

LES SUITES DE L'ARRÊT *CHAOULLI* ET LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DU CANADA EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

Marco Laverdière

Volume 38, numéro 1, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1107423ar>
DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11559>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)
2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Laverdière, M. (2007). LES SUITES DE L'ARRÊT *CHAOULLI* ET LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DU CANADA EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 38(1), 1–86. <https://doi.org/10.17118/11143/11559>

Résumé de l'article

Dans le désormais célèbre arrêt *Chaoulli*, la Cour suprême du Canada a conclu que certaines restrictions relatives au développement de services privés prévues par les lois québécoises étaient contraires à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. De fait, ces restrictions sont alors apparues comme entraînant des atteintes aux droits à la vie et à la sûreté de la personne, de façon non justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cela étant, qu'en serait-il alors en regard de certains instruments internationaux de protection des droits fondamentaux auxquels le Canada et le Québec ont adhéré, que ce soit dans le cadre du système onusien ou du système inter-américain ? Après avoir passé en revue les instruments internationaux en cause ainsi que les développements jurisprudentiels dont ils ont fait l'objet, l'auteur conclut qu'il est vraisemblable que le résultat d'un éventuel recours devant les instances internationales pourrait être semblable à celui de l'arrêt *Chaoulli*. Plus encore, il estime que cette conclusion serait envisageable non seulement à l'égard des dispositions qui étaient contestées devant la Cour suprême, mais aussi à l'égard des nouvelles mesures adoptées par le législateur québécois en réaction à l'arrêt *Chaoulli*.

LES SUITES DE L'ARRÊT *CHAOULLI* ET LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DU CANADA EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX*

par Marco LAVERDIÈRE**

Dans le désormais célèbre arrêt Chaoulli, la Cour suprême du Canada a conclu que certaines restrictions relatives au développement de services privés prévues par les lois québécoises étaient contraires à la Charte des droits et libertés de la personne du Québec. De fait, ces restrictions sont alors apparues comme entraînant des atteintes aux droits à la vie et à la sûreté de la personne, de façon non justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cela étant, qu'en serait-il alors en regard de certains instruments internationaux de protection des droits fondamentaux auxquels le Canada et le Québec ont adhéré, que ce soit dans le cadre du système onusien ou du système inter-américain? Après avoir passé en revue les instruments internationaux en cause ainsi que les développements jurisprudentiels dont ils ont fait l'objet, l'auteur conclut qu'il est vraisemblable que le résultat d'un éventuel recours devant les instances internationales pourrait être semblable à celui de l'arrêt Chaoulli. Plus encore, il estime que cette conclusion serait envisageable non seulement à l'égard des dispositions qui étaient contestées devant la Cour suprême, mais aussi à l'égard des nouvelles mesures adoptées par le législateur québécois en réaction à l'arrêt Chaoulli.

*. Ce texte constitue une mise à jour, réalisée pour l'essentiel au cours de l'automne 2007, d'un mémoire de recherche intitulé *Les restrictions visant les services privés de santé et les engagements internationaux du Canada en matière de protection des droits fondamentaux : À la recherche d'un équilibre entre la liberté et l'égalité d'accès aux services*, soumis en mai 2006 par l'auteur dans le cadre du programme de Diplôme d'Université de 3^e cycle «Droits Fondamentaux» de l'UFR de Droit et de Sciences Politiques de l'Université de Nantes.

**. Avocat, il œuvre au sein du système professionnel québécois et enseigne dans le cadre du programme de droit et politiques de santé de l'Université de Sherbrooke. De plus, il a récemment entrepris la rédaction d'une thèse doctorale sur la question de la relation entre le développement de services privés de santé et les engagements du Canada en matière de commerce internationale et de protection des droits fondamentaux.

In the now renown Chaouilli case, the Supreme Court of Canada reached the conclusion that certain impediments to the development of private health care under Quebec law were contrary to the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms. These limitations were held to constitute a violation of the rights to life and to personal security, in a manner which could not be considered reasonable in a free and democratic society. That being said, what would the answer be if the same question were to be raised with respect to human rights protection treaties to which Canada and Quebec are signatories, whether within the framework of the United Nations or within an Inter-American system? Based on a review of these treaties and of related jurisprudence, the writer submits it is plausible that the outcome would be identical to the one reached in the Chaouilli case. Moreover, it is believed that this conclusion could not only apply with respect to the same limitations raised before the Supreme Court, but also to certain new measures adopted by the Quebec National Assembly in reaction to the Chaouilli ruling.

