

"Source : *La preuve : 12. Le secret professionnel devant les tribunaux : document préliminaire de la Section de recherche sur le droit de la preuve*, 28 pages, Commission de réforme du droit du Canada, 1975. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2011."

Ce document préliminaire a été préparé par la Section de recherche sur le droit de la preuve de la Commission de réforme du droit du Canada. Il est distribué dans le but d'obtenir des critiques et commentaires. Les recommandations qui s'y trouvent n'engagent pas la Commission.

LA PREUVE

12. LE SECRET PROFESSIONNEL DEVANT LES TRIBUNAUX

*La Commission de réforme du droit du Canada souhaite qu'on lui fasse parvenir toute communication d'ici trois mois.
Prière d'adresser toute correspondance à:
M^e Jean Côté, Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6*



LA PREUVE

12. LE SECRET PROFESSIONNEL DEVANT LES TRIBUNAUX

Document préliminaire de la
Section de recherche sur le droit de la preuve

1975

130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

©
Information Canada
Ottawa, 1975
Nº de cat.: J-32-3/12-1975

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
INTRODUCTION	5
I. ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN	9
II. ÉLÉMENT DE DROIT COMPARÉ	13
A. LE DROIT FRANÇAIS	13
B. LE DROIT AMÉRICAIN	14
III. PERSPECTIVES DE RÉFORME LÉGISLATIVE	17
A. CONSÉCRATION D'UN DROIT AU SECRET POUR D'AUTRES PROFESSIONS ..	18
B. RECONNAISSANCE D'UN POUVOIR JUDICIAIRE DISCRÉTIONNAIRE	23
NOTES	25

INTRODUCTION

La réglementation par le législateur canadien de l'écoute électronique¹, les études entreprises sur les effets de l'utilisation des ordinateurs et des banques de données², montrent les préoccupations de la société canadienne face aux progrès d'une technologie qui facilite l'intrusion dans la vie privée des citoyens. Ceux-ci ne peuvent s'empêcher de redouter une société où l'État exercerait un contrôle et une surveillance constante sur les activités des individus. On a donc mis de l'avant l'idée d'un droit au secret dont chaque individu serait le détenteur, droit qui aurait pour objet principal de protéger une certaine sphère d'intimité.

La manifestation juridique qui est peut-être la plus connue de ce droit au secret est constituée par ce que les juristes appellent les «*communications privilégiées*». On regroupe sous ce vocable les divers cas où le droit fait exception à la règle selon laquelle toute personne est tenue de rendre témoignage en justice du moment qu'elle est témoin compétent et autorise celle-ci à ne pas trahir les confidences reçues d'une autre. La découverte pleine et entière de la vérité judiciaire passe au second plan, le droit accordant priorité au respect des secrets confiés. Même si le secret professionnel n'a pas été relié jusqu'ici principalement au droit de l'intimité, en ce sens que ce n'est pas historiquement par respect du droit à la vie privée qu'il a été créé, il n'en demeure pas moins qu'il existe à notre époque une relation évidente entre les deux.

L'expression «*communications privilégiées*» traduction littérale de «*privileged communications*» est équivoque. La common law anglo-américaine nomme ainsi l'ensemble des règles portant sur les «*privileges*». Le mot «*privilege*» lui-même prête à confusion, même si d'une façon générale il désigne les «*dispenses*» de témoigner. En droit de la preuve, certains «*privileges*» sont formés d'instances où, dans le but de favoriser une relation professionnelle ou personnelle entre deux individus, la loi accorde un droit au secret devant les tribunaux en dispensant de la révélation des faits confiés. Tel est le cas du secret professionnel de l'avocat ou du secret entre époux. Certains autres «*privileges*» sont créés dans le but de protéger l'individu dans l'un de ses droits fondamentaux. C'est ainsi que l'on désigne sous le nom de «*privilege de non-incrimination*», le droit pour l'individu de ne pas être tenu de fournir des preuves contre lui-même sauf dans les cas spécifiquement prévus par la loi. Enfin, d'autres «*privileges*» s'attachent eux, à protéger les intérêts étatiques, politiques ou sociaux au sens large du terme, en évitant que certaines informations ne puissent être rendues publiques au cours d'une instance judiciaire. Le «*privilege*»

de la Couronne (secret d'État) et celui de ne pas divulguer le nom d'un indicateur ou d'un informateur en sont deux exemples. Le secret professionnel du journaliste appartient aussi à ce groupe.

Cette imprécision de terminologie peut amener à confondre ces diverses situations qui n'ont entre elles que peu de points communs, sinon de consacrer généralement un droit ou une obligation au silence. Ainsi, le secret professionnel du journaliste, qui n'est pas reconnu par la jurisprudence canadienne³, est souvent assimilé par le public à celui de l'avocat, alors qu'il ne constitue pas un véritable «secret professionnel» au sens strict du terme, mais bien un droit de ne pas révéler une source d'information de façon à éviter de passer pour un délateur public. Le journaliste en effet, ne reçoit pas une confiance dans le but de fournir une aide professionnelle à celui qui la fait. De plus, alors que dans le cas de l'avocat on peut en général identifier celui qui a fait la confiance mais non le contenu de celle-ci, la situation est exactement l'inverse pour le journaliste, puisque les révélations sont publiques mais non l'identité de celui qui les a tenues.

La présente étude se limite à l'examen de la première catégorie de «privilèges» mentionnée ci-haut, en exceptant toutefois le secret marital qui a déjà fait l'objet de certaines réflexions de la Section de recherche sur le droit de la preuve et même d'un projet⁴. Toutefois, à la suite des nombreux commentaires qu'elle a reçus sur le sujet, elle a été amenée à reconsidérer sa position à cet égard.

Le droit de refuser de rendre témoignage en justice n'est qu'un aspect, qu'une des manifestations juridiques particulières du secret professionnel. La plupart des professions organisées imposent à leurs membres, dans leur code de déontologie, l'obligation de respecter les confidences reçues en leur capacité professionnelle. Des sanctions disciplinaires et civiles (lorsque la révélation intempestive a causé un dommage au client), garantissent le respect de cette obligation. Pourtant, dans l'état actuel du droit fédéral canadien, cette obligation cède lorsque le confident est appelé à rendre témoignage en justice puisque hormis le cas de l'avocat, aucun autre «privilège» professionnel n'est reconnu, c'est-à-dire de ceux qui ont été créés dans le but de promouvoir une relation professionnelle entre deux personnes. Appelé comme témoin dans une instance judiciaire, un médecin, par exemple, doit en principe répondre à toutes les questions qui lui sont posées, même si ses réponses trahissent les confidences reçues de son patient. La reconnaissance d'un droit au secret dans les relations avec le public en général ne va donc pas nécessairement de pair et n'est pas obligatoirement liée au respect de ce droit devant les cours de justice. Ce n'est pas parce que les principes du droit civil et de la déontologie médicale imposent une obligation au silence que le législateur fédéral doit automatiquement sanctionner celle-ci devant les tribunaux. Les philosophies de base qui président à ces deux ordres de reconnaissances sont différentes et difficilement comparables.

Le défaut de reconnaître un droit au secret devant les tribunaux est significatif. Sur le plan juridique, en en décidant ainsi, le droit place la libre recherche de la vérité

judiciaire au-dessus du respect des confidences. Cette prise de position est d'autant plus importante que pour beaucoup de groupements d'intérêts professionnels, la reconnaissance d'un droit au secret professionnel est perçue comme le symbole d'un certain statut social. La protection du droit au secret devant la justice valorise la profession puisqu'elle matérialise à l'égard de la société tout entière, l'importance que le législateur lui accorde. L'enjeu est donc de taille surtout pour un certain nombre de professions d'apparition plus récente qui sont à la recherche d'une place et d'une assise sociale plus ferme dans le milieu canadien.

