

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

L'affaire *Chaoulli c. Procureur général du Québec*: appartient-il aux tribunaux de remettre en question les objectifs politiques qui modèlent le système de santé?*

Geneviève TREMBLAY McCAIG**

Résumé

La Cour suprême du Canada a récemment déclaré les dispositions de la Loi sur l'assurance maladie et de la Loi sur l'assurance-hospitalisation interdisant de souscrire une assurance privée pour des soins de santé couverts par l'assureur public incompatibles avec les Chartes canadienne et québécoise. Selon les juges majoritaires, cette interdiction porte atteinte aux droits à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de la personne, puisqu'elle limite l'accès à des soins de santé pour lesquels il n'y aurait

Abstract

The Supreme Court of Canada recently ruled that the provisions of the Health Insurance Act and of the Hospital Insurance Act forbidding the underwriting of a private insurance policy covering health care items already covered by public insurance were incompatible with the Canadian and the Quebec Charters. According to the majority judges, such a ban is a violation of the rights to life, security and integrity of the person since it does limit access to health care services for which there wouldn't

* Une version antérieure de ce texte, légèrement différente, a été publiée sous le titre « Le temps est venu de remettre en question la validité des objectifs politiques qui ont modelé notre système de santé : Cette tâche revient-elle aux tribunaux ? » dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec*, vol. 240, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel 2006*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 117. Nous remercions l'éditeur des *Développements récents* de son aimable autorisation.

** L'auteure était professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke lorsque ce texte a été rédigé.

pas de délais d'attente analogues à ceux associés au régime public. Et si ces délais étaient plutôt dus à l'accessibilité, à la transférabilité, à l'universalité, à l'intégralité ou encore à la gestion publique du régime d'assurance-santé? Appartient-il aux tribunaux de questionner les objectifs politiques sur la base desquels le système de santé a été organisé et structuré?

be delays similar to those associated with the public scheme. What if such delays were due, instead, to the accessibility, transferability, universality and comprehensiveness, or to the public management, of the Health Insurance Scheme? Is it the responsibility of the Courts to question the political objectives on which the organization and structure of the healthcare system have been based?

Plan de l'article

Introduction	161
I. La structure actuelle du système de santé	162
A. L'ascendant de la <i>Loi canadienne sur la santé</i>	162
1. Les principes de gestion publique, d'intégralité, d'universalité, de transférabilité et d'accessibilité ...	163
2. L'interdiction de souscrire une assurance-santé privée.....	167
B. L'affaire <i>Chaoulli c. Procureur général du Québec</i>	171
1. La position majoritaire	171
2. La position minoritaire	174
II. Le rôle des tribunaux dans la restructuration du système de santé	176
A. La déclaration d'incompatibilité avec les droits individuels.....	176
1. La portée du droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité.....	177
2. La définition de la justice fondamentale substantive	185
B. La remise en question des objectifs du régime de santé.....	190
1. Le contrôle judiciaire du caractère raisonnable des objectifs	191
2. La révision législative des objectifs initiaux.....	200
Conclusion	204

Le gouvernement fédéral a assis l'idée d'un régime national d'assurance-santé en édictant la *Loi canadienne sur la santé*¹. Cette loi qui s'articule autour de cinq grands principes, à savoir la gestion publique, l'intégralité, l'universalité, la transférabilité et l'accessibilité, assujettit la contribution pécuniaire du gouvernement fédéral en matière de santé au respect par les provinces de ces exigences. Ces principes qui n'étaient au départ que de simples conditions d'octroi, sont devenus des objectifs politiques pour les gouvernements auxquels l'électorat n'hésite pas à les renvoyer. Cependant, la demande grandissante pour les soins de santé et des ressources humaines et financières limitées, et parfois mal gérées, ont peu à peu contribué à effriter ce modèle. Depuis quelques années, le problème des listes d'attente pour des services assurés par le régime public en amène plusieurs à critiquer vertement le système de santé public.

En juin 2005, la Cour suprême du Canada a fait une autre brèche dans ce système en déclarant que l'interdiction de souscrire une assurance pour des services de santé couverts par le régime public contrevenait au droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de la personne garanti par les Chartes des droits et libertés, et n'est pas justifiable au regard de leurs dispositions justificatives. En ouvrant la porte à l'assurance privée pour des services assurés, la Cour remet en cause les fondements du régime d'assurance-santé. Aujourd'hui, cette décision force le gouvernement à revoir les choix de principe qu'il a faits, c'est-à-dire maintenir un système de santé public à payeur unique pour des soins médicalement nécessaires, accessibles à tous en fonction uniquement de leurs besoins. L'affaire *Chaoulli* soulève cependant des questions. Appartient-il aux juges d'exercer des pressions sur les élus pour qu'ils réforment le régime public ou, plutôt, à la population qu'ils représentent? Si le temps est venu de remettre en question la validité des objectifs politiques qui modèlent notre système de santé, ce rôle revient-il aux tribunaux ou aux instances politiques?

¹ *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. (1985), c. C-6 (ci-après citée : «LCS»).

I. La structure actuelle du système de santé

Au début des années vingt, l'État commence à faire l'objet de pressions pour intervenir dans le secteur de la santé. Les autorités publiques sont amenées à prendre le relais des familles, de l'environnement immédiat (voisinage, paroisse), des communautés religieuses, des médecins de village et des compagnies privées d'assurance. Les valeurs ayant justifié l'intervention étatique, dont l'égalité, l'équité et la solidarité nationale, sont traduites par le législateur en objectifs politiques qui modèlent encore aujourd'hui notre régime d'assurance-santé². Ces objectifs politiques ont récemment été questionnés par le plus haut tribunal de ce pays, lorsque certaines tensions profondes du système de santé ont été portées à son attention. La décision de la Cour suprême du Canada a remis en cause le mode d'intervention étatique dans ce secteur, forçant du même coup les instances politiques à revoir les choix qui ont structuré le système de santé.

A. L'ascendant de la *Loi canadienne sur la santé*

La *Loi canadienne sur la santé*³ assujettit l'octroi à une province ou à un territoire de la pleine contribution pécuniaire du gouvernement fédéral à l'obligation pour le régime d'assurance-santé provincial ou territorial de satisfaire à cinq conditions, soit la gestion publique, l'intégralité, l'universalité, la transférabilité et l'accessibilité⁴. Par exemple, le Québec doit s'assurer que les régimes provinciaux d'assurance-hospitalisation et d'assurance maladie qu'il a institués en vertu de la compétence que lui attribue la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵ en matière de santé soient par ailleurs conformes

² Entre 1948 et 1965, le gouvernement fédéral instaure un programme de subventions destiné en bonne partie à la construction d'hôpitaux et propose aux provinces des programmes d'assurance-hospitalisation et d'assurance maladie à frais partagés. L'adhésion du Québec à ces programmes résulte notamment en l'adoption des premières versions de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* et de la *Loi sur l'assurance maladie*.

³ Précitée, note 1.

⁴ En plus d'être assujettie à des conditions d'octroi, la contribution pécuniaire fédérale est également attachée à l'obligation pour le gouvernement provincial ou territorial de respecter deux conditions de versement : la communication de renseignements et la reconnaissance des transferts fédéraux : art. 7 et 13 LCS.

⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, L.R.C. (1985), app. II, n° 5, art. 91 et 92.

aux exigences de la *Loi canadienne sur la santé* afin de ne pas se voir imposer une réduction ou une retenue de la contribution pécuniaire fédérale versée à titre d'élément du *Transfert canadien en matière de santé*⁶.

1. Les principes de gestion publique, d'intégralité, d'universalité, de transférabilité et d'accessibilité

Le régime canadien d'assurance-santé se fonde sur des principes de gestion publique, d'intégralité, d'universalité, de transférabilité et d'accessibilité. Ces principes sont définis aux articles 8 à 12 LCS. Dans sa lettre d'interprétation de 1985⁷, l'ancien ministre fédéral de la Santé, Jake Epp, a précisé le sens que le gouvernement fédéral entendait donner à ces conditions d'octroi de sa contribution pécuniaire en vertu des transferts fédéraux en santé. Selon lui, la lecture individuelle de chacun de ces principes doit bien entendu tenir compte de l'objectif premier de la politique canadienne de la santé, soit « de protéger, de favoriser et d'améliorer le bien-être physique et mental des habitants du Canada et de faciliter un accès satisfaisant aux services de santé, sans obstacles d'ordre financier ou autre⁸ ». Elle doit, à tout le moins, tenter de traduire l'engagement de l'État à offrir à tous la possibilité d'accéder à des soins de santé essentiels en fonction uniquement de leurs besoins.

Le principe de gestion publique, défini à l'article 8 LCS, assure que « les régimes d'assurance-santé provinciaux et territoriaux sont gérés par une autorité publique sans but lucratif relevant du gouvernement provincial ou territorial pour les décisions concernant les niveaux de services et les services eux-mêmes, et assujettie à la vérification publique de ses comptes et de ses opérations financières »⁹. Ce principe établit un système à payeur unique pour les services de santé assurés en vertu du régime d'assurance-santé régi par le gouvernement ou un organisme qu'il délègue. Il suppose le maintien

⁶ Art. 14-21 LCS.

⁷ Jake EPP, *Lettre Epp*, Ottawa, Ministre de la Santé et du Bien-être social, 15 juillet 1985, en ligne : [www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/interpretation/index_f.html#epp] (ci-après citée : « *Lettre Epp* »).

⁸ Art. 3 LCS.

⁹ *Id.*

d'un système public sur lequel le gouvernement a suffisamment de contrôle pour assurer sa conformité aux exigences de la *Loi canadienne sur la santé* (notamment, les principes d'intégralité, d'universalité, de transférabilité et d'accessibilité) et, par conséquent, aux objectifs politiques qu'elle met de l'avant. Est-ce à dire que le principe de gestion publique exclut l'existence d'un système privé parallèle à payeurs multiples pour des services de santé par ailleurs couverts par le régime public? Non, si les deux systèmes peuvent coexister sans s'entrechoquer. Oui, si cela menace l'intégrité du régime d'assurance-santé public¹⁰. Comme le souligne la Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada dans son rapport :

Ce principe fait en sorte qu'un système à payeur unique demeure la pierre angulaire du système canadien. Comparativement à un système d'assurance privé à payeurs multiples, un système à payeur unique présente deux avantages importants : il permet de mieux contrôler les coûts et favorise un accès équitable (Maynard et Dixon 2002).¹¹

Le principe d'intégralité, défini à l'article 9 LCS, veut dire actuellement que «le régime provincial ou territorial d'assurance-santé couvre tous les services de santé assurés fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes (c'est-à-dire les services de chirurgie dentaire qui doivent être assurés dans un hôpital) et lorsque la loi de la province le permet, les services semblables ou additionnels fournis par les autres professionnels de la santé»¹². Ce principe garantit en théorie que tous les services médicalement nécessaires sont couverts par le régime d'assurance-santé et, conséquemment, que les assurés n'ont pas à payer directement pour de tels services. En pratique, sa protection se limite aux services assurés, soit en général les services qu'on considère requis au point de vue médical, qui sont fournis par des hôpitaux et des médecins, compte tenu des ressources financières disponibles. Cela signifie par exemple que les services diagnostiques, tels les tests d'imagerie par résonance

¹⁰ Cela peut notamment être le cas lorsqu'en pratique, les individus ne font pas face à deux systèmes de santé parfaitement parallèles, mais bien à un système de santé à «deux vitesses».

¹¹ CANADA, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Guidé par nos valeurs : L'avenir des soins de santé au Canada - Rapport final*, Ottawa, La Commission, Novembre 2002, p. 65 (ci-après cité : «Rapport Romanow»).

¹² *Lettre Epp, op. cit.*, note 7.

magnétique (IRM), ne sont assurés que s'ils sont dispensés par un hôpital¹³. Comme le rappelle le *Rapport Romanow* :

*Le principe de l'intégralité met en évidence l'écart entre les services qui devraient théoriquement être couverts par le régime d'assurance-santé et les services qui le sont effectivement en tant que « services de santé assurés » en vertu de la Loi canadienne sur la santé actuelle. Cet écart est dû principalement à l'impossibilité pour le Trésor public de financer sur-le-champ tous les services de santé. La probité dans le domaine financier exige que les services soient ajoutés au fur et à mesure que les ressources fiscales le permettent. Au Canada, les services hospitaliers ont été les premiers assurés au cours des années 1950; vinrent ensuite les services médicaux, au cours des années 1960. Chaque nouvelle étape a été précédée d'un long débat au sujet des ressources nécessaires pour financer de tels services.*¹⁴

Le principe d'universalité, défini à l'article 10 LCS, garantit que « tous les résidents assurés de la province ou du territoire ont droit aux services de santé assurés offerts par le régime d'assurance-santé provincial ou territorial selon des modalités uniformes »¹⁵. Ce principe fait en sorte que presque tous les habitants du Canada sont couverts par le régime d'assurance-santé à partir du moment où ils satisfont à la définition d'assuré. À quelques exceptions près, il suffit de résider ou de séjourner dans l'une des provinces ou l'un

¹³ Le *Rapport Romanow* souligne l'importance de définir plus clairement la protection offerte par la *Loi canadienne sur la santé*. Il appuie ces propos en rappelant que :

à l'heure actuelle, d'un bout à l'autre du pays, les personnes qui veulent avoir accès à des services diagnostiques avancés doivent composer avec des longues listes d'attentes. Les données dont on dispose laissent entrevoir que, comparativement à d'autres pays, le Canada n'a peut-être pas assez investi dans certains services diagnostiques innovateurs et plus coûteux. Un « marché privé » s'est donc développé pour offrir les services diagnostiques plus rapidement. Par exemple, le patient qui ne veut pas attendre dans le secteur public peut payer (s'il en a les moyens) des services privés d'IRM. Toutefois, si les résultats du test révèlent un problème grave nécessitant un traitement immédiat, le patient va pouvoir passer devant les autres qui attendent un diagnostic et un traitement éventuel. Une telle situation soulève un problème. L'accès à un traitement anticancéreux, par exemple, est accordé en fonction de l'urgence du besoin, qui ne peut être déterminée sans un diagnostic précis au moyen d'un ou plusieurs tests. Si de tels tests peuvent s'acheter sur le marché privé, l'accès initial n'est donc pas déterminé par le besoin mais par la capacité de payer.