SOMMAIRE

Introduction	5
1. Règles relatives aux services privés au sein du système de santé québécois et résultats de l'analyse judiciaire en regard des droits fondamentaux.....	7
1.1 Rôle du secteur public et du secteur privé au sein du système de santé québécois.....	8
1.1.1 Aperçu de l'architecture législative du système et de son contexte juridique et politique.....	9
1.1.2 Justification du rôle prépondérant du secteur public	17
1.2 L'affaire <i>Chaoulli</i> et son impact sur les orientations du système de santé québécois.....	23
1.2.1 Obstacles à l'accès aux services privés parallèles et droits fondamentaux protégés par les chartes canadienne et québécoise.....	23
1.2.2 Réaction des autorités publiques québécoises	36
2. Engagements internationaux du Canada en matière de protection des droits fondamentaux et accès aux services de santé	45
2.1 Nature et portée des engagements en matière d'accès aux services.....	47
2.1.1 En faveur de l'égalité d'accès	48
2.1.2 En faveur de la liberté d'accès.....	58
2.2 Perspectives d'une éventuelle prise en considération des obstacles à l'accès aux services privés parallèles par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ou par la Commission interaméricaine des droits de l'homme.....	63
2.2.1 Aperçu des conditions et modalités de mise en œuvre des mécanismes applicables	63
2.2.2 Résultats possibles de l'analyse en regard des instruments de protection applicables	70
Conclusion	84

Introduction

Il est bien connu que la démarcation supposée entre les droits prévus par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹ et ceux du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*² n'est pas étrangère au fossé qui séparait les deux grandes idéologies qui s'affrontaient au moment de la Guerre froide³. Entre un modèle, celui de l'Ouest, davantage soucieux de la protection des droits et libertés civils, mais laissant au libre marché le soin de pourvoir aux besoins socio-économiques des populations et l'autre, celui de l'Est, où l'État omniprésent s'assurait de répondre de façon plus ou moins satisfaisante à ces besoins, mais au prix de limitations notables des libertés individuelles, les différences étaient claires ou, du moins, elles semblaient l'être. De fait, on a remarqué qu'un troisième modèle s'est développé, celui des pays où une certaine mouvance sociale-démocrate a été prédominante et où on a entrepris tant bien que mal de conjuguer l'interventionnisme de l'«État-providence» et le libre marché, la protection sociale étendue et les libertés individuelles, etc.

Le Canada et le Québec sont certainement des juridictions où, à différents niveaux d'intensité selon les époques, cette «troisième voie» aura été observable et l'est encore aujourd'hui. C'est notamment le cas dans le secteur de la santé où, contrairement au modèle très largement libéral de leur imposant voisin américain, les Canadiens et les Québécois ont fait le choix d'un modèle public, au sein duquel l'État joue un rôle prédominant au chapitre de l'organisation, de la dispensation et du financement des services, de façon à ce que tous les citoyens aient, indépendamment de leur capacité de payer, accès à un

-
1. 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 [«P.I.D.E.S.C.» ou «Pacte relatif aux droits économiques»].
 2. 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 [«P.I.D.C.P.» ou «Pacte relatif aux droits civils»].
 3. Voir notamment William A. Schabas, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1997, aux pp. 58-61 [W. A. Schabas].

même niveau quantitatif et qualitatif de soins. Ce rôle de l'État est à ce point marqué qu'il tend, par certains de ses aspects, à se présenter comme un monopole qui laisse peu ou pas de place au secteur privé et qui, en conséquence, fait en sorte que, devant un besoin individuel donné en matière de services de santé, une seule réponse sera disponible, soit celle du système public. Bien sûr, si le système public répond de façon satisfaisante aux besoins en cause, la question de l'absence d'alternatives et de ses conséquences sur les droits individuels reste plutôt académique. Il en est tout autrement lorsqu'on constate que la réponse de ce système public est insatisfaisante, que ce soit de façon généralisée ou ponctuelle.