Le présent document se veut essentiellement un document de réflexion. Après un bref rappel de l'état actuel du droit positif canadien et une comparaison sommaire avec les solutions d'ensemble d'autres systèmes juridiques, il tentera de faire le point sur les principes sous-jacents à la reconnaissance du droit au secret professionnel, de façon à susciter des commentaires sur l'orientation que devrait suivre le droit canadien en la matière, dans la perspective d'une réforme.

I. ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN

Le droit fédéral canadien suit en matière de secret professionnel, la tradition de la common law britannique. Seul, à l'exclusion de tout autre, le secret professionnel du conseiller juridique est protégé devant les tribunaux. Ni le médecin, ni le psychanalyste, ni le confident religieux ne peut invoquer le secret professionnel pour refuser de rendre témoignage sur un fait pertinent au litige. Plusieurs raisons d'ordre historique sont à l'origine de cette prise de position. Celles-ci sont bien connues, et il serait trop long de les rappeler ici. Nous renvoyons le lecteur sur ce point aux études classiques qui ont été faites sur la question⁵.

Par contre, certaines provinces, dans les limites de leur compétence législative, ont étendu la protection du secret professionnel à d'autres catégories de confidents. Ainsi, Terre-Neuve reconnaît ce droit au conseiller religieux⁶. C'est cependant au Québec que cette protection est la plus étendue. Le Code de procédure civile du Québec⁷ sanctionne en effet le secret professionnel des ministres du culte, des avocats, des notaires, des médecins et des dentistes⁸.

La reconnaissance en common law du secret professionnel de l'avocat, jointe à l'exclusion de toutes les autres professions est parfois perçue par le public comme une mesure discriminatoire, comme une autogratisation, un « privilège », un avantage ou une faveur que les juristes se seraient accordés à eux-mêmes. A ce phénomène s'ajoute le fait que le secret professionnel de l'avocat est souvent mal compris du public qui croit bien souvent et à tort que celui-ci est absolu.

Le principe traditionnellement invoqué par la doctrine classique pour motiver la reconnaissance d'un droit au secret en faveur d'une profession est le désir d'encourager dans la société ce type particulier de relation professionnelle. Wigmore⁹ pose quatre conditions nécessaires à l'établissement d'un droit au secret soit:

- (1) les communications doivent avoir été faites confidentiellement par quelqu'un dans l'espoir qu'elles ne seraient pas divulguées;
- (2) la préservation d'un élément de confidentialité doit être essentielle au maintien intégral d'une relation satisfaisante entre les parties;
- (3) cette relation doit en être une qui, dans l'opinion publique, mérite d'être encouragée et protégée;

- (4) le préjudice qui serait causé par la divulgation serait plus important que l'avantage qu'en tirerait l'administration de la justice.

Si l'on soumet certaines professions, comme la profession médicale par exemple, aux critères proposés par Wigmore, en les comparant à la profession d'avocat, on peut logiquement arriver à deux conclusions soit: que, tout comme la profession d'avocat, la profession médicale remplit les conditions posées, ou à l'opposé, que la profession d'avocat ne remplit pas mieux ces exigences que la profession médicale. On pourrait ainsi conclure que la profession médicale devrait jouir de la même protection que la profession juridique, ou encore que la profession juridique ne devrait pas, elle non plus, avoir droit au secret professionnel. Pourtant, la profession juridique constitue un cas spécial distinct de toutes les autres professions, en raison de la nature même du rôle de l'avocat. Celui-ci n'est pas seulement un professionnel, parmi d'autres. S'il est l'«*alter ego*» de son client il est également un auxiliaire de la justice et participe activement à ce titre à l'administration de celle-ci. Dans le système de justice que nous connaissons actuellement, l'avocat est un élément indispensable au même titre que le juge ou le jury. L'obliger à révéler en cour ce que son client lui a confié dans le but de défendre ses intérêts, indépendamment des effets sur la profession elle-même et sur sa perception sociale, est porter atteinte dans le contexte actuel à une saine et équitable administration de la justice.

Comment peut-on espérer qu'il remplisse le rôle que la justice lui a confié si, d'un côté on encourage l'existence de la relation professionnelle pour protéger l'individu dans la défense de ses droits, et que d'un autre côté on permet d'utiliser contre celui-ci les révélations faites dans le but de permettre l'accomplissement de cette tâche? En droit pénal, le droit fondamental de l'accusé à une défense pleine et entière est illusoire si, au cours du procès, son représentant légal peut être contraint de témoigner sur les révélations que son client lui a faite pour l'aider à défendre ses droits. La suppression du secret professionnel transforme l'avocat en délateur et puisque celui-ci n'est, par le jeu de la représentation, que le porte-parole de son client, porte directement atteinte au droit fondamental de tout citoyen de ne pas s'incriminer et de ne pas être tenu de fournir à la poursuite des preuves contre lui-même. Sur le plan civil, l'abandon du droit au secret obligerait à repenser totalement l'idée de représentation par avocat. Tout comme au pénal, l'avocat dans le procès civil, a un rôle de représentation d'intérêts. Le jeu du système adversaire où chaque plaideur conduit sa propre cause, mène sa preuve et où le juge n'agit que comme arbitre, disparaîtrait pour faire place à une véritable inquisition. En d'autres termes, abolir le secret du conseiller juridique remettrait en cause non seulement le rôle de l'avocat lui-même mais beaucoup plus, à travers lui, l'ensemble des postulats fondamentaux qui président à notre système d'administration de la justice.

Par contraste, la non reconnaissance d'un droit au secret médical peut avoir des effets néfastes sur la perception sociale de la profession, peut être profondément injuste, voire même préjudiciable aux intérêts du client, mais ne porte pas pour autant atteinte à l'administration de la justice elle-même.

D'autre part, le secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu contrairement à ce que le public pense souvent. Il est, bien au contraire, soumis à des limites strictes dégagées par la common law et dont les principales, en résumé, sont les suivantes:

(1) *le droit au secret n'existe qu'en autant que le titulaire de ce droit, c'est-à-dire le client, ne dispense pas l'avocat de l'observer:*

Le secret professionnel de nos jours appartient au client et non à l'avocat. Cette règle est d'ailleurs suivie pour toutes les autres professions dans les juridictions qui étendent la protection du secret professionnel à d'autres qu'au conseiller juridique. La seule exception dans certains cas est celle du confident religieux¹⁰.

Le droit au secret est en effet conçu pour protéger les intérêts du client et non ceux du professionnel. C'est donc le client qui le contrôle et, puisqu'il n'est pas d'ordre public, a seul la possibilité d'y renoncer. Cette renonciation se fait par une manifestation expresse ou tacite de volonté qui peut résulter d'un acte posé par le détenteur du droit conscient de l'existence de celui-ci, et qui montre sans équivoque l'intention de renoncer à son exercice. La jurisprudence contient d'ailleurs de nombreuses illustrations de ces principes¹¹.

