

ARTICLE

LE CADRE JURIDIQUE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS RELATIF AU DÉVELOPPEMENT PARALLÈLE DE SERVICES PRIVÉS DE SANTÉ ET L'ARTICLE 7 DE LA CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

par Marco LAVERDIÈRE*

Le système public de santé qui existe au Canada et au Québec a, sans conteste, été conçu afin de donner suite à une généreuse volonté d'éviter que des individus ne soient privés des services requis en raison de leur incapacité financière à en défrayer les coûts. Toutefois, le constat de l'érosion de ce système conduit à se poser les questions suivantes : Comment et pourquoi le cadre juridique actuel interdit-il de développer une offre parallèle de services privés aptes à répondre aux besoins et attentes des citoyens disposés à en assumer les coûts? Les gouvernements sont-ils autorisés à interdire de tels développements? Après avoir identifié les obstacles juridiques en cause, l'auteur tente de démontrer qu'ils peuvent, dans le contexte actuel, constituer une restriction à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, difficile à justifier en vertu de l'article premier.

The public-health system in Canada and Quebec was clearly designed to reflect an unselfish resolve to prevent individuals from being deprived of necessary services because they are unable to pay the costs. However, the acknowledged erosion of the system gives rise to the following questions : How and why does the current legal framework prohibit the development of a concurrent offer of private services capable of meeting the needs and expectations of citizens who are prepared to assume the costs? Are governments authorized to prohibit these developments? After identifying the relevant legal obstacles, the writer endeavours to show that they may, in the current context, constitute a limitation on section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms - one that is difficult to justify under section 1.

*. Avocat, il oeuvre au sein du système professionnel québécois. Il souhaite souligner la contribution appréciée de Mme Suzanne Philips-Nootens et de M. Pierre Blache, tous deux professeurs à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Ces derniers l'ont dirigé dans la rédaction de ce texte, lequel a d'abord été déposé à titre d'essai, à l'automne 1997, dans le cadre du programme de maîtrise en droit de la santé de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

| | | |
|--|--|-----|
| Introduction | | 121 |
| 1. Le cadre juridique actuel et le développement de services parallèles | | 126 |
| 1.1 Aperçu des enjeux sociopolitiques en présence | | 126 |
| 1.1.1 Les besoins individuels en matière de services et les limites de l'offre du système public | | 127 |
| 1.1.2 La raison d'être du monopole du système public : entre la promotion de l'égalité et celle de l'égalitarisme | | 132 |
| 1.2 Les obstacles au développement de services parallèles | | 142 |
| 1.2.1 Les interventions fédérales en matière de santé | | 143 |
| 1.2.1.1 «Un» système public ou «seulement» le système public : le flou interprétatif entourant la <i>Loi canadienne sur la santé</i> | | 143 |
| 1.2.1.2 Vers un raffermissement des normes nationales au profit du monopole du système public? | | 152 |
| 1.2.2 Les règles propres au système de santé québécois | | 158 |
| 1.2.2.1 Le développement parallèle de services institutionnels : une possibilité quasi insaisissable | | 158 |
| 1.2.2.2 Le développement parallèle de services visés par les régimes publics d'assurance : des mesures dissuasives et prohibitives | | 165 |
| 2. Les obstacles au développement de services parallèles et l'article 7 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> | | 170 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 2.1 | La protection offerte aux individus par les droits édictés à l'article 7 de la Charte | 170 |
| 2.1.1 | Quelques considérations préliminaires concernant la protection offerte | 171 |
| 2.1.1.1 | Un État libre de définir lui-même l'étendue de ses responsabilités sociales | 171 |
| 2.1.1.2 | Au-delà des dogmes, la prise en considération des lacunes du système public | 178 |
| 2.1.1.3 | L'inapplicabilité des droits aux prestataires | 180 |
| 2.1.2 | Les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité | 182 |
| 2.1.2.1 | La privation d'accès aux services et le droit à la vie et à la sécurité | 182 |
| 2.1.2.2 | La privation de choix des services et le droit à la liberté et à la sécurité | 185 |
| 2.1.2.3 | La perspective d'une privation d'accès ou de choix et le droit à la sécurité | 192 |
| 2.2 | Les exigences issues des principes de justice fondamentale | 197 |
| 2.2.1 | Les exigences procédurales : la participation du public à l'élaboration des politiques publiques | 197 |
| 2.2.2 | Les exigences substantives : un contrôle respectueux des choix de l'État, similaire à celui de l'article premier | 202 |
| 3. | Les obstacles au développement de services parallèles : une justification sous l'article premier? | 205 |
| 3.1 | Promotion de l'égalité ou de l'égalitarisme? Deux objectifs d'importance... inégale! | 206 |
| 3.2 | La recherche d'un lien rationnel : les limites de la réserve judiciaire face aux politiques incohérentes de l'État? | 210 |
| 3.3 | Le critère d'atteinte minimale : l'existence de moyens moins préjudiciables pour contrer les impacts néfastes d'une offre parallèle sur le système public | 213 |

120 *Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement
parallèle de services privés de santé et (1998-99) 29 R.D.U.S.
l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés*

3.4 L'importance des effets des atteintes et celle de l'objectif
poursuivi : une ultime exigence de rigueur non
satisfaite 216

Conclusion 219

«C'est dans la mesure où le droit est appelé à réviser à l'intérieur de l'enveloppe budgétaire limitée par la capacité de payer, la distribution des services, que la politique est confrontée explicitement à formuler les principes de sa justice distributive dans le domaine. Dans le contexte de l'enveloppe budgétaire limitée et face à l'augmentation de la demande résultant des besoins de santé, il est difficile de ne pas percevoir un réaménagement de la demande sans y voir un recul face aux principes et surtout aux idéaux qu'ils présentaient. C'est ici que le problème éthique du rôle qu'a l'État d'assurer des choix de société devient incontournable.»¹

Introduction

La crise des finances publiques qui sévit au Canada et au Québec, comme dans bien d'autres pays industrialisés du reste, a conduit les gouvernements à reconsidérer l'ampleur des ressources qu'ils consacrent au domaine d'intervention sociosanitaire. Le fait est qu'il s'agit du domaine qui accapare la plus grande part des ressources étatiques.² C'est pourquoi ce dernier a retenu l'attention lorsqu'est venu le temps d'identifier les compressions budgétaires devant être effectuées afin de conjurer les déficits et, ultimement, l'endettement des gouvernements.³

-
1. G. A. Legault, «La responsabilité individuelle et la rareté des ressources en soins de santé» (1990) 20 *R.D.U.S.* 357 à la p. 366.
 2. Environ 31% en ce qui concerne le Québec, selon les données fournies pour l'année 1995 par le Ministère de la santé et des services sociaux [ci-après «M.S.S.S.»] dans Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, Sommet sur l'économie et l'emploi. *La santé et les services sociaux : Enjeux et orientations d'un système en transformation*, Québec, Gouvernement du Québec, 1996 à la p. 3 [ci-après «Enjeux et orientations»].
 3. Entre l'année financière 1993-1994 et 1995-1996, le financement de l'ensemble des programmes de santé et de services sociaux a connu une baisse de 2,2% : Québec, M.S.S.S., Fiscalité et financement des services publics. Oser choisir ensemble : *Le coût et l'efficacité des services de santé et des services sociaux*, vol. 4, Québec, Publications du Québec, 1996 à la p. 31. Pour bien saisir l'ampleur de cette diminution, il faut la situer dans le contexte où les besoins tendent à augmenter considérablement, au gré de facteurs tels que le vieillissement de la population, l'apparition de nouveaux problèmes de santé et l'aggravation de ceux déjà existants : «Enjeux et orientations», *ibid.* aux pp. 9-12. Il faut également considérer, de manière particulière, les variations à la baisse de certains programmes traditionnellement importants, tel que celui sous la responsabilité de la Régie de l'assurance-maladie [ci-après «R.A.M.Q.»], lequel a connu une diminution de 6,5%.

Dans un certain nombre de cas, les compressions budgétaires imposées dans le domaine de la santé ont conduit à la privatisation de services, c'est-à-dire à des transferts, du secteur public vers le secteur privé, de responsabilités de prestation ou de financement des services.⁴

Par ailleurs, la réduction des ressources publiques consacrées aux services sociosanitaires n'occasionne pas toujours un transfert effectif de responsabilités vers le secteur privé. En effet, il arrive que l'État décide de garder à sa charge exclusive la responsabilité de certains services qui font par ailleurs l'objet d'une réduction de financement. Se présente alors, avec acuité, le problème d'une offre pouvant être quantitativement ou qualitativement insuffisante pour répondre à la demande.

L'ampleur du problème tire en partie ses origines du fait que le Canada et le Québec ne constituent pas une terre fertile pour le développement parallèle, c'est-à-dire en marge du système public, d'une autre offre de services initiée par le secteur privé, qui pourrait pallier les insuffisances du système public. En effet, les gouvernements canadien et québécois ont, à plusieurs reprises, et malgré les décisions qu'ils ont pu prendre en vue de réduire les ressources consacrées au système public, manifesté une ferme opposition à l'idée de voir se développer ce que plusieurs appellent un «système à deux vitesses»⁵. Cette

-
4. Selon la définition proposée par le Forum national sur la santé [ci-après «F.N.S.»] dans Forum national sur la santé, *Le financement public et privé du système de santé du Canada*, Ottawa, Le Forum, 1995 à la p. 18 [ci-après «Financement public et privé»].
 5. Voir notamment la position affichée par le gouvernement canadien au moment de l'adoption de la *Loi canadienne sur la santé* L.R.C. 1985, c. C-6 [ci-après «Loi canadienne» ou «L.C.S.»] dans Canada, Ministère de la santé et bien-être social canada, *Pour une assurance-santé universelle : La politique du Gouvernement du Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1983 aux pp. 18-30. Au Québec, voir la plus récente prise de position dans «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 45.

expression, utilisée régulièrement dans le discours public, s'est vu attribuer la signification suivante au cours des travaux du Forum national sur la santé⁶ :

«Le terme "vitesse" traduit une hiérarchie dans la façon pour les individus d'accéder aux services de santé. Dans un système à une seule vitesse, il n'y a qu'une seule façon d'obtenir des soins de santé - c.-à.-d. dans le cadre du système financé par l'État, et en fonction du besoin. Dans un système à deux vitesses, certains individus peuvent payer pour obtenir un accès prioritaire aux services de santé, peu importe leurs besoins, tandis que le reste de la population a recours au système public.»⁷

À la lumière de cette définition, il importe de comprendre qu'un «système à deux vitesses» n'est pas le synonyme ou l'équivalent d'un système ou d'une offre issue d'une privatisation. Une opération de privatisation occasionne un transfert effectif de responsabilités ou, dans certains cas, un simple retrait⁸ de l'État, faisant en sorte qu'il n'y a toujours, à son terme, qu'une seule offre disponible pour un service donné.⁹ Une telle opération n'occasionne donc pas

-
6. Le Forum national sur la santé a été créé en 1994 par le gouvernement fédéral en vue de «consulter la population, et de faire des recommandations [...] pour améliorer le système de santé et la santé de la population» : F.N.S., *La santé au Canada : un héritage à faire fructifier*. Rapport final du Forum national sur la santé, vol. 1, Ottawa, Le Forum, 1997 à la p. 7 [ci-après «un héritage à faire fructifier, vol. 1»].
 7. «Financement public et privé», *supra* note 4 à la p. 19. Pour comprendre la référence à la notion de «besoin» dans le cadre de la définition proposée, on peut inférer qu'elle signifie que dans un «système à une vitesse», les individus dont les problèmes de santé sont les plus importants sont desservis en priorité, alors que dans un «système à deux vitesses», des prestataires pourraient établir des priorités d'accès à leurs services uniquement en fonction de la capacité de payer des individus, sans tenir compte de l'ampleur des problèmes de santé que ces derniers éprouvent.
 8. Il s'agit là d'une forme subtile de transfert, tel que le souligne G. D. Marriott, «The Regional Health Authorities Act and the Privatization of Health Care in Alberta» (1992) 3 :3 *Health L. Rev.* 35 à la p. 39. Voir également la distinction effectuée entre les privatisations «by omission» et «by commission» par K. P. Feehan, «Access to Service : Threats and opportunities/The Role of the Private Sector in Alberta's new Health System» (1996) 16 *Health L. Can.* 17 aux pp. 21-22.
 9. Selon que le transfert est total ou partiel et selon qu'il vise à la fois les responsabilités de financement et de prestation, ou uniquement l'une de ces deux responsabilités, la qualification de l'unique offre alors disponible variera. Elle sera qualifiée de privée si l'État n'assume plus aucune responsabilité de financement. Dans ce cas toutefois, elle ne pourra être qualifiée d'offre parallèle, selon le sens accordé à cette expression dans le cadre de la

la coexistence d'offres de services semblables de par leurs finalités mais différentes de par leurs modalités d'accès et de prestation. Aussi, il importe de souligner que la privatisation résulte d'une initiative étatique et non pas d'une action autonome du secteur privé.

À titre d'exemple des implications d'une mesure de privatisation, il y a celui de la désassurance progressive de certains services dentaires et optométriques observée au Québec depuis 1982. Il s'agit là de services qui ont été retirés graduellement de la liste des services assurés dans le cadre du régime d'assurance-maladie¹⁰. Au terme de cette opération, les individus visés ne pouvaient choisir entre l'accès aux services publics de dentisterie ou d'optométrie et un accès prioritaire, à leurs frais, aux services privés. Aussi, la décision des dentistes et des optométristes de facturer dorénavant à ces individus les services rendus n'a été prise que parce que l'État a lui-même décidé de ne plus assurer leur financement.

C'est donc un concept bien différent de celui de la privatisation qui retiendra l'attention dans le cadre du présent essai. L'objet de la démarche consistera à comprendre les tenants et aboutissants de ce que l'on peut dès maintenant soupçonner être une forme de monopole exercé par le système public sur les services qu'il rend disponibles. Pour les fins de la discussion, les notions de «services publics» ou de «système public» renvoient à tous les services prévus dans le cadre d'un programme mis en place par l'État et pour lesquels ce dernier assume une responsabilité totale ou partielle de

présente étude, puisqu'il n'existe plus de services «homologues» au sein de l'offre publique. L'offre de services sera par ailleurs qualifiée de publique si l'État n'a fait que transférer une responsabilité de prestation ou s'il n'a fait que transférer une part de responsabilité de financement au secteur privé.

10. Il s'agit de la liste de services que l'on retrouve aux articles 34, 35 et 36 du *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-maladie*, R.R.Q. 1981, c. A-29, r.1. Il semble que le processus de désassurance ne soit pas terminé, selon ce qu'a laissé entrevoir «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 34. Voir également ce que rapporte K. Gagnon, «Québec espère économiser 20 millions en désassurant des actes médicaux», *La Presse [de Montréal]* (3 avril 1997).

financement,¹¹ soit en assumant lui-même la prestation, soit en rémunérant des tiers à cette fin.¹² Les notions de «services parallèles», de «système parallèle» ou de «système à deux vitesses», renvoient quant à elles à la possibilité, pour un citoyen, d'assumer tous les coûts liés à un accès «supérieur»¹³ à un service offert par un prestataire privé, un service qui serait par ailleurs également disponible auprès du système public. Incidemment, ces dernières notions renvoient aussi à la possibilité pour des prestataires privés de prendre l'initiative de rendre disponibles de tels services et d'entrer ainsi, en quelque sorte, en compétition avec le système public.

La démarche proposée consiste d'abord à voir quels sont les enjeux sociopolitiques qui paraissent être soulevés en regard d'un contexte favorable au

-
11. Un exemple de responsabilité totale de financement serait celui des services médicaux couverts par le régime d'assurance-maladie, alors que le cas des services d'hébergement et de longue durée, pour lesquels les usagers assument une contribution financière, en serait un de responsabilité partielle. À noter que, dans le cadre de la présente étude, la tarification des services, qu'elle résulte de l'imposition d'un ticket modérateur ou d'une permissivité à l'égard de la surfacturation, n'est pas considérée comme un développement parallèle. La raison est que de telles mesures, si elles étaient permises, s'inscriraient carrément dans le cadre des modalités de financement des services du système public. Il ne s'agirait, en quelque sorte, que d'une opération de privatisation, c'est-à-dire d'un transfert, de l'État vers les consommateurs, de responsabilités liées à une partie du financement des services. Il n'y aurait donc pas, en tant que tel, coexistence d'offres de services similaires.
 12. Cette dernière précision s'impose afin de bien situer, par exemple, le cas des médecins oeuvrant en pratique privée. Bien qu'ici l'organisation prestataire ait un caractère privé, c'est l'État qui assure le financement des services offerts par le biais du programme d'assurance-maladie. Dans le cadre du présent essai, ces services sont qualifiés de «publics». Il en est ainsi des services dont la responsabilité de prestation a été confiée au secteur privé, en sous-traitance ou par une quelconque forme de délégation. On peut penser ici aux services dits «auxiliaires» dont la responsabilité, au sein de plusieurs établissements, a été confiée à des entrepreneurs privés. Dans un autre registre, on peut également penser à certains services «directs» dorénavant dispensés par des organisations à caractère privé, tels les organismes communautaires et les établissements privés conventionnés : *infra*, partie 1.2.2.1. Dans tous ces cas, les «délégations» en cause n'ont eu pour effet que de soustraire des responsabilités de prestation des mains de l'État, sans lui enlever toutefois ses responsabilités de financement.
 13. Ici, le terme «supérieur» est utilisé à la place du terme «prioritaire» que l'on retrouve dans la définition du Forum national sur la santé. La raison est que le terme «prioritaire» occulte la possibilité que des individus puissent vouloir payer pour obtenir des services de meilleure qualité que ceux disponibles dans le système public et non pas seulement pour un accès plus rapide : voir ci-dessous partie 1.1.1.

monopole du système public. Ensuite, il s'agira de voir comment se transpose, dans le cadre juridique canadien et québécois régissant les modalités de prestation et de financement des services de santé, l'opposition aux développements parallèles issue des orientations gouvernementales.

Cela étant fait, c'est à l'aune des droits à la vie, à la liberté et à la sécurité garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*,¹⁴ ainsi qu'en fonction des exigences pertinentes issues des principes de justice fondamentale, que les obstacles¹⁵ au développement ou à l'accès aux services parallèles seront évalués.

Enfin, il s'agira évidemment de déterminer en quoi les restrictions à l'article 7 susceptibles de résulter de ces obstacles peuvent ou non se justifier sous l'article premier de la Charte. Cette dernière démarche, qui conduit nécessairement à adopter une approche critique, devrait permettre de souligner le fait que le recours à diverses formes de contraintes législatives à l'égard des services parallèles n'est peut-être pas la voie à privilégier en vue d'assurer le maintien d'un système public adéquat et efficace.

1. Le cadre juridique actuel et le développement de services parallèles

1.1 Aperçu des enjeux sociopolitiques en présence

À plusieurs étapes du processus d'édification du système public sociosanitaire que l'on retrouve au Canada et au Québec, les gouvernements ont eu à décider s'il fallait qu'ils occupent seuls le terrain du financement et de la prestation de services ou qu'ils le partagent éventuellement avec d'autres joueurs provenant du secteur privé. Dans bien des cas, il semble qu'ils aient perçu ces autres joueurs comme étant menaçants pour la survie même du système public. Ils auraient aussi été attentifs à une valeur, partagée par bon nombre de citoyens, à l'effet que les règles du libre marché ne doivent pas recevoir application

14. 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 [ci-après «Charte canadienne»].

15. Tout au long du présent texte, les termes «obstacles», «entraves», «limites» et «prohibitions» seront utilisés pour désigner les règles de droit en vertu desquelles le développement de services parallèles est rendu impossible ou difficilement réalisable.

lorsqu'il est question d'accès aux services de santé, en ce sens que la capacité de payer des individus ne doit pas déterminer leur capacité d'accéder à tel ou tel niveau quantitatif ou qualitatif de services.

Pourtant, il appert que ces mêmes citoyens ne privilégient pas inconditionnellement cette valeur, au détriment de préoccupations liées à la capacité réelle d'obtenir une réponse adéquate et satisfaisante à leurs besoins. Ce «bémol» est particulièrement vérifiable lorsque se manifestent, de diverses façons, les difficultés qu'éprouve le système public à maintenir une offre acceptable, non seulement sur la base de critères objectifs d'évaluation, mais également sur la base d'une appréciation subjective, soit celle des individus à qui sont destinés les services.

1.1.1 Les besoins individuels en matière de services et les limites de l'offre du système public

Parmi l'ensemble des règles qui gouvernent le système sociosanitaire québécois, il s'en trouve une, importante, qui prévoit que les individus ont droit à des «services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée».¹⁶ Une autre, qui rivalise d'importance, est à l'effet que les individus ont le droit de choisir le prestataire organisationnel ou individuel duquel ils peuvent recevoir les services.¹⁷

Au-delà de cette rhétorique toutefois, il apparaît évident que les possibilités du système, déterminées par la quantité de ressources pouvant être consacrées au seul secteur de la santé, ne sont pas infinies. C'est ainsi que diverses mesures de rationnement de l'offre de services font partie intégrante de la mécanique du système.¹⁸

-
16. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2, art. 5 [ciaprès «L.S.S.S.S.»].
17. *Ibid.*, art. 6. Voir également l'article 2 de la *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q. c. A-29 [ciaprès «L.A.-M.»].
18. Sur la qualité des services et le rationnement, voir Québec, M.S.S.S., *La qualité des soins et services : un cadre conceptuel*, Québec, Gouvernement du Québec, 1993 à la p. 29 et s.

Le cadre juridique québécois semble faire preuve de réalisme à cet égard puisqu'il est à l'effet que le droit aux services et celui du libre choix s'exercent sous réserve de la définition législative et réglementaire du cadre organisationnel et fonctionnel de même que des ressources humaines, matérielles et financières disponibles.¹⁹

Voilà donc qu'est reconnu formellement le fait que l'offre du système public peut être limitée.

Les limites envisageables peuvent occasionner des insatisfactions relevant d'une difficulté ou d'une impossibilité d'accès aux services au moment même où ils sont requis.²⁰ De façon plus concrète ici, on pense évidemment aux nombreuses et souvent longues listes d'attente établies pour une multitude de services chirurgicaux et spécialisés.²¹

À noter que les services des médecins oeuvrant en pratique privée, mais dans le cadre du régime public d'assurance-maladie, n'échappent pas aux effets

19. L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 13. Au sujet de l'impact de cette disposition quant à l'aspect quantitatif des services, voir *Poirier c. Hôpital du Haut-Richelieu*, [1982] C.S. 511. Pour l'aspect qualitatif, voir *C. c. Hôpital Q.*, [1983] C.S. 1064. Voir également ce qu'en disent les auteurs suivants : P. A. Molinari, «Le droit aux services de santé : de la rhétorique à la mise en oeuvre judiciaire», dans *Services de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit de la santé (1991)*, vol. 24, Cowansville, Yvon Blais, 1991, 73, à la p. 81 et s.; L. Lussier, «Le processus d'attribution des ressources par les établissements aux bénéficiaires : Impact sur le droit aux services et sur la responsabilité "publique"» (1990) 20 *R.D.U.S.* 285.

20. Pour un aperçu détaillé des principales sources d'insatisfaction à l'égard des services, il peut être utile de référer aux rapports produits par les divers responsables de l'application du régime d'examen des plaintes prévu par les articles 29 à 76 de la L.S.S.S.S., *supra* note 16. Voir notamment celui de la Régie régionale de la santé et des services sociaux de Montréal-centre, *Rapport sur les plaintes des usagers, 1995-1996*, Montréal, 1996 aux pp. 12-14 : au nombre des «principaux motifs invoqués» par les plaignants, ceux faisant état d'«insuffisances», de «délais», de «rareté» reviennent souvent pour chacune des missions d'établissements.

21. Pour des statistiques détaillées, par province et par type de service, voir le rapport annuel diffusé par le Fraser Institute, «Waiting Your Turn : Hospital Waiting Lists in Canada», *Critical Issues Bulletin*, 7e éd., site Internet du Fraser Institute <www.fraserinstitute.ca> 1997. Voir également cet article récent : A. Charest, «Engorgement des listes d'attente, 1000 patients en attente d'une chirurgie cardiaque» *L'actualité médicale*, 17 septembre 1997.

des limites des ressources. Bien que ces médecins soient en quelque sorte des entrepreneurs autonomes, libres de déterminer la quantité de services qu'ils rendent à la population, les modalités de rémunération négociées entre leurs associations représentatives et l'État peuvent avoir pour effet de les amener à réduire leurs activités.²²

Les limites peuvent également se manifester par l'altération qualitative des services. Il y a, bien sûr, les cas envisageables où les services ne répondent tout simplement pas aux standards de qualité impartis. Hormis ces cas, les altérations peuvent se présenter en termes de standardisation de l'offre, ce qui est tout aussi susceptible de générer des insatisfactions. Ainsi, tel service offert dans le système public, visant à répondre à tel problème de santé, peut être objectivement adéquat et satisfaire aux standards de qualité qui lui sont propres, mais ne pas correspondre à ce que peut raisonnablement et légitimement souhaiter un individu.

Dans un tel contexte, des citoyens peuvent souhaiter avoir un accès prioritaire à des services en vertu d'une offre autre que celle du système public.

22. À ce sujet, voir ce qui était souligné au moment de la réforme de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* au début des années quatre-vingt-dix : P. Desjardins et P. A. Molinari, «La négociation des ententes entre l'État et les professions médicales : des mécanismes déstabilisateurs» dans Fédération des médecins spécialistes du Québec, *Projet de loi 120 : La médecine ligotée*, 1991 à la p. 115. Voir également ce que rapportait récemment L. Lévesque, «Les omnipraticiens s'entendent avec Québec, 200 d'entre eux seront mis à la retraite» *Le Devoir [de Montréal]* (1er juin 1997) : «Le protocole d'entente [entre la Fédération des omnipraticiens du Québec et le gouvernement] prévoit [...] qu'un nombre maximal de cinquante examens par jour sera imposé aux omnipraticiens rémunérés à l'acte en cabinet privé, à compter du 1er juillet. Au delà de 50 examens, la rémunération du médecin sera réduite». Cette mesure, de même que celle de la mise à la retraite de plusieurs médecins, aurait fait dire au président de la Fédération, le Dr Reynald Dutil, que «les mesures négociées avec le gouvernement auront pour effet de réduire l'accessibilité aux soins pour le public». Il est ainsi envisageable que plusieurs médecins ne voudront pas dépasser le seuil de 50 examens par jour, puisque la pratique deviendrait alors moins intéressante financièrement, voire même non rentable. On peut envisager que ce pourrait ne pas être le cas si les médecins avaient la possibilité, au-delà de ce seuil, d'offrir des services à titre de professionnel non participant et d'ainsi pouvoir s'assurer une pratique rentable sur la base des honoraires qu'ils exigeraient de patients disposés à les assumer : *infra*, partie 1.2.2.2.

Ils peuvent également chercher à obtenir des services qui correspondent davantage à leurs aspirations personnelles.

C'est ainsi qu'il est possible d'identifier certaines situations favorables au développement de services parallèles dans l'histoire récente du système sociosanitaire québécois.

À titre d'exemple, considérons l'apparition, au cours des dernières années, de ressources «clandestines» d'hébergement pour les personnes âgées, en réaction à un manque de places au sein du réseau d'établissements publics et privés autorisés à offrir des services de longue durée. Ainsi, des promoteurs ont spontanément décidé d'offrir ces services et ce, souvent en contrevenant au cadre juridique qui vise à assurer un contrôle assez étroit de ce type d'activités²³.

Cet exemple illustre le fait qu'une offre parallèle qui se développe en réaction à une insuffisance des services publics n'est pas nécessairement qualitativement «supérieure». La médiocrité des services offerts par un certain nombre de ressources d'hébergement sans permis a, à maintes occasions, fait l'objet de dénonciations.²⁴ Il faut alors se demander si ce n'est pas l'inaction de

23. Pour un état de situation concernant ces ressources, voir le rapport du Comité sur les abus envers les personnes âgées, *Viellir... en toute liberté, Rapport du Comité sur les abus exercés à l'endroit des personnes âgées*, Québec, M.S.S.S., 1989 aux pp. 39-46 [ci-après «C.A.P.A.»].

