
L'affaire Chaoulli et le système de santé du Québec : cherchez l'erreur, cherchez la raison

Marie-Claude Prémont*

La Cour suprême du Canada a introduit une nouvelle façon de traiter de la violation des droits de la personne dans sa décision controversée de l'affaire *Chaoulli*, ce qui en fait une décision pour le moins insolite. La Cour suprême avait toujours respecté la règle qui veut que la décision ou la norme invalidée soit la cause, directement ou par ses effets, de la violation alléguée d'un droit protégé par la *Charte*. La décision *Chaoulli* ne répond pas à cette exigence. La violation du droit à la vie, à la sûreté et à l'intégrité de la personne est soulevée par les listes d'attente déraisonnables affectant certaines personnes pour obtenir certains soins. Aucun lien avec la norme juridique invalidée de la prohibition de l'assurance privée n'a été établi.

L'interprétation de cette décision exige donc du juriste une prudence qui démontre les limites qui s'en dégagent. D'une part, la levée de la prohibition de l'assurance privée ne vaut que pour les médecins non participants au régime public, qui composent moins d'un demi d'un pour cent des effectifs médicaux du Québec. Non seulement cette réponse de la Cour est-elle notoirement inefficace pour répondre à la problématique qui lui était soumise, mais en plus, cette intervention judiciaire est même conditionnelle à son inefficacité. En effet, la levée de la prohibition de l'assurance privée est conditionnelle au maintien du statut du médecin participant qui lui interdit toute forme de rémunération privée, directement du patient ou par une couverture d'assurance privée. Une seule chose se dégage clairement de cette décision: le rôle des tribunaux s'arrête là où la conception des politiques sociales commence.

The Supreme Court of Canada has introduced a new approach to human rights violations in its controversial *Chaoulli* decision, making it a judgment that is peculiar at best. The Supreme Court had always respected the rule requiring that the impugned legal norm be the cause of the alleged *Charter* violation, whether directly or by its effects. The *Chaoulli* decision does not follow this requirement. The violation of the right to life, security, and integrity of the person is raised by unreasonable waiting lists that affect certain persons in obtaining certain types of care. No link to the impugned juridical norm prohibiting private insurance was established.

Interpreting this decision requires a cautious approach that respects its inherent limits. By lifting the prohibition on private insurance, the Court's decision only applies to doctors who do not participate in the public system, and who make up less than half of one per cent of Quebec's medical community. Not only is this judicial response notoriously inefficient as a solution to the problem at hand, but it is actually conditional upon its inefficiency. Indeed, lifting the prohibition on private insurance is contingent upon maintaining the status of participating doctors—a status that prohibits any form of private remuneration, either directly from the patient or from private insurance. One clear point emerges from this decision: the courts' role ends where social policy begins.

* L'auteure est professeure et vice-doyenne aux études supérieures à la Faculté de droit de l'Université McGill, et membre de l'Institut de droit comparé de la même Faculté. Elle remercie tous les membres du *Groupe de réflexion sur le système de santé du Québec* avec qui elle a eu l'occasion de discuter et de débattre de l'interprétation de la décision. Le groupe, réunissant universitaires québécois et professionnels de la santé, a été mis sur pied dans la foulée de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Chaoulli*. On peut retrouver certains documents produits par les membres du groupe sur le site web de l'Institut santé et société de l'UQÀM (<<http://www.iss.uqam.ca/pages/babillard.asp>>). Elle remercie également tous les membres du *Groupe du réseau de recherche en santé des populations sur l'assurance privée* pour les discussions fructueuses et les commentaires utiles sur des versions antérieures.

© Marie-Claude Prémont 2006

Mode de référence : (2006) 51 R.D. McGill 167

To be cited as: (2006) 51 McGill L.J. 167

I. Quel est ce jugement dont on parle tant ?	169
A. <i>Quelle importance ?</i>	169
B. <i>Qui sont les demandeurs ?</i>	170
C. <i>Qu'ont-ils demandé au tribunal ?</i>	173
D. <i>La décision de la Cour supérieure du Québec</i>	173
E. <i>La décision de la Cour d'appel du Québec</i>	174
F. <i>La décision de la Cour suprême du Canada</i>	174
1. <i>L'opinion de la juge Deschamps reposant sur la Charte québécoise, dont seule la conclusion fait l'objet d'une majorité de quatre juges</i>	175
2. <i>L'opinion de trois juges reposant sur la Charte canadienne</i>	177
3. <i>L'opinion de trois juges dissidents</i>	178
II. Cherchez l'erreur	180
A. <i>Une particularité insolite</i>	180
B. <i>Un feu rouge brûlé par la Cour : l'absence du lien causal</i>	182
1. <i>La norme est la cause directe de l'atteinte</i>	183
2. <i>Les effets de la norme contestée sont la cause de l'atteinte</i>	186
III. Cherchez la raison	188
A. <i>Absence de compétence dans la conception des politiques sociales</i>	189
B. <i>Qu'ont obtenu les requérants du recours judiciaire ?</i>	191
C. <i>Les délais d'attente déraisonnables : la condition inextricablement rattachée à l'intervention de la Cour suprême</i>	191
D. <i>La levée de l'interdiction de l'assurance privée : simple exutoire</i>	193
Conclusion	195

I. Quel est ce jugement dont on parle tant?

A. Quelle importance?

Le 9 juin 2005, la Cour suprême du Canada a rendu un jugement qui a fait couler beaucoup d’encre et qui alimente les spéculations quant à l’avenir du système de santé au Québec et au Canada¹. Le jugement remet en cause les deux dispositions législatives québécoises qui interdisent la vente de l’assurance privée pour des services couverts dans le cadre des régimes publics d’assurance hospitalisation² et d’assurance maladie³ du Québec. Le régime d’assurance hospitalisation est entré en vigueur en 1961 et couvre tous les frais d’hospitalisation, à l’exception de l’accès aux chambres privées qui, lorsqu’elles sont disponibles, sont accessibles aux personnes prêtes à en payer le prix ou à celles qui disposent d’une assurance privée qui en couvre le coût⁴. Le régime d’assurance maladie, quant à lui, a été adopté moins de dix ans plus tard, et est entré en vigueur le 1^{er} novembre 1970. Il couvre le coût des services médicaux pour l’ensemble de la population et certains autres services pour des clientèles particulières.

Le jugement *Chaoulli c. Québec (P.G.)*⁵ est susceptible de jouer un rôle majeur pour l’avenir du système de santé au Québec et au Canada. Les interprétations véhiculées par différentes personnes, différents organismes ou divers courants

¹ Un sommaire pour le Québec des interventions dans les médias est présenté dans le rapport: Mireille Tremblay, «Pour ou contre le privé en santé: Qu’en dit-on?, Analyse de la position des groupes d’acteurs sur la place du privé en santé au Québec et sur les suites à donner au jugement Chaoulli» (7 février 2006) à la p. 19, en ligne: Institut du Nouveau Monde <http://www.inm.qc.ca/documents/synthese_des_positions.pdf>. Le jugement a aussi fait l’objet d’un colloque et publication au Canada anglais: Colleen M. Flood, Kent Roach et Lorne Sossin, dir., *Access to Care, Access to Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 2005.

² L’art. 11 de la *Loi sur l’assurance hospitalisation*, L.R.Q. c. A-28, qui a été invalidé se lit comme suit: «Nul ne doit faire ou renouveler un contrat ou effectuer un paiement en vertu d’un contrat par lequel a) un service hospitalier compris dans les services assurés doit être fourni à un résident ou le coût doit lui en être remboursé; b) l’hospitalisation d’un résident est la condition du paiement; ou c) le paiement dépend de la durée du séjour d’un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé [...]».

³ L’art. 15 de la *Loi sur l’assurance maladie*, L.R.Q. c. A-29, qui a été invalidé se lit comme suit: «Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d’assurance ou effectuer un paiement en vertu d’un contrat d’assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d’un tel service est payé à une personne qui réside ou qui séjourne au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie...».

⁴ La pénurie de chambres privées dans certains hôpitaux du Québec, dénoncée notamment par M. Jacques Parizeau, est étrangère aux dispositions ici en cause, puisque rien n’interdit que ces équipements ou services ne soient financés par une assurance privée: voir Jacques Parizeau, «Le Québec doit s’affranchir de ses dogmes» dans Antoine Robitaille et Michel Venne, dir., *L’Annuaire du Québec 2006*, Québec, Fides, 2005, 31 aux pp. 35-36.

⁵ [2005] 1 R.C.S. 791, 254 D.L.R. (4^e) 577, 2005 CSC 35 [*Chaoulli* avec renvois aux R.C.S.].

politiques de la société québécoise et canadienne varient beaucoup. À droite du spectre politique canadien, on y voit une opportunité pour promouvoir des changements importants aux principes fondamentaux de solidarité des régimes publics de santé du Canada, en faveur d'une privatisation de certains services et de l'introduction d'un système de santé à deux vitesses⁶. À l'autre extrémité, certaines organisations voient dans le jugement *Chaoulli* une indication que le droit aux services de santé publics fait partie de la palette des droits constitutionnels de tous les citoyens du pays⁷. Ils y voient alors une opportunité d'exiger le renforcement du système de santé public⁸.

La réaction politique à ce jugement, dans un sens ou dans l'autre, revêt donc une importance capitale pour l'avenir de nos systèmes de santé. Tous les yeux sont pour l'heure rivés sur le Québec dont le gouvernement libéral a rendu public le 16 février 2006 son livre blanc énonçant les propositions de réponse à la décision, qui seront soumises pour étude en Commission parlementaire⁹.

B. Qui sont les demandeurs¹⁰ ?

Les deux demandeurs de l'affaire *Chaoulli* sont le médecin Jacques Chaoulli et le patient George Zeliotis. Le D^r Chaoulli n'est pas le médecin du patient Zeliotis et leurs demandes, qui présentent une similitude des conclusions recherchées, ont été jointes par la procédure judiciaire pour des raisons stratégiques.

Le D^r Jacques Chaoulli, formé en France, a obtenu son droit de pratique au Québec en 1986. Comme tout nouveau médecin, son accréditation administrative est jointe à une obligation de pratique en région pendant les trois premières années, soit

⁶ Pour un exemple frappant de cette vision, voir par exemple le documentaire *Medicare Schemedicare* de Robert Duncan, diffusé à deux reprises à la télévision anglaise de Radio-Canada pendant la campagne électorale canadienne : (8 et 12 décembre 2005) sur *The Passionate Eye*, CBC Television, Toronto, CBC Television Archives.

⁷ Voir *Chaoulli*, *supra* note 5 au para. 104 où on peut par ailleurs souligner que les trois juges McLachlin, Major et Bastarache écrivent au paragraphe 104 : «La *Charte* ne confère aucun droit constitutionnel distinct à des soins de santé».

