

L'IMPOSITION DU TICKET MODÉRATEUR DANS LE SYSTÈME DE SANTÉ DES PROVINCES : QUI DÉCIDE ? LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL OU LE GOUVERNEMENT PROVINCIAL ?

Jacques Maziade

Volume 26, Number 1, 1995

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1108168ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/12859>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Maziade, J. (1995). L'IMPOSITION DU TICKET MODÉRATEUR DANS LE SYSTÈME DE SANTÉ DES PROVINCES : QUI DÉCIDE ? LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL OU LE GOUVERNEMENT PROVINCIAL ? *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 26(1), 131–195. <https://doi.org/10.17118/11143/12859>

Article abstract

Introducing user charges into a province's health insurance plan gives rise to contention between the two levels of government. The *Canada Health Act* (R.S.C. (1985), c. C-6) enables the federal government to oppose a province's introduction of these charges. The Act allows the federal government to reduce its funding to the health insurance plan of a province that imposes user charges.

This paper attempts to shed some light on the constitutional aspects of the issue. The author proceeds in two stages. The first stage consists of identifying the level of government that theoretically, has competence over user charges. The writer concludes that the provinces have exclusive powers in this regard. This finding leads to the second stage, in which the writer questions the constitutional validity of the federal legislative intervention in the matter of user charges. In order to define the question clearly, a two-pronged analysis is conducted. The *Canada Health Act* is first evaluated in the light of the division of constitutional powers. The Act is then examined in the light of the federal spending power, from which it derives.

**L'IMPOSITION DU TICKET MODÉRATEUR
DANS LE SYSTÈME DE SANTÉ DES PROVINCES :
QUI DÉCIDE? LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL
OU LE GOUVERNEMENT PROVINCIAL?**

par Jacques MAZIADÉ*

L'imposition du ticket modérateur dans le régime de soins de santé d'une province soulève un litige entre les deux ordres de gouvernement. Si une province veut l'instaurer, le gouvernement fédéral peut s'y opposer par l'intermédiaire de la Loi canadienne sur la santé (L.R.C. (1985), c. C-6). Cette dernière permet au fédéral de réduire sa subvention au système de santé provincial, lorsque celui-ci est grevé d'un ticket modérateur.

Le présent essai tente de jeter un peu de lumière sur l'aspect constitutionnel de cette problématique. Pour y arriver, l'auteur procède en deux étapes. Dans un premier temps, il identifie, sur le plan théorique, le palier de gouvernement qui détient la compétence sur le ticket modérateur. À ce sujet, l'auteur conclut que les provinces ont le pouvoir exclusif de légiférer à cet égard. Dans un deuxième temps, suite à ce constat, l'auteur s'interroge sur la validité constitutionnelle de l'intervention législative fédérale touchant le ticket modérateur. Pour bien cerner cette partie de l'étude, l'analyse s'oriente dans deux directions. La Loi canadienne sur la santé est d'abord évaluée en regard du partage des compétences constitutionnelles. Par la suite, elle est examinée sous l'angle du pouvoir fédéral de dépenser étant donné qu'elle en est issue.

1. Avocat.

Introducing user charges into a province's health insurance plan gives rise to contention between the two levels of government. The Canada Health Act (R.S.C. (1985), c. C-6) enables the federal government to oppose a province's introduction of these charges. The Act allows the federal government to reduce its funding to the health insurance plan of a province that imposes user charges.

This paper attempts to shed some light on the constitutional aspects of the issue. The author proceeds in two stages. The first stage consists of identifying the level of government that theoretically, has competence over user charges. The writer concludes that the provinces have exclusive powers in this regard. This finding leads to the second stage, in which the writer questions the constitutional validity of the federal legislative intervention in the matter of user charges. In order to define the question clearly, a two-pronged analysis is conducted. The Canada Health Act is first evaluated in the light of the division of constitutional powers. The Act is then examined in the light of the federal spending power, from which it derives.

(1995) 26 R.D.U.S.	<i>L'imposition du ticket modérateur dans le système de santé des provinces : qui décide? Le gouvernement fédéral ou le gouvernement provincial?</i>	133
--------------------	--	-----

SOMMAIRE

INTRODUCTION	135
I. La compétence constitutionnelle de principe sur une question comme le ticket modérateur	137
A. Définition du ticket modérateur : concept attribut de l'assurance-maladie	138
B. La <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> et l'assurance-maladie	140
a) L'assurance-maladie : une matière provinciale	141
C. État actuel du droit	145
II. La validité constitutionnelle de l'intervention législative fédérale concernant le ticket modérateur	149
A. L'origine de la <i>Loi canadienne sur la santé</i> (L.R.C. (1985), c. C-6)	149
a) Aspect politique de la santé	149
1. Le rapport de la Commission Tremblay (1956)	150
2. Le rapport de la Commission Hall (1964)	153
3. Le rapport de la Commission Castonguay-Nepveu (1967)	156
4. La législation actuelle	157
B. Analyse de la validité constitutionnelle de la <i>Loi canadienne sur la santé</i>	159
C. Pouvoir fédéral de dépenser	172
a) État actuel du droit	174
b) Application des principes jurisprudentiels à la <i>Loi canadienne sur la santé</i>	189
CONCLUSION	191

INTRODUCTION²

En 1988, les travaux de la Commission Rochon¹ «confirment que le Québec possède un des meilleurs systèmes de services de santé et de services sociaux». ² Bien qu'il fasse l'envie de plusieurs pays à travers le monde, notre régime de soins de santé n'est pas parfait. Sa principale lacune réside dans l'ampleur des ressources financières publiques qui y sont consacrées. Par exemple, en 1993-1994, près de 25% du budget du gouvernement du Québec est affecté à la santé. ³ Cet élément pécuniaire, qui se double d'une situation économique amorphe, forcent nos dirigeants politiques à mettre de l'avant des stratégies de contrôle des coûts, avant que la viabilité du système de santé lui-même ne soit mise en péril. Pour ce faire, diverses hypothèses sont envisagées. Parmi celles-ci, nous retrouvons l'imposition d'un ticket modérateur aux usagers du système d'assurance-maladie. Le gouvernement provincial considère le ticket modérateur comme un moyen efficace de préserver les acquis que se sont donnés les Québécoises et les Québécois en matière de soins de santé. ⁴ Mais il

-
2. L'auteur tient à remercier Maître Henri Brun LL.D. pour la direction du présent travail et ses précieux conseils.
 1. La Commission d'enquête sur la santé et les services sociaux est appelée Commission Rochon du nom de son président le Docteur Jean Rochon. Cette Commission fut créée par le gouvernement du Québec le 18 juin 1985, en vertu du décret 1156-85, et modifiée, par la suite, par les décrets 57-86 et 1476-87, qui ont été adoptés respectivement le 29 janvier 1986 et le 23 septembre 1987. Le mandat de la Commission se résume comme suit : «a) Évaluer le fonctionnement et le financement du système des services de santé et des services sociaux en regard de ses objectifs [...]. b) Étudier les diverses solutions possibles aux différents problèmes que connaît le système des services de santé et des services sociaux. c) Faire au Gouvernement les recommandations qui lui semblent les plus appropriées pour assurer le maintien et le développement des services de santé et des services sociaux.» Pour plus de détail sur le mandat de la commission, voir 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, Publications du Québec, 1988, pp. 706-710.
 2. *Id.*, p. XI.
 3. Conseil du trésor, *Budget 1993-1994, crédits pour l'année financière se terminant le 31 mars 1994*, Québec, Gouvernement du Québec, 1993, p. XI.
 4. À titre d'exemple, dans le journal «La Presse» du vendredi 14 mars 1993, à la page B-1, on écrit : «Pour le ministre Côté [ministre de la santé et de services sociaux du Québec], c'est précisément de tel frais [ticket modérateur] qui permettront de “sauver des grands pans de murs du régime actuel”. Québec devra, selon lui, aller plus loin dans cette direction, “pas pour balancer des chiffres mais pour sauver un système qui, en réalité n'est pas gratuit”,

y a un problème! Il semble que la décision de l'implanter dans le système d'assurance-maladie ne relève pas uniquement du gouvernement provincial.

Une province désireuse d'introduire un ticket modérateur dans son régime d'assurance-maladie risque de voir le gouvernement d'Ottawa entraver sa démarche.⁵ L'opposition du fédéral prend la forme de représailles financières à l'endroit de la province qui utilise le ticket modérateur. Il faut savoir que le gouvernement canadien, par l'intermédiaire de son pouvoir de dépenser, subventionne les systèmes de services de santé des provinces. Ces subventions sont cependant conditionnelles au respect des règles édictées à la *Loi canadienne sur la santé*.⁶ Parmi celles-ci, il est expressément prévu qu'un système provincial d'assurance-santé ne doit être grevé «d'aucuns frais modérateurs».⁷ Le non-respect de cette condition peut entraîner une réduction de l'aide financière fédérale. C'est donc en brandissant la menace d'une coupure de la subvention à leur régime de soins de santé, que le gouvernement fédéral convainc les provinces de ne pas imposer le ticket modérateur.

C'est en prenant connaissance de cette situation entourant le ticket modérateur que plusieurs interrogations à caractère constitutionnel ont germé dans notre esprit. Parmi celles-ci, nous avons retenu quatre questions qui nous permettent de délimiter notre sujet d'étude tout en l'approfondissant. Les questions qui ont particulièrement attiré notre attention sont les suivantes : quel palier de gouvernement a la capacité constitutionnelle de prendre une décision à l'égard de l'imposition d'un ticket modérateur aux usagers du régime d'assurance-maladie; l'implantation d'un ticket modérateur dans le système provincial d'assurance-maladie peut-elle être réglementée par une loi fédérale; la *Loi canadienne sur la santé*, étant donné ses dispositions touchant l'assurance-maladie et notamment le ticket modérateur, est-elle *intra vires* des pouvoirs

d'expliquer M. Côté.» Voir également dans le journal «Le Soleil» du vendredi 14 mai 1993 à la page A-5.

5. Le Parti libéral du Canada, élu en 1993, écrit, dans son programme électoral intitulé «Pour la création d'emplois. Pour la relance économique. Le plan d'action libéral pour le Canada», à la page 74 : «Un gouvernement libéral s'opposera fermement aux tickets modérateurs ou à toute formule qui démantèle notre système de santé.»
6. L.R.C. (1985), c. C-6 (Pour la suite du travail, nous la citerons sous son nom, *Loi canadienne sur la santé*, sans constamment répéter la référence).
7. *Id.*, art. 19.

législatifs du Parlement fédéral; l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser, pour empêcher le recours au ticket modérateur, est-elle conforme aux principes actuels du droit constitutionnel?

C'est dans le but de jeter un peu de lumière sur ce questionnement que nous nous proposons de rédiger le présent essai. Pour y parvenir, nous avons décidé de procéder en deux étapes. Dans un premier temps, nous allons identifier, sur le plan théorique, l'ordre de gouvernement à qui la Constitution attribue la compétence sur le ticket modérateur. Cette recherche est indispensable dans la mesure où les deux paliers de gouvernement risquent de légiférer sur le même sujet. En pratique, nous l'avons vu plus haut, le fédéral intervient déjà à propos du ticket modérateur, et le gouvernement du Québec désire faire de même. Ce premier chapitre nous permettra de connaître le législateur ayant l'autorité constitutionnelle d'agir dans ce domaine de compétence. À ce sujet, notre recherche nous amène à conclure que les législatures provinciales ont le pouvoir exclusif de légiférer à l'égard du ticket modérateur. Ce constat ouvre donc la voie à la deuxième partie du travail.

Étant donné cette compétence provinciale exclusive sur le ticket modérateur, il y a tout lieu de s'interroger sur la validité constitutionnelle de l'intervention législative fédérale sur le sujet. En vertu de la *Loi canadienne sur la santé*, le Parlement d'Ottawa réglemente le ticket modérateur. Il nous faut donc examiner la légalité de cette réglementation fédérale. Pour bien cerner cet aspect de l'étude, notre analyse s'oriente dans deux directions. Nous allons d'abord évaluer la légalité de cette loi eu égard à sa conformité au partage des compétences législatives. Par la suite, la *Loi canadienne sur la santé* étant issue du pouvoir fédéral de dépenser, c'est sous l'angle de cette notion que nous l'étudierons.

I. La compétence constitutionnelle de principe sur une question comme le ticket modérateur

L'objectif de cette première partie du travail est de déterminer, sur le plan théorique, à quel ordre de gouvernement appartient la compétence constitutionnelle sur le ticket modérateur. Pour y arriver, nous allons d'abord définir l'expression «ticket modérateur». De cette façon, il aura, dans la mesure du possible, une signification sans équivoque. Nous pourrons ainsi éviter tout

imbroglio. Par la suite, nous procéderons à une étude de l'évolution jurisprudentielle concernant cette matière constitutionnelle.

A. Définition du ticket modérateur : concept attribut de l'assurance-maladie

Avant d'aborder la définition du ticket modérateur, nous apportons une précision quant au terme lui-même. «Ticket modérateur» n'est pas la seule désignation donnée à ce concept. On utilise également l'expression «frais modérateurs». Mais qu'importe, la réalité cachée derrière ces deux termes est la même. Dans le présent travail, nous utiliserons uniquement l'appellation «ticket modérateur».

En ce qui a trait à sa définition, nous nous sommes référé à plusieurs sources. D'abord, le dictionnaire **le Petit Robert 1** nous indique qu'il est une «quote-part de frais laissée à la charge du malade, dans les Sociétés de secours mutuel, la Sécurité sociale». ⁸ Pour sa part, la Commission Castonguay-Nepveu le définit, dans son rapport, comme «une quote-part du coût des soins ou services laissée à la charge du malade». ⁹ Quant au législateur fédéral, le ticket modérateur correspond aux «frais d'un service de santé assuré autorisés ou permis par un régime provincial d'assurance-santé mais non-payables, soit directement soit indirectement, au titre d'un régime provincial d'assurance-santé, [...]». ¹⁰

À première vue, ces définitions se recoupent entre elles. Notre analyse de celles-ci permet d'y déceler, en filigrane, que deux éléments sont communs aux trois définitions. Elles mentionnent toutes que, premièrement, l'utilisateur d'un service de santé doit apporter lui-même une contribution financière pour les

8. Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, par Paul Robert, société du nouveau littré, 1979, p. 1963.

9. COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SANTÉ ET LE BIEN-ÊTRE SOCIAL, *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social, L'assurance-maladie, volume I*, Québec, gouvernement du Québec, 1967, p. 64, (Cette Commission est connue sous le nom de Commission Castonguay-Nepveu du nom de son président Monsieur Claude Castonguay et de son secrétaire Monsieur Gérard Nepveu).

10. *Loi canadienne sur la santé*, précitée, note 6, art. 2.

soins qui lui sont prodigués et, deuxièmement, que le service de santé ainsi utilisé doit être couvert par le régime étatique d'assurance-santé. Le ticket modérateur peut donc se définir, dans le cas qui nous concerne, comme étant le coût fixe que le malade doit payer lorsqu'il utilise un service de soins de santé fourni par le système provincial d'assurance-maladie.

Il est évident que la contribution financière de la personne malade est une composante essentielle du ticket modérateur. Cependant, le fait que le service de santé utilisé doit absolument en être un défrayé par l'assurance-maladie nous amène à établir un constat nécessaire à la poursuite du travail.

Nous prenons conscience que le ticket modérateur, pris isolément, n'a pas de portée réelle. Il a une signification, dans le cadre du présent essai, pour autant que nous l'analysions dans le contexte de l'assurance-maladie. Il prend toute sa valeur dans la mesure où il devient une composante du régime étatique de services de santé. Il est en quelque sorte un outil de gestion permettant soit la réduction de la consommation des soins de santé, soit l'apport de revenus supplémentaires pour l'État. Nous reviendrons plus loin sur cet aspect. Le ticket modérateur n'est ni plus ni moins qu'un accessoire du régime d'assurance-maladie.

Dans ces circonstances, nous croyons que le ticket modérateur ne peut pas être considéré comme un sujet autonome susceptible de se retrouver dans le partage des compétences constitutionnelles. Il est plutôt un élément nécessaire au plein exercice de la juridiction sur l'assurance-maladie. En conséquence, le gouvernement possédant la compétence sur l'assurance-maladie s'accapare du même coup l'autorité constitutionnelle de pouvoir utiliser le ticket modérateur.

Suivant ces observations, l'objectif du présent chapitre se trouve quelque peu modifié. Il ne s'agit plus de rechercher le détenteur de la compétence sur le ticket modérateur, mais plutôt celui de la compétence sur l'assurance-maladie. De cette façon, nous aurons réponse à notre interrogation principale car ce dernier sera investi, selon nous, du pouvoir légal de faire usage du ticket modérateur.