24. *Ibid.* aux pp. 43-45. Pour un portrait plus récent de la situation, il faut cependant considérer les résultats d'une étude réalisée par le Centre de recherche en gérontologie et gériatrie, *La qualité des soins dispensés aux personnes âgées en perte d'autonomie par les ressources d'hébergement avec et sans permis ministériel*, Sherbrooke, Institut universitaire de gériatrie, 1997 à la p. 47 : où on révèle que, de manière générale, les résidences sans permis parviennent à offrir des services de qualité comparable à ceux offerts par les établissements publics.

l'État,²⁵ découlant d'une attitude de tolérance suspicieuse,²⁶ qui pourrait être à l'origine des lacunes observées. De fait, les activités des ressources en question étant confinées à l'illégalité parce que réalisées sans le permis requis,²⁷ il est difficile d'assurer qu'elles répondent aux normes de qualité établies. Dans bien des cas donc, le seul attrait exercé par ces ressources découle uniquement du fait qu'elles sont rapidement accessibles aux personnes en perte d'autonomie alors que les «places publiques» autorisées ne le sont pas.

Un autre exemple de développement parallèle, pouvant cette fois-ci être associé à la non-conformité des services publics avec les attentes ou aspirations individuelles, est celui de l'apparition de centres privés de convalescence en réaction au désormais célèbre «virage ambulatoire». Ce virage, qu'il est difficile de définir précisément, peut être compris comme une opération visant un abrégement du séjour hospitalier et, en contrepartie, une intensification des soins donnés sur une base externe, par une multitude d'intervenants.²⁸

Une telle modification du cadre de prestation des services hospitaliers n'est pas sans bouleverser les habitudes de bon nombre de citoyens qui préféreraient avoir accès à la prise en charge assurée jadis, lors d'une convalescence. Ce constat a ainsi amené des promoteurs privés à offrir cette prise en charge en rendant disponibles des services de convalescence conventionnels, lesquels sont dorénavant difficiles à obtenir auprès du système

25. Voir le plan d'action envisagé pour «éviter la présence de foyers dits «clandestins» : M.S.S.S., *Une réforme axée sur le citoyen*, Québec, Gouvernement du Québec, 1990 aux pp. 24-27 [ci-après «Réforme axée vers le citoyen»]. Il semble cependant que ce plan n'ait pas eu de suites satisfaisantes, selon ce que rapporte Québec, Bureau du vérificateur général, *Rapport du vérificateur général à l'Assemblée nationale du Québec pour l'année 1993-1994*, Québec, 1994 aux pp. 191-192 [ci-après «V.G.Q.»]. Ainsi, les pouvoirs ministériels prévus pour contrer ces activités illégales (*infra*, partie 1.2.2.1) ne sont utilisés que dans de très rares cas.

26. «C.A.P.A.», *supra* note 23 aux pp. 45-46.

27. Voir ci-dessous partie 1.2.2.1.

28. Selon la définition proposée par J.-P. Ménard, *Les impacts juridiques du virage ambulatoire sur les droits des usagers et la responsabilité des établissements*, Université de Montréal, Faculté de médecine, Faculté de l'éducation permanente, 1996 aux pp. 2-6. Voir également celle proposée par le M.S.S.S. dans «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 25.

public.²⁹ La réaction³⁰ des autorités publiques a consisté à marginaliser ces initiatives en insistant sur leur portée nécessairement restreinte compte tenu du cadre juridique qui tend à assurer au secteur public un monopole sur les activités hospitalières.³¹

La référence à ces quelques exemples n'a pas pour prétention de constituer un état de situation exhaustif des développements effectifs ou appréhendés de services parallèles.³² Elle illustre cependant le fait qu'une demande latente ou active, pour une autre offre de services, a tôt fait d'apparaître dès lors que les limites du système public ne lui permettent plus de répondre raisonnablement aux attentes et besoins individuels.³³

29. Voir ce qui est rapporté dans les articles de presse suivants : G. Hamilton, «Recovery and room service, Doctor to run post-operative convalescence centre in hotel» *La Gazette [de Montréal]* (4 août 1995); C. Hébert, «Création d'un centre de convalescence en milieu hôtelier» *La Presse [de Montréal]* (5 août 1995); K. Gagnon, «Les centres de convalescence : des usines de soins au noir...» *La Presse [de Montréal]* (10 août 1995); I. Paré, «Un "hôtel-hôpital" privé à Laval, Le SCFP craint l'émergence d'une "médecine à deux vitesses"» *Le Devoir [de Montréal]* (16 août 1995); «L'hôtel-hôpital ouvre ses portes» *Le Devoir [de Montréal]* (23 avril 1997); M.-F. Léger, «Les maisons de convalescence ne remplaceront jamais les hôpitaux» *La Presse [de Montréal]* (19 août 1995); M. Coudé-Lord, «Les maisons de convalescence, une réponse au virage ambulatoire», *Le journal de Montréal* (19 novembre 1996); «La convalescence à l'hôtel à 260 \$ par jour», *Le journal de Montréal* (23 avril 1997).

30. Voir les propos du ministre québécois de la Santé et des services Sociaux selon lesquels ces ressources «ne remplaceront jamais les hôpitaux» à moins d'obtenir le permis requis : Léger, *ibid.*

31. Voir ci-dessous partie 1.2.2.1.

32. Outre les services d'hébergement et de convalescence déjà mentionnés, il semble qu'il faille considérer que «la plupart [des] services parallèles financés par des sources privées s'inscrivent dans deux catégories : l'accès à la haute technologie, et les interventions chirurgicales à haut volume et à court séjour» : «Financement public et privé», *supra* note 4 à la p. 13. On pense ainsi aux services de dépistage génétique, de dépistage prénatal, de scanographie, d'ultrasonographie ainsi qu'aux services d'analyse offerts par plusieurs laboratoires privés. À titre d'exemple récent, voir ce qui est rapporté par M. Coudé-Lord, «Services privés de résonance magnétique à Laval, Des patients tannés d'attendre dans les hôpitaux sont prêts à payer 500\$ pour un examen!» *Le journal de Montréal* (23 janvier 1997).

33. Voir ce qu'en dit Marriott, *supra* note 8 aux pp. 41-43.

1.1.2 La raison d'être du monopole du système public : entre la promotion de l'égalité et celle de l'égalitarisme

Il est facile d'identifier et de comprendre l'objectif poursuivi par l'instauration d'un système public de santé comme celui qui existe au Canada et au Québec. On peut aisément concevoir qu'une telle mesure a pour but d'assurer à chaque citoyen, indépendamment de sa capacité de payer, l'accès aux services sociosanitaires qu'il requiert. Ce fut là la principale motivation des architectes du système public. Elle se retrouve d'ailleurs formulée en toutes lettres dans les rapports des grandes commissions d'enquête qui ont eu à poser les bases du système que l'on connaît actuellement.³⁴

Il est cependant moins évident de situer la raison d'être des obstacles institués pour contrer le développement de services parallèles. Pourquoi la poursuite du noble objectif de mise sur pied et du maintien d'un système public, permettant d'assurer que tous, sans exception, puissent avoir accès aux services de santé, exige-t-elle que l'on restreigne la marge de manoeuvre autonome du secteur privé?

Dans un premier temps, il pourrait être soutenu que, dans l'esprit de ceux qui ont proposé les modalités qui régissent le système public, la question de la contrainte à l'égard des initiatives parallèles n'apparaissait pas devoir poser problème. De fait, ils semblaient considérer que la liberté³⁵ accordée aux

34. Voir ce qui ressort des travaux de : Canada, Commission royale d'enquête sur les services de santé, *Rapport de la Commission Royale d'enquête sur les services de santé*, vol. 1, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1964 à la p. 12 [ci-après «Commission Hall, vol. 1»]. Au Québec, l'adhésion des «architectes» du système public à ce principe de l'universalité et de l'accessibilité s'est manifestée à plusieurs reprises, notamment au moment des travaux de la Commission Castonguay-Nepveu, voir *infra* note 37 et de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*, Québec, Les Publications du Québec, 1988 aux pp. 452-453 [ci-après «Commission Rochon»].

35. Voir l'article 6 L.S.S.S.S., *supra* note 16 qui se lit comme suit : «Toute personne a le droit de choisir le professionnel ou l'établissement duquel elle désire recevoir des services de santé ou des services sociaux. Rien dans la présente loi ne limite la liberté qu'a un professionnel d'accepter ou non de traiter une personne». L'article 6 de l'ancienne Loi (maintenant devenue la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris*, L.R.Q., c. S-5), était au même effet et s'appliquait dès la mise sur pied du système en 1971.

consommateurs et aux producteurs de services à l'intérieur même d'un système public jouissant d'un large appui au sein de la population, écarterait les velléités de développements en marge de ce système. C'est ce qui ressort des conclusions des travaux de la Commission royale d'enquête sur les services de santé, lesquelles ont grandement influencé les politiques du gouvernement fédéral à partir du milieu des années soixante :

«En ce qui concerne la question de la participation obligatoire, nous croyons que, tant que les décisions de cette nature émaneront de législatures démocratiquement élues, et tant qu'elles assureront seulement l'essentiel (par exemple, les soins hospitaliers de salle commune), et permettront aux citoyens de choisir librement hôpital et médecin et d'opter librement pour d'autres avantages qu'ils pourront s'assurer par des dispositions d'ordre privé, nous pouvons avoir confiance que nos idéaux démocratiques seront non seulement protégés, mais aussi pleinement réalisés.»³⁶

S'il était alors prévu qu'il fallait reconnaître la possibilité pour des médecins de pratiquer à l'extérieur du régime et, corollairement, celle des patients de recourir aux services ainsi offerts à leurs frais, il semble que c'était dans une perspective très limitée et uniquement par souci de respecter le principe de la liberté professionnelle.³⁷

Certains pourraient cependant soutenir que l'instauration de ces entraves découlait uniquement d'une méfiance profonde à l'égard des activités privées en matière de prestation de services de santé. C'est ce que pouvaient laisser croire

Voir également l'article 2 L.A.-M., *supra* note 17 adopté en 1970, soit au moment où le régime d'assurance-maladie a été implanté. Cet article prévoit que «sous réserve de toute autre disposition législative applicable, rien dans la présente loi ne limite la liberté qu'a une personne qui réside au Québec de choisir le professionnel de la santé par lequel elle désire être traitée ou celle qu'a un tel professionnel d'accepter ou non de traiter une telle personne».

36. «Commission Hall, vol. 1», *supra* note 34 à la p. 747.

37. Commission Hall, *Rapport de la Commission Royale d'enquête sur les services de santé*, vol. 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1964 à la p. 11 [ci-après «Commission Hall, vol. 2»]; Commission Castonguay-Nepveu, *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social : L'assurance-maladie*, vol. 1, Québec, Gouvernement du Québec, 1967 à la p. 150 et s.

les termes non équivoques d'une analyse effectuée par la Commission Castonguay-Nepveu vers la fin des années soixante :

«Tout en reconnaissant les services qu'il a rendus et qu'il rend encore, force nous est de constater que le secteur à but lucratif procède d'une motivation et poursuit des objectifs qui ne sont pas compatibles avec les principes fondamentaux sur lesquels doit s'édifier le régime que nous avons proposé pour la santé et les services sociaux.

[...]

Nous ne prétendons pas que les personnes qui se sont engagées dans le secteur de l'hospitalisation ou de l'hébergement à but lucratif ont toutes, sans exception, recherché uniquement les avantages pécuniaires qu'elles allaient en retirer. Ce que nous croyons, c'est que les services d'hospitalisation et d'hébergement - qui sont le produit d'une activité ayant essentiellement pour but de satisfaire des besoins humains - doivent être rémunérés à leur juste valeur, mais sans ouvrir la porte à l'exploitation de l'homme par l'homme.»³⁸

Par ailleurs, pour identifier une argumentation plus substantielle, il semble qu'il faille plutôt référer à la nécessité d'assurer un contrôle sur les ressources globales consacrées aux services de santé, de manière à ce que l'État bénéficie d'une marge de manoeuvre fiscale lui permettant d'intervenir sur d'autres secteurs névralgiques pour la santé publique, comme l'éducation et l'emploi.³⁹ De l'avis d'un bon nombre d'experts, avis auquel semblent adhérer

38. Commission Castonguay-Nepveu, *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social : Les établissements à but lucratif*, vol. 7, t. 2, Québec, Gouvernement du Québec, 1967 aux pp. 43-44.

39. Voir ce qui ressort des documents suivants : F.N.S., «Rapport de synthèse du Groupe de travail sur l'atteinte d'un équilibre» [ci-après «Atteinte d'un équilibre»], dans F.N.S., *La santé au Canada : un héritage à faire fructifier*. Rapports de synthèse et documents de référence, vol. 2, Ottawa, Le Forum, 1997 à la p. 15 et s. [ci-après «un héritage à faire fructifier»]; Conseil de la santé et du bien-être, *Un juste prix pour les services de santé : avis du ministre de la Santé et des services sociaux*, Québec, Gouvernement du Québec, 1995 à la p. 39 [ci-après «C.S.B.E.»]. Voir aussi ce que constatait la «Commission Rochon», *supra* note 34 à la p. 319 : «Dans le domaine de la santé, au Québec comme ailleurs au Canada, le monopole de l'assurance-santé aurait facilité le contrôle des coûts». Aussi, pour voir comment peut se présenter une politique visant l'amélioration du niveau de santé d'une

les politiques gouvernementales actuelles,⁴⁰ un système à payeur unique offre les meilleures garanties de contrôle des coûts globaux assumés par une population pour l'obtention de services de santé. Ainsi, selon l'Organisation pour la coopération et le développement économique :

«Le budget global et autres moyens entrepris pour limiter les dépenses peuvent être les conditions nécessaires pour avoir une maîtrise durable sur les dépenses, mais elles ne sont pas suffisantes [...] Un mode unique de financement tel qu'il existe dans les systèmes publics financés par l'impôt, est une condition nécessaire pour maîtriser les dépenses de santé.»⁴¹

C'est un peu dans cette perspective de concentration optimale des ressources que se situe l'argumentation habituellement soumise par ceux qui se réclament de la protection des «grands principes de notre système de santé» et qui, dès lors, s'opposent d'emblée à l'émergence de services parallèles.⁴² Leur opposition fait notamment état du risque de voir les meilleurs prestataires «quitter le navire», c'est-à-dire délaisser la pratique au sein du système public afin d'aller sous les cieux plus cléments et invitants du système parallèle. Du même souffle, ils évoquent l'éventualité d'une «désolidarisation fiscale». Par là, il est suggéré que les contribuables pouvant se payer les services qu'ils

population par des investissements multisectoriels, voir le document suivant : M.S.S.S., *La politique de la santé et du bien-être*, Québec, Gouvernement du Québec, 1992.

40. Ainsi, les «choix fondamentaux» récemment énoncés par le M.S.S.S. sont à l'effet qu'il faut «maintenir le principe de la régulation publique de notre système si l'on veut assurer une meilleure cohérence et une meilleure efficacité, dans la poursuite des objectifs de santé et de bien-être, ainsi qu'un meilleur contrôle des coûts» : «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 45.
41. Organisation de coopération et de développement économiques, *La réforme des systèmes de santé : Analyse comparée de Sept Pays de l'OCDE*, Paris, O.C.D.E., 1992 à la p. 151 [ci-après «O.C.D.E.】.
42. Pour une revue des appréhensions à l'égard des services parallèles, voir les réponses données à une question posée dans le cadre des travaux du Forum national sur la santé : «Quand l'existence de services parallèles financés par des sources privées affecte-t-elle l'intégrité de l'assurance-maladie?». «Financement public et privé», *supra* note 4 aux pp. 12-14. Voir également l'argumentation qu'anticipe le Groupe de travail sur les soins de santé de l'Association du Barreau canadien, *Un droit à la santé? Réflexions en vue d'une réforme canadienne*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1994 à la p. 97 [ci-après «G.T.S..S.A.B.C.】.

requièrent auprès du système parallèle, remettraient tôt ou tard en question leur participation fiscale destinée au financement du système public puisqu'ils en arriveraient à considérer qu'elle ne leur profite pas.

Donc, si l'on omet les manifestations de répugnance idéologique à l'égard du rôle que le secteur privé peut jouer dans le secteur de la santé, les arguments proposés sont à l'effet que le contingentement des initiatives privées est nécessaire pour la sauvegarde de la capacité de l'État de maintenir le système public qu'il a mis en place et d'intervenir efficacement dans certains secteurs non spécifiquement liés à la santé, mais néanmoins importants pour le bien-être de la population.

Au-delà de cette justification technique reposant sur des considérations liées à la gestion et au contrôle des ressources, s'en trouve une autre qui paraît avoir pour source un «schème de valeurs» existant au Canada et au Québec. Ainsi, une recherche⁴³ sur les valeurs de la population canadienne concernant les services de santé a permis au Forum national sur la santé de constater que :

«L'égalité d'accès est l'une des valeurs les plus importantes qui ont été évoquées systématiquement. Les Canadiens et les Canadiennes devraient avoir un accès égal à la santé et au bien-être ainsi qu'à des services de santé répondant à leurs besoins.

[...]

De nombreux participants n'ont pas hésité à reconnaître que leur engagement en faveur de l'égalitarisme se limitait aux soins de santé. Ainsi, ils ne se formalisent pas du fossé qui existe entre classes sociales dans d'autres domaines. En fait, ils n'ont aucune difficulté à faire cette distinction, car ils considèrent que les soins de santé ne sont en rien comparables avec le logement, l'automobile ou les vacances.

[...]

43. Associés de recherche Ekos inc. et Earncliffe Research and Communications, *Recherche sur les valeurs de la population relativement à la santé et au système de soins de santé*, Ottawa, Le Forum national sur la santé, 1997.

La plupart des gens acceptent très bien que des revenus plus élevés engendrent un style de vie différent. Par contre, l'idée qu'une personne malade ne reçoive pas le même traitement qu'une autre en raison de son revenu leur est intolérable.»⁴⁴

Ce qui est ici présenté comme étant une valeur «d'égalité» pourrait, pour les fins de la présente discussion, être traduit en termes de valeur «égalitariste».⁴⁵

Dans une perspective sociologique et politique, l'égalité peut renvoyer à un principe voulant que les citoyens défavorisés, à un quelconque titre, aient la possibilité de jouir d'avantages comparables à ceux dont bénéficient les citoyens favorisés.⁴⁶ La poursuite d'un objectif d'égalité implique donc, en quelque sorte, de réduire l'écart entre différents individus ou différents groupes, en faisant en sorte qu'ils soient admissibles à des bénéfices comparables. De toute évidence, c'est précisément cet objectif qui a prévalu lors de la mise en place de mesures de démocratisation de l'accès à l'éducation et à l'aide juridique. Ces mesures ne visaient pas, par ailleurs, à limiter l'accès à des services potentiellement ou présumément «supérieurs», tels ceux offerts par les établissements d'enseignement privés et ceux des «grands et prestigieux cabinets juridiques».

L'égalitarisme, pour sa part, relèverait d'une «doctrine selon laquelle tous les hommes doivent être mis sur un pied d'absolue égalité, du point de vue civil ou juridique, politique, social et économique [...]».⁴⁷ Dans cette perspective, l'objectif poursuivi vise à annihiler l'écart entre les défavorisés et les favorisés,

44. F.N.S., «Rapport de synthèse du Groupe de travail sur les valeurs» [ci-après «Rapport sur les valeurs»] dans «un héritage à faire fructifier», vol 2», *supra* note 39 aux pp. 6-11.

45. L'auteur du présent texte n'a pas la prétention de proposer des définitions exhaustives, qui rendent rigoureusement compte de toutes les nuances possibles à l'égard de notions aussi vastes et complexes que celles de l'égalité et de l'égalitarisme. L'objectif est plutôt de présenter, de façon très schématique, une certaine distinction qui peut s'avérer importante pour les suites de la démarche entreprise. Pour des développements beaucoup plus substantiels, voir notamment W. B. Griffith, «Equality and Egalitarianism : Framing the Contemporary Debate» (1994) VII-1 *C.J.L.J* 5.

46. Voir les définitions données par L.-M. Morfaux, *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Paris, Armand Colin, 1980 à la p. 96.

47. *Ibid.*

de manière telle que tous ne peuvent avoir accès qu'aux mêmes bénéfices, selon les mêmes modalités.

Manifestement, c'est une valeur «sociétale» égalitariste, et non pas d'égalité, qui prévaut au sein de la population quant aux questions qui touchent aux services de santé, du moins si l'on en juge par la proposition faite par le Forum quant au maintien d'une seule offre de services, soit l'offre publique. La proposition en question a été faite sur la base des considérations suivantes :

«On peut voir dans le débat sur le système de santé à deux vitesses un affrontement entre les valeurs individuelles et collectives. Nous avons constaté que la plupart des gens se sentent libres d'accorder la priorité aux valeurs collectives étant donné que la qualité et le choix semblent aller de soi. Les opposants à l'introduction d'un système à deux vitesses utilisent l'argument voulant que les valeurs fondamentales d'égalité et d'équité en souffriront, peu importe comment seront dirigées et réglementées les cliniques privées, et en dépit des garanties qui pourraient être données sur la sauvegarde et la prédominance du système public.

Les gens ne choisissent donc pas entre des valeurs concurrentes; ils situent plutôt les valeurs collectives au-dessus des attentes de base en matière de services. Les valeurs collectives ne s'en trouvent pas amoindries pour autant : elles sont puissantes et, comme on ne les trouve pas dans tous les pays, ou dans toutes les sociétés, la priorité qui leur est accordée renvoie à un système de valeurs canadien. Par ailleurs, la population est consciente qu'un système largement privé comme celui des États-Unis pourrait offrir des soins de qualité supérieure ou une liberté de choix accrue, du moins à certains citoyens. Pourtant, il est indéniable qu'elle soit prête à sacrifier une partie de ces avantages au profit d'un système universel assurant l'égalité d'accès.»⁴⁸

Une réflexion semblable avait aussi trouvé sa place au Québec, lors des travaux de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services

48. «Rapport sur les valeurs» *supra* note 44 à la p. 13.

sociaux au milieu des années quatre-vingt. Ainsi les commissaires se disaient d'avis que :

«L'universalité et la gratuité des services sociaux et des services de santé sont les acquis majeurs des deux dernières décennies. N'oublions pas qu'il y a quelque trente ans, les gens pouvaient littéralement être ruinés financièrement par la maladie [...] En pratique, seuls les riches pouvaient se prémunir contre les risques financiers associés à la maladie alors que les très pauvres étaient protégés par la *Loi de l'assistance publique*. Quant aux classes moyennes, elles étaient laissées à elles-mêmes, ce qui en a conduit plusieurs à la ruine financière. Aujourd'hui, les services sont accessibles à tous, sans distinction de revenu, d'âge, de race ou de lieu de résidence : 100% des résidents québécois sont couverts par le régime public. Il est maintenant illégal qu'une médecine se développe pour les riches et une autre pour les pauvres.

Ce régime a permis à ceux qui, dans le passé, avaient difficilement accès aux services médicaux d'y accéder pour les problèmes nécessitant une surveillance médicale. Contrairement à la situation qui prévalait il y a 20 ans, il y a peu ou pas de différences entre les couches sociales quant au recours aux services de santé curatifs.

[...]

De l'avis de la Commission, cet acquis doit être préservé et le système doit continuer à évoluer dans le sens d'une plus grande impartialité dans l'évaluation des besoins et d'une plus grande équité dans l'accès aux ressources...»⁴⁹

49. «Commission Rochon» *supra* note 34 aux pp. 399-400. Ici, il semble que le terme universalité soit utilisé de manière particulière, en ce qu'il désigne non seulement l'aspect du régime public en vertu duquel tous les citoyens peuvent bénéficier de la couverture offerte, mais également le principe d'égalité quant à l'accès aux services.

Sur la base de cet avis, la Commission Rochon en est venue à proposer que :

«Si une sélection doit être effectuée [pour l'accès aux soins], elle doit s'appuyer sur des critères objectifs, donc surtout sur les chances réelles de guérison, plutôt que sur la capacité de payer du patient ou sur d'autres caractéristiques personnelles. Seul un système public fort peut garantir un accès équitable aux services de santé et aux services sociaux, même lorsque ceux-ci doivent être rationnés.»⁵⁰

Sans contredit donc, il y aurait une valeur égalitariste qui pourrait être identifiée comme justification aux entraves posées au développement de services parallèles. Tel que le révèlent les avis ci-avant rapportés, cette valeur repose sur une conviction voulant que le libre marché en matière de santé créerait des disparités importantes quant à la qualité des services accessibles aux différentes «couches sociales». Mais elle semble aussi présupposer que, malgré les avaries budgétaires, le système public a réussi et peut encore réussir à atteindre un niveau de performance et de qualité acceptables. Il semble que ce soit cette appréciation des choses qui, en grande partie, fait prédominer la valeur égalitariste. C'est du moins ce qui ressort d'un autre constat effectué par le Forum national sur la santé :

«Si les participants étaient certains (et le "si" revêt ici une grande importance) que les pouvoirs publics ne peuvent se permettre de garder le système dans sa forme actuelle, ils hésiteraient moins à proposer d'injecter de nouveaux fonds dans le système pour en préserver la qualité. Par exemple, certains sont prêts à accepter un ticket modérateur pour les consultations au cabinet du médecin ou à l'hôpital. D'autres pensent que les cliniques privées pourraient servir à augmenter le financement du système. Toutefois, la plupart ont déclaré ne pas souhaiter en arriver là.»⁵¹

50. *Ibid.* aux pp. 489-490.

51. «Rapport sur les valeurs», *surpa* note 44 à la p. 13. À la même page, voir les résultats impressionnants obtenus pour une question posée dans le cadre d'un sondage réalisé pour le compte du Forum. À la question «lequel des aspects suivants des soins de santé vous semble le plus important?», 42% des répondants ont choisi la réponse «qualité des soins de santé», 39% celle de l'«égalité d'accès aux soins pour tous les Canadiens et Canadiennes», seulement 13% la «santé de la population canadienne» et 5% le «coût du système de santé».

En somme, les limites au développement de services parallèles pourraient se justifier, d'une part, sur la base d'une préoccupation de sauvegarde du système public et, d'autre part, en regard d'un choix de société privilégiant l'égalitarisme dans l'accès aux services, choix qui implique que chaque citoyen ne peut avoir accès qu'à une seule offre de services, celle d'un système public qui présente des garanties suffisantes de performance.

La question du choix entre un système de santé à une, deux ou même plusieurs vitesses, en est une autre qui tend à faire ressortir les contradictions entre les valeurs collectives et individuelles. Ainsi, l'adhésion collective des Canadiens et Québécois aux grands et généreux idéaux d'égalité en matière d'accès aux services de santé semble être demeurée très ferme malgré le constat des difficultés qu'il y a à les soutenir, c'est-à-dire, ici, les difficultés qu'éprouve l'État à assurer une offre de services de santé satisfaisante pour tous. Cependant, ce même constat, lorsque considéré par un individu devant trouver une réponse à un problème de santé qui l'affecte, est hautement susceptible de le conduire à faire primer ses préoccupations personnelles sur les valeurs collectives auxquelles il adhère, en ce sens qu'il peut souvent l'amener à souhaiter pouvoir accéder à une offre de services «supérieurs», à l'extérieur du système public.

Cela étant, il importe à ce stade-ci de voir comment le législateur a envisagé, au sein du cadre juridique dans lequel s'inscrit le système de santé canadien et québécois, la coexistence de ces deux sphères de valeurs. Sachant, compte tenu des positions précédemment rapportées, que ce cadre juridique se veut favorable à la prédominance d'un système public égalitaire, l'exercice aura pour principal objectif d'identifier les obstacles limitant les possibilités individuelles d'accès à une offre parallèle de services. Ce n'est qu'après cette étape que pourra être appréciée la validité des solutions législatives retenues à la lumière de ce que prévoit l'article 7 de la Charte.

1.2 Les obstacles au développement de services parallèles

La décision d'assurer une forme de «chasse-gardée» au système public ne s'est pas concrétisée en un seul lieu et en un seul temps au sein du cadre

juridique. Au fur et à mesure que les pourtours de l'organisation du système ont été dessinés et que les modalités de financement ont été arrêtées, les gouvernements fédéral et provincial ont érigé diverses formes de barrières, plus ou moins hautes selon le cas, en guise de protection contre la «menace» du secteur privé. Encore aujourd'hui, la forme de ces barrières, leur hauteur et leur nombre, ne semblent pas définitivement fixés puisqu'il appert que des mesures de «fortification» encore plus importantes sont régulièrement envisagées.