(2) *le droit au secret n'est pas reconnu lorsque la consultation est faite dans le but de faciliter la commission d'un crime ou de perpétrer une fraude:*

Lorsqu'une personne consulte un avocat pour obtenir des renseignements dans le but de commettre un crime ou un délit, le secret professionnel ne peut plus être invoqué. Dans cette hypothèse en effet, le secret professionnel est complètement détourné de son but. Comme l'a d'ailleurs noté un tribunal anglais dans une affaire qui a fait jurisprudence¹², l'avocat est alors tenu de témoigner, même s'il ignorait totalement au moment de la consultation l'illégalité des buts poursuivis par son client¹³. En l'espèce, l'avocat avait été obligé de faire la lumière par son témoignage sur certains faits entourant la rédaction d'un acte de vente frauduleux. Toutefois pour que le droit au secret soit levé dans une telle hypothèse, il est nécessaire qu'une preuve *prima facie* des conditions d'application de cette règle exceptionnelle soit faite.

(3) *le droit au secret ne peut être invoqué que pour des communications confidentielles faites dans le cadre de l'exercice de la profession juridique:*

Cette règle appelle certains commentaires. Ce sont uniquement les communications verbales ou écrites confidentielles faites par le client dans le but d'obtenir de son conseiller juridique une opinion ou un avis professionnel qui sont protégées. Ne bénéficient donc pas de cette protection les communications qui n'ont pas un caractère confidentiel, même si on peut, d'après la jurisprudence dominante, légitimement présumer que toute communication à un avocat est en principe de nature confidentielle et est faite dans le but d'obtenir un avis juridique¹⁴.

En second lieu, il n'est plus nécessaire, comme dans l'ancienne common law, que la confiance ait été faite dans la perspective ou à l'occasion d'un litige¹⁵. Toutefois

une authentique consultation juridique est indispensable. Ainsi, lorsque l'avocat exerce également la fonction de conseiller d'affaires, les informations divulguées dans le but d'obtenir un conseil en la matière, ne peuvent pas, semble-t-il bénéficier de la protection du secret professionnel¹⁶.

En troisième lieu, selon une certaine jurisprudence la protection ne s'applique qu'aux faits révélés par le client et non à ceux que l'avocat a pu constater par lui-même, même si il n'aurait pas été en mesure de le faire si la relation n'avait pas existé.

Cette dernière règle nous semble douteuse sur le plan logique. Si en effet le but poursuivi est la protection de la relation professionnelle il apparaît quelque peu byzantin de prétendre distinguer entre les faits révélés et les faits constatés. En médecine par exemple l'avis du professionnel provient aussi bien des révélations faites par le patient sur son état de santé, que des constatations qu'a pu faire le médecin par les examens du patient. D'autre part n'est-il pas artificiel de restreindre la protection de la communication aux seuls faits révélés alors que la relation professionnelle elle, est le fruit d'un ensemble d'échanges et de relations entre le confident et l'autre?

Enfin, et il apparaît important de le préciser, le fait que certaines communications soient protégées par le secret professionnel n'empêche pas l'une des parties de faire la preuve de celles-ci autrement, c'est-à-dire par une preuve extrinsèque.

Le droit fédéral canadien ne reconnaît donc devant les tribunaux que le secret professionnel du conseiller juridique. Ce droit au secret d'autre part est limité. Il n'est pas absolu et ne peut être invoqué par le client que si toutes et chacune des conditions posées par la jurisprudence à son exercice ont été remplies. Certains arrêts ont parfois laissé entendre que le juge avait un pouvoir discrétionnaire d'accorder la protection du secret professionnel dans d'autres cas. Ainsi, dans l'affaire *Dembie v. Dembie*¹⁷, la cour avait maintenu l'objection qu'un psychiatre, dans un cas de conflit matrimonial, avait à rendre témoignage. Il est cependant difficile d'affirmer que cette décision reflète fidèlement l'état actuel du droit positif.

II. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

La façon dont le législateur a traité la question du secret professionnel varie considérablement selon les pays¹⁸. Il serait trop long d'examiner ici en détail, le droit positif des différentes familles juridiques. Pour offrir cependant un certain contraste et un point de comparaison avec le droit canadien, deux exemples ont été retenus et feront l'objet de brefs commentaires. Le premier est celui du droit français parce qu'il se situe aux antipodes du droit canadien. Le second est celui du droit américain parce que, malgré une communauté de tradition avec le droit anglo-canadien, il a suivi quand même une évolution différente.

A. LE DROIT FRANÇAIS

Le droit français¹⁹ est traditionnellement très respectueux du caractère confidentiel des révélations faites par un client à un professionnel. L'obligation au secret professionnel y est en effet d'ordre public. Le Code pénal à l'article 378²⁰, qui a d'ailleurs servi d'exemple et de modèle à certaines législations européennes, telle la législation belge²¹ et luxembourgeoise²², punit d'une peine de prison de 1 à 6 mois et d'une amende de 500 à 3000 francs toute personne qui, « . . . *par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes. . .* » étant dépositaire des secrets confiés révèle ces derniers. Le droit français impose donc une obligation au silence aux médecins, chirurgiens, officiers de santé, sages-femmes, pharmaciens, tous énumérés spécifiquement par l'article 378 du Code pénal, et également aux avocats, avoués notaires, magistrats, ministres du culte, courtiers, agents de change, etc. . . par interprétation jurisprudentielle²³.

Les tribunaux français se sont montrés sévères pour ceux qui contrevenaient à la règle du respect absolu de la confiance. Une illustration extrême de ce phénomène peut être trouvée dans l'affaire *Watelet*²⁴. Un journal français dans un article consacré au décès du peintre Lepage avait laissé entendre que ce dernier était mort des suites d'une maladie vénérienne. Pour défendre aux yeux du public la mémoire de son patient, le médecin qui l'avait soigné publia une lettre dans ce même journal exposant que celui-ci était en fait décédé d'un cancer. Poursuivi devant les tribunaux de l'ordre pénal, le médecin fut condamné sous l'autorité de l'article 378.

En droit français le secret professionnel est donc absolu. Le patient ou le client n'a pas le pouvoir de dispenser le professionnel de son observation. Il est fondé sur l'ordre public, et sanctionné non seulement par des règles d'ordre disciplinaire ou

civil mais aussi par des règles pénales. La société française traditionnelle s'est toujours montrée très respectueuse des professions organisées et soucieuse d'encourager les relations professionnelles. Le fait que la procédure pénale française est de type inquisitoire est peut-être également un facteur qui peut expliquer la position du droit français. Comme le signalent cependant plusieurs auteurs modernes²⁵, le droit français a, depuis le début du 20^{ème} siècle, multiplié les exceptions législatives au caractère absolutiste du secret professionnel. On a même prétendu que la jurisprudence française, en raison d'un certain nombre de décisions plus nuancées rendues en la matière, tendrait vers une atténuation du secret professionnel fondée sur une norme d'intérêt social relatif²⁶.

Devant les tribunaux donc le professionnel est tenu au secret le plus absolu lorsque le cas ne tombe pas précisément dans l'une des exceptions spécifiquement prévues par le législateur. Le tribunal, étant donné que le secret professionnel est d'ordre public et que sa violation constitue un délit, est tenu de suppléer d'office à tout défaut d'objection de la part du témoin. Comme on peut le constater donc, le droit français sur ce point est aux antipodes de la common law.

B. LE DROIT AMÉRICAIN

Aux États-Unis, la protection accordée au secret professionnel devant les tribunaux, varie considérablement selon les États. Le droit américain a fait siennes les règles de la common law anglaise concernant le secret professionnel du conseiller juridique. Il s'est toutefois nettement séparé de celle-ci, en étendant législativement le champ du secret professionnel à d'autres professions. Ainsi, la grande majorité des États américains reconnaissent le secret médical²⁷. L'État de New-York, qui semble avoir été le premier à la sanctionner, l'a fait dès 1828²⁸. Certaines législations accordent une protection au conseiller religieux, d'autres au psychologue, au psychanalyste, etc. . . ²⁹.