Il nous faut enfin ajouter un commentaire sur les objectifs poursuivis par l'imposition du ticket modérateur. Comme nous l'avons dit plus haut et comme

son nom l'indique, il peut servir à modérer l'utilisation des services publics de soins de santé. Il peut également avoir pour effet de procurer au gouvernement provincial une nouvelle source de revenu pouvant servir, par exemple, à financer le système d'assurance-maladie lui-même. À notre avis, les politiciens tenteront d'accoler au ticket modérateur l'un de ces objectifs qui semble le plus acceptable pour la population. Nous croyons cependant que la rhétorique importe peu pour faire jouer à ce concept le rôle désiré. Selon nous, seuls les résultats de son application permettront de préciser ses effets. De toute façon, pour les fins du présent travail, il importe peu de savoir laquelle de ces deux fins est recherchée. Dans les deux cas, le mécanisme est le même.

B. La Loi constitutionnelle de 1867¹¹ et l'assurance-maladie

Pour connaître le palier de gouvernement qui détient le pouvoir de légiférer sur l'assurance-maladie, nous devons inévitablement recourir au texte fondamental qu'est la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, nulle part dans le partage des compétences on retrouve l'assurance-maladie. Ceci s'explique par le contexte de l'époque.

À la naissance de la fédération canadienne, l'assurance-maladie n'existe tout simplement pas. Les interventions étatiques dans le domaine de la santé sont inexistantes, sinon très limitées. Les personnes malades ont recours aux soins de leur famille et des communautés religieuses.¹² Dans ce contexte, il n'est pas surprenant de constater que la Constitution, dans le partage des pouvoirs, ne fasse pas expressément mention de l'assurance-maladie. Nonobstant ce constat, les principes d'exhaustivité de la distribution des pouvoirs¹³ et d'interprétation

11. 30 & 31 Vict., R.-U., c.3, (Pour la suite du travail, nous la citerons sous son nom, *Loi constitutionnelle de 1867*, sans constamment répéter la référence).

12. À ce sujet, voir Andrée LAJOIE et Patrick A. MOLINARI, «Partage constitutionnel des compétences en matière de santé au Canada», (1978) 56 *R. du B. can.* 579 et COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, *Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces, volume 2, Recommandations*, Ottawa, 1940, p.15.

13. À ce sujet, Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2ième édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, nous disent, à la page 404 : «La règle de l'exhaustivité signifie que c'est l'ensemble des compétences législatives qui fut partagé par la *Loi constitutionnelle de 1867* entre le fédéral et les provinces. En principe, toute matière

dynamique et évolutive de la Constitution,¹⁴ nous enseignent que la notion d'assurance-maladie se trouve implicitement inscrite quelque part dans le partage des compétences constitutionnelles. Ce sont donc les tribunaux qui ont eu à déterminer l'endroit où s'insère l'assurance-maladie dans la distribution des pouvoirs législatifs.

a) L'assurance-maladie : une matière provinciale

C'est dans les années 1920 et 1930 que le gouvernement fédéral commence à s'intéresser au concept d'assurance-maladie. En 1935, il entreprend une démarche importante en vue d'établir les bases d'un système public de ce genre.¹⁵ Cette initiative du fédéral prend la forme d'une législation portant le nom de *Loi sur le placement et les assurances sociales*.¹⁶ Étant incertain de sa validité constitutionnelle, le Gouvernement canadien soumet cette loi au contrôle de la Cour suprême du Canada.

En 1936, la Cour suprême,¹⁷ qui constitue à ce moment-là le plus haut tribunal en territoire canadien mais non pas celui de dernière instance, déclare majoritairement¹⁸ la *Loi sur les assurances sociales ultra vires* des pouvoirs fédéraux.¹⁹ Ce jugement est porté devant le Comité judiciaire du Conseil privé

14. peut être régie par l'un ou l'autre des ordres de gouvernement.»
Id., p. 206 où les professeurs Brun et Tremblay nous disent à ce sujet : «[...] il importe peu qu'une situation n'ait pas été envisagée par le législateur constituant, notamment en 1867 et en 1982. La Constitution est capable de s'adapter à l'évolution de la société».

15. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES SERVICES DE SANTÉ, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les services de santé, volume 1*, Ottawa, 1964, pp. 400-401.

16. 25-26 George V, chapitre 38, Statuts du Canada 1935. (Pour la suite du travail, nous la citerons sous le nom de *Loi sur les assurances sociales*, sans constamment répéter la référence).

17. *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of Canada*, 1935, [1936] R.C.S. 427.

18. 4 contre 2.

19. La question à laquelle la Cour suprême du Canada devait répondre est la suivante : «Is the *Employment and Social Insurance Act*, or any of the provisions thereof and in what particular or particulars or to what extent, *ultra vires* of the Parliament of Canada?», voir *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of*

qui confirme la décision du tribunal canadien.²⁰ Regardons de plus près l'importance de ces décisions sur le sujet qui nous occupe.

La *Loi sur les assurances sociales* est avant tout une législation mettant de l'avant un régime national d'assurance-chômage à contribution obligatoire des employeurs, des employé(e)s et du gouvernement fédéral. Dans le préambule de la loi, le Parlement d'Ottawa considère «qu'il est essentiel pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, de procurer un service national de placement et d'assurance contre le chômage, et d'autres formes d'assurances sociales [...]».²¹ Parmi ces autres formes d'assurances sociales, c'est celle de la partie 4 qui nous intéresse davantage. Sous la rubrique «santé nationale», le fédéral mandate la Commission de placement et d'assurances sociales, elle-même une création de la loi, de jeter les bases d'un système public de soins de santé.²² Les intentions du gouvernement fédéral de mettre sur pied un régime d'assurance-maladie sont claires. Mais la constitutionnalité de la loi l'est moins. Regardons de quelle manière la Cour suprême et, par la suite, le Comité judiciaire du Conseil privé analysent l'initiative fédérale dans ce domaine.

La majorité de la Cour suprême nous dit que la *Loi sur les assurances sociales* affecte des sujets comme le chômage, le service d'emploi et la santé, et que ceux-ci sont de compétence provinciale.²³ En prenant cette position, le

Canada, précité, note 17, 429.

20. *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355.

21. *Loi sur les assurances sociales*, précitée, note 16, préambule.

22. *Id.*, art. 40. Le rôle de la Commission est précisément défini à l'article 40 de la loi qui se lit comme suit : «La Commission est tenue : a) de recueillir des rapports, publications, renseignements et données concernant tout projet ou plan, qu'il soit un projet ou plan d'État, de collectivité ou un autre projet ou plan visant tout groupe ou toute catégorie de personnes, un projet ou plan en opération ou projeté, au Canada ou ailleurs, destiné à fournir, sur une base collective ou coopérative, par voie d'assurance ou autrement, (i) des soins médicaux, dentaires et chirurgicaux, y compris les médicaments, les produits pharmaceutiques, les accessoires ou l'hospitalisation, [...]»

23. *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of Canada*, précité, note 17, 452.

tribunal entérine le courant jurisprudentiel de l'époque à l'effet que la santé est une matière essentiellement provinciale.²⁴ À ce propos, la Cour mentionne :

«It being well understood and, in fact, conceded that these are subject-matters falling within the legislative authority of the provinces, [...]»²⁵

L'analyse de la Cour ne s'arrête pas ici. En ce qui concerne précisément l'assurance-maladie, le tribunal complète son raisonnement en amenant un autre élément. La Cour semble nous dire que la détermination du titulaire de la compétence sur l'assurance-maladie s'articule autour des notions de santé et d'assurance. Nous en prenons pour preuve ce passage du jugement qui se lit comme suit :

«Insurance of all sorts, including insurance against unemployment and *health insurances*, have always been recognized as being exclusively provincial matters under the head “Property and Civil Rights”, or under the head “Matters of a merely local or private nature in the Province”.»²⁶ (Nos italiques)

Cette position de la Cour suprême est lourde de conséquence. La Cour statue que le pouvoir sur les assurances, conféré par les paragraphes 92(13) et (16), donne aux provinces la compétence exclusive sur l'assurance-maladie. Ce qui signifie que la porte est désormais fermée à toute tentative fédérale d'implanter un système national d'assurance-santé. Hormis cette conclusion, la citation du tribunal mérite des éclaircissements.

Comment devons-nous interpréter l'affirmation de la Cour voulant que «insurance of all sorts, [...], have always been recognized as being exclusively

24. Pour avoir un exposé complet sur le partage des compétences dans le domaine de la santé, voir A. LAJOIE et P. A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 12, 579; voir aussi Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et J.M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1981, pp. 36-44.

25. *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of Canada*, précité, note 17, 454.

26. *Id.*, 451.

provincial matters». Est-ce à dire que l'objet qui est assuré (Exemples : la santé dans l'assurance-maladie, le chômage dans l'assurance-chômage, etc.) n'importe pas dans la recherche de l'identité du détenteur d'une compétence constitutionnelle. N'importe quel genre d'assurance est-il nécessairement de compétence provinciale? Qu'arrive-t-il si le sujet qui accompagne l'assurance est de compétence fédérale? À notre avis, la réponse à cette interrogation se trouve dans un principe de base du droit constitutionnel.

En recherchant le caractère véritable de la loi, on est en mesure de déterminer sur quel sujet elle porte essentiellement. Ainsi, le sujet prédominant indique, selon nous, de quel ordre de gouvernement doit relever cette loi. Nous croyons que c'est de cette manière que la Cour a résolu le problème de l'assurance-maladie. À cet effet, dans son analyse du caractère véritable de la *Loi sur les assurances sociales*, la Cour suprême établit, de manière implicite, qu'autant la santé que l'assurance sont de nature à mettre cette loi sous la juridiction des provinces. À ce sujet, le tribunal nous dit :

«In the premises, the Act submitted to the Court is not a mere encroachment on the provincial fields through the exercise of powers allegedly ancillary or incidental to one of the enumerated powers of section 91; *in pith and substance, it is a direct and unwarranted appropriation of the powers attributed to the legislatures by force of Section 92 of the Constitution.*»²⁷ (Nos italiques)

Le fédéral ne peut donc d'aucune façon justifier sa loi en vertu de ses prérogatives législatives. La Constitution ne lui permet nullement de légiférer dans ce domaine. Nous comprenons que les provinces sont, permettez-nous l'expression, doublement titulaires de l'assurance-maladie. Doublement parce qu'elles sont à la fois détentrices de la compétence législative sur la santé et sur les assurances. Ainsi, la *Loi sur les assurances sociales* est déclarée, par la Cour suprême, *ultra vires* des pouvoirs du gouvernement fédéral. En appel, le Comité judiciaire du Conseil privé se dit du même avis. Les conseillers de la couronne mentionnent que :

27. *Id.*, 455.

«In the present case, their Lordships agree with the majority of the Supreme Court in holding that in pith and substance this Act is an insurance Act affecting the civil rights of employers and employed in each Province, and as such is invalid. *The other parts of the Act are so inextricably mixed up with the insurance provisions [...] that it is impossible to sever them. [...] It follows that the whole Act must be pronounced ultra vires, [...]*»²⁸ (Nos italiques)

En accord avec la Cour suprême du Canada, le Comité judiciaire du Conseil privé en vient à la conclusion qu'il s'agit d'une loi affectant la compétence provinciale sur l'assurance. Le caractère véritable de la loi confirme qu'elle touche le droit civil.²⁹ En ce qui regarde la structure du régime d'assurance-maladie proposé dans la loi, le Comité judiciaire y va d'une déduction de cause à effet. Il est impossible, selon le Comité, de valider les dispositions concernant l'assurance-maladie tout en déclarant inconstitutionnel le reste de la loi. Cette partie de la loi ne peut exister d'une façon autonome. La *Loi sur les assurances sociales* est *ultra vires* dans sa totalité. Argument moins limpide que celui de la Cour suprême, mais qui en bout de ligne attribue définitivement l'assurance-maladie aux gouvernements provinciaux.

En résumé, selon nous, ces deux arrêts démontrent sans équivoque que la Constitution confie aux provinces le pouvoir sur l'assurance-maladie. À cette époque, seules les provinces sont habilitées à mettre sur pied un régime d'assurance-maladie. Rien n'autorise le gouvernement fédéral à agir dans ce domaine. Ainsi, comme nous le disions au début du chapitre, le palier de gouvernement possédant la compétence sur l'assurance-maladie possède également le droit d'imposer le ticket modérateur. En conséquence, nous pourrions conclure que les provinces ont le droit d'imposer le ticket modérateur dans leur système d'assurance-maladie. Avant d'en arriver là, nous devons vérifier si l'état actuel du droit sur l'interprétation de ce champ de compétence est toujours le même.

28. *Attorney-General for Canada and Attorney-General for Ontario*, précité, note 20, 367.

29. *Id.*

C. État actuel du droit

Pour brosser un tableau de l'état actuel du droit sur le partage des compétences concernant l'assurance-maladie, nous avons retracé les deux décisions de la Cour suprême du Canada les plus significatives en la matière. Nous les passerons en revue afin d'en extraire ce qui est susceptible de nous indiquer des modifications au courant jurisprudentiel. Ces jugements ne sont pas directement liés à l'assurance-maladie, mais, par analogie, nous sommes en mesure de saisir l'évolution du droit en rapport avec notre sujet d'étude. Ces arrêts sont les suivants : *Schneider c. La Reine*³⁰ et *R. c. Morgentaler*.³¹

Dans l'affaire *Schneider c. La Reine*,³² une loi de la Colombie-Britannique est contestée. Il s'agit de l'*Heroin treatment Act*³³ qui élabore un plan de traitement obligatoire afin de venir en aide aux personnes dépendantes de l'héroïne. L'appelante demande à la Cour suprême de déclarer cette loi *ultra vires* des pouvoirs de la Législature provinciale. La Cour, à l'unanimité, rejette son appel. Le débat gravite autour du titulaire de la compétence législative sur le traitement des toxicomanes. On se demande si la loi relève du fédéral, en vertu du droit criminel, ou plutôt des provinces conformément à leur pouvoir sur la santé.

La Cour conclut que la législation contestée concerne essentiellement la santé publique. À cette étape du jugement, le tribunal se doit de déterminer qui peut faire quoi dans le domaine de la santé publique. C'est en répondant à cette interrogation que la Cour suprême amène des éléments suscitant un intérêt pour le présent chapitre.

Le juge Dickson, au nom de sept des neuf juges de la Cour, résume l'ensemble des prérogatives provinciales en matière de santé publique. Précisant que ce sujet n'est pas spécifiquement énoncé à la Constitution, il mentionne que :

30. [1982] 2 R.C.S. 112.
31. [1993] 3 R.C.S. 463.
32. *Schneider c. la Reine*, précité, note 30.
33. 1978 (C.B.), chap.24.

«[...] historiquement du moins, la compétence générale en matière de santé publique a été considérée comme appartenant aux provinces en vertu du par. 92(16) [...] même si la portée considérable de cette compétence n'avait probablement pas été prévue en 1867.

Le point de vue selon lequel la compétence générale en matière de santé appartient aux provinces (en admettant une compétence limitée du fédéral, accessoire aux attributions expresses de compétence de l'art. 91 ou consécutive au pouvoir d'urgence relatif à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement) s'est imposé et n'est pas maintenant sérieusement contesté [...].»³⁴ (Nos italiques)

Ce passage confirme nettement que les provinces possèdent une compétence générale en matière de santé. Le fédéral, quant à lui, détient un pouvoir accessoire dans ce domaine. Ce pouvoir s'exerce en vertu de ses attributions de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁵ ou de son pouvoir de légiférer pour «la paix, l'ordre et le bon gouvernement»,³⁶ en cas d'urgence.³⁷ Il s'agit uniquement d'exceptions à la compétence provinciale générale sur la santé.

34. *Schneider c. la Reine*, précité, note 30, 137. Cette position a été intégralement reprise dans *Bell Canada c. Québec (CSST)*, [1988] 1 R.C.S. 749, 761.

35. À ce sujet, voir A. LAJOIE et P. A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 12, 599, 602. Sur le pouvoir accessoire, voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 410.

36. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 11, paragraphe introductif de l'art. 91.

37. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, pp. 484-488 et Michel DESCHÊNES, «Les pouvoirs d'urgence et le partage des compétences au Canada», (1992) 33 *C. de D.* 1181, 1190-1191. À propos du pouvoir de «paix, ordre et bon gouvernement», il est à noter que son volet «dimension nationale» a déjà donné ouverture à une compétence fédérale en matière de santé publique. Dans l'affaire *Procureur général du Canada c. RJR-MacDonald* ([1993] R.J.Q. 375), la Cour d'appel du Québec en arrive à cette conclusion. En l'espèce, la Cour établit que la législation fédérale contestée, visant le domaine de la santé, relève du Parlement fédéral en vertu de son pouvoir de «paix, ordre et bon gouvernement», sous l'angle de la «dimension nationale». En appel, la Cour suprême du Canada (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 127 D.L.R. (4th) 1) ne retient pas la position de la Cour d'appel. Le plus haut tribunal canadien statue plutôt que la loi attaquée est un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Nous pouvons penser que si l'opinion de la Cour d'appel du Québec avait été confirmée, l'application de ce pouvoir aurait peut-être provoqué des conséquences sur le partage des pouvoirs sur l'assurance-maladie. Il semble que la «dimension nationale» du pouvoir de «paix, ordre et bon gouvernement» s'interprète largement (voir H. Brun et G. Tremblay, *op. cit.*, note 13, p. 488-493).