1.2.1 Les interventions fédérales en matière de santé

Bien que, du point de vue constitutionnel, le gouvernement fédéral ne soit pas le principal maître d'oeuvre en matière de santé, ses interventions ont influencé grandement le développement du système public de santé que l'on connaît actuellement. Si on ne peut affirmer avec certitude que l'adoption de la *Loi canadienne sur la santé*⁵² a eu pour effet d'assurer un monopole à ce système, on peut toutefois envisager qu'une telle idée n'est pas exclue du paysage politique, ni n'échappe à la capacité d'intervention du gouvernement fédéral.

1.2.1.1 «Un» système public ou «seulement» le système public : le flou interprétatif entourant la *Loi canadienne sur la santé*

Sur la base de dispositions constitutionnelles plutôt imprécises et à la suite de développements jurisprudentiels quelque peu tourmentés,⁵³ un consensus semble s'être construit à l'effet que, dans le cadre du régime fédéral canadien, les provinces ont la compétence générale en matière de santé.⁵⁴

52. *Supra* note 5.

53. Pour une revue de ces développements, voir A. Lajoie, P. A. Molinari et J.-M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981 à la p. 36 et s. [ci-après «Traité de droit de la santé»]. Le contenu de ces pages est extrait de l'article rédigé par A. Lajoie et P. A. Molinari, «Partage constitutionnel des compétences en matière de santé au Canada» (1978) *R. du B. can.* 580.

54. Ce consensus semble fragile si l'on considère les propos du juge Estey dans l'affaire *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112 à la p. 142 [ci-après «Schneider»]: «La "santé" n'est pas l'objet d'une attribution constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé que les lois fédérales ou provinciales valides peuvent aborder selon la nature ou la portée du problème de santé en cause dans chaque cas». Dans l'affaire *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 à la p. 245 [ci-après «RJR-

On sait ainsi que, traditionnellement, la compétence provinciale repose sur l'article 92 (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*,⁵⁵ lequel confie aux provinces «toutes les matières d'une nature purement locale ou privée». Le paragraphe 13 de ce même article est également perçu comme soutenant la prérogative provinciale puisque le financement des services sociosanitaires relèverait de la «propriété et du droit civil», comme d'ailleurs certains aspects liés à l'organisation et au contrôle des activités professionnelles.⁵⁶ Étrangement, le paragraphe 7, qui réserve aux provinces l'exclusivité des matières liées à «l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité [...] autres que les hôpitaux de marine» n'est que très peu sollicité pour asseoir la compétence des provinces.⁵⁷

Malgré la prérogative provinciale, le gouvernement fédéral n'a pas été confiné à un rôle de simple observateur en matière de santé. Il a pu intervenir en vertu de ses pouvoirs concernant «la quarantaine et l'établissement et maintien des hôpitaux de marine»,⁵⁸ de ceux relatifs à certaines catégories de personnes qui tombent sous sa juridiction⁵⁹ et, enfin, de sa compétence en matière de droit criminel.⁶⁰ C'est toutefois par le biais du pouvoir général de dépenser qu'il a pu influencer significativement la définition du cadre de prestation et de financement des services de santé au pays.

MacDonald], le juge McLachlin a soutenu cette position alors qu'elle écrivait au nom de la majorité.

55. 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

56. «Traité de droit de la santé», *supra* note 53 à la p. 40.

57. *Ibid.* : voir l'explication avancée par les auteurs à la note infrapaginale 61 de leur texte. Aussi, pour une référence timide à ce paragraphe, voir les propos du juge Estey dans *Schneider*, *supra* note 54 à la p. 120.

58. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91 (11).

59. *Ibid.*, art. 91(7)(10)(24)(28) : sont visés par ces paragraphes, les militaires, marins, autochtones, immigrants et prisonniers.

60. *Ibid.*, art. 91 (27). La compétence du gouvernement fédéral en matière de droit criminel a justifié ses interventions sur des sujets tels que l'avortement, les aliments et drogues, les jeunes contrevenants et, plus récemment, les produits du tabac. Aussi, des interventions liées à l'euthanasie et à la génétique ont été envisagées. Pour la génétique, voir le projet de loi suivant, mort au feuillet en 1997 : P.L. C-47, *Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine*, 2e sess. 35e lég.

La controverse entourant l'exercice de ce pouvoir porte surtout sur les modalités de son exercice. De fait, le gouvernement fédéral a, dans presque tous les cas, assorti ses contributions de conditions ayant pour effet d'imposer des paramètres à l'intérieur desquels les programmes relevant des provinces devaient être établis.⁶¹ Dans le secteur de la santé notamment, la forme qu'a prise l'implication fédérale a eu têt fait de générer une polémique constitutionnelle importante,⁶² mais elle a également contribué à établir, sinon à «sacraliser», ce qu'on appelle maintenant les «grands principes» qui régissent l'ensemble des systèmes de santé existant au Canada.

Dès 1957, la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques*⁶³ et plus tard, en 1966, la *Loi sur les soins médicaux*,⁶⁴ venaient établir certaines conditions que les provinces devaient respecter dans la détermination des conditions d'accès aux services afin de pouvoir bénéficier des contributions financières fédérales.⁶⁵ Vint ensuite l'adoption de *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*⁶⁶ qui eut pour effet de rendre moins contraignantes les conditions énoncées.

C'est finalement en 1984 que les deux lois fédérales en matière de santé ont été regroupées en une seule, la *Loi canadienne sur la santé*.⁶⁷ Actualisant et complétant les conditions des législations antérieures, cette nouvelle loi a eu pour effet de réinstaurer des mesures financières de «rétorsion» particulièrement

61. H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990, à la p. 511 et s.

62. À ce sujet, voir P. Blache, «Le pouvoir de dépenser au coeur de la crise constitutionnelle canadienne» (1993) 24 :1 *R.G.D.* 29.

63. S.R.C. 1970, c. H-3 (abrogée).

64. S.R.C. 1970, c. M-8 (abrogée).

65. Voir l'historique des interventions fédérales en matière de santé dans O. Madore, *La Loi canadienne sur la santé : Aperçu et options*, Ottawa, Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement, 1995, aux pp. 4-6.

66. S.C. 1976-77, c. 10 (abrogée).

67. *Supra* note 5.

dissuasives en ce qu'elles visent non seulement les contributions fédérales en matière de santé, mais bien l'ensemble des transferts fédéraux.⁶⁸

En adoptant la *Loi canadienne sur la santé*, le législateur fédéral avait pour «objectif premier 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 autre».⁶⁹ C'est cette perception des modalités par lesquelles les services de santé doivent être rendus disponibles qui a conduit à l'instauration des conditions énoncées par la loi.

Les cinq conditions en question sont les suivantes⁷⁰ :

1. La gestion publique, sans but lucratif, du régime provincial d'assurance-santé couvrant les services assurés;⁷¹
2. L'intégralité de la couverture, qui «suppose qu'au titre du régime provincial d'assurance-santé, tous les services de santé assurés fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes soient assurés (sic.)»;⁷²

68. *Ibid.*, art. 4, 7, 13-14, 20. Voir la revue des sanctions prévues par la Loi dans Madore, *supra* note 65 aux pp. 8-13. Le nouveau mécanisme prévu par le «Transfert social canadien» ne semble rien changer quant à la portée générale des sanctions pouvant être prises en vertu de la Loi canadienne : voir *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, L.R.C. 1995, c. F-8, art. 13 et s.

69. L.C.S., *supra* note 5 art. 3. Voir aussi l'alinéa 5 du préambule de la Loi où l'on retrouve la «prédiction» suivante : «L'accès continu à des soins de santé de qualité, sans obstacle financier ou autre, sera déterminant pour la conservation et l'amélioration de la santé et du bien-être des Canadiens».

70. Voir l'énumération à l'article 7 de la L.C.S., *ibid.* Pour une description de ces conditions, voir : G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 29-33; Madore, *supra* note 65 aux pp. 6-8; Canada, *Assurance-santé-Medicare : Aperçu de la Loi canadienne sur la santé*, en ligne : Ministère de la santé < www.hc-sc.gc.ca/medicare/homef.htm > (dernière modification : 08/05/98).

71. L.C.S., *ibid.*, art. 8.

72. *Ibid.*, art. 9.

3. L'universalité de la couverture, à savoir que 100% des personnes assurées, soit tous les habitants de la province sauf exception,⁷³ ont accès aux services assurés selon des modalités uniformes;⁷⁴
4. La transférabilité de la couverture d'une province à l'autre et même à l'extérieur du pays;⁷⁵
5. L'accessibilité des services, signifiant qu'un accès satisfaisant aux services assurés doit être prévu, sans obstacle direct ou indirect, ce qui exclut toute possibilité de facturation,⁷⁶ de surfacturation et d'imposition de frais modérateurs⁷⁷ et implique donc que la responsabilité de financement est assumée exclusivement par l'État.

Les services de santé assurés auxquels ces conditions réfèrent sont «les services hospitaliers, médicaux et de chirurgie dentaire» «nécessaires» fournis aux assurés.⁷⁸ Pour leur part, les services complémentaires, qui consistent essentiellement en des services d'hébergement et de soins à domicile pour les personnes âgées,⁷⁹ ne sont pas assujettis aux conditions.⁸⁰

En regard du cadre imposé par ces conditions et compte tenu de notre propos,⁸¹ il importe maintenant de poser la question suivante : Les conditions

73. *Ibid.*, art. 2 al. 2. L'exception en cause vise les membres des Forces canadiennes, de la Gendarmerie royale du Canada, les prisonniers et les habitants d'une province présents sur le territoire depuis trois mois ou moins.

74. *Ibid.*, art. 10.

75. *Ibid.*, art. 11.

76. *Ibid.*, art. 12.

77. *Ibid.*, art. 2, al. 6 et al. 20, art. 18-19. Malgré le fait que les interdictions relatives à la surfacturation et aux frais modérateurs soient énoncées dans des articles distincts, elles sont, de toute évidence, intimement liées à la condition d'accessibilité.

78. *Ibid.*, art. 2 al. 16.

79. *Ibid.*, art. 2 al. 14.

80. *Ibid.*, art. 6, 18 et 19 (2). En fait, les seules conditions relatives aux services complémentaires concernent les informations devant être transmises par les provinces au ministre fédéral : *ibid.*, art. 13.

81. La question régulièrement posée par bon nombres d'observateurs concerne la portée ou le contenu de la notion de «services nécessaires» : Madore, *supra* note 65 aux pp. 13-16.; F.N.S., *Les objectifs nationaux et le rôle fédéral dans les soins de santé*, Ottawa, 1995 aux pp. 19-23 [ci-après «les objectifs nationaux»]; F.N.S., *Le maintien d'un système national de santé : une question de principe(s)... et d'argent*, Ottawa, 1996 aux pp. 7-10 [ci-après «le

impliquent-elles uniquement qu'il doit exister un régime, sous gouverne publique et offrant une gamme complète de services à toute la population sur la base d'un financement public, ou visent-elles également à interdire que le secteur privé puisse offrir des services similaires? En somme, la question est de savoir si l'une des conditions de la Loi canadienne, ou leur conjonction, pourrait être interprétée comme ayant pour effet d'assurer un monopole des services publics de santé.

Cette question précise n'ayant pas été soumise à l'attention des tribunaux et la mise en oeuvre des sanctions financières par le gouvernement fédéral n'ayant porté que sur des questions de surfacturation et d'imposition de frais modérateurs,⁸² il est difficile de déterminer avec assurance la portée de la Loi.

Ainsi, à ce moment-ci, plusieurs interprétations sont proposées,⁸³ notamment celle du Groupe de travail sur les soins de santé de l'Association du Barreau canadien qui a procédé à un examen de la Loi canadienne parallèlement à l'*Alberta Health Care Insurance Act*.⁸⁴ À l'occasion de cet examen, deux «écoles de pensée» ont été opposées. La première, celle dite de la «structure unitaire», conçoit que la Loi canadienne impose un «monopole gouvernemental de tous les services médicalement nécessaires». ⁸⁵ La deuxième, identifiée sous le nom de «structure superposée», soutient plutôt que cette Loi «n'exclut ni ne

maintien d'un système national de santé»]. S'il est sans doute important d'y répondre afin de déterminer l'étendue de la couverture que doivent assurer les régimes provinciaux et, conséquemment, le rôle que peut jouer le secteur privé à l'égard des services non couverts, ce ne l'est pas lorsqu'il s'agit d'envisager les possibilités de développement des services parallèles. En effet, la détermination de l'étendue de la couverture publique n'aide en rien lorsqu'il s'agit d'envisager les possibilités, pour le secteur privé, d'offrir les mêmes services que ceux visés par cette couverture.

82. Voir ce que rapporte les observateurs suivants : G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 47-48; Madore, *supra* note 65 à la p. 10. Il convient de rappeler que la possibilité de «surfacturer» ou de tarifier les services ne constitue pas une possibilité de développement de services parallèles, du moins au sens de la présente étude : voir *supra* note 11.

83. Voir la brève revue qu'en fait Madore, *ibid.* aux pp. 13-16.

84. R.S.A. 1980, c. A-24. Cette loi respecterait les conditions de la Loi canadienne selon l'analyse qu'en a faite le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 89, 96. Elle permettrait par ailleurs à un médecin de se dissocier du régime public et de facturer directement à ses patients le coût des services rendus. Cette possibilité existe également au Québec, en vertu de la *Loi sur l'assurance-maladie* (*supra* note 17) : *infra*, partie 1.2.2.2.

85. G.T.S.S.A.B.C., *ibid.* aux pp. 93-94.

visé à exclure l'implantation d'un régime parallèle de soins de santé privés, pour autant que celui-ci ne sape pas le régime public». ⁸⁶ Prenant en considération l'effet conjugué de la Loi fédérale et de la Loi albertaine, le Groupe de travail semble en venir à privilégier l'école de la «structure unitaire».

L'analyse effectuée par le Groupe de travail ne semble pas opérer de distinction entre les notions de «surfacturation» et de «tarification» et celle des services parallèles. ⁸⁷ C'est pourquoi la conclusion à laquelle elle conduit n'est guère éclairante aux fins de notre démarche. Elle ne fait que souligner qu'en vertu de la Loi canadienne, un service médical ne peut être rémunéré à la fois par un régime provincial d'assurance-maladie et par le particulier qui le reçoit. ⁸⁸ Il reste alors toujours à déterminer si, au terme de la Loi canadienne, une province peut permettre qu'en marge du régime public, au sein duquel les services médicaux ne peuvent être rémunérés que par le biais de l'assurance-maladie publique, des services similaires soient offerts par des prestataires privés, aux seuls frais des personnes qui les reçoivent.

Aussi, une critique que l'on peut adresser à la démarche du Groupe de travail est qu'elle ne repose pas sur un examen particulier et autonome des conditions de la Loi canadienne. Faire intervenir une loi provinciale aux fins d'éclairer la portée de ces conditions revient à s'appuyer sur l'interprétation qu'en ont faite les législatures, laquelle interprétation n'est peut-être pas objective en ce qu'elle a pu être faussée par la prise en considération d'intérêts politiques ou économiques divers. Peut-on ainsi soumettre qu'une loi provinciale, instituant des mesures devant répondre à des conditions prévues par une loi fédérale, peut souvent ne pas constituer un avis ou une opinion juridique probante quant à la portée de ces mêmes conditions.

Un peu dans la même perspective, il n'est pas suffisant de prendre acte, comme l'ont déjà fait certains observateurs, ⁸⁹ du fait que certains régimes

86. *Ibid.* aux p. 94.

87. Voir la distinction effectuée précédemment, *supra* note 11.

88. G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux p. 99.

89. Voir l'analyse de M. JACKMAN, «The Regulation of Private Health Care under the Canada Health Act and the Canadian Charter» (1995) 6 :2 *Forum Constit.* 54 à la p. 56 [ci-après «Regulation of private health care»].

provinciaux, comme celui de l'Alberta et du Québec, par exemple, permettent déjà à des prestataires d'oeuvrer en marge du système public.⁹⁰ À notre avis, cet état de fait n'est pas probant aux fins d'écarter l'interprétation favorable au monopole du système public sur la base des conditions de la Loi canadienne. Si les possibilités prévues par les lois provinciales n'ont pas, jusqu'à ce jour, fait l'objet de sanctions prises par le gouvernement fédéral en vertu de la Loi canadienne, c'est peut-être tout simplement parce que les développements qu'elles ont occasionnés n'ont été que de peu d'ampleur.⁹¹ Il ne faut pas ici confondre, d'une part, une certaine tolérance dans l'application de la loi et, d'autre part, la portée réelle des conditions qu'elle comporte.

Parmi ces conditions, celle de «gestion publique» tend évidemment, compte tenu de son libellé, à attirer l'attention dès le début d'une recherche comme celle en cours. Certains observateurs s'appuient d'ailleurs sur cette condition pour soutenir l'interprétation favorable au monopole du système public.⁹² Pourtant, elle n'exige rien de plus que les régimes provinciaux d'assurance-santé soient sous contrôle public. Elle peut certes constituer un obstacle à d'éventuelles mesures de privatisation que pourrait envisager une province, mais, en ne requérant pas spécifiquement que les régimes provinciaux soient constitués en monopole public, elle ne semble pas interdire en elle-même le développement de services parallèles.

À notre avis, ce pourrait surtout être la condition d'intégralité qui permettrait aux tenants du monopole du système public de soutenir leur position. Cette interprétation pourrait reposer sur une analyse textuelle reprenant le

90. Pour le Québec, notamment en ce qui concerne les services professionnels, voir les développements, voir ci-dessous partie 1.2.2.2.
91. Sur le peu d'ampleur de ces développements, voir notamment ce que rapporte le F.N.S. dans «Financement public et privé» *supra* note 4 à la p. 13.
92. Voir Feehan, *supra* note 8 à la p. 18. Cet auteur est d'avis que cette condition fait en sorte que «a two-tiered system is not possible».

contenu des définitions législatives des termes auxquels la condition d'intégralité fait référence⁹³ :

«La condition d'intégralité suppose qu'au titre du régime provincial d'assurance-santé [soit le régime ou les régimes constitués par la loi d'une province en vue de la prestation de services de santé⁹⁴], tous les services de santé assurés [soit les services hospitaliers, médicaux ou de chirurgie dentaire médicalement nécessaires⁹⁵] fournis par les hôpitaux [soit tout ou partie des établissements où sont fournis des soins hospitaliers, notamment aux personnes souffrant d'une maladie aiguë ou chronique ainsi qu'en matière de réadaptation⁹⁶], les médecins [soit les personnes légalement autorisées à exercer la médecine au lieu où elles se livrent à cet exercice⁹⁷], les dentistes [soit les personnes légalement autorisées à exercer la médecine dentaire au lieu où elles se livrent à cet exercice⁹⁸] soient assurés [donc soumis à la condition de gestion publique, d'universalité, de transférabilité et d'accessibilité⁹⁹] [...]

93. La formulation de base est celle de la définition que l'on retrouve à l'article 9 de la L.C.S., *supra* note 5.

94. Définition donnée à l'article 2 al. 13 de la L.C.S., *ibid.*

95. *Ibid.*, art. 2 al. 15, 16, 17, 19.

96. *Ibid.*, art. 2 al. 8. L'expression «tout ou partie des établissements» est ambiguë et pourrait être interprétée comme signifiant «tous les établissements ou certains d'entre eux». Une telle interprétation pourrait être invoquée pour soutenir que la définition ne renvoie qu'aux établissements qui adhèrent au régime provincial d'assurance-santé, les autres pouvant fonctionner en marge des conditions prévues sans que cela ne constitue une infraction. Toutefois, la version anglaise de la définition ne semble pas donner prise à cette dernière interprétation. Étant formulée au singulier, elle s'avère plus éclairante : «hospital includes any facility or portion thereof...». Ainsi, la définition pourrait signifier que lorsqu'il est question d'un hôpital, il est question de la globalité de chaque établissement entièrement voué à la prestation de services hospitaliers ou, dans le cas des établissements «multivocationnels», de la partie de ces derniers destinée à cette même fin. Cette interprétation s'accorderait bien avec les deux exceptions prévues aux paragraphes a) et b) de l'alinéa, lesquels réfèrent aux «hôpitaux et institutions destinés principalement aux personnes souffrant de troubles mentaux» et à «tout ou partie des établissements où sont fournis des soins intermédiaires en maison de repos ou des soins en établissement pour adultes ou des soins comparables pour les enfants».

97. *Ibid.*, art. 2 al. 10.

98. *Ibid.*, art. 2 al. 5.

99. *Ibid.*, art. 5 et 7, 8, 10-12.

Ainsi, la notion d'intégralité pourrait être interprétée comme référant à l'ensemble des services médicalement nécessaires, dispensés par les prestataires habilités à exercer légalement sur le territoire, et non pas uniquement à ceux des prestataires qui ont accepté de participer, de s'inscrire ou d'adhérer au régime provincial d'assurance-santé. Cette interprétation pourrait permettre de soutenir que les régimes d'assurance-santé doivent faire en sorte que tous les services hospitaliers, médicaux et dentaires, nécessaires du point de vue médical, dispensés par tous les médecins, dentistes et hôpitaux présents et exerçant légalement sur le territoire, soient sous la gestion d'une autorité publique sans but lucratif et disponibles à tous les citoyens de la province et des autres provinces selon des modalités uniformes qui excluent toute forme de tarification.

Bien sûr, il ne s'agit là que d'une interprétation possible, parmi d'autres qui ne renvoient pas toutes à une conception monopolistique de ce que doit être le système public de santé au terme des conditions prévues par la Loi. Toutefois, elle pourrait apparaître assez plausible et, surtout, suffisamment séduisante pour d'éventuels opposants au système de santé à «deux vitesses» disposés à mener une contestation judiciaire.¹⁰⁰ Du reste, si elle devait être rejetée de manière préliminaire, il n'est pas dit que ce ne serait pas le point de départ de pressions publiques visant à amener le gouvernement fédéral à adopter, au sein de la Loi actuelle ou d'une législation aux effets plus directs,¹⁰¹ des règles qui, elles, seraient précises aux fins de prohiber le développement de services parallèles.

1.2.1.2 Vers un raffermissement des normes nationales au profit du monopole du système public?

Certains observateurs qui militent en faveur du monopole des services publics trouvent insuffisant le «rempart» que constitue la *Loi canadienne sur la santé*.

100. Pour apprécier la possibilité d'un recours judiciaire sous la Loi canadienne, voir ci-dessous partie 1.2.1.2.

101. Voir ci-dessous partie 1.2.1.2.

Ainsi, considérant le flou interprétatif sur sa portée, des précisions législatives ont maintes fois été demandées par bon nombre d'intervenants, certains allant même jusqu'à proposer l'ajout d'une sixième condition interdisant expressément l'exploitation de cliniques privées.¹⁰² Aucun indice ne laisse croire que le gouvernement fédéral puisse aller dans cette direction dans un avenir prévisible. Ainsi, le Forum national sur la santé n'a fait aucune recommandation en ce sens, bien qu'il ait, par ailleurs, pris position en faveur d'un élargissement de la couverture de services prévue par les normes.¹⁰³

Les inquiétudes soulevées portent également sur la fragilité constitutionnelle de la Loi en raison de l'interprétation traditionnelle du partage des compétences qui, comme on l'a vu, désigne les provinces comme maîtres d'oeuvre en matière de santé.

Sur la question de la constitutionnalité de la Loi canadienne, il est utile de référer aux indications données par le législateur fédéral lui-même. Ainsi, le préambule¹⁰⁴ de la Loi est ainsi à l'effet que «le gouvernement du Canada n'entend pas [...] abroger les pouvoirs, droits, privilèges ou autorités dévolus [...] aux provinces sous le régime de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de ses modifications ou à tout autre titre, ni leur déroger ou porter atteinte». Il s'agit là d'une précision importante qui va dans le sens des décisions rendues à l'occasion des examens judiciaires portant sur certaines interventions fédérales justifiées en vertu du pouvoir de dépenser. Ainsi, il semble que les tribunaux ne voient pas automatiquement l'assujettissement d'une contribution financière fédérale à des conditions précises comme étant un viol des règles relatives au partage des compétences.¹⁰⁵

102. Madore, *supra* note 65 à la p. 15. C'est une possibilité qu'envisage notamment M. Jackman, *supra* note 89 à la p. 58.

103. «Financement public et privé», *supra* note 4 aux pp. 21-25. Les recommandations formulées visent la consolidation du financement public des services médicalement nécessaires sur la base du modèle de «payeur unique» ainsi que l'élargissement de la gamme de services assurés de manière à ce que les médicaments et les soins à domicile médicalement nécessaires fassent l'objet d'un financement public.

104. Al. 2.

105. Voir l'affaire *YMHA Jewish Community Centre of Winipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532. Aussi, pour une opinion défavorable à la constitutionnalité de la Loi canadienne au regard des critères jurisprudentiels relatifs au pouvoir de dépenser, voir J. Maziade, «L'imposition du ticket modérateur dans le système de santé des provinces : qui décide? Le

Il importe également de considérer la décision rendue par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Winterhaven Stables Ltd c. Canada (Attorney-General)*¹⁰⁶. Cette décision a la particularité de justifier l'imposition de conditions par le gouvernement fédéral pour le versement de contributions financières dans certains domaines de compétence provinciale sur la base de l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*,¹⁰⁷ une assise différente donc de celle du pouvoir de dépenser.¹⁰⁸ Cette disposition constitue essentiellement un «engagement» du Parlement et des législatures à assurer les services publics «essentiels» de qualité acceptable et, à cette fin, à faire les paiements de péréquation requis.

Donc, considérant le cadre favorable qu'offrent l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le pouvoir de dépenser, il apparaît peu probable pour l'instant qu'un contentieux amène les tribunaux à invalider la *Loi canadienne sur la santé* sur la base d'une violation des règles relatives au partage des compétences.¹⁰⁹

Par ailleurs, les arguments qui conduisent à établir la constitutionnalité de la Loi amènent à souligner que les règles qu'elle énonce ne pourraient avoir pour effet d'invalider des modalités contraires définies par les provinces dans le cadre de leurs prérogatives. Pour l'heure, il semble que la seule situation qui donnerait véritablement ouverture à une démarche judiciaire en vertu de la Loi canadienne serait celle où le mécanisme des sanctions prévues à l'égard de pratiques provinciales dérogatoires ne serait pas enclenché. Un individu ou un groupe de pression pourrait alors contester la validité des pleins versements des contributions financières fédérales destinées aux programmes de santé.

gouvernement fédéral ou le gouvernement provincial?» (1995) *R.D.U.S.* 131 à la p. 159 et s.

106. (1988), 62 Alta L.R. (2d) 266 (C.A.).

107. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

108. Voir le commentaire à l'effet que cette disposition constitutionnelle paraît «légitimer a posteriori» les subventions constitutionnelles du gouvernement fédéral, dans Brun et Tremblay, *supra* note 61. La question pourrait alors consister à déterminer si cette disposition ne fait que préciser le cadre d'exercice du pouvoir de dépenser en vue d'atteindre l'un des objectifs énumérés à l'article 36 ou si elle constitue une assise distincte.

109. C'est l'avis exprimé par le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 13.

Ce scénario est celui de l'affaire *Finlay*¹¹⁰ dans laquelle un individu contestait la validité des versements des contributions fédérales destinées au régime d'aide sociale manitobain, lesquels versements avaient été faits en vertu du *Régime d'assistance publique du Canada*.¹¹¹ Dans ce cas, le Manitoba avait effectué des retenues sur les allocations d'aide sociale, ce qui, selon le poursuivant, contrevenait aux dispositions du régime fédéral. La Cour suprême a alors estimé que les retenues prévues par le régime manitobain ne contrevenaient pas à la loi fédérale, mais a par ailleurs reconnu la validité de la démarche de *Finlay*. Sur la base de ce modèle de contestation, il serait donc possible d'envisager une démarche judiciaire qui mènerait à une déclaration d'«invalidité administrative»¹¹² des contributions versées en vertu de la Loi canadienne à une province dont le régime d'assurance-santé déroge aux conditions posées¹¹³

Mais, même cette possibilité de contrôle judiciaire semble être insuffisante aux yeux de certains observateurs qui en viennent à proposer d'asseoir les normes nationales sur un autre support législatif ou constitutionnel, plus directif et plus ferme.¹¹⁴ Les propositions vont dans le sens de l'adoption d'une nouvelle loi par le gouvernement fédéral en vertu de son pouvoir concernant les questions de dimension nationale¹¹⁵ ou, encore, de l'enchâssement

110. *Finlay c. Canada (ministre des Finances)*, [1993] 1 R.C.S. 1080.