⁸ Voir par exemple l'intervention, suite au jugement de la Cour suprême du 9 juin 2005, du *Charter Committee on Poverty Issues and The Canadian Health Coalition* au moment de la requête du Procureur général du Québec pour nouvelle audition partielle de l'appel devant la Cour suprême : Martha Jackman et Vincent Calderhead, mémoire de l'intervenant (11 juillet 2005), en ligne : Canadian Health Coalition <<http://www.healthcoalition.ca/int2005.pdf>>.

⁹ Ministère de la Santé et des Services sociaux (Québec), «Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficience et de qualité» (16 février 2006) à la p. 63, en ligne : Ministère de la Santé et des Services sociaux <<http://www.msss.gouv.qc.ca/documentation/publication.html>>.

¹⁰ Les faits ici rapportés sont tirés de la description des faits que donne la juge de la Cour supérieure du Québec : *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, [2000] R.J.Q. 786 à la p. 792 et s. (C.S.) [*Chaoulli (C.S.)*], ainsi que du jugement rendu dans un autre litige opposant le D^r Chaoulli au Conseil d'arbitrage prévu par l'art. 54 de la *Loi sur l'assurance-maladie*, *supra* note 3 : *Chaoulli c. Conseil d'arbitrage* (23 juin 2003), Montréal 500-05-075518-025, REJB 2003-44829 (C.S.) [*Conseil d'arbitrage*].

de 1986 à 1989. Après deux années en région, il revient à Montréal. En réaction à la règle administrative qui lui interdit de facturer la Régie de l’assurance-maladie du Québec («RAMQ») au plein tarif pour un an, il tente de mettre sur pied un service de consultation à domicile sur la Rive-Sud de Montréal. De plus, comme tout médecin omnipraticien ayant moins de dix années de pratique, le D^r Chaoulli est soumis aux articles 360 et suivants de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹¹ qui lui permettent d’adhérer à l’entente signée entre le ministère de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins omnipraticiens du Québec («FMOQ»). Le D^r Chaoulli n’obtient pas la reconnaissance de son service auprès de la Régie régionale de la Rive-Sud et, puisque ses services à domicile ne sont pas reconnus selon les termes de l’entente régulièrement conclue avec la FMOQ concernant les activités particulières, il s’est vu imposer en 1996 une pénalité de plus de 12000\$, pour sa pratique non conforme aux règles administratives du régime¹². Il s’engage dans une campagne médiatique afin de recevoir une accréditation des autorités administratives, avec une manifestation devant l’Assemblée nationale du Québec, suivie d’une rencontre avec le ministre de la Santé et des Services sociaux de l’époque. Il entreprend une grève de la faim qui durera trois semaines, avec un intervalle où il doit être réhydraté à l’hôpital.

Il cesse sa grève de la faim et décide de prendre le statut de médecin non participant pour pouvoir offrir des services à domicile qui seront payés directement par les patients qui y feraient appel. Il opère un véhicule d’urgence avec gyrophares et sirène malgré le fait que les pouvoirs publics refusent de lui émettre le permis requis. Rien pourtant n’empêche le D^r Chaoulli de maintenir ses services à domicile comme médecin non participant. Il fait deux observations, au fil de ses visites : que ses patients ne sont pas assez nombreux pour assurer la rentabilité de son entreprise, mais aussi qu’ils sont plutôt bien nantis. Il tentera également d’obtenir les autorisations pour mettre sur pied un hôpital privé à but non lucratif. Il s’adresse d’abord au ministre de la Santé fédéral qui décline compétence, puis à la Régie régionale qui refuse sa demande en mars 1998. En juillet 1998, il s’inscrit à nouveau à la RAMQ et reprend le statut de médecin participant en pratiquant dans une clinique sans rendez-vous.

Il entreprend peu après les procédures judiciaires qui ont mené au jugement en cause. Le D^r Chaoulli a longuement expliqué devant la Cour supérieure ce qu’il appelle «les étapes de son combat» contre l’assurance santé publique qu’il croit

¹¹ L.R.Q. c. S-4.2.

¹² Le D^r Chaoulli s’engage également dans de longs conflits administratifs avec la RAMQ, le Procureur général du Québec, le ministère de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins omnipraticiens du Québec. Le D^r Chaoulli mène certains de ces litiges en révision judiciaire jusqu’à la Cour suprême qui rejette, le 22 février 2002, trois requêtes pour permission d’appel dans trois dossiers (*Chaoulli c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 1 R.C.S. viii ; *Chaoulli c. Régie de l’assurance maladie du Québec*, [2001] 1 R.C.S. viii ; *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, [2001] 1 R.C.S. viii). Une autre tentative de révision judiciaire de décision arbitrale sera rejetée le 23 juin 2003 par la Cour supérieure du Québec : *Conseil d’arbitrage*, *supra* note 10.

«inspirée par la pensée marxiste-léniniste, populaire vers le milieu du XX^e siècle»¹³. Le D^r Jacques Chaoulli est aujourd'hui Attaché de recherche senior à l'Institut économique de Montréal.

M. George Zeliotis est un patient âgé de soixante-sept ans au moment du jugement rendu en Cour supérieure en février 2000. Ses multiples problèmes de santé donnent lieu à de nombreuses consultations auprès d'omnipraticiens et de spécialistes : des problèmes de hanche, suivis d'une chute sur l'épaule et d'une opération pour une hernie. Il subira deux opérations à la hanche, et se plaint des délais.

Il est important de noter que ce ne sont pas les conditions personnelles des deux requérants qui leur ont permis d'obtenir la reconnaissance de leur intérêt juridique devant les tribunaux. En effet, ni le D^r Chaoulli, ni le patient Zeliotis n'ont pu convaincre les tribunaux que leur situation personnelle leur permettait de se plaindre de lacunes alléguées du système public de santé. La juge Piché a fait les observations suivantes, qui n'ont pas été contredites par les tribunaux d'appel. Au sujet du D^r Chaoulli, elle écrit :

D^r Chaoulli n'a jamais témoigné non plus à l'effet qu'il avait reçu des soins inadéquats ou que le système n'avait pas répondu à ses besoins personnels de santé. Il a des pénalités importantes encore en jeu avec la Régie de l'assurance-maladie du Québec. Il a été désengagé [*sic*¹⁴], est revenu dans le système public, n'est toujours pas satisfait. Tout ceci amène le Tribunal à se poser des questions sur les véritables motivations du D^r Chaoulli dans le présent débat. On ne peut qu'être frappé par les contradictions dans le témoignage et l'impression que le D^r Chaoulli s'est embarqué dans une croisade dont les enjeux lui échappent aujourd'hui¹⁵.

Concernant le patient Zeliotis, la juge conclut :

La vérité est que, compte tenu de ses empêchements médicaux personnels, du fait qu'il souffrait déjà de dépression, de ses indécisions et plaintes non fondées à bien des égards, on peut difficilement conclure que c'est le non-accès aux services publics de santé qui a été la cause des délais encourus et, en fait, on peut même s'interroger sur les reproches formulés quant aux délais par M. Zeliotis. C'est lui, au début, qui veut une seconde opinion, c'est son chirurgien qui hésite à cause de ses problèmes, etc. Ainsi, sa plainte au directeur des services professionnels de l'hôpital Royal Victoria [...] n'est pas corroborée. Un interrogatoire hors cour fait dans le cadre d'un autre litige laisse perplexe, M. Zeliotis disant avoir une très bonne santé¹⁶.

Même si les circonstances personnelles des deux demandeurs ne leur permettaient pas d'appuyer leur demande, la Cour supérieure a reconnu que les

¹³ *Chaoulli (C.S.)*, supra note 10 à la p. 811.

¹⁴ Il s'agit ici d'une erreur. On devrait plutôt lire «non participant», selon la terminologie de la *Loi sur l'assurance maladie*.

¹⁵ *Chaoulli (C.S.)*, supra note 10 à la p. 795.

¹⁶ *Ibid.* à la p. 793.

demandeurs disposaient de l'intérêt juridique, au sens large, pour intenter les procédures. Cette position sera confirmée par la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême du Canada.

C. Qu'ont-ils demandé au tribunal?

Les requérants demandent à la Cour de prononcer l'invalidité de l'interdiction des contrats d'assurance privée pour les services hospitaliers et les services médicaux, que l'on retrouve respectivement à l'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*¹⁷ et à l'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*¹⁸, parce qu'elle serait contraire aux droits individuels protégés par les chartes québécoise¹⁹ et canadienne²⁰ des droits et libertés²¹.

D. La décision de la Cour supérieure du Québec

La juge Piché de la Cour supérieure du Québec a rendu son jugement le 25 février 2000, suite au procès tenu en 1999. Elle reconnaît aux requérants un intérêt juridique «au sens large»²². Elle accepte que l'interdiction de l'assurance privée pour les services publics de santé puisse parfois représenter une menace d'atteinte potentielle et imminente au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, protégé par l'article 7 de la *Charte canadienne*²³. Elle conclut par contre que cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale²⁴. En effet, elle estime que «ce sont des textes législatifs qui visent à encourager la santé globale de tous les Québécois sans discrimination sur la base de la situation économique de ceux-ci [, et qu'il] s'agit d'une intervention gouvernementale visant à promouvoir le bien-être de sa population en entier» [italiques omises]²⁵. Elle ajoute : «Le gouvernement québécois a adopté les articles 15 [de la *Loi sur l'assurance maladie*] et 11 [de la *Loi sur l'assurance*

¹⁷ L.R.Q. c. A-28.

¹⁸ L.R.Q. c. A-29.

¹⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*].

²⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

²¹ Les requérants ont également plaidé d'autres motifs de l'ordre du partage des compétences entre le fédéral et les provinces qui ne seront pas discutés ici.

²² *Chaoulli (C.S.)*, supra note 10 à la p. 793.

²³ *Ibid.* aux pp. 822-23.

²⁴ Les deux chartes des droits et libertés qui s'appliquent au Québec, la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*, présentent, chacune à sa façon, une structure qui intègre la recherche du difficile équilibre entre le respect des droits individuels et le respect des valeurs démocratiques (souvent collectives) des sociétés contemporaines. Ainsi, lorsqu'une violation à un droit individuel est reconnue par le tribunal, les pouvoirs publics peuvent alors démontrer que cette violation se justifie, puisqu'elle respecterait la Charte en étant conforme à ces autres principes. Cette recherche d'équilibre est motivée par le respect dû aux rôles distincts du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire à l'intérieur de la démocratie.

²⁵ *Chaoulli (C.S.)*, supra note 10 à la p. 827.

hospitalisation] pour garantir que la quasi-totalité des ressources en santé existant au Québec soient à la disposition de l'ensemble de la population québécoise» [italiques omises]²⁶. Elle rejette donc la requête de Chaoulli et Zeliotis.

E. La décision de la Cour d'appel du Québec

Les requérants ont porté appel de la décision de la Cour supérieure devant la Cour d'appel du Québec, dont la formation était composée des juges Brossard, Delisle et Forget. Dans son jugement du 22 avril 2002²⁷, le plus haut tribunal du Québec a rejeté de façon unanime l'appel des requérants Chaoulli et Zeliotis.