Il ne fait pas de doute que le droit américain, dans son ensemble, se montre favorable à une extension du droit au secret professionnel. Les «*Uniform Rules of Evidence*»³⁰ et le «*Model Code of Evidence*»³¹, reconnaissent formellement le secret du directeur de conscience, du conseiller juridique et du conseiller médical. Plus récemment, les «*Proposed Federal Rules of Evidence*» suggéraient une codification d'un droit au secret en faveur de l'avocat, du psychothérapeute, et du conseiller religieux³².

A la différence cependant du droit français, la tradition américaine ne fait pas du secret professionnel un droit absolu. Elle soumet également son exercice à une série de conditions et de limites qui, dans l'ensemble, sont du même ordre que celles dont la common law traditionnelle assortit le secret du conseiller juridique mais, du moins depuis quelque temps, fait un lien direct entre le respect du secret professionnel et le respect de l'intimité de la vie privée.

Quel que soit le pays envisagé, le problème posé par le secret professionnel devant les tribunaux fait surgir à nouveau le dilemme classique que l'on retrouve dans l'ensemble du droit de la preuve. Doit-on favoriser la libre recherche et découverte de la vérité en ne reconnaissant pas ou peu de dispenses de rendre témoignage? Doit-on au contraire restreindre volontairement cette recherche au nom de la protection de valeurs jugées socialement supérieures? Le droit de la preuve contient nombre de règles qui ont pour effet d'exclure du débat certaines preuves jugées non pertinentes ou non fiables. Toutefois, à la différence de ces autres règles d'exclusion (ouï-dire, opinion, etc. . .), celle du secret professionnel élimine une preuve en général pertinente, fiable et susceptible bien souvent d'avoir un impact décisif sur le litige. La justice se prive donc volontairement d'une preuve de qualité dont ni la pertinence ni le caractère fiable ne peuvent être mis en doute puisque la révélation est en principe libre et spontanée et n'est soumise à aucune contrainte extérieure susceptible d'affecter la crédibilité de son contenu.

III. PERSPECTIVES DE RÉFORME LÉGISLATIVE

Plusieurs lignes générales de politique législative sont possibles. Les plus importantes d'entre elles méritent d'être discutées dans ce travail, afin de susciter de la part du lecteur des réactions susceptibles de mieux éclairer le débat. L'éventail des diverses possibilités est étendu puisqu'il va de l'abolition complète de tout secret professionnel, à une reconnaissance globale d'une protection pour tout propos confidentiel, en passant par la gamme des solutions intermédiaires accordant les unes plus d'importance à la liberté de la preuve, les autres à la protection des droits individuels.

L'élimination complète de tout secret professionnel se traduirait concrètement en droit canadien par l'abolition du secret du conseiller juridique. Le droit romprait donc avec une tradition séculaire de la common law, placerait toutes les professions sur un strict pied d'égalité, en s'abstenant de créer une situation privilégiée à l'égard d'un type particulier de relation professionnelle. Une telle hypothèse ne paraît pas réaliste. Outre le fait qu'elle rendrait pratiquement impossible la représentation par avocat³³ et la forme actuelle d'administration de la justice, en effaçant une tradition basée sur une longue expérience, elle constituerait, à l'exception des pays du régime socialiste, un cas unique dans la tradition juridique occidentale. Abolir le secret professionnel du conseiller juridique demanderait de repenser et de reformuler totalement le rôle de l'avocat dans la société.

A l'autre extrême, le législateur pourrait envisager de «*déprofessionnaliser*» le droit au secret et de protéger les confidences chaque fois que celui qui s'est confié pouvait raisonnablement s'attendre à la confidentialité. En d'autres termes, il ne lierait plus obligatoirement la reconnaissance d'un secret professionnel à une relation de type professionnel. Dans cette perspective, le droit au secret s'étendrait à un champ beaucoup plus vaste des relations humaines. Le fondement théorique du droit ne serait plus le désir de promouvoir telle ou telle relation de type professionnel, mais celui de mieux respecter un certain droit à l'intimité. La protection ne serait pas accordée en fonction d'une typologie objective de relations humaines (médecin-patient, avocat-client, etc. . .) mais en fonction du caractère confidentiel de la perception subjective que s'est fait celui qui a pris l'initiative de la confiance. Cette hypothèse est séduisante pour plusieurs raisons. Sur le plan juridique elle évite d'avoir à appliquer le troisième critère classique énoncé par Wigmore³⁴ et de poser un jugement de valeur sur l'utilité sociale de telle profession ou de tel type de confidences par rapport à tels autres. C'est éliminer ainsi une sélection basée sur une perception sociale des professions.

Deux obstacles majeurs s'opposent toutefois à cette solution. Le premier tient aux difficultés pratiques que soulèverait pour les tribunaux l'application de ce système. Comment en effet déterminer ce qui est perçu comme confidentiel par celui qui se confie? Dans un certain sens tout, à la limite, peut dès lors devenir confidentiel. Alors que l'existence de certains types de relations professionnelles peut faire présumer à tout le moins que la révélation a été faite au confident avec l'expectative raisonnable que le secret serait gardé, la déprofessionnalisation totale du droit au secret élimine ce critère et ne laisse au juge que des lignes directrices floues et imprécises. Le second obstacle paraît plus significatif. Rendre confidentiel tout ce qui est révélé dans le cadre d'une relation privée, n'est-il pas risqué de freiner sérieusement l'administration de la justice? La renonciation volontaire à un champ de preuve pertinente et fiable, susceptible d'avoir un impact décisif sur le litige, ne doit être faite que pour des raisons qui, en fin de compte assurent mieux à long terme l'intérêt de la société que l'obtention immédiate de cette vérité judiciaire. La protection générale de l'intimité, en dehors de toute autre raison complémentaire, n'apparaît pas comme un facteur déterminant eu égard aux inconvénients qu'elle susciterait au niveau de la justice. En d'autres termes ce n'est pas toute relation d'intimité qui doit être protégée devant les tribunaux mais seulement celles en faveur desquelles, en sus du motif général de protection de la vie privée, il existe des impératifs spécifiques.

La solution raisonnable et rationnelle ne saurait être radicale. Elle doit tenir compte des valeurs en présence et s'efforcer d'atteindre un compromis réaliste et un fonctionnement harmonieux entre d'une part le respect des droits individuels, et d'autre part l'efficacité de l'administration de la justice. Si l'on élimine les solutions extrêmes, deux avenues principales de réforme législative apparaissent alors possibles. La première, se fondant sur les critères classiques³⁵ mis de l'avant pour la reconnaissance d'un droit au secret consiste à identifier à la lumière de l'expérience sociale moderne, les activités professionnelles qui méritent protection devant les tribunaux, et à leur accorder un droit au secret semblable à celui dont bénéficie l'avocat.

La seconde vise au contraire, après une consécration législative des règles développées pour le secret du conseiller juridique, à donner un pouvoir discrétionnaire au juge de reconnaître un droit au secret dans d'autres circonstances, sans pour autant les identifier à un type de relation professionnelle précise, lorsqu'il est d'avis que certaines conditions objectives ont été remplies. C'est en espérant avoir des commentaires sur chacune de ces deux orientations possibles que nous les soumettons ici pour discussion.

A. CONSÉCRATION D'UN DROIT AU SECRET POUR D'AUTRES PROFESSIONS

Lorsque l'on considère l'ensemble du milieu professionnel canadien, que l'on tient compte des développements apparus dans ce milieu depuis quelques années, et

que l'on réexamine les raisons qui ont traditionnellement motivé le retrait ou le non-octroi du droit au secret à certains secteurs professionnels, il apparaît clairement qu'au moins deux ordres de confidences pourraient, si l'on s'en tient aux critères classiques de Wigmore, postuler la protection du secret devant les tribunaux: les confidences à caractère religieux et les confidences à caractère médical.