111. L.R.C., c. C-1. [ci-après «Régime»].

112. Selon l'expression proposée par Brun et Tremblay, *supra* note 61 à la p. 513.

113. À ce sujet, voir l'opinion favorable de S. Choudhry, «The enforcement of the Canada Health Act» (1996) *R.D. McGill* 461 à la p. 480 et s.

114. Pour une revue des options envisagées, voir Madore, *supra* note 65 aux pp. 15-16.

115. Concernant la possibilité d'intervention du gouvernement fédéral sur la base de ce pouvoir, voir les affaires suivantes : *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Avis sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373. Pour des examens spécifiques d'interventions semblables en matière de santé, voir les décisions suivantes : *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 375 (C.A.); [1991] R.J.Q. 2260 (C.S.); *Schneider*, *supra* note 54. Voir également ce qu'en disent les observateurs suivants : G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 15-21; M. Jackman, «The Constitutional Basis for Federal Regulation of Health» (1994) 5 :2 *Health L. Rev.* 3 aux pp. 6-7; Brun et Tremblay, *supra* note 61 à la p. 488.

des normes dans la *Charte canadienne des droits et libertés* ou dans une éventuelle charte sociale.¹¹⁶

Pour l'instant, il semble peu probable que le gouvernement fédéral donne suite à ces propositions, du moins si l'on en juge par l'absence de toute déclaration politique en ce sens et si l'on tient compte également de l'avis du Forum national sur la santé qui s'est prononcé à l'effet que la préservation du système de santé canadien pouvait continuer à reposer sur la *Loi canadienne sur la santé* sous sa forme actuelle.¹¹⁷

Il est vrai que, dans les faits, les conditions énoncées par la Loi canadienne ont un impact déterminant sur la définition des modalités relatives aux systèmes de santé provinciaux. Ainsi, malgré une diminution substantielle

-
116. À titre d'exemple d'un tel enchâssement dans une charte sociale, voir le défunt Accord de Charlottetown : Gouvernement du Canada, *Projet de texte juridique* (concernant l'entente intervenue à Charlottetown, le 28 août 1992, entre les représentants du premier ministre du Canada, des dix premiers ministres provinciaux, des leaders des territoires et des dirigeants autochtones), Ottawa, 9 octobre 1992 à la p. 45, art. 36.1. Voir particulièrement le paragraphe 2 a) de cet article selon lequel la préservation et le développement de l'union sociale et économique ont notamment l'objectif «d'assurer dans tout le Canada un régime de soins de santé complet, universel, transférable, à gestion publique et qui soit accessible».
117. *Ibid.* aux pp. 21-25. Cette recommandation semble avoir été élaborée sur la base de considérations de «faisabilité» juridique des projets visant une intervention législative plus ferme et également en regard de l'impact néfaste qu'une telle intervention pourrait avoir sur les relations fédérales-provinciales : «Les objectifs nationaux», *supra* note 81 aux pp. 19-22; «Le maintien d'un système national de santé», *supra* note 81 aux pp. 7-8.

des transferts fédéraux ces dernières années,¹¹⁸ il appert que les provinces s'astreignent, bon gré mal gré, à respecter les termes de la Loi.¹¹⁹

Cette discipline face aux normes nationales peut certes s'expliquer du fait que, aussi réduite peut-elle être devenue, la contribution fédérale demeure essentielle pour des provinces qui, à l'heure actuelle, ne bénéficient pas d'une marge de manoeuvre budgétaire leur permettant de s'en passer. Il n'est pas dit, cependant, que ce fragile équilibre perdurerait très longtemps si les contributions fédérales devaient atteindre un niveau d'insignifiance tel, pour certaines provinces, qu'elles ne constitueraient plus un incitatif suffisant pour les amener à se conformer auxdites normes.

Dans cette perspective, les provinces pourraient cependant se heurter à un autre écueil, soit celui l'absence de marge de manoeuvre politique. Cela tient au caractère «quasi sacré» qu'ont acquis les normes auprès d'une partie

118. La proportion des contributions financières du gouvernement fédéral dans les dépenses totales de santé au Québec est passée de 45% à environ 30% entre 1986 et 1996 : «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 19. Voir la recommandation du Forum national sur la santé visant à ce que le gouvernement fédéral consolide et maintienne sa participation financière afin de lui permettre de continuer à assumer un leadership efficace en matière de santé : «un héritage à faire fructifier», *supra* note 6 aux pp. 22-23; «Les objectifs nationaux», *ibid.* aux pp. 25-33. Cette recommandation pourrait avoir des suites, si l'on en juge par une promesse électorale formulée par le premier ministre Chrétien et rapportée par M. Cornellier, «Une première promesse de 6 milliards, Jean Chrétien fait volte-face et entend maintenant verser plus d'argent aux provinces pour la santé, l'aide sociale et l'éducation postsecondaire» *Le Devoir [de Montréal]* (29 avril 1997).

119. Les quelques dérogations aux normes nationales récemment observées, notamment celles de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, semblent avoir été rapidement enrayées dès que le gouvernement fédéral a pris sur lui d'imposer les sanctions financières : voir ce que rapporte Madore, *supra* note 65 aux pp. 10-11. Pour le Québec, il est intéressant de rappeler le projet d'introduction d'un «impôt-santé» qui faisait partie des orientations officielles du gouvernement en 1991. Le projet n'a jamais vu le jour en raison de la crainte de voir les transferts fédéraux diminuer en conséquence de l'application des sanctions prévues par la Loi canadienne : Québec, M.S.S.S., *Les services de santé et les services sociaux au Québec, Un financement équitable à la mesure de nos moyens*, Québec, Le Ministère de la santé et des services sociaux, 1991 aux pp. 79, 80; «Réforme axée sur le citoyen», *supra* note 25 à la p. 88. Il en fut ainsi du projet de «ticket orienteur» que l'on souhaitait imposer aux individus qui, plutôt que de se diriger vers un centre local de services communautaires ou vers un cabinet privé pour des services non urgents, s'adresseraient aux urgences des centres hospitaliers. Voir le pouvoir réglementaire, laissé en veilleuse, qui permet au gouvernement d'instaurer une telle mesure dissuasive : L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 505 (29).

importante de la population canadienne.¹²⁰ À noter d'ailleurs que la force politique des «cinq grands principes» de la Loi canadienne semble bien vérifiable au Québec¹²¹ et qu'à ce chapitre, ce ne serait donc pas le règne des «deux solitudes» qui prévaudrait!

Face à une administration provinciale qui tolérerait, de manière assez affichée, le développement de services parallèles, il ne serait pas étonnant que d'importantes réactions publiques défavorables se manifestent. Dans ce cas, deux éventualités seraient à prévoir : ou bien cette administration aurait tôt fait de rebrousser chemin compte tenu du tollé soulevé parmi ses propres commettants, ou bien le gouvernement fédéral pourrait recourir à une forme d'intervention plus coercitive pour donner suite à la volonté de la population. C'est en regard de cette dernière éventualité que le statu quo, jusqu'ici favorisé à l'égard des normes nationales, peut apparaître comme n'étant pas inébranlable.

1.2.2 Les règles propres au système de santé québécois

L'essence même du système public de santé québécois relève de trois lois¹²² qui, chacune de manière différente, lui assurent un monopole quasi complet. Ce monopole réside dans les obstacles posés à l'égard du développement de services institutionnels parallèles à ceux prévus par l'État, de même qu'à l'égard de la prestation, en marge des modalités de financement public, de services identiques à ceux visés par le régime d'assurance-maladie et le régime d'assurance-hospitalisation.

120. «Atteinte d'un équilibre», *supra* note 39 à la p. 10 et s. Voir également la conclusion quant au rôle «phare» que joue la Loi canadienne dans l'article de Choudhry, *supra* note 113.

121. À cet effet, voir les constats faits dans les documents suivants : Secrétariat national des commissions sur l'avenir du Québec, *Commission nationale sur l'avenir du Québec : Rapport*, Québec, Conseil exécutif, 1995 à la p. 28; «Réforme axée sur le citoyen», *supra* note 25 à la p. 10; «Commission Rochon», *supra* note 34 aux pp. 398-400, 452-453.

122. Il s'agit des lois suivantes : *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *supra* note 16; *Loi sur l'assurance-maladie*, *supra* note 17; *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., c. A-28 [ci-après «L.A.-H.】].

1.2.2.1 Le développement parallèle de services institutionnels : une possibilité quasi insaisissable

C'est en grande partie¹²³ la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹²⁴ qui établit le «mode d'organisation des ressources humaines, matérielles et financières»¹²⁵ par lequel les services sociosanitaires préventifs et curatifs sont rendus disponibles à la population. Ce mode d'organisation repose sur une hiérarchie d'instances, généralement à caractère public. Se retrouvent au sein de cette hiérarchie, le ministre, chargé de la supervision d'ensemble,¹²⁶ les régies régionales, devant assumer un rôle de programmation,¹²⁷ et les organisations prestatrices de services.

Ces organisations prestatrices n'ont pas à obéir à un modèle unique, soit le ou les modèles traditionnels des entités qui relèvent de l'administration publique. Il faut prendre note que l'un des objets de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, clairement affirmé, est de faire en sorte que soient partagées «les responsabilités entre les organismes publics, les organismes communautaires et les autres intervenants du domaine de la santé et des services

123. Il faut considérer qu'en dehors de cette organisation législative, on retrouve un éventail de services offerts dans le cadre d'une pratique privée de l'une des quelque 23 professions de la santé reconnues par le *Code des professions* (L.R.Q., c. C-26, annexe I). Citons seulement l'exemple des médecins qui sont nombreux à pratiquer au sein de cabinets, cliniques et polycliniques privés. Ce mode de prestation de services n'est pas assujéti à la Loi d'organisation : voir l'article 95 L.S.S.S.S., *ibid.*; voir aussi *Hamel c. Malaxos*, [1994] R.J.Q. 173 (C.Q.).

124. L.S.S.S.S., *ibid.*

125. *Ibid.*, art. 2 al. 1.

126. *Ibid.*, art. 431 et s. Voir notamment les fonctions liées à l'établissement des politiques et programmes de santé et de services sociaux (art. 431 (1)), à l'approbation des priorités et des plans régionaux d'organisation de services soumis par les régies régionales (431 (2)) et à la coordination des services (431 (7)).

127. La programmation est réalisée par les régies régionales en vertu de leurs fonctions liées aux «priorités de santé et bien-être» (*ibid.*, art. 346), à «l'organisation des services» (art. 347-349), à «l'allocation des ressources financières» (art. 350 et 351), à «la coordination des services de santé et des services sociaux» (art. 352-370) et à la «gestion des ressources humaines, matérielles et financières» (art. 376-385).

sociaux». ¹²⁸ Il est ainsi reconnu que plusieurs organisations non publiques peuvent dispenser des services. ¹²⁹

Par ailleurs, au terme de cette Loi, ce sont surtout les «établissements» qui peuvent dispenser la portion prédominante de l'ensemble des services requis par la population. ¹³⁰ D'ailleurs, les activités des autres types d'organisations prévus par la Loi gravitent autour de la programmation de services des établissements et, quelquefois même, n'en sont que le prolongement. ¹³¹

De manière générale, les établissements, soit les personnes ou les sociétés ¹³² pouvant se livrer à l'une ou l'autre des activités sociosanitaires déterminées, ¹³³ sont publics. Leur fonctionnement est donc assuré sinon en totalité, du moins en très grande partie, par l'État. ¹³⁴

La *Loi sur les services de santé et les services sociaux* prévoit cependant qu'un établissement puisse être privé. ¹³⁵ Un tel établissement peut alors être, ou non, constitué en corporation et être, ou non, à but lucratif. ¹³⁶ Fait important à noter, les établissements privés, tout comme les établissements publics, peuvent fonctionner à l'aide d'un financement gouvernemental, sur la base d'une «convention». ¹³⁷

Il importe ici d'observer que le développement de ces établissements privés dits «conventionnés» ne constitue pas un exemple de développement

128. *Ibid.*, art. 2 (3).

129. Il peut s'agir des ressources intermédiaires (*ibid.*, art. 301), des ressources de type familial (art. 310), des organismes communautaires (art. 108), des ressources privées agréées (art. 454) ou de tout autre organisme ou personne (art. 108).

130. *Ibid.*, art. 100.

131. Voir *supra* note 129.

132. L.S.S.S.S, *supra* note 16 art. 94.

133. *Ibid.*, art. 79 et s. Ces activités se comptent au nombre de cinq et répondent à la catégorisation suivante : les activités de centre local de services communautaires, de centre hospitalier, de centre de protection de l'enfance et de la jeunesse, de centre d'hébergement et de soins de longue durée et de centre de réadaptation.

134. *Ibid.*, art. 285 à 287.

135. *Ibid.*, art. 97

136. *Ibid.*, art. 99.

137. *Ibid.*, art. 475.

parallèle.¹³⁸ Il s'inscrit plutôt dans le cadre des opérations par lesquelles l'État a, dans certains cas, cru utile de déléguer des responsabilités à des prestataires privés, tout en se gardant la responsabilité du financement.¹³⁹

Ainsi, la convention de financement dont il est question ici, a pour objet de permettre à l'État, lorsqu'il estime que l'intérêt public le justifie, d'assurer la prestation de services à la population selon les mêmes modalités que dans le système public. Une grande partie des règles applicables aux établissements publics, notamment celles relatives aux mécanismes d'accès aux services¹⁴⁰ et celles concernant la contribution financière que doivent verser les usagers,¹⁴¹ le sont également aux établissements privés conventionnés.¹⁴² On comprend alors que la présence d'établissements privés conventionnés résulte bien d'une délégation étatique et non pas d'une initiative privée. Donc, pour les citoyens, la question du choix entre ces deux types d'établissements ne se pose pas en considérant qu'il y a des modalités financières d'accès différentes, en vertu desquelles la disponibilité des services ou leur qualité varie.¹⁴³ Les services des établissements publics et privés conventionnés ne relèvent, globalement, que d'une seule offre de services, soit celle prévue par l'administration publique.¹⁴⁴

138. Voir, en introduction, les définitions retenues en ce qui concerne les services publics et les services parallèles.

139. Voir *supra* note 12.

140. Voir L.S.S.S.S., *supra* note 16 art. 353-359, et *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, R.R.Q., c. S-5, r. 3.01, art. 20-49.1 [ci-après «R.O.A.E.».]. Ces dispositions concernent les fonctions des régies régionales à l'égard de la coordination des services. Elles s'appliquent de la même façon aux établissements publics et privés conventionnés. À noter que ce règlement, adopté sous l'ancienne *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (voir commentaires *supra* note 35) est toujours en vigueur faute d'avoir été remplacé : voir ce qu'en disent Y. Renaud, J.-L. Baudouin et P. A. Molinari (dir.), *Loi sur les services de santé et services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, 9e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996 à la p. VII (avant-propos) [ci-après «Services de santé»].

141. L.S.S.S.S., *ibid.*, art. 512-520. Voir également *Règlement d'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux* (ci-après cité : «R.A.L.S.S.S.S.»), R.R.Q., 1981, c. S-5, r.1, art. 346-377.1 [ci-après «R.A.L.S.S.S.S.»]. Voir la note précédente concernant la pérennité de ce règlement.

142. Voir le commentaire de P. A. Molinari sous l'article 475 dans «Services de santé», *supra* note 140; voir également sous l'article 477 du même ouvrage.

143. En somme, les services rendus disponibles par les établissements privés conventionnés ne relèvent pas d'une offre «supérieure» : voir *supra* note 13.

144. Voir la conclusion que tire le «V.G.Q.», *supra* note 25 à la p. 187 : «Le caractère privé de ces installations ne concerne que la gestion et la propriété de l'immeuble».

C'est du côté de la possibilité de mettre sur pied un établissement privé autofinancé que la perspective du développement de services parallèles apparaît, de prime abord, plus plausible. Il s'agit là d'établissements qui sont entre les mains d'intérêts privés et dont les coûts de fonctionnement sont entièrement assumés par les usagers ayant recours à leurs services. L'État n'assume donc aucune responsabilité de financement. Il ne dicte pas non plus les modalités d'accès auxquelles doivent obéir les services.¹⁴⁵ Ainsi, un établissement privé autofinancé pourrait-il décider d'offrir ses services aux plus offrants des citoyens désireux d'avoir un accès supérieur plutôt que de desservir, en conséquence de l'application des règles d'admissibilité prévues par la Loi, ceux dont les besoins sont les plus pressants. C'est dans ce contexte que l'on peut envisager, à première vue, que la Loi permet le développement d'une véritable alternative aux services issus du système mis en place par l'État.

Pour apprécier cette possibilité à sa juste mesure, il faut cependant considérer l'exigence selon laquelle une personne, morale¹⁴⁶ ou physique, intéressée doit obtenir un permis d'établissement lui permettant d'exercer l'une ou l'autre des activités sociosanitaires prévues par la Loi.¹⁴⁷

Il importe ici de souligner que ce n'est pas comme tel l'exigence de détenir un permis qui conduit à relativiser la perspective de développement de services parallèles en vertu de la Loi d'organisation. Dans plusieurs secteurs, bon nombre d'activités requièrent que ceux qui souhaitent les exercer détiennent un permis délivré par l'État sans que l'on puisse pour autant soutenir qu'elles constituent dès lors des «activités étatiques».¹⁴⁸

145. Voir L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 359; R.A.L.S.S.S.S., *supra* note 141, art. 346; R.O.A.E., *supra* note 140, art. 31. Ces dispositions ont pour effet de soustraire les établissements privés autofinancés d'une grande partie du champ d'intervention de l'administration publique quant à la détermination et l'application des modalités d'accès à leurs services.

146. Avant même l'étape d'obtention du permis, il faut, pour constituer une personne morale pouvant se qualifier à titre d'établissement, obtenir l'accord du ministre : L.S.S.S.S., *ibid.*, art. 316.

147. *Ibid.*, art. 437 et s.

148. Qu'il suffise, à titre de seul exemple très parcellaire, de citer le cas des commerçants itinérants qui doivent détenir un permis de l'Office de la protection du consommateur pour agir à ce titre! : *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 321 a).

Le problème ici tient plutôt à l'imprécision des conditions qu'il faut satisfaire afin de se voir délivrer le permis requis. Celui-ci s'obtient en transmettant une demande à la régie régionale concernée, laquelle, si elle l'approuve en regard de critères qu'il lui appartient d'établir en raison des fonctions que la loi lui confie,¹⁴⁹ l'acheminera ensuite au ministre. Ce dernier jouit alors d'une discrétion assez large lorsque vient le temps de décider s'il délivrera ou non un permis, le seul critère lui étant imposé étant celui de l'intérêt public.¹⁵⁰

Ce critère a été quelque peu circonscrit, notamment par un arrêt de la Cour d'appel l'affaire *Charles Bentley Nursing Home inc. c. Le ministre*.¹⁵¹ Il a alors été considéré que le refus de délivrer un permis ne peut exclusivement reposer sur une politique visant à freiner les projets de développement issus du secteur privé puisqu'il s'agirait là d'une négation des dispositions législatives reconnaissant l'existence d'établissements privés.

Cette précision étant faite, il demeure que le pouvoir discrétionnaire du ministre peut s'exercer, sans que cela ne soit formellement dit, évidemment, sur la base d'un préjugé défavorable au secteur privé, particulièrement en ce qui a trait à des services que ce secteur voudrait offrir en marge de la programmation faite par les instances publiques. C'est d'ailleurs ce qui semble être le cas si l'on juge du fait que, malgré la semonce judiciaire, les politiques d'octroi de permis semblent encore fortement imprégnées d'une grande méfiance à l'égard du rôle pouvant être joué par le secteur privé dans la prestation de services sociosanitaires.¹⁵² Ainsi, mis à part le secteur de l'hébergement et des soins de

149. L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 441. Voir les commentaires de P. A. Molinari dans «Services de santé», *supra* note 140 aux pp. 300-301.

150. L.S.S.S.S., *ibid.*, art. 441

151. [1983] C.A. 455.

152. Cette méfiance a été exprimée de manière assez vive à l'occasion d'un «examen critique du secteur à but lucratif» fait au moment où les jalons du système québécois de santé étaient posés : Commission Castonguay-Nepveu, *supra* note 38 à la p. 43 et s. L'analyse faite à ce moment-là n'a pas été contredite à l'issue des travaux de la «Commission Rochon», *supra*, note 34 aux pp. 487-490. Cette dernière commission, à la p. 488, a conclu à la nécessité de maintenir «un système public fort» et, conséquemment, s'est dite d'avis que «le recours aux ressources privées doit demeurer marginal».

longue durée, où une certaine activité «privée autofinancée» est observable,¹⁵³ mais encore là, non sans qu'il y ait des réticences,¹⁵⁴ le réseau d'établissements privés autofinancés est à toute fin pratique inexistant au Québec.

Enfin, il importe de souligner que l'exercice sans permis d'une activité sociosanitaire prévue par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* est passible de sanctions pénales¹⁵⁵ et peut faire l'objet d'une décision du ministre

153. Il s'avère ardu, même en s'adressant aux autorités responsables, de trouver des données statistiques officielles et récentes qui permettent de dresser un portrait précis de la représentation des établissements publics, privés conventionnés et privés autofinancés selon leurs missions. À titre indicatif, il peut être utile de s'en remettre à des données éparses mais portant sur des années rapprochées. On peut ainsi considérer les données disponibles pour l'année 1992 où, sur les 208 établissements privés, 6 exerçaient des activités de centres hospitaliers, 18 de centres de réadaptation et 184 de centres d'hébergement et de soins de longue durée : Québec, M.S.S.S., *Santé et bien-être, La perspective québécoise, Les ressources matérielles*, Québec, Gouvernement du Québec, 1993 aux pp. 4-8. Aussi, des données pour l'année 1993 révélaient que la représentation des places d'hébergement et de soins de longue durée offertes par les établissements privés autofinancés étaient d'environ 9% du nombre total de places disponibles et d'environ 65% du nombre de places dites «privées» : «V.G.Q.», *supra*, note 25 à la p. 187. Pour apprécier l'évolution du rôle du secteur privé dans l'hébergement et les soins de longue durée au Québec, voir ce qui est ressorti des travaux de la «Commission Rochon», *supra* note 34 aux pp. 217-226.

154. Même en ce qui concerne les centres d'hébergement et de soins de longue durée, il y aurait semble-t-il un moratoire sur l'octroi de permis : Y. Vaillancourt et al., *La privatisation des services de santé et des services sociaux au Québec en 1993*, Montréal, Département de travail social - UQAM, 1993 à la p. 222. Pour des précisions récentes, voir ce que rapporte R. Dutrisac, «Centres d'accueil pour les personnes âgées, Le Fonds de solidarité entend investir dans le réseau privé de la santé, La FTQ se lance dans l'opération à la demande de Québec», *Le Devoir [de Montréal]* (4 avril 1997). Il est question dans cet article d'un projet d'investissement du secteur privé dans l'actif immobilier du réseau d'établissements exploitant des centres d'hébergement et de soins de longue durée. Ce projet ne viserait donc pas à confier au secteur privé des responsabilités de prestation de services. Ainsi, tels que rapportés, les commentaires du porte-parole du Ministère de la Santé et des Services sociaux sur ce projet, dénotent une ferme intention de maintenir le moratoire sur «la création de places» dans le secteur privé. Reste à savoir si ces propos ne visent qu'à rassurer une opinion publique qui perçoit généralement d'un mauvais oeil les mesures de désengagement de l'État en matière de santé. On peut ainsi envisager que, bien que présenté comme étant un partenariat limité avec le secteur privé, le projet en question débouche sur une opération de privatisation constituant un retrait plus ou moins significatif de l'État des activités d'hébergement et de soins de longue durée.

155. L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 531.

à l'effet de procéder à l'évacuation et à la relocalisation¹⁵⁶ des personnes hébergées dans les installations où les infractions sont commises.¹⁵⁷

Il semble donc que la possibilité de développer des services de santé parallèles au sens de la Loi d'organisation du système de santé québécois n'est, dans bien des cas, que théorique,¹⁵⁸ en ce que les critères devant présider à l'appréciation des demandes de permis par l'administration publique, sont, pour le moins, plutôt vagues et imprécis. Il est ainsi difficile dans l'état actuel des choses de ne pas imaginer qu'une position de principe défavorable aux services parallèles ne puisse avoir préséance sur une véritable analyse des besoins et des aspirations de la population.

1.2.2.2 Le développement parallèle de services visés par les régimes publics d'assurance : des mesures dissuasives et prohibitives

C'est essentiellement par le biais de la *Loi sur l'assurance-maladie*¹⁵⁹ et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*¹⁶⁰ que le Québec se conforme aux conditions de la *Loi canadienne sur la santé* en ce qui concerne les services dits «nécessaires». Ces deux régimes consacrent, pour les services qu'ils visent spécifiquement, la prise en charge complète par l'État des frais qui y sont liés.¹⁶¹

156. *Ibid.*, art. 452 et s.

157. Il semble toutefois que ces pouvoirs ne sont que très rarement utilisés : voir *supra* note 25.

158. Cet avis semble être partagé par Me Ghislaine Gosselin, directrice des affaires juridiques à l'Association des hôpitaux du Québec, selon ce qui ressort du compte rendu d'un colloque ayant pour thème «La privatisation des services de santé : approche de solution ou amorce d'un problème?», organisé par la Société de médecine et de droit du Québec, *Bulletin*, mars 1997 à la p. 3. L'exposé de Me Gosselin aurait fait ressortir que «les modalités d'obtention de l'acte constitutif de même que l'obligation de détenir un permis sont [...] des obstacles majeurs au développement de centres hospitaliers privés au Québec».

159. L.A.-M., *supra* note 17.

160. L.A.-H., *supra* note 122.

161. Le nouveau régime d'assurance-médicaments représente un cas particulier qui ne peut être traité de la même façon que les deux autres régimes institués par l'État. En effet, si la *Loi sur l'assurance-médicaments et modifiant diverses dispositions législatives*, L.R.Q., c. A-29.01, art. 2 [ci-après «L.A.-Med.»] vise à instituer une couverture universelle, elle n'instaure pas comme tel un régime public d'assurance. Le fait est qu'elle vise à obliger tous les citoyens, sauf ceux identifiés à l'article 15, à adhérer, pour eux-mêmes, leur conjoint et leurs enfants, à une police d'assurance privée collective pour les services et les produits pharmaceutiques (art. 16-18). La couverture devant être offerte doit au minimum répondre

Le régime d'assurance-maladie prévoit le financement public des services requis au point de vue médical, en plus d'établir la gratuité pour certains services dentaires et optométriques de même que pour l'obtention, l'ajustement, le remplacement ou la réparation de certains appareils ou prothèses visant à pallier un handicap.¹⁶² Les services couverts peuvent, pour la plupart,¹⁶³ être rendus en établissement ou en cabinet privé. La couverture prévue est universelle, en ce sens qu'elle vaut pour tous les résidents québécois, même lorsqu'ils séjournent à l'extérieur du Québec.¹⁶⁴ Elle vaut également pour les citoyens canadiens non-résidents, de passage dans la province.¹⁶⁵ À noter que les services couverts sont ceux dispensés par les professionnels «participants» ou «désengagés», lesquels ne peuvent recevoir des honoraires autres que ceux prévus à l'entente entre leur organisme représentatif et la Régie de l'assurance-maladie du Québec.¹⁶⁶ Pour leur part, les professionnels qui se sont déclarés

aux exigences du «régime général», lequel prévoit le paiement d'une prime, d'une franchise et d'une coassurance (art. 7 à 14). Dans cette perspective, cette loi se présente davantage comme une «Loi sur l'adhésion obligatoire à une couverture minimale d'assurance-médicaments privée». La question de la possibilité de développer des services parallèles ne se pose donc pas de manière générale. Elle peut se poser par ailleurs dans le cas particulier des personnes visées à l'article 15, soit les prestataires de la sécurité du revenu, les personnes âgées à faibles revenus et les personnes qui ne bénéficient pas, de par leur lien d'emploi et leur appartenance à un groupe professionnel, d'une assurance de groupe. Ces personnes n'ont d'autres choix que d'être assurées auprès de la R.A.M.Q. C'est alors à la L.A.-M., *supra* note 17, art. 3 al. 3 et 4 qu'il faut se référer pour envisager la perspective de développement de services parallèles puisqu'elle traite des services et produits ainsi couverts par la R.A.M.Q. en termes de «services assurés». L'analyse de cette dernière Loi, dans le cadre de la présente partie, sera donc pertinente en regard des services et produits pharmaceutiques offerts par le système public aux personnes visées par l'article 15 de la L.A.-Med.