Rapport Romanow, op. cit., note 11, p. 69.

¹⁴ *Id.*, p. 68.

¹⁵ *Lettre Epp, op. cit., note 7.*

des territoires canadiens pour être admissible. Le droit aux services assurés ne dépend pas du statut d'emploi, du revenu ou encore de l'assurabilité de chaque personne. En ce sens, le principe d'universalité vise à favoriser l'équité du régime d'assurance-santé.

Le principe de transférabilité, défini à l'article 11 LCS, signifie que :

*Les résidents qui déménagent dans une autre province ou un autre territoire continuent d'être protégés par le régime de leur province ou territoire « d'origine » pendant la période d'attente minimale imposée par le régime de la nouvelle province ou du nouveau territoire de résidence. [...] Les résidents qui sont temporairement absents de leur province, de leur territoire ou du Canada doivent continuer d'être couverts pour les services de santé assurés pendant leur absence.*¹⁶

Ce principe fait en sorte d'étendre la protection du régime d'assurance-santé lorsque les assurés qui déménagent d'une province à l'autre ou voyagent à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada ont besoin de services couverts par la LCS.

Enfin, le principe d'accessibilité, défini à l'article 12 LCS, soutient « l'accès raisonnable pour les résidents d'une province ou d'un territoire aux services hospitaliers, médicaux et de chirurgie buccale assurés, selon des modalités uniformes et sans qu'il soit restreint, directement ou indirectement, par des frais modérateurs, une surfacturation ou d'autres moyens »¹⁷. Ce principe fait en sorte d'éliminer les obstacles, dont notamment les frais modérateurs et la surfacturation, qui sont susceptibles de limiter l'accès aux services de santé assurés. Il vise également à assurer que tous les habitants du Canada accèdent aux services assurés en fonction uniquement de leurs besoins. Aucun autre facteur ne devrait en principe influencer sur l'accès aux soins de santé assurés. Cela signifie par exemple que la capacité financière d'un assuré ne devrait pas lui permettre d'accéder plus rapidement à des services de santé médicalement nécessaires. Le principe d'accessibilité est sans conteste un pilier du régime d'assurance-santé. Tout comme le principe d'universalité, « il témoigne de l'engagement du système à préserver et à promouvoir l'équité pour tous les Canadiens »¹⁸.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Rapport Romanow, op. cit.*, note 11, p. 65.

2. L'interdiction de souscrire une assurance-santé privée

En adhérant aux programmes à frais partagés d'assurance-hospitalisation, puis d'assurance maladie proposés par le gouvernement fédéral, les provinces ont, en quelque sorte, donné leur aval à ce qui allait être le modèle national d'assurance-santé. Bien plus que de simples conditions d'octroi, les principes de la *Loi canadienne sur la santé* qu'a ensuite édictés le Parlement du Canada sont devenus des objectifs politiques pour les gouvernements fédéral et provinciaux que la population canadienne s'attend à voir atteindre ou, du moins, à tout mettre en œuvre pour y arriver. Ainsi, « [s]ous bien des angles, elle [la *Loi canadienne sur la santé*] est devenue un symbole auquel ils s'identifient. Les Canadiens considèrent cette loi comme une institution, et ses cinq principes, comme le reflet fidèle de leurs valeurs »¹⁹.

Étant donné leur compétence dans le domaine de la santé²⁰, les provinces sont responsables de l'administration, de l'organisation et de la prestation de services de santé à leurs résidents. Il leur appartient donc d'aménager leur régime d'assurance-santé de manière à atteindre les objectifs politiques qu'elles ont faits leurs, en adhérant aux programmes nationaux. Bien que les provinces et territoires optent parfois pour des stratégies différentes pour satisfaire aux conditions de la *Loi canadienne sur la santé*, les principes édictés par le législateur fédéral modèlent sans aucun doute leur régime respectif. Aujourd'hui, les Canadiens semblent non seulement partager une vision commune de leur système de santé, mais ils ont également des attentes similaires envers celui-ci et en font, de façon

¹⁹ *Id.*, p. 64.

²⁰ En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 5, qui a instauré le partage des compétences entre le fédéral et les provinces, ces dernières jouissent de compétences exclusives relativement aux hôpitaux (par. 92 (7)), ainsi qu'à la profession médicale et à la pratique de la médecine (par. 92 (13) et (16)). Elles ont, de façon générale, compétence dans le domaine de la santé en raison de leurs pouvoirs dans les matières de nature locale ou privée (par. 92 (16)). Ainsi, comme le rappellent Henri Brun et Guy Tremblay « [d]ans *Eldridge c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 624, 646-648, la Cour a reconnu que les programmes d'assurance-hospitalisation et d'assurance maladie relèvent de la compétence provinciale exclusive en vertu de 92(7), (13) et (16), mais elle a confirmé en même temps le droit du fédéral d'imposer des normes nationales par son pouvoir de dépenser » : Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 545.

générale, la même critique à la grandeur du pays. Le *Rapport Romanow* souligne à ce sujet :

*Au départ, les principes de la Loi canadienne sur la santé n'étaient que de simples conditions liées au financement de l'assurance-santé par le gouvernement fédéral. Au fil des ans, ce concept s'est grandement élargi. Aujourd'hui, ces principes représentent aussi bien les valeurs qui sous-tendent le système de santé que les conditions imposées par les gouvernements pour le financement public d'un système national de santé. Les principes ont résisté à l'épreuve du temps et correspondent toujours aux valeurs de la population canadienne.*²¹

En somme, les moyens que les gouvernements provinciaux mettent de l'avant pour atteindre les objectifs politiques nationaux peuvent varier. Les provinces jouissent en effet d'une marge de manœuvre à cet égard. Cependant, l'effet combiné des mesures qu'elles adoptent fait généralement en sorte que leur régime d'assurance-santé soit dans l'ensemble conforme au modèle canadien. Les choix que font les provinces dépendent de divers facteurs. Comme le soulignent Pierre Bergeron et France Gagnon, « [a]u-delà du mode d'intervention globalement privilégié par une société donnée, un système de santé comporte toujours des compromis liés au contexte socio-politico-économique de cette même société »²². Conséquemment, les moyens employés par un gouvernement doivent être considérés comme des éléments d'un système plus complexe qui ont été choisis en fonction des réalités spécifiques de chaque province.

En ce sens, l'interdiction de souscrire une assurance privée pour des soins de santé couverts par le régime public est un exemple de compromis pour lequel certaines provinces ont opté afin de préserver, en pratique, le caractère accessible, transférable, universel, intégral et public de leur système de santé. Cette interdiction doit d'une part être analysée en relation avec les autres mesures prises par le législateur, telle que la possibilité pour un médecin de se désengager du système public, c'est-à-dire d'exercer sa profession en dehors des cadres du régime institué par la loi en acceptant néanmoins d'être rémunéré suivant le tarif prévu à une entente (le montant des honoraires étant payé à ses patients par l'assureur

²¹ *Rapport Romanow, op. cit.*, note 11, p. 64 et 65.

²² Pierre BERGERON et France GAGNON, « La prise en charge étatique de la santé au Québec », dans Vincent LEMIEUX, Pierre BERGERON, Clermont BÉGIN et Gérard BÉLANGER (dir.), *Le système de santé au Québec. Organisations, acteurs et enjeux*, Sainte-Foy, P.U.L., 1994, p. 10.

public)²³ ou de ne pas y participer, c'est-à-dire d'exercer sa profession en dehors des cadres du régime institué par la loi mais en n'acceptant pas d'être rémunéré suivant le tarif prévu à une entente (ses patients assumant eux-mêmes le paiement des honoraires qu'il fixe librement)²⁴. Elle doit d'autre part être replacée dans un contexte plus large. On ne peut négliger les facteurs politiques, économiques, sociaux et culturels particuliers ayant joué sur le choix de ces moyens comme, par exemple, le caractère libéral de la profession médicale qui suppose qu'un médecin puisse pratiquer dans le secteur privé ou l'existence d'un marché pour des soins de santé privés.

L'interdiction de souscrire une assurance-santé privée pour des services couverts par le régime public est une manière de restreindre le développement d'un système de santé parallèle en réduisant le marché pour les soins de santé privés (la demande pour les soins de santé privés se limitant aux personnes ayant la capacité de payer). Une autre façon d'y arriver est de faire en sorte que les médecins n'aient pas d'avantage financier à exercer leur profession en dehors du régime public en leur interdisant de facturer aux patients plus que ce qu'ils recevraient suivant le tarif prévu par le régime public. Dans certains cas, il suffit que les médecins soient obligés de pratiquer exclusivement dans le système privé une fois qu'ils ont fait ce choix pour les en dissuader²⁵. Il arrive également qu'aucune intervention étatique ne soit nécessaire, lorsqu'il n'existe pas de marché pour les soins de santé privés en raison, par exemple, de conditions socio-économiques particulières.

Les services de santé privés ne sont pas prohibés. Dans les faits, seuls les contrats d'assurance pour des services de santé couverts par le régime public qui sont dispensés par un médecin non parti-

²³ Voir, par exemple, l'article 1 d) de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., c. A-29 (ci-après citée : « LAM »).

²⁴ Art. 1 e) LAM.

²⁵ Les aléas inhérents au marché des soins de santé privés peuvent en effet en décourager plus d'un. Au sujet des différents mécanismes pouvant servir à empêcher le développement d'un marché rentable pour des services de santé privés, voir : Marie-Claude PRÉMONT, « Le régime public universel de santé du Québec : Le devoir d'agir suite au jugement de la Cour suprême », 12 juin 2005, en ligne : [www.healthcoalition.ca/chamcp.pdf]; Marie-Claude PRÉMONT, « Le régime public universel de santé du Québec : L'urgence d'agir suite au jugement de la Cour suprême », *Le Devoir*, jeudi 16 juin 2005, Section Idées.

cipant le sont, lorsque les provinces ont fait ce choix. Cela signifie par conséquent qu'il est possible de souscrire une assurance privée pour des services qui ne sont pas assurés en vertu de la *Loi sur l'assurance maladie* ou de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*²⁶. Cette interdiction est un moyen pour le gouvernement de limiter le marché des soins privés dans le but de préserver l'intégrité du régime d'assurance-santé actuel, sans nier aux professionnels le droit d'exercer en dehors du cadre du régime public. La crainte de voir se développer un « système de santé à deux vitesses », qu'elle soit fondée ou non, semble en effet justifier ce mode d'intervention étatique :

*En ce qui concerne le paiement par des particuliers pour des services de santé assurés, Santé Canada se préoccupe de toute tendance vers la privatisation qui résulterait en un système de santé à deux vitesses dans le cadre duquel des personnes pourraient payer pour avoir un accès plus rapide à des services médicalement nécessaires auprès d'un hôpital ou d'un médecin. Ce genre de système représente une menace envers les principes fondamentaux de la LCS et, par conséquent, de l'ensemble du système de soins de santé. L'accès aux soins de santé assurés doit être basé sur le besoin et non la capacité financière.*²⁷

L'interdiction de souscrire une assurance privée n'est pas le seul compromis du système de santé. À titre d'exemple, on confère parfois aux personnes assurées le droit d'exiger que l'assureur public assume ou rembourse le coût des services médicalement nécessaires rendus en dehors de la province lorsque ces services n'y sont pas disponibles ou qu'ils ne peuvent être fournis en temps utile²⁸. D'autres aménagements peuvent également être faits. Il revient aux provinces d'actualiser leurs stratégies en fonction du contexte socio-politico-économique qui leur est propre, afin que leur régime d'assurance-santé soit, en pratique, conforme aux principes de la LCS. Mais il se peut aussi que le temps soit simplement venu de

²⁶ C'est notamment le cas pour les tests diagnostiques qui ne sont pas rendus dans un centre hospitalier : *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie*, R.R.Q. (1981), c. A-29, r. 1, art. 22. Voir aussi le commentaire, *supra*, note 13.

²⁷ SANTÉ CANADA, *Loi canadienne sur la santé. Administration et conformité*, en ligne : [www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/administration/index_f.html].

²⁸ Voir : *Loi sur l'assurance maladie*, précitée, note 23, art. 3, 10 et 11 ; *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie*, précité, note 26, art. 23.1 et 23.2 ; *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., c. A-28, art. 15 (ci-après citée : « LAH »). Voir aussi : *Stein c. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416 (C.S.).

remettre en question la validité de ces objectifs politiques qui ont modelé le système de santé.

B. L'affaire *Chaoulli c. Procureur général du Québec*

Récemment, le gouvernement du Québec a fait connaître les mesures qu'il entend prendre en réponse au jugement de la Cour suprême du Canada du 5 juin 2005 qui a invalidé les dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie*²⁹ et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*³⁰ interdisant aux Québécois de souscrire une assurance privée pour des soins de santé couverts par l'assureur public³¹. À la demande de M. Zéliotis, personne assurée dénonçant les délais subis pour une intervention chirurgicale à la hanche, et du Dr Chaoulli, médecin n'étant pas parvenu à faire reconnaître ses activités de soins à domicile et à obtenir un permis d'exploitation pour un hôpital privé, la Cour a déclaré que cette interdiction contrevient au droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de sa personne garanti par les Chartes des droits et libertés, puisqu'elle empêche les personnes qui n'ont pas la capacité de payer d'avoir accès à des soins qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au système de santé public.

1. La position majoritaire

Le jugement de la Cour suprême du Canada *Chaoulli c. Procureur général du Québec*³² n'est pas unanime. Quatre juges sur sept, les juges McLachlin, Major, Bastarache et Deschamps, ont déclaré l'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*³³ et l'article 11 de la *Loi*

²⁹ *Loi sur l'assurance maladie*, précitée, note 23, art. 15.