En conséquence, rien dans l'arrêt *Schneider c. La Reine*³⁸ ne peut laisser croire que la compétence provinciale sur l'assurance-maladie a subi une modification. Les pouvoirs fédéraux en matière de santé n'affecte pas, selon nous, l'autorité des provinces sur l'assurance-maladie. La conclusion majoritaire de cette décision consolide notre opinion à l'effet que les gouvernements provinciaux ont l'entier pouvoir sur leur système d'assurance-maladie et le ticket modérateur. La seconde décision est encore plus convaincante à cet égard.

Un jugement récent de la Cour suprême jette un éclairage net et précis sur le sujet. Dans la décision *R. c. Morgentaler*,³⁹ le juge Sopinka, au nom de la Cour, doit déterminer si la législation néo-écossaise, interdisant l'avortement ailleurs que dans les hôpitaux, échappe à la compétence législative provinciale parce qu'elle ressortit, en raison de son caractère véritable, du droit criminel. La Cour statue que la législation en cause relève du droit criminel et, de ce fait, excède les pouvoirs du Gouvernement de la Nouvelle-Écosse.

Pour en arriver à cette conclusion, le tribunal définit la portée et l'étendue de «la compétence de la province en matière de santé».⁴⁰ C'est cette section de la décision qui est pour nous la plus pertinente. Le juge Sopinka dit :

«Le paragraphe 92(7) de la **Loi constitutionnelle de 1867** accorde aux provinces la compétence législative générale sur les hôpitaux et les par. 92(13) et (16) leur attribuent la compétence sur la profession médicale et sur la pratique de la médecine. *Le paragraphe 92(16) leur accorde aussi la compétence générale en matière de santé sur leur territoire : [...]*

En outre, tous sont d'accord pour dire que les chefs de compétence de l'art. 92 invoqués par l'appelante attribuent aux provinces la compétence sur les soins de santé dans la province en général, y compris les questions de coûts et d'efficacité, la nature du système de santé et la privatisation des services médicaux.»⁴¹ (Nos italiques)

38. Précité, note 30.
39. *R c. Morgentaler*, précité, note 31.
40. *Id.*, 490.
41. *Id.*, 490 et suiv.

Le tribunal ne peut pas être plus précis sur le sujet. Ce jugement confirme expressément que les provinces ont une compétence générale sur la santé. De plus, la Cour précise textuellement que cette compétence inclut les soins de santé, la nature, les coûts et l'efficacité du système, etc. Par le fait même, le fédéral ne peut intervenir dans ces domaines. Il nous paraît donc évident que les propos du tribunal attribuent aux provinces l'autorité constitutionnelle complète sur l'assurance-maladie. Au surplus, le pouvoir de gérer les coûts et l'efficacité du système atteste, selon nous, qu'elles ont le plein pouvoir d'imposer un ticket modérateur.

Nous avons donc la réponse à notre question du départ. Les gouvernements provinciaux ont la compétence sur l'assurance-maladie. Et nous croyons, conséquemment à la présente décision et à l'exposé ci-haut, que la *Loi constitutionnelle de 1867* confie exclusivement aux législatures provinciales le pouvoir constitutionnel d'imposer le ticket modérateur dans leur système de santé. Ceci dit, il devient pertinent de s'interroger sur la validité constitutionnelle de l'interdiction du ticket modérateur faite par *Loi canadienne sur la santé*. C'est ce que nous allons faire dans le second chapitre.

II. La validité constitutionnelle de l'intervention législative fédérale concernant le ticket modérateur

L'objectif du présent chapitre consiste à déterminer si la *Loi canadienne sur la santé*, en tenant compte de ses dispositions concernant l'assurance-maladie et le ticket modérateur, est *intra vires* des pouvoirs législatifs du Parlement fédéral. Pour ce faire, nous avons divisé notre travail en trois sections. Premièrement, nous tenterons de retracer les motifs à l'origine de cette initiative fédérale. Par la suite, nous évaluerons la validité constitutionnelle de la *Loi canadienne sur la santé*. Finalement, étant donné que cette dernière est une manifestation du pouvoir de dépenser, nous examinerons si elle est conforme aux critères du droit actuel ayant trait à cette notion.

A. L'origine de la *Loi canadienne sur la santé* (L.R.C. (1985), c. C-6)

a) Aspect politique de la santé

Le titre de cette section, «aspect politique de la santé», évoque un élément qui semble déborder le cadre d'un essai de maîtrise en droit. Pour exécuter ce type de travail, on doit habituellement se consacrer aux principes légaux en s'abstenant de s'étendre sur des thèmes politiques. Dans le présent cas, il est cependant inévitable de faire référence à l'idéologie politique qui gouverne les actions du gouvernement fédéral. Nous l'avons vu plus haut, ce dernier n'est pas censé constitutionnellement pouvoir légiférer sur l'assurance-maladie et le ticket modérateur. Qu'à cela ne tienne, il intervient par le truchement de la *Loi canadienne sur la santé*. Quelles sont les raisons qui animent une telle attitude? D'un point de vue chronologique et politico-historique, nous allons voir pourquoi et par quel moyen le fédéral en est arrivé à élaborer cette loi.

C'est à l'intérieur de rapports de commissions d'enquêtes fédérales et provinciales que nous avons recherché les objectifs sous-jacents à l'intervention législative fédérale. Il est à noter que les renseignements recueillis dans la présente section seront utiles à l'analyse de la validité constitutionnelle de la *Loi canadienne sur la santé*. Nous nous y rapporterons, si nécessaire, à la section suivante où nous procéderons à l'évaluation de cette loi.

1. Le rapport de la Commission Tremblay (1956)

En 1953, le gouvernement du Québec met sur pied la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels.⁴² Elle étudie, parmi d'autres sujets, la disparité de la répartition des impôts entre les deux ordres de gouvernement. Elle se penche également sur l'envahissement par le

42. Cette Commission a été créée par la *Loi instituant une Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, sanctionnée le 12 février 1953. (Elle est également connue sous le nom de Commission Tremblay du nom de son président le juge Thomas Tremblay).

gouvernement fédéral de domaines de taxation réservés aux provinces. On veut en connaître les conséquences sociales, économiques et politiques.⁴³

Au sujet de la santé, la Commission Tremblay trace un portrait de la situation. Elle nous dit qu'au fil des ans, le fédéral a constamment subventionné les interventions provinciales en matière de santé.⁴⁴ À titre d'exemple, en 1943, le gouvernement fédéral, par l'intermédiaire de la *Loi sur l'aptitude physique nationale*,⁴⁵ met à la disposition des provinces des sommes d'argent dans le domaine de la santé. En 1948, le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social conçoit un programme de subventions destinées à la construction d'hôpitaux, aux soins d'enfants infirmes, à l'hygiène mentale, à la lutte contre le cancer et les maladies vénériennes, etc. Selon ce que nous dit la Commission, ce programme est considéré, par le premier ministre fédéral de l'époque, comme annonciateur d'un régime d'assurance-santé à l'échelle du pays.⁴⁶

Le Québec, nous rappelle la Commission Tremblay, s'est toujours opposé à toute implication du fédéral dans le domaine de la santé. Mais peu importe les réticences provinciales, le fédéral tente constamment de démontrer que sa participation est nécessaire sur le plan pécuniaire.

Le gouvernement fédéral considère que les provinces n'ont pas la capacité financière pour assumer seules les coûts rattachés aux services de santé offerts à la population. Elles n'ont pas les revenus fiscaux suffisants. À cet effet,

43. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels, volume I*, Québec, 1956, p. VI.

44. Les travaux de la Commission Royale des relations entre le Dominion et les provinces (mieux connue sous le nom de Commission Rowell-Sirois) nous apprennent que les subventions conditionnelles, dans le domaine de la santé, existent au Canada depuis 1913. À ce sujet, voir COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, *op.cit.*, note 12, p. 35 et L. M. GOUIN et Brooke CLAXTON, *Expédients constitutionnels adoptés par le Dominion et les provinces. Étude préparée pour la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces*, appendice 8, Ottawa, 1939, p. 18.

45. Promulguée le 1er octobre 1943.

46. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS, *op.cit.*, note 43, p.176.

la Commission cite un passage de *l'annuaire du Canada de 1954* mentionnant que :

«Même si, d'après la constitution canadienne, la responsabilité primordiale en matière d'hygiène publique incombe aux provinces, la nature particulière de certains problèmes d'hygiène publique et *les besoins fiscaux des provinces ont nécessité la participation fédérale dans certains domaines de la santé publique.*»⁴⁷ (Nos italiques)

L'indigence provinciale semble inciter le fédéral à venir à leur rescousse. Ceci dit, nous sommes en droit de nous demander si le fédéral jouit d'une situation financière plus confortable. À ce sujet, la Commission Tremblay révèle que le gouvernement fédéral a dans son escarcelle plus d'argent que ne l'exige la mise en oeuvre de ses propres compétences constitutionnelles. Cet excédent d'argent provient surtout du rendement de l'impôt créé en faveur de la première guerre mondiale.⁴⁸ La Commission Tremblay en arrive à cette conclusion après avoir décrit la relation causale suivante :

«Comment alors ne pas faire un rapprochement entre d'une part, ses gestes répétés de générosité à l'égard des provinces et, d'autre part, son refus persistant d'évacuer le champ d'impôt direct où il s'est introduit à la faveur de la guerre.»⁴⁹

En résumé, en raison de la guerre, le fédéral charge les contribuables canadiens d'un impôt spécial. La guerre terminée, l'impôt n'est donc plus nécessaire. Mais il n'est pas aboli. De là le surplus de revenus que le fédéral utilise pour subventionner conditionnellement les provinces. Dans ce contexte, il y a tout lieu de s'interroger sur cette pratique. Pourquoi le fédéral ne se retire pas de ce champ de taxation. Il pourrait ainsi laisser la voie libre aux provinces afin qu'elles puissent percevoir leur propre impôt.

47. *Annuaire du Canada 1954, ressources, histoire, institutions et situation économique et sociale du Canada*, Ottawa, 1954, p. 220.

48. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS, *op.cit.*, note 43, p. 86.

49. *Id.*

Il nous semble que le fédéral ne veuille pas ce départir de ce surplus monétaire au profit des provinces. Nous croyons que l'utilisation de cet excédent, par le pouvoir de dépenser, permet au fédéral de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement à l'égard de son projet pan-canadien d'assurance-santé.

Nous avons vu, au premier chapitre, que le jugement de 1936 concernant la *Loi sur les assurances sociales* établissait que le gouvernement fédéral ne possède pas l'autorité constitutionnelle pour implanter un système d'assurance-maladie à l'échelle du pays. Par contre, le fédéral n'abandonne pas pour autant le désir d'atteindre cet objectif. Il veut y parvenir d'une autre manière. À cet effet, il profite de sa marge de manoeuvre financière et de la faiblesse des provinces sur ce plan. Le versement de subventions conditionnelles, par son pouvoir de dépenser, permet au gouvernement fédéral d'aiguiller la législation des provinces en matière d'assurance-maladie. En établissant des règles d'obtention de l'aide financière, le fédéral façonne, selon ses propres désirs, les régimes provinciaux de santé. Hormis cette intention de vouloir doter le Canada d'un système de santé uniforme, l'attitude du fédéral est justifiée, selon la Commission, par une idéologie sous-jacente.

De façon implicite, la Commission Tremblay lève partiellement le voile sur cette idéologie. Elle constate que la situation prévalant à l'époque dans le domaine de la santé laisse transparaître la quintessence de l'objectif fédéral. Dans son rapport, la Commission écrit ce qui suit :

«À première vue, tout cela paraît excellent. Il faut cependant rappeler qu'en agissant ainsi le gouvernement fédéral excède ses pouvoirs constitutionnels; le même résultat aurait pu être atteint si, par un ajustement fiscal, les provinces avaient été mises en état de répondre elles-mêmes à leurs besoins. Le gouvernement fédéral ne semble cependant pas vouloir se départir de son attitude actuelle et déclare ouvertement son intention d'en arriver à l'établissement d'un plan général d'assurance-santé au Canada. Or, s'il est un domaine où le problème des relations fédérales-provinciales dépasse les horizons

*immédiats de la fiscalité et de la répartition des ressources, c'est bien
celui de la santé et du bien-être.»⁵⁰ (Nos italiques)*

La Commission ne nous dit pas exactement de quoi il est question. Nous constatons que le fédéral est guidé par autre chose que «la fiscalité et la répartition des ressources». Les propos sibyllins de la Commission laissent sous-entendre que le régime d'assurance-maladie recèle un objectif parallèle à celui de fournir des soins à tous les Canadiens. À la lumière de nos recherches, nous croyons que la Commission veut nous dire que le fédéral voit dans le système d'assurance-santé, un symbole important contribuant au raffermissement de l'unité nationale canadienne. À ce sujet, nous avons recueilli des informations beaucoup plus explicites dans le rapport d'une commission créée par le gouvernement fédéral.

2. Le rapport de la Commission Hall (1964)⁵¹

Pour bien comprendre le contexte de l'époque dans lequel s'insèrent les travaux de la Commission Hall, il faut d'abord faire un bref état de l'évolution de la législation en matière de santé. Le Parlement fédéral adopte, en 1957, la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostics*.⁵² Cette loi s'inscrit dans le cadre du programme à frais partagés entre Ottawa et les provinces. C'est-à-dire que le gouvernement fédéral incite les provinces, en assumant cinquante pour cent (50%) de la facture, à mettre sur pied un régime d'assurance-hospitalisation. En 1961, le Québec décide de participer à cette initiative fédérale par l'intermédiaire de la *Loi instituant l'assurance-hospitalisation*.⁵³ À partir de ce moment-là, la prochaine étape à atteindre pour le gouvernement fédéral devient l'assurance-maladie. C'est donc pour paver la voie à ce futur régime qu'Ottawa mandate la Commission Hall de faire :

-
50. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels, volume III, tome I*, Québec, 1956, p. 88.
51. *Op. cit.*, note 15. La Commission royale d'enquête sur les services de santé a été créée par le décret C.P. 1961-883 du 20 juin 1961 (Elle est également connue sous le nom de Commission Hall du nom de son président Monsieur le juge en chef Emmett M. Hall).
52. 5-6 Élisabeth II, chap.28, devenue par la suite S.R.C. 1970, c. H-8 et abrogée par S.C. 1984, chap. C-6, art. 32.
53. S.Q. 1960-61, chap.78, devenue par la suite L.R.Q., c. A-28.

«[...] enquête et rapport sur les moyens actuels et les besoins futurs en ce qui concerne les services de santé pour la population du Canada, [...] et pour recommander les mesures, *compatibles avec la répartition constitutionnelle des pouvoirs législatifs au Canada*, qui, [...], assureront que les meilleurs soins possibles de santé seront à la disposition de tous les Canadiens, [...]»⁵⁴ (Nos italiques)

C'est par la rédaction d'une «charte de santé des canadiens» que la Commission élabore les principes fondamentaux qui doivent guider le nouveau système. Celle-ci dévoile également l'esprit dans lequel on désire voir naître l'assurance-santé. La Commission considère que :

«La réalisation des normes de santé les plus élevées au bénéfice de notre population *doit devenir un objectif premier de la politique nationale et un facteur de cohésion qui contribuera à cimenter l'unité nationale*, en faisant appel au sens des responsabilités et à l'action des particuliers et de la communauté. *Le mieux à faire pour réaliser cet objectif est d'établir un Régime de services de santé complet et universel pour la population canadienne*,»⁵⁵ (Nos italiques)

La Commission écrit noir sur blanc que l'objectif de la mise en place d'un système de santé pan-canadien est de «cimenter l'unité nationale». La santé touche l'ensemble des individus d'une société. Tout citoyen peut au moins une fois au cours de son existence recourir aux services du système d'assurance-santé. De ce fait, la Commission lui prête des vertus de rassembleur et d'unificateur. En fournissant des services de soins de santé de qualité, le régime devient un objet de fierté pour chaque Canadien et Canadienne. Il a pour effet de réunir la population. Cette dernière aime son pays parce que son pays est bon pour elle. Message patriotique s'il en est un, mais c'est du moins la lecture que nous faisons de la citation ci-haut. Outre ce dessein politique, la Commission doit, conformément à son mandat, démontrer que l'implication du gouvernement fédéral est en accord avec la répartition des pouvoirs législatifs.

54. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES SERVICES DE SANTÉ, *op.cit.*, note 15, p. XIV.

55. *Id.*, 12.

Du point de vue de la légalité constitutionnelle de la participation fédérale, la Commission reprend un refrain déjà connu. Le fédéral doit s'engager, selon elle, parce qu'il est financièrement en mesure d'assumer un rôle dans l'implantation du système de santé. Les provinces ne peuvent financièrement agir seules à cet égard. Toujours dans la «charte de santé des canadiens», la Commission Hall prend position de la manière suivante :

«L'«évolution du régime constitutionnel du Canada» tient compte de la compétence première des gouvernements provinciaux en matière de santé, y compris l'échelonnement, l'étendue et l'administration des services de santé, *aussi bien que la nécessité de l'assistance financière fédérale pour permettre à chaque province d'établir un Régime de services de santé complet et universel.*»⁵⁶ (Nos italiques)

La Commission souligne que la Constitution reconnaît à la fois la juridiction provinciale dans le domaine de la santé, et l'apport pécuniaire nécessaire du gouvernement fédéral pour la mise en place de l'assurance-maladie. Ainsi, selon la Commission, le fédéral est accrédité pour procéder de cette façon. Ici encore, la faiblesse financière des provinces légitime le fédéral à intervenir dans ce domaine de compétence.