162. L.A.-M., *ibid.*, art. 1 a) et 3.

163. Les services pharmaceutiques visés par le régime d'assurance-maladie sont ceux rendus en officine privée. C'est le régime d'assurance-hospitalisation qui prévoit la couverture de ces services lorsqu'ils sont rendus par un centre hospitalier, puisque les pharmaciens qui y oeuvrent sont des salariés, contrairement à la plupart des médecins et dentistes : L.A.-H., *supra* note 122, art. 3. Pour les services destinés aux personnes hébergées, il faut se référer aux modalités prévues par les articles 83 L.S.S.S.S., *supra* note 16 et 346 R.A.L.S.S.S.S., *supra* note 141.

164. Voir les conditions : L.A.-M., *supra* note 17, art. 1 g.1), 5-7, 10; *Règlement sur l'admissibilité et l'inscription des personnes auprès de la Régie de l'assurance-maladie du Québec*, R.R.Q., c. A-29, r. 0.01, art. 4-7 [ci-après «R.A.I.R.A.M.Q.»].

165. Voir les conditions : L.A.-M., *ibid.*, art. 1 g.1), 8; R.A.I.R.A.M.Q., *ibid.*, art. 2, 7.1.

166. L.A.-M., *ibid.*, art. 1 c), d), 12, 22 al. 4, 31.

«non participants» peuvent facturer entièrement leurs services directement aux patients, sans que ces derniers ne puissent se faire rembourser par la R.A.M.Q.¹⁶⁷ Toutefois, fait important à considérer, un professionnel ne peut scinder sa pratique de manière à ce qu'il puisse, à certains moments, rendre des services assurés dans un cadre de participation ou de désengagement, et, à d'autres, dans un cadre de non-participation.¹⁶⁸

C'est surtout en vertu de ce cadre de non-participation que, de prime abord, l'on peut établir que le régime québécois de financement public des services des professionnels de la santé n'est pas impératif.¹⁶⁹

Cependant, les contraintes relatives à une pratique s'inscrivant dans un tel cadre ne sont pas sans importance. D'abord, et surtout, il faut compter avec l'article 15 de la *Loi sur l'assurance-maladie* à l'effet que :

«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 est réputée résider au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie.»

Voilà qui compromet grandement les opportunités pour les individus d'avoir accès aux services des professionnels visés et, incidemment, pour ces derniers, celles de développer une pratique rentable sur la base d'une tarification privée.

Un autre écueil est celui du mécanisme par lequel le ministre de la Santé et des Services sociaux peut, lorsque l'accessibilité aux services assurés est compromise, contraindre un certain nombre de professionnels non participants à rendre des services couverts par le régime.¹⁷⁰ Il faut par ailleurs

167. *Ibid.*, art. 1 e), 26.

168. *Ibid.*, art. 1 e). Cette disposition est à l'effet que **tous** les patients d'un professionnel non participant doivent assumer seuls le paiement des honoraires. Voir également l'article 36 de la même Loi.

169. À noter par ailleurs que tous les résidents du Québec ont l'obligation de s'inscrire auprès de la R.A.M.Q., sous peine de sanctions pénales : *ibid.*, art. 9, 76.

170. *Ibid.*, art. 30-35.

comprendre que, même si ce pouvoir devait être utilisé, il n'aurait pas nécessairement pour effet d'enrayer toute forme de services rendus dans un cadre de non-participation puisque sa finalité est de rétablir l'équilibre permettant de garantir l'accessibilité pour tous aux services assurés. Il ne semble donc pas s'agir d'un pouvoir discrétionnaire visant à imposer le financement public à tous les professionnels et à tous les patients.

Le régime d'assurance-hospitalisation, pour sa part, prévoit la gratuité d'un grand nombre de services requis à l'occasion d'une hospitalisation, qu'il s'agisse des soins infirmiers et de ceux donnés par d'autres intervenants, de l'hébergement en salle, des repas, etc.¹⁷¹ Le régime prévoit également la gratuité d'un bon nombre de services externes.¹⁷² Comme dans le cas de l'assurance-maladie, les critères d'universalité et de transférabilité sont respectés en ce que le régime offre une protection pour tous les résidents québécois, qu'ils soient à l'intérieur ou à l'extérieur des frontières de la province,¹⁷³ et pour les citoyens des autres provinces séjournant au Québec.¹⁷⁴

Les services visés sont ceux rendus par tous les centres hospitaliers, publics¹⁷⁵ ou privés.¹⁷⁶ Dans le cas de ces derniers cependant, les services externes et ceux de radiothérapie et de physiothérapie ne sont pas couverts .

Le régime d'assurance-hospitalisation ne prévoit pas pour les centres hospitaliers l'équivalent d'un cadre de non-participation, comme celui existant

171. L.A.H, *supra* note 122, art. 1 c), 2; Voir également l'article 3 a) du *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-hospitalisation*, R.R.Q., c. A-28, r. 1 [ci-après «R.A.L.A.-H.»].
172. R.A.L.A.-H., *ibid.*, art. 3 b).
173. *Ibid.*, art. 14 et 15
174. *Ibid.*, art. 1 m).
175. *Ibid.*, art. 1 b).
176. *Ibid.*, art. 19.

pour les professionnels dans le cas de l'assurance-maladie. Conséquemment, l'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* est à l'effet que :

«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 dans l'article 2.»

Il ne s'agit donc pas ici d'une interdiction comme celle qu'on retrouve en matière d'assurance-maladie, laquelle ne vise que les contrats d'assurance. Ici, l'interdiction formulée n'a pas seulement un effet «dissuasif». Il s'agit d'une prohibition absolue dont la contravention peut entraîner des sanctions pénales, pour l'une et l'autre des parties à un contrat visé.¹⁷⁷ En somme, il appert que l'État a opté pour l'imposition du financement public pour tous les services hospitaliers qu'il a identifiés.

Au terme de cette revue du cadre juridique canadien et québécois, il importe de distinguer les deux types d'entraves au développement de services parallèles qu'il prévoit.

Le premier type serait celui des interdictions formelles, soit celles pouvant être identifiées au terme d'une interprétation possible des conditions de la *Loi canadienne sur la santé*, ainsi que celles issues des régimes québécois d'assurance-maladie et d'assurance-hospitalisation en ce qui concerne la

177. L.A.-H., *supra* note 122, art. 15.

possibilité d'obtenir des services par le biais d'une source de financement autre que celles qu'ils prévoient. Une sous-distinction pourrait être effectuée entre les deux formes d'interdictions observées. D'une part, les interdictions absolues comme celle pouvant résulter d'une interprétation possible de la Loi canadienne et celle du régime d'assurance-hospitalisation. D'autre part, une interdiction ayant un effet dissuasif, comme celle prévue au terme du régime d'assurance-maladie, laquelle permet d'obtenir des services auprès d'un médecin non participant mais sans qu'il soit par ailleurs possible de bénéficier d'une couverture d'assurance privée à l'égard des frais impartis.

Le deuxième type d'obstacles est celui qui découle des pouvoirs discrétionnaires attribués à des autorités publiques. On pense ici au pouvoir relatif à la délivrance de permis d'établissements et à celui permettant de «conscire» des médecins non participants en vue d'assujettir leur pratique aux modalités de financement prévues par le régime d'assurance-maladie. Ici, c'est le critère qui préside à la prise de décision qui permet d'effectuer une sous-distinction. Dans le premier cas, se trouve un critère d'intérêt public qui, tel qu'appliqué, semble donner prise à ce qu'une position de principe contre le développement de services parallèles ait préséance. Dans le deuxième, le critère posé est plus précis et relève clairement d'une préoccupation de sauvegarde de la capacité du système public de répondre aux besoins de la population.

Cet exercice de classification trouvera son utilité dans le cadre des étapes ultérieures de la démarche proposée, notamment la prochaine qui consiste à soumettre les obstacles à une analyse sous l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.¹⁷⁸ Le choix de cet article n'est pas anodin. De fait, c'est celui qui, en l'espèce, apparaît le plus pertinent pour apprécier l'impact des entraves visant les services parallèles sur les citoyens. Il constitue également un terrain fertile pour envisager les perspectives de coexistence des valeurs collectives et des préoccupations individuelles dont il a été question précédemment.

178. Charte canadienne, *supra* note 14.

2. Les obstacles au développement de services parallèles et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

2.1 La protection offerte aux individus par les droits édictés à l'article 7 de la Charte

S'il ne fait aucun doute que les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité comptent parmi les plus importants de la Charte canadienne,¹⁷⁹ leur portée n'est évidemment pas large à ce point que toute limite imposée aux actions individuelles doive être perçue comme constituant une atteinte. Le constat qu'une telle limite existe n'amènera pas toujours les tribunaux à conclure à une atteinte, à en vérifier la conformité avec les principes de justice fondamentale et, ultimement, à exiger du législateur qu'il montre «patte blanche» en se justifiant sous l'article 1. Il se trouve en effet que la protection offerte par ces droits n'est pas absolue. Le législateur possède donc une certaine marge de manoeuvre dans le cadre de la première étape d'analyse de l'article 7, laquelle, selon la méthode développée dans les affaires *Singh*¹⁸⁰ et *Motor Vehicle Act*,¹⁸¹ exige que l'on détermine s'il y a atteinte ou non à l'un des droits énoncés.

C'est ainsi que pour apprécier la marge de manoeuvre dont l'État peut se prévaloir en matière de santé, il importe d'abord de circonscrire l'étendue de la protection offerte au terme des droits à la vie, à liberté et à la sécurité. Cela étant fait, il s'agira ensuite d'identifier, de manière assez précise, les effets des obstacles au développement de services parallèles qui pourraient constituer une atteinte aux droits énoncés à l'article 7.

179. *Ibid.*

180. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 [ci-après «Singh»].

181. *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 [ci-après «Motor Vehicle Act»].

2.1.1 Quelques considérations préliminaires concernant la protection offerte

Les droits énoncés à l'article 7 ne semblent pas, pour l'heure, pouvoir être présentés comme emportant une obligation pour l'État d'assurer lui-même l'accessibilité aux services de santé. Toutefois, une fois que l'État a décidé d'exercer de telles responsabilités, notamment par la mise sur pied d'un système public, il doit le faire de manière à ce que, tant au niveau des objectifs qu'il poursuit que des effets de ces interventions, les droits constitutionnels dont peuvent se prévaloir les citoyens soient respectés. Ce n'est qu'à l'égard des prestataires qu'il peut user de moins de précaution puisque la protection offerte par l'article 7 à l'égard de leurs activités est plutôt limitée.

2.1.1.1 Un État libre de définir lui-même l'étendue de ses responsabilités sociales

Une analyse portant sur les garanties offertes par l'article 7 en ce qui concerne l'accès aux services de santé dans un contexte de diminution des ressources, conduit inévitablement à se poser la question suivante : y-a-t-il une obligation faite à l'État d'assurer la disponibilité des services nécessaires à la préservation de la vie et de la sécurité des individus? Il s'agit là, en fait, de déterminer si l'article 7 énonce des droits positifs ou négatifs.¹⁸²

La réponse à cette question s'avère importante pour les fins de l'analyse en cours. En effet, si une interprétation favorable à la portée positive devait prévaloir, elle pourrait reléguer au second plan le débat sur la pertinence des limites au développement de services parallèles. Les préoccupations visant un accès satisfaisant aux services de santé pourraient alors être canalisées vers des contestations judiciaires des mesures de désengagement de l'État plutôt que vers une remise en question du cadre monopolistique du système. Dans une perspective de réclamation individuelle, les personnes dont les besoins en matière de services sont actuellement laissés sans réponse au terme de l'offre du

182. C'est en ces termes que la question est posée par P. Garant, «Droits fondamentaux et justice fondamentale (article 7)» dans G. A. Beaudoin et E. P. Mendes (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 383 aux pp. 423-424.

système public, pourraient, en quelque sorte, faire valoir une forme de créance auprès de l'État pour obtenir ce qui leur paraît essentiel et raisonnable plutôt que de revendiquer l'accès aux services parallèles.

Pour l'heure, il semble qu'il y ait deux courants d'interprétation qui s'affrontent quant à la portée positive ou négative des droits énoncés à l'article 7.

Le premier, qui semble prédominer¹⁸³ en privilégiant la portée négative, prend en compte une règle énoncée par la Cour suprême dans l'affaire *Morgentaler*.¹⁸⁴ Dans cette affaire, la portée du droit à la sécurité a semblé être restreinte aux seuls cas impliquant des interventions étatiques constituant des atteintes et non pas aux «omissions» étatiques face à une menace provenant d'un élément extérieur, comme la grossesse ou, peut-on l'envisager, la maladie.¹⁸⁵

La décision rendue dans l'affaire *Irwin Toy*¹⁸⁶ est également considérée du fait que la Cour suprême y a posé la règle générale voulant que l'article 7 ne confère pas une protection à caractère économique aux individus.¹⁸⁷ Cette précision est mise de l'avant parce qu'une éventuelle obligation pour l'État d'assurer l'accessibilité des services, en assumant lui-même la prestation des

183. Voir les analyses effectuées par les observateurs suivants : «G.T.S.S.A.B.C.», *supra* note 42 aux pp. 21-28; B. F. Windwick, «Health-Care and Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», (1994) 3 :1 *Health L. Rev.* 20 aux pp. 20-21.

184. Voir les propos du juge Beetz dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 à la p. 90 [ci-après «Morgentaler»]. En lien avec ces propos, voir ceux qu'avaient tenus le juge Dickson dans l'affaire *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 156 : «[La Charte] vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre [des] droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir.»

185. C'est précisément cet argument, qui découle d'une interprétation de l'article 7 sous l'angle des «libertés» plutôt que sous l'angle des «droits», qui amène le G.T.S.S.A.B.C. (*supra* note 42 à la p. 28) à conclure qu'«il n'existe pas un droit aux soins de santé que garantirait la *Charte canadienne des droits et libertés*».

186. *Irwin Toy Ltd c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927 [ci-après «Irwin Toy»].

187. Cette exclusion a été reprise par le juge Lamer dans une opinion formulée dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 aux pp. 1162-1180. Elle avait également été énoncée de manière très claire par le juge McLachlin, alors qu'elle siégeait à la Cour d'appel de l'Alberta, dans l'affaire *Whitbread c. Walley*, (1988) 51 D.L.R. (4th) 509 (C.A.C.-B.). Voir ce qu'en dit Windwick, *supra* note 183 à la p. 21.

services ou en instaurant des modalités de financement permettant aux individus de se les procurer, est surtout envisagée sous l'angle économique.¹⁸⁸ Il semble ainsi qu'une revendication visant à ce que l'État assume «gratuitement» la prestation de services, donc sans obligations financières immédiates pour les consommateurs, ou d'exiger qu'il mette sur pied un régime public d'assurance pour en couvrir les frais, constitue une revendication à caractère économique. Dès lors, l'absence d'une protection à ce chapitre, aux termes des droits en cause, est perçue comme signifiant une absence d'obligation étatique en matière de financement des services requis par les individus.

En vertu de ce courant d'interprétation négatif, il semble qu'il n'y aurait qu'une possibilité de contestation fondée sur l'article 7 face à des décisions gouvernementales ayant pour effet de réduire l'offre du système public.¹⁸⁹ Cette possibilité semble reposer sur le raisonnement suivant : l'État n'a pas l'obligation de rendre accessibles les services de santé mais, s'il le fait, il doit s'assurer de respecter certaines exigences procédurales quant à l'application des règles qui gouvernent leur accès.¹⁹⁰

Voilà qui fait en sorte que, s'il était établi qu'une décision d'allocation des ressources avait pour effet de porter atteinte à l'un des droits énoncés, la procédure ayant conduit à cette décision pourrait être contestée dans la mesure où les règles d'équité procédurale auxquelles renvoient les principes de justice fondamentale n'avaient pas été respectées.¹⁹¹ Si alors l'atteinte était jugée non conforme aux principes de justice fondamentale, l'État aurait évidemment la

188. C'est à cette conclusion qu'en arrive Windwick, *ibid.* aux pp. 22-23. L'auteur réfère notamment à une analyse judiciaire de l'article 7 mettant en cause une question relative à la prestation de services de santé : *Ontario Nursing Homes Association c. Ontario*, (1990) 72 D.L.R. (4th) 166 (C.S. Ont.). Voir également les analyses judiciaires privilégiant la portée négative de l'article 7 dans des affaires concernant des questions de sécurité sociale : *Gosselin c. Québec (procureur général)*, (1992) R.J.Q. 1647 (C.S.) [ci-après «Gosselin»]; *Elliot c. Director of Social Services*, (1982) 17 Man. R. (2d) 350; *Manitoba Society of Seniors Inc. c. Greater Winnipeg Gas.*, (1982) 18 Man. R. (2d) 440 (C.A.Man.).

189. Voir ce que soumet le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 48-63.

190. Ainsi, la conclusion du G.T.S.S.A.B.C. (*ibid.* à la p. 63) est la suivante : «Si la Charte ne garantit pas un droit aux soins de santé, elle impose la protection procédurale qui préside à la distribution équitable des services de santé.»

191. Voir les développements sur les exigences d'équité procédurale à l'égard des décisions de «politique publique», voir ci-dessous partie 2.2.1.

possibilité de se justifier sous l'article premier de la Charte, en établissant notamment qu'il a fait un effort sérieux pour porter atteinte le moins possible aux droits des individus visés.¹⁹² Cela revient à dire qu'en autant que les gouvernements procèdent adéquatement aux consultations requises lorsqu'il est question de sabrer dans ce qu'on appelle le «panier de services», et en autant qu'ils définissent avec soins les coupes à effectuer de manière à épargner les plus défavorisés, ils pourront effectivement se défaire de leurs responsabilités en matière de santé. Ainsi, si élevées soient-elles, ces exigences n'ont pour effet que d'imposer une procédure équitable et rigoureuse à l'égard des mesures de désengagement de l'État en matière de santé. Elles n'interdisent donc pas un tel désengagement.

L'autre courant d'interprétation, favorable à la portée positive, soit à une véritable obligation étatique d'assurer l'accessibilité aux services de santé, a déjà suscité l'adhésion de plusieurs observateurs.¹⁹³ Ceux-là peuvent profiter d'une porte laissée ouverte, notamment dans l'affaire *Irwin Toy*,¹⁹⁴ pour que certains droits économiques essentiels à la sauvegarde de la vie et de la sécurité puissent bénéficier d'une protection sous l'article 7.¹⁹⁵

192. Pour des développements plus précis sur le critère d'atteinte minimale : voir ci-dessous partie 3.3.

193. Voir notamment la position de la Commission de réforme du droit du Canada, *Le traitement médical et le droit criminel*, document de travail no 26, Ottawa, Commission de réforme du Canada, 1980 aux pp. 6-7. La Commission est d'avis que «le droit à la sécurité de la personne signifie non seulement la protection de l'intégrité physique, mais encore le droit aux choses nécessaires à la vie...». Le juge Wilson avait référé à cette position, en évitant par ailleurs de se prononcer clairement sur son bien-fondé, dans l'affaire *Singh*, *supra* note 180 à la p. 207. Voir également M. JACKMAN, «The Right to Participate in Health Care and Health Resource Allocation Decision under Section 7 of the Canadian Charter», (1995) 4 :2 *Health L. Rev.* 3 [ci-après «Right to Participate»].

194. *Irwin Toy Ltd*, *supra* note 186 à la p. 1003. Voir également l'affaire *Singh*, *ibid.*

195. En ce sens, voir les affaires suivantes : *Collard c. Québec (Procureur général)* (26 septembre 1990), Québec 200-05-001140-909, J.E. 90-1646 (C.S.); *Wilson c. Medical Services Commission of British Columbia*, (1988) 53 D.L.R. (4th) 171 (C.A.C.-B.) [ci-après «Wilson»]. Voir également ce qu'en dit Jackman dans les articles suivants : «Right to Participate», *supra* note 193 aux pp. 3-5; «Regulation of Private Health Care», *supra* note 89 aux pp. 56-58. Enfin, voir l'analyse de J. D. Whyte, «Fundamental Justice», (1983) 13 *Man. L.J.* 455 à la p. 477.

Aussi, pour soutenir l'interprétation positive, il est proposé de considérer le contexte prévalant au moment de l'adoption de la Charte et son évolution. Ce contexte a été fortement marqué par la présence d'un système public de santé reposant en grande partie sur le principe de l'accessibilité, de même que l'adhésion du Canada à des instruments internationaux de protection des droits à caractère socio-économiques.¹⁹⁶ Au nombre de ces instruments, on compte la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*¹⁹⁷ dont l'article 25 consacre le droit des personnes aux soins médicaux et à la sécurité en cas de maladie et d'invalidité. Il y a également le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*,¹⁹⁸ dont l'article 12 d) est à l'effet que les États signataires s'engagent à créer «des conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie».

Dans ce débat sur la portée des droits individuels, on retrouve les émanations des deux conceptions traditionnelles et diamétralement opposées de ce que doit être le rôle de l'État : l'une restrictive, peut-être inspirée par certains courants de pensée qui prévalent chez nos voisins américains; l'autre plus interventionniste, associable aux positions de certains milieux intellectuels, syndicaux et politiques canadiens favorables à «l'État-providence».

En prenant bien soin d'éviter d'appuyer l'une ou l'autre de ces vues quasi séculaires, ce qui n'est évidemment pas l'objet de la présente démarche, qu'il nous soit tout de même permis de suggérer qu'il est possible de soutenir la portée positive des droits à la vie et à la sécurité tout en évitant d'imposer à l'État le rôle de «pourvoyeur providentiel» et tout en n'assoyant pas les revendications qui pourraient en découler sur des considérations économiques.

196. «Right to Participate», *ibid.* note 193 à la p. 3 : l'auteur s'appuie sur les propos du juge Dickson dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd* (*infra* note 207 à la p. 344) selon lesquels la Charte «doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés». Voir également comment on réfère aux instruments internationaux auxquels a adhéré le Canada, dans G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 21-28.

197. Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948).

198. (1976) 943 R.T.N.U. 13. Le Canada y a adhéré en 1976 : [1976] R.T. Can. no 46. Cette même année, le Québec y a adhéré par voie de ratification : R.E.I.Q. 1976 (3).

Ainsi, le fait de reconnaître que l'État doit veiller à ce que les services de santé soient accessibles aux citoyens ne conduit pas nécessairement à dire que les modalités de ces services doivent répondre, en tout et pour tout, à des conditions aussi généreuses que, par exemple, celles actuellement prévues par la *Loi canadienne sur la santé*. Il est en effet possible de distinguer, d'une part, une éventuelle obligation étatique de protéger activement la sécurité des individus et, d'autre part, la marge de manoeuvre devant être laissée aux élus quant à la définition des moyens à prendre, et pouvant l'être compte tenu du contexte politique et économique, pour y arriver.¹⁹⁹ On peut, en effet, concevoir qu'un droit positif à l'accessibilité qui découlerait du droit à la vie ou à la sécurité ne signifierait pas nécessairement «gratuité», et que des organisations prestataires ne relevant pas de l'État puissent assurer la prestation des services.

Cette façon d'aborder la question est proche de celle qui transparaît à la lecture de l'article 45 de la Charte québécoise,²⁰⁰ lequel prévoit que «toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent». Bien qu'ici, la source créatrice de l'obligation faite à l'État demeure les divers textes législatifs instaurant les programmes sociaux,²⁰¹ on y voit tout de même poindre la distinction entre le droit positif à la protection et la discrétion laissée à l'État dans la définition des modalités de ses politiques sociales.

Une telle conception positive des droits en cause serait ainsi satisfaite d'une mesure étatique semblable à celle qu'a récemment prise le Québec en mettant sur pied un régime universel d'assurance-médicaments.²⁰² Il pourrait en effet être soutenu qu'en prévoyant des mesures destinées à assurer à tous les citoyens «un accès raisonnable et équitable aux médicaments requis par l'état de santé des personnes»,²⁰³ l'État s'est acquitté de ses obligations en regard des

199. C'est notamment ce que suggère S. Philips-Nootens, «Le droit aux services de santé au Québec : Mutation ou désincarnation?, Quelques réflexions en forme de points d'interrogation», *L'Agora*, avril-mai 1994.

200. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

201. *Lévesque c. P.G. Québec*, [1988] R.J.Q. 223; *Gosselin*, *supra* note 188.

202. Voir la description de ce régime, *supra* note 161.

203. L.A.-Med., *supra* note 161, art. 2.

droits à la vie et à la sécurité, même si, au bout du compte, ce sont presque exclusivement les individus qui assument les responsabilités de financement qui découlent du régime.²⁰⁴

Cela étant proposé, il nous faut prendre acte du fait que la conception qui semble prévaloir pour l'instant est défavorable à la portée positive des droits énoncés à l'article 7. Ce constat confirme ainsi la pertinence de l'analyse en cours puisque la solution juridique aux lacunes, observables ou appréhendées, du système public ne réside pas dans un exercice visant à faire valoir les obligations constitutionnelles positives de l'État, mais bien dans une démarche questionnant la conformité des mesures qu'il a instituées en vue de limiter l'offre de services disponible à celle du système public.

2.1.1.2 Au-delà des dogmes, la prise en considération des lacunes du système public

Vues au travers du prisme de la rhétorique juridico-politique du système public, il ne vient pas spontanément à l'esprit que les entraves au développement des services parallèles puissent porter atteinte à l'un des droits prévus à l'article 7. Ces entraves sont effectivement toutes issues de textes législatifs poursuivant le noble objectif de favoriser l'accès aux services de santé pour toute la population et ce, sur la base de modalités fort généreuses.

Ainsi, comme l'a déjà fait valoir une commentatrice :

«[...] in light of the accessibility and comprehensiveness of the current public system, it is unlikely that a right to health care would be read so expansively as to entitle an individual to demand unlimited freedom of access to services or to choice of providers, free from any restrictions. In other words, it is unlikely that section 7 could be successfully invoked to challenge existing provisions of the *Canada Health Act*, or to challenge further restrictions on access to private

204. Le nouveau régime devrait même constituer une source d'épargne pour le gouvernement, en comparaison du coût des mesures partielles qui existaient auparavant. Voir ce que rapporte Gilles NORMAND, «Si l'assurance-médicaments est reportée, 200 millions seront récupérés ailleurs», *La Presse [de Montréal]* (6 juin 1996).

health care services, on the grounds that such restrictions amount to a deprivation of the right to health care.»²⁰⁵

Ainsi donc, puisque les citoyens bénéficient des «largesses» d'un État qui a créé et maintenu un système public qui se veut complet et universellement accessible, il faudrait dès lors accepter que ces citoyens ne peuvent exiger d'avoir accès à «autre chose» sous l'article 7. Voilà qui reflète bien, peut-on le penser, la conception qui prévaut dans certains milieux à l'effet que le système public canadien et québécois constitue une sorte de «vache sacrée» à laquelle on ne peut en aucun cas s'attaquer. Il s'avère en effet que pour plusieurs, ce système est beaucoup plus qu'un simple programme étatique comme il en existe bien d'autres dans plusieurs secteurs d'activités où les gouvernements ont cru utile d'intervenir. C'est notamment ce que le Forum national sur la santé a pu observer puisque les participants à ses travaux établissaient un lien très clair entre le système de santé, la «fierté nationale et l'identité canadienne».²⁰⁶

Faut-il donc, de manière préliminaire, écarter toute possibilité de contestation des impacts qu'ont les entraves au développement de services parallèles sur les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité? La réponse à cette question exige que soit considérée la méthode d'analyse devant être suivie lors d'un examen portant sur les droits prévus par la Charte. Ainsi, il s'avère utile de référer aux propos du juge Dickson, dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd*²⁰⁷ :

«[...] le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère.

[...] Donc, si de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide.»²⁰⁸

205. «Regulation of Private Health Care», *supra* 89 à la p.57.
206. «Rapport sur les valeurs», *supra* note 44 aux pp. 10-12.
207. *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 [ci-après «Big M»].
208. *Ibid.* à la p 334.

