la sécurité des employés et en contrôlant les maladies transmissibles.^{lxxx} Je pense que l'on peut conclure que l'objet de la législation ne l'empêche pas de restreindre la protection de la vie privée.

(ii) Un problème «urgent»?

45 S'il n'y avait pas de risques significatifs à la santé qui peuvent être réglés par la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires, édicter la législation et soumettre les personnes sources à des restrictions de protection de la vie privée serait sans objet et irrationnel. Le «risque» a deux composants — la sévérité du risque s'il était actualisé (sa «gravité») et la possibilité que le risque soit actualisé (sa «probabilité»).

46 La législation sur les analyses et la divulgation obligatoires ne devrait porter que sur les conséquences sérieuses pour la santé ou au maladies graves. Nous ne limiterions pas la

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

protection de la vie privée pour des améliorations négligeables de la santé des autres. Nous ne penserions pas imposer des analyses obligatoires à un individu qui éternue dans un autobus, au risque raisonnable qu'il aurait pu transmettre un vulgaire rhume. Les maladies graves comprendraient le VIH/SIDA, l'hépatite B et l'hépatite C comme proposé dans le projet de loi C - 217. Du point de vue de la santé publique et personnelle, il semble logique d'aller plus loin et d'inclure d'autres maladies graves. Comme proposé dans le projet de loi 105, ces maladies pourraient comprendre les maladies transmissibles répertoriées par le Ministère de la santé, telles que la tuberculose pulmonaire infectieuse, la diphtérie, les fièvres hémorragiques, la maladie méningocoque, la peste et la rage.^{lxxxix} Une certaine flexibilité est nécessaire. De nouvelles maladies peuvent se révéler ou devenir un problème social en tout temps, comme nous l'avons vu récemment avec l'épidémie de SRAS. De plus, (et je reviendrai plus tard sur ce point) cibler les maladies transmissibles graves plutôt que le SIDA, les virus de l'hépatite B et de l'hépatite C démontrent que la législation n'est pas une tentative de singularisation de populations à risque précises.

47 La législation est reliée aux questions de santé basée sur de prétendues expositions à la maladie. Même si les personnes sources souffraient de maladies graves, s'il n'y a pas de risque, ou pas de risque important de transmission, la protection de la vie privée ne doit pas être restreinte. La question de risque de transmission se pose à deux niveaux — le général (est-ce que les maladies auxquelles s'applique la législation peuvent être transmises ?) et le particulier (est-ce que la maladie aurait pu être transmise dans les circonstances qui nous occupent ?). Que la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires puisse être justifiée ou non — opposé à des demandes précises d'ordonnance — dépend principalement de la question de risque général.

48 Les opposants à la législation des analyses et de la divulgation obligatoires ont avancé que seul un très petit nombre de cas connus de transmission de maladies transmissibles au travail se retrouvent dans la documentation.^{lxxxii} De plus, des indices probants démontrent que l'hépatite B, l'hépatite C et le VIH ne se transmettent pas de façon fortuite.^{lxxxiii} Ce ne sont pas des virus véhiculés par l'air.^{lxxxiv} Généralement, la transmission nécessite que les liquides corporels infectés de la personne source pénètrent dans le flux sanguin des personnes exposées. Plus précisément, la transmission principaux du VIH, chez les adultes, se fait principalement par les relations sexuelles ou les transfusions sanguines.^{lxxxv} Le risque de transmission par les morsures ou les crachats est extrêmement faible — on ne retrouve aucun cas de transmission par la morsure dans la documentation.^{lxxxvi}

49 Une première réaction à ces affirmations est d'y faire des réserves. Les statistiques

qui se rapportent à la transmission en milieu de travail sont reliées à des établissements de santé. On pourrait supposer que les travailleurs de ces établissements sont formés pour prendre les mesures de protection appropriées et travaillent dans des conditions qui leur permettent de prendre ces mesures. Ces facteurs peuvent entraîner une faible incidence de transmission. On ne peut généraliser les conditions des établissements de santé à d'autres contextes — et il est difficile de recueillir des statistiques d'autres contextes de travail.^{lxxxvii}

50 Une deuxième réaction est d'accepter que ces affirmations soient vraies, mais qu'elles aient un impact plus limité qu'on l'a prétendu. À titre d'exemple, alors qu'une morsure elle-même ou la seule salive peuvent ne pas transmettre le VIH, si la bouche d'une personne source séropositive est ensanglantée et si la morsure perce la peau de la personne exposée, les conditions d'une transmission possible peuvent être présentes. Il est aussi à noter que «[a] l'exposition qui peut placer [les fournisseurs de soins de santé] à risque pour l'infection par les virus de l'hépatite B, C ou le VIH est décrite comme... un contact d'une muqueuse ou de la peau non intacte (à titre d'exemple, la peau exposée qui est gercée, éraflée ou affectée de dermatite) avec du sang, des tissus ou d'autres liquides corporels qui sont possiblement infectieux.»^{lxxxviii} Le contact de la peau éraflée d'une personne exposée avec le sang d'une personne source pourrait bien se produire au cours d'une altercation violente. Même si le risque de transmission de VIH peut être très peu élevé dans de nombreuses circonstances, ceci ne veut pas dire que les risques de transmissions d'autres maladies transmissibles le sont également.

51 Une troisième réaction est de soutenir que ces affirmations font la preuve de la nécessité de législation sur les analyses et la divulgation obligatoires. Les victimes d'agression sexuelle, de voies de fait graves (où le consentement est vicié par la non-divulgation frauduleuse de l'état positif de maladie transmissible) ou la négligence criminelle par l'apport de sang contaminé courent un risque élevé d'infection, même des virus de l'hépatite B, C ou du VIH.

52 Finalement, l'ennui avec les maladies transmissibles est qu'elles sont transmissibles. Elles sont transmises, et voilà pourquoi ces maladies constituent des risques pour la santé publique. La législation sur les analyses et la divulgation obligatoires n'est pas requise parce qu'il y a une épidémie de transmissions de maladies transmissibles en milieu de travail. Elle est requise parce que certaines maladies sont devenues prévalentes dans la société, parce que ces maladies pourraient avoir des conséquences très sérieuses pour les personnes exposées, et parce que le risque (les probabilités de risque varient d'une maladie à l'autre) que le

comportement de la personne source cause l'infection de la personne exposée par ses maladies.

53 La leçon que l'on doit tirer de la preuve médicale, pour la législation, est qu'elle ne devrait pas faire référence précisément aux modes de transmission suspectés, comme les morsures ou les crachats. En fait, la législation ne devrait préciser aucun type de transmission nécessitant une ordonnance d'analyses et de divulgation. La recherche médicale peut démontrer que les modes supposés de transmission ne comportent aucun risque; par contre, des modes de transmission non mentionnés peuvent comporter des risques importants. La législation — et les deux projets de loi adoptent cette approche — devrait plutôt simplement exiger que la personne exposée fasse la preuve qu'elle «peut avoir été exposée à un virus qui cause une maladie transmissible prescrite par suite d'un contact avec [a] une substance corporelle».^{lxxxix}

(iii) La preuve

54 Les difficultés que nous laissent le dernier point sont les suivantes: quelle sorte de preuve devrait être exigée pour appuyer une demande d'analyses et de divulgation obligatoires, et à quelle norme de preuve doit être atteinte pour mériter une ordonnance d'analyses et de divulgation? Il est très clair, comme il l'est toujours dans les cas de fouilles et de saisies, que le fardeau de la preuve revient à la personne qui demande la restriction de la protection de la vie privée. Les restrictions des droits à la protection exigent «une autorisation préalable» sur la base de la preuve.

55 Des spéculations mal informées faites par une personne exposée ou la simple connaissance d'office ne suffisent pas à établir la base de la preuve pour les analyses et la divulgation. La preuve d'expertise médicale, reliée aux circonstances précises de la divulgation, devrait être exigée. Ainsi, le projet de loi 105 exige que les personnes exposées soumettent un «rapport du médecin» pour appuyer la demande. Le rapport doit être établi par un expert compétent: «un médecin qui est informé en ce qui a trait à la santé au travail et à l'hygiène du milieu, ainsi qu'à tous les protocoles et normes de pratique pour ce qui a trait aux agents pathogènes à diffusion hémotogène.»^{xcii} Bien que le projet de loi 105 ne l'exige pas, les compétences professionnelles pourraient être notées au dossier de la demande en y incluant au rapport, un compte-rendu des compétences professionnelles du médecin. Le rapport devrait porter, entre autres, une évaluation du «risque pour la santé de l'auteur de la demande... par suite du contact entre cette personne avec une substance corporelle d'une autre personne» dans les circonstances de l'exposition.^{xcii} Le projet de loi C – 217 ne prévoit

pas ce détail au sujet de la fondation de la preuve exigée pour la demande, quoique rien n'empêche l'auteur d'une demande de présenter une telle preuve.

56 La personne exposée ne devrait pas avoir droit à une ordonnance simplement sur la présentation de quelques éléments de preuve appuyant le risque de l'exposition. La preuve doit appuyer les inférences de risques selon les normes de preuve requises. Au cours des demandes de mandats de fouilles, l'État doit satisfaire à la norme constitutionnelle de preuve de l'établissement de motifs raisonnables (raisonnables et probables) pour la fouille et la saisie. Essentiellement, l'État présente son cas pour la fouille et saisie selon la norme de «probabilité raisonnable», de «probabilité basée sur la crédibilité», ou un équilibre des probabilités.^{xciii} Les deux projets de loi adoptent cette norme de «motif raisonnable (et probable)»^{xciv} comme le fait le régime d'ordonnance autorisant le prélèvement d'ADN.^{xcv}

57 On pourrait invoquer qu'une norme de preuve plus élevée devrait être appliquée en raison de l'intrusion physique et documentaire de la recherche d'échantillons corporels.^{xcvi} On a présenté cette objection en ce qui a trait aux dispositions des ordonnances de prélèvement d'ADN devant la Cour d'appel de l'Alberta, dans *S.A.B.* La majorité a rejeté ce raisonnement.^{xcvii} Le juge, A. Berger dans sa dissidence maintient la norme de l'équilibre des probabilités, mais exige une «preuve claire, convaincante et puissante».^{xcviii} Cette norme d'une preuve claire et convaincante est exigée, par exemple, par la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires de l'Indiana.^{xcix} La Cour suprême a entendu l'appel de *S.A.B.* et a réservé son jugement. Nous saurons bientôt si la majorité ou la partie dissidente l'emporte.

58 Mais même si les dispositions d'une ordonnance de prélèvement d'ADN exigent une «preuve claire et convaincante», il n'est pas dit que la même approche sera adoptée au sujet de la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires. Une distinction essentielle entre la législation sur l'ordonnance de prélèvement d'ADN et celle-ci et que la première relève de la législation criminelle, dont l'application peut mener à une condamnation au criminel. Les particuliers ont besoin d'une grande protection de l'État, donc le fardeau de la preuve devrait être également aussi grand.^c La législation d'analyses et de divulgation obligatoires ne répond qu'aux objectifs de santé (publique) et, comme nous le verrons plus bas, ne peut avoir aucun effet sur les poursuites au criminel ou les contentieux civils. On pourrait donc dire que l'approche de «motif raisonnable» des projets de loi dépasse le minimum constitutionnel pour la législation sur les analyses et la divulgation obligatoire. Une norme de preuve moins grande pourrait suffire.^{ci}

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

(b) Les moyens législatifs

59 Pour qu'une restriction légiférée de la protection de la vie privée soit raisonnable, elle doit (i) appuyer ou tenter d'atteindre son objectif législatif, (ii) limiter la protection aussi peu que possible pour atteindre l'objectif, et (iii) ne pas avoir de conséquences néfastes qui l'emportent sur les avantages atteints par la législation.

(i) Le lien à l'objectif

60 Une bonne cause ne constitue pas une condition suffisante pour obliger la divulgation d'une chose privée. Pour qu'une divulgation soit raisonnable, la divulgation de la chose doit avoir un lien rationnel à la promotion ou à l'accomplissement de la bonne cause. Ce lien rationnel a deux aspects. Le premier, le type de restriction de la protection recherchée doit, en général, favoriser la bonne cause. Le deuxième, une restriction précise de la protection recherchée dans des circonstances précises doit favoriser la bonne cause pour la personne exposée en particulier. Nous allons maintenant examiner les questions de niveau général — c'est-à-dire, si les analyses et la divulgation obligatoires pourraient jamais favoriser la santé des personnes exposées dans un ou dans un nombre significatif de cas.

61 Les partisans de la législation des analyses et de la divulgation obligatoires disent que les renseignements dérivés des analyses aideront à déterminer le traitement approprié, l'interruption du traitement,^{cii} et le comportement post-exposition approprié envers les autres (les précautions contre la transmission secondaire); ils assureront aussi la «paix de l'âme».

62 Les opposants ont répondu que l'apport de renseignements ne réparera pas le mal causé,^{ciii} et ne «protégera pas contre la possibilité d'exposition à des maladies par le contact avec les liquides corporels de quelqu'un d'autre».^{civ} Ces observations sont sans objet. Le but de la législation ne serait pas d'éliminer les expositions, mais de les gérer ou les traiter. Le but de la législation n'est pas non plus d'accroître la sécurité en milieu de travail — quoique la manipulation sécuritaire de toutes les personnes source potentielles doive faire partie de la formation professionnelle. Le but de la législation serait de fournir des mécanismes qui peuvent être mis en oeuvre dans le cas où l'on croit qu'il y a eu exposition au risque.