³⁰ *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, précitée, note 28, art. 11.

³¹ Voir la réponse au jugement de la Cour suprême *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791, proposée par le gouvernement Charest : *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2006, c. 43; QUÉBEC, Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Garantir l'accès : Un défi d'équité, d'efficacité et de qualité. Document de consultation*, février 2006, en ligne : [<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2005/05-721-01.pdf>]. Cette décision suscite également l'intérêt en dehors du Québec : Voir, notamment : Colleen M. FLOOD, Lorne SOSSIN et Kent ROACH (dir.), *Access to Care, Access to Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 2005.

³² *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31.

³³ *Loi sur l'assurance maladie*, précitée, note 23.

sur l'assurance-hospitalisation³⁴ inconstitutionnels, alors que les trois autres, les juges Lebel, Binnie et Fish, ont soutenu le contraire³⁵. Parmi les juges majoritaires, seule la juge Deschamps fonde sa décision sur les articles 1 et 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁶. Au paragraphe 102 de leur opinion, la juge en chef McLachlin et le juge Major, avec l'accord du juge Bastarache, souscrivent cependant à la conclusion de la juge Deschamps selon laquelle l'interdiction de souscrire une assurance privée pour des services de santé couverts par le régime public n'est pas conforme à l'article 1 de la Charte québécoise et qu'elle ne peut être justifiée en vertu de l'article 9.1, sans néanmoins motiver leur position à cet égard³⁷. Ils fondent plutôt leur décision sur les articles 7 et 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁸. La juge en chef McLachlin et le juge Major, avec l'accord du juge Bastarache, concluent que les articles 15 LAM et 11 LAH portent atteinte au droit garanti à l'article 7 de la Charte canadienne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, et que cette atteinte n'est pas justifiable au regard de l'article 1 (à l'opposé, le juge Lebel et le juge Binnie, avec l'accord du juge Fish, sont d'avis que l'atteinte au droit garanti à l'article 7 est en l'espèce conforme aux principes de justice fondamentale).

La juge Deschamps fait appel à l'article 1 de la Charte québécoise, plus large que l'article 7 de la Charte canadienne en raison de l'absence de référence aux principes de justice fondamentale qui

³⁴ *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, précitée, note 28.

³⁵ La juge Piché de la Cour supérieure du Québec et les juges Brossard, Delisle et Forget de la Cour d'appel du Québec ont tous conclu que l'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie* et l'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* étaient constitutionnels, puisqu'ils ne portaient atteinte à aucun des droits invoqués par M. Zeliotis et le Dr Chaoulli : *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, [2000] R.J.Q. 786 (C.S.); C.A. Montréal, n° 500-05-035610-979, 22 avril 2002.

³⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 [ci-après citée : « Charte québécoise »].

³⁷ La juge en chef McLachlin et le juge Major se contentent en effet d'écrire : « Nous souscrivons à la conclusion de notre collègue selon laquelle l'interdiction de souscrire à une assurance-maladie privée contrevient à l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, L.R.Q., c. C-12, et n'est pas justifiable au regard de l'art. 9.1 » : *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 102.

³⁸ *Charte canadienne des droits et libertés* [annexe B de la *Loi de 1982 sur la Canada* (1982, (R.-U.), c. 11)], dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44 (ci-après citée : « Charte canadienne »).

limite la portée de cette dernière disposition³⁹. Après avoir déterminé que la protection de l'article 1 de la Charte québécoise ne se limite pas au contexte de l'administration de la justice, la juge Deschamps conclut que la mesure choisie par le législateur québécois porte atteinte au droit à la vie et à l'intégrité physique, psychologique et morale en empêchant les personnes assurées d'avoir accès à des soins de santé privés non assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public qui augmentent le risque de mortalité ou de blessures irrémédiables, ou imposent des souffrances jusqu'à en affecter la qualité de vie.

Selon la juge Deschamps, cette atteinte n'est pas non plus justifiable en vertu de l'article 9.1 de la Charte québécoise. Bien qu'elle reconnaisse que la préservation de l'intégrité du régime de santé public est un objectif urgent et réel ayant un lien rationnel avec l'interdiction de souscrire une assurance privée, la juge conclut cependant que cette mesure gouvernementale ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale puisque le législateur « dispose de plusieurs moyens pour protéger l'intégrité du régime québécois »⁴⁰, à l'exemple d'autres provinces canadiennes et pays de l'OCDE. À son avis, rien ne justifie par ailleurs la Cour de faire preuve de déférence en l'espèce. Celle-ci affirme au contraire que :

Le gouvernement tarde à agir depuis de nombreuses années et la situation ne cesse de se détériorer. Il ne s'agit pourtant pas d'un cas où les données scientifiques manquantes pourraient permettre de prendre une décision plus éclairée. Le principe de prudence, si populaire en matière d'environnement et de recherche médicale, ne peut être transposé en l'espèce. [...] Le gouvernement a certes le choix des moyens, mais il n'a pas celui de ne pas réagir devant la violation du droit à la sécurité des Québécois. Le gouvernement n'a pas motivé son inaction. L'inertie ne peut servir d'argument pour justifier la déférence.⁴¹

³⁹ La juge Deschamps introduit sa décision en posant la question suivante : « Il est interdit aux Québécois de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services dispensés par le régime de santé public québécois. Cette prohibition est-elle justifiée par le besoin de préserver l'intégrité du système ? » : *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 1 et 14. La formulation de cette question introductive est pour le moins intéressante. En effet, la juge Deschamps ne demande pas si l'interdiction de contracter une assurance privée porte atteinte au droit garanti à l'article 1 de la Charte québécoise, mais plutôt si la prohibition est « justifiée par le besoin de préserver l'intégrité de ce régime ».

⁴⁰ *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 84.

⁴¹ *Id.*, par. 97.

La juge en chef McLachlin et le juge Major, avec l'accord du juge Bastarache, souscrivent aux conclusions de la juge Deschamps en ce qui a trait aux articles 1 et 9.1 de la Charte québécoise, mais choisissent plutôt de motiver leur décision sur la base des articles 7 et 1 de la Charte canadienne. À l'instar de la juge Deschamps et des juges Lebel, Binnie et Fish (dissidents sur d'autres points), ils statuent qu'il est contraire au droit à la vie et à la sécurité des Québécois de leur interdire de contracter une assurance-santé privée lorsque cela a pour effet de les exposer à de longs délais d'attente desquels risquent de résulter des préjudices physiques ou psychologiques.

Selon ces derniers, l'atteinte au droit à la vie et à la sécurité n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale étant donné le caractère arbitraire de la mesure gouvernementale. La juge en chef McLachlin et le juge Major, avec l'accord du juge Bastarache, concluent qu'«en raison des délais d'attente pour un traitement qui causent des souffrances physiques et psychologiques, l'interdiction de souscrire une assurance privée compromet arbitrairement le droit des Canadiens à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne»⁴², puisqu'elle n'est pas nécessaire ni même liée au maintien d'un système de santé public de qualité. Considérant qu'il n'existe pas de lien rationnel entre l'intervention du législateur et l'objectif visé ni de proportionnalité entre ses effets bénéfiques et préjudiciables, ils refusent par conséquent de sauvegarder les dispositions contestées au regard de l'article premier de la Charte canadienne.

2. La position minoritaire

Le juge Lebel et le juge Binnie, avec l'accord du juge Fish, émettent d'entrée de jeu d'importantes réserves quant au rôle des tribunaux dans cette affaire. Avant même de débiter leur analyse, ils soulignent le danger de pousser trop loin la portée de certains courants d'interprétation de la Charte canadienne. Sans qualifier la question qui leur est soumise de «non-justiciable», ils font néanmoins preuve de retenue à l'endroit des choix du législateur. Ceux-ci rappellent en effet que :

La Loi canadienne sur la santé, L.R.C. 1985, ch. C-6, et les lois provinciales équivalentes reposent sur une politique d'accès aux soins de

⁴² *Id.*, par. 153.

santé fondée sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. Certes, la preuve démontre que le système de santé établi pour mettre en œuvre cette politique connaît des difficultés graves et persistantes. Cela ne signifie pas pour autant que les tribunaux sont bien placés pour remédier à la situation. La résolution d'un débat d'orientation aussi factuel et complexe ne s'enferme pas aisément dans le cadre que définissent la compétence et les procédures institutionnelles des cours de justice. Les tribunaux ne peuvent recourir à l'art. 7 de la Charte canadienne, pour court-circuiter les débats publics sur la question, que si le régime de santé actuel viole « un principe de justice fondamentale » reconnu.⁴³

Bien que les juges dissidents acceptent la conclusion de la majorité selon laquelle « dans certaines circonstances, certains Québécois peuvent voir leur vie ou la “sécurité de leur personne” compromise par l'interdiction de souscrire une assurance-maladie privée »⁴⁴, ils n'y voient là aucune violation des principes de justice fondamentale. À leur avis, le moyen qu'a choisi le gouvernement pour atteindre son objectif n'est pas arbitraire, puisqu'il existe un lien entre les deux, à la fois en principe et en pratique. Les articles 15 LAM et 11 LAH élèvent des « barrières économiques contre l'accès aux soins » visant à empêcher l'établissement d'un système de soins privés parallèle qui viendrait détourner des ressources au détriment du régime de santé public. Les juges Lebel et Binnie, avec l'accord du juge Fish, concluent que l'interdiction de contracter une assurance pour des services couverts par l'assureur public est non seulement compatible avec l'intérêt de l'État « à ce que le plus grand nombre possible de gens aient accès à des soins de santé de grande qualité à un coût raisonnable, et ce, d'une manière conforme aux principes d'efficacité, d'équité et de responsabilité financière »⁴⁵, mais aussi directement liée à celui-ci, et donc non arbitraire.

Enfin, les juges Lebel et Binnie soutiennent que l'article 1 de la Charte québécoise, lu conjointement avec l'article 9.1 qui édicte que « [l]es libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec »⁴⁶, n'est pas plus favorable à la position de M. Zélotis et du Dr Chaoulli que l'article 7 de la Charte Canadienne.

⁴³ *Id.*, par. 164.

⁴⁴ *Id.*, par. 191. (Les italiques sont dans le jugement.)

⁴⁵ *Id.*, par. 236.

⁴⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 36, art. 9.1.

Ils concluent que les dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie* et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* interdisant aux Québécois de souscrire une assurance privée pour des soins de santé assurés sont justifiables au regard de l'article 9.1 de la Charte québécoise. Selon ces derniers, l'objectif poursuivi par le gouvernement est impérieux, le lien rationnel existe et l'atteinte est, dans ce contexte, minimale. Ceux-ci rappellent, en effet, que le critère de l'atteinte minimal doit être appliqué de manière à laisser une marge de manœuvre au législateur lorsqu'il est question de politiques socio-économiques.

II. Le rôle des tribunaux dans la restructuration du système de santé

Au-delà du débat sur l'introduction du privé dans la santé, l'affaire *Chaoulli* soulève la question du rôle respectif des instances politiques et des cours de justice dans la restructuration du système de santé. D'un côté, le principe de la suprématie de la Constitution suppose le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois du parlement et des actes du gouvernement. De l'autre côté, le principe de la souveraineté parlementaire implique que les élus sont libres de faire les choix qu'ils jugent dans l'intérêt de la collectivité. Le défi est de trouver un juste milieu entre les deux, afin que chacun des pouvoirs étatiques assume pleinement ses responsabilités. Compromettre cet équilibre peut éventuellement légitimer le recours à l'article 33 de la Charte canadienne et à l'article 52 de la Charte québécoise qui permettent au parlement de retrouver sa pleine autonomie à l'égard de plusieurs des droits et des libertés que garantissent ces Chartes en y dérogeant par une disposition expresse de la loi.

A. La déclaration d'incompatibilité avec les droits individuels

L'interprétation large, libérale, dynamique et évolutive de droits et libertés déjà définis en termes généraux et abstraits en élargit sans aucun doute la portée. Le risque est de perdre de vue la raison pour laquelle ces droits et libertés ont été enchâssés. Comme le soulignent Henri Brun et Guy Tremblay, « [p]arler généralement des droits de la personne c'est, il nous semble, faire référence aux valeurs qui importent le plus pour l'être humain. Si l'on s'en remet

aux principaux instruments en la matière, instruments juridiques et politiques, nationaux et internationaux, ces valeurs apparaissent pouvoir être regroupées sous trois chefs : la liberté, la justice et l'égalité⁴⁷. C'est dans cette optique que devrait être envisagé le droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de la personne garanti par les Chartes.

1. La portée du droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité

Le droit à la sécurité garanti à l'article 7 de la Charte canadienne, tout comme le droit à l'intégrité de l'article 1 de la Charte québécoise, comporte une dimension physique et une dimension psychologique. Il concerne tout ce qui porte atteinte à la sécurité ou à l'intégrité physique, tels les menaces de châtimens corporels ou de souffrances physiques, la torture, le prélèvement de substances corporelles, l'imposition d'examen ou de traitements médicaux⁴⁸. Ce droit vise également les interventions étatiques qui mettent en jeu la sécurité ou l'intégrité psychologique ou mentale, l'autonomie personnelle et la dignité humaine fondamentale, tels les contraintes pénales ou criminelles qui peuvent engendrer une tension grave chez l'individu ou encore les examens ou les traitements psychologiques obligatoires⁴⁹. Traditionnellement, l'article 7 s'appliquait dans le cadre du droit criminel⁵⁰. Les tribunaux ont par la suite étendu son champ d'application aux interventions étatiques de nature juridictionnelle⁵¹, sans toutefois écarter la possibilité d'appliquer l'article 7 en dehors d'un contexte judiciaire ou d'administration de la justice⁵², et c'est ce que la Cour suprême du Canada a fait dans l'arrêt *Chaoulli*⁵³.

⁴⁷ H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 20, p. 877.

⁴⁸ Voir, par exemple : *Suresh c. Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 3.