Voilà qui suggère que, pour les fins de la présente analyse, il faut aller au-delà de la rhétorique dans laquelle s'inscrivent les entraves. Il faut éviter de se laisser aveugler par le caractère préalablement généreux des assises juridiques du système public et par le symbole politique, voire patriotique, qu'il représente. Il faut, en somme, en arriver à prendre en compte la réalité, soit celle des effets d'un système public potentiellement déficient, que ce soit en raison d'un manque de ressources pour répondre à des besoins accrus ou d'une mauvaise gestion des ressources existantes.²⁰⁹

Bien sûr, la démarche ne doit pas reposer sur une prémisse voulant que le système public devrait répondre parfaitement, en tout temps et en tout lieu, à la multitude de besoins et d'attentes que peuvent entretenir les citoyens à son endroit. On ne peut certes s'attendre à ce qu'un programme public, ou même privé du reste, ne comporte aucune faille. Nul n'étant tenu à la perfection, y compris l'État, il nous faut donc uniquement considérer les effets attribuables aux lacunes du système public qui entrent véritablement dans le champ de la protection des droits édictés à l'article 7. Pour le reste, si une quelconque atteinte est effectivement relevée et qu'elle s'avérait, dans une seconde étape d'analyse, non conforme aux principes de justice fondamentale, l'État aurait ultérieurement la latitude nécessaire pour se justifier sous l'article premier, en faisant valoir notamment les contraintes, fort nombreuses à n'en pas douter, avec lesquelles il doit composer dans la mise en oeuvre de ses programmes publics.

Tels qu'antérieurement décrits,²¹⁰ les effets attribuables aux situations où la capacité de réponse du système public n'est pas suffisante peuvent être très sérieux. C'est du moins le cas si l'on considère que les individus peuvent alors se voir carrément privés des services qu'ils requièrent ou, encore, privés d'une capacité de choix, puisqu'ils ne peuvent, dans l'état actuel des choses, accéder à une offre de services parallèles.

209. Sur les causes des ratés du système : *infra*, partie 3.2.

210. Voir ci-dessus partie 1.1.1.

2.1.1.3 L'inapplicabilité des droits aux prestataires

Même avec une préoccupation axée sur l'accès aux services parallèles pour les individus qui ne trouvent pas une réponse adéquate à leurs besoins auprès du système public, il est pertinent de s'interroger sur l'impact qu'ont les obstacles déjà identifiés sur les droits des prestataires. Ainsi, l'accès aux services parallèles présuppose évidemment que de tels services existent et, conséquemment, que des prestataires sont autorisés à les rendre disponibles. La démarche sous l'article 7 peut ainsi consister à déterminer en quoi les obstacles en cause portent atteinte aux droits des prestataires.

Certains pourraient concevoir que la liberté de ces prestataires est compromise du fait qu'ils peuvent se voir empêchés d'entreprendre certaines activités en marge du système public ou, à tout le moins, ne peuvent le faire dans un contexte favorable. Il pourrait également être soutenu que les contraintes relatives à ces activités constituent une menace à la sécurité économique de ceux qui souhaiteraient s'y adonner pour «gagner leur vie».

Selon toute vraisemblance, de telles allégations ne sont pas susceptibles d'être reçues favorablement par les tribunaux.²¹¹

D'abord, elles se heurteraient à l'écueil de l'inapplicabilité des droits protégés par l'article 7 aux personnes morales, conformément à la position adoptée par la Cour suprême dans l'affaire *Irwin Toy*.²¹² Il ne s'agit là en fait que d'un écueil pour d'éventuels «promoteurs» déjà constitués en personnes morales et qui souhaiteraient étendre leurs activités au secteur de la santé. On peut envisager que l'intérêt de tels promoteurs porterait surtout sur les activités de

211. Voir ce qu'en disent les observateurs suivants : G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 97; «Regulation of Health Care», *supra* note 89 à la p. 57.

212. *Irwin Toy*, *supra* note 186 aux pp. 1002-1004. Voir ce qu'en dit «Regulation of Health Care», *supra* note 89 aux pp. 57-58. Voir également la critique de cette position de la Cour suprême que font Brun et Tremblay, *supra* note 61 à la p. 912. Les auteurs soulignent notamment qu'elle s'accorde mal avec l'interprétation d'autres droits de la Charte, comme celle qui a été réservée au droit à la liberté d'expression et de religion dans les affaires suivantes : *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Big M*, *supra* note 207.

prestation de services de type institutionnel, tels les services hospitaliers et les services d'hébergement et de soins de longue durée.

Resterait alors le cas des prestataires individuels, à l'égard desquels se pose la question particulière du développement parallèle de services «professionnels», tels notamment les services médicaux en pratique privée. Dans leur cas, il faudrait compter avec l'interprétation voulant que les droits énoncés ne visent pas des aspects purement économiques.²¹³ Des examens judiciaires ont en effet déjà révélé que le droit de réaliser des activités commerciales et, plus précisément, celui de «gagner sa vie», n'est pas protégé par l'article 7.²¹⁴

Voilà donc qui semble clair : Il n'est pas possible de soutenir que des individus peuvent revendiquer le droit d'offrir des services en marge du système public et qu'incidemment, l'accès à ces services ne doit pas être prohibé. À partir de là, il nous faut donc circonscrire l'analyse aux effets du statut monopolistique d'un système public détérioré sur les consommateurs de services.

2.1.2 Les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité

Les droits énoncés à l'article 7 assurent une protection contre les mesures faisant obstacle à l'accès aux services de santé requis par l'état de santé des individus. Ils garantissent également aux individus le choix d'accès aux services et peut-être même, dans le cas qui nous intéresse, le choix des modalités par

213. *Ibid.*; voir également les affaires suivantes : *R. c. Miles of Music*, L.W. 5.5.89 (C.A. Ont.); *Archambault c. Comité de discipline du Barreau du Québec*, (1989) R.J.Q. 688 (C.S.); *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, (1987) 30 D.L.R. (4th) 700 (C.S.C-B.); *Re Beltz and Law Society of B.C.*, (1987) 31 D.L.R. (4th) 686 (C.S.C-B.).

214. Peut-être est-il seulement possible d'envisager que les droits en question impliquent que les individus peuvent choisir une profession et son lieu d'exercice, selon ce qui ressort des décisions rendues dans les affaires suivantes : *Wilson*, *supra* note 195; *Mia c. Medical Services Commission of British Columbia*, (1985) D.L.R. (4th) 385 (C.A.C.-B.); *Howard c. Architectural Institute of British Columbia*, (1990) 47 C.R.R. 328 (C.S.C.-B.). Toutefois, il importe de considérer l'opinion du juge Lamer formulée dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, *supra* note 187 à la p. 1179 : «les droits visés par l'art. 7 ne s'étendent pas au droit d'exercer la profession de [son] choix».

lesquelles ils peuvent être obtenus. Cette protection, on peut l'envisager à l'égard des effets réellement subis mais aussi à l'égard de la perspective d'une privation d'accès ou de choix qui aurait pour effet de compromettre la sécurité psychologique des individus.

2.1.2.1 La privation d'accès aux services et le droit à la vie et à la sécurité

D'emblée, on conçoit que le droit constitutionnel à la vie et à sécurité de la personne implique qu'un individu ne doit pas être privé par l'État des possibilités d'accès aux services que son état de santé peut requérir.²¹⁵

Dans un premier temps, il semble aller de soi que toute entrave ayant pour effet de prohiber l'accès à des services de santé sans lesquels le décès d'un individu peut survenir, constituerait une atteinte au droit à la vie.²¹⁶ Par ailleurs, il apparaît peu probable que le droit à la vie puisse être invoqué à l'égard des services «non urgents», soit lorsque la vie n'est pas menacée de façon imminente.²¹⁷ Dans ce cas, c'est vraisemblablement le droit à la sécurité qui serait d'application pertinente.

215. À noter ici que l'analyse de la possibilité de choix ne porte que sur les services requis par l'état de santé. Il ne s'agit donc pas d'envisager le cas des services «non médicalement nécessaires» dont l'exemple le plus courant est celui des chirurgies dites «esthétiques».

216. Pour une application du droit à la vie dans un contexte de soins, voir l'affaire *B. (R.) c. Children's Aid Society*, [1995] 1 R.C.S. 375. Voir également ce qu'en dit le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 51 [ci-après «Children's Aid Society»]. Jusqu'à maintenant, les analyse judiciaires les plus substantielles ont surtout porté sur questions relatives à la protection du fœtus : *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; [1989] R.J.Q. 1735 (C.A.); *Morgentaler*, *supra* note 184.

217. Voir ce qu'en dit Garant, *supra* note 182 à la p. 444. Une telle distinction entre les modalités d'accès aux soins requis en cas de danger imminent pour la vie et celles gouvernant les services non urgents semble d'ailleurs bien présente en droit québécois : Voir la terminologie différente utilisée dans la L.S.S.S.S., *supra* note 16 : à l'article 5, où il est question du droit général aux «services», et à l'article 7, où il est question du droit aux «soins» lorsque la vie ou l'intégrité est en danger. Voir également les commentaires de P. A. Molinari sous l'article 7 dans «Services de santé», *supra* note 140 à la p. 47. Enfin, voir les obligations spécifiques relatives aux soins d'urgence énoncées dans des lois et règlements qui n'ont pas pour but principal de régir les modalités d'accès aux services non urgents offerts par le système public : *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35, art. 43; *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., c. M-9, r.4, art. 2.03.47.

On peut alors se référer aux indications données par la Cour suprême du Canada à l'occasion de la célèbre affaire *Morgentaler*,²¹⁸ où elle avait à juger de la validité d'une disposition du *Code criminel*²¹⁹ qui avait pour effet de limiter l'accès aux services d'avortement. Le juge Beetz s'y était exprimé en ces termes :

«En règle générale, le droit constitutionnel à la sécurité de la personne doit inclure une forme de protection contre l'intervention de l'État lorsque la vie ou la santé d'une personne est en danger.

[...]

La "sécurité de la personne" doit inclure un droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une personne dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical en temps opportun et, d'autre part, un traitement médical inadéquat ou pas de traitement du tout, le droit à la sécurité de la personne est violé.»²²⁰

Aussi, la Cour suprême a spécifiquement reconnu, dans l'affaire *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*,²²¹ que le droit à l'intégrité prévu à l'article 1 de la Charte québécoise²²² implique qu'une personne ne doit pas être privée des soins requis par son état de santé. Cette notion d'intégrité, partie prenante du concept de sécurité que l'on retrouve

218. *Supra* note 184.

219. L.R.C. 1985, c. C-46, art. 287 (inopérant).

220. *Morgentaler*, *supra* note 184 à la p. 90. Les motifs du juge Dickson et Lamer (à la p. 50 et s.) et ceux du juge Wilson (à la p. 173 et s.) étaient concordants sur ce point.

221. [1996] 3 R.C.S. 211 aux pp. 251-253. Dans ce même sens, voir l'affaire *Samson c. Hôpital Laval* (6 juin 1991), Québec 200-05-001087-902, J.E. 91-1189 (C.S.).

222. *Supra* note 200.

à l'article 7,²²³ répugne donc à l'idée que quiconque, l'État au premier rang peut-on penser, puisse entraver l'accès aux soins de santé qu'une personne requiert.

Ces indications s'avèrent du plus haut degré d'importance afin d'envisager des situations où les insuffisances du système public sont mises en cause et impliquent qu'il est impossible d'accéder aux services dans le délai souhaitable, mettant ainsi en péril la sécurité d'un individu ou d'un groupe. Dans de tels cas, il est envisageable qu'une interdiction de développer des services parallèles auxquels des individus pourraient recourir, faute de pouvoir obtenir les soins nécessaires auprès du système public, puisse constituer une atteinte au droit à la sécurité.

Que l'on pense, par exemple, aux personnes subissant une longue attente pour une chirurgie et qui peuvent souvent avoir de bonnes raisons de croire que leur sécurité physique est compromise par les délais impartis. C'est du moins le cas à partir du moment où les délais en question excèdent celui préconisé par le médecin traitant ou, peut-être même, de manière un peu moins précise, celui à l'intérieur duquel une telle intervention devrait avoir lieu selon ce qui ressort des études et de la littérature scientifiques pertinentes.

À noter qu'au terme de l'interprétation négative prédominante du droit à la sécurité sous l'article 7, ce n'est pas dans le processus d'instauration de listes d'attente au sein du système public que réside l'atteinte, mais bien dans les prohibitions législatives en vertu desquelles ces personnes ne peuvent accéder, à leurs seuls frais, aux services chirurgicaux d'un centre hospitalier privé pouvant répondre à leurs besoins.

223. Voir l'analyse faite par le juge Nichols de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1994] R.J.Q. 2761 à la p. 2800. Il n'a pas opéré de distinction entre les notions de «sûreté» et d'«intégrité» prévues à l'article 1 et a signalé, après avoir référé aux propos du juge Wilson sur l'article 7 dans l'affaire *Morgentaler*, *supra* note 184 à la p. 166, qu'il ne «voyait aucune différence entre les deux Chartes» à ce chapitre.

2.1.2.2 La privation de choix des services et le droit à la liberté et à la sécurité

La portée du droit à la sécurité et à la liberté recouvre-t-elle des situations qui résultent non pas uniquement d'une insuffisance de services ou de délais d'accès préjudiciables dans le système public, mais aussi d'une standardisation de l'offre qui serait incontournable compte tenu de l'inexistence d'une offre parallèle? En somme, il s'agit de déterminer l'étendue des garanties offertes quant au choix que peuvent faire les individus à l'égard des services requis par leur état de santé.²²⁴

D'abord, il importe de considérer l'affaire *Rodriguez*,²²⁵ où les juges majoritaires ont interprété le droit à la sécurité comme suit :

«La notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui a trait au droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle de son intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale.»²²⁶

Quant au droit à la liberté, il faut souligner que c'est au terme de sérieuses hésitations jurisprudentielles²²⁷ que la Cour suprême en est venue à privilégier la conception voulant qu'il offre une protection large, débordant les

224. Voir *supra* note 215.

225. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 [ci-après «Rodriguez»].

226. *Ibid.* à la p. 588. Voir également ce qu'a soumis le juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler*, *supra* note 184 aux pp. 173-174. Il semble que cette façon de concevoir le droit à la sécurité comme posant les jalons du droit de choisir est conforme à l'interprétation réservée aux droits «homologues» de la Charte québécoise, à savoir les droits à la sûreté et à l'intégrité énoncés à l'article 1 : voir l'affaire *Lamontagne c. Corp. professionnelle des médecins du Québec* (28 mars 1995), Montréal 500-36-000042-948, J.E. 95-1015 (C.S.), en appel. La notion d'autodétermination de la personne a ainsi été intimement liée à ces droits : *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion*, [1983] C.S. 438. Voir aussi ce qu'en disent Brun et Tremblay, *supra* note 61 à la p. 930.

227. Voir l'interprétation restrictive du juge Lamer dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, *supra* note 187 aux pp. 1161-1180.

seuls aspects physiques de la personne.²²⁸ Dans cette perspective, les jalons les plus significatifs semblent avoir été initialement posés par le juge Wilson, dans les affaires *Jones*²²⁹ et *Morgentaler*.²³⁰ Dans ce dernier arrêt, elle avait tenu les propos suivants :

«[...] Un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la Charte est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans interventions de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté [...] À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie fondamentale pour sa personne.

[...]

La liberté dans une société libre et démocratique n'oblige pas l'État à approuver les décisions personnelles de ses citoyens; elle oblige cependant l'État à les respecter.»²³¹

Cette position, adoptée par bon nombre de tribunaux inférieurs,²³² a été consolidée par la Cour suprême dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society*²³³ où le juge La Forest a écrit pour le compte de la majorité que :

«[...] la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne. Dans l'arrêt [*Morgentaler*], le juge Wilson a signalé que le droit à la liberté prenait racine dans les concepts fondamentaux de la

228. Voir les premières indications en ce sens données par la Cour suprême dans l'affaire *Singh*, *supra* note 180 à la p. 205.

229. *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284 aux pp. 318-319.

230. *Morgentaler*, *supra* note 184.

231. *Ibid.* aux pp. 166-167. À noter qu'il s'agissait de la seule opinion fondée sur le droit à la liberté dans cette affaire.

232. Voir notamment *Wilson*, *supra* note 195; *R. c. Robson*, (1985) 11 D.L.R. (4th) 727 (C.S. C.-B.).

233. *Supra* note 216.

dignité humaine, de l'autonomie personnelle, de la vie privée et du choix des décisions concernant l'être fondamental de l'individu [...]»²³⁴

On peut donc concevoir, sur la base de cette interprétation du droit à la sécurité et à la liberté, que les individus doivent au moins pouvoir choisir de recourir ou non à des services de santé lorsque leur état de santé le requiert.²³⁵ Dans cette perspective limitée de «choix d'accès», on doit procéder, en quelque sorte, par raisonnement binaire. Ou bien il est possible de faire un choix entre le recours ou non à un service requis pour répondre à un besoin donné, ou bien ce ne l'est pas, et alors, si la privation de choix accès résulte d'une entrave posée par l'État, il pourrait y avoir un constat d'atteinte.

Cela étant, est-ce que le constat d'une possibilité de choix peut être fait seulement lorsqu'il n'existe aucune règle l'interdisant, ou l'assujettissant à des considérations extérieures à l'individu, ou faut-il qu'il y ait une capacité réelle d'accéder au service en temps voulu? La question se pose parce que, dans l'état actuel des choses, aucun obstacle n'existe quant au choix que peuvent faire les individus de réclamer l'accès à la gamme encore assez complète de services disponibles au sein du système public. C'est plutôt du côté de la capacité réelle d'accès que des problèmes peuvent se présenter, en raison notamment des longues listes d'attente établies pour certains services.

Voilà qui conduit à une analyse semblable à celle effectuée à l'égard de la privation d'accès résultant de l'incapacité du système à satisfaire, en temps opportun, à l'ensemble des besoins de la population. Ainsi, dans la mesure où, d'une part, les lacunes du système public ont pour effet de compromettre l'accessibilité à un service requis et, d'autre part, que ce service ne peut être rendu disponible en vertu d'une offre parallèle, non seulement peut-il y avoir privation d'accès mais également privation de choix d'accès. On peut en effet penser que, pour qu'il y ait véritablement une possibilité de choix, il devrait y

234. *Ibid.* à la p. 368. Voir également à la page 336 de ce jugement, l'opinion du juge Lamer qui s'en tient à l'interprétation restrictive.

235. Voir ce que souligne le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 53 : «L'interprétation du droit à la sécurité physique et l'interprétation faite par Mme le juge Wilson du droit à la liberté peuvent s'appliquer l'une et l'autre dans le contexte des soins de santé pour renforcer le libre choix du patient dans l'acceptation ou le refus de traitement».

avoir une véritable chance d'accès. Ce constat nous apparaît d'autant plus plausible que les tribunaux n'ont pas, nous semble-t-il, pour réputation d'être indifférent aux aspects concrets des questions qui leur sont soumises. Si l'on a jugé que, sous l'article 7, une privation de liberté doit être réelle et non pas hypothétique pour constituer une atteinte,²³⁶ il faudrait concevoir en contrepartie que le bénéficiaire de la liberté doit également être réel et non pas illusoire.

Cela nous conduit à établir qu'on ne pourrait systématiquement opposer à un individu qui revendiquerait l'accès aux services parallèles sur la base de son droit à la liberté de choix d'accès, qu'il peut dès maintenant se prévaloir de cette liberté puisqu'il a la possibilité de demander l'accès aux services publics. Il faudrait en plus, à notre avis, établir que le choix d'accès en question repose sur des chances raisonnables d'obtenir le service public en temps voulu.

Au-delà de la perspective de choix d'accès, on peut également aborder la question en termes de choix des «modalités»²³⁷ des services et chercher à savoir si le droit à la sécurité et à la liberté assure une protection à cet égard. Pour les fins qui nous occupent, il faut envisager les situations où les ressources du système public ne permettraient de répondre à un besoin que par des services ayant des modalités limitées, alors qu'il serait possible, si ce n'était des obstacles visant les services parallèles, qu'un prestataire privé puisse répondre à ce même besoin selon d'autres modalités.

À titre d'exemple, on peut ici penser aux situations vécues par les patients qui, à l'issue d'une chirurgie, sont desservis en mode ambulatoire, soit en recevant les services post-opératoires à domicile plutôt que, comme c'était le cas auparavant, en milieu hospitalier. Il est alors possible d'imaginer qu'un prestataire de services parallèles pourrait offrir une prise en charge traditionnelle en milieu hospitalier à un patient disposé à en assumer lui-même les coûts.

236. *Schnaibert c. M.V.A.*, (1992) 18 C.R. (4th) 244 (C.A.). Voir ce qu'en dit Garant, *supra* note 182 à la p. 449.

237. Pour les fins de l'analyse en cours, il est suffisant de définir l'expression «modalité» en référant à tout ce qui peut distinguer deux services dont la finalité est de répondre à un même besoin, de traiter une pathologie donnée, de soulager une douleur donnée, etc.

À l'égard de cette question, il nous faut considérer une proposition qui semble incontournable et qui a été formulée notamment par le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien.²³⁸ Celui-ci a souligné, après avoir analysé les motifs exposés par la Cour suprême dans l'affaire *Morgentaler*,²³⁹ que si «libre choix ne signifie pas le droit d'exiger n'importe quel traitement ou tous les traitements, on peut soutenir qu'il protège contre l'ingérence abusive de l'État dans l'accès aux traitements».²⁴⁰

Cette dernière remarque est faite en regard de situations éventuelles où l'État compromettrait l'accessibilité aux services habituellement offerts par le système public par des décisions d'allocation des ressources.²⁴¹ Ainsi, elle vise à établir qu'il ne serait pas possible de contester avec succès de telles décisions en invoquant simplement une diminution de la capacité de choix entre différentes formes de services ou de traitements, en somme, entre différentes modalités. Le Groupe de travail semble avoir considéré une limite inhérente au droit à la liberté. Cette limite se justifie sans doute par référence aux contraintes de la vie en société et aux intérêts communs des individus qui la composent. C'est en ces termes que le juge La Forest s'est exprimé dans l'affaire *B. (R.) c. Children's Aid Society*²⁴² :

«[...] la liberté n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte [...] La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas

238. G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42.

239. *Morgentaler*, *supra* note 184.

240. G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 53.

241. *Ibid.* aux pp. 48-51 : L'analyse effectuée par le Groupe de travail porte sur les possibilités «d'exécution forcée par l'usager» de certaines garanties que lui accorde la Charte face à d'éventuelles «décisions d'affectation de ressources médicales» au sein du système public. Elle porte en fait sur la seule possibilité de contestation envisageable fondée sur la Charte au terme de l'interprétation négative des droits énoncés à l'article 7 : *supra*, partie 2.1.1.1.

242. *Supra* note 216.

toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la
Charte.»²⁴³

Il est facile de comprendre en effet que le droit à la liberté, en lui-même, ne saurait autoriser toute forme de comportement individuel nuisible pour la collectivité. S'il en était autrement, il faudrait concevoir que toutes les règles de droit criminel qui interdisent une gamme assez large d'actions individuelles pourraient constituer une atteinte au droit à la liberté. Les limites du droit à la liberté doivent plutôt être comprises comme étant celles qui apparaissent lorsqu'on confronte l'intérêt d'un individu à agir comme il entend et celui de la collectivité d'éviter les conséquences indésirables de ces actions.

Alors, lorsqu'il est question de la gamme de services que doit offrir le système public pour répondre à un problème de santé donné, les notions d'intérêt commun et de contraintes peuvent sans doute être comprises sous l'angle de la nécessité de limiter les ressources à consacrer au système public de santé, et ce, vraisemblablement pour tenir compte du fait que la capacité de payer des contribuables est elle-même limitée. La société ne peut sans doute pas se donner collectivement, au sein du système public, tout l'éventail des services possibles et imaginables pour chaque problème de santé. Dans cette perspective, les «ingérences abusives» qui pourraient constituer des atteintes aux droits à la sécurité et à la liberté, semblent renvoyer aux seuls cas où le retrait d'un service rendrait impossible, pour certains individus économiquement défavorisés, le choix d'accès et non pas le choix des modalités.

Par ailleurs, l'analyse des effets qu'ont les entraves au développement de services parallèles sur les possibilités de choix des modalités ne peut être faite en fonction des mêmes considérations. Quelles pourraient donc être, en effet, les contraintes de société qui, spontanément, commandent d'interdire aux individus de pouvoir choisir les modalités des services de santé requis par leur état de santé, dans la mesure où ces mêmes individus sont disposés à assumer les coûts associés aux choix qu'ils font? À moins de faire intervenir immédiatement les arguments de justification qui doivent être pris en

243. *Ibid.* Des applications de cette réserve avaient pu être observées dans les affaires suivantes : *R. c. Operation Dismantle Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 441.; *R. c. Edwards Books and Art Limited*, [1986] 2 R.C.S. 713 aux pp. 785-786.

considération à l'étape de l'article 1,²⁴⁴ lesquels arguments ne nous apparaissent pas relever des exigences préalables à la «vie en société», il est difficile de trouver une réponse satisfaisante à cette question.

Il pourrait donc être indiqué, en l'espèce, de circonscrire l'analyse en fonction des seuls impératifs du droit à la sécurité et à la liberté et d'en venir à se poser la question suivante : est-ce que, pour un individu, la possibilité de choisir les modalités des services de santé relève de ce qui est d'importance fondamentale pour lui, ou encore, de ce qui participe au maintien de sa dignité ou de son autonomie quant aux questions qui touchent sa vie privée? Il nous apparaît que ce pourrait être le cas, du moins lorsque les différentes modalités parmi lesquelles un individu peut choisir comportent des différences appréciables en termes d'impacts sur son état de santé, sa qualité de vie et son bien-être. Aussi, dans la mesure où il n'y a pas de contraintes de société ou d'intérêts communs qui peuvent, d'emblée, exiger qu'on interdise à un individu de choisir les modalités des services que son état de santé requiert, s'il est disposé à assumer lui-même le coût de ce choix, on peut en venir à soutenir la proposition suivante : s'il est possible qu'un service ayant des modalités qui sont d'une importance significative pour un individu puisse être rendu disponible au sein d'une offre parallèle, une mesure étatique ayant pour effet d'empêcher qu'il puisse opter pour un tel service en assumant lui-même les frais impartis, pourrait constituer une atteinte au droit à la sécurité et à la liberté.

2.1.2.3 La perspective d'une privation d'accès ou de choix et le droit à la sécurité

Faut-il que les obstacles au développement de services parallèles emportent une privation effective d'accès ou de choix pour constituer une atteinte en regard de l'article 7, ou est-ce que la seule éventualité qu'ils puissent occasionner une telle privation s'avère-t-elle suffisante pour qu'il y ait atteinte? Il s'agit ici en somme de déterminer s'il est possible d'entreprendre une

244. Ces arguments sont ceux qui ont été identifiés dans le cadre de la partie 1.1.2 de la présente étude et seront repris dans le cadre de la partie portant sur l'article premier, voir ci-dessous partie 3.

contestation du système en regard de ses effets éventuels plutôt que sur la base des faits précis, impliquant des individus ayant déjà subi une privation.

L'arrêt *Singh*²⁴⁵ offre quelques pistes de réponses en établissant que «l'expression "sécurité de sa personne" doit englober tout autant la protection contre la *menace* d'un châtement corporel ou de souffrance physique que la protection contre le châtement lui-même».²⁴⁶ Il importe également de référer aux indications de la Cour suprême à l'effet que les tensions psychologiques graves découlant des interventions étatiques peuvent constituer des atteintes à la sécurité de la personne. Ainsi, le juge Lamer, dans une opinion dissidente rendue dans l'affaire *Mills c. La Reine*,²⁴⁷ avait indiqué que :

«La sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre "un assujettissement aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante..." Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale, professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.»²⁴⁸

Plus tard, dans l'arrêt *Morgentaler*,²⁴⁹ le juge Dickson a référé aux propos du juge Lamer et a ajouté que :

«Si le traumatisme psychologique infligé par l'État porte atteinte à la sécurité de la personne dans le cas plutôt limité de l'al. 11(b), on doit en tenir compte dans le cadre général de l'art. 7, où ce droit est énoncé en termes plus larges.