Le juge Delisle est d'avis que l'article 7 de la *Charte canadienne* qui protège le droit à la vie, la liberté et la sécurité ne trouve pas application²⁸. À son avis, le droit en cause est un droit économique de conclure un contrat d'assurance privée²⁹. Ce type de droit n'est pas protégé par la *Charte canadienne*. Les juges Forget et Brossard sont d'accord avec la conclusion du juge Delisle de rejeter le pourvoi, mais pour des motifs différents. Contrairement au juge Delisle, ils sont d'avis que le droit en cause n'est pas un droit purement économique³⁰. L'interdiction de l'assurance privée, dans le contexte des longs délais d'attente allégués, pourrait mettre en jeu les droits protégés par la *Charte canadienne*. À l'instar de la Cour supérieure, le juge Forget estime que cette atteinte est par ailleurs conforme aux principes de justice fondamentale pendant que le juge Brossard n'a pas à se prononcer sur la question pour rejeter le pourvoi³¹.

F. La décision de la Cour suprême du Canada

La Cour suprême a accepté le 8 mai 2003 d'entendre l'appel des deux requérants suite à la présentation d'une requête pour permission de faire appel³². La Cour a entendu la cause le 8 juin 2004 et a rendu jugement le 9 juin 2005, dans une décision partagée où quatre juges contre trois ont accueilli la demande des requérants Chaoulli et Zeliotis³³.

Le jugement de la Cour suprême présente une complexité qu'il est important de souligner. La majorité qui s'en dégage ne vise que la *conclusion* de l'incompatibilité de l'interdiction de l'assurance privée au regard de la *Charte québécoise*, et non pas les *motifs*. Quant à la *Charte canadienne*, aucune conclusion ni opinion majoritaire ne

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, [2002] R.J.Q. 1205 [*Chaoulli (C.A.)*].

²⁸ *Ibid.* au para. 24.

²⁹ *Ibid.* au para. 25.

³⁰ *Ibid.* aux paras. 54, 67.

³¹ *Ibid.* aux pp. 1214-15.

³² *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, [2003] 1 R.C.S. vii.

³³ Voir *Chaoulli*, *supra* note 5.

peut être dégagée, puisque les six juges qui se sont prononcés sur la question se divisent en deux parts égales, avec des opinions diamétralement opposées.

La juge Deschamps rédige la seule opinion concernant la *Charte québécoise*, et elle est appuyée dans sa conclusion par trois autres juges (la juge en chef McLachlin ainsi que les juges Major et Bastarache). Nous allons résumer les trois opinions fournies par la Cour en commençant par celle formulée par la juge Deschamps, puisqu’il s’agit de la seule qui permet éventuellement de dégager une autorité de cette décision.

1. L’opinion de la juge Deschamps reposant sur la *Charte québécoise*, dont seule la conclusion fait l’objet d’une majorité de quatre juges

Quatre juges sur sept concluent à l’incompatibilité des mesures contestées au regard de la *Charte québécoise*. La juge Deschamps pose la question de la justification de l’interdiction de l’assurance privée afin de préserver le régime public. Elle conclut que la prohibition de l’assurance privée porte atteinte à l’intégrité de la personne au sens de l’article 1 de la *Charte québécoise*³⁴, et qu’elle n’est pas justifiée par le respect des valeurs démocratiques, de l’ordre public ou par le bien-être général des citoyens du Québec, au sens de l’article 9.1³⁵.

La juge Deschamps écarte certains moyens soulevés par les requérants, comme l’absence de compétence de la part du Parlement québécois pour adopter une interdiction d’assurance privée ou le rattachement de l’interdiction à une compétence d’ordre criminel. Elle confirme la compétence des provinces pour légiférer dans le domaine de la santé et prévoir des mesures pour protéger le système public de santé mis en place, dont la règle de l’interdiction de l’assurance privée³⁶. Elle est cependant critique quant à la mesure d’interdiction de l’assurance privée, dans le contexte où les listes d’attente peuvent porter atteinte au droit à l’intégrité des personnes.

Elle conclut d’abord que l’interdiction de l’assurance contrevient aux droits protégés par l’article 1 de la *Charte québécoise*³⁷. Elle procède alors à l’analyse de la justification de la mesure, au regard de l’article 9.1³⁸. Pour ce faire, elle utilise le test en deux temps développé au cours des dernières décennies par la Cour suprême³⁹. La première partie du test exige que les pouvoirs publics démontrent que l’objectif de la mesure contestée est urgent et réel. La juge conclut sur cet aspect que le gouvernement du Québec a démontré que l’objet de la mesure est de préserver le

³⁴ *Chaoulli, ibid.* au para. 45.

³⁵ *Ibid.* au para. 100.

³⁶ *Ibid.* au para. 23.

³⁷ *Ibid.* au para. 45.

³⁸ *Ibid.* au para. 46 et s.

³⁹ Le test connu sous le nom de l’arrêt *Oakes*, tel que modifié ou précisé par des décisions postérieures : voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4^e) 200.

régime public et que cet objet est réel et pressant⁴⁰. Cette première étape acceptée, le Québec est alors soumis à la deuxième partie du test qui comprend trois volets de démonstration : établir un lien rationnel entre l'objectif poursuivi et la mesure, montrer que l'atteinte est minimale et, enfin, que les effets de la mesure sont proportionnels à ses objectifs. Si un de ces volets mène à une conclusion négative, la mesure ne peut se justifier et l'interdiction doit être déclarée incompatible à la *Charte canadienne*.

Selon la juge Deschamps, le gouvernement du Québec a démontré que l'interdiction de l'assurance privée avait un lien rationnel avec l'objectif de protection du régime public et donc, rencontre les exigences du premier volet⁴¹. Par contre, elle estime que le test échoue au deuxième volet du caractère minimal de la mesure⁴². Elle propose d'abord une revue sommaire des mesures de protection du régime public, adoptées au Québec, dans les autres provinces canadiennes et même dans d'autres pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques («OCDE»)⁴³. À ce chapitre, elle conclut que le Québec dispose d'autres moyens moins prohibitifs que l'interdiction de l'assurance, comme l'interdiction, déjà instaurée au Québec, aux médecins d'être rémunérés à la fois par des fonds publics et privés, c'est-à-dire la prohibition de la pratique médicale mixte ou hybride⁴⁴. Elle relève également un deuxième moyen dont certaines provinces canadiennes font déjà usage, soit la parité tarifaire entre les médecins qui participent au régime public et ceux qui en sont exclus⁴⁵. Elle observe que ce ne sont pas toutes les provinces canadiennes qui ont adopté la mesure de l'interdiction de l'assurance privée (elle cite comme exemple le cas de la Nouvelle-Écosse), tout en reconnaissant par ailleurs que la mesure peut être utile pour protéger le système public⁴⁶. Le régime public de santé n'est en péril dans aucune province canadienne, y compris dans celles qui n'ont pas interdit l'assurance privée pour les soins couverts par le régime public⁴⁷. Elle conclut donc que l'interdiction de l'assurance privée n'est pas essentielle pour protéger le régime public, ou encore, que l'atteinte aux droits dont cette mesure est la cause ne rencontre pas le test du caractère minimal de l'atteinte.

Même si l'argument principal de la juge Deschamps s'appuie sur la situation canadienne, elle aborde également la situation dans d'autres pays de l'OCDE. Elle cite des pays qui n'ont pas adopté d'interdiction d'assurance privée pour les services couverts par leur régime public⁴⁸. Selon elle, cette situation ne met pas en péril ces régimes publics. Elle donne notamment les exemples du Royaume-Uni et de la

⁴⁰ *Chaoulli*, *supra* note 5 au para. 56.

⁴¹ *Ibid.* au para. 58.

⁴² *Ibid.* au para. 74.

⁴³ *Ibid.* au para. 66 et s.

⁴⁴ *Ibid.* au para. 66.

⁴⁵ *Ibid.* au para. 71.

⁴⁶ *Ibid.* aux paras. 71-74.

⁴⁷ *Ibid.* au para. 74.

⁴⁸ *Ibid.* aux paras. 77-84.

Nouvelle-Zélande, mais aussi de l’Autriche, de l’Allemagne, des Pays-Bas et de la Suède. Elle soulève la difficulté de procéder à des comparaisons entre des systèmes de santé dont la structure est foncièrement différente, mais souligne que tous les cas relevés hors du pays arrivent également à protéger leur système de santé public à l’aide de mesures différentes de celle de l’interdiction de l’assurance privée pour les soins hospitaliers et les soins fournis par les médecins. Elle relève la réglementation des tarifs que peuvent exiger les médecins des patients privés, ou l’interdiction de la pratique mixte (comme par exemple en Suède), pour conclure encore une fois que les pouvoirs publics disposent d’une «gamme de mesures moins draconiennes, et moins attentatoires» que l’interdiction de l’assurance privée⁴⁹. Ce constat est utilisé pour appuyer sa conclusion voulant que l’interdiction de l’assurance privée n’est ni nécessaire ni essentielle, puisque, dans tous les cas, d’autres mécanismes de protection des régimes publics sont disponibles.

Le résultat négatif de ce volet du test lui épargne toute discussion quant au troisième volet et la mène directement au dispositif du jugement qui déclare l’interdiction de l’assurance privée pour les services hospitaliers et médicaux au Québec incompatible aux dispositions de la *Charte québécoise*.

2. L’opinion de trois juges reposant sur la *Charte canadienne*

La juge en chef McLachlin et le juge Major rédigent une opinion distincte, à laquelle souscrit le juge Bastarache. Les trois juges se disent en accord avec la conclusion à laquelle arrive la juge Deschamps dans son analyse de la question en fonction de la *Charte québécoise*⁵⁰. Ils énoncent par la suite une opinion quant à la *Charte canadienne* où le reproche formulé à l’endroit de la mesure législative de l’interdiction de l’assurance est beaucoup plus radical que celui exprimé par la juge Deschamps. Ceci explique sans doute pourquoi ils précisent être en accord avec la *conclusion* de leur collègue Deschamps quant à la *Charte québécoise*. Il faut ainsi poser l’hypothèse qu’ils ne sont pas nécessairement d’accord avec l’ensemble de ses motifs.

Selon ces trois juges, une analyse en vertu de la *Charte canadienne* est plus exigeante que la même demande en vertu de la *Charte québécoise*, puisqu’elle requiert dans un premier temps de démontrer non seulement qu’un droit de cette charte est enfreint mais, en plus, que l’atteinte n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale⁵¹. Il est utile de préciser tout de suite que les trois juges dissidents expliquent pourquoi ils ne sont pas d’accord avec cette analyse qui conclut que la *Charte canadienne* est plus exigeante envers les demandeurs. Ils estiment

⁴⁹ *Ibid.* au para. 83.

⁵⁰ *Ibid.* au para. 102.

⁵¹ *Ibid.* au para. 126 et s.

plutôt qu'une analyse en vertu de la *Charte québécoise* n'est pas moins exigeante pour qui conteste la validité d'une disposition législative⁵².