⁴⁹ Voir, par exemple : *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519 ; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

⁵⁰ Voir notamment : *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

⁵¹ Voir notamment : *Ministère de la Santé et des Services communautaires du Nouveau-Brunswick c. G.(J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 ; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307 ; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519.

⁵² Voir notamment : *Gosselin c. Procureur général du Québec*, [2002] 4 R.C.S. 429.

⁵³ *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31.

En l'espèce, la Cour conclut que les dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie* et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* qui interdisent aux Québécois de contracter une assurance pour des services de santé assurés violent le droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de la personne dans la mesure où elles empêchent les personnes qui n'ont pas la capacité de payer d'avoir accès à des soins de santé privés non assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public⁵⁴. Souscrivant à la conclusion de la majorité sur ce point, les juges Lebel et Binnie, avec l'accord du juge Fish, écrivent :

[N]ous convenons que la conjonction d'un défaut d'accès à des soins nécessaires à la préservation de la vie dans le secteur public et de la prohibition de la souscription d'assurances privées qui permettent de les acquérir dans le secteur privé est susceptible de créer des situations de nature à porter atteinte à la sécurité de la personne.⁵⁵

Les juges constatent que la difficulté de garantir un accès aux services de santé assurés dans un délai raisonnable entraîne, pour certains patients, un accroissement des risques de complications ou de mortalité et impose, à d'autres, des souffrances physiques et psychologiques sérieuses qui affectent leur qualité de vie, alors qu'ils pourraient accéder rapidement à des soins dans le secteur privé, si ce n'était des dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie* et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* interdisant de contracter une assurance pour des soins couverts par le régime public⁵⁶. Suivant cette logique, la levée de l'interdiction permettrait à la vaste majorité des Canadiens, incluant les personnes qui n'ont pas actuellement la capacité de payer pour des soins privés, d'obtenir des services assurés sans avoir à composer avec les listes d'attente associées au système de santé public⁵⁷.

⁵⁴ Les sept juges concluent en l'espèce que l'interdiction de souscrire une assurance privée pour des soins assurés porte atteinte au droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de la personne. Pour la juge Deschamps, la violation de l'article 1 de la Charte québécoise est constatée. Il y a donc lieu de voir si cette atteinte est justifiable au regard de l'article 9.1. Pour les autres juges, y compris les juges dissidents, cela signifie qu'il faut passer à l'examen du deuxième volet de l'article 7 de la Charte canadienne afin de vérifier si l'appelant s'acquitte de la deuxième moitié du fardeau de preuve qui lui incombe, c'est-à-dire de démontrer que l'atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

⁵⁵ *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 203.

⁵⁶ *Id.*, par. 111.

⁵⁷ *Id.*, par. 55 et 137.

La conclusion de la Cour sur ce point repose en grande partie sur la proposition selon laquelle autoriser les gens à souscrire une assurance privée donnerait accès à « une solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente »⁵⁸ qui compromettent leur sécurité, voire même leur vie. L'une des prémisses de ce raisonnement est donc qu'il existe un système parallèle de soins auxquels la plupart des individus pourront accéder *via* l'assurance privée. Or, on peut à juste titre s'interroger sur le fondement de ce postulat. D'une part, ce n'est pas l'ensemble des services assurés, à savoir les soins médicalement nécessaires, qui sont disponibles dans le secteur privé⁵⁹. À l'heure actuelle, cette « solution » ou alternative au système public n'est que potentielle dans beaucoup de cas. D'autre part, il ne faut pas oublier que l'assurance-santé privée, comme n'importe quel produit d'assurance, est conditionnée par les lois du marché (les primes sont fonction de l'assurabilité des clients ; dépendamment de la couverture choisie, l'assureur, dans la plupart des cas, n'assume ou ne rembourse qu'un montant ou un pourcentage déterminé du coût des soins après qu'un montant déductible ait été payé par l'assuré ; etc.). Même si la majorité des Canadiens pouvait *a priori* souscrire une assurance-santé privée, ce qui est loin d'être certain, le prix qui y est par la suite associé peut néanmoins rendre cette avenue illusoire pour plusieurs.

Par ailleurs, cette position est un peu paradoxale. En effet, les soins de santé offerts dans le secteur privé ne sont pas assujettis à des délais d'attente, puisque seules les personnes ayant la capacité de les payer en font la demande (le coût des soins est ici un outil de

⁵⁸ *Id.*, par. 45.

⁵⁹ Il est intéressant de noter que, selon les derniers renseignements disponibles, il n'y a aucun médecin non participant ou, autrement dit, aucun médecin ayant choisi de se désaffilier dans les quatre provinces canadiennes qui n'interdisent pas de souscrire une assurance pour des soins de santé couverts par le régime public. Il n'y a pas non plus de compagnie d'assurance qui offre de l'assurance-santé privée de ce genre. En ce qui a trait au Québec, sur environ dix-huit mille cinq cents médecins, seule une centaine sont non participants. Aujourd'hui, ce sont essentiellement des services de chirurgie orthopédique qui sont offerts par ces derniers dans le secteur privé : SANTÉ CANADA, *Loi canadienne sur la santé. Les régimes d'assurance-santé des provinces et des territoires*, en ligne : [www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/pt-plans/index_f.html]. Voir aussi : M.-C. PRÉMONT, « Le régime public universel de santé du Québec : Le devoir d'agir suite au jugement de la Cour suprême et « Le régime public universel de santé du Québec : L'urgence d'agir suite au jugement de la Cour suprême », *loc. cit.*, note 25.

rationnement⁶⁰). Les personnes qui ne peuvent assumer une telle dépense se rabattent sur les services assurés par le régime public. La demande pour ces services étant plus importante, les délais pour obtenir des soins s'allongent (dans ce cas, la liste d'attente devient un outil de rationnement⁶¹). Comme le soulignent les experts entendus en première instance, tous les systèmes de santé, publics ou privés, sont confrontés au rationnement⁶². Partant, autoriser les Québécois à souscrire une assurance leur donnant accès à des soins privés ne serait pas longtemps une « solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente »⁶³ si les individus, incluant ceux à faible ou moyen revenu, qui n'ont pas normalement la capacité de payer pour ces soins pouvaient ainsi y avoir accès, puisque la demande pour de tels services ne serait alors plus limitée par leur coût⁶⁴. Somme toute, l'accès aux soins de santé est limité d'une manière ou d'une autre, soit par la capacité de les payer, soit par les délais d'attente pour les obtenir.

⁶⁰ *Chaoulli c. Procureur général du Québec (C.S.)*, précité, note 35, par. 66, 73 et 95-97.

⁶¹ *Id.*

⁶² Voir aussi : *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 221 et 222.

⁶³ *Id.*, par. 45.

⁶⁴ L'écart éventuel entre l'offre et la demande résulterait vraisemblablement en des délais d'attente pour les soins de santé privés ou ferait en sorte que les médecins exigent des honoraires plus élevés, ce qui entraînerait en règle générale une augmentation du coût des primes d'assurance. Si ce n'est déjà le cas, souscrire une assurance ne donnerait pas très longtemps accès à des soins de santé privés à la vaste majorité des personnes dans les circonstances. À cet égard, Marie-Claude Prémont semble mettre en doute l'idée voulant que l'assurance privée puisse permettre à la plupart des Québécois d'éviter les délais d'attente pour obtenir des soins de santé. Elle souligne :

Les quatre Canadiens, qui forment la majorité du banc de la Cour suprême, ont donné priorité dans leur jugement au sort de certaines personnes dans certaines circonstances, comme le précisent les juges minoritaires. Ils ont tranché un débat circonscrit entre les gens très riches, qui seuls, se désolent les juges majoritaires, peuvent bénéficier des soins privés, le plus souvent à l'étranger, et les gens aisés et assurables qui voudraient exercer le même privilège au pays. L'Assemblée nationale ne peut pas, quant à elle, ignorer les gens ordinaires ou non assurables laissés pour compte par cette décision, qui ne pourront pas s'offrir une sécurité vendue au prix du marché de l'assurance privée financée à même leurs impôts. L'inertie devant ce jugement à l'arrachée de la Cour suprême du Canada n'est pas une option pour l'Assemblée nationale du Québec :

M.-C. PRÉMONT, « Le régime public universel de santé du Québec : Le devoir d'agir suite au jugement de la Cour suprême », *loc. cit.*, note 25, 3.

Il est vrai qu'il n'appartenait pas aux appelants de « prouver que l'abolition de la prohibition améliorerait le régime public »⁶⁵ ni de « trouver le moyen de corriger un problème [les listes d'attente] qui perdure depuis plusieurs années et pour lequel la solution doit venir de l'État lui-même »⁶⁶. Il leur revenait néanmoins d'établir un lien de causalité suffisant entre l'interdiction de contracter une assurance pour des soins couverts par le régime public et l'accroissement des risques de complications ou de mortalité, ou encore les souffrances physiques et psychologiques qu'entraînent les délais d'attente pour ces services de santé⁶⁷. Sur ce point, la juge en chef McLachlin et le juge Major, avec l'accord du juge Bastarache, se fondent en partie sur les arrêts *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*⁶⁸ et *R. c. Morgentaler*⁶⁹ pour conclure que l'intervention de l'État déclenche la protection de l'article 7 de la Charte canadienne⁷⁰. Comme le note cependant la Cour suprême dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)* :

⁶⁵ *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 67.

⁶⁶ *Id.*, par. 100.

⁶⁷ Voir notamment : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, précité, note 51, par. 58-73 ; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, 447, 451-459 et 490.

⁶⁸ *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 49.

⁶⁹ *R. c. Morgentaler*, précité, note 49.

⁷⁰ La juge en chef McLachlin et le juge Major, avec l'accord du juge Bastarache, font notamment un parallèle avec l'arrêt *Morgentaler* dans lequel la Cour a conclu que l'article 251 du *Code criminel* criminalisant l'avortement, à moins de suivre la procédure pour obtenir un avortement thérapeutique, constituait dans ce contexte une atteinte à l'intégrité physique et psychologique. Ils écrivent à ce sujet :

Dans le présent pourvoi, les délais d'attente pour un traitement – délais qui causaient des souffrances physiques et psychologiques – font intervenir la protection de la sécurité de la personne garantie par l'art. 7 tout comme les délais dans l'affaire Morgentaler. Dans cette affaire, tout comme en l'espèce, le problème émane d'un régime législatif qui offre des services de santé. Dans cette affaire, comme en l'espèce, le régime législatif interdit aux gens l'accès à des soins de santé parallèles. (Il n'importe pas que, dans l'affaire Morgentaler, la sanction ait consisté en des poursuites criminelles, alors qu'en l'espèce il est question d'interdiction administrative et de peines. L'important est que, dans les deux cas, l'accès à des soins en dehors du système établi par le législateur est effectivement interdit.) Dans l'affaire Morgentaler, le monopole entraînait des délais d'attente pour un traitement auxquels se greffaient des risques physiques et des souffrances psychologiques. Dans l'affaire Morgentaler, comme en l'espèce, les gens qui nécessitent des soins de façon pressante connaissent le même sort : à moins de faire partie des quelques rares privilégiés qui peuvent

Dans l'affaire Rodriguez, le ministère public avait imputé à tort l'atteinte à la sécurité de la personne de Mme Rodriguez non pas au gouvernement, mais à ses déficiences physiques. En rejetant cet argument, le juge Sopinka a conclu que l'interdiction prévue à l'al. 241b) du Code criminel contribuait à la souffrance de Mme Rodriguez si on l'empêchait de gérer sa mort (à la p. 584). Une interdiction du Code criminel empêchait donc directement Mme Rodriguez de mettre fin à ses jours. Dans l'affaire Rodriguez, notre Cour n'a sûrement pas éliminé la nécessité d'établir l'existence d'un lien entre le préjudice reproché et l'acte de l'État. Tous les juges de notre Cour ont reconnu que des actes de l'État portaient atteinte au droit de Mme Rodriguez de mettre fin à ses jours au moment qu'elle jugerait opportun. N'eût été le rôle de l'État, il n'y aurait eu aucune atteinte aux droits garantis à Mme Rodriguez par l'art. 7. [...]

Dans le même ordre d'idées, l'affaire Morgentaler portait sur l'atteinte directe de l'État à l'intégrité corporelle des femmes, étant donné que le délai requis pour obtenir un avortement thérapeutique résultait de la procédure prescrite par l'art. 251 du Code criminel et augmentait le risque de complications et le danger pour la santé des femmes. Dans cette affaire, on n'aurait pas pu faire valoir que l'atteinte était imputable à la grossesse plutôt qu'à l'interdiction du Code criminel. Les arrêts Morgentaler et Rodriguez ne permettent pas, à mon avis, d'échapper à l'obligation d'établir l'existence d'un lien important entre le préjudice et l'acte reproché à l'État pour pouvoir invoquer la Charte.⁷¹

En l'occurrence, la Cour est d'avis que le quasi-monopole que les dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie* et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* confèrent au régime public donne lieu à « des délais d'attente pour un traitement qui compromettent la sécurité de la personne et qui pourraient être évités n'était-ce l'interdic-

s'offrir des soins privés, généralement à l'extérieur du pays, ils n'ont d'autre choix que d'accepter les délais du système établi par le législateur ainsi que les conséquences physiques et psychologiques néfastes qui s'y rattachent. Comme dans l'affaire Morgentaler, il en résulte une atteinte à la sécurité de la personne garantie par l'art. 7 de la Charte.

Chaoulli c. Procureur général du Québec, précité, note 31, par. 119. Pour leur part, les juges Lebel et Binnie, avec l'accord du juge Fish, croient que « la Juge en chef et le juge Major ont poussé trop loin la portée des courants d'interprétation de la *Charte canadienne* qui se sont développé à partir de quelques arrêts antérieurs, en particulier celui relatif à l'avortement *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (qui portait sur la responsabilité criminelle, mais non sur les politiques de santé publique) : *id.*, par. 167.