63 Les opposants soulignent les problèmes de faux négatifs et du manque de fiabilité des résultats d'analyse. Si la personne source est dans une «période de latence sérologique» ou une période d'incubation, la personne source peut souffrir de la maladie et être contagieuse, mais il est possible que la maladie ne soit pas révélée par les analyses.^{cv} Un résultat négatif

fournirait donc une fausse assurance de sécurité. Le problème que pose ce raisonnement est que la personne exposée ne connaîtrait pas les chances que la personne source soit infectée et en période d'incubation ou pas infectée du tout. On pourrait présumer que les chances que la personne source soit infectée, mais dans une période de latence sérologique sont minces. Le raisonnement des opposants ne prouve seulement le fait que les résultats d'analyses doivent être traités avec précaution et ne peut être interprété comme définitifs. Dans un cas précis, l'on peut croire que les résultats d'analyses seraient étudiés parmi toutes les autres preuves liées à l'infection probable afin de déterminer la marche à suivre, au besoin, pour gérer le risque d'infection.

64 Les opposants soulignent aussi que le déclenchement de la procédure d'analyses obligatoires et de la communication des renseignements à la personne exposée ne pourrait, dans la pratique, se produire suffisamment vite pour parer au besoin de traitement. Dans le cas du VIH/SIDA, le traitement doit commencer très rapidement après l'exposition, si l'on veut éviter la propagation de la maladie.^{cvii} Les renseignements seraient donc inutiles. Le traitement devrait être suivi sans égard aux résultats des analyses. De plus, certaines maladies comme l'hépatite C n'ont pas de traitement; les personnes qui en souffrent ne peuvent qu'être averties au sujet de leur comportement post-exposition.^{cvii} Encore une fois, les renseignements au sujet de la personne source seraient inutiles.

65 Les opposants vont peut être trop loin. Présument que les faits sur lesquels ils se basent sont vrais, ce qu'ils démontrent est que les analyses ne fourniront pas de renseignements qui détermineront, nécessairement, le traitement, à tout le moins, à court et à moyen terme. Les renseignements pourraient avoir, par contre, une utilité supplémentaire, par contre. S'il s'avérait que la personne source ne souffre pas d'une maladie transmissible, ce résultat pourrait constituer une preuve pertinente à la détermination de la cessation du traitement et aux modes de contact entre la personne exposée et les tierces parties. Si une personne exposée peut recevoir la confirmation qu'une personne source ne souffre pas d'une maladie transmissible, cette confirmation ne créera pas nécessairement la sécurité, mais peut donner de l'espoir.^{cviii} De plus, les allégations ne concernent pas toutes les maladies transmissibles, mais seulement le VIH, l'hépatite B et l'hépatite C. Les renseignements d'analyses pourraient être pertinents dans le traitement d'autres maladies.

66 De plus, les opposants ne tiennent pas compte de la question de la «paix de l'âme» des personnes exposées. Un aspect de la santé (publique) et du bien-être auquel doit concourir par la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires est la promotion de la «paix de

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

l'âme» des personnes exposées. On a déterminé que c'était un objectif légitime visé par une législation analogue aux États-Unis.^{cix} On pourrait objecter que ce ne pourrait être un objectif légitime d'une législation qui restreint la protection de la vie privée. La simple «paix de l'âme» ne devrait jamais avoir préséance sur la protection de la vie privée. La paix de l'âme seule, toutefois, n'est pas mise en balance avec la protection; c'est un facteur qui doit être considéré pour déterminer si les analyses et la divulgation obligatoires sont nécessaires. De plus, l'objection néglige l'insistance de la Cour suprême sur le fait que l'intégrité psychologique soit protégée comme faisant partie de la «sécurité de la personne». La santé psychologique de la personne exposée ne devrait pas être sous-évaluée ou ignorée.^{cx} On peut généraliser, en toute sécurité, que les renseignements au sujet de nos maladies ou de nos maladies potentielles sont très importants pour nous. L'intégrité psychologique est protégée pour les accusés et les plaignants; les opposants à la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires affirment que cette dernière pourrait porter atteinte à l'intégrité psychologique des personnes sources; donc, la promotion de l'intégrité psychologique de la personne exposée devrait être un objet légitime de la législation. En contre contre-preuve, les opposants à la législation pourraient faire valoir que les personnes exposées ne risquent pas la «privation» de leur vie ou de leur sécurité à cause d'une action de l'État. Donc, la référence à la «sécurité de la personne», de l'article 7, est inapplicable aux personnes exposées. Ce raisonnement de contre contre-preuve est légèrement hors sujet: alors qu'il est vrai que les personnes exposées ne confrontent pas les personnes sources au moyen de droits constitutionnels, cela ne veut pas dire que les personnes exposées ne peuvent pas avoir des intérêts hautement significatifs qui sont mis en jeu par le risque d'infection.

67 On pourrait suggérer que l'approche législative sur ce sujet n'est pas de dicter à la science, mais de permettre à la science de s'exprimer sur les questions. Le projet de loi 105, par exemple, exige un «rapport du médecin» pour considérer la question à savoir si oui ou non, «l'ordonnance est nécessaire afin de diminuer ou éliminer le risque à la santé de l'auteur de la demande, à la suite d'un contact avec les substances corporelles».^{cx} La législation fera son travail si elle permet à la preuve d'établir si les analyses et la divulgation favoriseront la santé de la personne exposée.

(ii) La restriction minimale

68 Si une restriction sur la protection de la vie privée est justifiée, seule cette restriction est justifiée, pas plus. Les restrictions sur la protection devraient conserver la protection de la vie privée au niveau maximal raisonnablement possible; les restrictions de la protection devraient être aussi minimales que raisonnablement possible. Il en découle donc que les

analyses et la divulgation de renseignements devraient être réduites au minimum.

69 Les analyses obligatoires comprendraient probablement des analyses sanguines. Ce qui, pourrions-nous dire, ne comprend qu'une interférence minimale avec le corps. L'intrusion physique est de courte durée, impose un malaise minime, n'est pas inhumaine ou abusive, n'est pas offensante sur le plan psychologique et ne laisse aucune impression durable.^{cxii} Les analyses sanguines ont été décrites, comme «ordinaires».^{cxiii} Sur le continuum des interférences physiques, ce n'est pas une «intrusion ultime dans le caractère sacré du corps». Ces commentaires ont été faits au sujet des procédures d'enquête pour les ordonnances de prélèvement d'ADN, qui peuvent être perçus comme analogues. L'analyse ne devrait pas entraîner de risque pour la santé de la personne source. Cette exigence est explicite dans les deux projets de loi.^{cxiv} Afin de minimiser les complications, les analyses ne devraient être effectuées que par une personne qualifiée, comme il est prévu pour les ordonnances de prélèvement d'ADN.^{cxv} Une autre condition qui peut aider les personnes sources pourrait être que l'analyse soit accompagnée d'assistance psychologique avant et après le fait.^{cxvi}

70 La diffusion des résultats d'analyse devrait être aussi restreinte que possible. La divulgation devrait être limitée à l'analyste, la personne exposée et les fournisseurs de soins de santé à la personne exposée. La personne source devrait avoir le droit d'accès aux renseignements médicaux, s'il ou elle le désire. Le projet de loi 105 prévoit très bien la minimisation du nombre de membres du personnel dans le cercle de la divulgation.^{cxvii} Tout autre divulgation doit être défendue. Des restrictions de confidentialité devraient être imposées concernant les dossiers créés pour la transmission des renseignements à la personne exposée. Les deux projets de loi contiennent des dispositions de protection de la confidentialité.^{cxviii}

71 Une question liée aux critères de «lien rationnel» et de «minimisation» se pose à savoir si la nécessité de la législation devrait être la preuve que les renseignements n'étaient pas disponibles par un autre moyen. Si les renseignements peuvent être obtenus par un autre moyen, la protection de la vie privée ne devrait pas être restreinte, et on devrait se servir de l'autre source. C'est le critère de la «nécessité d'enquête». Ce critère constitue une exigence légale (et sans doute, constitutionnelle) concernant les permissions d'écoute électronique. Cette dernière a un très large impact. La mise sur écoute peut permettre d'intercepter de nombreuses conversations privées de nombreuses personnes. On a toutefois soutenu que la satisfaction à un critère de nécessité d'enquête ne constitue pas une exigence constitutionnelle générale pour toutes les fouilles et saisies.^{cxix} Plus précisément, ce n'est pas une exigence

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

pour les ordonnances de prélèvement d'ADN, qui visent uniquement les personnes elles-mêmes pour ce qui a trait aux invasions discrètes de l'intégrité corporelle. Que la nécessité d'enquête soit une exigence constitutionnelle ou non, on peut y faire droit dans les circonstances présentes. À titre d'exemple, les projets de loi 105 et C – 217 exigent tous les deux la preuve qu'une analyse du sang de la personne exposée ne déterminerait pas nettement, en temps voulu, si cette dernière est infectée.^{cxx} C'est-à-dire, qu'il n'y a pas d'autre moyen d'obtenir les renseignements requis, que par l'analyse de la personne source.

72 Un autre moyen par lequel le projet de loi 105 répond à toute préoccupation concernant la nécessité d'enquête est la prescription d'exigences qui peuvent être imposées à une personne exposée. En vertu de l'article 22 (3), un médecin qui produit un rapport du médecin utilisé dans la demande peut exiger que la personne exposée se soumette elle-même à une analyse, une analyse comme point de repère, à de l'assistance psychologique ou à un traitement dans le but d'établir le rapport. Il est concevable que la personne exposée puisse obtenir des renseignements qui la poussent à abandonner sa demande. Cette sorte de disposition permet de s'assurer que seules les demandes appropriées seront acheminées. Le projet de loi C – 217 ne contient pas de telles dispositions.

(iii) Les conséquences préjudiciables

73 Une restriction de la protection de la vie privée ne devrait pas avoir de conséquences préjudiciables qui dépassent les avantages à obtenir par les analyses et la divulgation.

74 Un moyen utilisé par le projet de loi 105 afin de maximiser les avantages de la transmission de renseignements est d'exiger que les renseignements soient communiqués non à la personne exposée, mais à son médecin.^{cxxi} Cette disposition assure que les renseignements obtenus seront utilisés aux meilleures fins possible pour le bien de la personne exposée. Le projet de loi C – 217, d'autre part, permet la communication directe des renseignements à la personne exposées.^{cxxii}

75 Un autre moyen utile de minimiser les effets préjudiciables qui résultent des analyses existant dans le projet de loi 105 est que ce dernier n'exige pas que les résultats des analyses soient expédiés à la personne source.^{cxxiii} Cette dernière peut décider d'elle-même si elle désire avoir accès à ces renseignements. Il peut n'y avoir aucune raison de ne pas respecter le désir de la personne source de ne pas être informée.^{cxxiv} Le projet de loi C – 217, d'un autre côté part, exige la communication des résultats à la personne source.^{cxxv}

76 Les résultats des analyses pourraient être pertinents dans les poursuites civiles ou

criminelles contre la personne source, mais les renseignements peuvent ne pas avoir été disponibles en dehors du contexte d'analyses et de divulgation obligatoires. La législation pourrait être un moyen de permettre aux parties opposées aux intérêts de la personne source d'obtenir ce qu'elles ne pourraient obtenir autrement ou d'obtenir ce qu'elles ne pouvaient obtenir sans se conformer à des exigences plus rigoureuses que celles prévues par la loi. Afin d'éviter le préjudice potentiel aux personnes sources (en plus des restrictions de confidentialité), des restrictions doivent être imposées sur les utilisations des renseignements obtenus par les analyses. Les renseignements ne devraient pas être utilisés à une autre fin que celle pour laquelle ils ont été recueillis; particulièrement, les renseignements ne devraient pas être utilisés au cours d'aucunes autres poursuites. Les deux projets de loi contiennent effectivement des dispositions restreignant l'utilisation des renseignements.^{cxxxvi}

77 Une restriction de la protection de la vie privée peut avoir des effets au-delà de ceux liés à la personne source en particulier. De nouveau, les conséquences d'une restriction de la protection devraient être l'objet d'une évaluation visant à déterminer lors de l'analyse si la restriction est justifiable ou non. Un exemple clair de la pertinence des conséquences néfastes potentielles de la divulgation de renseignements personnels en ce qui a trait aux tierces parties se trouve à l'article 278.5(2) du *Code criminel*, sur la production de dossiers contenant les renseignements personnels d'un plaignant. Avant d'ordonner la production d'un dossier pour révision (ou subséquemment) pour la production à un accusé, l'article 278.5(2) exige que le juge examine (entre autres) «l'intérêt de la société en encourageant le rapport des infractions d'ordre sexuel»; et «l'intérêt de la société en encourageant l'obtention d'un traitement par les personnes victimes d'infractions d'ordre sexuel». Si les renseignements d'un plaignant sont divulgués, il peut en résulter un effet néfaste pour de tierces parties. Une autre considération mandatée en ce qui a trait aux effets néfastes pour les tierces parties est identifiée à l'article 276(3)g du *Code criminel* qui porte sur l'admissibilité de la preuve des antécédents sexuels du plaignant (une des «protections des victimes de viol»). En déterminant si la preuve doit être admise, le juge doit considérer le «droit de toute personne à la sécurité personnelle et à la pleine protection et aux avantages de la loi». Cette disposition relève de l'article 15 de la *Charte*, qui garantit l'égalité et qui protège contre la discrimination. Si une restriction de la protection de la vie privée, soit par elle-même, soit comme partie d'un ensemble, favorisait la discrimination contre un groupe nommé ou un groupe de milieux analogues, ce fait servirait comme un autre argument.

78 On se préoccupe particulièrement du fait que la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires ne soit pas utilisée — soit intentionnellement, soit par le biais de ses

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

effets — pour cibler, harceler et stigmatiser les personnes souffrant du SIDA ou les personnes à risques élevés de contracter le SIDA.^{cxxvii} Les effets discriminatoires doivent être surveillés dans la pratique. La législation devrait s'étendre à des maladies transmissibles autres que le SIDA, comme nous l'avons indiqué plus haut. Le large champ d'application de la législation devrait aider à en prévenir les applications discriminatoires.