En résumé, le rapport de la Commission Hall démontre bien ce que nous appelons «aspect politique de la santé». À notre avis, le renforcement de l'unité nationale est le motif fondamental qui incite le fédéral à utiliser son pouvoir de dépenser dans le domaine de l'assurance-maladie. En réalité, il pouvait agir autrement. Pour éviter de s'ingérer dans cette compétence provinciale, il aurait pu tout simplement transférer inconditionnellement aux provinces l'argent qu'il détenait à cette fin. D'ailleurs, le Québec privilégiait cette solution à l'époque.⁵⁷ Nous allons voir maintenant que l'opposition du Québec n'a jamais fait fléchir la volonté du gouvernement central en ce qui concerne l'assurance-maladie.

56. *Id.*

57. COMITÉ DE RECHERCHES SUR L'ASSURANCE-SANTÉ, *Premier rapport du Comité de recherches sur l'assurance-santé, volume III*, Québec, 1966, p. 9.

3. Le rapport de la Commission Castonguay-Nepveu (1967)⁵⁸

En 1966, le gouvernement du Québec mandate la Commission Castonguay-Nepveu de lui présenter une conception d'ensemble de la santé et de la sécurité sociale.⁵⁹ Préalablement aux travaux de cette Commission, le premier ministre du Québec d'alors fait connaître sa position sur la question. Il affirme, dans le cadre d'une conférence fédérale-provinciale en juillet 1965, que l'objectif du gouvernement du Québec est de prendre les choses en main dans le domaine de l'assurance-maladie. Il déclare à l'époque que :

«[...] c'est que nous avons l'intention bien ferme de doter nos citoyens d'un régime complet d'assurance-maladie, sous la juridiction du Québec lui-même et adapté à ses besoins. *Nous tiendrons notre programme d'assurance-maladie à l'extérieur, le cas échéant, de tout programme conjoint fédéral-provincial.* Nous voulons ainsi nous conformer à notre politique générale d'option dans les domaines qui relèvent de notre compétence et où nous croyons être en mesure d'agir plus efficacement que le gouvernement central.»⁶⁰ (Nos italiques)

La volonté du gouvernement québécois est de créer son propre système d'assurance-maladie avec ses propres critères. Un régime selon les goûts et les attentes des Québécoises et Québécois. Le fédéral doit y participer par une contribution financière exempte de condition. Selon le chef du gouvernement québécois, le transfert aux provinces de points d'impôts peut faire foi de l'aide pécuniaire fédérale.⁶¹ Donc, dans cette optique, il s'agit d'un système d'assurance-maladie financé conjointement par la province et le fédéral, sans que ce dernier puisse imposer des normes nationales. Avec cette position gouvernementale, la Commission Castonguay-Nepveu sait dans quelle direction elle doit s'orienter.

58. La Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social a été créée par l'arrêté en conseil no. 2046 du 9 novembre 1966. (Elle est également connue sous le nom de Commission Castonguay-Nepveu du nom de son président Monsieur Claude Castonguay et de son secrétaire Monsieur Gérard Nepveu).

59. COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SANTÉ ET LE BIEN-ÊTRE SOCIAL, *op.cit.*, note 9, p. IX et X.

60. COMITÉ DE RECHERCHES SUR L'ASSURANCE-SANTÉ, *op.cit.*, note 57, p. 10.

61. *Id.*, p. 10 et 11.

Connaissant l'état de la jurisprudence constitutionnelle sur le partage des compétences concernant l'assurance-maladie,⁶² la Commission prône une prise en charge du système par le gouvernement provincial uniquement. Pour le financement, la Commission y va de la recommandation suivante :

«Que le gouvernement du Québec demande au gouvernement du Canada de lui accorder une compensation fiscale inconditionnelle dès l'entrée en vigueur de la Loi sur les soins médicaux.»⁶³

Malgré les intentions du gouvernement du Québec de faire cavalier seul dans le dossier de l'assurance-maladie, la suite des événements démontre le contraire. Mise en vigueur le premier juillet 1968, la *Loi sur les soins médicaux*⁶⁴ octroie des subventions, représentant cinquante pour cent (50%) de la facture, exclusivement aux provinces qui mettent sur pied un système d'assurance-maladie répondant aux normes prescrites dans cette loi fédérale. Le Québec adhère à ce programme en 1970 par la promulgation de la *Loi de l'assurance-maladie*.⁶⁵ Les réclamations québécoises demeurent donc lettre morte.

Il est à noter que le programme fédéral concernant l'assurance-maladie existe encore aujourd'hui, en 1995. Le corpus législatif s'est quelque peu modifié, mais le principe de base demeure toujours le même. Regardons exactement de quoi se compose cette législation.

62. À ce sujet, voir COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SANTÉ ET LE BIEN-ÊTRE SOCIAL, *op.cit.*, note 9, p.190, la Commission dit : «Sur le plan constitutionnel, il ne fait donc plus de doute, à l'heure actuelle, que le Parlement fédéral n'a pas le pouvoir d'adopter une loi relative à l'institution d'un régime *contributif* de sécurité sociale, qu'il s'agisse d'un régime de pension de vieillesse, d'assurance-chômage ou d'assurance-maladie.»

63. *Id.*, p. 201.

64. [1966-1967] S.C., c.64, devenue par la suite S.R.C. 1970, c. M-8 et abrogée par S.C. 1984, chap. c. 6, art. 32.

65. L.Q., 1970, c. 37, devenue par la suite L.R.Q., c. A-29. Au sujet de la participation provinciale au programme fédéral, voir Lorne GIROUX, «L'assurance-maladie», (1970) 11 *C. de D.* 535.

4. La législation actuelle

Le gouvernement fédéral cofinance toujours l'actuel système d'assurance-maladie du Québec. Il fait de même pour celui des autres provinces. C'est par l'interaction de deux lois qu'il s'acquitte de sa participation financière. D'une part, la *Loi canadienne sur la santé* fixe les critères d'obtention de la subvention. D'autre part, la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé*⁶⁶ définit la méthode de calcul de l'aide financière. Nous vous faisons grâce de ces inextricables opérations mathématiques,⁶⁷ qui sont en réalité de peu d'utilité pour la poursuite du travail. Il est cependant important de souligner que la contribution fédérale se fait sous deux formes : «dégrèvement d'impôt fédéral» et paiement en argent.⁶⁸ Le fédéral procède ainsi afin de répondre à ses préoccupations exprimées à l'article 13(1) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* qui se lit comme suit :

«Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, afin de financer les programmes mentionnés au paragraphe (2)⁶⁹ selon des modalités permettant d'accroître la flexibilité dont peuvent jouir les provinces en matière fiscale et, dans le cadre de l'exécution de ces programmes, *d'appliquer, s'il y a lieu, des normes nationales*, il peut être versé à chaque province, pour un exercice, une contribution pour le financement des programmes établis consistant :

66. L.R.C., chapitre F-8. (Pour la suite du travail, nous la citerons sous le nom de *Loi sur les arrangements fiscaux*, sans constamment répéter la référence).

67. *Id.*, art. 14 et suiv.

68. *Id.*, art. 13.(1).

69. *Id.*, art. 13.(2). Cette disposition se lit comme suit : «Les programmes suivants constituent, pour l'application de la présente partie, des programmes établis : a) le programme de financement de l'enseignement postsecondaire; b) le programme de services de santé assurés à l'égard duquel des conditions sont établies en vertu de la *Loi canadienne sur la santé*.»

- a) en un dégrèvement d'impôt fédéral sur le revenu effectué au profit des provinces afin de leur permettre d'établir leurs propres mesures d'ordre fiscal, sans augmentation nette du fardeau fiscal;
- b) dans le paiement au comptant d'une fraction de celle-ci, [...]»⁷⁰
(Nos italiques)

Le dégrèvement fiscal donne aux provinces un plus grand champ de taxation afin qu'elles puissent augmenter leurs revenus, sans pour autant alourdir le fardeau des contribuables. Ce transfert d'impôt se fait sans aucune condition. Tandis que le paiement direct en argent est subordonné au respect des conditions de la *Loi canadienne sur la santé*.⁷¹ Le versement de la subvention en argent s'opère dans la mesure où le système provincial d'assurance-maladie répond aux modalités de cette dernière. Ainsi, le fédéral détient le moyen de contraindre les provinces à mettre sur pied un régime répondant aux «normes nationales». Nous allons voir en détail ces normes dans la prochaine section.

En conclusion, les travaux des trois commissions font apparaître l'idéologie politique qui gouverne les actions du fédéral. Nous pouvons voir que le gouvernement d'Ottawa a tôt fait de remarquer que le renforcement de l'unité nationale canadienne passe par l'établissement d'un système d'assurance-maladie uniforme à l'échelle du pays. Ce régime est un symbole de patriotisme. Constitutionnellement incapable de l'organiser lui-même, le fédéral s'y prend d'une autre façon. Pour parvenir à ses fins, il met à l'oeuvre son pouvoir de dépenser étant donné sa capacité financière et la faiblesse des provinces à cet égard. C'est-à-dire qu'il dépense ses surplus financiers, sous forme de subventions conditionnelles, pour inciter fortement les provinces à s'exécuter. Résultat, le fédéral réussit à imposer sa vision du régime d'assurance-maladie et ainsi agir sur la cohésion de la nation. À notre avis, le caractère patriotique qu'incarne ce concept fait en sorte que le gouvernement fédéral n'a pas l'intention de se retirer de ce domaine. Cet objectif politique peut ou non se justifier dans le cadre du régime fédéral canadien; nous ne voulons pas en juger.

70. *Id.*, art. 13.(1).

71. *Loi canadienne sur la santé*, précitée, note 6, art. 7.

Il nous semble cependant important de mettre en lumière si cette façon de faire est conforme aux impératifs établis par notre droit constitutionnel.

B. Analyse de la validité constitutionnelle de la *Loi canadienne sur la santé*

Nous avons précédemment démontré que l'assurance-maladie et le ticket modérateur sont du ressort exclusif des provinces. En dépit de cette conclusion, l'attribution de subventions en vertu de la *Loi canadienne sur la santé* est soumise à des conditions concernant ces sujets. L'objectif de la présente section est de déterminer si cette loi, en raison de son caractère véritable, excède les pouvoirs du Parlement fédéral étant donné qu'elle semble ressortir de la compétence des gouvernements provinciaux.

L'analyse de la constitutionnalité de la *Loi canadienne sur la santé* s'avère d'autant plus importante puisqu'elle est une manifestation du pouvoir fédéral de dépenser. Dans ces circonstances, Brun et Tremblay nous disent «[qu']une loi qui autorise des dépenses de fonds dans un domaine spécifique tout en les assortissant de conditions diverses» doit être analysée de façon à «établir le caractère véritable de la loi pour les fins du partage des compétences».⁷²

Les tribunaux ont établi des critères afin d'évaluer la légalité constitutionnelle d'une loi. Les experts nous les rappellent dans leurs ouvrages.⁷³ Brun et Tremblay mentionnent qu'il faut d'abord trouver le caractère véritable de la loi mise en cause. Nous devons pour ce faire «identifier la matière sur laquelle porte essentiellement cette législation».⁷⁴ Sur la même question, Hogg dit que «[...] it is necessary to identify the dominant or most important characteristic of the challenged law».⁷⁵ Donc, une loi est jugée valide dans la mesure où son caractère véritable démontre qu'elle relève du champ de compétence du législateur qui l'a adoptée.

72. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 512.

73. *Id.* et Peter W. HOGG, *Constitutional law of Canada*, third edition (supplemented), Carswell, Toronto, 1992.

74. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 406.

75. P. W. HOGG, *op. cit.*, note 73, p. 15-7.

Brun et Tremblay précisent qu'il est également important de retenir que nous devons identifier ce que la loi réglemente et non pas ce qu'elle affecte. C'est-à-dire que, dans la recherche du caractère véritable, nous tenons compte du domaine qui est principalement régi et non celui touché par incidence. Ils mentionnent que «c'est le but de la législation incriminée qui doit être considéré primordialement, quitte à tenir compte de ses effets nécessaires et substantiels. À l'inverse, les effets secondaires de cette législation n'influent pas sur sa validité». ⁷⁶ À cette distinction entre les effets nécessaires et secondaires, le juge Sopinka de la Cour suprême, dans la décision *R. c. Morgentaler*,⁷⁷ apporte des détails pertinents pour l'analyse du caractère véritable de la *Loi canadienne sur la santé*. Le juge prend soin de différencier l'effet juridique de l'effet pratique d'une loi.

L'effet juridique ou encore, comme il le dit lui-même, «l'application sur le plan strict du droit» est «la manière dont le texte législatif dans son ensemble influe sur les droits et les obligations de ceux qui sont assujettis à ses dispositions, et est déterminé en fonction des termes mêmes du texte». ⁷⁸ L'effet juridique définit l'idée essentielle de la loi. Il fournit ainsi des indices importants concernant le caractère véritable. Selon le juge, «[l']effet juridique est souvent une bonne indication de l'objet du texte [...], mais il est pertinent pour la qualification constitutionnelle même lorsque ce n'était pas vraiment l'intention du législateur ou qu'il n'en était pas parfaitement conscient». ⁷⁹ Par contre, le juge Sopinka, en citant de la doctrine, nous dit que :

«[...] la cour [...] "ne tient pas compte seulement des effets juridiques directs mais aussi des objets sociaux ou économiques que la loi vise à réaliser", de son contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été votée [...], et, dans les cas qui s'y prêtent, elle prend en considération la deuxième forme d'"effet", l'effet pratique, [...].»⁸⁰

76. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 407.
77. *R. c. Morgentaler*, précité, note 31.
78. *Id.*, 482.
79. *Id.*, 483.
80. *Id.*

L'effet pratique «consiste dans le résultat réel ou prévu de l'application du texte»⁸¹ de loi. Contrairement à l'effet juridique, l'utilisation de l'effet pratique, dans l'analyse de la validité constitutionnelle d'une loi, n'est pas toujours pertinente.⁸² À ce sujet, le juge Sopinka mentionne que :

«Dans la majorité des cas, l'effet pratique ne sera pertinent que s'il témoigne d'un objet *ultra vires*, c'est-à-dire s'il révèle une conséquence grave sur une matière qui ne relève pas de la compétence du corps législatif qui a adopté le texte et s'il contredit ainsi un objet apparemment *intra vires* ou s'il confirme l'impression que le texte est *ultra vires*.»⁸³

Le contexte dans lequel le recours à l'effet pratique est justifié nous porte à croire que cette notion, tout comme les autres notions vues plus haut, sont indispensables pour déterminer si la *Loi canadienne sur la santé* est *intra vires* des pouvoirs législatifs du gouvernement fédéral. Fort de ces concepts de travail, nous pouvons maintenant passer à l'étude de la *Loi canadienne sur la santé*. Étude qui, soit dit en passant, s'inspire, selon la situation, des différentes méthodes d'interprétation des lois.⁸⁴

Lors de sa mise en vigueur en 1984, la *Loi canadienne sur la santé* abroge deux lois.⁸⁵ Elle vient remplacer la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques*⁸⁶ et la *Loi sur les soins médicaux*.⁸⁷ Ces dernières sont en quelque sorte les ancêtres de la *Loi canadienne sur la santé*. Dans la mesure où cela est applicable, certains arguments qui ont été invoqués pour l'adoption de ces deux lois peuvent nous être utiles à la compréhension de la loi sous étude. Beaucoup de ces arguments se retrouvent dans l'exposé de la section précédente. Nous y recourrons si nécessaire.

81. *Id.*, 486.

82. *Id.*

83. *Id.*, 486-487.

84. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 715. Il s'agit des méthodes littérale, logique, téléologique et historique.

85. S.C. 1984, chap. C-6, art. 32.

86. Précitée, note 52.

87. Précitée, note 64.

Loi canadienne sur la santé est le titre abrégé de la *Loi concernant les contributions pécuniaires du Canada aux services de santé assurés pris en charge par les régimes provinciaux d'assurance-santé et les montants payables par le Canada pour les programmes de services complémentaires de santé*. Le titre complet de la loi exprime qu'il s'agit d'un programme fédéral de financement des services de santé provinciaux. Il est bien évident que l'intitulé de la loi est totalement insuffisant pour reconnaître une velléité fédérale de régir les systèmes provinciaux d'assurance-maladie. C'est par contre au préambule que commence à transparaître l'intention de l'auteur de cette pièce législative. Le premier alinéa du préambule de la *Loi canadienne sur la santé* se lit comme suit :

«Considérant que le Parlement du Canada reconnaît :

que le gouvernement du Canada n'entend pas par la présente loi abroger les pouvoirs, droits, privilèges ou autorités dévolus au Canada ou 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, [...]»⁸⁸

En d'autres termes, ce «considérant» évoque que la *Loi canadienne sur la santé* n'a pas pour objectif d'abroger, de déroger ou de porter atteinte aux droits conférés aux deux paliers de gouvernement par la *Loi constitutionnelle de 1867*, «et ses modifications ou à tout autre titre». «À tout autre titre» peut signifier, selon nous, les conventions constitutionnelles et les interprétations jurisprudentielles qui élargissent l'étendue des droits ou des compétences de l'un ou l'autre des législateurs. Ceci dit, essayons maintenant de soupeser la valeur juridique de cette partie du préambule.