⁷¹ *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, précité, note 51, par. 69 et 70. (Nos non-italiques.)

tion de souscrire une assurance médicale»⁷². Contrairement aux affaires *Rodriguez* et *Morgentaler*, on ne peut affirmer en l'espèce que l'atteinte résulte directement de l'intervention de l'État. On ne peut non plus dire que « n'eut été le rôle de l'État, il n'y aurait eu aucune atteinte »⁷³ au droit, comme dans les deux cas précédents⁷⁴. Rien n'indique à vrai dire que les dispositions interdisant de contracter une assurance pour des soins assurés, ni les effets de cette interdiction, sont la cause de l'atteinte au droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de la personne qui peut résulter des délais d'attente pour des services de santé. En fait, il est loin d'être certain que l'invalidation de cette mesure gouvernementale qui a, selon la Cour, « pour effet d'exposer la population canadienne à de longs délais auxquels se rattache un risque de préjudice physique et psychologique »⁷⁵ permettra aux Canadiens d'avoir rapidement accès à des soins de santé dans le secteur privé, tel qu'on semble le supposer dans l'arrêt *Chaoulli*⁷⁶.

⁷² *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 111.

⁷³ *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, précité, note 51, par. 69.

⁷⁴ Dans le cas de *Morgentaler* et *Rodriguez*, le fait d'invalider les dispositions criminelles contestées auraient fait disparaître l'atteinte au droit invoquée.

⁷⁵ *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 108. L'atteinte à un droit peut résulter de la mesure gouvernementale elle-même ou des effets de celle-ci. Dans un cas comme dans l'autre, on doit cependant en arriver à la conclusion qu'il s'agit de la cause de la violation au droit alléguée. Autrement dit, il doit y avoir un lien causal entre l'atteinte invoquée et la mesure contestée ou, à tout le moins, les effets de cette mesure : Marie-Claude PRÉMONT, « L'affaire *Chaoulli* et le système de santé du Québec : Cherchez l'erreur, cherchez la raison », (2006) 51 *R.D. McGill* 167. Voir aussi : *Operation Dismantle c. La Reine*, précité, note 67 ; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357 ; *Danson c. Procureur général de l'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 1086 ; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869 ; *Suresh c. Ministère de la citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, précité, note 48.

⁷⁶ Les juges dissidents rappellent d'ailleurs qu'« [a]près avoir entendu la preuve, la juge de première instance a conclu (p. 796) [...] que, malgré que certains de ces spécialistes aient manifesté le désir d'avoir la possibilité de posséder une assurance privée, nul n'a appuyé de façon totale et entière les propositions des requérants expliquant que ce n'est ni certain ni évident qu'un réaménagement du système de santé avec un système privé parallèle réglerait tous les problèmes actuels de délais et d'accès. Au contraire, les spécialistes entendus sont demeurés très prudents sur la question, qui est complexe et difficile » : *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 215.

Personne ne conteste le fait que la difficulté d'avoir accès à des soins de santé dans un délai raisonnable peut, dans certains cas, augmenter les risques de complications ou de mortalité, ou encore imposer des souffrances physiques et psychologiques qui affectent la qualité de vie des patients. Par contre, on peut se demander si les appelants ont établi un lien de causalité suffisant entre l'interdiction de souscrire une assurance pour des soins couverts par le régime public et le préjudice physique et psychologique que peuvent subir les personnes qui attendent pour recevoir des soins dans le secteur public. En l'espèce, ce n'est pas tant l'atteinte au droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de la personne qui est hypothétique⁷⁷, mais le lien de causalité entre la mesure gouvernementale et le préjudice qui est conjectural.

⁷⁷ L'atteinte n'est peut-être pas trop théorique, hypothétique ou conjecturale, mais elle est certainement conjoncturelle. La position de la Cour s'articule dans une large mesure autour du problème des listes d'attente pour les services de santé couverts par le régime public. Celle-ci conclut que l'interdiction de souscrire une assurance pour des soins de santé assurés porte atteinte au droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de la personne compte tenu des délais d'attente pour obtenir des services dans le système de santé public (résultant soit de l'inaction du gouvernement (par. 97) ou de son omission à assurer l'accès à des soins de santé (par. 124) ou encore de l'utilisation des listes d'attente comme outil de gestion du régime public (par. 45). Autrement dit, c'est la conjonction des listes d'attente pour des soins dispensés dans le secteur public et des dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie* et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* interdisant de contracter une assurance pour des soins offerts dans le secteur privé qui amène la Cour à cette conclusion. Pourtant, une étude de Statistique Canada sur l'accès aux soins de santé au Canada, publiée le 31 janvier 2006, indique que le temps d'attente médian pour les interventions chirurgicales non urgentes a diminué de moitié au Québec, passant de 8.6 semaines en 2003 à 4.3 semaines en 2005. Les temps d'attente pour les visites chez un spécialiste et pour les tests diagnostiques, à savoir 3 semaines dans le premier cas et 2 semaines dans le second, sont restés stables au cours de cette même période. Au niveau national, les temps d'attente médians sont tous demeurés stables. En 2005, ce temps d'attente médian était de 4.3 semaines pour les chirurgies non urgentes, de 4 semaines pour les visites chez un spécialiste et de 3 semaines pour les tests diagnostiques : Jean-Marie BERTHELOT et Claudia SANMARTIN, *Accès aux services de soins de santé au Canada*, Statistique Canada, 31 janvier 2006, en ligne : [www.statcan.ca/francais/freepub/82-575-XIF/82-575-XIF2006001.html]. De plus, des données récentes montrent non seulement une diminution des délais d'attente, mais également une augmentation significative du volume de chirurgies. Voir aussi : Isabelle PARÉ, « Un mal imaginaire ? Ouvrir la porte à l'assurance privée ne constitue pas nécessairement le traitement approprié », *Le Devoir*, samedi 4 et dimanche 5 février 2006, A7.

2. La définition de la justice fondamentale substantive

D'ordinaire, les principes de justice fondamentale sont des garanties que doivent respecter les autorités étatiques lorsqu'elles posent des actes individualisés qui portent atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne garanti à l'article 7 de la Charte canadienne. Autrement dit, l'État ne peut édicter de lois qui établissent une procédure de décision individuelle atteignant ce droit qui ne soit pas conforme aux principes de justice fondamentale procédurale ou substantive. Il doit également veiller à ce que les décisions individuelles elles-mêmes soient prises conformément aux garanties procédurales dont, notamment, le droit d'être entendu, le droit à un procès juste et équitable, le droit à l'avocat, etc. Cela signifie qu'aussi bien la teneur substantive de ces règles de droit que leur mise en œuvre procédurale doivent être conformes aux principes de justice fondamentale.

Les principes de justice fondamentale ne se limitent pas aux garanties juridiques. La justice fondamentale substantive permet aux tribunaux de s'interroger sur le caractère fondamentalement injuste d'une intervention gouvernementale. Afin de déterminer ce qui est fondamentalement injuste, il faut pondérer les droits individuels et les intérêts collectifs de la société. Les tribunaux ont jugé que les règles de droit vagues et imprécises, celles qui ne sont pas justifiées par un intérêt suffisant de l'État ou qui ont une portée excessive par rapport aux objectifs poursuivis au point d'en devenir arbitraires peuvent, par exemple, être considérées fondamentalement injustes⁷⁸. Comme le notent Henri Brun et Guy Tremblay, « [e]n ce qui concerne la justice fondamentale substantive, la Cour suprême a donc parcouru le chemin qu'elle avait aussi parcouru au sujet de l'article 1 de la Charte. Entre une nécessité trop rigoureuse et une pertinence trop minimale, elle a finalement opté pour une raisonnable subjectivité mais fonctionnelle »⁷⁹.

En l'espèce, la juge en chef McLachlin et le juge Major, avec l'accord du juge Bastarache, concluent que l'atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne résultant de l'interdiction

⁷⁸ Voir, par exemple : *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 49 ; *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844 ; *Suresh c. Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, précité, note 48 ; *R. c. Malmo-Levine, R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571.

⁷⁹ H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 20, p. 1061.

de contracter une assurance pour les services de santé couverts par le régime public n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Ces derniers estiment en effet que l'État porte arbitrairement atteinte au droit en cause, étant donné que son intervention n'a aucun lien véritable avec l'objectif qu'il cherche à atteindre⁸⁰. Selon eux, l'analyse de la situation dans d'autres pays démontre que cette mesure gouvernementale est arbitraire, et donc contraire à la justice fondamentale, puisqu'elle n'est pas nécessaire ni même liée au maintien de soins de santé publics de qualité⁸¹. Ces derniers affirment à cet égard :

*La preuve présentée au procès établit que maintes démocraties occidentales qui n'imposent pas un monopole en matière de prestation de soins de santé réussissent à fournir à leurs citoyens des services médicaux meilleurs et à prix plus abordable que ceux actuellement offerts au Canada. Cela démontre qu'un monopole n'est pas nécessaire ni même lié à la prestation de soins de santé publics de qualité.*⁸²

⁸⁰ D'un point de vue technique, cette façon de voir pose des difficultés. Pour démontrer qu'une mesure gouvernementale est arbitraire parce qu'elle n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif qu'elle vise, il faut d'abord identifier cet objectif. Or, il appartient à la personne qui invoque l'inconstitutionnalité d'une disposition législative au regard de l'article 7 de la Charte canadienne de prouver qu'elle n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Cela signifie conséquemment que le requérant lui-même (ou le tribunal) est amené à déterminer l'objectif législatif (contrairement au cadre analytique de l'article premier de la Charte où il revient au gouvernement de définir l'objectif qu'il poursuivait en adoptant la mesure contestée). Dans l'affaire *Chaoulli*, il est intéressant de noter que les juges majoritaires et dissidents n'ont pas défini l'objectif législatif de la même manière. Pour les premiers, cet objectif est « le maintien de soins de santé publics de qualité » : *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 149. Pour les seconds, l'objectif est plutôt d'« empêcher la création d'un secteur de la santé parallèle (privé) » : *id.*, par. 161.

⁸¹ Il est risqué de comparer des systèmes législatifs afin de juger du caractère arbitraire d'une mesure gouvernementale. Le fait qu'une telle mesure ne soit pas nécessaire dans un contexte spécifique, ne signifie aucunement qu'elle ne l'est pas dans un autre, ni qu'elle est arbitraire. Les juges dissidents font d'ailleurs remarquer :

Les Canadiens peuvent se consoler dans le fait que leur pays n'est pas le seul à connaître des problèmes de soins de santé complexes. Partout dans le monde industrialisé, la politique sanitaire est intimement mêlée à la vie politique, sociale et même culturelle du pays. À ce titre, chaque système de soins de santé est unique. Par conséquent, aucun modèle étranger ne constitue une panacée pour les problèmes qui affligent le système canadien. Cependant, les experts nous ont dit qu'il fallait craindre les répercussions au Canada de l'introduction à la pièce des changements opérés dans d'autres pays.

Id., par. 228.

Même en admettant que l'objectif de l'interdiction de souscrire une assurance privée soit de garantir un monopole au régime public pour maintenir la prestation de soins de qualité, le critère qui doit être utilisé afin de déterminer si l'atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale n'est pas la nécessité de la mesure gouvernementale, mais son caractère arbitraire. Ces concepts sont différents. Une disposition législative est nécessaire si l'objectif ne peut être réalisé par d'autres moyens⁸³, alors qu'elle est arbitraire quand elle est fondamentalement injuste⁸⁴. Il est vrai que les dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie* et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* interdisant de contracter une assurance privée pour des soins déjà couverts par le régime d'assurance-santé public peuvent être contestées sous plusieurs aspects. En effet, elles ne sont peut-être pas efficaces, ni même nécessaires. Le cas échéant, c'est toutefois la population, par la voie de ses représentants élus, qui doit faire cette critique⁸⁵. Comme le soulignent les juges Lebel et Binnie, avec l'accord du juge Fish, « [o]n peut sans doute porter des jugements très divers sur cette interdiction, mais elle n'est pas arbitraire »⁸⁶.

Le terme « arbitraire » a deux sens. Il qualifie d'abord ce « qui dépend de la seule volonté (libre arbitre) »⁸⁷ ou « qui procède d'un libre

⁸² *Id.*, par. 140.

⁸³ *Id.*, par. 131, 134, 139, 140 et 149-153. À cet égard, les juges Lebel et Binnie, avec l'accord du juge Fish, commentent :

La substitution des mots « pas nécessaire » à l'adjectif « incompatible » revient à modifier considérablement le sens de l'adjectif « arbitraire ». L'adjectif « incompatible » signifie qu'en toute logique, la règle de droit contredit ses propres objectifs, tandis que les mots « pas nécessaire » signifient simplement que l'objectif peut être réalisé par d'autres moyens. De toute évidence, ces derniers mots possèdent un sens plus large qui implique un choix de politique générale. S'il fallait qu'un tribunal déclare inconstitutionnelle chaque règle de droit ayant, sur la « sécurité de la personne », un effet qu'il ne juge pas nécessaire, cette approche multiplierait les cas d'intervention en vertu de l'art. 7 bien au-delà des limites que notre Cour a déjà jugé acceptables.

Id., par. 234.

⁸⁴ *Id.*, par. 131 et 132.

⁸⁵ *Id.*, par. 258.

⁸⁶ *Id.*, par. 168.

⁸⁷ *Le petit Robert. Langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2002, p. 128. De nombreuses conventions, règles et normes sont en ce sens arbitraires. Par exemple, il a été « arbitrairement » établi qu'on conduit à droite au Canada, alors que d'autres pays ont fait le choix contraire.

choix de principes et de conventions»⁸⁸. Il a également une signification plus péjorative. Ce mot désigne alors ce « qui ne tient pas compte de la réalité »⁸⁹ ou « qui dépend du bon plaisir, du caprice de quelqu'un »⁹⁰. C'est cette deuxième définition d'« arbitraire » que les tribunaux doivent retenir lorsqu'ils examinent la conformité de l'intervention législative aux principes de justice fondamentale :

*Bien que les tribunaux aient l'obligation constitutionnelle de veiller à ce qu'une loi soit compatible avec la Charte, le législateur doit avoir le pouvoir de faire des choix de principe. Un tribunal ne devrait pas intervenir simplement parce que le juge aurait peut-être choisi des moyens différents d'atteindre l'objectif s'il avait été législateur.*⁹¹

Comme le souligne le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, « les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique »⁹². Parmi ceux-ci, on compte notamment la suprématie de la constitution, la séparation des pouvoirs, la primauté du droit et la souveraineté parlementaire⁹³. En vertu de

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ R. c. *Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 793. Voir aussi: *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 49, 589 et 590; R. c. *Morgentaler*, précité, note 49, 53.