79 Afin d'alléger les effets néfastes soulevés dans des cas précis, les analyses et la divulgation pourraient être soumises à des conditions générales, par ordonnance.^{cxxviii}

(c) Le processus

80 Même si les analyses obligatoires des personnes sources et la divulgation de leurs renseignements médicaux servent un but légitime et ne sont pas une intrusion excessive entraînant des effets néfastes, la législation doit établir un processus raisonnable. Ceci comprendra, premièrement, que la personne qui statue sur la question de protection de la vie privée soit indépendante, impartiale et compétente — capable d'arriver à une détermination intelligente basée sur la preuve. Deuxièmement, le processus doit s'accorder avec la justice naturelle. Troisièmement, le processus doit être doté des mécanismes de mise en application appropriés. Finalement, une révision appropriée devrait être prévue.

(i) Le juge administratif

81 Qui devrait décider si la protection de la vie privée de la personne source doit être restreinte? Dans le cas où cette question n'est pas déterminée par la législation, la décision serait basée sur l'évaluation de la preuve médicale. Ceci peut vouloir dire qu'un juge administratif ayant une formation médicale serait nécessaire. Le projet de loi 105 prévoit que les ordonnances d'analyses et de divulgation soient faites par un «médecin-hygiéniste».^{cxxix} Contre cette suggestion, la panoplie des facteurs pertinents aux analyses et à la divulgation doit être gardée à l'esprit. Un grand nombre de ces facteurs sont liés à des questions de droit ou à des intérêts légaux qui se prêtent à sous une conceptualisation juridique. Un grand nombre de ces facteurs sont très similaires aux types de facteurs évalués par des juges dans d'autres sortes de contextes de restriction de la protection de la vie privée, tels que l'émission de mandat de fouille, la production du dossier du plaignant, et l'admission de preuve des antécédents sexuels du plaignant. De plus, la tâche du juge administratif est non seulement de régler les questions médicales, mais d'équilibrer la variété de facteurs dans les faits en cause. Le juge administratif devra évaluer la preuve et tirer des conclusions. Bien qu'une capacité de comprendre la preuve médicale soit essentielle, le fait d'avoir un expert dans le domaine présider à titre de juge administratif pourrait comporter une mesure de biais. Les parties

seront en position de présenter une preuve d'expert; ils n'ont pas besoin d'un autre expert, dans la personne du juge administratif. Le danger du juge expert dans le domaine est qu'il ou elle apporterait sa propre preuve sous forme d'opinion, qui peut ne jamais être révélé aux parties, et qui ne pourrait faire l'objet de vérification. Ces considérations laissent à penser qu'un juge, une tierce partie indépendante et objective, serait le juge administratif approprié. Les juges entendent et se débrouillent avec la preuve d'expert médicale dans d'autres cas; s'ils sont capables d'utiliser cette sorte de preuve adéquatement dans ces cas, ils devraient en mesure d'utiliser cette sorte de preuve adéquatement dans la présente sorte de cas. Finalement, un juge, contrairement à un candidat concevable du personnel médical pourrait présenter des garanties d'indépendance et d'impartialité structurelles qui sont l'apanage des membres de l'ordre judiciaire.

82 Contrairement au projet de loi 105, le projet de loi C – 217 permet à un «juge» de décider des questions de mandats.^{cxxx} Le mot «juge» comprend à la fois un juge de la Cour provinciale et un juge de paix.^{cxxxi} On pourrait être d'avis que cette assignation va trop loin dans une autre direction. Les juges de paix n'ont pas la familiarité des juges avec les preuves d'expert. Les juges de paix ne s'engagent pas habituellement dans l'équilibre des facteurs comme l'exigeraient les déterminations d'analyses et de divulgation. Les juges de paix, de plus, tendent à avoir moins de protection de l'indépendance que les juges. Les juges de paix n'apportent pas une assurance institutionnelle de compétence pour les tâches à exécuter. On pourrait dire que les juges de paix n'ont ni l'expertise dans le domaine que le personnel médical formé pourrait avoir, ni l'expertise du processus que les juges pourraient fournir. Je note que les juges de la Cour provinciale, non les juges de paix, sont autorisés à entendre des demandes d'ordonnance de prélèvement d'ADN.^{cxxxii}

(ii) la justice naturelle

83 Une question de justice naturelle est reliée à l'auteur approprié de la demande pour une ordonnance obligeant les analyses et la divulgation. On a soutenu que l'auteur de la demande ne devrait pas être la personne exposée elle-même, mais une personne de formation médicale pertinente. Le recours à une personne de formation médicale à titre d'auteur de la demande empêcherait que les demandes ne soient basées sur la simple crainte; les demandes auraient une certaine fondement scientifique légitime. Toutefois, cette approche ne serait pas équitable pour les personnes exposées. Il y a des circonstances où les parties «représentatives» ont une voix, alors que la personne affectée n'en a pas. À titre d'exemple, en vertu des conventions collectives, le syndicat peut avoir droit de déposer une plainte, mais

non l'employé. Toutefois dans des circonstances «représentatives» le représentant a un devoir de «représentation équitable» de la personne concernée. Le personnel médical n'aurait pas ce devoir. On peut régler le problème des demandes sans fondement même si l'auteur de la demande est la personne exposée. Cette dernière devrait détenir une certaine preuve médicale pour faire avancer sa demande; elle aurait le fardeau de la preuve. Si la demande était sans fondement, elle peut être (comme nous le verrons plus bas) contestée par la personne source, et le juge pourrait prendre la décision appropriée. On ne devrait pas présumer que les personnes exposées abuseraient de leurs droits, et ne feraient que des demandes «frivoles et vexatoires», sans l'intervention paternaliste du personnel médical.

84 Une autre question de justice naturelle est reliée au besoin d'une audience. Pour les mandats de fouille, l'aspect pratique dicte que les demandes n'émanent que d'une seule partie, et même pour ce qui a trait aux ordonnances de prélèvement d'ADN, les audiences sur avis n'ont pas été retenues comme exigences constitutionnelles.^{cxxxiii} En dehors des fouilles et des saisies criminelles, il se peut qu'il y ait peu de circonstances exigeant les demandes «ex parte». Généralement, les règles ordinaires de la justice naturelle devraient s'appliquer, les demandes devraient être faites sur avis, et les personnes sources devraient avoir le droit de défense pleine et entière contre une restriction de la protection de la vie privée proposée. Néanmoins, les demandes formulées par les personnes exposées sont sensibles au temps —plus tôt les renseignements sont reçus, plus tôt les mesures appropriées peuvent être prises. Afin de résoudre cette tension, la règle de base pourrait s'appliquer ainsi: demande sur avis de la personne source, mais la personne exposée a le droit d'établir les circonstances démontrant l'applicabilité d'une procédure «ex parte». Les deux projets de loi s'opposent dans leurs approches: le projet de loi 105 propose, dans le sens de mes suggestions, que le juge puisse tenir une audience, mais il n'est pas tenu de le faire.^{cxxxiv} Au contraire, le projet de loi C-217 est plus généreux envers les personnes sources et exige une audience sur avis.^{cxxxv}

(iii) la mise en application

85 Si la personne exposée a gain de cause, la personne source ne sera peut-être pas disposée à se conformer à une ordonnance qui oblige les analyses et la divulgation. Un mécanisme de mise en application est nécessaire. Il ne semble pas y avoir d'empêchement constitutionnel à l'établissement d'un mécanisme de mise en application, si la loi est par ailleurs constitutionnellement valide. Les projets de loi offrent deux modèles de ce mécanisme. Le projet de loi 105 suit, sur un plan abstrait, le modèle de «demande supplémentaire» de santé publique: si la personne source ne se conforme pas à l'ordonnance, une demande supplémentaire est déposée pour une ordonnance d'obligation de se

conformer.^{cxxxvi} Le projet de loi 105 ne précise pas de mesures coercitives. Probablement que les agents de police pourraient prêter assistance dans la mise en application de l'ordonnance de se conformer. Le projet de loi C-217 suit le modèle «à un échelon»: une demande acceptée donne lieu à une ordonnance adressée à un professionnel médical et à un agent de police.^{cxxxvii} L'avantage de ce modèle à un échelon est qu'il permet de gagner du temps — et le temps est important dans des circonstances d'exposition. L'avantage du modèle «demande supplémentaire» est qu'il permet à la personne source de choisir de se conformer et, sur ce point, respecte plus l'autonomie personnelle. Un juste milieu peut être possible. Une personne exposée pourrait avoir le droit de joindre une demande d'ordonnance à une demande de se conformer. La personne exposée devrait faire la preuve de la conclusion que la personne source ne se conformerait probablement pas, sans coercition. Le juge pourrait imposer les conditions appropriées.

86 Un point connexe porte sur la question d'appuyer l'ordonnance d'analyses et de divulgation par une pénalité pour omission de se conformer à l'ordonnance. Ce que la personne exposée veut ce sont des renseignements, non une punition. Dans les cas où l'apport des renseignements ne se fait pas promptement, une motivation pénale peut être utile. Les deux projets de loi, 105 et C – 217, prévoient une infraction pour défaut de se conformer. Le projet de loi C – 217 crée une disposition d'infraction (avec une peine d'emprisonnement maximale de six mois) à l'intérieur du projet de loi, lui-même.^{cxxxviii} Une amende devrait être possible, au lieu de l'emprisonnement, en vertu des règles générales de détermination des peines.^{cxxxix} Le projet de loi 105 s'appuie sur l'approche de santé publique d'une disposition générale de mise en application.^{cxli} Le défaut de se conformer entraîne une sanction pécuniaire maximale de 5 000 dollars par jour.^{cxlii} On peut faire observer que si les dispositions d'infraction doivent motiver la conformité, l'approche du projet de loi 105 est plus sensée, puisque les dettes financières s'accroissent manifestement par le défaut de se conformer. Alors que la peine du projet de loi C – 217 peut être envisager de la même manière, la motivation financière à se conformer, plus tôt que plus tard, n'est pas exprimée aussi clairement que dans le projet de loi 105, et à cet effet, l'approche du projet de loi C – 217 est moins efficace.

(iv) Les voies de droit

87 La personne exposée comme la personne source jouissent de voies de droit révisées en vertu des dispositions du projet de loi 105; la personne exposée peut interjeter appel d'un refus d'accorder une ordonnance au médecin-hygiéniste en chef des services de santé;^{cxliii} la

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

personne source (à ce qu'il semble) peut interjeter appel auprès de la Commission d'appel et de révision des services de santé.^{cxliii} Le projet de loi C - 217 ne contient pas de dispositions de révision. Puisque l'appel est un droit légal, aucun appel ne pourrait être fait d'une décision. Une décision d'un juge de paix ou d'un juge de la Cour provinciale serait, toutefois, soumise à une révision judiciaire — ce qui n'est pas toujours une procédure expéditive. L'équité envers les deux parties suggère que des procédures précises de révision soient établies.

F. L'autorité législative

88 Présumons que la *Charte* permet la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires. Est-ce que le Parlement ou les Provinces auraient les compétences pour édicter la législation? La réponse dépend des réponses à une enquête à deux paliers. Le premier palier exige la détermination «de la force et de la substance» de la loi. Le deuxième palier exige la classification de la loi sous les titres de l'autorisation légale dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.^{cxliv}

1. L'essence et la substance

89 Afin de déterminer «l'essence et la substance» de la loi, on doit s'assurer de son «coeur», sa «signification véritable», son «caractère essentiel» ou son «noyau», en se référant aux objets et aux effets de la loi.^{cxlv} Puisqu'aucune loi précise n'est en cause, aucune preuve documentaire de l'objet n'est à considérer. Le «méfait» que la loi doit surmonter est l'absence de moyens légaux par lesquels la personne exposée peut obliger la personne source à divulguer des renseignements médicaux. La législation réglerait les analyses médicales des personnes source et la transmission de leurs renseignements médicaux aux personnes exposées. Ces renseignements serviraient directement la santé physique et psychologique des personnes exposées, et indirectement la santé des autres. En essence et en substance, la législation favoriserait la santé individuelle et publique.

2. La législation sur les analyses et la divulgation obligatoires et le pouvoir du droit criminel

90 La législation qui favorise la santé par la transmission de renseignements pourrait-elle relever du droit pénal fédéral à l'article 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Le simple fait que la législation porte sur la collecte et l'utilisation de renseignements ne la rend pas *ultra vires* en ce qui concerne le Parlement. Le Parlement a édicté des lois telles que la *Loi*

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

sur la protection des renseignements personnels et la *Loi sur l'accès à l'information*, qui réglementent la collecte et l'utilisation de renseignements (mais qui ne s'applique qu'à la sphère du gouvernement fédéral). Le Parlement a édicté la *Loi sur les renseignements personnels et les documents électroniques*, qui encore une fois, réglemente la collecte et l'utilisation de renseignements (la Loi est sans doute *intra vires* dans la mesure où elle réglemente le secteur privé fédéral; il reste à déterminer si elle peut s'étendre légitimement au secteur privé non fédéral — comme on le prétend). Le simple fait que la législation relève du domaine de la santé ne l'exclut pas des compétences fédérales — prenons à témoin, par exemple, la *Loi canadienne sur la santé* et la *Loi sur les aliments et drogues*. «La santé» n'est pas un objet de législation selon les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Parlement et les Provinces peuvent tous deux légiférer dans cette matière. La loi criminelle fédérale comporte un aspect lié à la «santé». La «santé» est l'une des «fins ordinaires» servies par le droit criminel.^{cxlvi}

91 Trois ensembles de considération sont pertinents à la classification de la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires au sens du droit criminel — à savoir si l'objet de la législation est un «objet de droit criminel», si la nature non criminelle des éléments cruciaux de la législation l'exclut du statut de droit criminel, et si les circonstances exposées fournissent un fondement suffisant pour la caractérisation à titre de législation criminelle.