Je rappelle aussi que la Cour a déjà jugé, dans d'autres contextes, que l'effet psychologique de l'action de l'État a de l'importance lorsqu'on recherche si un droit garanti par la *Charte* a ou non été enfreint. Dans

245. *Singh*, *supra* note 180.

246. *Ibid.* à la p. 207.

247. [1986] 1 R.C.S. 863.

248. *Ibid.* aux pp. 919-920.

249. *Morgentaler*, *supra* note 184.

l'arrêt *R. c. Therens*, à la page 644, le Juge Le Daim estime que "L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de la liberté» quand il s'agit de définir le terme "détention" à l'art. 10 de la *Charte*. La Cour, à la majorité, a accepté les conclusions du juge Le Dain sur ce point.

[...]

L'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constitue une atteinte à la sécurité de la personne.»²⁵⁰

Il faut ici prendre note du doute soulevé par le juge Dickson à l'effet que cette interprétation du droit à la sécurité pourrait ne viser que les règles de droit criminel.²⁵¹ De toute évidence, il est possible que le magistrat ait craint qu'en reconnaissant une protection trop large, les tribunaux soient amenés à remettre en question l'ensemble des mesures étatiques susceptibles de générer des «angoisses» chez les citoyens.²⁵²

Pour surmonter cette crainte et ainsi permettre que d'autres types de règle de droit puissent être considérés, il est sans doute important d'opérer une distinction entre les «traumatismes psychologiques graves», résultant d'appréhensions sérieuses relatives à une action de l'État, et les «simples» atteintes au bien-être physique, moral et social, trop lointaines ou hypothétiques.

Cette distinction semble être autorisée à la lumière de la décision rendue dans l'affaire *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*.²⁵³ La Cour suprême avait alors à se pencher sur une décision du gouvernement fédéral autorisant l'essai de missiles de croisière en sol canadien. Selon les prétentions des appelants, cette décision faisait en sorte d'accroître le risque de conflit nucléaire et mettait ainsi en péril leur sécurité physique. Le juge Dickson a alors conclu que «le lien

250. *Ibid.* aux pp. 35-56.

251. Voir ce qu'en dit le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 52.

252. À cet égard, voir ce que souligne P. Garant, *supra* note 182 à la p. 443.

253. *Supra* note 243.

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». ²⁵⁴

Ces indications conduisent à envisager les cas où l'application des obstacles identifiés risque sérieusement de compromettre l'accès aux services ou le choix des services que requiert un individu ou un groupe d'individus qui, face à cette perspective bien réelle, serait en proie à une détresse psychologique. Un tel effet pourrait alors être perçu comme constituant une atteinte au droit à la sécurité.

L'argumentation soutenant cette prétention pourrait consister à référer spécifiquement aux personnes aux prises avec une pathologie donnée et dont l'état de santé peut dès maintenant faire l'objet d'un pronostic quasi certain de détérioration. Cette référence pourrait être faite en lien avec une preuve à l'effet que les services publics prévus pour «traiter» cette pathologie, ou pour en «soulager» les symptômes, sont déficients à un point tel que les personnes concernées ne peuvent espérer éviter des souffrances «évitables» ou, voire même, une issue fatale toute aussi «évitable». ²⁵⁵ Il ne serait pas impossible alors d'établir que ces personnes, connaissant les lacunes de l'offre de services proposés par le système public à l'égard de la situation qui les attend, sont susceptibles d'être «moralement affectées» ou sinon «psychologiquement traumatisées» en l'absence de la possibilité pour elles de recourir, au moment opportun, à une offre alternative susceptible de répondre adéquatement à leurs besoins.

La deuxième étape de la démarche pourrait consister à soumettre que, sans les obstacles en cause, donc dans un contexte de libre marché et de libre entreprise comme celui qui prévaut dans plusieurs secteurs de notre société, une offre parallèle de services se développerait tôt ou tard pour répondre à une

254. *Ibid.* à la p. 447. Dans le même sens, voir l'analyse effectuée par le juge Wilson à la p. 487 et s.

255. À titre de comparaison, un peu lointaine certes, on peut référer au cas de Sue Rodriguez : *Rodriguez*, *supra* note 225. Dans son cas, il n'y avait pas de doutes quant au pronostic d'aggravation de l'état de santé ni quant à l'absence de possibilités pour elle de recourir au moyen qu'elle estimait approprié pour éviter les souffrances à venir.

demande latente, non satisfaite par l'offre actuelle du système public. C'est là le raisonnement qui amène à soutenir que les limites posées par l'État ont sans doute, compte tenu des lacunes de système public, pour effet d'empêcher le développement d'un potentiel d'initiatives relatives à une offre alternative de services.

Il va sans dire qu'une telle démarche exigerait une preuve solide mettant en lumière les lacunes du système public, en termes de capacité de répondre aux besoins de certains individus ayant un problème de santé donné. Il nous apparaît cependant que la disponibilité de données précises et détaillées faisant état de l'incapacité du système public à répondre efficacement à certains besoins pourrait permettre, dans certains cas, de constituer une telle preuve.²⁵⁶

Quel constat paradoxal que celui des atteintes aux droits à la liberté et à la sécurité qui résultent d'obstacles dont l'existence est étroitement liée à un système de santé mis sur pied, à n'en pas douter, avec le souci de promouvoir ces mêmes droits! Ainsi, il semble qu'il faille prendre acte du fait que, malgré toutes les bonnes intentions qui ont pu conduire à l'établissement du monopole du système public, il y a dans le difficile contexte actuel, des risques sérieux d'atteinte aux droits énoncés à l'article 7 à partir du moment où des individus sont privés d'une possibilité d'accès ou de choix quant aux services que leur état de santé requiert.

Les indications fournies à l'occasion du *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*²⁵⁷ sont à l'effet que toute atteinte à l'un des droits énoncés à l'article 7 de la Charte doit faire l'objet d'une analyse dans le cadre de deux étapes distinctes, la première étant celle de l'évaluation de la conformité aux principes de justice

256. Pour un exemple de preuve semblable, voir celle soumise dans l'affaire *Morgentaler*, *supra* note 184 à la p. 91 et s. La preuve en question reposait sur deux rapports qui faisaient notamment état de «(1) l'absence dans bien des régions du Canada, d'hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique, (2) les contingents que certains hôpitaux dotés de comités fixent au nombre d'avortements thérapeutiques qu'ils pratiqueront...». Aussi, voir les statistiques détaillées sur les listes d'attente pour l'accès aux services, notamment celles rapportées par le FRASER INSTITUTE, *supra*, note 21.

257. *Motor Vehicle Act*, *supra* note 181.

fondamentale et, la deuxième, celle du test de l'article premier.²⁵⁸ C'est ainsi qu'il reste maintenant à voir s'il est possible de conclure à une véritable restriction de ces droits, en fonction des exigences issues du dernier membre de l'article 7.

2.2 Les exigences issues des principes de justice fondamentale

La Cour suprême du Canada a, dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.B.)*,²⁵⁹ disposé que la notion de «principes de justice fondamentale» vise à la fois les aspects procéduraux et la substance même des actions étatiques portant atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité.

Dans le cas qui nous occupe, il semble possible d'identifier, pour l'un et l'autre des aspects que recouvrent les principes fondamentaux de justice, des exigences qui, chacune à leur façon, amènent à se questionner sur la légitimité des obstacles établis.

2.2.1 Les exigences procédurales : la participation du public à l'élaboration des politiques publiques

De prime abord, les exigences procédurales qui découlent des principes de justice fondamentale n'apparaissent pas constituer un terrain propice pour les fins de la présente démarche. Traditionnellement, ces exigences se prêtent davantage à l'analyse de situations s'inscrivant dans un contexte pénal ou criminel.²⁶⁰

258. *Ibid.* à la p. 517. Le juge Wilson s'était inscrit en faux contre cette démarche en arguant qu'il était inutile de recourir à l'article premier lorsqu'il y avait contravention aux principes de justice fondamentale : voir aux pp. 523-524. Toutefois, elle semble s'être ralliée à la position majoritaire dans l'arrêt *Morgentaler*, *supra* note 184 à la p. 180. Voir cependant les hésitations du juge Cory, parlant au nom de la majorité, quant à la nécessité de se rendre jusqu'à l'étape de l'article premier, dans l'affaire *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761 aux pp. 802-803.

259. *Motor Vehicle Act*, *supra* note 181. Voir également dans ce jugement, l'analyse rédigée sous la plume du juge Lamer à la p. 501 et s. et celle concordante, mais pour des motifs quelque peu différents, du juge Wilson à la p. 530 et s.

260. À ce sujet, voir d'ailleurs les propos du juge Lamer dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, *supra* note 187 à la p. 1176. Seul sur cette question, le juge Lamer soutenait alors que ce serait usurper le rôle des élus que d'étendre

Toutefois, selon ce que suggèrent certains observateurs, les exigences relatives à l'équité procédurale pourraient constituer des balises pertinentes pour apprécier la validité des actions étatiques ayant des effets sur la disponibilité des services de santé.²⁶¹ L'argumentation soumise réfère aux propos du juge Wilson dans l'affaire *Singh*²⁶², à l'effet que les principes en cause impliquent au moins le respect de l'équité procédurale. Dans le cas de lois et de processus décisionnels de type administratif qui visent des matières non répressives,²⁶³ il sera ainsi question, selon l'importance des enjeux en cause, du droit d'être avisé d'une décision portant atteinte à un droit et de celui d'être entendu par une instance juste et impartiale en mesure de prendre connaissance de tous les faits pertinents.

Voilà ce qui amène le professeur Martha Jackman à suggérer que :

«[...] when governments or other health care providers make policy or regulatory decisions involving the allocation of health care resources and services at a [...] global level, they must ensure that those whose fundamental interests are at risk are adequately involved. [...] It can be argued that a regulatory decision that impinges upon health-related interests or which may deny basic and medically necessary care requires the collective participation of the affected individuals or groups [...] before it can be characterized as fundamentally just within the meaning of section 7.

[...] Due process requirements can be met by ensuring that generalized decisions relating to health policy and the allocation of health care resources and services are publicly discussed and debated before their implementation. Fundamental justice can be ensured by institutionalizing public participation in the health regulatory and

le champ d'application de l'article 7 au-delà du domaine judiciaire, pour recouvrir les «pures questions d'ordre public».

261. Pour un exposé détaillé sur les implications des principes de justice fondamentale dans un contexte de prise de décision susceptible d'affecter des droits sociaux, voir l'article de M. JACKMAN, «The Protection of Welfare Rights under the Charter», (1988) 20 *R.D. Ottawa* 257, 305-322 [ci-après «Protection of Welfare Rights»].

262. *Singh*, *supra* note 180 aux pp. 212-213.

263. Sur l'application des principes de justice fondamentale dans ces situations, voir ce que disent Brun et Tremblay, *supra* note 61 aux pp. 924-927.

policy-making process, and including the involvement of historically excluded groups, as well as those whose direct health interests are most at risk.»²⁶⁴

Dans la même veine, le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien s'est déjà prononcé dans les termes suivants :

«Si la Charte ne garantit pas un droit aux soins de santé, elle impose la protection procédurale qui préside à la distribution équitable des services de santé.

[...]

L'effet des décisions provinciales d'affectation de ressources médicales sur la population provinciale est tel qu'il est souhaitable que celle-ci puisse donner son avis au préalable. À l'heure actuelle, ces décisions prêtent le flanc à l'attaque parce que l'inexistence d'un processus de consultation ouverte ne laisse qu'un choix au public : les contester après coup.»²⁶⁵

Ces indications sont hautement pertinentes en ce qui concerne l'application d'entraves visant les services parallèles. Si ces obstacles ne relèvent pas directement d'un processus d'allocation des ressources à l'intérieur du système public, elles semblent y être étroitement liées du fait qu'elles sont présentées comme étant le gage de la survie de ce même système public. À tout événement, elles peuvent être qualifiées de «public policy», soit d'orientations gouvernementales favorables au monopole du système public et, en conséquence, opposées aux développements de services parallèles.

Partant de là, il est possible de soutenir que les exigences d'équité procédurale devraient prévaloir aux fins de l'application de ces limitations. Or, dans l'état actuel des choses, le respect de ces exigences ne semble pas être assuré.

264. «Right to Participate», *supra* note 193 à la p. 7.

265. G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 63, 105.

De fait, parmi les obstacles déjà identifiés,²⁶⁶ ceux qui font appel à un processus décisionnel reposant sur un pouvoir discrétionnaire accordé à un agent étatique ne permettent pas, directement du moins, que des représentations puissent être faites par les individus susceptibles d'être affectés par les décisions. Il en est ainsi notamment du pouvoir ministériel prévu par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*²⁶⁷ quant à l'émission des permis d'établissements, lequel ne prévoit aucune audition ni consultation publique.²⁶⁸ On peut alors imaginer une situation impliquant un refus du ministre d'accorder le permis requis pour la mise sur pied d'un établissement privé autofinancé. Si des individus n'ayant pas été consultés pouvaient établir que, suite à la décision ministérielle, ils sont privés de l'accès à certains services particuliers et qu'ainsi, leur sécurité physique est compromise, l'État pourrait avoir de la difficulté à répondre de l'exigence d'équité procédurale.

Pour sa part, l'analyse des obstacles formulés en termes de prohibitions législatives absolues, soit celles qui ne découlent pas d'une décision d'un agent étatique appelé à apprécier des faits pertinents à l'égard d'une demande ou d'une difficulté précise,²⁶⁹ soulève une question particulière : quel est, en vertu du principe d'équité procédurale, le degré de consultation requis pour les «macrodécisions»,²⁷⁰ soit les décisions prises notamment au niveau des législatures?

En l'absence de réponse précise, on peut considérer que, malgré qu'il y ait pu avoir, à certains moments, des débats publics dont les résultats étaient défavorables aux initiatives prises en marge du système public,²⁷¹ ce qui a conduit à l'adoption d'interdictions législatives, ce le fut manifestement dans la perspective d'une offre de services publics qualitativement et quantitativement adéquate. Or, comme l'a signalé le Forum national sur la santé, il n'est pas

266. Voir ci-dessus partie 1.2.

267. *Supra* note 16.

268. Voir ci-dessus partie 1.2.1.

269. Voir les interdictions formulées dans les lois suivantes : *L.A.-M.*, *supra* note 17, art. 15; *L.A.-H.*, *supra* note 122, art. 11. Voir les développements ci-dessus partie 1.2.2.

270. Selon l'expression utilisée par le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 55.

271. Voir l'ensemble des commissions et autres instances consultatives auxquelles il est fait référence, ci-dessus partie 1.1.2.

certain que l'opposition au développement de services parallèles que semble manifester la population est en tous points inébranlable. Il semble en effet que la perspective d'un système public altéré pourrait conduire à un changement de position.²⁷²

Ainsi, l'application continue, automatique et sans nuance de règles qui visent à contrer le développement d'une offre alternative de services pouvant pallier les carences observées, pourrait être perçue comme ne prenant pas en compte une nouvelle réalité, celle d'un système public déficient à plusieurs égards. Surtout, elle pourrait paraître déconnectée de l'évolution des perceptions et préoccupations de la population. Si ces interdictions ne sont pas périodiquement remises en question dans le cadre de consultations publiques, parce qu'on prend pour acquis que la population les appuie envers et contre toutes les difficultés d'accès aux services, certains pourraient alors soutenir que les atteintes susceptibles d'en découler pourraient difficilement être perçues comme étant conformes aux principes de justice fondamentale.

Qu'un tribunal en arrive à une telle conclusion constituerait sans doute un développement significatif, peut-être inattendu,²⁷³ à l'égard du traditionnel principe de la réserve judiciaire face au processus législatif. Cependant, devant l'importance potentielle des atteintes dont il est question ici, il n'est pas dit qu'une telle éventualité est improbable. Il pourrait être considéré que la réserve que le pouvoir judiciaire doit manifester à l'égard des choix des élus trouve surtout sa place dans les étapes ultérieures d'analyse et qu'il importe alors, à cette étape-ci, de sanctionner toute lacune procédurale décelée.

272. Voir *supra*, partie 1.1.2.

273. Voir l'analyse faite par A. Lajoie, «La macro-allocation des ressources et le droit aux services de santé» (1990) 20 *R.D.U.S.* 231. L'auteure s'emploie à établir que «la portée du droit s'étend à tous les niveaux d'attribution des ressources» mais constate par ailleurs que le droit positif ne semble pas reconnaître que les citoyens puissent avoir une emprise de nature juridique sur bon nombre de décisions d'ordre politique ou administratif.

2.2.2 Les exigences substantives : un contrôle respectueux des choix de l'État, similaire à celui de l'article premier

Il appert que la reconnaissance du contenu substantif des principes de justice fondamentale ait, dans plusieurs cas, conduit à une prise en considération des intérêts «sociétaux»²⁷⁴ poursuivis par les atteintes sous étude. Il semble qu'à ce chapitre, on ne puisse dire que l'approche de la Cour suprême du Canada ait été d'une cohérence exemplaire²⁷⁵ et ait ainsi permis d'identifier aisément les cas où il est requis de questionner le bien-fondé des objectifs poursuivis par l'État. Toutefois, en se référant aux propos du juge McLachlin dans l'affaire *Rodriguez*,²⁷⁶ on peut en arriver à comprendre que c'est peut-être face à des mesures étatiques établies de longue date et qui apparaissent nécessaires de prime abord, qu'un tel contrôle à l'étape de l'article 7 est prescrit, là où le fardeau de la preuve appartient au requérant.²⁷⁷ En quelque sorte, une distinction serait établie entre les pratiques manifestement arbitraires et celles qui, à l'inverse, apparaissent acceptables *prima facie*.

Dans le cas qui nous occupe, on ne peut soutenir que les dispositions qui font obstacle au développement de services parallèles paraissent, au préalable, être source d'arbitraire. Elles semblent plutôt relever d'une conception bien établie de ce que doit être le cadre de prestation des services de santé au pays. Dans cette perspective, on peut anticiper qu'à l'occasion d'une éventuelle démarche de contestation, la question de la légitimité des atteintes pourrait se poser sous l'article 7.

En lien avec cette première exigence de légitimité de l'objectif poursuivi, il faut considérer le précepte voulant que les principes de justice fondamentale

274. Selon l'expression employée par T. J. Singleton, «The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of The Charter» (1995) 74 :3 *R. du B. can.* 446.

275. *Ibid.* En passant en revue tous les arrêts portant sur l'article 7 rendus de la Cour suprême depuis la *Motor Vehicle Act*, *supra* note 181, l'auteur souligne l'inconsistance du haut tribunal sur cette question. Il fait notamment référence à plusieurs cas où le «schème classique» d'analyse, en vertu duquel l'appréciation de l'objectif étatique est réservée à l'étape de l'article premier, n'a pas été appliqué.

276. *Rodriguez*, *supra* note 225 aux pp. 10-11.

277. Telle est l'interprétation des propos du juge McLachlin que fait Singleton, *supra* note 274 aux pp. 471-472.

militent contre la portée excessive des lois. Cette règle a été clairement posée dans l'affaire *R. c. Heywood*,²⁷⁸ où le juge Cory a, au nom de la majorité, indiqué que :

«L'analyse de la portée excessive porte sur les moyens choisis par l'État par rapport à l'objet qu'il vise. Lorsqu'il examine si une disposition législative a une portée excessive, le tribunal doit se poser la question suivante : *ces moyens sont-ils nécessaires pour atteindre l'objectif de l'État?* Si, dans un but légitime, l'État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif, il y aura violation des principes de justice fondamentale parce que les droits de la personne auront été restreints sans motif. Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications.

L'examen d'une loi pour déterminer si elle a une portée excessive, en tant que principe de justice fondamentale, est simplement un exemple de l'évaluation des intérêts de l'État par rapport à ceux du particulier.»²⁷⁹

En se prononçant en ces termes, le juge Cory a par ailleurs pris soin de prescrire une «approche circonspecte» quant à l'utilisation du critère de portée excessive :

«Lorsqu'on analyse une disposition législative pour déterminer si elle a une portée excessive, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des moyens choisis par le législateur. 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.»²⁸⁰

Prises ensemble, ces indications relatives aux aspects substantifs découlant du dernier membre de l'article 7 conduisent à une démarche semblable

278. [1994] 3 R.C.S. 761 [ci-après «Heywood»].

279. *Ibid.* aux pp. 792-793. Voir également ce que dit le juge Gonthier sur l'imprécision et la portée excessive dans l'affaire *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 à la p. 627 et s.

280. *Heywood*, *supra* note 278 à la p. 793.

à celle devant être effectuée sous l'article 1. Ainsi, là où il est question d'un «objectif suffisamment important»²⁸¹ sous l'article premier, il est question d'un «but légitime» en vertu des principes de justice fondamentale. De la même façon peut-on établir une certaine similitude entre l'exigence de proportionnalité posée par l'article 1²⁸² et celle de portée non-excessive qui découle de l'article 7.

Aussi, comme c'est le cas lorsqu'il est question de la portée excessive, la démarche sous l'article premier exige une approche empreinte de retenue, du moins en regard de questions semblables à celle ici abordée. C'est ce à quoi invitait le juge La Forest dans l'affaire *McKinney*.²⁸³ Ses propos amènent à prendre en considération le fait que, dans les domaines où les décisions «découlent inévitablement d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société»,²⁸⁴ le législateur est beaucoup mieux placé que les tribunaux pour déterminer les moyens les plus adéquats. Conséquemment, les tribunaux se doivent de faire preuve d'une grande circonspection dans les examens auxquels ils se livrent. Selon la position adoptée dans l'affaire *Irwin Toy*,²⁸⁵ cette réserve à l'égard des choix législatifs serait d'autant plus nécessaire lorsque le but manifeste d'une disposition sous étude est la protection d'un groupe vulnérable.

Il convient toutefois de préciser, à la lumière des propos du juge McLachlin dans l'affaire *RJR-MacDonald*,²⁸⁶ que la réserve judiciaire à l'égard des choix législatifs portant sur des matières délicates ne doit pas conduire à la

281. Pour une description détaillée du test de l'article 1, il faut évidemment se référer aux célèbres affaires suivantes : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 aux pp. 138-140 [ci-après «Oakes»]; *Big M*, *supra* note 207 à la p. 352.

282. *Oakes*, *ibid.*; *Big M*, *ibid.*

283. *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 [ci-après «McKinney»].

284. *Ibid.* aux pp. 304-305. Voir comment le juge La Forest, alors minoritaire, applique ses propres préceptes dans l'affaire *RJR-MacDonald*, *supra* note 54 aux pp. 275-279. Aussi, voir la distinction effectuée entre les affaires relevant du droit criminel et celles propres aux «sciences humaines» dans l'arrêt *Irwin Toy*, *supra* note 186 à la p. 994.

285. *Irwin Toy*, *ibid.* à la p. 990. Dans le même sens, voir l'affaire *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591.

286. *RJR-MacDonald*, *supra* note 54.

complaisance. Ainsi, même sur des sujets aux pourtours nébuleux, le législateur est tenu d'agir en fonction des informations les plus valables dont il dispose.²⁸⁷

Avec une approche empreinte de réserve mais exigeant néanmoins une certaine rigueur, il importe maintenant de déterminer s'il est possible de justifier les atteintes identifiées à la lumière de l'importance de l'objectif poursuivi par le législateur et des moyens qu'il a privilégiés pour l'atteindre. Le test de l'article 1 ayant l'avantage d'avoir été mieux articulé que celui des principes de justice fondamentale aux fins d'un tel exercice, c'est donc en fonction de ses critères que l'exercice sera réalisé dans la partie qui suit.

3. Les obstacles au développement de services parallèles : une justification sous l'article premier?

Le Groupe de travail sur les soins de santé de l'Association du Barreau canadien a déjà, au terme d'une brève analyse, émis l'avis suivant :

«Au cas [...] où les services [publics] ne seraient pas assurés de façon satisfaisante, l'individu (sic.) ou un groupe d'individus pourrait soutenir que l'article 7 protège non seulement le droit aux services médicalement nécessaires, mais aussi le droit aux services de santé privés.

Dans ce cas, on peut concevoir qu'un tribunal se laisse convaincre que le plaignant ne devrait pas être privé de services médicalement nécessaires. Il serait difficile pour l'État de justifier la privation de ce droit en invoquant l'article premier de la Charte [...]»²⁸⁸

Y a-t-il lieu d'anticiper un tel résultat? Répondre à cette question exige, en quelque sorte, d'effectuer une démarche de prospection. En effet, l'exercice consiste à anticiper les justifications que ne manquerait pas de soumettre l'État dans le cadre d'une éventuelle contestation judiciaire. Il est toutefois possible de ne pas trop se perdre en conjectures, si l'on prend en compte les motivations,

287. *Ibid.* à la p. 346. Le juge McLachlin a semblé trouver inacceptable que le gouvernement se soit refusé à produire certains rapports qui auraient pu permettre de mieux apprécier certains choix relatifs au contrôle de la publicité sur les produits du tabac.

288. G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 98.

déjà identifiées,²⁸⁹ qui semblent avoir conduit les différents gouvernements à instituer et à maintenir les obstacles visant les services parallèles. Aussi, faut-il ne pas oublier que sur des questions aussi complexes et délicates que celles soulevées dans le cadre d'une discussion portant sur le bien-fondé des règles qui gouvernent un système de santé, les tribunaux se montreraient sans aucun doute prudents et enclins à la réserve.

3.1 Promotion de l'égalité ou de l'égalitarisme? Deux objectifs d'importance... inégale!

Selon toute vraisemblance, l'objectif qui serait invoqué par l'État pour justifier les obstacles serait celui de la sauvegarde du système public de santé.²⁹⁰

Il est alors bien évident qu'un tel objectif rencontrerait les critères élaborés pour fins d'appréciation, en ce qu'il serait alors considéré comme «suffisamment important» puisque pouvant sans conteste se rattacher à une préoccupation urgente et réelle.²⁹¹

Ainsi, compte tenu des craintes observables²⁹² au sein de la population quant à l'avenir du système public, il serait sans doute aisé de faire valoir que les mesures visant la sauvegarde de ce système répondent à des appréhensions tangibles qui commandent des interventions diligentes. Aussi, il s'agit manifestement là d'un but qu'une société libre et démocratique est en droit de poursuivre,²⁹³ du moins, sûrement plus qu'un objectif de réglementation du piquetage²⁹⁴ ou celui de l'instauration d'un jour de repos universel dans la

289. Voir ci-dessus partie 1.1.2.

290. C'est ce qu'envisagent les observateurs suivants : «Right to Participate», *supra* note 89 aux pp. 57-58; G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 97.

291. *Oakes*, *supra* note 281 à la p. 139; *Big M*, *supra* note 207 à la p. 352; *R. c. Morgentaler*, *supra* note 184 à la p. 122.

292. Voir ce que rapporte le F.N.S. dans «Rapport sur les valeurs», *supra* note 44 aux pp. pp. 9-10.

293. Voir la revue des objectifs «suffisamment importants» faite par L. Huppé, «Quelques objectifs suffisamment importants aux fins de l'article 1 de la Charte» (1991) 51 :2 *R. du B.* 294.

294. *SDMGR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 à la p. 591.

semaine,²⁹⁵ et tout autant qu'un objectif de maintenir et de promouvoir la qualité des soins médicaux.²⁹⁶

Au surplus, cet objectif est hautement compatible avec les valeurs véhiculées par la Charte canadienne des droits et libertés. De fait, les modalités régissant le système public de santé étant conçues de manière à ce qu'aucun citoyen ne soit privé de services en raison de sa capacité de payer ou d'autres facteurs jugés impertinents, sa préservation contribue très directement à promouvoir l'égalité en faveur d'individus issus de groupes défavorisés. La poursuite d'un tel objectif s'harmonise parfaitement avec la valeur d'égalité consacrée notamment par les articles 15 de la Charte et 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Qu'en serait-il par ailleurs d'un argumentaire à l'effet que les entraves ne visent qu'à répondre à la valeur d'égalitarisme,²⁹⁷ une valeur qui semble être partagée par bon nombre de Canadiens et de Québécois? Tel que déjà souligné, cette valeur implique qu'il est inconcevable que des individus puissent avoir accès à une autre offre de services que celle du système public.