⁹² *Renvoi: Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, [1985] 2 R.C.S. 486, 512.

⁹³ À titre d'exemple, le principe de la primauté du droit implique l'existence d'un cadre juridique, à savoir un ensemble de règles de droit raisonnablement claires, pour que, d'une part, le citoyen soit en mesure de déterminer l'étendue de ses droits et de ses obligations et que, d'autre part, le pouvoir de l'administration publique d'appliquer les lois ne devienne pas un pouvoir arbitraire. Les tribunaux ont conséquemment jugé qu'une disposition législative vague et imprécise qui ne peut guider le citoyen ou le décideur de façon suffisante est fondamentalement injuste et, par conséquent, contraire aux principes de justice fondamentale substantive (imprécision constitutionnelle). Comme le souligne la Cour suprême du Canada, « [l]a "théorie de l'imprécision" repose sur la primauté du droit, en particulier sur les principes voulant que les citoyens soient raisonnablement prévenus et que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité »: R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 626. Voir aussi: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Procureur général du Canada*, [2004] 1 R.C.S. 76; *Winco c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; R. c. *Heywood*, précité, note 91; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, précité, note 50; R. c. *Morgentaler*, précité, note 49.

ce dernier principe, le législateur peut édicter les règles de droit qu'il juge appropriées pour régir l'activité de la société à une époque donnée. Un tribunal n'a pas à sanctionner l'expression légitime de la volonté de représentants démocratiquement élus ou, autrement dit, l'exercice de la souveraineté parlementaire, au simple motif qu'il estime la loi ou la disposition législative arbitraire, parce qu'à son avis, une option différente aurait dû être retenue (premier sens du terme « arbitraire »). Il peut toutefois intervenir si le parlement outre-passe le mandat qui lui a été confié en faisant des choix que la collectivité à laquelle il doit sa souveraineté désapprouve⁹⁴. En effet, cette collectivité étant la « source de la faculté de contraindre »⁹⁵ de l'État, les lois et les dispositions législatives qu'il édicte ne peuvent être considérés fondamentalement injustes par celle-ci, sans devenir, en ce sens, arbitraires (deuxième sens du terme « arbitraire »).

Une loi ou une disposition ne doit être déclarée arbitraire et, conséquemment, contraire aux principes de justice fondamentale substantive que si le tribunal est convaincu qu'il existe un consensus social sur le caractère inacceptable, inéquitable, excessif ou, autrement dit, fondamentalement injuste de celle-ci⁹⁶. Dans le cas qui nous intéresse, il est indéniable que les délais d'attente pour

⁹⁴ Voir par exemple : *R. c. Malmo-Levine*, *R. c. Caine*, précité, note 80 ; *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 49 ; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, note 50.

⁹⁵ À ce sujet, Brun et Tremblay ajoutent que « [l]a représentativité est une notion de droit public en vertu de laquelle un représentant, qui devient organe de l'État, est habilité à engendrer des normes ou à participer à la création de normes qui lieront l'ensemble de la collectivité comme si elles avaient été posées par la collectivité elle-même » : H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 20, p. 95.

⁹⁶ L'avantage de définir le terme « arbitraire » de cette façon est qu'il n'y a pas de recoupement entre les critères utilisés pour déterminer si le gouvernement a porté atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne en conformité avec les principes de justice fondamentale substantive et ceux servant à évaluer si l'atteinte est justifiable au regard de l'article premier de la Charte canadienne. Même une loi ou une disposition législative arbitraire, parce qu'inacceptable ou injuste aux yeux de la population, peut se justifier dans certaines circonstances. En revanche, une fois qu'un tribunal conclut qu'une loi ou une disposition législative est arbitraire, parce qu'elle n'est pas nécessaire ni liée à l'objectif poursuivi par le législateur, il peut difficilement affirmer par la suite que le moyen choisi a un lien rationnel avec l'objectif visé ou qu'il porte le moins possible atteinte au droit en cause ou encore qu'il y a une proportionnalité entre ses effets négatifs sur le droit individuel et ses effets bénéfiques par rapport à l'objectif législatif. La juge en chef McLachlin et le juge Major soulèvent ce problème lorsqu'ils se demandent « si une disposition arbitraire qui, en raison de

des soins médicalement requis sont une source de tension continue. Cependant, il est loin d'être certain qu'interprétées et considérées dans leur contexte les dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie* et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* interdisant de souscrire une assurance pour des services assurés seraient jugées fondamentalement injustes ou même inacceptables par une majorité de Québécois, si on tient compte de l'attachement de ces derniers, notamment ceux à faible ou moyen revenu, à un régime d'assurance-santé public, intégral, universel, transférable et accessible⁹⁷.

B. La remise en question des objectifs du régime de santé

En somme, si on admet que le droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de la personne puisse servir à contrôler judiciairement la constitutionnalité des interventions étatiques en dehors du contexte juridictionnel, puis qu'on en étend la portée en le définissant d'une façon large et libérale, sans par ailleurs exiger un lien de causalité suffisant entre la mesure gouvernementale et l'atteinte au droit, et qu'enfin on élargit le sens de justice fondamentale, cette garantie individuelle devient peu à peu un moyen pour les tribunaux de réviser les politiques sociales mises de l'avant par l'État. Il ne reste alors au législateur qu'à tenter de justifier ses choix au regard de l'article 1 de la Charte canadienne ou 9.1 de la Charte québécoise ou encore à inclure dans ses lois la clause dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne ou de l'article 52 de la Charte québécoise.

son caractère arbitraire, ne peut réaliser son objectif déclaré pourra jamais satisfaire au critère du lien rationnel établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 » : *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 155.

⁹⁷ Les juges Lebel et Binnie, avec l'accord du juge Fish, notent à ce sujet : « Les rapports Romanow et Kirby ont conclu que la vaste majorité des Canadiens "ordinaires" veulent un régime de santé public (plus ou moins) unique fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer et dans lequel la protection offerte n'est pas subordonnée à l'assurabilité personnelle » : *id.*, par. 175. Voir à ce sujet : *Rapport Romanow*, *op. cit.*, note 11 ; CANADA, Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie, *La santé des Canadiens : Le rôle du gouvernement fédéral – Rapport final*, Ottawa, Le Sénat, 2002.

1. Le contrôle judiciaire du caractère raisonnable des objectifs

Une fois qu'une atteinte à l'un des droits garantis a été prouvée, il est ensuite possible de démontrer que cette restriction est malgré tout justifiable. En effet, l'article 1 de la Charte canadienne et l'article 9.1 de la Charte québécoise permettent aux parlements de récupérer une partie de leur souveraineté parlementaire en limitant la portée du principe de la suprématie de la Constitution. L'article 1 de la Charte canadienne autorise un parlement à restreindre les droits et libertés qu'elle garantit « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁹⁸. De la même manière, l'article 9.1 de la Charte québécoise qui édicte que « [l]es libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec »⁹⁹ permet de justifier une atteinte aux garanties individuelles qu'elle consacre. Malgré le libellé distinct de ces deux dispositions justificatives, les tribunaux les ont interprétées de façon similaire. Ces derniers ont élaboré une série de critères servant à établir si une atteinte au droit est justifiée. Suivant l'arrêt *Oakes*¹⁰⁰, il faut d'abord démontrer l'importance de l'objectif législatif, puis la proportionnalité du moyen choisi pour l'atteindre, c'est-à-dire un lien rationnel avec la mesure gouvernementale contestée et l'objectif visé, une atteinte minimale¹⁰¹ au droit en cause et, finalement, des effets négatifs et positifs proportionnels.

En l'espèce, la juge Deschamps conclut que l'objectif de préserver le régime public est réel et urgent, puisque les dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie* et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* interdisant de contracter une assurance pour des services assurés

⁹⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 38, art. 1.

⁹⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 36, art. 9.1.

¹⁰⁰ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

¹⁰¹ Cela ne signifie pas qu'il est nécessaire que la mesure choisie soit celle qui est la moins envahissante pour qu'une règle de droit réponde aux critères de l'atteinte minimale aux droits ou aux libertés (voir : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123) : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 983. Voir aussi : *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

par le régime public ont un rapport avec cet objectif. Néanmoins, elle est d'avis que cette mesure gouvernementale ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale, puisque l'examen des régimes en vigueur dans d'autres provinces canadiennes et pays de l'OCDE « fait voir qu'il existe toute une gamme de mesures moins draconiennes, et moins attentatoires aux droits protégés »¹⁰². À l'instar de leur collègue, la juge en chef McLachlin et le juge Major, avec l'accord du juge Bastarache, reconnaissent l'intérêt du gouvernement à protéger le régime de santé public. De façon non surprenante¹⁰³, ces derniers arrivent par contre à la conclusion que cette interdiction qui porte arbitrairement atteinte au droit à la vie et à la sécurité de la personne n'a pas de lien rationnel avec l'objectif visé, qu'elle va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger le système public et, enfin, que ses effets préjudiciables ne sont pas proportionnels à ses avantages ou effets bénéfiques¹⁰⁴.

De nouveau, le critère pour évaluer si l'atteinte à un droit garanti par les Chartes est justifiable n'est pas l'efficacité¹⁰⁵ de la stratégie gouvernementale ni son opportunité¹⁰⁶ ou sa sagesse¹⁰⁷, mais

¹⁰² *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 58.

¹⁰³ Voir le commentaire, *supra*, note 96.

¹⁰⁴ À l'opposé, les juges Lebel et Binnie, avec l'accord du juge Fish, estiment que « le choix fait par l'Assemblée nationale du Québec, au cours de la génération précédente, compte toujours parmi la gamme d'options justifiables [...] » : *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 276.

¹⁰⁵ La juge Deschamps affirme à ce sujet qu'« [e]n l'espèce, l'efficacité de la prohibition est loin d'être démontrée » : *id.*, par. 98.

¹⁰⁶ En effet,

il se peut que, pour certains types de décision, il n'y ait pas de solution manifestement correcte ou erronée, mais qu'il y ait plutôt une gamme de possibilités dont chacune comporte des avantages et des inconvénients. Les gouvernements choisissent, parmi une gamme de solutions raisonnables, celle qu'ils jugent appropriée, et la Cour a reconnu dans l'arrêt M. c. H. [...] [1999] 2 R.C.S. 3] que le « rôle du législateur exige que les tribunaux fassent preuve de retenue à l'égard des décisions de principe que le législateur est le mieux placé pour prendre » :

Conseil du Trésor de Terre-Neuve c. N.A.P.E., [2004] 3 R.C.S. 381, par. 83.

¹⁰⁷ Comme le souligne la Cour suprême, « [l]e rôle de cette Cour n'est pas d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques de notre législateur. [...] La question que notre Cour doit trancher n'est pas de savoir si le Parlement a soupesé ces pressions [politiques contradictoires] et ces intérêts de façon sage, mais plutôt si la limite qu'il a imposée à un droit ou à une liberté reconnus par la Charte est raisonnable et justifiée » : *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, note 50, 1199.

le caractère raisonnable¹⁰⁸ de la mesure choisie. Une fois encore, ces concepts sont différents. Une intervention législative est efficace lorsqu'elle produit les résultats escomptés, tandis qu'elle est opportune ou sage si on la considère à propos ou judicieuse. En revanche, on peut conclure qu'une loi ou une disposition est raisonnable à partir du moment où le choix du législateur est acceptable dans un contexte déterminé au regard des valeurs qui sous-tendent une société démocratique (par exemple, la justice sociale, l'égalité, l'équité ou la solidarité). La Cour suprême a souligné à plusieurs reprises :

*Lorsque le législateur arbitre entre des revendications divergentes de groupes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des unes et le point où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exactement où cette ligne se trouve. Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux à se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre.*¹⁰⁹

Comme le souligne la Cour suprême, « [i]l faut se rappeler que le langage de la *Charte* qui permet des “limites raisonnables” favorise

¹⁰⁸ Dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 96, la Cour suprême du Canada a jugé que :

[P]our établir la justification, il n'est pas nécessaire de démontrer que le législateur a choisi le moyen le moins restrictif de réaliser son objectif. Il suffit que le moyen en question ait été choisi parmi une gamme de solutions raisonnables au problème visé. La disposition doit être raisonnablement adaptée à ses objectifs ; elle ne doit pas porter atteinte au droit plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire, eu égard aux difficultés pratiques et aux pressions contradictoires qui doivent être prises en considération : voir *Edwards Books and Art Ltd.*, précité [note 101] ; *Chaulk*, précité [R. c. *Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303] ; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 ; *Butler*, précité [R. c. *Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452] ; *RJR-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199 ; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Voir aussi : *Harper c. Procureur général du Canada*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 78, 110 et 111.

¹⁰⁹ *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, 989 et 990. Ces propos ont également été réitérés dans *R. c. Sharpe*, précité, note 108, par. 95 ; *Thomson Newspapers Co. c. Procureur général du Canada*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 88 ; *RJR-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, précité, note 108.

une certaine souplesse»¹¹⁰. Les critères de l'arrêt *Oakes* ne doivent pas être appliqués d'une manière formaliste ou mécaniste. Partant, il est nécessaire d'examiner le contexte particulier dans lequel s'inscrit la loi ou la disposition législative contestée lorsque vient le temps de déterminer si cette mesure gouvernementale revêt un caractère raisonnable¹¹¹. Cela signifie qu'un tribunal doit tenir compte de différents facteurs contextuels lorsqu'il s'interroge sur l'importance de l'objectif visé par le législateur, ainsi que sur la proportionnalité du moyen choisi pour l'atteindre. Le domaine dans lequel le parlement

¹¹⁰ *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, 1489. Voir aussi : *RJR-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, précité, note 108, 271 et 325 ; *Harvey c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1996] 2 R.C.S. 876, 884, 900 et 901.