Voilà donc, en regard de la protection des droits fondamentaux, le contexte dans lequel le débat sur le rôle de l'État dans le secteur de la santé se déroule présentement au Canada et au Québec. Ce débat a déjà conduit à ce que la Cour suprême du Canada se prononce récemment dans l'arrêt *Chaoulli*⁴, dans lequel les objectifs de l'intervention de l'État dans le secteur de la santé ont été mis en perspective en tenant compte des moyens qu'il a retenus pour parvenir à ses fins et de leurs impacts sur certains droits individuels. Or, dans le contexte où le débat politique se poursuit à l'égard des orientations à prendre suite à cet arrêt, il devient intéressant d'aborder la question à la lumière des engagements internationaux du Canada. Il peut en effet s'avérer pertinent de chercher à voir si la réponse donnée par la Cour suprême s'en trouverait confirmée ou si, au contraire, une autre façon d'arbitrer entre les intérêts collectifs et individuels en présence pourrait émerger d'une éventuelle prise en considération de cette question par des instances régionales ou internationales chargées de veiller à l'application des instruments de protection des droits fondamentaux auxquels le Canada est lié.

Tel sera donc l'objectif de la démarche proposée dans la présente étude. Cette démarche consistera dans le cadre d'une

4. *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791 [Chaoulli].

première partie à situer le contexte juridique, politique et social des obstacles posés relativement à l'accès aux services privés de santé, développés parallèlement à ceux du système public, en s'attardant de façon particulière aux récents développements judiciaires à ce sujet et aux nouvelles orientations considérées par les autorités gouvernementales québécoises, celles-ci ayant été interpellées de façon immédiate et directe par l'arrêt de la Cour suprême. La deuxième partie portera de façon plus particulière sur la nature et la portée de certains droits prévus par des instruments de protection auxquels le Canada est lié, en cherchant de façon particulière à déterminer si, sur cette base, les instances régionales ou internationales compétentes pourraient être enclines à confirmer ou non l'approche retenue par la Cour suprême du Canada.

1. Règles relatives aux services privés au sein du système de santé québécois et résultats de l'analyse judiciaire en regard des droits fondamentaux⁵

Il peut paraître étonnant, *a priori*, de s'interroger sur les atteintes aux droits fondamentaux pouvant résulter d'un système public de santé comme ceux⁶ qu'on retrouve au Canada, dans la mesure où ils reposent sur de nobles et généreux principes

5. La présente partie constitue en quelque sorte une «synthèse actualisée» du texte suivant : Marco Laverdière, «Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés», (1998-1999) 29 R.D.U.S. 117.

6. Dans le cadre de la présente étude, il sera régulièrement question «des» systèmes de santé canadiens afin de tenir compte du fait que les responsabilités en matière de mise sur pied et d'opération d'un système de santé sont essentiellement de compétence provinciale en vertu de la constitution canadienne et que, partant de là, on peut considérer que le Canada compte au moins autant de systèmes de santé qu'il compte de provinces. Aussi, il est à noter que ce sont les modalités particulières du système de santé québécois qui retiendront ici l'attention, étant celles sur lesquelles la Cour suprême du Canada s'est prononcée. Pour autant, il y a bien sûr lieu de ne pas négliger le rôle significatif que le législateur fédéral joue dans le domaine de la santé : voir ci-dessous partie 1.1.1 aux pp. 11 et s.

«d'accessibilité et d'universalité»⁷, en vertu desquels les services doivent être rendus disponibles en fonction des besoins, plutôt qu'en fonction de la capacité de payer. C'est pourtant en ces termes que la question a été posée aux tribunaux canadiens, lesquels ont alors dû évaluer comment les interventions du législateur québécois, qui convergent avec celles du législateur fédéral, peuvent entraîner de telles atteintes, dans le contexte précis où le système de santé a, en pratique, été constitué en «monopole public» plus ou moins étanche et qu'il a du mal à répondre adéquatement aux besoins de l'ensemble des citoyens. En bout de ligne, cette question a conduit la Cour suprême du Canada à se prononcer de telle façon, dans le cadre de l'affaire *Chaoulli*, que les autorités publiques québécoises doivent maintenant chercher une nouvelle approche qui, tout en sauvegardant les grands principes ci-avant évoqués, éviterait les atteintes constatées.