Pour revenir à l'opinion exprimée par les trois juges qui participent à la décision majoritaire, seulement lorsque la preuve des deux éléments est acceptée, les pouvoirs publics pourraient-ils tenter de justifier la mesure contestée à la lumière du test similaire à celui énoncé et utilisé par la juge Deschamps pour la *Charte québécoise*, visant à démontrer que les limites sont raisonnables et peuvent se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Les trois juges qui traitent de la *Charte canadienne* ont conclu que la mesure contestée est arbitraire, c'est-à-dire qu'elle n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif de la protection du régime public⁵³. Une telle conclusion équivaut, selon eux, à une violation des principes de justice fondamentale⁵⁴. Ils poursuivent leur raisonnement en soulignant qu'il est pratiquement impossible pour une mesure arbitraire de se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article 1 de la *Charte canadienne*⁵⁵. Effectivement, ils arrivent sans difficulté à conclure que la mesure ne peut se justifier au regard de la *Charte canadienne*.

3. L'opinion des trois juges dissidents

Les juges Binnie et LeBel rédigent une longue dissidence à laquelle souscrit également le juge Fish. Les trois juges dissidents estiment globalement que la question posée par les requérants n'en est pas une qui devrait être tranchée par les tribunaux. Même si la question est «justiciable», selon le jargon juridique, puisqu'elle pose l'importante question de la violation de droits protégés par les chartes, les tribunaux doivent respecter le rôle des autres pouvoirs⁵⁶. Le pouvoir judiciaire doit faire preuve de réserve lorsqu'il s'agit de remettre en cause la structure complexe d'un programme social aussi important que celui du système de santé du Québec. Ils expliquent en détail pourquoi ils en viennent à cette conclusion, tant en vertu de la *Charte québécoise* qu'en vertu de la *Charte canadienne*.

Afin d'appuyer leur demande en vertu de la *Charte canadienne*, les demandeurs devaient notamment identifier un principe de justice fondamentale violé par la mesure contestée. Un principe de justice fondamentale doit être précis, fonctionnel et faire l'objet d'un large consensus de la société. Le principe d'un accès dans un délai raisonnable à des soins de santé de qualité raisonnable n'a pas de caractère juridique et aucun consensus n'existe quant à sa définition ou la façon de l'atteindre, selon les trois juges⁵⁷. Il n'y a donc pas de violation de l'article 7 de la *Charte canadienne*⁵⁸.

⁵² *Ibid.* aux paras. 269, 273.

⁵³ *Ibid.* au para. 129 et s. (en particulier aux paras. 149, 152).

⁵⁴ *Ibid.* au para. 129.

⁵⁵ *Ibid.* au para. 155.

⁵⁶ *Ibid.* aux paras. 161, 164, 166-67.

⁵⁷ *Ibid.* au para. 209 et s.

Quant à la *Charte québécoise*, les trois juges de la dissidence énoncent leurs conclusions quant à chacun des autres volets de l’analyse, dont la plupart sont également applicables à la *Charte canadienne*. Notamment, les trois juges déclarent que l’objectif poursuivi par l’interdiction de l’assurance privée est «impérieux»⁵⁹ : protéger le système public et assurer le meilleur accès aux soins de santé selon les besoins médicaux et non selon les ressources personnelles de l’individu. Le lien rationnel entre l’interdiction de l’assurance privée et ses objectifs est démontré⁶⁰. Les juges ajoutent que le législateur québécois dispose d’une importante marge de manœuvre dans la poursuite de cet objectif, et que l’interdiction de l’assurance privée fait clairement partie de ces options⁶¹.

Les trois juges concluent de plus que les requérants n’ont pas fait la preuve que l’exercice du droit allégué (c’est-à-dire acheter de l’assurance privée, dans le contexte où les listes d’attente du régime public sont déraisonnables) se ferait dans le respect des valeurs démocratiques et du bien-être général des citoyens, selon les exigences de l’article 9.1 de la *Charte québécoise*⁶². Au contraire, ils précisent que l’achat d’une assurance privée dans le contexte de listes d’attentes alléguées, contrevient aux valeurs démocratiques sur lesquelles s’appuie la *Charte québécoise* et ne respecte pas le bien-être général des citoyens du Québec, et notamment celui des citoyens les moins favorisés ou non admissibles à une assurance privée⁶³. Les trois juges expriment donc leur opinion défavorable aux requérants à chacune des étapes du raisonnement qui doit caractériser une analyse selon la *Charte canadienne* ou la *Charte québécoise*.

⁵⁸ *Ibid.* au para. 265.

⁵⁹ *Ibid.* au para. 276.

⁶⁰ Ils sont particulièrement sévères quant à l’opinion exprimée par les trois juges de la majorité voulant que la mesure contestée soit arbitraire : «On peut sans doute porter des jugements très divers sur cette interdiction, mais elle n’est pas arbitraire» (*ibid.* au para. 168). Ils s’expliquent ensuite plus longuement à ce sujet : «une règle de droit n’est arbitraire que si elle “n’a aucun lien ou est incompatible avec [son] objectif”. 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» (*ibid.* au para. 234).

⁶¹ *Ibid.* au para. 276.

⁶² *Ibid.* aux paras. 269-70.

⁶³ *Ibid.* au para. 273.

II. Cherchez l'erreur

Les vives réactions divergentes à la décision de la Cour suprême révèlent une difficulté certaine à identifier le contenu normatif de la décision⁶⁴. Les jugements portés sur la décision peuvent certes varier, mais est-il possible, en droit, que le contenu d'une décision puisse faire l'objet d'interprétations aussi divergentes? Peut-on soutenir que la Cour suprême confirme avec l'affaire *Chaoulli* une tendance initiée dans certaines décisions précédentes par laquelle la *Charte canadienne* autoriserait les tribunaux à intervenir directement dans le champ de la conception des politiques sociales au Canada, y compris la conception des systèmes de santé⁶⁵?

Cette question majeure nous amène à proposer ici une démarche visant à cerner la teneur de cette décision, en identifiant d'abord ce qui la distingue d'une manière fondamentale par rapport aux décisions précédentes du tribunal.

A. Une particularité insolite

La décision de la Cour suprême du Canada présente une caractéristique étonnante qui crée un défi inhabituel à qui veut en trouver un sens rationnel conforme aux règles de l'interprétation juridique. Cette caractéristique de l'affaire *Chaoulli* pourrait expliquer pourquoi les interprétations semblent si variées et extrêmes, même de la part de juristes, et pourquoi les réponses politiques suggérées donnent lieu à une grande variété d'approches. Quelle est cette particularité insolite de la décision *Chaoulli*?

Normalement, dans toute affaire judiciaire, un lien clair et logique réunit la cause de la demande à la solution formulée par le tribunal. Par exemple, un citoyen ayant subi un préjudice de 1000\$ en raison de la faute d'un autre, peut demander au tribunal de reconnaître son droit à une indemnité au montant des dommages subis. Le citoyen qui se plaint d'une source de bruit qui génère des inconvénients dépassant les troubles normaux du voisinage, peut obtenir du tribunal une injonction pour mettre fin au bruit. Le citoyen qui estime qu'une norme de droit est discriminatoire, comme par exemple, l'interdiction du mariage entre conjoints de même sexe, demandera au tribunal que l'interdiction soit invalidée.

La solution offerte par le tribunal vise directement à corriger le problème qui fait l'objet du litige, que ce soit par une réparation pour les dommages déjà subis, ou par

⁶⁴ Il est impossible ici de faire la revue médiatique de la décision, tant au Québec que dans le reste du Canada, pour illustrer les spéculations générées par la décision. Il est en outre intéressant de noter qu'un regroupement d'experts du droit de la santé hors Québec, ont vu dans la décision une sorte de tsunami en puissance pour la structure des régimes publics de santé au Canada : voir Flood, Roach et Sossin, *supra* note 1. Même ceux qui ont tenté de minimiser l'autorité de la décision ne semblent pas avoir bien cerné la nature de cette autorité : Bernard M. Dickens, «The Chaoulli Judgment : Less Than Meets the Eye — or More ?» dans Flood, Roach et Sossin, *ibid.*, 19.

⁶⁵ Christopher P. Manfredi, «Déjà Vu All Over Again : *Chaoulli* and the Limits of Judicial Policymaking» dans Flood, Roach et Sossin, *ibid.*, 139.

une mesure qui corrige la situation pour l’avenir ou qui élimine la source du problème. La somme de 1000\$ remplace la perte subie, l’injonction met fin au bruit dont se plaignait le voisin, et la déclaration d’invalidité de l’interdiction des mariages entre conjoints de même sexe permet à terme au demandeur (ou à tout autre citoyen) d’épouser quelqu’un du même sexe. Bref, il est normalement de rigueur que la solution formulée par le tribunal vise à corriger ou réparer la source de la plainte qui lui est soumise.

Or, l’affaire *Chaoulli* ne répond pas à cet attribut fondamental des recours judiciaires. La source de la plainte des demandeurs a été exposée sur toutes les tribunes : les listes d’attente déraisonnables pour certains types de soins médicaux et hospitaliers. Depuis la Cour supérieure du Québec jusqu’à la Cour suprême du Canada, les plaintes personnelles formulées par les deux requérants ont été écartées comme étant non convaincantes. Par contre, les tribunaux ont retenu le caractère préoccupant des délais d’attente présents dans certains secteurs des soins de santé. C’est sur cette base que la plainte a été entendue. Les tribunaux acceptent l’observation que de nombreux Québécois sont soumis à des délais d’attente qui peuvent compromettre la sécurité de leur personne. Les juges entendent la question parce qu’elle est d’intérêt public⁶⁶. Donc, les tribunaux font un constat qui leur sert de point d’appui pour entendre la cause. Voici donc la source du litige pour laquelle une réponse judiciaire est recherchée.

Or, la réponse prend la forme de l’invalidité de l’interdiction législative de l’assurance privée pour laquelle aucun lien rationnel avec la source du problème n’a été établi. Rien n’indique que les listes d’attente qui affligent le réseau de la santé trouvent leur origine dans l’interdiction de l’assurance privée pour les soins assurés. *A contrario*, rien n’indique que l’introduction de l’assurance privée pour ces mêmes services pourrait apporter une quelconque solution au problème qui retient l’attention du tribunal⁶⁷.

Bref, si l’usage veut que la solution judiciaire recherchée répond normalement au problème dont on se plaint, il faut constater que dans l’affaire *Chaoulli*, aucun lien logique ne réunit le motif pour lequel l’attention du tribunal a été retenue et la réponse livrée.

Il faut reconnaître qu’il ne s’agit pas d’un oubli malencontreux ou d’une simple méprise, puisque les juges de la majorité reconnaissent clairement que rien n’établit ce lien. Ils précisent ouvertement que rien ne démontre que leur conclusion apportera une solution au problème des listes d’attente⁶⁸. Ils ajoutent qu’il n’était pas nécessaire

⁶⁶ Les tribunaux acceptent l’intérêt d’agir des requérants au sens de l’art. 55 C.p.C.