¹¹¹ À ce sujet, la Cour suprême rappelle, dans *Libman c. Procureur général du Québec*, [1997] 3 R.C.S. 569, par 59 :

Notre Cour a déjà souligné à plusieurs reprises que, dans les domaines sociaux, économiques ou politiques où le législateur doit concilier des intérêts différents afin de choisir une politique parmi plusieurs qui pourraient être acceptables, les tribunaux doivent faire preuve d'une grande retenue face aux choix du législateur en raison de sa position privilégiée pour faire ces choix. À l'opposé, les tribunaux seront plus sévères face aux choix du législateur dans les domaines où l'État joue le rôle d'« adversaire singulier de l'individu » – principalement en matière criminelle – en raison de leur expertise dans ces domaines (Irwin Toy, précité, [note 109] aux pp. 993 et 994 ; McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 304 et 305 ; Stoffman c. Vancouver General Hospital, [1990] 3 R.C.S. 483, à la p. 521 ; RJR-MacDonald, précité, [note 108] aux pp. 279, 331 et 332). À ce sujet, le commentaire du juge La Forest, dans l'arrêt RJR-MacDonald, précité, est tout à fait à propos, à la p. 277 :

Les tribunaux sont des spécialistes de la protection de la liberté et de l'interprétation des lois et sont, en conséquence, bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle. Cependant, ils ne sont pas des spécialistes de l'élaboration des politiques et ils ne devraient pas l'être. Ce rôle est celui des représentants élus de la population, qui disposent des ressources institutionnelles nécessaires pour recueillir et examiner la documentation en matière de sciences humaines, arbitrer entre des intérêts sociaux opposés et assurer la protection des groupes vulnérables.

Voir aussi : *Conseil du Trésor de Terre-Neuve c. N.A.P.E.*, précité, note 106 ; *Doucet-Boudreau c. Ministre de l'Éducation de la Nouvelle-Écosse*, [2003] 3 R.C.S. 3 ; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 ; *T.U.A.C., section local 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083 ; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 ; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825 ; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 ; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, précité, note 110.

légifère peut influencer sur l'application de ces critères¹¹². Par exemple, « ce qui peut s'appliquer de façon stricte en droit criminel peut nécessiter une application plus libérale en matière sociale »¹¹³. Parmi ces facteurs se trouvent également la nature du droit en cause et le genre d'atteinte invoquée (directe ou indirecte¹¹⁴). De surcroît, l'analyse contextuelle oblige non seulement le tribunal à considérer l'objectif spécifique de la mesure contestée, mais, le cas échéant, celui de la loi, voire même du régime juridique, dans son ensemble. Corollairement, cette mesure doit alors être analysée en relation avec les autres moyens mis de l'avant par le gouvernement pour atteindre l'objectif général de la loi ou du régime juridique en question¹¹⁵, eu égard au contexte socio-politico-économique motivant l'intervention du législateur¹¹⁶.

¹¹² La Cour suprême affirme à ce sujet, dans *Thomson Newspapers Co. c. Procureur général du Canada*, précité, note 109, par. 111 :

[L]e type de preuve requise pour permettre au gouvernement de s'acquitter de son fardeau de justification varie d'un cas à l'autre selon le contexte. Dans la présente section, je m'arrête à divers facteurs contextuels touchant à la gravité du préjudice et à sa vraisemblance, ainsi qu'à la norme et aux méthodes de preuve applicables dans un cas comme celui qui nous occupe, où il faut évaluer les comportements humains et une preuve fondée sur les sciences sociales. Ces facteurs contextuels concernent le degré de retenue dont le tribunal devrait faire montre à l'égard des moyens particuliers choisis pour réaliser un objectif législatif; voir l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, aux par. 132 et 160.

¹¹³ *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, 222.

¹¹⁴ En l'espèce, l'interdiction de souscrire une assurance pour des soins couverts par le régime public ne viole pas *per se* le droit garanti à l'article 7 de la Charte canadienne ou à l'article 1 de la Charte québécoise. Autrement dit, l'atteinte au droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de la personne ne résulte pas directement des dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie* et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*. Cette atteinte est au mieux indirecte. En effet, elle découle, selon la Cour, de « la conjonction d'un défaut d'accès à des soins nécessaires à la préservation de la vie dans le secteur public et de la prohibition de la souscription d'assurances privées qui permettent de les acquérir dans le secteur privé »: *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 203. Voir à ce sujet le commentaire, *supra*, note 76.

¹¹⁵ L'interdiction de souscrire une assurance pour des services assurés vise à restreindre le marché pour les soins privés. Cette interdiction fait partie d'un ensemble de mesures gouvernementales qui a pour objectif de maintenir un régime d'assurance-santé public, intégral, universel, transférable et accessible. Voir à cet égard l'intitulé *L'interdiction de souscrire une assurance-santé privée*, *supra*, I.A.2.

¹¹⁶ Le contexte historique, social, culturel ou économique propre au Québec peut sans conteste jouer sur le choix du législateur d'interdire l'assurance privée pour des services couverts par le régime public. Voir, *supra*, I.A.2.

Le caractère raisonnable d'une loi ou d'une disposition législative dépend du contexte de chaque cas particulier. Un tribunal ne peut juger de l'importance de l'objectif visé par le législateur dans l'abstrait. De même, il ne peut conclure que le critère de proportionnalité n'est pas respecté, parce que le moyen choisi n'a pas de lien rationnel avec l'objectif législatif ou qu'il ne porte pas atteinte au droit de manière minimale ou encore que ses effets bénéfiques et négatifs ne sont pas proportionnels, du seul fait qu'il existe d'autres moyens d'atteindre cet objectif¹¹⁷. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc.*, la Cour suprême rappelle par exemple que :

La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les

¹¹⁷ Comme le souligne la Cour suprême, « [l]e fait que d'autres ressorts aient adopté un point de vue différent prouve seulement que leurs législatures ont adopté un processus d'évaluation différent à l'égard d'un ensemble de valeurs concurrentes complexes »: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 314. Dans le cas qui nous intéresse, il faut d'abord noter que le problème des listes d'attente est commun à toutes les provinces canadiennes, y compris celles qui ont opté pour d'autres moyens afin de préserver l'intégrité de régime public: Voir les données publiées par Statistique Canada dans J.-M. BERTHELOT et C. SANMARTIN, , *op. cit.*, note 77. Il est par ailleurs vrai qu'il y a d'autres moyens de limiter le marché des soins privés dans le but de restreindre le développement d'un système de santé privé ou, selon les termes de la Cour, d'assurer un quasi-monopole au régime public. Par exemple, un gouvernement peut choisir d'agir sur l'offre de services de santé privés en interdisant aux professionnels qui exercent en dehors du régime public, les médecins non participants, d'exiger de leurs patients plus que ce qui est prévu aux ententes qui définissent les tarifs payés dans le secteur public, pour qu'ils n'aient aucun avantage pécuniaire à pratiquer dans le secteur privé, au lieu d'agir sur la demande de services de santé privés, tel que le législateur québécois a choisi de le faire en l'espèce, en prohibant l'assurance pour des soins couverts par le régime public, de sorte qu'un nombre limité d'individus puisse opter pour les services de santé offerts dans le secteur privé. Si le Québec avait plutôt choisi cette première option à l'instar d'autres juridictions, la Cour aurait-elle conclu qu'une telle mesure empêche les patients d'avoir accès à une solution leur permettant d'éviter les délais d'attente pour des services de santé qui augmentent les risques de mortalité ou de dommages permanents, ou qui leur imposent des souffrances physiques et psychologiques, au point de porter atteinte à leur droit à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité de leur personne garanti à l'article 7 de la Charte canadienne ou à l'article 1 de la Charte québécoise? Le cas échéant, aurait-elle jugé cet autre type d'intervention étatique justifiable au regard de l'article 1 de la Charte canadienne ou de l'article 9.1 de la Charte québécoise?

*tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation.*¹¹⁸

L'article 1 de la Charte canadienne et 9.1 de la Charte québécoise confèrent une certaine latitude aux parlements. Cette marge de manœuvre leur permet de prendre des décisions qui iraient autrement à l'encontre des droits et libertés de la personne, dans la mesure où leur intervention législative demeure raisonnable dans le contexte de chaque cas particulier. L'inclusion des dispositions justificatives dans les Chartes canadienne et québécoise est une indication que ces garanties individuelles ne sont pas absolues. En effet, « si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. En outre, toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres groupes. Il n'y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous »¹¹⁹. En édictant les articles 1 et 9.1, le constituant (ou le législateur) a reconnu la nécessité pour les instances politiques de restreindre à l'occasion les droits et libertés des individus dans l'intérêt de la société. Il invite ce faisant les tribunaux à faire montre d'une certaine retenue lorsqu'ils contrôlent la constitutionnalité des choix des représentants élus, notamment dans le domaine social¹²⁰.

¹¹⁸ *RJR-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, précité, note 108, par. 160. Ce passage est cité dans *Harper c. Procureur général du Canada*, précité, note 108, par. 110 et 111.

¹¹⁹ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 795. Peut-être s'agit-il de l'application en droit constitutionnel du proverbe selon lequel « on ne fait pas d'omelette sans casser des œufs ».

¹²⁰ Les raisons sous-tendant cette retenue sont résumées dans l'extrait de l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, précité, note 117, 304 et 305, où la Cour suprême rappelle qu'en matière sociale :

[L]es décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments. Ce sont des décisions où ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les membres du pouvoir judiciaire, comme nous l'a rappelé l'arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994. Cela ne libère pas le pouvoir judiciaire de son obligation constitutionnelle d'examiner minutieusement les mesures législatives pour veiller à ce qu'elles se conforment raisonnablement aux normes constitutionnelles, mais cela entraîne une plus grande circonspection que dans des domaines comme le système de justice criminelle où le savoir et le discernement de la cour lui permettent de se prononcer de façon beaucoup plus sûre.

En l'occurrence, l'objectif d'interdire aux Québécois de souscrire une assurance pour des services assurés n'est pas tant d'assurer un quasi-monopole au régime public, mais de décourager le développement d'un système de santé parallèle en restreignant le marché pour les soins privés (jugant probablement qu'un tel marché peut exister compte tenu de facteurs sociaux, économiques et culturels propres au Québec). Cette mesure s'inscrit, somme toute, dans un ensemble d'interventions législatives visant à préserver l'intégrité ou la cohérence du régime public, voire même l'identité du modèle d'assurance-santé pour lequel la population a opté par l'entremise de ses représentants élus¹²¹. Il est vrai que le gouvernement a d'autres moyens à sa disposition si on se fie à l'expérience de certaines provinces canadiennes et pays de l'OCDE. Toutefois, les mesures qu'il peut prendre pour atteindre son objectif « ne se limitent pas nécessairement au plus petit commun dénominateur des mesures prises ailleurs »¹²². Dans l'arrêt *Rodriguez*, le juge Sopinka, avec l'appui des juges La Forest, Gonthier, Iacobucci et Major, affirme en outre que « ce n'est pas le rôle de la Cour de faire des conjectures quant à d'autres solutions préférables qui s'offraient au Parlement »¹²³.

Si tous et chacun pouvaient accéder sans délai à des soins de santé de qualité couverts par le régime public, la validité constitutionnelle des dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie* et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* interdisant de contracter une assurance pour des services assurés n'aurait jamais été soulevée. Garantir à l'ensemble des citoyens un accès rapide à des services de santé publics, pour lesquels ils n'ont pas à payer directement, en fonction uniquement de leurs besoins est toutefois un idéal de justice que le gouvernement ne peut atteindre aisément, en admettant qu'il puisse y parvenir un jour. Aussi frustrant que puisse être le problème des listes d'attente, le gouvernement n'a pas à justifier son retard à le solutionner, ni son incapacité à y arriver au regard des articles 1 de la Charte canadienne et 9.1 de la Charte québécoise¹²⁴. Comme le souligne la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney*:

¹²¹ À cette fin, le législateur québécois a dû faire des compromis. La prohibition de l'assurance privée en fait partie. Voir à ce sujet l'intitulé *L'interdiction de souscrire une assurance-santé privée*, *supra*, I.A.2.

¹²² *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, précité, note 109, 999.

¹²³ *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 49, 615.

¹²⁴ Comme nous l'avons vu précédemment, le juge Deschamps soutient pourtant : *Le gouvernement tarde à agir depuis de nombreuses années et la situation ne cesse de se détériorer. Il ne s'agit pourtant pas d'un cas où les données scientifiques*

*Dans l'examen de ce genre de questions, il est important de se rappeler qu'un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois. Il doit certainement pouvoir adopter des mesures progressives. Il doit avoir une marge de manœuvre raisonnable pour traiter des problèmes étape par étape, pour soupeser les inégalités qui peuvent découler de la loi en fonction des autres inégalités qui résultent de l'adoption d'une ligne de conduite, et pour tenir compte des difficultés, qu'elles soient de nature sociale, économique ou budgétaire, qui se présenteraient s'il tentait de traiter des problèmes socio-économiques dans leur ensemble, en supposant qu'il soit possible de les saisir dans leur ensemble.*¹²⁵

Il ne faut pas sous-estimer l'impact de l'affaire *Chaoulli*. Théoriquement, la Cour n'a qu'invalidé les dispositions de la *Loi sur l'assurance maladie* et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* interdisant, en pratique, aux Québécois de souscrire une assurance pour couvrir le coût de services de santé dispensés par un médecin non participant. Dans les faits, elle a ouvert la porte à un système parallèle de soins qui n'offrira peut-être pas tous les services de santé médicalement nécessaires (non intégral), auquel seules les personnes jugées assurables (non universel) ayant les moyens de souscrire une assurance (primes, déductibles, montants non assurés en raison d'un plafond ou d'un pourcentage, etc.) ou de payer pour les soins reçus auront accès (moins accessible), régi par des entités à but lucratif n'étant pas contrôlées par le gouvernement ni assujetties à la vérification publique de leurs comptes et de leurs opérations financières (gestion privée). En ce sens, ce n'est pas uniquement la validité de l'interdiction de souscrire une assurance-santé privée que cette décision remet en question, mais, de façon indirecte, celle des objectifs politiques qui modèlent le régime public actuel, forçant du même coup le gouvernement à revoir ces choix de principe.

manquantes pourraient permettre de prendre une décision plus éclairée. Le principe de prudence, si populaire en matière d'environnement et de recherche médicale, ne peut être transposé en l'espèce. [...] Le gouvernement a certes le choix des moyens, mais il n'a pas celui de ne pas réagir devant la violation du droit à la sécurité des Québécois. Le gouvernement n'a pas motivé son inaction. L'inertie ne peut servir d'argument pour justifier la déférence.