La reconnaissance du secret de la confiance religieuse³⁶ est endossée même par les auteurs qui s'opposent le plus farouchement à l'extension du secret professionnel. Wigmore, aux yeux duquel aucune relation professionnelle à part celle de l'avocat ne trouve grâce, conclut, après s'être abondamment référé à Bentham, lui-même peu enclin à favoriser le droit au secret, que:

... on the whole then, this privilege has adequate grounds for recognition.³⁷

Il lui apparaît en effet que la relation entre le confident religieux et l'individu qui le consulte remplit les exigences des quatre critères posés par lui. Il insiste surtout sur le fait qu'à son avis, le préjudice susceptible d'être causé par une divulgation forcée est plus important que l'avantage que peut espérer en tirer l'administration de la justice.

A ces arguments viennent s'ajouter d'autres raisons importantes. La liberté de culte et de religion est l'une des valeurs fondamentales d'une société démocratique, respectueuse de la liberté de penser de chaque citoyen. Pour l'individu pratiquant et croyant, le conseiller religieux représente un guide d'orientation morale. On peut ainsi se demander jusqu'à quel point le respect de la confiance religieuse n'est pas un attribut de la liberté religieuse.

D'autre part, les raisons pour lesquelles la common law ne reconnaît pas le droit au secret du conseiller religieux sont principalement d'ordre historique. Le secret du directeur de conscience semble avoir existé en Angleterre antérieurement à la Réforme³⁸. Il portait alors essentiellement sur le secret de la confession. Après la Réforme, seuls les catholiques ou «papistes» conservèrent le sacrement de pénitence. L'abolition du droit au secret aurait été alors la conséquence d'une certaine intolérance religieuse à l'endroit de la religion catholique, basée sur des considérations d'ordre politique. A notre époque et dans notre pays, l'intolérance religieuse est chose révolue. La liberté religieuse est garantie par notre système politique et les motifs qui ont présidé à l'abolition du secret dans ce cas précis n'ont plus de raison d'être. Certes les tribunaux canadiens hésiteraient longuement à notre époque à condamner pour outrage au tribunal un ministre, un prêtre ou un rabbin qui refuserait dans son témoignage de trahir les confidences reçues. De même, pour être réaliste, on imagine mal qu'au cours d'un procès, la poursuite dans le but d'obtenir une condamnation, assigne le prêtre à qui par exemple l'accusé s'est confessé. Enfin, il faut considérer également qu'un confident religieux qui estimerait contre ses principes de rendre témoignage malgré l'ordre qui lui est donné, pourrait fort bien se laisser condamner. L'efficacité de la règle dans un tel cas peut donc être mise en

doute. Si telle est la situation de fait, il ne devrait pas normalement y avoir de réticence à la consacrer législativement. Toutefois l'apparition récente de nouvelles sectes, de nouveaux groupements ou de nouveaux mouvements à caractère religieux ou prétendument religieux ne serait pas sans causer certains problèmes à l'égard d'une identification précise de la notion de confiance religieuse.

Le problème est plus complexe en matière médicale³⁹. En premier lieu on peut observer que la science de la santé n'est plus de nos jours l'attribut exclusif du médecin au sens strict du mot. Le psychologue, le psychanalyste remplissent parfois des fonctions identiques à celles du psychiatre. Le chiropraticien, le kinésithérapeute traitent des affections physiques que des membres du corps médical soignent également.

En second lieu, la pratique de la médecine moderne dans les grands centres urbains et la spécialisation du corps médical, ont abouti à une certaine dépersonnalisation de la relation entre le patient et le médecin. L'époque du médecin de famille qui connaissait tous les secrets de la communauté dans laquelle il vivait est pratiquement révolue.

En troisième lieu, dans notre pays, à la différence de certains pays européens, l'individu semble avoir moins de réticence à une certaine publication de ses maladies. Les modes de communication modernes nous informent par exemple, sans provoquer de réactions outrancières des personnes concernées, de l'état de santé des hommes publics, des vedettes du sport ou de la scène. Il existe donc un phénomène socio-culturel de tolérance à l'égard de la divulgation publique de certains faits médicaux. La maladie, sauf lorsque par sa nature même, elle peut exposer le patient à l'humiliation, à la disgrâce ou à l'ostracisme social, n'est pas généralement perçue comme un stigmat. Il n'en est cependant pas ainsi dans certains secteurs de la science médicale notamment dans celui de la santé mentale et affective. Le développement qu'ont connu les techniques des sciences psychanalytiques dans notre société est important⁴⁰. On ne peut contester sérieusement que le traitement des affections émotives et mentales requiert l'établissement d'un climat de confiance absolue entre le patient et le psychothérapeute. Le patient, qui désire surmonter ses difficultés et pouvoir espérer guérison ou soulagement, doit divulguer à celui qui le traite en toute honnêteté, en toute franchise et sans réticence certains secrets intimes. Le jeu de la thérapie serait faussé si le patient n'avait pas confiance dès l'instant où il l'entreprend que ses révélations resteront confidentielles. On imagine sans grand effort le sentiment d'injustice que doit éprouver le patient qui voit, au cours d'un procès, son psychothérapeute être contraint de témoigner sur ce qu'il lui a dit. On conçoit également le dilemme dans lequel le droit place le professionnel.

Un argument est souvent utilisé contre l'extension du droit au secret professionnel: le fait que de nombreuses professions n'ont pas jusqu'ici bénéficié du droit au secret, n'a pas eu pour effet, prétend-on, d'empêcher leur développement et leur extension. En d'autres termes, on argumente que l'absence de secret professionnel pour la psychothérapie n'a pas, par exemple, freiné chez les Canadiens

la consultation de psychiatres, de psychologues et de psychanalistes. Cet argument, d'ailleurs développé par Wigmore, est spécieux. Si le citoyen continue à consulter un psychothérapeute, même lorsqu'il sait que ses révélations peuvent être éventuellement divulguées devant une cour de justice, c'est peut-être tout simplement soit parce qu'il ignore l'état du droit sur la question, soit parce que le besoin de consultation est impérieux et l'emporte dans son esprit sur le risque qu'il prend et qu'entre deux maux il choisit donc le moindre. De plus, dans bien des cas, le patient doit considérer la possibilité d'une divulgation publique comme relevant d'une hypothèse lointaine. Certains patients jugent peut-être que le confident préférerait malgré tout respecter la confiance et se laisser éventuellement condamner pour refus de témoigner. D'autre part, on doit tenir compte aussi d'un phénomène sociologique important. Le monde judiciaire canadien dans son ensemble a suffisamment de retenue ou d'auto-modération, pour éviter des confrontations brutales à cet égard. Dans l'état actuel du droit canadien, pour reprendre un exemple donné par un auteur⁴¹, rien n'empêcherait la police qui a affaire à un suspect pratiquant de religion catholique, de le laisser aller se confesser à un prêtre et ensuite d'assigner ce dernier comme témoin! Les organismes chargés de la poursuite, les procureurs de la Couronne n'utilisent pas de tels procédés et donc, même si le secret professionnel des professions autres que l'avocat n'est pas reconnu, ils font rarement usage dans l'ensemble du pouvoir que leur donne la loi d'assigner comme témoins les confidentiels nécessaires. Lorsque le fait se produit cependant, comme ce fut le cas parfois pour certains travailleurs sociaux, la chose fait grand bruit et il est loin d'être sûr qu'aux yeux du public, le sens du respect pour la justice sorte grandi d'une telle confrontation. Il faut remarquer toutefois que pour certains d'entre eux, comme les officiers de probation, il existe une certaine confusion de rôle. L'officier de probation n'est pas en effet un confidentiel nécessaire mais plutôt un officier de la Cour qui remplace le juge dans la surveillance de l'exécution de la sentence.