⁶⁷ Les études internationales démontrent plutôt le contraire, mais ceci ne fait pas l’objet de discussion de la part de la Cour suprême. Voir notamment Francesca Colombo et Nicole Tapay, *L’assurance-maladie privée dans les pays de l’OCDE*, Paris, Organisation de coopération et de développement économique, 2004, en ligne: OCDE <<http://www.ocde.org>>.

⁶⁸ La juge Deschamps écrit que «[l]a conclusion recherchée par les appelants n’apporte pas nécessairement une réponse au problème complexe des listes d’attente» : *ibid.* au para. 100.

de faire cette preuve⁶⁹. Les juges de la majorité reconnaissent d'emblée que la solution formulée n'a aucun rapport démontré avec le problème dont on se plaint⁷⁰. Bref, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Chaoulli* n'établit aucune relation logique entre le problème de la présence de délais d'attente déraisonnables qui lui est soumis et la solution proposée de la déclaration d'incompatibilité de l'interdiction législative de l'assurance privée pour les services assurés dans le régime public. Voici une caractéristique pour le moins insolite de la décision *Chaoulli* qui devrait nous imposer une lecture prudente de la décision.

B. Un feu rouge brûlé par la Cour : l'absence du lien causal

Comment a-t-on pu se retrouver devant une telle situation? Il faut d'abord vérifier l'hypothèse émise plus haut du caractère insolite de la décision, en vérifiant comment s'articule le lien entre le problème soumis et la solution offerte lors de recours spécifiquement fondés sur une analyse des droits protégés par la *Charte*⁷¹. Se pourrait-il que seuls les recours qui ne reposent pas sur le droit constitutionnel ou des droits fondamentaux exigent normalement un lien rationnel entre la plainte soumise au tribunal et la solution accordée? C'est la question abordée ici.

L'article 24(1) de la *Charte canadienne* et l'article 52 de la *Charte québécoise* prévoient que toute personne victime d'une violation des droits protégés peut s'adresser au tribunal pour obtenir une réparation appropriée. La juge Deschamps nous rappelle que le tribunal doit préférer à la *Charte canadienne* une réponse qui repose sur la *Charte québécoise* si les circonstances s'y appliquent⁷². Les règles classiques du droit administratif qui peuvent fournir une réponse doivent être invoquées avant les règles constitutionnelles lorsque la situation s'y prête.

Nous allons ici nous limiter aux reproches formulés à l'endroit des pouvoirs publics, même si la *Charte québécoise* s'applique également aux personnes privées, étant donné que l'affaire qui nous intéresse implique des doléances formulées à l'encontre du régime public de santé et de la réglementation applicable.

Les pouvoirs qui peuvent être contestés en vertu de la *Charte* relèvent de trois grandes catégories : les pouvoirs législatifs et réglementaires (comme la contestation de la validité d'une loi ou d'une disposition de la loi, d'un règlement, d'une résolution municipale), les pouvoirs exécutifs décisionnels (comme la contestation de la validité d'une décision gouvernementale) et enfin, les pouvoirs judiciaires ou

⁶⁹ La juge Deschamps reproche à la juge de la Cour supérieure d'avoir imposé à tort cette preuve aux requérants : *ibid.* au para. 59.

⁷⁰ La juge Deschamps écrit que : «[l]es appelants ne prétendent pas proposer une solution pour éliminer les listes d'attente» : *ibid.* au para. 2.

⁷¹ Le terme, ici et ci-dessous, selon le contexte, est utilisé de façon générique et peut viser autant la *Charte québécoise* que la *Charte canadienne*.

⁷² *Chaoulli*, *supra* note 5 au para. 26.

quasi-judiciaires (comme la contestation d’ordonnances, de décisions de commissions ou de conseils d’arbitrage).

Pour l’ensemble de ces trois catégories, les situations qui peuvent donner lieu à une demande judiciaire se présentent sous deux grands formats. Le premier est celui où la norme (la loi, la décision ou l’ordonnance) est susceptible de porter directement atteinte aux droits protégés, tandis que le second format est celui où ce sont plutôt les effets de la norme qui posent problème. Dans les deux cas, le demandeur doit d’abord démontrer que la cause de l’atteinte invoquée relève d’une situation qui s’inscrit dans l’un ou l’autre format. Si le demandeur ne peut faire cette preuve, la demande est rejetée dès cette étape préliminaire, forme de passage obligé. Nous allons reprendre brièvement ces deux formats afin de déterminer si les circonstances de l’affaire *Chaoulli* y répondent.

1. La norme est la cause directe de l’atteinte

Le cas de figure le plus fréquent est celui où la norme contestée est la cause directe de l’atteinte aux droits protégés par la *Charte*. Une disposition législative ou réglementaire est susceptible, de par sa rédaction et son objet, de toucher directement un droit protégé par la *Charte*. Il s’agit de situations où le lien rationnel entre le contenu de la norme et l’allégation de violation s’inscrit dans la rédaction même de la norme. Souvent, le litige se présente en raison d’une infraction prononcée en vertu de la norme contestée. L’invalidation de la norme se traduit alors par le non-lieu de l’infraction contestée.

Donnons des exemples, tous tirés de décisions rendues par la Cour suprême du Canada. Lorsqu’un commerce ouvre le dimanche, en contravention d’une loi qui impose le respect du dimanche, le commerce qui fait l’objet d’une poursuite demande le rejet de la contravention en contestant directement la validité de la disposition de la loi en vertu de laquelle la contravention a été émise⁷³. Ce type de demande illustre que la disposition contestée dans une loi sur le dimanche contrevient (ou peut contrevenir) directement à la liberté religieuse.

Le D^r Henry Morgentaler conteste les accusations portées contre lui en vertu des dispositions du *Code criminel*⁷⁴ qui interdisent tout avortement qui ne répond pas à la norme de l’avortement thérapeutique. Il demande le rejet des accusations portées contre lui en contestant la validité des dispositions du *Code criminel* au motif qu’elles violent les droits des femmes reconnus à l’article 7 de la *Charte canadienne*. Le plus haut tribunal a conclu dans cette affaire que les normes inscrites au *Code criminel*, soit la règle de criminalisation de l’avortement, jointe à la seule exception de l’avortement thérapeutique, contrevenaient directement aux droits fondamentaux des

⁷³ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295, 18 D.L.R. (4^e) 321 ; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 35 D.L.R. (4^e) 1.

⁷⁴ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

femmes⁷⁵. La solution donnée par le tribunal, soit la décriminalisation de l'avortement, se traduit directement par un accès élargi à l'avortement pour les femmes. La particularité dans cette affaire tient au fait que ce ne sont pas les droits de la personne qui conteste la validité de la disposition qui sont en cause mais ceux d'autres personnes, ici les femmes demandant un service d'avortement. Il n'en reste pas moins que la disposition est directement mise en cause par le droit invoqué.

Dans une autre affaire, une personne de la Colombie-Britannique est accusée d'une infraction de responsabilité stricte suite à la conduite d'un véhicule automobile sans permis. Elle conteste la validité de la disposition législative en vertu de laquelle est émise la contravention qui prévoit que cette infraction de responsabilité stricte entraîne un emprisonnement. Elle demande le rejet de la poursuite au motif que la disposition contrevient directement à son droit à la sécurité de la personne. Le tribunal confirme que la disposition législative contrevient directement au droit protégé par l'article 7 de la *Charte canadienne*⁷⁶.

Un commerce s'adonne à la publicité destinée aux enfants, en contravention des dispositions de la *Loi de protection du consommateur*⁷⁷ du Québec. La société commerciale conteste l'infraction émise contre elle au motif que la loi brime directement sa liberté d'expression. Le tribunal reconnaît que la loi contrevient directement à la liberté d'expression, mais maintient la validité de l'interdiction au motif qu'elle se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique⁷⁸.

Mme Rodriguez, victime d'une maladie dégénérative irréversible, conteste la validité de la disposition du *Code criminel* qui interdit l'aide au suicide, au motif que la norme l'empêche d'obtenir cette aide. Le tribunal reconnaît que la norme pourrait théoriquement contrevenir directement au droit allégué par Mme Rodriguez et procède à une analyse sur le fond pour conclure que le caractère criminel de l'aide au suicide ne contrevient pas au droit à la liberté et à la sécurité protégé par l'article 7 de la *Charte canadienne*, en raison du caractère sacré de la vie, qui doit servir à interpréter ce droit⁷⁹. Il ne fait cependant pas de doute que la levée de l'interdiction aurait permis à Mme Rodriguez d'obtenir une réponse directe à sa demande.

Une personne conteste son arrestation et les accusations portées contre elle lorsqu'elle flânait à proximité d'un parc, en contravention d'une disposition du *Code criminel* qui prévoit que toute personne déclarée coupable d'infractions criminelles ne peut ainsi flâner près d'un parc. Elle conteste l'accusation portée contre elle au motif

⁷⁵ *Morgentaler c. R.*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4^e) 385 [*Morgentaler*].

⁷⁶ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 24 D.L.R. (4^e) 536 : Les droits protégés par l'art. 7 de la *Charte canadienne* sont directement interpellés si une infraction de responsabilité absolue impose l'emprisonnement obligatoire.

⁷⁷ L.R.Q. c. P-40.1.

⁷⁸ *Irwin Toy Ltd. C. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 58 D.L.R. (4^e) 577.

⁷⁹ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 107 D.L.R. (4^e) 342.

que la norme porte directement atteinte à ses droits protégés par l’article 7 de la *Charte canadienne*⁸⁰.

Dans une autre affaire émanant du Québec, une femme conteste le renvoi qu’elle subit de la part de son employeur au motif qu’elle ne réside pas dans la municipalité. La décision contestée trouve sa source dans une résolution municipale qui impose à tout employé permanent la résidence sur le territoire de la municipalité. Elle conteste la validité de cette résolution au motif qu’elle contrevient directement à son droit à la vie privée, protégé par la *Charte québécoise*, ce que reconnaît le tribunal⁸¹.

Toujours en provenance du Québec, une femme conteste la validité du règlement adopté en 1984 en vertu de la *Loi sur l’aide sociale*⁸², qui prévoit que les prestations d’aide sociale pour les moins de 30 ans sont réduites au tiers⁸³, au motif que ces dispositions constituent une discrimination fondée sur l’âge et seraient contraires aux droits protégés par l’article 7 de la *Charte canadienne* et l’article 45 de la *Charte québécoise*. C’est donc la réglementation qui était directement mise en cause⁸⁴.

Enfin, des dispositions du *Code criminel* empêchant directement une personne affectée par des troubles mentaux et jugée inapte à subir son procès criminel, à bénéficier de mesures adéquates, telle que la libération conditionnelle, sont déclarées inconstitutionnelles⁸⁵.