1.1 Rôle du secteur public et du secteur privé au sein du système de santé québécois

S'il est vrai que le fédéralisme canadien a généré, plus souvent qu'à son tour, des tensions entre les niveaux fédéral et provincial de gouvernement, il y a cependant un principe qui jusqu'à maintenant fait l'objet d'un consensus assez bien établi, soit celui du caractère essentiellement public que devraient avoir les systèmes de santé à travers le pays. Ainsi, tant le législateur fédéral que le législateur québécois ont convenu qu'il y avait lieu de restreindre ou, du moins, d'encadrer de façon étroite le rôle du

7. On référera à l'occasion, dans le cadre du présent texte, aux principes d'accessibilité et d'universalité comme étant des caractéristiques particulières des systèmes de santé canadiens, incluant celui du Québec. Il s'agit en quelque sorte d'un raccourci commode pour décrire le fait que, en principe, ces systèmes de santé visent à répondre aux besoins de tous, en fonction des besoins, et non pas de la capacité de payer. Pour autant, l'accessibilité et l'universalité ne constituent que deux des «cinq grands principes» énoncés par la *Loi canadienne sur la santé*, *infra* note 19, souvent perçue comme étant le rempart contre «l'américanisation» ou la libéralisation des systèmes de santé canadiens : voir ci-dessous partie 1.1.1 aux pp. 11 et s.

secteur privé en matière de santé. Les raisons qui ont motivé ce choix apparaissent relever d'abord d'une volonté de contrôler les coûts et les ressources afin d'assurer l'existence d'un «système public fort», mais aussi d'une certaine crainte à l'effet que si un rôle plus actif était autorisé au secteur privé, les principes d'accessibilité et d'universalité s'en trouveraient compromis.

1.1.1 Aperçu de l'architecture législative du système et de son contexte juridique et politique

Il est relativement bien établi en droit constitutionnel canadien que ce sont les provinces, et non pas l'État fédéral, qui exercent la compétence générale en matière de santé⁸. On sait ainsi que la compétence provinciale repose sur l'article 92 (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹, lequel confie aux provinces «toutes les matières d'une nature purement locale ou privée». Le paragraphe 13 de ce même article est également perçu comme soutenant la prérogative provinciale puisque le financement des services sociosanitaires relèverait de la «propriété et du droit civil», comme d'ailleurs certains aspects liés à l'organisation et au contrôle des

-
8. Au sujet de la compétence générale ou prépondérante des provinces, voir : *Ibid.* au para. 18 et 23; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624 à la p. 646; Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Guidé par nos valeurs : L'avenir des soins de santé au Canada, rapport final*, Ottawa, 2002, aux pp. 3 et 4 [Commission Romanow, «rapport final»]; André Braën, *La santé et le partage des compétences au Canada*, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, étude no 2, Ottawa, 2002; Andrée Lajoie, Patrick A. Molinari et Jean-Marie Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981, à la p. 36 et s. [A. LAJOIE, P. A. MOLINARI et J.-M. AUBY]; Andrée Lajoie et Patrick A. Molinari, «Partage constitutionnel des compétences en matière de santé au Canada», (1978) *R. du B. can.* 580. Ce consensus a quelques fois été remis en question, comme l'indiquent les propos du juge Estey dans l'affaire *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112 à la p. 142 : «La "santé" n'est pas l'objet d'une attribution constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé que les lois fédérales ou provinciales valides peuvent aborder selon la nature ou la portée du problème de santé en cause dans chaque cas». Voir également les propos de la juge McLachlin dans l'affaire *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 à la p. 245.
9. (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n°5.

activités des professionnels de la santé¹⁰. Il est également possible d'invoquer le paragraphe 7, qui réserve aux provinces l'exclusivité des matières liées à «l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité [...] autres que les hôpitaux de marine» pour justifier la compétence des provinces¹¹.

Malgré l'entendement général à l'effet que le secteur de la santé relève de la compétence des provinces, l'État fédéral n'est pas totalement en reste. Il intervient régulièrement en vertu de ses pouvoirs concernant «la quarantaine et l'établissement et maintien des hôpitaux de marine»¹², de ceux relatifs à certaines catégories de personnes qui tombent sous sa juridiction¹³ et, enfin surtout, de sa compétence en matière de droit criminel¹⁴. Ses interventions les plus controversées sont toutefois liées à son «pouvoir général de dépenser», par lequel il tend à influencer significativement la définition du cadre de prestations et de financement des services de santé au pays¹⁵. De façon sommaire, ce pouvoir du gouvernement fédéral peut être compris comme étant celui de faire des dépenses relatives à toute matière, peu importe leur rattachement ou non à une compétence provinciale.