D'emblée, nous avons à l'égard de cet énoncé un sérieux doute quant à sa portée juridique. La citation mentionne que «le gouvernement du Canada n'entend pas» abroger, par le biais de la loi sous étude, des droits constitutionnalisés. Prise *a contrario*, cette assertion laisse présumer que si le fédéral en avait l'intention, il pourrait abroger des droits prévus à la Constitution.

88. *Loi canadienne sur la santé*, précitée, note 6, 1er paragraphe du préambule.

Ceci nous paraît impossible au point de vue juridique. Nous ne croyons pas que le gouvernement fédéral puisse unilatéralement légiférer relativement à la Constitution fédérative canadienne. Abroger des pouvoirs ou des droits constitutionnels, c'est en quelque sorte apporter des modifications à la Constitution elle-même. Nous sommes d'avis que la partie fédérative de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne peut être modifiée qu'en respectant les règles prévues à cet effet. En conséquence, cette mention du préambule n'a, selon nous, aucune valeur juridique. Nous devrions plutôt dire qu'elle n'a aucune valeur interprétative; car ce n'est pas un article de la loi mais plutôt un extrait du préambule. À notre avis, cette indication du législateur fédéral n'influence en rien la qualification constitutionnelle de la *Loi canadienne sur la santé*. Néanmoins, ce même «considérant» mérite d'être scruté attentivement sous un autre angle.

Ce message du fédéral, à l'effet que sa loi ne porte pas atteinte aux droits constitutionnalisés, nous semble tout à fait inutile. Il n'est pas nécessaire, selon nous, d'inscrire expressément dans une loi que celle-ci est conforme à la Constitution. En vertu de la présomption de constitutionnalité des lois, toute législation est présumée valide. À partir de ce principe, toute indication écrite tentant de confirmer la constitutionnalité d'une loi devient superfétatoire. Ainsi, la partie du préambule sous étude n'apporte rien de concret à la compréhension de cette loi. En d'autres mots, la *Loi canadienne sur la santé* n'est pas nécessairement *intra vires* parce qu'on y a inscrit en toutes lettres qu'elle n'est pas contraire aux principes fondamentaux de la Constitution. Nous croyons donc que ce «considérant» ne fait que réitérer la présomption de constitutionnalité de la *Loi canadienne sur la santé*. Nous pensons que cette indication superflue, à l'égard de sa conformité à la Constitution, dénote le caractère particulier de cette loi. À notre avis, c'est le pouvoir de dépenser sous-tendant cette loi fédérale qui suscite un surplus de prudence rédactionnelle.

En légiférant par le truchement de son pouvoir de dépenser, le gouvernement d'Ottawa sait qu'il navigue dans les eaux agitées des relations fédérales-provinciales. Le «considérant» à l'étude tente possiblement d'écarter toute dispute sur un éventuel conflit de juridiction. C'est peut-être tout simplement une phrase lénifiante ayant pour objet de rassurer les provinces craintives d'un envahissement de leur compétence par le gouvernement fédéral. Cette partie du préambule nous donne l'impression d'un témoignage à cet effet.

Finalement, sur le plan juridique, il faut voir dans ce «considérant» un énoncé qui n'a, selon nous, aucune conséquence sur la validité de la *Loi canadienne sur la santé*. Passons maintenant à une autre section du préambule.

L'accès aux services de santé de qualité, sans contrainte financière, est une priorité pour le gouvernement fédéral.⁸⁹ Pour y parvenir, il considère que sa participation financière aux systèmes provinciaux d'assurance-maladie est nécessaire. Il justifie donc son implication, dans ce domaine provincial, de la façon suivante :

«considérant en outre que le Parlement du Canada souhaite favoriser le développement des services de santé dans tout le pays en aidant les provinces à en supporter le coût, [...]»⁹⁰

Nous voyons resurgir, en termes voilés, un argument déjà invoqué aux cours des années 1930-1940. Le fédéral fait indirectement référence à l'insuffisance financière des provinces pour intervenir. Hormis cela, nous nous interrogeons sur le désir du gouvernement fédéral de voir progresser l'assurance-maladie «dans tout le pays».

L'évolution des systèmes de santé provinciaux est élevée au rang d'objectif national. Nous sommes sous l'impression que le fédéral veut créer une synergie, à l'échelle canadienne, afin d'améliorer la qualité des services de santé rendus par les provinces. Ce désir, si valable soit-il, démontre, selon nous, que le fédéral fait de la planification dans le champ de compétence des provinces. C'est pourtant à ces dernières de décider de la croissance de leur régime. Chacune d'elles doit pouvoir développer son système au rythme et dans la direction qu'elle entend prendre. Par la fixation d'un objectif national, le fédéral impose aux provinces une marche à suivre. À notre avis, nous avons ici une première indication de l'intention du fédéral de contrôler les systèmes

89. *Id.*, paragraphe cinquième du préambule qui se lit comme suit : «Considérant que le Parlement du Canada reconnaît : que 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; [...]».

90. *Id.*, dernier paragraphe du préambule.

provinciaux d'assurance-maladie. Regardons plus avant, dans les dispositions de la *Loi canadienne sur la santé*, afin de voir si notre opinion se confirme.

Aux articles 1 et 2 nous retrouvons respectivement le titre abrégé et les définitions spécifiquement applicables à la loi. L'article 3 définit le rôle que le législateur fédéral veut jouer dans le domaine de la santé. Sous la rubrique «politique canadienne de la santé», il présente ainsi sa tâche :

«La politique canadienne de la santé a pour premier objectif 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.»⁹¹

Cette politique de la santé ne nous semble pas incompatible avec le partage des compétences. Dans un premier temps, le fédéral peut, par divers moyens, «protéger, favoriser et améliorer» la santé des citoyens canadiens. Prenons, par exemple, les campagnes publicitaires en faveur de l'adoption de bonnes habitudes de vie, de l'incitation à faire de l'activité physique ou encore celles expliquant la nocivité de la consommation de la cigarette. Rien de tout cela n'est, selon nous, répréhensible au point de vue constitutionnel. Le fédéral fait uniquement la promotion de la qualité de la santé. Il n'intervient pas directement ou indirectement dans l'organisation des services de santé. Dans un deuxième temps, afin de bien veiller sur la santé des citoyens, le fédéral veut «faciliter un accès» aux services de soins de santé, sans aucune contrainte financière. La disposition ne précise pas de quelle manière cela se concrétise. En l'absence de cette information, pour l'instant, nous ne pouvons présumer qu'il s'agit d'une ingérence dans les soins de santé. À notre avis, l'article 3 n'apporte aucun indice concret d'envahissement fédéral de la compétence provinciale sur l'assurance-maladie. L'article 4 est par contre un peu plus révélateur.

Sous la rubrique «raison d'être» nous retrouvons l'objectif principal de l'existence de cette loi. L'article 4 se lit comme suit :

«La présente loi a pour raison d'être d'établir des conditions d'octroi et de versement du plein montant prévu à la loi de 1977 [Loi sur les

91. *Id.*, art. 3.

arrangements fiscaux] à l'égard des services de santé assurés et des services complémentaires de santé fournis en vertu de la loi d'une province.»⁹² (Nos italiques)

Nous sommes en face de la disposition établissant le principe des subventions conditionnelles. Nous avons précédemment expliqué de quoi il en retourne. Il faut maintenant voir concrètement quelles sont les conditions imposées aux provinces pour qu'elles puissent obtenir l'aide financière fédérale.

La *Loi canadienne sur la santé* pose, dans un premier temps, cinq conditions à l'égard du régime provincial d'assurance-maladie. C'est-à-dire que ce dernier doit être intégral, universel, transférable, accessible et sous une gestion publique. Dans un deuxième temps, elle impose deux autres modalités portant sur le ticket modérateur et la surfacturation. Commençons d'abord par les cinq premières conditions.

Le régime provincial d'assurance-maladie doit être sans but lucratif, administré par un corps public nommé par le gouvernement provincial et redevable devant lui. Cet organisme public doit être soumis à un contrôle financier. C'est ce qu'on appelle la gestion publique.⁹³ Le système doit être intégral. C'est-à-dire qu'il est censé couvrir l'ensemble «des services de santé assurés»⁹⁴ fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes», de même que «les services semblables ou additionnels fournis par les autres professionnels de la santé» dans les cas où la législation de la province le permet.⁹⁵ Le régime est universel lorsque toutes les personnes qui ont droit à l'assurance-maladie peuvent y accéder «selon des modalités uniformes». ⁹⁶ Le système d'assurance-maladie est transférable lorsqu'il comporte les trois traits suivants : il n'exige d'une personne de la province aucun délai «minimal de résidence ou de carence supérieur à trois mois» pour avoir droit à l'assurance-maladie; il prévoit des

92. *Id.*, art. 4.

93. *Id.*, art. 8.

94. *Id.*, art. 1. «Services de santé assurés» désigne : «Services hospitaliers, médicaux ou de chirurgie dentaire fournis aux assurés, à l'exception des services de santé auxquels une personne a droit ou est admissible en vertu d'une autre loi fédérale ou d'une loi provinciale relative aux accidents du travail.»

95. *Id.*, art. 9.

96. *Id.*, art. 10.

méthodes de paiement pour le coût des services de santé fournis à l'extérieur de la province d'origine ou à l'extérieur du Canada; il couvre la personne qui quitte sa province jusqu'au moment où celle-ci se trouve assurée par le régime de sa nouvelle province.⁹⁷ Finalement, la dernière condition a trait à l'accessibilité. Le système est accessible s'il regroupe tous les éléments suivants : il offre les services de santé en fonction de critères uniformes; il donne accès aux services sans contrainte directe ou indirecte et «notamment par facturation»; il assume les frais des services de santé assurés selon un tarif; il prévoit «une rémunération raisonnable de tous les services de santé assurés fournis par les médecins et les dentistes»; il prévoit «le versement de montants aux hôpitaux, y compris les hôpitaux que possède et gère le Canada, à l'égard du coût des services de santé assurés».⁹⁸ Ce sont donc, en résumé, les cinq conditions de la *Loi canadienne sur la santé*. Déroger à l'une de ces conditions entraîne la diminution ou le non-versement de l'aide financière fédérale.⁹⁹

Pour sa part, le ticket modérateur fait l'objet d'une disposition particulière. L'article 19 se lit comme suit :

«Une province n'a droit, pour un exercice, à la pleine contribution pécuniaire [...] que si, aux termes de son régime d'assurance-santé, elle ne permet pour cet exercice l'imposition d'aucuns frais modérateurs. [...].»¹⁰⁰

Dans l'éventualité où une province ne se plie pas à cette exigence, sa subvention s'en trouve réduite selon les modalités de l'article 20(2).¹⁰¹ La même sanction s'applique dans le cas de surfacturation.¹⁰² Nous avons donc un portrait

97. *Id.*, art. 11.

98. *Id.*, art. 12.

99. *Id.*, art. 15.

100. *Id.*, art. 19.(1).

101. *Id.*, art. 20(2). Cette disposition se lit comme suit : «Dans le cas où une province ne se conforme pas à la condition visée à l'article 19, il est déduit de la contribution pécuniaire à cette dernière pour un exercice un montant, déterminé par le ministre d'après les renseignements fournis conformément aux règlements, égal au total des frais modérateurs assujettis à l'article 19 imposés dans la province pendant l'exercice ou, si les renseignements n'ont pas été fournis conformément aux règlements, un montant estimé par le ministre égal à ce total.»

102. *Id.*, art. 18 et 20.(1).

d'ensemble des conditions imposées par la *Loi canadienne sur la santé*. Il faut maintenant voir si ce sont là des sujets qui relèvent de la compétence du législateur provincial.

En prenant en considération la compétence provinciale sur l'assurance-maladie, telle que définie par le juge Sopinka,¹⁰³ il nous paraît assez évident que la *Loi canadienne sur la santé* touche à des matières qui sont de compétence provinciale. Cette loi fédérale dicte des normes en rapport avec une juridiction appartenant à l'autre ordre de gouvernement. Ces normes ont trait au type de gestion, aux services à offrir, aux personnes à assurer, au ticket modérateur, etc. Nous sommes enclins à croire que la *Loi canadienne sur la santé* porte sur des sujets qui relèvent de la compétence des législatures provinciales. À ce sujet, la décision de la Cour suprême concernant la *Loi sur les assurances sociales*,¹⁰⁴ vue dans le premier chapitre du présent travail, vient en quelque sorte appuyer notre point de vue. Dans cette affaire, la Cour avait à vérifier la validité de la *Loi sur les assurances sociales*. Cette dernière ébauchait la structure d'un système d'assurance-maladie. Cette loi fédérale était beaucoup moins élaborée et précise que la *Loi canadienne sur la santé*.¹⁰⁵ À l'époque, la Cour s'exprime de la façon suivante à l'égard de la *Loi sur les assurances sociales* :

«In the premises, the Act submitted to the Court is not a mere encroachment on the provincial fields through the exercise of powers allegedly ancillary or incidental to one of the enumerated powers of section 91; *in pith and substance, it is a direct and unwarranted appropriation of the powers attributed to the legislatures by force of Section 92 of the Constitution.*»¹⁰⁶ (Nos italiques)

Si la *Loi sur les assurances sociales* empiétait sur une juridiction provinciale, nous pouvons facilement croire que la *Loi canadienne sur la santé*

103. Voir la citation de la note 41.

104. *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of Canada*, précité, note 17.

105. À ce sujet, voir la note 22.

106. *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of Canada*, précité, note 17, 455.

fait de même. À la lumière de cette décision, nous pensons que les dispositions de cette dernière sont en rapport avec des sujets de compétence provinciale. Ceci dit, il faut maintenant voir si cette loi, dans son application, pose de réelles contraintes aux provinces dans leur champ de compétence. Nous devons regarder si la *Loi canadienne sur la santé* a pour effet de réglementer la compétence provinciale sur l'assurance-maladie.

À première vue, sur le plan strictement juridique, la *Loi canadienne sur la santé* ne semble pas réglementer la compétence provinciale sur l'assurance-maladie. Les gouvernements provinciaux ne sont pas assujettis à cette loi fédérale. Ils s'y soumettent consciemment. Les conditions d'obtention de la subvention ne sont pas des contraintes juridiques. Elles s'imposent uniquement à la province qui accepte l'aide financière du fédéral. Ce dernier ne peut, en aucun cas, forcer une province à respecter ses exigences, si elle ne veut pas la subvention. Les provinces sont juridiquement libres d'accepter ou de refuser l'offre fédérale. En s'associant au fédéral, elles consentent volontairement à se conformer aux conditions de la loi. De ce point de vue, la *Loi canadienne sur la santé* a tout simplement pour objectif de verser de l'argent aux provinces pour le financement de leur système de santé. Elle ne semble pas contraignante pour les provinces.

À cette étape de notre raisonnement, nous serions porté à affirmer que cette loi ne semble pas heurter l'autonomie provinciale. D'une façon prématurée, nous pourrions conclure que la *Loi canadienne sur la santé* n'est pas une législation sur l'assurance-maladie. Nous devons cependant être prudent et ne pas analyser la loi d'une manière désincarnée, sans se soucier du contexte dans lequel elle a été adoptée. Autrement dit, il faut tenir compte de l'effet pratique de la loi, comme l'a dit plus haut le juge Sopinka.

Dans les faits, nous sommes d'avis que les gouvernements provinciaux n'ont pas le choix d'accepter l'aide financière du fédéral. Pour des raisons économiques et politiques, ils sont contraints de participer au programme à frais partagés. Au point de vue économique, la situation est la suivante : nous avons exposé, à la section précédente, qu'une province seule n'a pas les ressources suffisantes pour supporter le fardeau financier de son système d'assurance-

maladie. Encore aujourd'hui, même si l'aide fédérale diminue,¹⁰⁷ les provinces ont toujours besoin de ces sommes.¹⁰⁸ Elles ne peuvent se retirer du programme fédéral sans mettre en péril leur régime d'assurance-maladie. Elles ont besoin des subsides fédéraux. Si une province décidait de rompre son entente avec Ottawa, elle porterait préjudice à sa population. C'est au plan fiscal que les citoyens seraient doublement pénalisés. C'est-à-dire que pour offrir des services de santé du même genre, sans l'aide du fédéral, un gouvernement provincial devrait majorer considérablement l'impôt de ses contribuables. De plus, ces derniers, par l'absence des subventions conditionnelles, ne bénéficieraient pas d'un juste retour des impôts qu'ils paient au fisc fédéral. En conséquence, il devient donc économiquement impensable de refuser l'aide financière du gouvernement fédéral. Cette situation provoque du même coup des répercussions sur l'aspect politique de cette affaire.