Bref, dans tous ces cas, la norme contestée est la source directe de la violation appréhendée des droits de la personne. L’observance obligatoire du dimanche met en cause la liberté de croyance, une infraction de responsabilité stricte à laquelle est rattachée une peine d’emprisonnement viole le droit à la sécurité et à la liberté, la criminalisation de l’avortement viole le droit à la sécurité, l’interdiction de la publicité met en cause la liberté d’expression, l’interdiction du suicide assisté soulève directement la question du droit à la sécurité de la personne, l’interdiction de flâner près d’un parc met en cause le droit à la sécurité et à la liberté de la personne, l’obligation de résidence contrevient au droit à la vie privée, des modalités d’aide sociale réduites et différentes pour les moins de trente ans soulève la possible contravention aux droits protégés par la *Charte* et la personne affectée par des troubles mentaux qui est en attente du procès criminel subit directement les contraintes des dispositions du *Code criminel* remises en question.

Dans l’affaire *Chaoulli*, on ne peut tirer ce lien de cause à effet. L’interdiction de l’assurance privée pour les services médicaux et hospitaliers au Québec ne

⁸⁰ *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 120 D.L.R. (4^e) 348.

⁸¹ La majorité se prononce dans cette affaire en vertu de l’art. 5 de la *Charte québécoise* déclarant invalide la résolution municipale et le contrat d’emploi comme étant contraire à la protection de la vie privée (*Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 152 D.L.R. (4^e) 577).

⁸² L.R.Q. c. A-16.

⁸³ R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, art. 29(a).

⁸⁴ *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 221 D.L.R. (4^e) 257, 2002 CSC 84.

⁸⁵ *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 240 D.L.R. (4^e) 629, 2004 CSC 46.

compromet pas directement le droit à la vie, à la sûreté et à la dignité de la personne. Ce sont les listes d'attente déraisonnables qui en sont la source, et non la prohibition de l'assurance privée. Et pourtant, la levée de la prohibition de l'assurance privée a été la réponse de la Cour. L'affaire *Chaoulli* ne correspond pas au format où la norme contestée est la cause directe de l'atteinte à un droit protégé par la *Charte*. Voyons si elle répond au deuxième format.

2. Les effets de la norme contestée sont la cause de l'atteinte

Les tribunaux ont vite reconnu qu'il n'est pas nécessaire que la norme contestée contrevienne directement à un droit protégé par la *Charte*. Il est également possible que la violation émane des *effets* de la norme et non de la norme elle-même. Si la prohibition de l'assurance privée pour les services médicaux et d'hospitalisation n'est pas en elle-même la cause des délais d'attente déraisonnables du système public, et donc d'une violation du droit à la vie, à la sûreté et à la dignité de la personne, peut-être les effets de la prohibition pourraient-ils l'être? Les circonstances de l'affaire *Chaoulli* semblent davantage apparentées à ce deuxième format, celui de l'atteinte aux droits protégés par la *Charte* par les *effets* d'une norme contestée. Voyons comment la Cour suprême procède normalement pour traiter de ce format.

La première cause de ce type entendue par le plus haut tribunal du pays est l'affaire *Operation Dismantle c. R.*⁸⁶. Le gouvernement fédéral avait autorisé des essais du missile de croisière américain en territoire canadien. L'organisme *Operation Dismantle* contestait cette décision au motif qu'elle violait les droits des Canadiens protégés à l'article 7 de la *Charte canadienne*. Les essais eux-mêmes ne représentaient pas un danger direct pour la sécurité des Canadiens, mais on alléguait que la mise au point du missile au Canada et la présence militaire américaine accrue en sol canadien augmentait la probabilité que le Canada ne soit la cible d'une attaque nucléaire, mettant ainsi en péril le droit à la vie et à la sécurité des citoyens. La Cour a rejeté la demande au motif que le lien causal entre la décision contestée et la violation des droits protégés n'avait pas été démontré⁸⁷. Autrement dit, les demandeurs devaient établir que la décision contestée était, par ses effets, la cause réelle ou appréhendée de la violation alléguée des droits.

Quelques années plus tard, la Cour s'est prononcée dans une autre affaire où la violation d'un droit ne trouvait pas sa source dans la norme contestée elle-même mais dans ses effets potentiels. Les plaignants ont contesté la validité de la *Loi sur le financement des campagnes électorales*⁸⁸ du Manitoba, qui prévoit un financement public des dépenses électorales des candidats et des partis politiques qui obtiennent

⁸⁶ [1985] 1 R.C.S. 441, 18 D.L.R. (4^e) 481 [*Operation Dismantle* avec renvois aux R.C.S.].

⁸⁷ *Ibid.* Le juge Dickson écrit, à la p. 447 : «J'en suis venu à la conclusion que le lien causal entre les actes du gouvernement canadien et la violation alléguée des droits des appelants aux termes de la *Charte* est simplement trop incertain, trop conjectural et trop hypothétique pour étayer une cause d'action».

⁸⁸ L.M. 1982-83-84, c. 45.

une certaine proportion des votes, au motif que la loi oblige les contribuables à soutenir des idées qui peuvent être contraires aux leurs. Aucune preuve factuelle démontrant que les dispositions de la loi entraînaient une violation à la liberté d’expression n’a été présentée. Le jugement de la Cour est rendu sous la plume du juge Cory, qui écrit : «On ne prétend pas que c’est l’objet visé par la loi qui viole la *Charte*, mais ses conséquences. Si les conséquences préjudiciables ne sont pas établies, il ne peut y avoir de violation de la *Charte* ni même de cause»⁸⁹. Le tribunal a rejeté la demande puisque le lien causal entre la violation des droits de la personne et les effets des dispositions contestées n’avait pas été établi⁹⁰.

En 1991, dans l’affaire *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*⁹¹, la Cour suprême est à nouveau amenée à se prononcer sur une contestation où ce n’est pas la norme qui pouvait directement être la cause de la violation, mais bien ses effets. La *Loi sur la Société du Barreau*⁹² du Manitoba prévoyait qu’un avocat reconnu coupable de faute professionnelle par le Comité judiciaire du Barreau pouvait être condamné à payer les frais de l’enquête menant à sa condamnation. L’impact potentiel quant à l’impartialité des membres du Comité a été relevé, ce qui contrevient aux droits protégés par l’article 7 de la *Charte canadienne*. Dans sa décision, le juge Iacobucci rejette la demande sans vider la question du lien causal, puisque de toute façon, il conclut que les principes de justice fondamentale sont, dans ce cas, respectés⁹³.

Enfin, dans l’affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*⁹⁴, un réfugié conteste son expulsion du pays au motif qu’il risque la torture dans son pays d’origine. Voici encore une situation où ce n’est pas directement la décision des pouvoirs publics qui met en péril les droits de l’individu, mais ses effets, dans la mesure où l’expulsion se pratiquerait vers un pays dangereux. Le tribunal a exigé que le demandeur démontre le lien causal entre la décision contestée et ses effets qui se traduisent par une atteinte à un droit protégé. Or, la Cour énonce :

Cela ne veut évidemment pas dire que constitue une violation de l’art. 7 toute mesure prise par le Canada et à la suite de laquelle une personne est torturée ou

⁸⁹ *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357 à la p. 366, 61 D.L.R. (4^e) 385.

⁹⁰ La Cour réitérait cette exigence l’année suivante dans la décision *Danson c. Ontario (P.G.)*, [1990] 2 R.C.S. 1086 à la p. 1099, 73 D.L.R. (4^e) 686 : «Notre Cour a toujours veillé soigneusement à ce qu’un contexte factuel adéquat existe avant d’examiner une loi en regard des dispositions de la *Charte*, surtout lorsque le litige porte sur les effets de la loi contestée».

⁹¹ [1991] 2 R.C.S. 869, 84 D.L.R. (4^e) 105 [*Pearlman* avec renvois aux R.C.S.].

⁹² L.R.M. 1987, c. L100.

⁹³ Non sans souligner d’abord le caractère «crucial» de la démonstration du lien de cause à effet entre les conséquences des dispositions contestées et la violation des droits protégés : «La question de savoir si les faits et les dispositions législatives en cause [...] sont visés par le “droit [...]” garanti par l’art. 7 est une question cruciale dont les conséquences sont tout aussi importantes. Toutefois, en raison de mes conclusions, il est inutile que j’examine cette question» (*Pearlman*, *supra* note 91 à la p. 881).

⁹⁴ [2002] 1 R.C.S. 3, 208 D.L.R. (4^e) 1, 2002 CSC 1.

mise à mort. Tout comme en l'espèce, il faut chaque fois se demander s'il existe un lien suffisant entre la mesure prise par le Canada et l'atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne [italiques omises]⁹⁵.

Bref, toutes ces affaires démontrent que lorsqu'une norme ou une décision n'entraîne pas directement une violation potentielle d'un droit protégé par la *Charte*, le tribunal exige que le demandeur démontre clairement que la violation peut résulter des effets de la norme ou de la décision contestée. Le tribunal n'a pas exigé cette preuve dans l'affaire *Chaoulli*. Ni la Cour supérieure, ni la Cour d'appel, ni la Cour suprême n'ont demandé d'entrée de jeu au requérant de démontrer que la prohibition de l'assurance privée avait pour effet d'alimenter les listes d'attente déraisonnables. Les juges se sont contentés d'observer que certaines personnes, dans certaines circonstances, pouvaient souffrir d'anxiété ou voir leur intégrité physique atteinte. La preuve n'a pas du tout établi que la prohibition de l'assurance privée était la cause de ces listes d'attente déraisonnables. Le lien causal a été établi entre les listes d'attente et l'atteinte aux droits protégés, et non entre les mesures législatives contestées et la violation des droits. La juge Deschamps écrit : «Le droit à la vie est donc touché par les délais inhérents aux listes d'attente»⁹⁶. Le tribunal peut retenir que «certains patients meurent s'ils doivent attendre pour être opérés»⁹⁷, mais cette observation est sans lien avec la prohibition de l'assurance privée.

Elle ajoute plus loin qu'elle voit un lien entre la prohibition d'assurance et l'atteinte⁹⁸, mais cette affirmation est en contradiction avec ce qu'elle dit encore plus loin lorsqu'elle écrit que les demandeurs n'avaient pas à faire cette preuve. On ne peut donc retenir cette affirmation comme faisant partie du raisonnement essentiel de la Cour.

Pourquoi le tribunal n'a-t-il pas exigé dans l'affaire *Chaoulli* cette preuve du lien causal entre la norme contestée et la violation des droits de la personne? Après avoir identifié cet élément central qui nous indique que ce jugement doit être interprété avec précaution, il nous faut maintenant en chercher le sens ou la raison.

III. Cherchez la raison

Est-il possible, malgré tout, d'extraire de ce jugement une raison qui se tienne⁹⁹? Peut-on y trouver une *ratio decidendi*, c'est-à-dire, une proposition qui est essentielle

⁹⁵ *Ibid.* au para. 55.

⁹⁶ *Chaoulli*, *supra* note 5 au para. 40.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ «J'en conclus que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que la prohibition de l'assurance pour des soins déjà assurés par l'État constitue une atteinte au droit à la vie et à la sécurité. [...] Les Québécois sont privés de l'accès à une solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente, qui sont un outil de gestion du régime public» : *ibid.* au para. 45.