Ces quelques constatations débouchent sur une question plus générale. Est-il légitime et juste, dans la société actuelle, que l'état physique, mental ou affectif d'une personne puisse d'une façon générale servir d'élément de preuve contre elle? N'y a-t-il pas une certaine contradiction à ce que la société, veillant au bien-être physique ou mental de tout citoyen lui facilite le libre accès aux diverses thérapeutiques, et d'un autre côté utilise contre lui des confidences qu'il a faites dans le but de se procurer ce bien-être? N'est-il pas anormal que la justice puisse, hormis les cas d'expertise forcée, et le cas où l'individu ayant été trouvé coupable il s'agit de connaître tous les éléments pour prononcer une sentence juste, d'utiliser le médecin ou le psychothérapeute de la même façon qu'un vulgaire indicateur de police? La répugnance à l'utilisation en preuve de la confiance médicale peut être moindre lorsqu'au contraire la divulgation permet à l'individu de se défendre des accusations portées contre lui. On peut concevoir qu'usant d'un pouvoir discrétionnaire, le juge accepte de tenir compte de certains faits confidentiels. Le droit au secret ou l'obligation au silence ne doivent pas être tellement absolus qu'ils empêchent justice d'être rendue dans des cas extrêmes.

La reconnaissance d'un secret professionnel protégeant les confidences d'ordre médical soulève cependant des difficultés inhérentes à la nature même de cette profession.

Doit-on, par exemple, établir une distinction entre les affections d'ordre strictement physique, et celles d'ordre mental ou émotif? Il est, pensons-nous, exact d'affirmer que la confidentialité est, à priori, plus importante pour certains secteurs de la médecine que pour d'autres, par exemple pour la science psychiatrique plus que pour la science chirurgicale. Dans le premier cas le professionnel appelé à témoigner divulgue les propos d'ordre privé que son patient lui a librement révélés, dans le second cas le chirurgien peut être appelé à ne témoigner que sur des faits matériels à caractère souvent moins personnel qu'il a pu constater par lui-même. La question pourrait être longuement débattue car il existe nombre d'hypothèses marginales. En effet, certains faits révélés par le patient à un psychiatre peuvent être de notoriété publique, certains autres confiés par un malade à un chirurgien d'ordre strictement confidentiel. Plusieurs modèles de législation notamment les «*Proposed Federal Rules of Evidence*» reconnaissent le secret professionnel du psychothérapeute et non celui du médecin en général⁴². La difficulté concrète majeure à cette limitation est l'impossibilité qui existe souvent de séparer l'affection physique de l'affection mentale.

La reconnaissance d'un droit au secret en la matière, comme d'ailleurs pour toutes les autres catégories de confidents doit toutefois s'accompagner de limites strictes. Toutes les législations, même celles qui, comme la loi française, consacrent le principe du caractère absolu du secret, connaissent des exceptions à la règle, dictées par des considérations d'ordre juridique ou social supérieures⁴³. Ainsi, on ne doit pas protéger, par exemple, les révélations faites à un médecin par un patient dans le but de commettre un crime, une fraude ou un délit. Tel est le cas classique des fraudes ou fausses déclarations en matière d'assurance-vie. De plus, la loi a même parfois le devoir d'obliger un médecin à déroger à l'obligation au silence, lorsque l'intérêt supérieur de la société ou du groupe l'exige, et ce, lors même que le patient lui-même s'y oppose. Ainsi en est-il lorsque le patient est atteint d'une maladie contagieuse, ou d'une maladie vénérienne et refuse de se laisser traiter provoquant un risque d'épidémie⁴⁴, ou encore lorsque celui-ci est atteint d'une maladie qui rend dangereuse la conduite d'une automobile. Reconnaître un droit au secret ne doit pas équivaloir à protéger toutes les confidences, dans tous les cas et en toutes circonstances. Il serait souhaitable à cet égard que le législateur énumère dans les textes les limites du droit au secret et abolisse l'obligation au silence lorsque son exécution risque de créer un danger public sérieux ou de mettre en jeu la vie ou la sécurité des personnes. A ce propos se pose la difficile question de savoir si le droit au secret professionnel est personnel et extra-patrimonial ou non. En d'autres termes, lorsque son détenteur décède ou devient incapable, le droit au secret doit-il alors être levé ou peut-il continuer à être invoqué par les héritiers ou les représentants légaux du détenteur? Les avis sur cette question sont partagés. Toute solution à ce problème doit tenir compte des intérêts en jeu. Ainsi dans le cas du

secret médical, c'est la santé et le bien-être général du patient qui sont en cause. Rien donc ne s'opposerait à ce qu'après son décès le droit au secret disparaisse. Par contre, la relation client-avocat peut porter sur des droits d'ordre patrimonial et des intérêts matériels et pécuniaires, susceptibles d'être transmis aux héritiers. Dans ce cas il semblerait logique de perpétuer le secret professionnel et d'en faire bénéficier ceux qui continuent la personnalité juridique du défunt.

B. RECONNAISSANCE D'UN POUVOIR JUDICIAIRE DISCRÉTIONNAIRE

Il existe à l'heure actuelle au Canada nombre de professions qui pourraient également légitimement postuler à la reconnaissance d'une protection judiciaire des confidences reçues, tels les comptables⁴⁵. L'exemple le plus typique à cet égard est peut-être cependant celui du travailleur social⁴⁶. Certains d'entre eux argumentent, non sans raison, que l'exercice efficace de leur profession exige la promotion d'un échange basé sur une confiance réciproque. Ainsi, il est certains cas où le travailleur social remplit des fonctions similaires ou analogues à celles du psychothérapeute. Les travailleurs sociaux en milieu carcéral dont la tâche est de veiller à la réadaptation sociale ou psychologique du détenu en sont un exemple.

De façon à favoriser l'exercice et le développement de certaines professions jugées socialement utiles, à ne pas limiter au conseiller religieux, légal et médical l'obligation du silence, on peut concevoir un second système plus souple. Il consisterait, lorsque certaines conditions précises sont remplies, à permettre au juge de refuser d'admettre une preuve pertinente qui serait le fruit du bris du respect d'une confiance professionnelle reçue et ce, sans que la loi n'énumère la liste des confidents. La reconnaissance d'un droit au secret dans les hypothèses autres que celle de l'avocat serait ainsi abandonnée à la discrétion du tribunal. Pour que cette hypothèse, indépendamment de ses mérites intrinsèques, puisse fonctionner adéquatement, le tribunal doit cependant avoir certains guides fournis par le législateur. Tout d'abord il convient de maintenir le principe selon lequel le droit au secret doit rester dans tous les cas celui de la personne qui s'est confiée et non celui du confident. En second lieu, le droit au secret ne doit pouvoir exister que pour les faits révélés au confident dans le but d'obtenir de sa part une aide professionnelle. En d'autres termes ce n'est pas n'importe quelle confiance qui doit être protégée mais seulement celle qui est faite dans le but de permettre à celui qui la reçoit de fournir une aide matérielle ou morale au consultant. Une véritable relation professionnelle établie dans un but de consultation doit exister. Enfin, outre les exceptions classiques que l'on retrouve à propos du secret du conseiller juridique, le juge, pour pouvoir accorder la protection, devrait être convaincu qu'eu égard aux circonstances, la divulgation des confidences causerait plus de tort qu'elle n'aiderait l'administration de la justice. La preuve de ce fait appartiendrait ainsi à celui qui demande la reconnaissance du droit.