Nous pouvons facilement imaginer qu'il soit difficile, pour les politiciens provinciaux, d'expliquer à la population qu'ils refusent les subventions conditionnelles provenant du fédéral. Ceci est d'autant plus vrai que ces conditions concernent l'universalité, l'accessibilité, l'intégralité, l'interdiction du ticket modérateur, etc. Des conditions qui sont au bénéfice des citoyens. Il faut également prendre en considération la pression politique provenant des contribuables qui réclament les mêmes services de santé aux mêmes coûts que dans les autres provinces qui participent au programme fédéral. Toujours au plan politique, le fédéral, par l'utilisation de son pouvoir de dépenser, confine les provinces au rôle du fauteur de trouble. Le gouvernement d'Ottawa offre l'argent et c'est le gouvernement provincial qui doit prendre l'odieuse décision de le refuser. Dans ces circonstances, il devient extrêmement difficile de rejeter la subvention fédérale et les modalités qui y sont rattachées.

En résumé, rien n'oblige les provinces, du point de vue juridique, à souscrire au plan d'Ottawa. La réalité politico-économique montre cependant le

107. À ce sujet, les chiffres du rapport Rochon indiquent qu'en 1987-1988 la participation fédérale aux dépenses de services de santé et de services sociaux n'est plus de 50%, mais se répartit comme suit : 22,3% en argent et 17,4% en transfert de points d'impôt. Pour plus de détails, voir COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES SERVICES DE SANTÉ ET LES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 1, p. 361.

108. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 514.

contraire. Le contexte global nous porte donc à croire que les provinces n'ont pas d'autre choix que de se soumettre à la *Loi canadienne sur la santé*. Nous constatons que tout ceci est le résultat d'une disparité dans la répartition fiscale.

Nous avons vu qu'il y a un déséquilibre fiscal créant un surplus de revenu en faveur du Gouvernement d'Ottawa. Celui-ci a utilisé ces sommes d'argent, par son pouvoir de dépenser, dans l'objectif de créer un système d'assurance-santé uniforme *a mari usque ad mare*. Il voulait, du même coup, renforcer l'unité nationale. Il n'est pas de notre ressort d'évaluer, dans le présent travail, l'évolution du renforcement de l'identité nationale canadienne. Par contre, en ce qui concerne la création d'un régime de santé pan-canadien, nous sommes d'avis que cet objectif est atteint. Toutes les provinces profitent des subventions conditionnelles versées conformément à la *Loi canadienne sur la santé*. Le législateur fédéral savait, selon nous, que «le résultat réel ou prévu» de l'application de la *Loi canadienne sur la santé* uniformiserait la législation des provinces en matière d'assurance-maladie. C'est ici, à notre avis, l'effet pratique de cette loi. En conséquence, cet effet pratique est pertinent à l'analyse de la validité constitutionnelle, car il témoigne de ce que le caractère véritable de la *Loi canadienne sur la santé* est *ultra vires* des pouvoirs du Parlement fédéral. Cette loi a, pour reprendre les termes du juge Sopinka, «une conséquence grave sur une matière qui ne relève pas de la compétence du corps législatif qui a adopté le texte».¹⁰⁹

Ne pouvant constitutionnellement établir lui-même le régime d'assurance-maladie uniforme sur l'ensemble du pays, le fédéral a profité d'une inégalité dans les revenus fiscaux pour y arriver. Par son pouvoir de dépenser, il a promulgué une loi qui porte essentiellement sur la compétence provinciale sur l'assurance-maladie. La *Loi canadienne sur la santé* a un impact majeur autant sur la forme du régime que sur ses coûts. Elle restreint considérablement la marge de manoeuvre des provinces. Elle délimite l'espace à l'intérieur duquel les gouvernements provinciaux doivent légiférer. Dans l'exercice normal de leur compétence constitutionnelle, les provinces devraient pouvoir construire et gérer leur système d'assurance-maladie de la façon qu'elles jugent appropriée. Elles devraient être en mesure de légiférer dans leur sphère de compétence sans

109. *R. c. Morgentaler*, précité, note 31, 486-487.

aucune restriction. Au contraire, elles sont soumises à des obligations qui diminuent leur autonomie législative. En définitive, nous croyons que le caractère véritable de la *Loi canadienne sur la santé* est de régler les systèmes provinciaux d'assurance-maladie.

Nous sommes donc d'avis que la *Loi canadienne sur la santé* est inconstitutionnelle eu égard au partage des compétences législatives. Les dispositions de cette loi ressortent de la juridiction des provinces. Ce qui nous amène à dire qu'il s'agit d'une intervention législative directe du gouvernement fédéral dans la juridiction provinciale sur la santé et, incidemment, sur l'assurance-maladie et le ticket modérateur. Suivant ce constat, nous allons maintenant nous demander si le fait que la *Loi canadienne sur la santé* soit issue du pouvoir de dépenser influe sur son inconstitutionnalité.

C. Pouvoir fédéral de dépenser

La présente section consiste, dans un premier temps, à mettre en évidence les principes du droit actuel concernant l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser. Par la suite, nous analyserons la question de savoir si la *Loi canadienne sur la santé* est conforme à ces principes. En procédant ainsi, nous serons en mesure de constater l'incidence de ce pouvoir dans l'évaluation de la validité constitutionnelle de cette loi fédérale. Commençons d'abord par un bref aperçu doctrinal de cette notion.

Brun et Tremblay nous disent «[qu']un ordre de gouvernement peut dépenser pour des matières qui relèvent de l'autre ordre de gouvernement, dans la mesure où, ce faisant, il ne légifère pas relativement à ces matières, ne les réglemente pas, ne les régit pas».¹¹⁰ Ceci suppose une distinction entre l'État-législateur et l'État-gestionnaire. Le premier, en tant que dépositaire de la souveraineté, légifère, réglemente et modifie le droit. Ses pouvoirs doivent s'exercer à l'intérieur de ses compétences constitutionnelles. En revanche, en tant que gestionnaire de l'État, le gouvernement peut contracter et commercer comme toute personne morale ou physique : il ne s'agit pas là d'activités législatives. Il peut dépenser de l'argent dans des domaines hors de sa

110. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 511.

compétence. Il le fait par des lois de crédit votées en vertu des articles 102, 106 et 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.¹¹¹ À titre d'exemple, le Québec possède des délégations un peu partout sur la planète alors que la réglementation des affaires extérieures relève du fédéral. C'est également par ce même mécanisme qu'Ottawa subventionne le système d'assurance-maladie des provinces. Il est admis que le pouvoir de dépenser peut être assorti de conditions. Cependant, elles ne doivent pas être trop contraignantes. Le professeur Chevrette est d'avis qu'une «loi de dépense, devenue loi de réglementation, sera invalide».¹¹²

Pour sa part, Hogg voit les choses un peu différemment. En vertu de ce qu'il appelle «fiscal responsibility»,¹¹³ chaque ordre de gouvernement doit dépenser le fruit de ses impôts à l'intérieur de ses compétences. Il considère cependant que cette théorie ne tient pas compte des disparités fiscales entre les provinces. Certaines d'entre elles ont des revenus d'impôts et de taxes moins élevés. Sans la contribution du fédéral, ces provinces économiquement faibles devraient taxer davantage, ou du moins se contenter de services publics moins développés. Pour contrer ce déséquilibre et dans un souci de juste redistribution de la richesse à l'ensemble des citoyens canadiens, le gouvernement fédéral verse aux provinces des sommes d'argent sans condition. C'est ce qu'on identifie comme étant les paiements de péréquation. D'un autre côté, toujours selon Hogg, ces paiements ne sont pas l'unique moyen d'atténuer les inégalités inter-provinciales. Il y a également «[the] implicit equalization».¹¹⁴ Nous pourrions traduire librement cette expression par «péréquation implicite». Hogg fait ici référence au pouvoir de dépenser.

Le gouvernement fédéral peut, selon lui, verser aux provinces des subventions assorties de conditions, «including conditions it could not directly legislate».¹¹⁵ Il estime comme tout à fait approprié que le fédéral utilise ainsi

111. *Id.*

112. François CHEVRETTE, «Contrôler le pouvoir fédéral de dépenser : un gain ou un piège?», dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech : points de vue juridiques et politiques*, Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 153, à la page 156.

113. P. W. HOGG, *op. cit.*, note 73, p. 6-16.

114. *Id.*, 6-17.

115. *Id.*, 6-18.

son pouvoir de dépenser. Il juge que ces conditions ne s'imposent pas obligatoirement aux provinces. Seules celles qui décident volontairement d'obtenir les subventions y sont soumises. Rien ne les oblige à accepter ces subsides fédéraux. Cela signifie, selon Hogg, que l'exercice de ce pouvoir n'est pas de légiférer sur une matière provinciale, mais plutôt de verser de l'argent aux provinces pour qu'elles puissent mettre en œuvre des services à la population. Selon cet auteur, la péréquation implicite trouve son assise juridique à l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.¹¹⁶ Cette disposition mentionne que chaque Canadien doit avoir des services publics essentiels de qualité comparable, en ayant un taux d'imposition comparable. C'est donc le pouvoir fédéral de dépenser qui permet d'atteindre cet objectif. Ce court exposé des deux théories étant complété, regardons maintenant l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle sur ce sujet.

a) **État actuel du droit**

En 1988, la Cour d'appel de l'Alberta¹¹⁷ est appelée à trancher, pour la portion du jugement qui nous intéresse, un litige où le pouvoir de dépenser est en cause. Dans cette affaire, le demandeur-appelant allègue que le gouvernement du Canada ne peut envahir un champ de compétence provinciale par ses subventions conditionnelles. Il soutient que les lois de dépense, parmi elles la *Loi canadienne sur la santé* et la *Loi sur les arrangements fiscaux*, sont *ultra vires* des pouvoirs du Parlement fédéral.

116. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11) art. 36. Cette disposition se lit comme suit : «Sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer, le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux, s'engagent à : a) promouvoir l'égalité des chances de tous les Canadiens dans la recherche de leur bien-être; b) favoriser le développement économique pour réduire l'inégalité des chances; c) fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels. (2) Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables.»

117. *Winterhaven stables ltd. v. Canada (Attorney General)*, 91 A.R. 114 (C.A.).

Le juge Irving, au nom de la Cour, reconnaît que le mécanisme du pouvoir de dépenser force les provinces à adopter des lois en accord avec les standards fédéraux. Toutefois, nous dit-il, la constitutionnalité des lois de dépense n'est pas tributaire de cette ultime conséquence. Ces lois fédérales ne prévoient rien de plus qu'une aide financière subordonnée au respect de certaines conditions. Ces dernières, qui font foi de normes nationales, ne sont pas des règles juridiques auxquelles doivent obéir toutes les provinces sans distinction. Elles sont plutôt accessoires à la subvention. C'est-à-dire qu'une province doit obligatoirement s'y soumettre uniquement si elle accepte l'aide financière. En cas de refus, les conditions fédérales n'affectent nullement sa compétence en la matière. Dans ce contexte, le gouvernement fédéral n'a aucun pouvoir juridique de contraindre les provinces à respecter les normes nationales.

En d'autres mots, toujours selon l'interprétation de la Cour, le gouvernement d'Ottawa n'a pas la capacité juridique d'assujettir les provinces aux normes nationales. En conséquence, son pouvoir de dépenser devient purement et simplement un incitatif financier afin d'encourager les provinces à opter volontairement pour les normes pan-canadiennes. Il semble, selon le tribunal, que rien n'empêche le fédéral d'utiliser son pouvoir de dépenser de cette manière. À ce sujet, le juge précise que «the constitution does not proscribe those incentives or economic pressure».¹¹⁸ Le fédéral peut ainsi utiliser son pouvoir financier pour inciter les provinces à légiférer en conformité avec les règles de la *Loi canadienne sur la santé*. Par la suite, la Cour fait ressortir un autre élément confirmant la validité des lois de dépense en litige.

Le tribunal rappelle que depuis plusieurs années le fédéral et les provinces collaborent pour financer les services publics. La structure actuelle des programmes à frais partagés est le fruit d'accords entre les deux ordres de gouvernement. Cette coopération, nous fait savoir le tribunal, est constitutionnalisée à l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.¹¹⁹ Ce qui fait dire à la Cour que ces rapports consensuels témoignent d'une volonté commune d'atteindre les objectifs fixés par cette disposition constitutionnelle. On va même plus loin en précisant que les subventions conditionnelles sont une

118. *Id.*, 131.

119. Précitée, note 116.

caractéristique intrinsèque du système fédéral canadien.¹²⁰ Finalement, le juge Irving, reprenant les propos du juge de première instance, évalue la constitutionnalité des lois à l'étude de la manière suivante :

«(1) In my view the legislation under review is not legislation in relation to provincial matters of health, post-secondary education and welfare but *legislation to provide financial assistance to provinces to enable them to carry out their responsibilities.*

(2) Parliament has the authority to legislate in relation to its own debt and its own property. It is entitled to spend the money that it raises through proper exercise of its taxing power in the manner that it chooses to authorize. *It can impose conditions on such disposition so long as the conditions do not amount in fact to a regulation or control of a matter outside federal authority. The federal contributions are now made in such a way that they do not control or regulate provincial use of them. As well there are opting out arrangements that are available to those province who choose not to participate in certain shared-cost programs.*»¹²¹ (Nos italiques)

L'alternative juridique d'accepter ou de refuser l'aide financière fédérale nous paraît être l'élément déterminant pour la Cour. La liberté des provinces d'adhérer ou non aux programmes à frais partagés semble valider l'ensemble du mécanisme du pouvoir de dépenser. Nous comprenons de la décision que les conditions rattachées à l'aide fédérale ne peuvent constituer une immixtion dans un champ de compétence provinciale. Celles-ci s'appliquent aux provinces qui décident de les incorporer à leur corpus législatif. C'est un choix tout à fait volontaire. Les gouvernements provinciaux sont entièrement libres de légiférer en conformité aux normes fédérales. Ainsi, le tribunal considère que les contributions d'Ottawa sont faites de façon «that they do not control or regulate

120. *Winterhaven stables ltd. v. Canada (Attorney General)*, précité, note 117, 131. Le juge Irving mentionne : «To hold that conditions cannot be imposed would be an invitation to discontinue federal assistance to any region or province, destroying an important feature of Canadian federalism.».

121. *Id.*, 132.

provincial use of them». ¹²² Avec déférence, nous sommes en désaccord avec cette exégèse de la Cour.

La position de la Cour d'appel de l'Alberta va totalement à l'encontre de notre critique développée plus haut. Nous avons explicitement démontré que dans les faits la pression politico-économique oblige les provinces à accepter les subventions conditionnelles. Cet aspect n'est pas reconnu dans ce jugement. Le tribunal ne se préoccupe pas de cet élément. Au contraire, il prend soin de préciser que la Constitution n'interdit pas le recours aux pressions économiques ou aux incitatifs financiers. Il est vrai que les provinces ont théoriquement le choix d'opter pour les normes fédérales. Mais, nous l'avons vu plus haut, elles sont économiquement réduites à acquiescer aux normes nationales qui accompagnent les subsides fédéraux. Ainsi, la législation fédérale a pour conséquence de contrôler et de régir une matière hors de son champ de compétence.

À notre avis, la faiblesse du raisonnement de la Cour réside dans l'omission de prendre en compte «le résultat réel ou prévu de l'application» ¹²³ du texte législatif. C'est ce que le juge Sopinka appelle, dans l'arrêt *Morgentaler*, l'effet pratique de la loi.

L'uniformisation des systèmes provinciaux d'assurance-maladie à travers le Canada est, selon nous, l'effet pratique de la *Loi canadienne sur la santé*. Le tribunal n'évalue pas cet aspect de la question. Il se contente d'analyser les lois en litige uniquement sous l'angle de leur effet juridique. Nous croyons qu'il s'agit d'un examen trop légaliste. À notre avis, la Cour oublie de mettre en évidence un élément nécessaire à la bonne compréhension de l'impact de l'utilisation du pouvoir de dépenser. Selon nous, c'est cette absence de prise en considération de l'effet pratique qui amène la Cour d'appel de l'Alberta à prendre une telle attitude vis-à-vis du problème qui lui est soumis. Ce silence sur l'effet pratique des lois de dépense en cause nous force à mettre un bémol sur la valeur et la pérennité de cette interprétation du tribunal albertain. Ainsi, nous croyons que ce jugement peut difficilement s'appliquer à notre sujet d'étude.

122. *Id.*

123. *R. c. Morgentaler*, précité, note 31, 486.

Pour terminer au sujet de ce jugement, nous aimerions faire une réflexion sur un autre argument soulevé par la Cour. Il s'agit de l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous ne croyons pas que cette disposition puisse, dans tous les cas, confirmer la légalité de l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser. Elle est subordonnée à la répartition des pouvoirs constitutionnels. C'est-à-dire que la réalisation de l'objectif fixé à cet article doit se faire dans le respect du partage des compétences. D'ailleurs, l'article 36 lui-même fait clairement état de ce principe en mentionnant *in limine* : «Sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer, le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux, s'engagent à : [...]»¹²⁴ On ne peut donc déroger à un principe de la Constitution afin de remplir l'engagement de l'article 36. La Constitution doit être observée de façon intégrale. Ainsi, nous sommes persuadé que l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser, qui constituerait une intervention législative dans un champ de compétence provinciale, ne pourrait être validé par cette disposition. De plus, le consentement des deux ordres de gouvernement à l'usage de ce pouvoir ne supprime pas, à notre avis, le devoir de respecter intégralement la Constitution.