(a) Objet de «droit criminel»

92 On peut très bien soutenir que la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires ne poursuit pas un objet de «droit criminel». Elle n'aurait pas de composant national de réglementation. Elle ne réglementerait pas les activités transfrontalières, et ne viserait pas un problème national, tel qu'une épidémie à l'échelle du pays.^{cxlvii} Plus important encore, elle ne viserait pas certains «effets malveillants ou préjudiciables pour le public».^{cxlviii} Elle ne serait pas conçue pour protéger les individus contre les hasards des maladies transmissibles. La législation n'aurait pas d'éléments de dissuasion ou d'effet incapacitant très fort, sur les personnes source potentielles. La loi ne ciblerait pas les expositions ou les transmissions ou la réduction des expositions ou des transmissions. La présomption de la loi, en fait, serait que l'exposition s'est déjà produite. La législation porterait sur la réglementation des parties après l'exposition, et la réglementation de la circulation des renseignements provenant des analyses après l'exposition. Ce qui signifie que la législation ne réglementerait pas une activité dangereuse, mais seule l'acquisition et la transmission des renseignements.^{cxlix} En définitive, la loi améliorerait la santé de ceux qui ont déjà été exposés.

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

Elle serait facilitante ou corrective; elle serait conçue pour créer une sorte de privilège légal pour aider à la promotion de la santé. La législation sur les analyses et la divulgation obligatoires différerait donc de la législation criminelle sur la «santé», comme la *Loi réglementant les produits du tabac*, qui visait à protéger les Canadiens des dangers du tabagisme.^{ci} La législation sur les analyses et la divulgation obligatoires différerait dans son fonctionnement de la législation sur les armes à feu, puisqu'elle ne favoriserait pas la santé ou la sécurité publiques par la réduction de comportement dangereux.^{ci}

93 On retrouve de meilleures analogies à la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires dans les lois provinciales. Les provinces ont le droit de légiférer en matière de santé publique et en matière d'information du public. La législation sur les analyses et la divulgation obligatoires créerait des exceptions aux régimes légaux et de santé publique et d'information du public; on pourrait soutenir que la législation serait à sa place dans un système de réglementation complet visant les analyses de dépistage des maladies transmissibles et de divulgation des renseignements médicaux. On pourrait donc suggérer que la stratégie ontarienne d'incorporer les analyses et la divulgation obligatoires dans une loi sur la santé — la *Loi sur la protection et la promotion de la santé* — est sensée en matière constitutionnelle.

(b) La prohibition et la sanction

94 Habituellement, pour qu'une législation tombe sous l'autorité du droit criminel, elle doit:

- (i) Promouvoir un «objet de droit criminel»;
- (ii) Établir des prohibitions (par exemple, des règlements défendant un comportement contraire aux normes légales);
- (iii) Mettre en application ces prohibitions par le biais de sanctions.

95 En plus du défaut de promouvoir un «objet de droit criminel», la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires n'établirait pas d'emblée des prohibitions appuyées sur des sanctions. La législation aurait des dispositions de mise en application, afin de s'assurer que les personnes sources répondent bien aux ordonnances de la Cour, qui pourraient comprendre des prohibitions et des sanctions. Elles seraient subordonnées aux objets principaux de la législation. De nombreuses lois provinciales contiennent des dispositions

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

pénales, sans de ce fait dépasser les compétences provinciales.^{cliii} De toute façon, les prohibitions et les sanctions ne viseraient pas les malveillances sociales ou les comportements préjudiciables; elles viseraient à encourager les personnes sources à se conformer au système de réglementation créé par la législation. Le projet de législation sur les analyses et la divulgation obligatoires suggère donc qu'il ne relève pas des compétences du droit criminel fédéral.

96 Il est vrai que tout le droit criminel n'établit pas des prohibitions et des sanctions. À titre d'exemple, le droit criminel a une «division de la prévention» qui appuie, entre autres, les dispositions de maladies mentales et «d'engagement de garder la paix» du *Code criminel*.^{cliii} Les anciennes dispositions d'ordonnance de réparation civile du *Code criminel* étaient appuyées à titre de législation criminelle par leur «lien rationnel, fonctionnel» au régime d'imposition des peines du droit criminel. Ces types de lois criminelles, toutefois, ne constituent pas de bonnes analogies pour la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires.

97 C'est ce qui fait précisément la législation «préventive»— elle prévient le comportement antisocial, le comportement qui serait criminel s'il était adopté ou le comportement qui serait criminel si l'auteur du crime ne possédait pas une immunité ou un défaut de capacité, tel qu'ils sont définis dans le droit criminel. La législation sur les analyses et la divulgation n'a pas de tel objet préventif.

98 Les procédures de restitution ou de compensation sont des aspects du processus d'imposition d'une condamnation criminelle. Ce sont des moyens de «redressement» des effets du comportement qui ont été trouvés criminels, au-delà de tout doute raisonnable. La législation sur les analyses et la divulgation obligatoires ne dépend pas du fait qu'une personne source ait été trouvée coupable d'une infraction ou même qu'elle ait été accusée d'une infraction. Sa justification ne repose pas sur la réconciliation des parties, la promotion de la responsabilité du contrevenant, ou l'amélioration de l'harmonie. Elle n'implique pas le fait qu'une personne source rende ce qui appartenait à la personne exposée, à cette dernière, ou qu'elle rende la valeur de ce qui a été pris ou endommagé.

(c) Le comportement d'exposition

99 Dans un sens, et dans certains cas, les analyses et la divulgation ne réparent pas les effets d'un comportement criminel. De plus, comme nous l'avons dit plus haut, la nature du

lien entre la personne source et la personne exposée peut créer une sorte d'obligation morale qui appuie le transfert de renseignements de la personne source à la personne exposée. Néanmoins, au moins en ce qui a trait aux expositions criminelles, l'obligation de compensation ne découle pas d'une loi criminelle, mais de l'action légale de la personne exposée. Si l'exposition est non intentionnelle (par exemple, l'exposition au sang d'une victime d'accident) et la personne exposée est un professionnel (par exemple, un pompier, un agent d'intervention d'urgence, un fournisseur de soins de santé ou même un agent de police) ou un «bon samaritain», on pourrait alors soutenir que la réglementation de la transmission des renseignements médicaux se situe en dehors de tout chef d'autorité législative parlementaire.^{clv} L'exposition et le traitement ne seraient liés à aucun comportement criminel ou activité de l'application de la loi, comme on les définit traditionnellement.

100 Que dire des expositions intentionnelles des auteurs de plaintes ou des victimes de crime, et des agents de police, des agents de réadaptation, où le comportement d'exposition était ou était prétendument criminel?^{clvi} Les circonstances de l'exposition peuvent-elles tomber sous la juridiction du droit criminel? Ce qui fait ici problème c'est que l'allocation du pouvoir législatif dans la *Loi constitutionnelle de 1867* ne se rapporte pas aux choses ou aux comportements réglementés, mais à la nature de la législation concernant les choses ou les comportements. La question n'est pas de savoir si le comportement en cause peut intéresser une législation criminelle valide (il le fait, la législation sur les infractions criminelles), mais si la législation portant sur ce comportement relève de l'autorité législative du Parlement. La législation sur les analyses obligatoires, même si elle est liée au comportement criminel, n'est pas, comme nous l'avons dit plus haut, une législation de droit criminel. Il faut garder à l'esprit qu'une panoplie de régimes légaux peuvent s'appliquer à différents comportements criminels, sans que ces régimes soient classés comme appartenant au droit criminel — par exemple, la loi sur l'emploi (un employeur prend des mesures disciplinaires contre un contrevenant pour un acte criminel commis sur les lieux de travail), la réglementation professionnelle (une association professionnelle sanctionne un contrevenant pour son comportement), le droit civil (le contrevenant doit compenser la victime par le biais d'une action civile), ou le droit de la compensation des blessures criminelles (l'État compense la victime).

3. La législation sur les analyses et la divulgation obligatoires et les relations de travail dans la fonction publique

101 Le Parlement a le droit de réglementer les relations de travail dans la fonction publique fédérale.^{clvii} En particulier, le Parlement, et non les provinces, a le droit de légiférer en

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

matière de santé et de sécurité en milieu de travail pour les travailleurs de la fonction publique fédérale.^{clviii} On pourrait émettre l'opinion que si les professionnels impliqués sont des employés de la fonction publique fédérale, alors le Parlement devrait avoir le droit d'édicter la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires, en mettant de l'avant son obligation de fournir des conditions de travail sécuritaires pour les employés fédéraux.^{clix} Cet argument présente deux difficultés. La première, elle ne s'appliquerait qu'au profit des personnes exposées qui sont employées par le gouvernement fédéral. Le fait que, par exemple, les agents de police municipaux exercent des pouvoirs établis par le fédéral ne les transformerait pas en fonctionnaires fédéraux — à moins que le gouvernement fédéral veuille bien prendre les responsabilités des listes de paie et des avantages sociaux des services de polices municipaux. La législation fédérale sur la santé en milieu de travail ne pourrait être complète. La deuxième, les personnes sources ne sont pas des fonctionnaires fédéraux et ne sont pas engagées dans une industrie ou une entreprise qui relève de la compétence législative du Parlement. La législation sur les analyses et la divulgation obligatoires ne concerne pas le milieu de travail lui-même, mais l'interaction des travailleurs avec des tierces parties. Le Parlement ne devrait pas avoir le droit d'étendre sa couverture des relations de travail à des personnes qui ne sont pas ses employés, simplement parce que ses employés peuvent entrer en contact avec eux. Autrement, la capacité du Parlement à réglementer les employés qui ne sont pas fonctionnaires fédéraux serait excessivement élargie.

102 D'où, il semble que le meilleur point de vue à adopter est que la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires ne relève pas proprement et principalement des compétences législatives du Parlement mais bien des compétences législatives provinciales.^{clx}

G. Les lignes directrices pour une législation sur les analyses et la divulgation obligatoires permise constitutionnellement.

103 Le point de vue préféré est que la législation devrait être édictée au Provincial.

104 La législation ne devrait pas porter sur une liste de maladies limiter à l'excès. Il serait mieux de s'appuyer sur une liste de maladies transmissibles dûment établie par la législation de la santé publique, ou sur une sous-liste prescrite de ces maladies. La législation devrait éviter de mentionner certains types précis d'exposition comme appuyant toujours ou jamais une ordonnance de divulgation et d'analyse.

105 La clé du respect de la *Charte*, pour la législation, est l'exigence que le juge

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

administratif équilibre les intérêts de protection de la vie privée de la personne source et ceux de la personne exposée dans l'obtention de renseignements médicaux au sujet de la personne source. La législation devrait aborder les éléments suivants:

- a) La personne exposée devrait établir les circonstances de l'exposition — qui sont pertinentes pour la restriction de l'attente de protection de la vie privée de la personne source.
- b) La personne exposée devrait produire une preuve en ce qui a trait à:
 - (i) La gravité du risque de maladie et la probabilité de transmission;
 - (ii) Si les renseignements favoriseraient raisonnablement la santé de la personne exposée ou non;
 - (iii) Si des sources de renseignements de rechange sont raisonnablement accessibles;
 - (iv) Si l'analyse proposée est une intrusion physique minimale et serait accompagnée des sauvegardes appropriées pour la personne source.
- c) Toutes les autres circonstances dans lesquelles l'ordonnance serait ou ne serait pas accordée devraient être étudiées.
- d) Les effets néfastes de l'analyse et de la divulgation sur la personne source et les tierces parties devraient être examinés, ainsi que l'efficacité des conditions générales de protection.

La personne exposée porterait le fardeau de la preuve; le juge administratif doit être convaincu qu'un «motif raisonnable» existe qui à l'appui de l'accord d'une ordonnance. La législation devrait préciser que la personne exposée doit produire une preuve médicale d'un expert qualifié pour appuyer sa demande.

106 Le juge administratif devrait être un juge. L'audition devrait être sur avis à la personne source, à moins que la personne exposée prouve des circonstances extraordinaires.

107 Les renseignements au sujet de la personne source doivent être régis par des exigences

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

de confidentialité et par des prohibitions contre l'utilisation de ces renseignements ou de toute preuve matérielle dans des buts tout autres que ceux pour lesquels l'ordonnance a été accordée.

108 Un processus obligatoire devrait être mis en place afin de forcer la personne source à respecter les ordonnances. Le respect peut aussi être encouragé en établissant une disposition d'infraction; l'accroissement des amendes d'un jour à l'autre semble une source de motivation pénale sensée.

109 La législation devrait comprendre des droits de révisions légaux pour les personnes sources et les personnes exposées.

110 Une législation comprenant ces sortes d'attributs pourrait accommoder le besoin de savoir et la vie privée. L'équilibre dans certains cas précis serait difficile. Il serait toutefois plus difficile de vivre avec la crainte de l'infection. Le plus difficile de tout serait de vivre avec une maladie transmissible grave. On peut espérer que la discussion sur la législation favorisera la compréhension, des initiatives sérieuses en matière de santé, et apportera du réconfort pour tous ceux à qui la législation pourrait s'appliquer.

* * * *

Annexe A: De nouvelles infractions?

111 Est-ce que les dispositions sur les infractions criminelles sont requises afin d'intenter des poursuites judiciaires contre certains types de comportement à haut risque concernant la transmission de maladies transmissibles? Ce sujet soulève quatre questions principales: (1) est-ce que le droit criminel est un outil approprié pour traiter la transmission des maladies transmissibles? (2) De quelle manière les dispositions d'infraction actuelles sont-elles utilisées? (3) Quels vices (s'il y en a) entourent les dispositions d'infraction actuelles? Et (4) est-ce que la rétention des dispositions actuelles est préférable à la création de nouvelles infractions? Pour les besoins de cette étude, je ne fais qu'exposer les grandes lignes de quelques éléments de réponse à ces questions.