Cette seconde solution présente deux avantages principaux: elle évite de trancher, d'une façon peut-être arbitraire, entre les «mérites» réciproques et comparés des diverses professions, tout en restant suffisamment souple pour pouvoir être envisagée comme perspective de réforme à long terme. En ne s'attachant pas au critère de l'existence même d'une relation professionnelle mais à celui des valeurs à préserver à travers cette relation ou toute autre relation, elle ne limite pas la protection à une couche sociale déterminée. De plus, à bien y penser, aucune profession ne jouit d'une présomption absolue de détenir en exclusivité les valeurs que le droit au silence entend consacrer et protéger. Il appartiendrait donc aux tribunaux en prenant comme guide les valeurs à préserver d'élaborer au cours des années une politique judiciaire en la matière. L'objection majeure que l'on peut y voir, comme solution générale est que les tribunaux des pays de common law ont en général eu une attitude très conservatrice à l'égard des «privilèges» et qu'ainsi le but de la réforme s'il était d'élargir le champ des privilèges risquerait de n'être pas atteint. Une rédaction législative montrant bien l'intention de la réforme suffirait probablement à pallier cette difficulté.

Les diverses hypothèses évoquées dans le présent texte susciteront sans nul doute des commentaires. Une façon de formuler les principales d'entre elles pourrait être axée autour des règles suivantes:

- (1) Une reconnaissance législative du droit au secret du conseiller juridique et de ses conditions et limites;
- (2) L'octroi d'un pouvoir discrétionnaire au juge dans les autres cas, lorsqu'il est d'opinion que de forcer un témoin à divulguer des faits confiés à lui dans l'exercice de sa profession et dans le but d'obtenir une aide professionnelle de la part de celui qui s'est confié, serait injuste, inéquitable eu égard aux circonstances et que le préjudice causé par la divulgation serait supérieur au bénéfice qu'en pourrait en espérer tirer l'administration de la justice.

De plus, en tout état de cause et quelle que soit la dimension exacte du champ du secret professionnel, il nous semble recommandable que la législation sur le sujet trace d'une façon précise le cadre d'exercice du droit au secret et consacre les principes suivants:

- (1) la protection du secret s'attache, sans distinction, à l'ensemble des faits confidentiels révélés ou constatés pendant la durée de la relation professionnelle;
- (2) le droit au secret en toute circonstance appartient à celui qui a fait la confiance. Celui-ci peut donc renoncer à son droit à condition que cette renonciation soit le fruit d'un consentement libre et éclairé;
- (3) cette protection disparaît en cas de fraude ou lorsque le législateur, pour des raisons d'intérêt supérieur, apporte une exception spécifique à la règle générale.

NOTES

1. Art. 178 Code criminel.
2. L'ordinateur et la vie privée, Ottawa, 1972.
3. Voir *Wismer Publishing v. MacLean Hunter Publications Ltd.* (1953) 4 D.L.R. 349 (Cour Suprême de Colombie Britannique), (1954) 1 D.L.R. 501, (1954) 4 D.L.R. 334 (Cour d'Appel de Colombie Britannique); *McCornacky v. Times Publishers Ltd.* (1964) 50 W.W.R. 389 (Cour d'Appel de Colombie Britannique). Voir aussi *Banks v. Globe and Mail* [1961] R.C.S. 874.
4. Voir «Document préliminaire de travail de la section de recherche sur le droit de la preuve», n° 1: L'habilité et la contrainte à témoigner. A la lumière des nombreux commentaires qui nous sont parvenus, le groupe de travail sur la preuve a modifié légèrement son point de vue sur cette question.
5. Voir notamment: WIGMORE, «Evidence in Trials at Common Law» 1961, vol. 8, n° 2285 et s., p. 527 et s., plus particulièrement no. 2290, p. 542 et s., no. 2380, p. 818 et s.; CROSS, «Evidence» 1967, p. 243 et s.; McCORMICK, «Evidence» (1960) 16 Tex. Law Rev. 447; HAMMELMAN, «Professional Privilege: a Comparative Study» (1950) 28 C.B.R. 750; FREEDMAN, «Medical Privilege» (1954) 32 C.B.R. 1; NOKES, «Introduction to Evidence» 1967, p. 195 et s.
6. Newfoundland Evidence Act, R.S.Nf. 1952, ch. 120, art. 6: «A clergyman or priest shall not be compellable to give evidence as to any confession made to him in his professional character».
7. Art. 308 C.p.c.: «De même ne peuvent être contraints de divulguer ce qui leur a été révélé confidentiellement en raison de leur état ou profession:
1 – les prêtres et autres ministres du culte;
2 – les avocats, les notaires, les médecins et les dentistes à moins dans tous les cas qu'ils n'y aient été autorisés expressément ou implicitement par ceux qui leur ont fait ces confidences; . . .»
8. Une décision québécoise de 1965: *La Reine v. Sauvé* [1965] C.S. 129, commentaires (1965) 15 R. du B. 562, avait d'ailleurs décidé que dans la justice pénale, en matière de secret professionnel, c'était au droit civil et non à la common law que les tribunaux devaient se référer.
9. WIGMORE, *op. cit.*, n° 2285, p. 527.
10. Tel semble être le cas notamment de l'interprétation à donner à l'article 308 du Code de procédure civile à Québec.
11. Voir *Howley v. R.* (1927) 1 R.C.S. 520; *Minter v. Priest* [1930] A.C. 558; *Smith v. Smith* [1958] O.W.N. 135 (High Court d'Ontario). Aussi: *Kulchan v. Marsh* (1950) 1 W.N.R. 272 (Cour d'Appel de Saskatchewan).
12. *R. v. Cox and Railton* (1884) 14 Q.B.D. 153.