D'un autre côté, il nous semble évident que l'équité fiscale prônée par l'article 36 est conditionnelle à la participation de toutes les provinces, sans aucune exception, aux programmes fédéraux à frais partagés. Sans cette adhésion unanime, l'équité fiscale devient irréalisable. Une province n'acceptant pas l'aide financière fédérale ne peut se procurer les mêmes services publics aux mêmes coûts. Cet argument démontre que les provinces, pour tenter de répondre aux exigences de cette disposition constitutionnelle, n'ont pratiquement pas le choix de s'associer au Gouvernement d'Ottawa. Pour contourner ce problème, il faudrait prévoir un droit de retrait avec compensation financière. Regardons maintenant l'attitude de la Cour suprême du Canada face au pouvoir de dépenser.

En 1989, dans la cause *YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown*,¹²⁵ la Cour suprême se penche sur une question touchant le pouvoir

124. *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 116, art. 36.(1).

125. [1989] 1 R.C.S. 1532 (ci-après *YMHA*).

fédéral de dépenser. Il faut d'abord noter que, dans cette décision, le contexte dans lequel s'applique le pouvoir de dépenser est différent de celui de notre sujet d'étude. C'est-à-dire que la subvention conditionnelle fédérale est versée à des individus et des organismes privés, et non aux gouvernements des provinces. Ce qui fait en sorte que les accrocs à l'autonomie législative provinciale sont moins perceptibles. Il y a tout de même des enseignements à retenir de ce jugement.

Dans cette affaire, le gouvernement fédéral tente, par le financement de projets créateurs d'emplois, de favoriser le retour au travail de chômeurs. De façon concrète, il subventionne le projet en lui-même ainsi qu'une partie du salaire des personnes embauchées. Dans ce dernier cas, la subvention salariale s'opère par la continuation du versement des prestations d'assurance-chômage, laissant ainsi au futur employeur le soin de payer uniquement le complément de la rémunération. Le *YMHA*, à titre d'employeur, embauche donc des chômeurs pour effectuer des travaux de rénovation à ses locaux. Le litige surgit au moment où il y a mésentente sur les conditions de travail qui s'appliquent aux employés. La question que se pose alors la juge L'Heureux-Dubé, au nom de la majorité, est de savoir «si un programme de création d'emplois subventionné par le gouvernement fédéral peut empiéter sur la compétence d'une province en matière de relations de travail». ¹²⁶

La juge L'Heureux-Dubé établit d'abord que le programme fédéral d'aide à l'emploi découle du pouvoir de dépenser. Par la suite, elle s'interroge sur les limites de l'exercice de ce pouvoir. À cet effet, Madame la juge note, en paraphrasant une opinion doctrinale, ¹²⁷ que le pouvoir de dépenser «peut être exercé du moment que cela ne constitue pas essentiellement de la législation relative à un sujet de compétence provinciale». ¹²⁸ Ce principe établi, la Cour doit décider si le pouvoir de dépenser, tel qu'exercé en l'espèce, constitue de la législation dans un domaine provincial.

Selon le tribunal, l'exercice du pouvoir de dépenser, sous forme d'aide financière au projet du *YMHA*, ne constitue pas de la législation en matière de

126. *Id.*, 1535.

127. Gérard LA FOREST, *The allocation of taxing power under the Canadian constitution*, 2nd ed. Toronto : Canadian Tax Foundation, 1981, p. 45.

128. *YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown*, précité, note 125, 1549.

relations de travail. À ce sujet, la juge L'Heureux-Dubé mentionne que «le seul fait de dépenser des fonds fédéraux ne peut faire relever de la compétence fédérale un sujet qui relève par ailleurs de la compétence provinciale».¹²⁹ Cela signifie donc que le fédéral peut subventionner des projets de création d'emplois dans tout domaine, sans se borner à intervenir seulement à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle. Pour étayer sa pensée, le plus haut tribunal canadien émet le commentaire suivant au sujet de l'interprétation du pouvoir fédéral de dépenser.

«Bien que le Parlement soit toutefois *libre* d'offrir des subventions sous réserve des restrictions qu'il juge appropriées, la décision d'accorder une subvention dans un domaine particulier ne doit pas être interprétée comme une intention de réglementer tous les aspects connexes de ce domaine. Par conséquent, il ne faudrait pas, *en l'absence d'autres éléments de preuve*, interpréter la décision d'accorder une subvention à un organisme comme le YMHA pour un projet créateur d'emplois comme une intention de soustraire le projet à la compétence provinciale en matière de droit du travail.»¹³⁰ (Nos italiques)

Dans ce passage, la Cour affirme sans ambages que le pouvoir de dépenser, en tenant compte des conditions qui y sont rattachées, s'exerce tout à fait librement. Du même souffle, elle nous met en garde contre la tentation de faire un lien entre l'usage de ce pouvoir et l'intention du fédéral de réglementer une compétence provinciale. La juge L'Heureux-Dubé statue que le versement d'une subvention conditionnelle dans un secteur spécifique ne présume pas l'intention du législateur fédéral de régir ce secteur. Nous comprenons de ce raisonnement que la finalité première du pouvoir fédéral de dépenser est de mettre des sommes d'argent à la disposition des individus, des organismes privés et, dans le cas du sujet principal qui nous occupe, des gouvernements provinciaux afin qu'ils puissent assumer la mise en oeuvre de leur propre compétence constitutionnelle.

129. *Id.*

130. *Id.*

Somme toute, le commentaire de la Cour nous laisse sous l'impression qu'il faut d'abord évaluer l'action du gouvernement fédéral, eu égard à son pouvoir de dépenser, en fonction d'une intention de donner de l'argent aux provinces et non d'un penchant à vouloir légiférer sur une compétence provinciale. En partant de ce principe, nous pouvons croire que le tribunal désire démontrer que l'utilisation de ce pouvoir fait naître une sorte de présomption à l'effet que la seule intention du gouvernement fédéral est de fournir une aide financière, sans plus. Cependant, cette «pseudo-présomption» n'est pas, selon nous, irréfutable. Nous croyons que la Cour ne réfute pas totalement l'idée qu'il soit possible que l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser ait pour objectif de régler un domaine de compétence provinciale.

Pour appuyer notre hypothèse, nous prenons pour preuve la citation ci-haut. La juge L'Heureux-Dubé y précise expressément que la subvention au *YMHA* ne dénote pas une intention du fédéral de mettre sous sa gouverne le projet de création d'emplois, «en l'absence d'autres éléments de preuve». ¹³¹ À notre avis, ce dernier membre de phrase ouvre la voie à une démonstration que l'utilisation du pouvoir de dépenser, dans les cas où il s'agit d'une législation régissant un domaine hors de sa juridiction, crée une situation où le fédéral s'accapare la faculté de régler indirectement un champ de compétence qui n'est pas le sien. Avec cette preuve, les tribunaux sont en mesure de constater que le pouvoir de dépenser est détourné de sa finalité première. Dans ces circonstances, le pouvoir fédéral de dépenser n'est plus un simple mécanisme de transfert d'argent du fédéral vers les provinces, mais plutôt un instrument pour régler un domaine de compétence de l'autre ordre de gouvernement. Nous croyons que cette prise de position de Madame la juge démontre que ces situations peuvent être sanctionnées par les tribunaux. En conséquence, nous voyons que la Cour se préoccupe de l'effet pratique du pouvoir fédéral de dépenser.

Notre interprétation globale de la décision nous amène à penser que la Cour suprême reprend, d'une manière un peu différente, l'argumentation du jugement *Winterhaven stables ltd. v. Canada (Attorney General)*. ¹³² Par sa

131. *Id.*

132. Précité, note 117.

démonstration, la juge L'Heureux-Dubé semble identifier une distinction juridique entre la volonté d'attribuer une subvention conditionnelle et celle de réglementer un domaine hors de compétence. Pour exécuter la première, le législateur fédéral use de son pouvoir de dépenser. Pour faire la seconde, il procède par une loi de réglementation. C'est ainsi que l'offre de subventions conditionnelles n'affiche pas une intention de régir une compétence provinciale, car les modalités qui y sont rattachées ne sont pas des règles obligatoires contrairement à ce qu'est une loi. Là où Madame la juge L'Heureux-Dubé se démarque de la cause *Winterhaven*, c'est qu'elle ne néglige pas de tenir compte de l'effet pratique de l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser. C'est donc une conclusion importante que nous devons retenir de cette décision de la Cour suprême du Canada. Cette dernière étoffe davantage son opinion sur le pouvoir de dépenser dans la décision suivante.

En 1991, la Cour suprême, dans la cause sur le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*,¹³³ commente, de manière subsidiaire, des arguments soulevés par les parties concernant le pouvoir fédéral de dépenser. Dans cette affaire, le coeur du litige porte sur les coupures des subventions conditionnelles fédérales destinées au financement des systèmes provinciaux d'assistance sociale. Les provinces touchées par ces réductions revendiquent auprès du fédéral, le droit d'obtenir le plein montant des subventions prévues au *Régime d'assistance publique du Canada*.¹³⁴ Cette loi permet au gouvernement fédéral, suivant une entente conclue entre les deux gouvernements, de verser à une province une subvention couvrant cinquante pour-cent (50%) des frais de son système d'assistance sociale. Dès 1967, toutes les provinces canadiennes en viennent à une entente avec le fédéral à ce sujet.

Le *Régime* soumet l'obtention de la subvention au respect de certaines conditions. Hormis ces dernières, les provinces ont tout de même la liberté d'établir les programmes à offrir et de déterminer les sommes qu'elles désirent y investir.¹³⁵ Au plan statistique, la Cour nous dit que le total des subventions versées aux provinces en vertu du *Régime* est passé de 151 millions de dollars

133. [1991] 2 R.C.S. 525.

134. S.C. 1966-67, ch.45, devenue par la suite L.R.C. (1985) ch. C-1. (Pour la suite du travail, nous la citerons sous le nom de *Régime*, sans constamment répéter la référence).

135. *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, note 133, 533.

en 1967-1968 à un montant estimé à 5,5 milliards de dollars pour les années 1989-1990. C'est devant ce chiffre pour le moins imposant et le déficit budgétaire auquel il fait face que le gouvernement fédéral décide, en 1990, de limiter ses subventions en rapport avec ce programme.

À cet effet, le fédéral adopte la *Loi sur la compression des dépenses publiques*.¹³⁶ Celle-ci met de l'avant un mécanisme permettant au gouvernement fédéral de freiner l'augmentation des déboursés qu'il doit assumer suivant l'application du *Régime*. Cette limitation affecte seulement les provinces les plus riches. En l'occurrence, il s'agit de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de l'Ontario. Même si elles ne sont pas directement touchées par cette loi, le Manitoba et la Saskatchewan interviennent dans cette cause pour faire valoir leur point de vue.

D'emblée, le juge Sopinka, pour la Cour, reconnaît que le pouvoir de dépenser permet au fédéral de verser aux provinces des fonds «pour qu'elles s'en servent dans des domaines de compétence provinciale».¹³⁷ En contrepartie cependant, le procureur général du Manitoba allègue que ce pouvoir, tel qu'exercé en l'espèce, excède la compétence du gouvernement fédéral. Au soutien de sa prétention, le gouvernement manitobain expose son argumentation de la façon suivante : un accord conclu en vertu du *Régime* donne droit à une province de recevoir de l'aide financière dans l'un de ses domaines de compétence. De ce fait, toute modification au *Régime* provoque des répercussions sur la mise en oeuvre de cette compétence provinciale. Ainsi, le fédéral, par l'intermédiaire de la *Loi sur la compression des dépenses*, réglemente de façon déguisée une compétence provinciale et, du même coup, excède ses compétences législatives. Le tribunal rejette cet argument. Il nous dit que la *Loi sur la compression des dépenses* est uniquement un outil que se donne le gouvernement fédéral pour réduire sa charge financière. Cette loi ne peut constituer «une tentative déguisée et indirecte de réglementer des domaines de compétence provinciale».¹³⁸

136. L.C. 1991, ch. 9. (Pour la suite du travail, nous la citerons sous le nom de *Loi sur la compression des dépenses*, sans constamment répéter la référence).

137. *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, note 133, 564.

138. *Id.*, 566.

Pour compléter ses observations, le juge Sopinka fait le commentaire suivant concernant la validité constitutionnelle de la *Loi sur la compression des dépenses*. L'extrait est un peu long mais sa teneur nous invite à le citer en entier.

la loi en cause, (Traduction) “revient à” réglementer un domaine qui ne relève pas de la compétence fédérale. Je ne partage pas cet avis. *L'accord conclu en vertu du Régime établissait un système flexible de partage des coûts qui laissait à la Colombie-Britannique le soin de décider quels programmes elle mettrait sur pied et financerait. Le simple refus de verser des fonds fédéraux jusque-là accordés pour financer une matière relevant de la compétence provinciale ne revient pas à réglementer cette matière.* À plus forte raison, ce n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, la nouvelle loi se borne à limiter l'accroissement des contributions fédérales. Au cours des plaidoiries, l'avocat a dit que la **Loi sur la compression des dépenses publiques** (Traduction) “a des répercussions sur un droit constitutionnel” qui échappe à la compétence du Parlement. C'est sans doute vrai, mais la Loi n'est pas inconstitutionnelle pour autant. De simples “répercussions”, prises isolément, ne sont manifestement pas suffisantes pour conclure qu'une loi empiète sur la compétence de l'autre palier de gouvernement.»¹³⁹ (Nos italiques)

Tout comme il peut donner, le fédéral peut retirer sa subvention au financement d'une matière de compétence provinciale, sans pour cela excéder ses pouvoirs. Mais il faut bien voir que l'ensemble du raisonnement de la Cour s'appuie sur le fait que le *Régime* est «un système flexible de partage des coûts».¹⁴⁰ En d'autres mots, nous croyons que le juge Sopinka considère le *Régime* comme une loi fédérale non-contraignante vis-à-vis des provinces. Les conditions liées à la subvention n'entravent pas la liberté provinciale de légiférer dans leur domaine de compétence. C'est du moins ce que semble nous dire le tribunal. Dans ces circonstances, le *Régime* et la *Loi sur la compression des dépenses* sont respectivement loi de dépense et loi d'«économie», et non des lois de réglementation. Ce sont des lois qui ont pour seul but d'allouer ou de retirer des subventions aux provinces. Elles sont une procédure fédérale de

139. *Id.*, 567.

140. *Id.*

participation aux coûts du système provincial d'aide sociale. Les *répercussions* de la *Loi sur la compression des dépenses*, qualifiées de *simples* par le juge Sopinka, ne le convainquent pas qu'elle est une loi fédérale qui régleme indirectement une compétence provinciale. C'est à notre avis ce qui distingue le cas en l'espèce de notre sujet d'étude.

À notre avis, nous ne pouvons pas qualifier de «simples» les répercussions provoquées par la *Loi canadienne sur la santé* sur la compétence provinciale en matière d'assurance-maladie. Comme nous l'avons vu plus haut, la loi prévoit les actes médicaux à fournir, les personnes à qui ils s'appliquent, l'accessibilité, l'universalité et l'intégralité du système provincial d'assurance-maladie, etc. Nous sommes loin du *Régime* de la présente cause qui «laisse aux provinces le soin de déterminer quels programmes seront offerts et quelles sommes y seront affectées.»¹⁴¹ Pour cette raison, nous sommes porté à croire que la présente décision ne peut servir de précédent pour accréditer la thèse que l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser est valide dans le cas de l'assurance-maladie.

Pour terminer avec cette décision, il nous faut citer la réponse que donne la Cour à une partie en cause qui lui demande de contrôler le pouvoir fédéral de dépenser, afin d'assurer aux provinces l'autonomie législative dans leurs domaines de compétence. Le juge Sopinka affirme à cet égard que :

«La surveillance du pouvoir de dépenser ne constitue cependant pas un sujet distinct de contrôle judiciaire. Si une loi n'est ni inconstitutionnelle ni contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux n'ont nullement compétence pour surveiller l'exercice du pouvoir législatif.»¹⁴²

Nous voyons dans ce passage l'attitude que doit adopter les tribunaux concernant le contrôle judiciaire du pouvoir de dépenser. La Cour semble d'avis que notre droit constitutionnel ne prévoit pas de mécanisme spécifique à ce sujet. Le pouvoir fédéral de dépenser est plutôt contrôlé par l'analyse habituelle de la validité d'une loi contestée. Analyse faite en fonction des impératifs des

141. *Id.*, 533.

142. *Id.*, 567.

textes législatifs fondamentaux. Le juge Sopinka fait ici référence au partage des compétences constitutionnelles et des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*.¹⁴³ Le processus n'est donc pas différent qu'il s'agisse de vérifier la validité d'une loi ou la légalité de l'utilisation du pouvoir de dépenser.