Chaoulli c. Procureur général du Québec, précité, note 31, par. 97.

¹²⁵ *McKinney c. Université de Guelph*, précité, note 117, 317. Voir aussi: *M. c. H.*, précité, note 111, par. 126.

2. La révision législative des objectifs initiaux

Le principe de la souveraineté parlementaire a été reçu en droit constitutionnel canadien par l'entremise du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹²⁶ qui stipule que la fédération canadienne est « dotée d'une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni ». Il signifie qu'un parlement peut tout faire, notamment, adopter les lois qu'il juge nécessaires, puis les abroger ou les remplacer à sa guise. Au Canada, ce principe n'est toutefois pas absolu. Son application est effectivement restreinte par l'obligation qu'a un parlement de légiférer dans le respect de la constitution. Celui-ci peut, autrement dit, limiter sa propre souveraineté, en constitutionnalisant par exemple des droits et libertés¹²⁷. Cela ne veut pas dire cependant qu'il est lié par le droit naturel ou, autrement dit, que son pouvoir législatif est limité par quelque règle morale que ce soit. Conséquemment, un tribunal ne peut invalider une loi sous le seul prétexte qu'elle est, selon lui, injuste¹²⁸.

Dans les limites fixées par la constitution, il appartient aux représentants démocratiquement élus de faire des choix de principe. En

¹²⁶ Précitée, note 5.

¹²⁷ Différentes formules peuvent être utilisées. Par exemple, le Parlement fédéral a enchâssé des droits et libertés dans la Constitution, puis édicté qu'« elle [la Constitution] rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit » : *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), L.R.C. (1985), app. II, n° 44, art. 52(1). Le législateur québécois a quant à lui adopté une loi de nature constitutionnelle conférant aux Québécois un ensemble de garanties individuelles où il a par ailleurs décrété qu'« [a]ucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte » : *Charte des droits et liberté de la personne*, précitée, note 36, art. 52.

¹²⁸ En édictant l'article 7 de la Charte canadienne, le législateur ne s'engage pas à ne jamais violer le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il s'oblige toutefois à n'y porter atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. C'est pourquoi il est important pour les tribunaux de définir rigoureusement ces principes de justice fondamentale. Partant, une notion aussi subjective que l'arbitraire doit être utilisée avec prudence : voir, *supra*, II.A.2. Une loi ou une disposition législative n'est pas arbitraire du seul fait qu'un requérant ou un juge la considère injuste, parce qu'elle n'est pas selon eux nécessaire ou liée à l'objectif poursuivi par le législateur. Elle ne doit être déclarée arbitraire que si la Cour est convaincue qu'il existe un consensus au sein de la population concernée sur le caractère fondamentalement injuste de cette loi ou de cette disposition législative.

ce sens, ils déterminent jusqu'à un certain point ce qui est juste ou injuste à une époque donnée. Ce faisant, ils ont le droit de ne pas opter pour la « meilleure réponse ». Ils n'ont pas à justifier ces choix devant les tribunaux. Ces derniers ont en revanche des comptes à rendre à leurs commettants. Ils ont conséquemment l'obligation de réévaluer les objectifs politiques qui sous-tendent leurs interventions. Il leur revient également d'actualiser les mesures gouvernementales qu'ils prennent pour atteindre ces objectifs, afin d'en assurer la plus grande efficacité possible, s'ils jugent opportun de les maintenir.

En l'espèce, le temps est probablement venu de procéder à une révision du régime d'assurance-santé actuel. Cela implique, d'une part, de remettre en cause des principes sur la base desquels le système de santé a été organisé et structuré. Il se peut en effet qu'il ne soit pas réaliste de vouloir conserver un régime public qui soit à la fois caractérisé par son intégralité, son universalité, sa transférabilité et son accessibilité. D'autre part, les moyens mis de l'avant pour atteindre ces objectifs politiques doivent être réajustés en fonction des conditions socio-politico-économiques actuelles et appréhendées. Or, la question n'est pas de savoir s'il faut revoir notre système de santé, mais s'il revient aux tribunaux d'initier cette réforme ou, plutôt, à nos représentants élus. La juge Deschamps rappelle dans ses motifs que :

La Cour a déjà exposé plusieurs circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent faire preuve de déférence. Il s'agit des cas où le gouvernement doit arbitrer entre des intérêts divergents, choisir entre plusieurs priorités législatives (Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993-994). On peut aussi imaginer le cas où un gouvernement n'aurait pas eu le temps de mettre en œuvre un programme ou de modifier sa législation à la suite de nouvelles conditions sociales, économiques ou politiques. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'une situation en cours et que le gouvernement fait des choix stratégiques qui ont des conséquences futures qu'un tribunal n'est pas en mesure d'évaluer.¹²⁹

Avec égards, l'affaire *Chaoulli* semble faire partie de ces cas. En invalidant l'interdiction de souscrire une assurance pour des services couverts par le régime public, la Cour a ouvert une porte au secteur privé que le législateur n'avait qu'entrebaïllée. Comme nous l'avons vu, « un système de santé comporte toujours des compromis

¹²⁹ *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 94.

liés au contexte socio-politico-économique »¹³⁰. La prohibition de l'assurance privée n'est qu'un compromis parmi d'autres¹³¹. On ne peut la remettre en question sans s'inquiéter des conséquences possibles sur le système de santé. Il n'est donc pas surprenant qu'au lendemain du jugement de la Cour suprême, plusieurs aient suggéré, voire même réclamé, que le gouvernement du Québec recoure à la clause dérogatoire.

L'article 33 de la Charte canadienne et l'article 52 de la Charte québécoise permettent aux parlements fédéral et provincial, dans leurs domaines de compétence respectifs, de récupérer leur souveraineté parlementaire en mettant une loi ou une disposition législative à l'abri des contestations constitutionnelles fondées sur l'une et l'autre de ces Chartes des droits et libertés de la personne. L'article 33 autorise en effet un parlement à adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment de l'article 2 et/ou des articles 7 à 15 de la Charte canadienne. L'article 52 permet pour sa part de déroger à l'ensemble des dispositions de la Charte québécoise ayant un statut quasi-constitutionnel. Le recours aux clauses dérogatoires n'est soumis à aucun critère de fond. De telles clauses ne peuvent être contrôlées judiciairement que pour des raisons de forme.

Dans les circonstances, le gouvernement aurait pu recourir à la clause dérogatoire, non pas pour se soustraire au jugement de la Cour ou pour échapper à un débat de fond sur la place du privé dans le système de santé, mais plutôt pour se ménager une marge de manœuvre afin d'assumer pleinement ses responsabilités¹³². Adopter

¹³⁰ P. BERGERON et F. GAGNON, *loc. cit.*, note 22, 10.

¹³¹ Voir à ce sujet le commentaire, *supra*, note 121.

¹³² Il est vrai que le gouvernement a l'obligation de se conformer aux prescriptions de la Constitution, telles qu'interprétées par la Cour. Cependant, il doit aussi respecter les conditions d'octroi de la *Loi canadienne sur la santé* afin de ne pas se voir imposer une réduction ou une retenue de la contribution pécuniaire fédérale versée à titre d'élément du *Transfert canadien en matière de santé*: voir, *supra*, I.A.1. Par ailleurs, en optant pour un régime d'assurance-santé public, intégral, universel, transférable et accessible, le gouvernement a du même coup pris certains engagements envers la population. On peut se demander si la réponse du Québec au jugement de la Cour tient compte de l'ensemble de ces éléments. Voir la *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, précitée, note 31, ainsi que le document de consultation proposé par le gouvernement Charest: QUÉBEC, Ministère de la Santé et des Services sociaux, *op. cit.*, note 31.

de nouveau la *Loi sur l'assurance maladie* et la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* en y incluant, de façon temporaire, une dérogation expresse donnerait le temps au gouvernement d'actualiser le régime public d'assurance-santé en fonction des réalités de la société québécoise et, le cas échéant, lui permettrait de voir si les ajustements auxquels il entend procéder porteront leurs fruits. Il est vrai que la clause dérogatoire a son prix sur le plan politique qui rebute à juste titre les élus. Toutefois, l'ingérence des tribunaux finira peut-être par légitimer cet expédient aux yeux de l'électorat, le rendant davantage invitant pour les politiciens qui hésiteront de moins en moins à y recourir.

L'interventionnisme des juges risque en outre de les plonger au cœur de polémiques qui amèneront avec le temps les justiciables à douter de leur indépendance et de leur impartialité. Pire encore, cela peut conduire à la déresponsabilisation des élus. Sous prétexte qu'un tribunal leur a ordonné de faire telle ou telle chose, ces derniers peuvent non seulement court-circuiter le débat sur une question controversée, mais également prendre des mesures qui sont susceptibles de bouleverser la vie des citoyens, sans avoir à en porter tout le poids¹³³. En l'espèce, la question n'est pas de savoir si quelque chose doit être fait pour remédier au problème des listes d'attente. Ce n'est pas non plus de débattre sur l'opportunité de maintenir la situation de quasi-monopole du régime public ou sur la place du privé dans le système de santé. Il s'agit plutôt de se demander à qui revient réellement cette tâche. Comme le soulignent les juges Lebel et Binnie, avec l'accord du juge Fish, « [c]ertes, la preuve démontre que le système de santé public établi pour mettre en œuvre cette politique [d'accès aux soins de santé] connaît des difficultés graves et persistantes. Cela ne signifie pas pour autant que les tribunaux sont bien placés pour remédier à la situation. La résolution d'un débat d'orientation aussi factuel et complexe ne s'enferme pas aisément dans le cadre que définissent la compétence et les procédures institutionnelles des cours de justice »¹³⁴.

¹³³ Par exemple, le gouvernement du Québec avait d'abord laissé entendre qu'il devrait modifier la *Loi sur l'assurance maladie* et la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* afin d'ouvrir la porte au privé, jugeant en avoir reçu l'ordre de la Cour suprême. Voir: Henri BRUN, Diane DEMERS, Patrice GARANT, Andrée LAJOIE, Marie-Claude PRÉMONT et Daniel PROULX, « Privatisation des soins de santé au Québec. Il n'y a pas d'"ordre" de la Cour suprême », *Le Devoir*, jeudi 17 novembre 2005, A7.

¹³⁴ *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, par. 164.

*
* *

L'inactivité ou l'incapacité des collectivités locales à prendre en charge la maladie, les difficultés financières des communautés religieuses et le fardeau financier que les soins de santé représentaient pour la population ont justifié une plus grande intervention étatique. Aujourd'hui, ce sont ironiquement des motifs similaires, dont, notamment, l'inactivité ou l'incapacité de l'État à garantir l'accès à des services de santé dans des délais raisonnables, qui ont amené la Cour suprême du Canada à conclure que l'interdiction de souscrire une assurance pour des services couverts par le régime public empêche les personnes qui n'ont pas la capacité de payer pour des soins privés d'avoir accès à une solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente qui compromettent leur sécurité, voire leur vie.

Citant le philosophe George Santayana, la juge Piché de la Cour supérieure du Québec postule dans l'introduction de son jugement que « [t]hose who forgot history are doomed to repeat it »¹³⁵. Il ne faut pas oublier en effet que le privé occupait une place importante avant que l'État ne prenne en charge le système de santé¹³⁶. Le modèle pour lequel nous avons opté a remédié à plusieurs iniquités, mais a aussi engendré des problèmes évidents. Aucun système n'est parfait. Cela ne signifie pas que nous devons renoncer à voir un jour nos gouvernements les solutionner, mais plutôt qu'il faut se méfier des solutions faciles qui ne tiennent pas compte de la complexité de cette problématique. Il ne fait pas de doute que le régime public a besoin d'être actualisé. Cependant, il serait de loin préférable qu'il soit réformé dans son ensemble par nos élus, qu'à la pièce par les tribunaux. Bref, « s'il existait une solution parfaite pour faire baisser les coûts et garantir l'équité entre tous, tous les pays l'auraient déjà adoptée »¹³⁷.

¹³⁵ *Chaoulli c. Procureur général du Québec* (C.S.), précité, note 35, par. 1.

¹³⁶ On oublie souvent que « [l]a préoccupation pour l'organisation des soins curatifs devient prédominante au cours des années 1940-1960. Cette organisation des soins relève encore en grande partie du secteur privé. Les principaux acteurs sont les hôpitaux et leur main-d'œuvre, toujours sous la responsabilité de communauté religieuse, le clergé, les médecins, les compagnies privées d'assurance dont le développement est considérable au cours des années 1950, ainsi que différents fournisseurs (industrie pharmaceutique, d'équipements hospitaliers) » : P. BERGERON et F. GAGNON, *loc. cit.*, note 22, 14 et 15.

¹³⁷ I. PARÉ, *loc. cit.*, note 77, A 7.

Les pages du



**Centre de droit des affaires
et du commerce international**