⁹⁹ J'ai présenté un sommaire de cette question dans : Marie-Claude Prémont, «Il ne faut pas faire dire au jugement le contraire de ce qu'il dit!» *Le Devoir [de Montréal]* (18 février 2006) G3.

au dispositif, ou un argument incontournable sur lequel repose la conclusion¹⁰⁰ ? La multiplicité des opinions qui s’expriment quant au jugement ne doit pas nous faire oublier que le jugement ne peut pas signifier tout et son contraire. Il s’agit d’une impossibilité, puisque la Cour suprême voit son autorité inscrite à notre droit constitutionnel¹⁰¹. Lui faire dire n’importe quoi équivaut à la vider de son autorité. Nous devons donc procéder avec méthode pour en extraire un sens conforme à son rôle. Il est de notre devoir d’y trouver, malgré le caractère insolite de la décision, une explication rationnelle conforme aux principes de droit.

A. Absence de compétence dans la conception des politiques sociales

Dès l’adoption de la *Charte canadienne*, certains auteurs et critiques nous ont mis en garde contre le danger de faire basculer l’équilibre entre les pouvoirs législatifs et les pouvoirs judiciaires. Il existe une vaste littérature sur le sujet qui oppose de farouches défenseurs du concept d’une charte inscrite à la Constitution d’un pays¹⁰² à d’aussi féroces ennemis de la suprématie des juges¹⁰³. Le pouvoir judiciaire a lui-même dû s’adapter à ce nouveau rôle et user de prudence dans l’articulation des droits de la personne inscrits dans ces instruments qui faisaient leur entrée dans les débats judiciaires. Les droits inscrits aux chartes permettent un contrôle judiciaire accru des décisions politiques inscrites dans l’appareil législatif d’un État, en sus du contrôle inscrit à la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁴ à travers le partage des compétences entre le niveau fédéral et les provinces. Ce pouvoir judiciaire nouveau ne peut s’articuler qu’en établissant et respectant des règles strictes, de façon à ne pas écartier la base même de la démocratie canadienne fondée sur le principe de la souveraineté parlementaire.

L’objet de ce court commentaire sur l’affaire *Chaoulli* n’est pas de faire le point sur cette doctrine quant au rôle des tribunaux et au gouvernement des juges¹⁰⁵. On

¹⁰⁰ Les autres éléments de la décision majoritaire d’un tribunal forment ce que l’on appelle *obiter dictum*, c’est-à-dire, ce qui est dit incidemment ou à l’occasion. Ces éléments ne participent pas à l’autorité de la décision.

¹⁰¹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5, arts. 96, 101 ; Patrice Garant, *Droit administratif*, v. 2, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996 aux pp. 15-20.

¹⁰² Voir par ex. J.-G. Castel, «The Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983) 61 R. du B. can. 1.

¹⁰³ Voir par ex. Michael Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, trad. par Hervé Juste, Montréal, Boréal, 1996.

¹⁰⁴ *Supra* note 101.

¹⁰⁵ L’expression a été rendue populaire dès 1921 au moment de la publication d’un célèbre ouvrage français sur l’activisme judiciaire américain mis en œuvre à la fin du 19^e siècle, en réaction aux premières législations sociales : Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Marcel Girard & Cie, 1921. Il est d’ailleurs intéressant de lire

peut par contre ici relever ce que les juges de la Cour suprême disent quant au rôle qu'ils s'attribuent pour la conception d'un système de santé. L'opinion de la juge Deschamps confirme que la conception des politiques sociales ne relève pas de la responsabilité des tribunaux : «Les tribunaux ont le devoir de s'élever au-dessus du débat politique. Ils laissent au législateur le soin d'intervenir pour concevoir les politiques sociales. Mais lorsque celles-ci violent les droits protégés par les chartes, ils ne peuvent s'esquiver»¹⁰⁶. Elle précise dans sa conclusion que la solution aux problèmes complexes soulevés par le pourvoi est entre les mains des pouvoirs publics du Québec qui doivent agir selon les compétences qui leur sont dévolues¹⁰⁷.

L'opinion des trois juges qui appuient la conclusion de la juge Deschamps n'est pas très explicite quant à ce rôle, mais on y précise que la conclusion d'incompatibilité est certes contingente à la présence des listes d'attente déraisonnables : «Somme toute, bien qu'elle puisse être constitutionnelle dans des circonstances où les services de santé sont raisonnables tant sur le plan de la qualité que sur celui de l'accès en temps opportun, l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée ne l'est pas lorsque le système public n'offre pas des services raisonnables»¹⁰⁸.

Quant à l'opinion des trois juges dissidents, elle réitère avec force l'importance de respecter la délicate frontière entre le rôle des tribunaux et celui des Parlements, même lorsque les juges doivent se prononcer sur une contestation fondée sur la *Charte* : «À notre avis, la thèse des appelants repose non pas sur le droit constitutionnel mais sur leur désaccord avec le gouvernement québécois au sujet d'aspects particuliers de sa politique sociale. C'est à l'Assemblée nationale qu'il appartient de discuter et d'établir la politique sociale du Québec»¹⁰⁹. Ils répètent que «l'avenir d'un régime de santé public unique doit dépendre de représentants élus»¹¹⁰, pour conclure :

La conception, le financement et l'exploitation d'un système de santé public dans une société démocratique moderne comme le Québec représentent un défi de taille qui oblige à faire des choix difficiles. En fin de compte, nous concluons que le choix fait par l'Assemblée nationale du Québec, au cours de la génération précédente, compte toujours parmi la gamme d'options

à l'opinion dissidente un rappel, 100 ans plus tard, de ce type de lecture judiciaire des droits, dans l'affaire *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) : *Chaoulli*, *supra* note 5 au para. 201.

¹⁰⁶ *Chaoulli*, *ibid.* au para. 89.

¹⁰⁷ *Ibid.* au para. 100.

¹⁰⁸ *Ibid.* au para. 158.

¹⁰⁹ *Ibid.* au para. 167. Et ils ajoutent au para. 170 : «La définition des programmes sociaux relève, à juste titre, de l'exercice légitime des mandats démocratiques confiés aux politiciens élus à cette fin, de préférence à la suite d'un débat public». Ils reprennent à leur compte, au para. 260, le commentaire du juge Dickson dans l'affaire *Morgentaler*, *supra* note 75 à la p. 53 : «les tribunaux devraient éviter “de se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales”».

¹¹⁰ *Chaoulli*, *ibid.* au para. 273.

justifiables au regard de l’art. 9.1. Confier la conception du système de santé aux tribunaux ne représente pas un choix judiciaire¹¹¹.

B. Qu’ont obtenu les requérants du recours judiciaire?

Les requérants ont obtenu ce qu’ils ont demandé, rien de plus, rien de moins, c’est-à-dire la déclaration d’incompatibilité avec les droits protégés par la *Charte québécoise* de la prohibition de l’assurance privée pour les services médicaux et hospitaliers couverts par le régime public. Aucune autre disposition législative encadrant les services de santé au Québec n’est remise en cause par cette décision. Cette levée de la prohibition ne se traduit pourtant pas par un droit constitutionnel à l’assurance privée. La juge Deschamps le précise clairement dès le début de son opinion : «Les appelants ne prétendent pas disposer d’un droit constitutionnel à une assurance privée»¹¹².

Pour mieux saisir la cible du recours, il est utile de citer la Juge Piché de la Cour supérieure qui résume bien la formulation de la demande des requérants Chaoulli et Zeliotis : «Les requérants demandent au Tribunal d’avoir la possibilité de contracter une police d’assurance privée afin de couvrir les frais inhérents à des services de santé et à des services hospitaliers privés lorsque ces derniers sont rendus par des médecins non participants au régime de santé public québécois» [italiques omises]¹¹³.

Il est très important de situer les tenants et aboutissants du dispositif de la Cour suprême. Deux éléments sont ici centraux et forment la double condition intrinsèque à l’intervention du tribunal : les délais d’attente déraisonnables et le maintien de la prohibition de la pratique médicale mixte.

C. Les délais d’attente déraisonnables : la condition inextricablement rattachée à l’intervention de la Cour suprême

Le prononcé de la Cour est fondé sur la présence de délais d’attente jugés déraisonnables pour certains services de santé assurés par les régimes publics, notamment en ce qui concerne les interventions non urgentes ou électives. A *contrario*, en l’absence de ces délais d’attente déraisonnables, le tribunal n’aurait pu conclure à l’incompatibilité entre les droits protégés par la *Charte québécoise* et l’interdiction de l’assurance privée.

Les deux opinions qui participent à la majorité expriment de façon claire cette réserve¹¹⁴. Il est certes inhabituel qu’une décision du tribunal déclarant une disposition législative contraire à la *Charte* soit conditionnelle à une situation factuelle, ouvrant ainsi aux pouvoirs publics deux options : répondre par une

¹¹¹ *Ibid.* au para. 276.

¹¹² *Ibid.* au para. 14.

¹¹³ *Chaoulli C.S.*, *supra* note 10 à la p. 791.

¹¹⁴ *Chaoulli*, *supra* note 5 aux paras. 89, 100, 158.

modification législative ou par une action quant aux conditions factuelles qui ont ouvert la voie à la décision de la Cour. Mais, rappelons-nous, il est tout aussi, sinon plus exceptionnel, qu'un tribunal admette un recours fondé sur la *Charte* lorsque la relation entre la plainte formulée (les listes d'attente déraisonnables) et la disposition législative remise en cause n'est pas clairement établie. Il est donc tout à fait dans l'ordre des choses qu'une décision reposant sur des circonstances hors du commun donne lieu à des conséquences tout aussi particulières.

La question des listes d'attente a retenu l'attention de l'ensemble des juges qui ont entendu la demande des requérants, depuis la Cour supérieure du Québec jusqu'aux sept juges de la Cour suprême du Canada. Les quatre juges de la majorité, ont clairement dit que les listes d'attente étaient le seul motif qui les menait à la conclusion d'incompatibilité de l'interdiction de l'assurance privée¹¹⁵. Les listes d'attente du réseau de la santé doivent donc être la cible prioritaire de la réponse du Québec au jugement. Contrairement aux apparences trompeuses, le plan d'action ne peut pas simplement avoir pour objectif d'aménager une place pour l'assurance privée de santé, puisque aucune preuve n'a été soumise au tribunal à l'effet que l'introduction de l'assurance privée pourrait avoir un quelconque effet bénéfique sur les listes d'attente déraisonnables. Les juges disent simplement que les requérants n'étaient pas contraints de faire cette preuve pour avoir gain de cause. La juge Deschamps écrit : «La conclusion recherchée par les appelants n'apporte pas nécessairement une réponse au problème complexe des listes d'attente. Il ne revenait cependant pas aux appelants de trouver le moyen de corriger un problème qui perdure depuis plusieurs années et pour lequel la solution doit venir de l'État lui-même»¹¹⁶. La seule évidence incontournable du jugement se limite à l'obligation pour le Québec de trouver une réponse aux listes d'attente déraisonnables et de donner suite à «l'urgence d'agir concrètement»¹¹⁷, pour reprendre les termes de la juge Deschamps.