1. Le droit criminel et les maladies transmissibles

112 La sécurité publique et la minimisation de la transmission des maladies peuvent être

assurées par le biais de l'éducation, du counseling, et de l'appui aux personnes infectées, ou par le biais d'interventions de santé publique.^{clxi} On a dit que les poursuites judiciaires étaient improductives; les poursuites exacerbent la transmission des maladies en sabotant les programmes d'éducation, de prévention et de soins.^{clxii} Dans le cas *Cuerrier*, J. Cory a rejeté les arguments en faveur de l'inapplicabilité généralisée du droit criminel en ce qui a trait à la transmission des maladies. Il nie que la criminalisation décourage la recherche d'analyses par les individus: «Ceux qui demandent des analyses demandent en fait le traitement. Il est improbable qu'ils renoncent aux analyses à cause de la possibilité de faire face à des accusations criminelles s'ils venaient à ignorer les directives des travailleurs de la santé publique.»^{clxiii} Il n'a pas refusé d'admettre que la criminalisation «sabotera le message selon lequel chacun est responsable de se protéger contre les infections au VIH,» puisque «la responsabilité première de faire la divulgation revient à ceux qui se savent infectés».^{clxiv} Finalement, J. Cory nie que la criminalisation entraîne la stigmatisation: «on ne doit pas oublier qu'une plus grande stigmatisation se produit par suite d'une agression sexuelle et non à cause de la maladie».^{clxv}

113 Dans *Cuerrier*, J. Cory reconnaît que certains individus peuvent ne pas se comporter selon les normes que les réactions non pénales présupposent. Leur comportement intéresse le droit criminel. Il écrit: «le droit criminel a un rôle à jouer et dans le découragement de ceux qui sont infectés par le VIH de mettre la vie des autres en danger et dans la protection du public d'individus irresponsables qui refusent de respecter les ordonnances de santé publique, de s'abstenir d'activités à risques élevés»,^{clxvi} [le droit criminel] offre une mesure de protection nécessaire sous forme de dissuasion et reflète l'aversion qu'a la société de... l'imprudence égocentrique et... l'insensibilité sans cœur... »^{clxvii}

2. Le déploiement des infractions actuelles

114 Les infractions de transmissions se produisent dans deux contextes principaux. Le premier, le comportement par lequel le risque de transmission se produit est illégal — L'élément de maladie transmissible est un facteur ajouté ou aggravant. Typiquement, le comportement est agressif, tel que mordre, cracher, lancer les liquides corporels, ou (comme il a été allégué dans le cas notoire Edmonton Marilyn Tan/Con Boland) l'injection intraveineuse de liquides corporels. La transmission ou la causation du risque pourrait être un facteur aggravant pris en considération au moment de l'imposition de la peine pour l'infraction, ou un élément de l'infraction (par exemple, la causation de blessure corporelle ou la mise en danger de la victime). Ce type de comportement de transmission pourrait être

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

susceptible de poursuite judiciaire pour agression causant des dommages corporels (*Code criminel*, art. 267 b), pour coups et blessures (art. 268), pour administration de substance nocive (art. 245), pour tentative d'assassinat (art. 239), pour homicide involontaire (art. 222 et 234), ou meurtre (art. 229). Des condamnations pour ces sortes d'infractions «agressives/transmissives» ont été enregistrées dans quelques cas: dans *Thissen*, l'accusé a mordu l'agent qui effectuait l'arrestation, à la main, et a dit: «C'est toi qui t'es fait prendre. J'ai le SIDA.»^{clxviii} L'accusé a plaidé coupable à une accusation de coups et blessures. Dans un cas non publié, une morsure par un autre accusé séropositif a aussi entraîné une condamnation pour coups et blessures.^{clxix} Dans le cas *Winn*, l'accusé a plaidé coupable à une accusation d'agression sexuelle avec coups et blessures. Il savait qu'il avait le SIDA. Il a sexuellement agressé la victime et lui a volontairement transféré ses liquides corporels.^{clxx} Dans le cas *Davano*, l'accusé a piqué la victime avec une aiguille et a dit qu'il avait le SIDA. Il a plaidé coupable à une accusation de coups et blessures.^{clxxi} Dans un autre cas non publié, l'accusé a craché du sang sur deux gardiens de prison, et a éventuellement été trouvé coupable de tentative d'assassinat et d'agression causant des dommages corporels.

115 Le deuxième, le type de comportement par lequel le risque de transmission se produit est légal, mais les circonstances qui l'entourent rendent le comportement illégal. À titre d'exemple, l'accusé peut avoir eu un contact sexuel avec un plaignant, contact auquel le plaignant a apparemment consenti. Le consentement apparent peut être invalidé, par la fraude.^{clxxiii} La fraude comprend la malhonnêteté, et la privation. La malhonnêteté peut être établie par la malhonnêteté volontaire d'un accusé concernant son statut de séropositif, ou par la dissimulation ou le défaut de divulguer sa séropositivité.^{clxxiv} La privation peut être établie si la malhonnêteté expose le plaignant à un risque important de dommages corporels sérieux: «Le risque de contracter le SIDA après s'être engagé dans des relations sexuelles non protégées, répondrait à ce critère».^{clxxv} La Couronne doit aussi faire la preuve que le plaignant aurait refusé de s'engager dans une relation sexuelle avec l'accusé, si le plaignant avait été averti que l'accusé était séropositif.^{clxxvi} J. Cory, a maintenu dans le cas *Cuerrier* que [i]l ne peut y avoir aucun doute que l'intimé a mis en danger la vie des plaignants en les exposant au risque d'infection au VIH par le biais de relation sexuelle non protégée ». L'infection réelle n'est pas exigée.^{clxxviii}

116 Alternativement, le comportement pourrait comprendre le don de sang ou d'autre produit corporel. Encore une fois, la faute criminelle peut s'y attacher si un accusé savait ou aurait dû savoir qu'il souffrait d'une maladie transmissible comme le SIDA et n'a pas divulgué son statut infectieux. L'accusé peut être trouvé coupable d'une infraction de négligence

criminelle, telle que nuisance publique ou négligence criminelle causant des dommages corporels.^{clxxxix}

3. Les raisons pour de nouvelles infractions

117 Le problème qui se pose le cas des infractions actuelles est qu'il n'y a pas de dispositions précises qui visent les maladies transmissibles. Le recours aux infractions et l'application des infractions sont laissés à l'ingéniosité des agents de police, des parquetiers, des avocats de la défense et des juges. Alors qu'on ne pourrait soutenir que les infractions actuelles (tel que coups et blessures) sont «nulles pour imprécisions», du point de vue des contrevenants potentiels et des victimes, la nature du comportement défendu peut se révéler incertaine. De nouvelles dispositions précises sur les infractions pourraient donner une plus grande certitude en ce qui a trait au comportement qui est et qui n'est pas défendu.^{clxxx} De nouvelles dispositions sur les infractions pourraient aussi refléter les conclusions acceptées par la recherche, de façon à ce que leur application ne soit pas gouvernée par une recherche erronée (par exemple, respecter le «danger» posé par certains types de comportement). La loi serait basée sur la «meilleure preuve disponible».^{clxxxi}

4. Les raisons pour garder les infractions actuelles

118 La nature non spécifique des infractions actuelles peut être une vertu, plutôt qu'un défaut. Les actes instrumentaires internationaux suggèrent que les «infractions de transmission/exposition» doivent être génériques plutôt que ciblées sur le VIH; les dispositions d'infraction criminelle générales devraient être appliquées dans les cas exceptionnels où la poursuite judiciaire est justifiée.^{clxxxii} Cette approche prévient la stigmatisation des personnes qui vivent avec le VIH, et évite la contribution législative à la discrimination contre les personnes qui vivent avec le VIH.^{clxxxiii} En pratique, l'addition de nouveaux chefs d'accusation précis pourrait conduire à une aggravation des accusations contre les personnes infectées — elles seraient accusées et des infractions actuelles et des infractions nouvelles.^{clxxxiv} Finalement, la condamnation pour une nouvelle infraction ne produira probablement aucun résultat au-delà de ceux qui auraient été obtenus par la condamnation pour une infraction actuelle.^{clxxxv} Aussi donc, il y a de bonnes raisons pour garder nos dispositions actuelles relatives aux infractions, qui semblent être efficaces.

* * * *

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

119 Le statut de maladie transmissible peut être pertinent à la responsabilité et à l'imposition d'une peine. L'État peut souhaiter obtenir la preuve de substance corporelle ou les documents faisant état du statut de maladie. Deux contextes principaux sont pertinents: le premier, où les échantillons de substance corporelle ont été prélevés ou des dossiers médicaux existent, en dehors de tout processus criminel; le second, où les substances corporelles n'ont pas été prélevées. Trois questions se posent: (1) dans quelles circonstances sont disponibles les dispositions de l'ordonnance? (2) dans quelles circonstances les dispositions de l'ordonnance existante ne sont-elles pas disponibles? et (3) les dispositions d'une nouvelle ordonnance seraient-elles constitutionnelles? Encore une fois, pour l'intention de cette étude, je ne ferai qu'esquisser certains éléments de réponses à ces questions.

1. Des échantillons de renseignements existants: disponibilité de l'article 487

120 Si les échantillons corporels prélevés d'un suspect ou des renseignements médicaux au sujet du suspect ont antérieurement été obtenus de façon légitime — par exemple, à des fins médicales — une ordonnance pourrait donc être obtenue en vertu de l'article 487 du *Code criminel*, ou la divulgation pourrait être demandée en vertu de la législation provinciale sur la santé provinciale qui s'applique.^{clxxxvi} Si la preuve n'existe pas déjà, la situation est plus compliquée.

2. Les échantillons qui doivent être prélevés: indisponibilité des dispositions des ordonnances actuelles

121 Les échantillons corporels ne peuvent être prélevés légitimement au cours d'un incident de fouille pour arrestation.^{clxxxvii} L'article 487 n'autorise pas le prélèvement d'échantillons corporels. Il permet les fouilles et saisies d'un «bâtiment, contenant ou lieu». Aucun de ces sites ne comprend un «corps humain».^{lxxxviii} Les dispositions «d'ordonnance générale» ne sont pas prévues pour permettre la recherche d'échantillons corporels, ni leur saisie. Le paragraphe 487.01 2) dispose que l'autorité de l'ordonnance «n'a pas pour effet de permettre de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne». Je présume que les procédures exigées pour prélever les substances corporelles aux fins d'analyse sont suffisamment importantes pour être décrites comme «atteinte à l'intégrité physique» d'une personne (par opposition, par exemple, à la simple observation [comme dans une séance d'identification] ou la prise d'empreintes digitales).

122 Peut-être plus surprenantes, les dispositions «médico-légales d'ADN» peuvent ne pas

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

être disponibles pour permettre le prélèvement de substances corporelles. Certaines conditions préalables pour une ordonnance d'ADN pourraient être remplies: une infraction de transmission pourrait être une «infraction désignée». art. 487.05(1)a), 487.04, définition d'«infraction désignée». Dans un tel cas, une «substance corporelle» serait probablement trouvée «sur la victime ou à l'intérieur du corps de celle-ci», ou «sur ce qu'elle portait ou transportait lors de la perpétration de l'infraction»: art. 487.05(1)b)(ii), (iii). Il y aurait motif de croire que la personne «a participé à l'infraction»: art. 487.05(1)c). La difficulté réside dans l'article 487.05(1)d): il doit y avoir motif raisonnable de croire que «l'analyse génétique de la substance corporelle prélevée apportera des preuves selon lesquelles *la substance corporelle visée à l'alinéa b) provient de cette personne.*» (C'est nous qui soulignons). L'analyse médico-légale de l'ADN, donc, vise la question d'identité — par exemple, à savoir si le suspect était ou n'était pas le contrevenant.^{clxxxix} Généralement, l'identité n'est pas en question dans une infraction de transmission. L'identité du contrevenant allégué est connue. En lieu et place, la condition médicale de l'accusé serait en question. Si l'on ne peut satisfaire aux exigences de l'article 487.05(1)d), le mandat d'analyse génétique ne serait pas disponible.

3. Les échantillons qui doivent être prélevés: La constitutionnalité d'une nouvelle disposition sur les mandats?

123 Si on allègue qu'une personne a commis une infraction de transmission et que l'État exige une preuve du statut médical aux fins de poursuites judiciaires, est-ce que les dispositions d'un mandat de fouille qui permet les examens physiques pourraient être soutenues en vertu de la *Charte*? Par exemple, une nouvelle disposition d'autorisation (soit ajoutée à l'article 487.05 ou dans un nouvel article) pourrait être conçu, élargissant le libellé de l'article 487.05(1)d) afin de s'appliquer s'il y a motif raisonnable de croire que «l'analyse génétique de la substance corporelle prélevée apportera des preuves que cette personne a ou non commis une infraction». Si les dispositions de mandat d'analyse génétique présentement devant la Cour suprême sont maintenues comme étant constitutionnelles,^{cxc} étant donné que l'expansion de l'autorité de fouille et de saisie souhaitée sera minimales, de nouvelles dispositions pourraient vraisemblablement être soutenues pour ce qui a trait à la *Charte*. Si la Cour suprême n'identifie aucun défaut constitutionnel dans les dispositions de mandat de matériel génétique actuelles, on pourrait les corriger, s'ils sont surmontables. On pourrait spéculer que ces nouvelles dispositions auraient plus de chance de passer l'examen constitutionnel que la législation civile sur les analyses et la divulgation obligatoires: on pourrait soutenir que les intérêts de l'État seraient clairs et substantiels, que l'intrusion serait minimale, et que la procédure s'accorderait aux exigences constitutionnelles.