Il n'est pas évident qu'une telle valeur est en parfait accord avec le concept d'égalité véhiculé par la Charte. Les préoccupations sur lesquelles elle repose n'ont peut-être pas, dans l'état actuel des choses, véritablement pour objet de «tirer vers le haut» des individus faisant partie de groupes économiquement ou socialement défavorisés.²⁹⁸ Cette valeur semble plutôt relever d'une volonté d'uniformiser l'offre de services accessibles à chaque citoyen, de manière à ce qu'aucun d'eux ne puisse avoir accès à une offre différente, que l'on suppose meilleure. Ainsi, avec un peu de cynisme, certains pourraient concevoir que les

295. *R. c. Edwards Books and Art Limited*, [1986] 2 R.C.S. 713 à la p. 770 [ci-après «Edwards Books»].

296. *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483 à la p. 523 [ci-après «Stoffman»].

297. Pour comprendre le sens de la notion d'égalitarisme, telle qu'utilisée dans le cadre de la présente étude, voir les explications fournies, *supra*, partie 1.1.2.

298. Voir l'analyse faite par W. Black et L. Smith, «Le droit à l'égalité», dans G. A. Beaudoin et E. P. Mendes (dir.), *supra* note 182, 621 à la p. 845. Les auteurs sont d'avis que le droit à l'égalité vise l'«élimination de situations désavantageuses» et non pas, pourrait-on dire, l'uniformisation des situations.

obstacles au développement de services parallèles visent à «niveler vers le bas» la qualité des services accessibles aux citoyens.

Vu et présenté de cette façon, il apparaît moins évident qu'il s'agit d'un projet légitime qu'une société libre et démocratique peut chercher à mettre en oeuvre. En effet, si l'on peut penser que l'expression «société libre et démocratique» a été utilisée à dessein, afin de rendre compte du fait que le Canada constitue une «démocratie libérale», il y a lieu d'entretenir quelques réserves à l'égard de mesures uniformisantes par lesquelles aucun citoyen ne peut aspirer à des avantages ou des bénéfices autres que ceux que l'État a prévus.²⁹⁹

Il est en effet difficile d'identifier, dans d'autres secteurs de la société, des mesures qui visent des objectifs semblables. Ainsi, en jetant un regard sur ce qui se passe dans d'autres secteurs d'importance comparable à celui de la santé, comme ceux de l'éducation et des services juridiques, on ne trouve aucune velléité d'imposer un tel cadre égalitariste. De fait, si un système d'aide juridique a été mis en place, jamais n'a-t-on envisagé ou cru nécessaire de l'ériger en monopole et, incidemment, de restreindre le développement de la pratique privée du droit de manière à ce tous ne puissent avoir accès qu'à une offre publique de services uniformisés et standardisés.³⁰⁰ Le même raisonnement vaut pour le système public d'éducation. Dans ce dernier cas, le législateur québécois a même jugé bon reconnaître formellement le droit des parents de recourir, pour leurs enfants, aux «services parallèles d'éducation», soit ceux dispensés par les établissements privés.³⁰¹

Au surplus, l'adhésion du public à la valeur égalitariste ne semble pas être inconditionnelle. Elle apparaît ainsi tributaire de la performance et de la qualité de l'offre publique de services de santé. Il ne semble donc pas s'agir d'une valeur autonome ou, pourrait-on dire, dogmatique. C'est du moins ce que

299. Pour une analyse beaucoup plus substantielle sur le concept d'égalité tel qu'il est généralement perçu dans les démocraties libérales, voir notamment N. Bobbio, *Liberalism & Democracy*, Londres, Verso, 1990 aux pp. 30-36.

300. Voir ce que souligne Philips-Nootens, *supra* note 199.

301. *Charte des droits et libertés de la personne, supra* note 200, art. 42.

l'on peut penser à la lumière des préoccupations manifestées par les citoyens dans le cadre des travaux du Forum national sur la santé.³⁰²

Partant de là, si l'offre du système public devait se détériorer à un point tel qu'il n'est plus possible de percevoir une volonté claire parmi la population d'éviter tout développement parallèle de services, peut-être ne sera-t-il également plus possible de faire valoir une «préoccupation suffisamment urgente et réelle» d'égalitarisme et, incidemment, l'importance de cet objectif. Peut-être qu'une préoccupation plus forte et plus vérifiable, celle de la liberté et de la sécurité des individus, aurait alors préséance.

Voilà qui suggère qu'il n'est pas inutile de chercher à savoir quel a été l'objectif du législateur au moment où il a institué les entraves qui nous intéressent.³⁰³ Était-ce vraiment celui de concentrer dans ses mains les ressources pouvant être consacrées aux activités sociosanitaires, de manière à en assurer une utilisation optimale et une répartition au profit des couches de la société qui souffriraient autrement de l'application des implacables lois du marché, ou, tout simplement, celui de donner suite à une volonté d'égalité absolue, d'égalitarisme donc.

Compte tenu de ce que semblaient avoir à l'esprit les artisans du système public aux diverses étapes qui ont marqué son évolution,³⁰⁴ il y a tout lieu de croire que c'est, en quelque sorte, un subtil mélange de ces deux préoccupations, de nature différente. Il y a également lieu d'envisager qu'elles n'auraient peut-être pas le même succès si elles étaient invoquées séparément pour faire valoir l'importance de l'objectif poursuivi par les prohibitions législatives à l'égard des services parallèles.

Cela étant, il serait pour le moins étonnant qu'une éventuelle analyse judiciaire conduise à établir que le critère de l'importance de l'objectif n'est pas satisfait. Trancher de telle façon un débat d'une importance sociale et politique

302. *Supra*, partie 1.1.2.

303. Voir l'affaire *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731. La Cour suprême a précisé à cette occasion que l'objectif qu'il faut rechercher est celui existant au moment de l'adoption de la disposition contestée.

304. Voir ci-dessus partie 1.2.2.

aussi considérable susciterait sans doute des critiques virulentes et, peut-être justifiées d'un certain point de vue. Malgré tout, il est utile de prendre note des lacunes de l'argumentation attendue afin d'envisager un resserrement de l'analyse aux étapes suivantes,³⁰⁵ soit celles qui conduisent à se questionner sur la proportionnalité des prohibitions en question.

3.2 La recherche d'un lien rationnel : les limites de la réserve judiciaire face aux politiques incohérentes de l'État?

Quels sont donc les moyens «nécessaires» ou rationnels permettant à l'État d'atteindre l'objectif identifié, soit le maintien du système public de santé?

D'emblée, il appert que c'est notamment par le biais d'un financement adéquat et d'une disponibilité suffisante de ressources humaines que cet objectif peut être atteint. Or, pour ce faire, il faudrait, semble-t-il, éviter de permettre le développement d'une «deuxième vitesse» qui aurait comme conséquence de priver l'État de la marge de manoeuvre fiscale requise et d'entraîner une désertion des meilleurs prestataires. C'est de cette façon que, de prime abord, semble devoir se présenter le lien rationnel.

Pour apprécier la valeur d'une telle argumentation, il convient d'abord d'observer que, si l'État a une préoccupation quant au maintien des recettes fiscales lui permettant de financer adéquatement le système public de santé, il a manifestement la possibilité de laisser intactes les règles de contribution actuellement en vigueur. L'existence et l'application de ces règles relèvent encore, nous semble-t-il, de la volonté du législateur, laquelle n'est pas apparue comme étant en tous points vulnérable face aux pressions visant à ce que le fardeau fiscal des citoyens soit réduit. De ce point de vue, il ne serait peut-être

305. Sur l'influence de l'importance de l'objectif pour la suite du test de l'article premier, il est intéressant de prendre connaissance de la divergence de points de vue entre le juge La Forest et le juge McLachlin dans l'affaire *RJR-MacDonald*, *supra* note 54. Le juge La Forest, minoritaire sur ce point, a considéré l'importance de l'objectif de contrer les dangers du tabac pour atténuer ses exigences au moment de l'évaluation de l'atteinte minimale (voir, aux pp. 304-319). Pour sa part, le juge McLachlin s'est inscrit en faux contre cette approche, notamment parce qu'à son avis, il faut conserver l'utilité de l'ultime étape du test de l'article premier qui consiste à pondérer l'importance des atteintes et celle de l'objectif (aux pp. 347-348).

pas si évident de soutenir que, si l'accès à des services parallèles est autorisé et si ceux qui y ont recours exigent que leurs contributions fiscales soient réduites, les ressources pouvant être consacrées au système public seraient nécessairement diminuées.

À cela, on peut ajouter que dans un contexte de marché, la présence d'activités privées qui visent à rendre disponibles des produits ou des services n'est pas la conséquence directe d'un cadre juridique permissif. Elles découlent d'abord, et surtout, de l'existence d'une demande, active ou latente, sans laquelle elles ne seront pas initiées puisqu'elles seraient condamnées à la non-rentabilité. Or, dans la mesure où le système public devait répondre adéquatement aux besoins des citoyens-contribuables, il est loin d'être évident que ces derniers constitueraient un important bassin de «clients» pour d'éventuels promoteurs souhaitant offrir des services parallèles. Ce pronostic est d'autant plus plausible que, selon ce qui a été souligné à grands traits par les différentes instances qui, au cours des dernières années, ont été chargées de se pencher sur l'avenir du système public, les citoyens manifestent un attachement significatif à l'égard de ce même système.³⁰⁶

D'ailleurs, le paradoxe que soulève l'argumentation faisant état de la nécessité de protéger le système public en lui assurant une forme de monopole réside dans le fait qu'elle véhicule une perception fort pessimiste à son égard. De fait, elle repose sur la prémisse qu'une attraction irrésistible serait exercée vers les services parallèles dès lors que leur développement serait autorisé, puisque le système public serait condamné à offrir des services insatisfaisants et ne pourrait ainsi garder dans son giron un nombre suffisant d'adhérents. Plutôt que d'envisager que les activités privées susceptibles de se développer en l'absence de contraintes seraient marginales et de peu d'ampleur, c'est la «politique du pire» qui prévaut, celle qui suggère une désertion en masse du système public.³⁰⁷ Et pour éviter cette désastreuse éventualité, ce n'est pas la

306. Voir notamment ce que rapporte le F.N.S. dans «Atteinte d'un équilibre», *supra* note 39 à la p. 6.

307. Dans cette même perspective, faut-il rappeler que l'accès à l'enseignement privé n'a pas empêché qu'un système public «fort» soit mis en place et maintenu. Pour contrer cette comparaison, on pourrait arguer que le système public d'éducation connaît de sérieuses difficultés et qu'il est l'objet de sévères critiques. Mais, peut-on attribuer les difficultés

nécessité de maintenir ou d'accroître la performance du système public qui est mise de l'avant mais plutôt la solution coercitive, celle de la contrainte juridique.

Bien sûr, à l'égard de la question du financement des services de santé, certains pourraient être tentés de soutenir que l'État ne peut faire plus, qu'il n'a tout simplement pas les moyens de soutenir davantage le système public.³⁰⁸ En ce sens, l'imposition de limites ou de prohibitions visant les services parallèles pourrait être présentée comme étant le seul moyen d'éviter une érosion accrue des ressources disponibles pour le système public. Face à une telle argumentation, les tribunaux pourraient en venir à identifier le lien rationnel en reconnaissant que l'État ne peut faire plus que d'éviter le pire, soit la présence de services parallèles qui viendraient drainer les ressources déjà réduites du système public. Ce serait là une approche conforme à celle adoptée par la Cour suprême dans les affaires *McKinney*³⁰⁹ et *Stoffman*,³¹⁰ où, devant des politiques de retraite obligatoire justifiées sur la base de «ressources limitées», les hauts magistrats ont refusé de substituer leur jugement à celui du législateur.³¹¹

Toutefois, à ce stade-ci, il est loin d'être acquis que la détérioration du système public soit attribuable à un contexte de ressources insuffisantes. Est-il nécessaire de rappeler que le Canada et le Québec figurent toujours au deuxième rang des pays de l'Organisation pour la coopération et le développement économique en ce qui concerne les ressources financières consacrées aux services de santé?³¹² Est-il également requis de référer aux travaux de nombreux observateurs et experts qui se sont penchés sur la question du financement du système public et qui en arrivent à la conclusion que les difficultés qu'il traverse

rencontrées au fait que les citoyens ne soutiennent pas, du point de vue fiscal et idéologique, les initiatives publiques en matière d'éducation, puisque l'accès à l'enseignement privé, parallèle pourrait-on dire, est autorisé? Ces lacunes découlent-elles vraiment du fait que les meilleurs «prestataires» ont délaissé le système public d'éducation pour aller oeuvrer dans le «secteur privé»?

308. C'est ce qu'envisage le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 98.

309. *McKinney*, *supra* note 283.

310. *Stoffman*, *supra* note 296.

311. Voir cependant l'avertissement lancé par la Cour suprême à l'effet qu'il n'est pas suffisant de faire état de contraintes budgétaires pour justifier une restriction à un droit garanti par la Charte : *Shacter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 à la p. 709.

312. «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 15.

sont surtout attribuables à des défauts d'organisation et de gestion et non pas à un problème de sous-financement?³¹³

C'est en fonction de ces éléments d'information et d'analyse que l'argumentation voulant que la préservation et l'essor du système public exigent le recours à des «moyens» lui assurant un cadre monopolistique pourrait ne pas apparaître comme étant pleinement convaincante, et ce, peut-être même dans le cadre d'une approche empreinte de réserve à l'égard des «choix de moyens» faits par le législateur. Les obstacles posés en ce qui concerne les services parallèles pourraient très bien être perçus comme relevant d'une politique incohérente de l'État, lequel dit vouloir protéger un système public dont la dégradation lui est en grande partie imputable. À ce chapitre d'ailleurs, il est révélateur que les lacunes organisationnelles et de gestion puissent être observées alors même que les services parallèles sont encore dans un état embryonnaire.

3.3 Le critère d'atteinte minimale : l'existence de moyens moins préjudiciables pour contrer les impacts néfastes d'une offre parallèle sur le système public

Il ressort de l'analyse portant sur le lien rationnel, qu'il existe un moyen clairement identifiable pour assurer le maintien d'un système public «fort», un moyen qui ne serait pas de nature à porter atteinte aux droits individuels.

Il s'agirait en fait d'assurer, avec les ressources actuelles, une organisation et une gestion efficaces et efficientes du système public, de manière à ce qu'il puisse répondre adéquatement aux besoins des citoyens. N'est-ce pas là la condition pour que les citoyens ne soient pas tentés par une éventuelle offre parallèle et continuent à privilégier la mise en commun, au sein du système public, des ressources requises pour l'obtention des services de santé qu'ils requièrent? N'est-ce pas ce qui ferait en sorte que les perspectives de «marché» pour d'éventuels promoteurs envisageant le développement de services parallèles, demeureraient peu intéressantes et, conséquemment, ne conduiraient

313. Voir notamment : «Financement public et privé», *supra* note 4 aux pp. 9-11; «C.S.B.E.», *supra* note 39 aux pp. 9-95.

qu'à des réalisations marginales peu susceptibles de «drainer» les meilleures ressources humaines du système public?

Cela étant dit, il faut sans doute éviter de verser dans une appréciation des choses qui pourrait être qualifiée d'irréaliste et se rappeler que l'État n'est pas tenu à la perfection.

La recherche de moyens moins attentatoires, sur des bases qui se veulent plus réalistes, peut conduire à établir une distinction entre les entraves applicables automatiquement ou sans nuances et celles dont l'application résulte d'une prise en considération d'un critère qui, tel qu'élaboré et tel qu'appliqué, est directement lié à la sauvegarde du système public.³¹⁴

Dans le premier cas, on pense évidemment à l'interdiction totale et absolue formulée à l'article 15 de la *Loi sur l'assurance-maladie*³¹⁵ de même qu'à celle énoncée à l'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*.³¹⁶ Dans le deuxième, l'exemple le plus pertinent est celui de l'article 30 de la *Loi sur l'assurance-maladie* qui permet, lorsque trop de professionnels sont devenus non participants au régime, d'en obliger un certain nombre à assurer la prestation de services en respectant les règles de financement public prévues par ce même régime. Une mesure semblable à cette dernière est très directement liée à la protection de l'intégrité du système public, tout en n'interdisant pas que des prestataires puissent développer des services parallèles auxquels pourraient accéder les individus qui, pour un besoin donné, jugeraient qu'ils n'ont d'autres choix que de le faire.

On peut ainsi envisager que, par toutes sortes de moyens, il serait possible au législateur d'inciter ou d'astreindre certains ou l'ensemble des prestataires à une implication minimale au sein du système public. N'existe-t-il pas d'ailleurs, à l'heure actuelle, des règles de rémunération qui ont pour effet d'inciter certains médecins à consacrer une partie de leur pratique au système

314. Voir en quoi consistent les obstacles, voir ci-dessus partie 1.1.2.

315. *Supra* note 17.

316. *Supra* note 122.

public³¹⁷ ou, encore, à aller exercer dans les régions en manque de tels professionnels.³¹⁸

À tout événement, on peut penser que si la Cour suprême s'est montrée exigeante à ce point sur la question de l'atteinte minimale au droit à la liberté d'expression commerciale des compagnies de tabac qu'elle en est venue à invalider les dispositions posant des contraintes à l'égard de la publicité sur leurs produits,³¹⁹ il ne serait pas si étonnant qu'elle requiert une rigueur exceptionnelle de la part des autorités publiques dès lors que des atteintes aux droits à la sécurité et à la liberté en matière de santé seraient en jeu. Face à cette possibilité, l'État aurait sans doute avantage à ce que la disposition contestée puisse facilement apparaître comme visant à protéger l'intérêt public et non pas comme étant une règle d'application générale et absolue.

3.4 L'importance des effets des atteintes et celle de l'objectif poursuivi : une ultime exigence de rigueur non satisfaite

Si, après avoir tant bien que mal réussi à identifier un lien rationnel et fait le constat d'une atteinte minimale, une analyse judiciaire devait encore se poursuivre, resterait à aborder la question de la proportionnalité des effets des atteintes avec l'objectif identifié. C'est précisément là, dans le cadre de cette ultime étape, que sont soupesés avec le plus d'attention les droits individuels et

317. Il s'agit des activités médicales particulières que sont tenus d'effectuer les médecins de moins de dix ans de pratique, sous peine de voir réduire leur rémunération. Voir L.A.-M., *ibid.*, art 19 al. 6 et L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 360-366.

318. Voir notamment le *Règlement sur la rémunération différente pour les médecins spécialistes durant les premières années d'exercice de leur spécialité*, R.R.Q., c. A-29, r. 7. Ce règlement s'applique aux médecins spécialistes pendant leurs trois premières années d'exercice. Il prévoit des pénalités de rémunération pour ceux d'entre eux qui pratiquent dans une région «non désignée».

319. *RJR-MacDonald*, *supra* note 54. Le juge La Forest, minoritaire sur cette question, aurait fait preuve de moins d'exigence, notamment puisqu'il estimait que le droit affecté en l'espèce était d'une importance toute relative : voir aux pp. 304-319. C'est ce qui l'a conduit à trouver acceptable une interdiction absolue plutôt que partielle à l'égard de la publicité sur les produits du tabac.

les intérêts collectifs en cause. Il n'est donc pas inutile de rappeler en quels termes le juge Dickson en a précisé le contenu dans l'affaire *Oakes*³²⁰ :

«La Charte garantit toute une gamme de droits et libertés à l'égard desquels un nombre presque infini de situations peuvent se présenter. La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la Charte variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique [...] Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»³²¹

Abordant plus spécifiquement la notion de «société libre et démocratique», le juge Dickson a considéré que les valeurs qu'elle véhicule comprennent :

«le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales [...] et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.»³²²

À la lumière de ces propos, le premier constat doit être que les atteintes, dont il est ici question, portent sur les droits qui comptent parmi les plus importants et les plus fondamentaux de la Charte. On ne peut certes imaginer préoccupation plus grande, pour un individu, que celle de la sécurité physique et psychologique et également, dans nos sociétés libérales, celle de la liberté. Il convient ainsi de rappeler certains propos tenus par les juges de la Cour suprême, notamment dans les affaires *Morgentaler*³²³ et *Rodriguez*,³²⁴ selon

320. *Oakes*, *supra* note 281.

321. *Ibid.* à la p. 139.

322. *Ibid.* à la p. 136.

323. *Morgentaler*, *supra* note 184 aux pp. 166-167. Voir la citation des propos du juge Wilson, *supra*, partie 2.1.2.2.

324. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, précitée, note 225, 58. Voir la citation des propos des juges majoritaires, *supra*, partie 2.1.2.2.

lesquels le concept d'autonomie personnelle qui découle des droits à la liberté et à la sécurité est intimement lié à la notion de «dignité humaine fondamentale». Plus encore, ceux du juge La Forest dans l'affaire *Children's Aid*³²⁵ ont clairement fait ressortir que la notion de liberté, devant être interprétée largement, est une composante essentielle d'une société libre et démocratique.

En regard de telles atteintes, l'objectif invoqué par l'État doit être quasi irréprochable. Or, il n'est pas assuré que ce soit le cas de l'objectif attribuable aux obstacles visant les services parallèles.

D'une part, dans la mesure où l'objectif en question relève en partie, comme on l'a vu, d'un projet égalitariste par lequel tous les citoyens doivent être mis sur un pied d'égalité absolue en ce qui concerne les services de santé, il est difficile de l'associer à la notion de «dignité inhérente de l'être humain». Il est difficile en effet de trouver un quelconque argument établissant que cette notion exige que tous soient, en tout temps et pour toute chose, traités de la même façon et soumis aux mêmes règles. Soutenir une telle affirmation irait carrément à l'encontre des impératifs de la marge d'autonomie personnelle devant être laissée à chaque individu.

Dans cette même perspective, il faut sans doute comprendre que la notion de «promotion et de la justice et de l'égalité sociales» ne renvoie pas à la nécessité de tracer une limite supérieure quant à l'accès à de quelconques bénéfices mais invite plutôt l'État à instaurer un plancher auquel les citoyens défavorisés pourront avoir accès. C'est ce plancher qui a été instauré par la mise sur pied d'un système public universellement accessible. Les obstacles au développement de services parallèles, eux, constituent plutôt une limite supérieure dont les liens avec l'impératif de sauvegarder le système public s'avèrent peu convaincants à l'analyse. C'est du moins le cas de ceux de certains obstacles identifiés qui s'appliquent sans nuances, de façon dogmatique, sans que ne soit véritablement considéré un critère directement lié à la protection des ressources financières et humaines nécessaires pour assurer une performance adéquate du système public.

325. *Children's Aid Society*, supra note 216 à la p. 368.

Rappelons ici que, dans l'affaire *Edwards Books*,³²⁶ le juge Dickson, alors qu'il analysait la proportionnalité des effets d'une restriction découlant d'une mesure visant à instituer un jour de repos dans la semaine, a considéré «l'effort sérieux» qui a été fait par le législateur pour composer avec la liberté de religion de ceux qui observent le samedi comme jour de repos en raison de leurs croyances. En faisant intervenir le même critère à l'égard des obstacles applicables de manière absolue, il n'est pas certain que l'on puisse établir que, dans la poursuite de son objectif, le législateur a fait cet «effort sérieux» pour composer avec les préoccupations de liberté et de sécurité des individus qui, n'obtenant pas une réponse satisfaisante à leurs besoins auprès du système public, souhaiteraient pouvoir l'obtenir par le biais d'une autre offre. Le choix qui a été fait pourrait être perçu comme en étant un de facilité en ce qu'il consiste, pour partie du moins, en une interdiction presque totale à l'égard du développement des services parallèles.

Enfin, les obstacles en cause, appliqués comme ils le sont dans le contexte actuel de déficiences du système public attribuables, en partie du moins, à l'incurie de l'État, n'apparaissent pas être de nature à donner foi à la population dans les institutions publiques responsables, ni à susciter son adhésion aux politiques que ces mêmes institutions mettent de l'avant. Peut-on ainsi faire valoir que ce sont surtout les actions positives pouvant être prises par l'État en matière d'organisation et de gestion, qui peuvent conduire à un rehaussement des performances du système public et ainsi, contribuer à ce qu'une certaine cohésion soit maintenue quant aux valeurs qui fondent ce système. L'analyse antérieure a pu démontrer que procéder à l'inverse, c'est-à-dire chercher à préserver l'adhésion de la population par la contrainte en évitant de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour assurer la performance du système public, est une avenue dont l'issue pourrait consister en une désolidarisation des citoyens à l'égard des valeurs qu'ils partageaient jusqu'à maintenant.

L'analyse qui précède a permis de faire ressortir que les motifs pouvant être invoqués pour expliquer l'existence d'obstacles au développement de services parallèles pourraient ne pas s'avérer assez convaincants et assez appuyés

326. *Edwards Books*, supra note 295 à la p. 783.

par la réalité politique pour satisfaire aux exigences de justification sous la Charte. Plusieurs faiblesses argumentaires peuvent être décelées, toutes liées à l'absence d'actions gouvernementales consistantes avec les prétentions liées à la sauvegarde du système public.

Si ces faiblesses peuvent difficilement être décelées au sein du discours politique habituel qui fait état de la nécessaire préservation des «cinq grands principes de notre système de santé», elles pourraient l'être au terme d'un débat judiciaire où, peut-on l'espérer, il serait moins facile de confondre les déclarations d'intentions factices et certains résultats navrants auxquels ont pu conduire les interventions de l'État en matière de santé.

Conclusion

La tendance observable à l'heure actuelle au Canada et au Québec donne à penser que l'on est peut-être en voie de confondre les causes et les conséquences de la détérioration du système public de santé.

La survie et l'essor du système public ne dépendent-ils pas d'abord de la volonté et de la capacité de l'État de s'acquitter adéquatement des responsabilités qui lui incombent? Peut-être faudrait-il ainsi commencer à envisager que l'apparition d'une offre alternative de services en provenance du secteur privé pourrait n'être que la conséquence, et non pas la cause, d'une détérioration du système public. N'est-il pas révélateur d'ailleurs que c'est surtout depuis que les lacunes du système public se manifestent plus régulièrement et de manière plus dramatique que la question de l'opportunité de permettre au secteur privé de jouer un rôle accru dans la prestation de services à la population se pose de manière plus pressante?

Il nous semble que si l'État doit agir pour assurer la survie du système public, ce devrait d'abord être sur les causes des difficultés rencontrées et non pas sur leurs conséquences. S'il s'agit là d'une évidence, il demeure qu'elle ne ressort pas toujours comme elle le devrait du discours politique ambiant. Peut-être alors aurait-elle plus de chance d'être bien reçue par des autorités judiciaires devant qui il pourrait être démontré que l'État cherche à interdire l'avènement d'un prétendu mal dont les causes lui sont par ailleurs peut-être imputables.

De fait, il n'est pas assuré que les tribunaux se refuseraient éventuellement à sanctionner l'inconsistance entre le discours officiel, qui invoque de grandes et nobles préoccupations pour justifier les interdictions relatives au développement parallèle de services de santé, et les restrictions aux droits et libertés qui résultent de politiques déficientes de financement, de gestion et d'organisation du système public.³²⁷

Dans une telle éventualité, le recours à la clause dérogatoire³²⁸ pourrait signifier que l'État a choisi d'«universaliser» la pénurie en matière de santé ainsi que les restrictions aux droits et libertés des individus, le tout au nom d'une valeur égalitariste contraire à la dimension libérale de la démocratie que la Charte canadienne des droits et libertés canadienne tend à promouvoir.

Il est loin d'être acquis d'ailleurs que cette avenue serait celle privilégiée par les citoyens. Ceux-ci pourraient éventuellement prendre acte de l'échec de leurs gouvernements et commencer à préférer une capacité d'action individuelle plutôt que collective en matière de santé, dans la mesure où cela apparaît comme étant le gage d'une meilleure réponse à leurs attentes.

327. On aura peut-être l'occasion prochainement d'apprécier l'attitude des tribunaux à l'égard de quelques unes des questions abordées dans ce mémoire. De fait, une requête visant à faire invalider l'article 15 de la *Loi sur l'assurance-maladie* (*supra* note 17) ainsi que l'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* (*supra* note 122) pour cause d'incompatibilité avec l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*supra* note 14), a été déposée devant la Cour supérieure du Québec le 22 septembre 1997. Voir ce que rapporte M. Thibodeau, «La place du privé : les tribunaux s'en mêlent», *La Presse [de Montréal]* (22 septembre 1997).

328. *Charte canadienne des droits et libertés*, *ibid.*, art. 33; *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 200, art. 52.