À notre avis, la Cour considère que le pouvoir fédéral de dépenser est automatiquement contrôlé lorsque la constitutionnalité d'une loi est évaluée. Par exemple, une loi issue de ce pouvoir sera inconstitutionnelle si elle déroge aux principes du partage des compétences ou de la *Charte*. De cette façon, ses effets sont sanctionnés même si le pouvoir de dépenser n'est pas l'objet d'une attention particulière. Au surplus, nous pensons que le juge Sopinka tente de nous dire, de façon sous-entendue, que les tribunaux n'ont pas à se préoccuper de la sagesse ou l'opportunité de l'usage de ce pouvoir. Ils doivent uniquement en vérifier la légalité constitutionnelle. Il est vrai que dans certains cas le recours à ce pouvoir soit politiquement répréhensible, mais le système judiciaire n'a pas pour tâche de juger de la convenance de son utilisation.

Permettez-nous finalement d'aborder un dernier jugement où la Cour suprême du Canada émet quelques commentaires en rapport avec le pouvoir fédéral de dépenser. Dans l'affaire *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*,¹⁴⁴ le *Régime* est, comme dans la cause précédente, la loi au centre du litige. Il nous paraît inutile de présenter un résumé complet des faits en l'espèce car les remarques de la Cour, au sujet du pouvoir fédéral de dépenser, sont des *obiter dicta* qui n'ont aucun lien avec les questions en litige. Le tribunal se permet ces digressions du côté du pouvoir fédéral de dépenser en raison de sa manifestation à travers le *Régime*.

D'abord la juge McLachlin, au nom des juges dissidents,¹⁴⁵ livre une opinion non contestée à l'égard du *Régime*. Elle mentionne que :

143. Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.U., c.11)]. (Pour la suite du travail, nous la citerons sous le nom de *La Charte*, sans constamment répéter la référence).

144. [1993] 1 R.C.S. 1080.

145. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents.

«Ce régime, comme la plupart des accords de partage de frais intervenus entre le gouvernement fédéral et les provinces, est essentiellement de nature coopérative. Les provinces peuvent participer; elles ne sont pas tenues de le faire.»¹⁴⁶

Ici refait surface l'argument à l'effet que les provinces sont libres d'adhérer aux programmes fédéraux à frais partagés. Nous avons précédemment mis en doute cette hypothèse. Nous mentionnions alors qu'il est vrai qu'au plan purement juridique les provinces ont le plein pouvoir de décider de participer aux accords de partage des coûts avec le gouvernement fédéral. Cependant, en règle générale, les gouvernements provinciaux sont contraints financièrement et politiquement de coopérer avec le fédéral. C'est sous cet angle que la déclaration du juge McLachlin est sujette à caution.

Nous devons dire, à la décharge du juge McLachlin, que son commentaire n'est pas le fruit d'un examen approfondi de la problématique. Selon nous, son analyse est très sommaire. Nous en prenons pour preuve le commentaire qui fait suite à son interprétation des conditions auxquelles doivent répondre les systèmes provinciaux d'assistance sociale pour être admissibles aux subventions du *Régime*. Elle nous dit :

«En tirant ces conclusions, je n'ai pas tenu compte des limites, s'il en est, qu'impose la Constitution au pouvoir fédéral de dépenser. *Cette question n'a pas été soulevée devant nous et, à mon avis, il y a lieu d'attendre une autre occasion pour la trancher.*»¹⁴⁷ (Nos italiques)

Consciemment, Madame la juge McLachlin ne va pas très loin dans son analyse du pouvoir de dépenser. Ce n'est pas l'objet du débat. Il faut donc mettre dans son contexte l'affirmation de la juge au sujet de la liberté des provinces de s'engager dans le mécanisme fédéral de frais partagés. Dans un autre ordre d'idée, force nous est de constater, à partir de la citation ci-haut, l'ouverture à une possible définition des frontières au-delà desquelles le pouvoir fédéral de dépenser ne peut aller. Nous remarquons que la juge ne se prononce pas précisément sur l'existence de limites constitutionnelles au pouvoir de dépenser.

146. *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, précité, note 144, 1104.

147. *Id.*, 1105.

Mais elle ne rejette pas pour autant cette éventualité. À notre avis, sans dire expressément que la Constitution impose des limites au pouvoir fédéral de dépenser, la juge McLachlin ne nie pas que cela soit possible. Nous pouvons ainsi conclure que l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser peut possiblement être restreint à l'intérieur d'un cadre défini par le droit constitutionnel.

Pour sa part, le juge Sopinka, au nom de la majorité, se borne à des considérations qui s'appliquent uniquement au cas à l'étude.¹⁴⁸ Ses observations portent spécifiquement sur le *Régime* et ses impacts sur la législation provinciale. À cet effet, il nous dit :

«Comme le fait remarquer la juge McLachlin, la participation du gouvernement fédéral repose entièrement sur son pouvoir de dépenser. À mon avis, compte tenu de la nature et des objets du [**Régime**], les conditions dont est assortie la contribution du gouvernement fédéral ne visent pas à édicter les termes précis de la législation provinciale. Au contraire, ces conditions visent à promouvoir les mesures législatives qui permettent de respecter, pour l'essentiel, les objectifs du [**Régime**]. C'est sous cet angle qu'il y a lieu d'aborder l'interprétation de cette loi et notamment les conditions énoncées à son article 6. *Toute ambiguïté dans le texte législatif devrait, autant que possible, être dissipée au moyen de l'interprétation qui respecte l'objectif global du [**Régime**].*»¹⁴⁹ (Nos italiques)

Aux yeux de la Cour, le *Régime* est un instrument qui vise non pas à dicter aux provinces la teneur de leur législation en matière sociale, mais plutôt à encourager celles-ci à atteindre les objectifs fixés par le fédéral. Cette prise de position du juge Sopinka à l'égard du *Régime* est semblable à celle qu'il adopte dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*.¹⁵⁰ Nous avons vu dans cette décision que le juge qualifie le *Régime* de *système flexible* qui ne vise pas à régler la compétence provinciale en matière d'assistance sociale. Nous avons alors démontré que nous ne pouvions pas en

148. Sur le pouvoir de dépenser, le juge Sopinka n'est pas contredit par les juges dissidents.

149. *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, précité, note 144, 1123-1124.

150. Précité, note 133. Pour relire les propos du juge Sopinka, voir la citation qui accompagne la note 139.

dire autant de la *Loi canadienne sur la santé*. Donc, ici comme dans la cause précédente, nous ne pouvons utiliser les principes énoncés par le juge Sopinka, à propos du *Régime*, comme modèle d'interprétation de la *Loi canadienne sur la santé*. À notre avis, tout ce que l'on peut retenir c'est que l'on doit analyser une loi de dépense, «*autant que possible*», en conformité avec ses objectifs.

En résumé, l'analyse de ces quatre décisions fait ressortir que le pouvoir fédéral de dépenser est une notion intégrante de notre droit constitutionnel. Il s'exerce cependant suivant certaines restrictions. Le temps est maintenant venu de faire la récapitulation de cette revue jurisprudentielle, pour faire ressortir l'essentiel de l'état actuel du droit sur le pouvoir de dépenser. Nous pourrions ainsi en soulever les enseignements importants et les appliquer à notre sujet d'étude.

b) Application des principes jurisprudentiels à la *Loi canadienne sur la santé*

La jurisprudence indique que le pouvoir de dépenser ne fait pas l'objet d'une surveillance particulière.¹⁵¹ Cela n'empêche pas qu'il soit tout de même sujet au contrôle des tribunaux. En procédant à l'évaluation constitutionnelle d'une loi issue de ce pouvoir, la Cour vérifie automatiquement si l'utilisation de celui-ci déroge aux principes du partage des compétences et de la *Charte*. D'une certaine façon, la juge L'Heureux-Dubé confirme cette déduction. Elle affirme que le pouvoir fédéral de dépenser ne peut être utilisé que dans la mesure où il ne s'agit pas essentiellement d'une législation relative à un sujet de compétence provinciale.¹⁵² C'est donc de cette manière que ce pouvoir, manifesté dans la *Loi canadienne sur la santé*, est soumis au contrôle judiciaire. À cet égard, nous avons conclu, à la section précédente, que cette loi est *ultra vires* des pouvoirs du Parlement fédéral. Ceci dit, il faut cependant voir si la méthode interprétative d'une loi issue du pouvoir de dépenser peut avoir une influence sur la constitutionnalité de la *Loi canadienne sur la santé*.

151. Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), précité, note 133, 567.
152. *YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown*, précité, note 125, 1549.

Nous avons relevé, à la section précédente, quelques balises à l'intérieur desquelles le pouvoir fédéral de dépenser doit s'exercer. D'abord, le juge Sopinka, dans la décision *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, nous indique qu'une loi de dépense contestée doit être interprétée en tenant compte, «autant que possible», de l'objectif global de celle-ci.¹⁵³ Il mentionne également que «de simples “répercussions”, prises isolément, ne sont manifestement pas suffisantes pour conclure qu'une loi empiète sur la compétence de l'autre palier de gouvernement».¹⁵⁴

En tenant compte de notre analyse des rapports de commissions d'enquête, nous sommes persuadé que la *Loi canadienne sur la santé* n'a pas comme simple objectif de subventionner le système d'assurance-maladie des provinces. Elle vise plutôt à réglementer ce domaine de compétence provinciale. La mise en oeuvre de cette loi fédérale démontre, de façon assez évidente, qu'elle a des répercussions importantes sur l'assurance-maladie. Elle dicte les normes que chaque province doit adopter à ce sujet. Elle a conduit à l'établissement d'un système d'assurance-santé uniforme à travers le Canada. C'était l'objectif ultime du législateur fédéral et il l'a atteint.

Ainsi, nous ne croyons pas que l'on puisse qualifier de «simples» les répercussions provoquées par la *Loi canadienne sur la santé*. De plus, même si nous tentons d'interpréter celle-ci en tenant compte, «autant que possible», de son objectif de subventionner les provinces, l'ensemble des éléments qui ont concouru à son adoption nous prouve que la *Loi canadienne sur la santé* a d'abord et avant tout pour but de régir un champ de compétence provinciale.

Toujours dans l'affaire *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*,¹⁵⁵ le juge Sopinka mentionne que les conditions pour obtenir une subvention, conformément au *Régime*, «ne visent pas à édicter les termes précis de la législation provinciale».¹⁵⁶ Ces conditions ont pour objet d'encourager

153. *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, précité, note 144, 1123.

154. *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, note 133, 567.

155. *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, précité, note 144.

156. *Id.*, 1123-1124.

financièrement les provinces à légiférer en fonction de critères fédéraux.¹⁵⁷ C'est une façon de faire qui ne semble pas interdit par la Constitution.¹⁵⁸ Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, la *Loi canadienne sur la santé* est beaucoup plus contraignante que le *Régime*. Il ne s'agit donc plus d'un incitatif, mais d'un moyen pour le gouvernement fédéral de légiférer dans un champ de compétence provinciale.

D'un autre côté, Madame la juge L'Heureux-Dubé fait valoir que la finalité première de ce pouvoir consiste à donner des subventions aux provinces. Nous ne devons pas voir dans l'utilisation de celui-ci une intention du gouvernement fédéral de réglementer un domaine hors de sa compétence.¹⁵⁹ Cependant, elle envisage comme possible que l'usage du pouvoir de dépenser soit détourné de cette finalité.¹⁶⁰ Et nous croyons que c'est ce qui arrive dans le cas de la *Loi canadienne sur la santé*.

Madame la juge L'Heureux-Dubé tient compte de l'effet pratique de l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser. Elle note que ce pouvoir «peut être exercé du moment que cela ne constitue pas essentiellement de la législation relative à un sujet de compétence provinciale».¹⁶¹ Elle précise sa pensée en mentionnant que l'usage du pouvoir de dépenser ne démontre pas automatiquement une intention du fédéral de mettre sous sa gouverne une matière de compétence provinciale, «en l'absence d'autres éléments de preuve».

Dans le cas de la *Loi canadienne sur la santé* nous avons clairement exposé «d'autres éléments de preuve» qui établissent qu'elle est une législation concernant une compétence provinciale. Ainsi, elle ne respecte pas la finalité du pouvoir fédéral de dépenser. Nous croyons qu'elle ne cadre pas avec cette limite imposée par la jurisprudence.

157. Voir l'opinion du juge Sopinka dans *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, précité, note 149.

158. *Winterhaven stables ltd. v. Canada (Attorney General)*, précité, note 117, 131.

159. *Winterhaven stables ltd. v. Canada (Attorney General)*, précité, note 117, 132; *YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown*, précité, note 125, 1549.

160. Voir notre analyse des propos Madame le juge L'Heureux-Dubé dans *YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown*, précité, note 125.

161. *YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown*, précité, note 125, 1549.

En résumé, comme nous l'avons établi précédemment, *Loi canadienne sur la santé* constitue essentiellement de la législation relative à l'assurance-maladie. De plus, la jurisprudence actuelle sur le pouvoir de dépenser ne valide pas, selon nous, cette intrusion fédérale dans ce champ de compétence des provinces. À notre avis, la *Loi canadienne sur la santé* est inconstitutionnelle. En conséquence, nous croyons que l'interdiction fédérale imposée aux provinces concernant l'instauration d'un ticket modérateur dans leur système d'assurance-maladie n'est pas valide.

CONCLUSION

Dans un premier temps, ce travail nous a permis d'établir, et ce sans l'ombre d'un doute, que les législatures provinciales possèdent la compétence constitutionnelle exclusive concernant l'imposition d'un ticket modérateur dans leur système d'assurance-maladie. En second lieu, nous avons conclu que la *Loi canadienne sur la santé*, à cause de son effet réglementaire sur les régimes provinciaux de santé et incidemment sur le ticket modérateur, est *ultra vires* des pouvoirs du Parlement fédéral. Ces constats amènent donc des réponses à nos interrogations formulées en introduction.

D'un autre côté, nous sommes conscient que ces conclusions peuvent susciter des remarques à caractère politique. Par exemple, nous imaginons que les autonomistes approuveront nos points de vue, et que les fédéralistes les réprouveront. Nous comprenons que l'assurance-maladie est considérée, par la classe dirigeante, comme un sujet à haute teneur politique avant d'en être un constitutionnel. Nous croyons cependant qu'il ne faut pas perdre de vue que ce système a pour objectif fondamental de procurer des soins de santé à la population. Il n'existe pas pour mousser quelque idéologie que ce soit. Que ce système recèle des éléments susceptibles de promouvoir le nationalisme, qu'il soit canadien ou québécois, ne devrait avoir, selon nous, aucune importance dans la recherche du palier de gouvernement qui doit le prendre en charge. Il faut s'en remettre uniquement aux prescriptions de la Constitution. Nous vivons dans un État où la règle de droit prédomine, et où le législateur ne peut pas faire indirectement ce que la loi lui interdit de faire directement.

Nous l'avons vu, le corpus législatif fédéral actuel pénalise financièrement une province qui veut pleinement exercer sa compétence constitutionnelle, en imposant un ticket modérateur dans son système d'assurance-maladie. Nous avons une alternative à cette situation conflictuelle. À la base, nous considérons que deux principes doivent, dans la mesure du possible, être respectés. Le premier est que tous les Canadiens et Canadiennes puissent avoir accès aux mêmes services de santé. Le second a trait à la juste redistribution de la richesse entre les provinces riches et les provinces pauvres. C'est-à-dire qu'une province économiquement faible doit pouvoir offrir à ses citoyens des services de soins de santé comme ceux qui sont offerts dans les provinces nanties.

Pour répondre au premier principe, toutes les provinces, en collégialité, devraient s'entendre sur une formule de système d'assurance-maladie qu'elles veulent avoir. Cette entente pourrait prévoir tous les aspects du régime (i.e. : services à offrir, type de gestion, personnes admissibles, modalités de financement, etc.). De cette façon, tous les citoyens du Canada auraient droit aux mêmes soins de santé. En ce qui concerne la juste redistribution de la richesse, c'est le fédéral qui, à même les impôts qu'il perçoit, verserait des subventions aux provinces en conformité avec l'entente qu'elles auraient conclue. L'intervention du fédéral serait uniquement de vérifier si la province, à qui il doit donner le subside, respecte les dispositions du contrat inter-provincial. Certains diront que ce mécanisme est pareil à celui qui existe actuellement. Nous ne le croyons pas. La différence réside dans le fait que les conditions de la subvention ne sont pas imposées par Ottawa, mais plutôt librement négociées par les provinces elles-mêmes. Tout ceci procéderait en accord avec la compétence constitutionnelle des législatures provinciales.

Nous savons que la conclusion d'une telle entente ne s'obtient pas facilement. Les consensus sont difficiles lorsqu'il y a autant d'intervenants et d'intérêts impliqués. L'esprit de compromission doit constamment régner. On ne devrait jamais oublier que l'amélioration de la qualité de vie de la population est l'essentielle et unique fonction d'un système d'assurance-santé. Par ailleurs, si cette proposition s'avère impossible à réaliser, laissons les provinces développer leur propre système de santé en espérant que l'émulation entre elles permettra aux personnes malades d'obtenir des soins médicaux de qualité et aux mêmes coûts, peu importe leur lieu de résidence.