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

NOTES EN FIN D'OUVRAGE

i. Je voudrais remercier les membres du *Groupe de travail sur la loi sur le prélèvement d'échantillons de sang* des sections civiles et pénales de ULCC pour leurs commentaires pénétrants et provocateurs sur les ébauches antérieures de cet étude. Les opinions émises dans cet étude sont les miennes uniquement.

ii. Les circonstances qui motivent la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires soulèvent un nombre de questions supplémentaires, que nous ne discuterons pas dans cet étude. En particulier, ce document ne fera pas enquête sur:

- (a) si de nouvelles infractions criminelles sont nécessaires en ce qui a trait à la transmission de maladies transmissibles (mais voir les brefs commentaires à l'annexe A de ce document);
- (b) si le statut d'infecté est pertinent à une accusation criminelle, les dispositions sur les mandats de fouille du *Code criminel* actuel autoriseraient des mandats afin d'obtenir des échantillons de substance corporelle pour analyse (voir le bref commentaire à l'annexe B de ce document);
- (c) si le projet de loi 105 ou le projet de loi C – 217 sont solides du point de vue constitutionnel (voir *inf.*, notes 4 et 5);
- (d) si les professionnels de la santé et les autres professionnels sont obligés d'offrir des services aux personnes qu'elles ont des raisons de croire infectées par une maladie transmissible;
- (e) si et dans quelles circonstances les professionnels des services de santé qui sont infectés, doivent divulguer leur état médical aux bénéficiaires;
- (f) si la législation qui oblige les professionnels des services de santé à divulguer des renseignements sur les bénéficiaires est juste du point de vue légal ou moral;
- (g) si les professionnels des services de santé ont une obligation déontologique, en dehors des circonstances prescrites par la loi, de divulguer les renseignements médicaux des bénéficiaires (voir M. Marshall et B. Von Tigerstrom, «*Privacy, Confidentiality and the Regulation of Health Information*,» dans M. J. Dykeman, gen. ed., *Canadian Health Law Practice Manual* (Markham, Ontario: Butterworths, 2002) 3.01 au par. 3.77); ou
- (h) si la législation sur les analyses et la divulgation obligatoires serait conforme aux obligations légales internationales du Canada (voir le *Guide à l'intention des législateurs concernant le VIH/sida et les droits de l'homme* (Genève, Suisse: Programme commun des Nations Unies sur le VIH/SIDA (ONUSIDA), 1999 (99.48E)) 9, 26 [ci-après *Guide*]; *Directives internationales sur le VIH/sida et les droits de l'homme* (New York: Nations unies, 1996) [ci-après *Directives*], al. 78 à 38.

Pour ce qui a trait au point (c), ce document enquête sur les questions à un palier plus haut que les généralités que l'on retrouve dans les ébauches de dispositions précises d'une législation particulière. Alors que les dispositions des projets de loi 105 et C – 107 sont pertinents à mon enquête, et alors que je peux citer la référence de ces dispositions ou les commenter, je n'exprime pas d'opinion au sujet de leur constitutionnalité.

iii. Dans ce document, «maladie transmissible» veut dire «une maladie des humains qui est causée par un organisme ou un micro-organisme ou ses produits toxiques et qui est transmise directement ou indirectement d'une personne infectée» voir la *Loi canadienne sur la santé*, R.S.A. 2000, div. P - 37, art. 1(f).

iv. Dans le projet de loi 105, S.). 2001, div. 30, qui modifie la *Loi sur la protection et la promotion de la santé*, R.S.O. 1990, c. H.7. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2003. Le projet de loi 105 est une proposition de loi de Garfield Dunlop.

v. Cette proposition de loi a été présentée par Chuck Strahl, le 5 février 2001 (1^{ère} session, 37^e Parlement). Le projet de loi a été débattu et est passé en deuxième lecture. Il a été renvoyé au Comité de la justice et des droits de la personne en octobre 2001, qui a recommandé, le 1^{er} mars 2002, de ne pas aller de l'avant avec ce projet de loi. Il demeure ainsi, à ce jour.

vi. Une autre possibilité que je n'explorerai pas est qu'une ordonnance d'examen soit donnée en vertu des Règlements du tribunal. Dans *D.C. c. 371148 Ontario Ltd.*, une action pour, entre autres, coup et blessure sexuelle contre Paul Bernardo, E. M. MacDonald J. a ordonné que Bernardo se soumette à des examens médicaux pour le dépistage du sida et d'autres maladies transmissibles sexuellement, en fournissant des échantillons de sang. Bernardo ne s'est pas opposé à l'ordonnance; Service correctionnel Canada (Bernardo était incarcéré à ce moment là) a consenti à l'ordonnance: voir (1997), 13 C.P.C. (4th) 132, [1997] O.J. No. 2367 (Div. Gén.).

vii. *Loi sur la santé publique*, art. 18(1)(a).

viii. *Ibid.*, art. 31(1).

ix. *Ibid.*, art. 47.

x. *Ibid.*, art. 53(1). Selon les dispositions l'article 55, c'est une infraction de sciemment divulguer, publier ou disséminer des renseignements en contravention de l'article 53.

xi. *Ibid.*, ss. 53(4)(a.1) et 53(5)(a.1).

xii. *Ibid.*, art. 53(5)(b).

xiii. On pourrait remarquer qu'une personne exposée n'aurait pas le droit légal à la révision en ce qui a trait aux refus de divulgation. Au contraire, la personne à qui appartient ces renseignements aurait ce droit: art. 54. La personne exposée pourrait faire appel à l'examen judiciaire.

xiv. Relevé des maladies transmissibles au Canada, Vol. 21 - 19, octobre 15, 1995 [ci-après *Directives de protocole*].

xv. *International Association of Fire Fighters AFL-CIO, CLC*, «Témoignage devant le Comité permanent sur la justice et les droits de la personne: Projet de loi C - 217, la *Loi sur le prélèvement des échantillons de sang* [ci-après «IAFF»]; B. W. Moloughney, *«Transmission and postexposure management of bloodborne virus infections in the health care setting: Where are we now?»* CMAJ, août 21, 2001; 165(4) 445 à 448.

xvi. IAFF, *ibid.*

xvii. *Réseau juridique canadien VIH/sida*, Mémoire présenté au Comité permanent sur la justice et les droits de la personne de la Chambre des communes: Projet de loi C - 217 («Loi sur le prélèvement des échantillons de sang»), 2.1 [ci-après «CHALN Brief»]; Soumission des *BC Persons with AIDS Society* au Comité permanent sur la justice et les droits de la personne, au sujet du projet de loi C - 217, la *Loi sur le prélèvement des échantillons de sang* [ci-après «BCPAS»]; M. W. Tyndall et M. D. Schechter, *«HIV Testing of Patients: Let's Waive the Waiver.»* CMAJ 2000; 162(2): 210 - 211.

xviii. *«CMA rescinds controversial policy.»* CMAJ 2000; 163(5): 594; Moloughney, *supra* note 15 à 448.

xix. L'Association canadienne des policiers et policières, Mémoire présenté au Comité permanent sur la justice et les droits de la personne de la Chambre des communes: Projet de loi C - 217@19 février 2002 [ci-après CPA Brief].

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

xxMoloughney, *supra* note 15 à 449.

xxi.*Directives*, *supra* note 2 à F-3; Tyndall and Schechter, *supra* note 17; AMC Politique, «L'infection au VIH en milieu de travail» (mise à jour 2000), offert en ligne à: <http://www.cma.ca>.

xxii.*Guide*, *supra* note 2 à 18, 43.

xxiii.R. c. *Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, Cory J. al. 144.

xxiv.Moloughney, *supra* note 15.

xxv.Étant la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mise en vigueur par la *Loi de 1982 sur le Canada* (R. U.) div. 11 [ci-après la *Charte*].

xxvi.R. c. *Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, L'Heureux-Dubé J. *Canadian HIV/AIDS Legal Réseau juridique canadien VIH/sida*, Lettre au ministre McLellan au sujet du projet de loi C - 217, le 22 février 2001 [ci-après CHALN, Letter]; CHALN, Brief, *supra* note 17 à 3.1.

xxvii.*Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, Dickson J., comme il était alors, à 160.

xxviii.*BC Civil Liberties Association*, Soumissions sur le projet de loi C - 217, la *Loi sur le prélèvement des échantillons de sang*, au Comité permanent sur la justice et les droits de la personne, 26 février 2002, Partie II et III [ci-après *ABCCLA@*].

xxix.Je note que les politiques sur l'éthique, telles que «l'Énoncé de politique des trois conseils sur l'éthique de la recherche avec des êtres humains» national (suivi dans la plupart des politiques des universités) protège aussi l'intégrité du corps humain et les renseignements personnels, en exigeant que les chercheurs obtiennent une approbation de recherche des comités d'éthique de la recherche, avant de commencer la recherche. Les comités de politique et d'éthique exigent que les chercheurs obtiennent un consentement éclairé et protègent les renseignements personnels au cours de la recherche.

xxx.Les références au *Code civil* sont à titre gracieux de Frédérique Sabourin; encore une fois, toute erreur est mienne.

xxxi.R. c. *Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, La Forest J. à 433; Marshall et Von Tigerstrom, *supra* note 2 ss. 3.40.

xxxii.Le Conseil de recherche médicale du Canada (maintenant l'Institut de recherche en santé du Canada), le Conseil de recherche en sciences naturelles et en génie du Canada, et le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada, *l'Énoncé de politique des trois conseils sur l'éthique de la recherche avec des êtres humains* (1998), i.5, offert en ligne sur le site: <http://www.nserc.ca>.

xxxiii.R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, Dickson C.J. at 53.

xxxiv. «La publication de commentaires diffamatoires constituent une invasion de la vie privée personnelle de la personne et est un affront à la dignité de cette personne.» *Hill c. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, Cory J. ss. 121.

xxxv.*Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.) à 88; *La Société canadienne du sida c. Ontario*, [1995] O.J. No. 2361 (Gen. Div.), Wilson J. au par. 123; affd. (1996), 31 O.R. (3d) 798 (C.A.) *per curiam*; demande de permission d'interjeter appel, [1997] S.C.C.A. No. 33; E. Nelson, «The Fundamentals of Consent,» in J. Downie, T. Caulfield, and C. Flood, *Canadian Health Law and Policy*, 2nd ed.(Markham, Ontario: Butterworths, 2002) 111; P. Washington, «Consent to Treatment,» in M. J. Dykeman, ed. *supra* note 2, 2.1 at 2.3, 2.45. Je note que l'Ontario a édicté la *Loi sur le consentement aux soins de santé*, 1996, S.O. 1996, c.2,

Annexe A.

xxxvi. *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138 at 149 - 150. Voir les articles 1457 et 1458 du *Code civil*.

xxxvii. *Code criminel*, R.S.C. 1985, c. C - 46 [ci-après le *Code criminel*].

Xxxviii *Code civil*, S.Q. 1991, div. 64, art. 35 et 36; *Charte des droits et libertés*, R.S.Q., c. C - 12, s. 5; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, L'Heureux-Dubé J. au par. 116.

xxxix. En Colombie-Britannique, J.S.C.B. 1996, c. 373; en Saskatchewan, J.S.S. 1978, c. P - 24; au Manitoba, J.S.M. 1987, c. P - 125; et à Terre-Neuve, J.S.T.N. 1990, c. P - 22 .

xl. *Guide*, *supra* note 2, Directive 3(1), pp. 10, 41.

xli. *Ibid.*, Directive 5(3), pp. 12, 27.

xlii Les tribunaux ont reconnu que certains types de choses — par exemple, les dossiers qui tendent à révéler des détails intimes du style de vie et des choix personnels — méritent une forte protection. D'autres types de choses — par exemple, les dossiers de consommation d'électricité — ne le méritent pas. *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, Sopinka J.

xliii. *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, Lamer J., qu'il était à ce moment-là 949; *R. c. Brighteyes* (1997) 54 Alta. L. R. (3d) 347, [1997] A.J. No. 362 (Q.B.), Murray J. au par. 30.

xliv. *Dyment*, *supra* note 31 à 429; see *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, Major J. à 777 - 778.

xlvr. *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, La Forest J. à 53.

xlvi. *O'Connor*, *supra* note 38, L'Heureux-Dubé J. au par. 110; *Société canadienne du sida c. Ontario*, *supra* note 35 au par. 125; Marshall et Von Tigerstrom, *supra* note 2 au par. 3.25; «les analyses obligatoires pour le VIH peuvent constituer une privation de liberté et une violation du droit à la sécurité de la personne». *Directives*, *supra* note 2 au par. 113 à 47.

xlvii. *Fleming c. Reid*, *supra* note 35 à 88.

xlviii. *Morgentaler*, *supra* note 33, Dickson C.J. à 55, Wilson J. à 171; *O'Connor*, *supra* note 38, L'Heureux-Dubé J. au par. 111, 112; *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863, Lamer J. à 920.

xlix. *Re B.C. Motor Vehicles Act*, [1985] 2 R.C.S. 486.

l. À noter que les dispositions d'avortements thérapeutiques, qui dont on a déclaré qu'ils limitaient les droits des femmes art. 7, n'ont pas fait que de fournir des privilèges légaux aux femmes, mais ont créé des infractions pour offrir des fausses couches non autorisées, de là, potentiellement privant les femmes de liberté: *Morgentaler*, *supra* note 33, Dickson C.J. à 55.

li. Voir *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, Cory J. at 802 – 803: «Ce tribunal a exprimé des doutes à savoir s'il y a une violation du droit à la vie, de la liberté ou de la sécurité de la personne qui n'est pas en accord avec les principes de justice fondamentales qui ne puisse jamais être justifiée, sauf peut-être en temps de guerre ou d'urgence nationale.»

lii Murray J. soutient dans *Brighteyes* que la dignité et le caractère sacré du corps humain sont d'une «telle importance» qu'ils ne «peuvent pas être modifiés par les principes de justice fondamentale»: *Brighteyes*, *supra*