Il est utile de souligner que le Québec a mis en place depuis quelques années, des mesures visant à corriger les lacunes observées à travers le système, avec une attention particulière pour réduire les délais d'attente. L'entente des premiers

¹¹⁵ Par exemple, c'est ce qu'exprime clairement l'opinion de la juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache : «Somme toute, bien qu'elle puisse être constitutionnelle dans des circonstances où les services de santé sont raisonnables tant sur le plan de la qualité que sur celui de l'accès en temps opportun, l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée ne l'est pas lorsque le système public n'offre pas des services raisonnables» (*Chaoulli, ibid.* au para. 158).

¹¹⁶ *Chaoulli, ibid.* au para. 100. La Cour suprême souligne au paragraphe 71, la méthode utilisée par l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Manitoba, de limiter au tarif public les tarifs que peuvent exiger les médecins qui travaillent dans le secteur privé. Cette autre méthode est donc non seulement valide, selon la juge Deschamps, mais elle permet de remplacer la norme trop prohibitive de l'interdiction de l'assurance privée.

¹¹⁷ *Ibid.* au para. 96. Elle ajoute au paragraphe suivant : «Le gouvernement a certes les choix des moyens, mais il n'a pas celui de ne pas réagir devant la violation du droit à la sécurité des Québécois».

ministres canadiens de septembre 2004 donne l’occasion de faire le point sur les progrès réalisés à ce titre¹¹⁸.

D. La levée de l’interdiction de l’assurance privée : simple exutoire

Les requérants ont demandé et obtenu la déclaration d’incompatibilité de deux dispositions législatives par rapport à la *Charte québécoise*, dans le contexte de délais d’attente déraisonnables. Aucune autre disposition législative québécoise n’est remise en cause par le jugement.

Si certaines personnes suggèrent de modifier ou d’abolir d’autres dispositions législatives pour donner suite à la décision de la Cour suprême, elles poursuivent d’autres objectifs politiques qui mériteraient d’être plus clairement énoncés. Par exemple, certaines personnes proposent de modifier la législation réglementant le statut du médecin non participant¹¹⁹. Il s’agit à notre avis d’une proposition qui est contraire au raisonnement de la Cour suprême dans l’affaire *Chaoulli*.

La *Loi sur l’assurance maladie* prévoit en effet que les médecins doivent choisir entre une pratique exclusive comme médecin participant (c’est-à-dire conforme à la loi et au cadre des ententes conclues avec les Fédérations médicales) ou comme médecin non participant (c’est-à-dire, hors du cadre des ententes)¹²⁰. Cette distinction entre le médecin participant et le médecin non participant n’est nullement remise en cause par la décision *Chaoulli*. Au contraire, l’opinion de la juge Deschamps sur laquelle repose la conclusion majoritaire exprime clairement que c’est la présence de ces dispositions déjà en place, ou disponibles, pour atteindre le même objectif, qui lui permet de conclure que l’interdiction de l’assurance privée n’est pas nécessaire ou ne constitue pas une atteinte minimale.

Le potentiel d’ouverture à une rémunération couverte par des contrats d’assurance médicale privée ne peut donc tenir que pour la catégorie des médecins

¹¹⁸ Ministère de la Santé et des Services sociaux (Québec), «Bilan des progrès accomplis à l’égard de l’entente bilatérale intervenue à l’issue de la rencontre fédérale-provinciale-territoriale des premiers ministres sur la santé de septembre 2004» (21 octobre 2005) à la p. 32: en ligne : Ministère de la Santé et des Services Sociaux (Québec) <<http://www.msss-gouv.qc.ca/documentation/publication.html>>. Une version anglaise est également disponible à cette adresse.

¹¹⁹ Voir par ex. Marco Laverdière, «La Cour suprême et la privatisation des soins de santé au Québec : Ce n’est pas un ordre, mais est-ce bien une interdiction ?» *Le Devoir [de Montréal]* (26 novembre 2005) B5. Certains médecins et leurs organes médiatiques font également la promotion de la pratique médicale mixte. Voir par ex. «Une perspective différente du jugement de la Cour suprême : Notre système public va-t-il s’écraser ?» *Santé inc.* 2:1 (septembre 2005) 28 ; «Le modèle de l’assurance médicaments : Organisation des soins et rumeurs du Ministère» *Santé inc.* 2:1 (septembre 2005) 29 ; ou «La pratique hybride» *Santé inc.* 2:1 (septembre 2005) 30.

¹²⁰ *Supra* note 3, art. 1(e), 26, 28 et 30. Voir également *Règlement d’application de la Loi sur l’assurance maladie*, R.R.Q., c. A-29, r.1.

non participants. Un nombre de 100 médecins¹²¹ sur plus de 18,504 médecins du Québec¹²² ont actuellement opté de travailler en dehors du cadre du régime public, ce qui représente 0,54% ou un demi de 1% des médecins québécois. La levée potentielle de l'interdiction de l'assurance médicale privée ne s'adresse qu'à cette catégorie restreinte de médecins.

Nous devons donc conclure que rien dans la décision de la Cour suprême n'ordonne ou ne valide l'introduction au Québec de la pratique médicale mixte. Au contraire, la déclaration d'incompatibilité de la prohibition de l'assurance privée avec les droits de la *Charte québécoise* s'appuie sur la présence, et donc le maintien, de l'interdiction de la pratique médicale mixte. Cette observation a été expliquée et débattue à travers les médias par un groupe de professeurs juristes de chacune des cinq facultés de droit du Québec, dont je fais partie¹²³. La conclusion majoritaire de la Cour suprême est conditionnelle au maintien des autres mécanismes de protection du régime public, comme l'interdiction de la pratique médicale mixte¹²⁴ ou la parité tarifaire entre médecins participants et non participants.

Enfin, la juge Deschamps conclut : «[le Québec] dispose de plusieurs moyens pour protéger l'intégrité du régime québécois de soins de santé. Le choix de la prohibition n'est pas justifié par la preuve»¹²⁵. La déclaration d'incompatibilité de l'interdiction de l'assurance privée par la Cour suprême repose donc sur l'utilisation par le Québec de ces autres moyens de protection du régime public de santé, qualifiés de moins draconiens, dont font partie la prohibition de la pratique médicale mixte et la parité tarifaire entre médecins participants et médecins non participants.

¹²¹ Avis juridiques (Régie de l'assurance maladie du Québec), 7 janvier 2006, G.O.Q. 2006.I.13 aux pp. 13-16.

¹²² Collège des médecins du Québec, «Le médecin aujourd'hui : Profil statistique» (31 décembre 2004), en ligne : Collège des médecins du Québec <<http://www.cmq.org/statistiques.aspx>>.

¹²³ Voir dans l'ordre chronologique les articles suivants: Henri Brun *et al.*, «Privatisation des soins de santé au Québec : Il n'y a pas d'"ordre" de la Cour suprême» *Le Devoir [de Montréal]* (17 novembre 2005) A7 ; «Quebec Medicare Plan is Not What the Supremes Ordered» *The [Montreal] Gazette* (17 novembre 2005) A29 ; Marco Laverdière, «La Cour suprême et la privatisation des soins de santé au Québec : Ce n'est pas un ordre, mais est-ce bien une interdiction ?», *Le Devoir [de Montréal]* (26 novembre 2005), section Idées. Une réplique des six auteurs a été soumise le 29 novembre 2005 au journal *Le Devoir [de Montréal]*, mais n'a pas été publiée : Henri Brun *et al.*, «L'assurance privée des soins médicaux et l'interdiction de la pratique médicale mixte» (29 novembre 2005), en ligne : Institut santé et société de l'UQÀM <<http://www.iss.uqam.ca/pages/babillard.asp>>.

¹²⁴ Voir *Chaoulli*, *supra* note 5 au para. 66, où la juge Deschamps conclut que l'interdiction de l'assurance privée n'est pas une atteinte minimale parce que le Québec interdit la pratique médicale mixte : «Enfin, en raison de l'al. 1e) [de la *Loi sur l'assurance maladie*] les médecins non participants ne peuvent pratiquer comme participants. Ils ne peuvent donc pas se trouver dans la situation de conflit d'intérêts décrite par quelques témoins».

¹²⁵ *Ibid.* au para. 84. Elle résume également sa pensée à ce sujet dès le para. 17 : «La diversité des mesures illustre qu'il existe plusieurs façons d'aborder la dynamique secteur public / secteur privé sans recourir à une prohibition [d'assurance privée pour les soins médicaux et hospitaliers]».

Conclusion

La décision de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Chaoulli* nous place devant un double paradoxe. D’abord, il n’y a peut-être pas de *ratio decidendi*. En effet, nous avons vu que la seule conclusion qui fait l’objet d’une majorité à quatre contre trois, ne repose pas sur des motifs communs aux quatre juges. Les motifs de la juge Deschamps quant à la *Charte québécoise*, ne sont pas partagés par les trois juges qui l’appuient dans sa conclusion.

Ensuite, si on extrait les motifs décisifs de l’opinion de la juge Deschamps, ils se limitent à trois points. D’abord et avant tout, le gouvernement du Québec doit de façon urgente trouver une solution au problème des listes d’attente déraisonnables qui affectent le système public de santé. C’est l’élément le plus fort de la décision. Ensuite, la solution offerte par le tribunal n’ayant aucun lien avec le problème qui lui est soumis, se limite à une déclaration symbolique, de permettre aux seuls médecins non participants d’être rémunérés directement ou indirectement par l’assurance privée. Enfin, la levée de la prohibition de l’assurance maladie privée repose sur le maintien ou l’adoption par le Québec de mesures de protection du régime public, comme la prohibition de la pratique médicale mixte ou la parité tarifaire entre médecins participants et médecins non participants.

La décision de la Cour suprême dans l’affaire *Chaoulli* n’a pas fini de faire parler d’elle. Il est impératif de bien cerner son sens en droit et de ne pas transformer un énoncé juridique en énoncé politique qui dépasse les compétences de la Cour. L’analyse ici présentée suggère que la Cour suprême inaugure avec cette affaire une nouvelle forme d’intervention, qui se démarque d’une façon inusitée et fragile des décisions antérieures mettant en cause le respect des droits fondamentaux par une disposition législative. Cette intervention paradoxale est à la fois percutante et purement symbolique. Percutante par le cri d’alarme lancé aux pouvoirs publics de corriger un problème soumis aux tribunaux, celui des listes d’attente déraisonnables. Symbolique par la solution notoirement inefficace fournie par la Cour et voulue comme telle, soit permettre à 0,54% des médecins québécois d’être rémunérés par une assurance privée lorsque des délais déraisonnables caractérisent certains secteurs d’intervention.

La Cour suprême confirme par cette décision paradoxale et symbolique que son rôle doit impérativement s’arrêter là où la conception des politiques sociales commence. Le jugement n’impose nullement au Québec de lever l’interdiction de l’assurance privée pour les services médicaux et hospitaliers, dans la mesure où une solution crédible est adoptée pour répondre aux préoccupations légitimes de la Cour en ce qui concerne les délais d’attente.