13. Sur l'application de ces principes: *Bullivant v. A.G. Victoria* (1901) A.C. 196; *Gosselin v. R.* (1903) 31 R.C.S. 225; *R. v. Smith* (1914) 11 Cr. Ap. R. 229, p. 239 (Court of Criminal Appeal); *O'Rourke v. Darbishire* [1920] A.C. 581 (House of Lords); *R. v. Coffin* (1954) 19 C.R. 222, p. 227 (Cour d'Appel du Québec); *R. v. Workman et Huculak* (1963) 1 C.C.C. 297 (Cour Suprême de l'Alberta); *Goodman and Carr and M. of N. Revenue* (1968) 2 O.R. 814 (Ontario High Court).
14. *Minter v. Priest* [1930] A.C. 558 (Chambre des Lords); Voir aussi *Hicks v. Rothermel* (1949) 2 W.W.R. 705 (Cour d'Appel de Saskatchewan) *Kulchar v. Marsh* (1950) 1 W.W.E. 272 (Cour d'Appel de Saskatchewan). Aussi: *R. v. Bencardino* (1974) 2 O.R. 2nd 351 (Cour d'Appel de l'Ontario).
15. Voir à ce sujet: *Minet v. Morgan* (1873) 8 Ch. App. 361 et la position adoptée par la Royal Commission of Inquiry into Civil Rights of the Province of Ontario, Toronto, 1968, n° 1, vol. 2, p. 819.
16. *Canary v. Vested Estates* (1930) 3 D.L.R. 989 (Cour Suprême de Colombie Britannique), voir aussi: *R. v. Macender* (1966) 1 C.C.C. 328, p. 338; *United States of America v. Mammoth Oil Co.* (1921) 2 D.L.R. 966 (Cour d'Appel de l'Ontario); MAUBER, «Privileged Communications and the Corporate Counsel» (1967) 28 Ala. Law Rev. 352.
17. Décision non rapportée de la Ontario High Court du 6 avril 1963. Voir les extraits publiés dans (1964) 7 Crim. Law Quart. 305, p. 316.
18. Voir: «Droit de la preuve et secret professionnel» dans Travaux du 4^{ème} Colloque international de droit comparé, Presses de l'Université d'Ottawa, 1967, p. 1 à 54; BOUZAT, «La protection juridique du secret professionnel en droit comparé» (1950) Rev. Sc. Crim. 541; HAMMELMAN, «Professional Privilege: a Comparative Study» (1950) 28 C.B.R. 750; BAUDOUIN, J.L. «Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve», Paris, Librairie Générale, 1965.
19. Sur la question en droit français, outre les traités de droit pénal classiques, voir: Encyclopédie Dalloz, Droit Pénal, Tome III, verbo: Secret Professionnel; Jurisclasseur de droit pénal, verbo: Violation du secret professionnel; PERRAUD-CHARMANTIER, «Le secret professionnel, ses limites, ses abus», Paris, Librairie Générale, 1926; LEGENDRI, R., «Secret médical et monde contemporain», Paris, Foulon, 1955.
20. Art. 378 Code pénal français: «Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes, dépositaires par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors des cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 francs à 3000 francs. Toutefois, les personnes ci-dessus énumérées sans être tenues de dénoncer les avortements jugés par elles criminels dont elles ont eu connaissance à l'occasion de leur profession, n'encourent pas, si elles les dénoncent, les peines prévues au paragraphe précédent; citées en justice pour une affaire d'avortement, elles demeurent libres de fournir leur témoignage à la justice, sans s'exposer à aucune peine. Les mêmes personnes n'encourent pas les peines prévues à l'alinéa 1^{er} lorsqu'elles informent les autorités médicales ou administratives chargées des actions sanitaires et sociales des sévices ou privations sur la personne de mineurs de quinze ans et dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession. Citées en justice pour une affaire de sévices ou privations, sur la personne de ces mineurs, elles sont libres de fournir leur témoignage sans s'exposer à aucune peine».
21. Art. 458 Code pénal belge.
22. Art. 458 Code pénal luxembourgeois.

23. Voir à ce sujet: LEGEAIS, «La violation du secret professionnel» dans *Jurisclasseur de droit pénal*, art. 378, n° 21 et s.
24. Cass. Crim. 19-12-1885, D.P. 86-1-86.
25. Voir notamment: LEGEAIS, *op. cit.*, n° 17; ALMAZAC, R., «Les seules exceptions au principe du secret professionnel» *Gaz. Pal.* 1971 1. Doct. 113, REBOUL, «Cas limite du secret professionnel médical» *J.C.P.* 1950, Doct. 825.
26. Voir GULPHE, «Le secret professionnel en droit français», *Rapport au Congrès de l'Association Henri Capitant, Beyrouth, 1974.* Aussi LEGEAIS, *op. cit.*, n° 17.
27. WIGMORE, *op. cit.*, n° 2380, p. 818 et s.
28. N.Y. Rev. Stat. (1828) ch. 7, art. 9, sect. 73.
29. WIGMORE, *op. cit.*, n° 2286, p. 533, n° 2394, p. 869 et s. Voir aussi autorités citées note 40.
30. Arts. 26, 27, 29 et 37.
31. Arts. 209, 213, 219, 220 à 223.
32. Art. V, Rules, 503, 504, 506. Ces règles ont cependant fait l'objet de très vives critiques. Voir notamment: KRATTENMAKER, «Testimonial Privileges in Federal Courts: An Alternative to the Proposed Federal Rules in Evidence» (1973) 62 *Georgetown Law J.* 61; ROTHSTEIN, «The Proposed Amendments to the Federal Rules of Evidence» (1973) 62 *Georgetown Law J.* 125.
33. Voir *supra*, p. 6 etc.
34. Voir *supra*, p. 6.
35. Voir *supra*, p. 6.
36. Sur la question, voir entre autres: NOKES, «Professional Privilege» (1950) 66 *Law Q. Rev.* 88; LABONTE, «Le secret de la confession devant les tribunaux». Thèse Université de Montréal, 1958; «Note on Privileged Communications to Clergymen» (1955) 1 *Cath. Law Rev.* 200; LYON, «Privileged Communications, Penitent and Priest» (1964) 7 *Crim. Law Q.* 327.
37. WIGMORE, *op. cit.*, no. 2396, p. 878.
38. Voir NOKES, *op. cit.*, p. 98 et s.
39. Sur le secret professionnel médical, voir entre autres: DE WITT, «Privileged Communications between Physician and Patient», Springfield Thomas, 1958; FREEMAN, «Medical Privilege» (1954) 32 *C.B.R.* 1; BALDWIN, «Confidentiality between Physician and Patient» (1962) 22 *Mod. Law Rev.* 181; BROCK, «Medical Privileges» (1967) 36 *Man. B. News* 122; BAUDOIN, J.L. «Le secret professionnel du médecin, son contenu, ses limites» (1963) 41 *C.B.R.* 491.
40. Sur le secret professionnel du psychothérapeute, voir entre autres: GUTTMACHER et WEIKOFEN, «Privileged Communications between Psychiatrist and Patient» (1952) 28 *Ind. Law J.* 32; SLOVENKO, «Psychiatry and a Second Look at the Medical Privilege» (1960) 6 *Wayne L. Rev.* 175; «Psychotherapy, Confidentiality and Privileged Communication», Springfield Thomas, 1965. FISHER. «The Psychotherapeutic Professions and the Law of Privileged Communications» (1964) 10 *Wayne L. Rev.* 609; LOUISELL et SINCLAIR, «Reflection and the Law of Privileged Communications: The Psychotherapist-Patient Privilege in Perspective» (1971) 59 *Cal. Law Rev.* 30; MALONEY. «Psychiatrist-Patient Communications in Canadian Courts» (1971) *Mod. Med.* 9; KENNEDY, «The Psychotherapist Privilege» (1971) 12 *Wash. Law J.* 296.

41. LYON, «Privileged Communications between Penitent and Priest» (1964) 7 Crim. Law Q. 327, p. 328.
42. Proposed Federal Rules of Evidence, art. V, rule 504.
43. Voir supra ouvrages cités notes 19, 25 et 26 et LARGUIER, «Certificats médicaux et secret professionnel», Paris, Daloz, 1963.
44. C'est par exemple le cas prévu par la législation québécoise «*Loi de l'hygiène publique*» S.R.Q., 1964, ch. 161, art. 70; «*Loi des maladies vénériennes*» S.R.Q., 1964, ch. 168, art. 3, 4, 12. Voir aussi, «*Ontario Venereal Diseases Prevention Act*» R.S.O., 1960, ch. 415.
45. Voir: «Privileged Communications: Accountants and Accounting» (1968) 66 Mich. L. Rev. 1264.
46. Voir entre autres sur la question: KIRKPATRICK, «Privileged Communications in the Correction Services» (1964) 7 Crim. Law Quart. 305; BARNETT, and GRONEWOLD, «Confidentiality of the Presentence Report» (1962) 26 Fed. Prob. 26; «The Social Worker-Client Relationship and Privileged Communications» (1955) Wash. U. Law Q. 362; LEBLANC, P., «Privileged Communications and the Counsellor» (1972) 7 McGill J. of Education 11.