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

note 43 au par. 97. La Cour d'appel de l'Alberta était en désaccord dans *R.c. S.A.B.* (2001), 157 C.C.C. (3d) 510 (Alta. C.A.), appel entendu et réservé le 29 mars 2003, [2001] C.S.C.A. No. 529. Russell J.A. a maintenu qu'un approche de droits équilibrés était nécessaire selon les dispositions des articles 7 et 8: à 540 (par. 71).

liii. L'approche de l'article (8) est préférable, pour les raisons additionnelles suivantes: L'enquête sur le «caractère raisonnable» est conceptuellement primaire à l'enquête de justification de l'article 1. On ne devrait pas simplement présumer que les limites sont déraisonnables. Lorsque nous travaillons avec un droit «équilibré de l'intérieur» comme l'article 8, il semble sensé de commencer par déterminer si une limite est acceptable dans le champ d'application de ce droit. De plus, l'enquête sur le caractère raisonnable est (ou devrait être) plus sensible contextuellement que l'analyse de l'article 1. Une enquête sur le caractère raisonnable devrait être plus sensible aux intérêts appuyant les deux demandes de protection de la vie privée et de limite de la protection qu'une analyse de l'article 1, qui cible plus les besoins sociaux justifiant une restriction des droits. Finalement, la présomption du caractère déraisonnable ferait pencher l'argument en faveur des intérêts privés. Si les restrictions de la vie privée étaient déraisonnables (par exemple, si les restrictions n'étaient pas en accord avec les principes de justice fondamentale), les partisans de la législation auraient un fardeau justificatif lourd. Dans tous les cas, les types de questions qui peuvent être considérés dans une analyse de l'article 1 sont similaires aux types de questions qui peuvent être considérés dans une analyse de l'article 8.

liv. *Guide, supra* note 2 à 25; *Directives, supra* note 2, Résumé, par.15(b) à 10; par. 73 à 37.

lv. *R. c. S.F.* (1999), 141 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), Finlayson J.A. à 237 (para. 22); *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, Iacobucci et McLachlin JJ. au par. 88: «Dans la plupart des cas, l'article 7 n'ajoutera rien aux protections précises de l'article 8»; *R. cv. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38 (Ont. C.A.) à 63 (par. 41), demande d'interjeter appel rejetée [2002] C.S.C.A. N° 31; voir aussi *R. cv. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, La Forest J. à 412 (par. 56), citant Cameron J.A. dans la court ci-dessous: les articles 8 à 14 sont «des clés d'une valeur inestimable pour nous faire découvrir la signification des principes de justice fondamentale».

lvi. *S.F.*, *supra* note 55; *S.A.B.*, *supra* note 52 à 538 (par. 66).

lvii. «À l'exception des analyses volontaires, il y aurait besoin d'autorisation judiciaire précise, donnée seulement après une évaluation en profondeur des questions importantes de vie privée et de liberté impliquées»: *Guide, supra* note 2, Directive 3(b) à 121; *Directives, supra* note 2, Directive 3, par. 28(b) à 16.

lviii. *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, Cory J., par. 45.

lix. *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, Cory J., par. 25.

lx. Donc, une personne a une attente de protection de la vie privée moindre en ce qui a trait à la contrebande cachée dans son corps qu'en ce qui a trait aux renseignements médicaux dérivés d'échantillons corporels: *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, par. 41 et 45.

lxi. *Guide, supra* note 2, Directive 5 à 73; *Directives, supra* note 2, par. 98 et 44; J. E. DeLine, «Analyse obligatoire pour le sida, pour les individus qui agressent les agents de sécurité publique: Protéger la police ou le quatrième amendement?» (1991), 39 *Wayne L. Rev.* 461 à 480 - 481. La Cour d'appel des Etats-Unis, 2^e circuit, a déclaré qu'une partie avait un droit constitutionnel de vie privée pour ce qui a trait à son statut séropositif: *Doe c. City of New York*, 15 F.3d 264 (2d Cir. 1994), cité Marshall et Von Tigerstrom, *supra* note 2, 3.01 at par. 3.16.

lxii. S. B. Fishbein, «Analyse avant conviction obligatoire pour le VIH: Viol, sida et le quatrième amendement» (2000), 28 *Hofstra L. Rev.* 835 à 852; *O'Connor, supra* note 38, Lamer C.J.C. et Sopinka J., par. 31, 32.

lxiii. *Edwards, supra* note 58 au par. 45.

lxiv. *Ibid.*

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

lxv.R. c. *Monachan* (1980), 60 C.C.C. (2d) 286 (Ont. C.A.), affd. [1985] 1 R.C.S. 176.

lxvi.R. c. *Boesma* (1994), 31 C.R. (4^e) 396 (C.S.C.).

lxvii.A.M. c. *Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157.

lxviii. «Il me semble qu'une personne qui est arrêté pour des motifs probables et raisonnables qu'elle a commis un crime sérieux... doit s'attendre à une restriction sérieuse de la vie privée personnelle»: *Beare, supra* note 55 à 413 (par. 59).

lxix.Fishbein, *supra* note 62 à 853 - 854.

lxx.Cuerrier, *supra* note 23 au par. 144.

lxxi.voir le *Code criminel*, art. 278.3(4), *Mills, supra* note 55, par. 117; *Alberta c. Alberta Provincial Judges Association* (1999), 71 Alta. L. R. (3d) 269 (C.A.), demande d'interjeter appel rejeté, [1999] C.C.S.A. N° 470.

lxxii *Code criminel*, art. 810 - 811.

lxxiii. L'application de ce facteur ne réagit pas seulement au simple statut de la personne exposée. Ce qui veut dire qu'une personne exposée n'a pas de droits augmentés, et la personne source n'a pas de droits diminués, seulement parce que (par exemple,) la personne exposée est membre d'une profession à risque. Alors, une demande telle que la suivante est irrecevable: «Nos travailleurs des services d'urgence protègent nos foyers et sauvent nos vies tous les jours. Il est temps, qu'à titre de société, nous les protégeons à notre tour.» Monsieur Robert Runciman, ministre de la sécurité publique, cité dans le Gouvernement de l'Ontario: «Communiqué au sujet du projet de loi 105, le 19 novembre 2002.» Le statut n'est pas pertinent parce qu'il n'a aucun effet sur les attentes de vie privée d'une personne source — le simple fait que d'autres personnes puissent avoir ou non un statut particulier n'a aucun effet sur l'évaluation de la vie privée d'une personne source ou d'une tierce partie. Il ne serait pas, non plus, légitime de déclarer qu'une personne source a des droits augmentés, et que la personne exposée a des droits diminués, juste à cause de son statut de personne exposée. On pourrait être tenté de dire que par le choix de professions qui comprennent une certaine attente raisonnable de risques physiques (en particulier, une attente raisonnable de contact avec les liquides corporels d'autres personnes), les professionnels implicitement acceptent tous les risques — ils sont payés pour accepter ces risques. Ces réflexions ne sont pas non plus pertinentes à l'évaluation des attentes de vie privée de la personne source. Encore une fois, le simple fait que d'autres personnes ont un statut précis n'affecte pas l'évaluation de la vie privée d'une personne source ou d'une tierce partie.

lxxiv.Les cas de «renonciation» sont compris comme relevant cet ensemble de facteurs. S'il est prouvé qu'un plaignant a renoncé à ses droits à la vie privée en relation avec une affaire, cela voudra dire qu'une tierce partie — le bénéficiaire de la renonciation — qui autrement aurait été lié au respect des intérêts privés du plaignant, n'est plus obligé de le faire. Dans ce type de cas, le plaignant offre un «privilège» à la tierce partie pour accéder à l'affaire et le plaignant n'a pas de droit exécutoire à opposer à la tierce partie.

lxxv.CHALN Brief, *supra* note 17 à 2.1; BCPAS, *supra* note 17.

lxxvi.G. Radwanski, Commissaire à la protection de la vie privée, Remarques d'ouverture: Devant le Comité permanent sur la justice et les droits de la personne, de la Chambre des communes, au sujet du projet de loi C-217 (*Loi sur le prélèvement des échantillons de sang*), le 21 février 2002; *Canadian HIV/AIDS Legal Réseau juridique canadien VIH/sida*, Note de service aux membres, avril 2001 [ci-après «CHALN Memo»]; BCPAS, *supra* note 17; BCCLA, *supra* note 28, Partie VI; mais voir mémoire CPA, *supra* note 19.

lxxvii.mémoire CHALN, *supra* note 17 à 1.2.

lxxviii.S.F., *supra* note 55 à 239 - 240 (par. 27).

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

lxxix. La communication préalable a été interprétée comme une exception aux droits à la vie privée auxquels les parties à un litige ont droit en ce qui a trait à leurs dossiers personnels: *Home Office c. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.), Lord Diplock à 300, Lord Keith of Kinkel à 308 (la communication préalable constitue une très sérieuse invasion de la vie privée et de la confidentialité des affaires d'un litigant), Lord Scarman (dissident) à 312. Voir aussi *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, Lebel J., par. 64.

lxxx. DeLine, *supra* note 61 à 475, 480; Fishbein, *supra* note 62 à 854, 845.

lxxxi. IAFF, *supra* note 15. Voir aussi les annexes *Règlements sur les maladies transmissibles, de la Loi sur la santé publique* de l'Alberta, règlement: 238/85.

lxxxii. Radwanski, *supra* note 76; CHALN Brief, *supra* note 17 at 1.1; BCPAS, *supra* note.

lxxxiii. DeLine, *supra* note 61 à 462, fn. 8. «Une exposition qui peut placer [les fournisseurs de soins de santé] à risque d'infection au VHB, BHC ou VIH est définie comme une blessure percutanée (par exemple, une piqûre d'aiguille ou une coupure par un objet tranchant) ou un contact d'une muqueuse ou de la peau non intacte (par exemple, de la peau exposée qui est gercée, scarifiée, ou affligée de dermatite) avec du sang, des tissus ou d'autres liquides corporels qui sont potentiellement infectieux... En plus du sang et des liquides corporels qui contiennent du sang visible, le sperme et les sécrétions vaginales sont aussi considérés potentiellement infectieux... Les fèces, les sécrétions nasales, la salive, les crachats, la transpiration, les larmes, l'urine et le rejet des vomissements ne sont pas considérés potentiellement infectieux, à moins qu'ils ne contiennent du sang. Le risque de transmission de l'infection au VHB, au VHC et au VIH par ces liquides et ces substances est extrêmement bas.». La mise à jour des *U.S. Public Health Service Guidelines for the Management of Occupational Exposures to HBV, HCV, and HIV and Recommendations for Postexposure Prophylaxis*, (20 juin 2001) en ligne: <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/rr5011a1.htm> [ci-après «US Public Health Service»].

lxxxiv. R. D. Mohr, «AIDS, Gays, and State Coercion» (1987) 1:1 *Bioethics* 35, in U. Schüklenk, ed., *AIDS: Society, Ethics and Law* (Dartmouth: Ashgate, 2001) 153 à 154, 156.

lxxxv. L. Gostin, *The Politics of AIDS: Compulsory State Powers, Public Health, and Civil Liberties* (1989), 49 *Ohio State Law Journal* 1017, in U. Schüklenk, ed., *supra* note 84, 111 à 115.

lxxxvi. *Ibid.* à 117; *U.S. c. Moore*, 846 F.2^e 1163 (8^e Cir. 1988).

lxxxvii. Mais voir IAFF, *supra* note 15.

lxxxviii. *U.S. Public Health Service*, *supra* note 83.

lxxxix. Projet de loi 105, art. 22.1(2)(b); Projet de loi C - 217, Part. I, art. 3(b); Part II (art. 18), art. 31.02(b).

xc. *Hunter c. Southam*, *supra* note 27 à 160. Voir *Dyment*, *supra* note 31, La Forest J. à 430: «si la vie privée de la personne doit être protégée, nous ne pouvons nous permettre d'attendre qu'elle ait été violée pour la venger. Ceci est inhérent à la notion d'être protégé contre les fouilles et saisies déraisonnables.»

xc. Projet de loi 105, art. 22.1(1).

xcii. *Ibid.*

xciii. *Baron c. Canada* (1993), 78 C.C.C. (3d) 510 (S.C.C.), Sopinka J. à 532.

xciv. Projet de loi 105, art. 22.1(2); Projet de loi C - 217, Part. I, art. 3; Part. II (art. 18), art. 31.04.

xcv. *Code criminel*, art. 487.05(1).

LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

xcvi. *Hunter c. Southam*, *supra* note 27 à 115.

xcvii. *S.A.B.*, *supra* note 52, Russell J.A. à 529 (par. 31).

xcviii. *Ibid.* à 556 (par. 121).

xcix. *DeLine*, *supra* note 61 à 486.

c. *Thompson Newspapers Ltd. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425, La Forest J. at 476 - 7; *Brighteyes*, *supra* note 43 à par. 48.

ci. *Canadian AIDS Society c. Ontario*, *supra* note 35 à par. 155, 159

cii. CPA Brief, *supra* note 19.

ciii. CHALN Memo, *supra* note 76.

civ. Gouvernement de l'Ontario, *supra* note 73.

cv. *Radwanski*, *supra* note 76; CHALN Letter, *supra* note 26; BCPAS, *supra* note 17; BCCLA, *supra* note 28, Part. VI; *Handbook*, *supra* note 2 à 43.

cvi. *Radwanski*, *supra* note 76; CHALN Brief, *supra* note 17 à 2.2; BCPAS, *supra* note 17; BCCLA, *supra* note 28, Part. VI; Politique AMC Policy, *supra* note 21 à 3; Moloughney, *supra* note 15 à 448.

cvi. CHALN Brief, *supra* note 17 à 2.2, 1.3; BC CLA, *supra* note 28, Part. VI; Moloughney, *supra* note 15 à 449.

cvi. On devrait résister aux fausses craintes et à la fausse paix de l'âme. Les employeurs doivent le counseling et les renseignements adéquats à leurs employés et le public les doit aux personnes non professionnelles exposées: CHALN Brief, *supra* note 17 à 2.4; BCCLA, *supra* note 28, Part. VI.

cix. *Fishbein*, *supra* note 62 à 853.

cx. *Fishbein*, *supra* note 62 à 862.

cxi. Projet de loi 105, art. 22.1(2)(f).

cxii. *S.F.*, *supra* note 55 à 239 (par. 27).

cxiii. *Brighteyes*, *supra* note 43 à par. 66.

cxiv. Projet de loi 105, art. 22.1(2)(d); Projet de loi C - 217, Part. I, art. 5(d); Part. II (art. 18), art. 31.04(d).

cxv. *Code criminel*, art. 487.05(2); Projet de loi 105, art. 22.1(4)(a); Projet de loi C - 217, Part. I, art. 5 et 6; Part. II (art. 18), ss. 31.04 et 31.05.

cxvi. Politiques AMC, *supra* note 21 à 3.

cxvii. Projet de loi 105, art. 22.1(4)(b)(i). Le projet de loi C - 217 est quelque peu vague en ce qui a trait à la transmission d'échantillons de l'analyse à l'analyste.

cxviii. Projet de loi 105, art. 22.1(12); Projet de loi C - 217, Part. I, art. 15; Part. II (art. 18), art. 31.14 (Interdictions). Les dispositions du projet de loi C - 217 sur la non divulgation et la confidentialité pourraient être plus claires.

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

cxix.S.A.B., *supra* note 52 à 529 (al. 33); *Brighteyes*, *supra* note 43 aux al. 57, 59; *C.B.C. c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, Cory J. at 445.

cxx.Projet de loi 105, art. 22.1(2)(c); Projet de loi C - 217, Part. I, art. 3(c); Part II (art. 18), art. 31.02(c).

cxxi.Projet de loi 105, art. 22.1(4)(c(ii)).

cxxii.Projet de loi C - 217, Part. I, art. 13, Part. II (art. 18), art. 31.13.

cxxiii.Projet de loi 105, art. 22.1(4)(c).

cxxiv.Fishbein, *supra* note 62 à 853. Je ne demanderai pas l'obligation éthique ou légale des fournisseurs de soins de divulguer les renseignements médicaux des bénéficiaires sans le consentement de ces derniers.

cxxv.Projet de loi C - 217, Part. I, art. 13; Part. II (art. 18), art. 31.13.

cxxvi.Projet de loi 105, ss. 22.1(11) - (13); Projet de loi C - 217, Part. I, ss. 15 et 17; Part. II (art. 18), ss. 31.14 et 31.16.

cxxvii.BCPAS, *supra* note 17; BC CLA, *supra* note 28, Part. IV; *Guide*, *supra* note 3 à 43; *Directives*, *supra* note 2, *Directive 5* à 11.

cxxviii.Comme prévu, par exemple, selon les dispositions de la législation des mandats d'ADN: *Code criminel*, art. 487.06(2).

cxxix.Projet de loi 105, art. 22.1(2).

cxix.Projet de loi C - 217, Part. I, art. 3; Part II (art. 18), art. 31.02.

cxixi.*Code criminel*, art. 2.

cxixii.*Ibid.*, art. 487.05(1).

cxixiii.Même dans les cas de mandats de prélèvement d'ADN, les demandes sur avis n'ont pas encore été jugées comme étant une exigence constitutionnelle, quoique le juge ait la discrétion d'exiger que la demande soit faite sur avis: *S.F.*, *supra* note 55 à 244 (par. 39).

cxixiv.Projet de loi 105, art. 22.1(5).

cxixv.Projet de loi C - 217, Part. I, art. 4; Part. II (art. 18), art. 31.03.

cxixvi.Projet de loi 105, art. 22.1(10); voir la *Loi sur la santé publique*, en ce qui a trait aux «bénéficiaires récalcitrants», et l'émission de certificats et de mandats: ss. 39 - 47.

cxixvii.Projet de loi C - 217, Part. I, art. 5; Part. II (art. 18). art. 31.04.

cxixviii.Projet de loi C - 217, Part. I, art. 9; Part. II (art. 18), art. 31.08.

cxixix.*Code criminel*, art. 734(1)(a).

cxl.*Loi sur la protection et la promotion de la santé*, art. 100(1): «Toute personne qui omet d'obéir à une ordonnance faite en vertu de cette loi est coupable d'une infraction.»

cxli.*Ibid.*, art. 101(1).

cxlii.Projet de loi 105, art. 22.1(9).

cxliii.*Loi sur la protection et la promotion de la santé*, art. 44(1).

cxliv.Renvoi relatif à la *Loi sur les armes à feu*, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 15.

cxlv.*Ibid.*, par. 16.

cxlvi.*R.J.R-MacDonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, La Forest J., par. 32, citant Rand J., *Margarine Reference*, [1949] R.C.S. 1 à 49 - 50.

cxlvii. La *Loi sur les mesures d'urgence*, s'applique, entre autres, aux «urgences relatives au bien-être du public», dont un aspect concerne les maladies humaines: la *Loi sur les mesures d'urgence* L.R. (1985) c. 22 (4^e Supp.), art. 5. Apparemment, une déclaration d'urgence en matière de bien-être public ne sera déclarée seulement si l'urgence dépasse les capacités provinciales de gérer l'urgence: voir art. 3(a). Autrement, même les urgences en matière de santé demeurent de compétence provinciale: voir art. Part 3 de la *Loi sur la santé publique* (Les maladies transmissibles et les situations critiques en matière de santé publique »).

cxlviii.*RJR-MacDonald Inc.*, *supra* note 147 aux par. 28; *Margarine Reference*, *supra* note 147 à 49 - 50. La loi serait différente des anciennes dispositions sur les avortements thérapeutiques, qui visaient un «comportement social indésirable». *R. c. Morgentaler*, [1976] 1 R.C.S. 616.

cxlix. «Cet argument passe pas sous silence les différents objectifs motivant les restrictions fédérales sur les armes à feu et la réglementation provinciale sur d'autres formes de propriété. Les armes à feu sont restreintes parce qu'elles sont dangereuses. Même si les voitures sont aussi dangereuses, les assemblées législatives provinciales réglementent la possession et l'utilisation des automobiles, non comme produit dangereux, mais plutôt comme éléments de propriété et comme exercice de droit civil...» Renvoi relatif à la *Loi sur les armes à feu* *supra* note 145 au par. 42.

cl.*R.J.R.-MacDonald Inc.*, *supra* note 147 au par. 30.

cli.Renvoi relatif à la *Loi sur les armes à feu*, *supra* note 145 au par. 24. La législation sur les analyses et la divulgation obligatoires de l'état de Washington a été jugée ne pas faire partie du droit criminel, mais entre autres, du droit en relation à la protection des victimes et de la santé publique: Fishbein, *supra* note 62 À 844, citant *In re Juveniles A, B, C, D, E* 847 P2d 455 (Wash. 1993).

clii.En fait, la mise en application de législation provinciale autrement valide est permise aux termes de la constitution: *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(16).

cliii.*R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, Lamer C.J.C.

cliv.P. Hogg, *Loi constitutionnelle canadienne*, 3^e éd. (Scarborough, Ontario: Carswell, 1992) 490; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, Laskin C.J.C.

clv.Voir CHALN Brief, *supra* note 17 à 3.4; BCCLA, *supra* note 28, Part. V.

clvi.La structure du projet de loi C - 217 semble suggérer la distinction de «comportement d'exposition»: la Partie I du projet se rapporte aux expositions non criminelles; la Partie II (art. 18) se rapporte aux expositions criminelles.

clvii.Hogg, *supra* note 155 à 549.

clviii.*Bell Canada c. Quebec*, [1988] 1 R.C.S. 749.

LES MALADIES TRANSMISSIBLES ET LES RESTRICTIONS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

clix.CPA Brief, *supra* note 19.

clx.Je comprends que le ministère fédéral de la justice a soutenu que la législation sur les analyses et la divulgation obligatoire, du moins sous la forme du projet de loi C – 217, est en dehors des compétences parlementaires: cela apporte un certain appui à mes conclusions.

clxi.*Cuerrier*, *supra* note 23 at par. 140; R. Elliott, «*Criminal Law and HIV/AIDS: Strategic Considerations*» (2000), 5:4 *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Review* 66 à 69.

clxii.*Guide*, *supra* note 2 à 18.

clxiii.*Ibid.* au par. 143.

clxiv.*Cuerrier*, *supra* note 23 au par. 144.

clxv.*Ibid.* au par. 145.

clxvi.*Ibid.* au par. 141.

clxvii.*Ibid.* au par. 142. On peut soutenir que *Cuerrier* est congruent avec les règlements internationaux, qui ne défendent pas, mais limitent les infractions de transmissions/expositions: «De telles lois sont fréquentes... mais elles ne sont pas recommandées et ne devraient être utilisées qu'en dernier recours»: *Guide*, *supra* note 2, Directive 4(1) à 11; «Dans des cas exceptionnels comprenant des jugements objectifs portant sur des comportements délibérés et dangereux, des restrictions à la liberté peuvent être imposées. De tels cas exceptionnels devraient relever des dispositions ordinaires du...droit criminel, comprenant la protection du traitement équitable.»: *Guidelines*, *supra* note 2, par. 112 à 47.

clxviii.*R. c. Thissen*, [1996] O.J. N° 2074 (juge (Div. Prov.)), Cadsby juge de la Cour prov.; appel rejeté [1998] O.J. N° 1982 (C.A.) [aucune raison de rejeter le fait de plaider coupable].

clxix.R. Jürgens, «Le droit criminel et le VIH/sida: rapport final»: (1997), 3:2/3 *Revue canadienne VIH/sida et droit* 13.

clxx.*R. c. Winn* (1995), 25 O.R. (3d) 750 (Div. Prov.), juge Court prov.Fairgrieve; appel rejeté (1998), 38 O.R. (3d) 159 (C.A.).

clxxi.R. Elliott, «Le droit criminel et le VIH/sida: mise à jour IV» (2000), 5:4 *Revue canadienne VIH/sida politique et droit* 22, 23.

clxxii.*Ibid.*

clxxiii.*Code criminel*, art. 265(3)(c); *Cuerrier*, *supra* note 23. Des circonstances semblables au cas *Cuerrier* pourraient aussi appuyées les condamnations pour nuisance publique ou pour tentative de voie de fait grave : *R. c. Williams*, [2001] N.J. N° 274 (C.A.), appel entendu et mis en délibéré le 3 décembre 2002, [2001] S.C.C.A. N° 561.

clxxiv.*Cuerrier*, *supra* note 23 aux par. 124 - 127.

clxxv.*Ibid.*, par. 128.

clxxvi.*Ibid.*, par. 130.

clxxvii.*Code criminel*, art. 268.

clxxviii.*Ibid.*, par. 95.

clxxix.*R. c. Thornton* (1991), 1 O.R. (3^e) 480 (C.A.), appel rejeté [1993] 2 R.C.S. 445, Lamer C.J. à 445 - 446: «L'article 216 impose à l'appelant un devoir de diligence lorsqu'il donne du sang à la Croix rouge. Il y a eu bris de ce devoir lorsqu'il n'a pas divulgué que son sang contenait des anticorps au VIH. Cette nuisance publique met évidemment en danger la vie, la sécurité et la santé du publique.»

clxxx.Elliott, *supra* note 162 at 70; *Handbook*, *supra* note 2 à 51.

clxxxi.Elliott, *supra* note 162 à 67.

clxxxii.*Guide*, *supra* note 2, Directive 4 à 11, 123; *Directives*, *supra* note 2, Directive 4 à 11 et par. 29(a à 17.

clxxxiii.*Guide*, *supra* note 2, Directive 5 à 64.

clxxxiv.Elliott, *supra* note 162 à 69.

clxxxv.*Ibid.*

clxxxvi.Une question persistante est à savoir si les restrictions législatives provinciales sur la divulgation pourraient restreindre l'utilisation des dispositions de mandat de fouille — on pourrait dire qu'une province ne peut légiférer en matière de procédure criminelle, et donc que les règlements provinciaux ne peuvent restreindre une action fédérale valide. *R. c. French* (1977), 37 C.C.C. (2d) 201 (Ont. C.A.), affd. O.G., [1980] 1 R.C.S. 158.

clxxxvii.*Stillman*, *supra* note 59 au par. 42. *Stillman* rejète (dans les faits) le cas antérieur bien connu de l'Alberta *Reynen c. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (Alta. S.C.T.D.), MacDonald J.

clxxxviii.*Re Laporte and the Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343 (Que. Q.B.), Hugessen J. à 352 - 354.

clxxxix. «Le typage génétique est un outil d'enquête puissant qui peut aider à identifier avec plus de certitude ceux qui ont commis des crimes sérieux.»: le ministre de la Justice, au cours d'un débat à la Chambre des communes, le 22 juin 1995, à 14489, cité dans *Brighteyes*, *supra* note 43 au par. 25; «Cette comparaison résulte de la détermination si oui ou non le suspect est la même personne que celle dont les substances corporelles ont été trouvées à ou dans l'autre lieu. *ibid.* au par. 27. «Dans les faits, l'objectif d'une telle analyse vise à déterminer la présence du suspect sur les lieux du crime.»: *R. c. S.F.*, [1997] O.J. No. 4116 (Ct. J. (Div. Gén.)), Hill J., rév. *S.F.*, *supra* note 55. «L'objectif sous-jacent du prélèvement de l'ADN est l'identification des contrevenants.»: *R. c. Briggs*, *supra* note 55 at 55 (par. 24).

cxc. *S.A.B.*, *supra* note 52.