L'exercice du pouvoir de dépenser a conduit le gouvernement fédéral à assortir ses contributions de conditions que les programmes relevant des provinces devaient respecter¹⁶. Dans le secteur de la santé notamment, la forme qu'a prise l'implication

10. A. LAJOIE, P. A. MOLINARI et J.-M. AUBY, *supra* note 8 à la p. 40.

11. *Ibid.*, voir *infra* note 61. Aussi, pour une référence timide à ce paragraphe, voir les propos du juge Estey dans *Schneider c. La Reine*, *supra* note 8, 120.

12. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 9, art. 91 (11).

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

14. *Ibid.*, art. 91 (27). La compétence du gouvernement fédéral canadien en matière de droit criminel a notamment justifié ses interventions sur des sujets tels que l'avortement, les aliments et drogues, les jeunes contrevenants et les produits du tabac.

15. *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 4 au para. 16.

16. Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002 à la p. 430 et s.

fédérale a eu tôt fait de générer une polémique constitutionnelle importante¹⁷, mais elle a également contribué à établir, sinon à «sacraliser», ce qu'on appelle maintenant les «grands principes» qui régissent l'ensemble des systèmes de santé existant au Canada.

C'est ainsi qu'en 1984, en vue d'actualiser et de consolider le cadre des interventions réalisées au cours des deux précédentes décennies dans le secteur de la santé en vertu du pouvoir de dépenser¹⁸, le législateur fédéral adopte la *Loi canadienne sur la santé*¹⁹. Cette loi a depuis acquis le statut d'«icône»²⁰ dans le firmament politique canadien, un peu comme le principe de la laïcité en France, ou le *Bill of Rights* des États-Unis. Selon ses propres termes, elle 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»²¹. C'est cette perception des modalités par lesquelles les services de santé doivent être rendus disponibles qui a conduit à l'instauration des conditions énoncées par la loi.

Les conditions en question sont les suivantes²² :

-
17. À ce sujet, voir : Pierre Blache, «Le pouvoir de dépenser au cœur de la crise constitutionnelle canadienne», (1993) 24 :1 R.G.D. 29; Marie-Claude Prémont, *Le rôle de la Loi canadienne sur la santé pour l'avenir des systèmes de santé au Canada*, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, étude no 4, Ottawa, 2002 aux pp. 1 et 2.
 18. Pour un historique des interventions fédérales en matière de santé, voir Odette Madore, *La Loi canadienne sur la santé : Aperçu et options*, Ottawa, Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement, Ministre des Approvisionnements et Services, 1995 aux pp. 4-6 [O. Madore].
 19. L.R.C. 1985, c. C-6 [L.C.S.].
 20. Voir ce que la juge Deschamps en dit dans l'affaire *Chaoulli*, *supra* note 4 au para. 16. Voir également : Commission Romanow, «rapport final», *supra* note 8 à la p. 64.
 21. L.C.S., *supra* note 19, art. 3. Voir aussi l'alinéa 5 du Préambule de la L.C.S. où on retrouve la «prédiction» suivante : «[L]'accès continu à des soins de santé de qualité, sans obstacle financier ou autre, sera déterminant pour la conservation et l'amélioration de la santé et du bien-être des Canadiens».
 22. Voir l'énumération à l'article 7 L.C.S. Pour une description de ces conditions, voir : Madore, *supra* note 18 aux pp. 6-8.

1. La gestion publique, sans but lucratif, du régime provincial d'assurance-santé couvrant les services assurés²³;
2. L'intégralité de la couverture, qui suppose que dans le cadre du régime provincial d'assurance-santé, tous les services «médicalement nécessaires» fournis par les hôpitaux et les médecins ainsi que les services de chirurgie dentaire rendus en établissements soient assurés²⁴;
3. L'universalité de la couverture, à savoir que 100% des personnes assurées, soit tous les habitants de la province, sauf exception²⁵, aient accès aux services assurés selon des modalités uniformes²⁶;
4. La transférabilité de la couverture d'une province à l'autre, et même à l'extérieur du pays²⁷;
5. L'accessibilité des services, signifiant qu'un accès satisfaisant aux services assurés doit être prévu, sans obstacles directs ou indirects, ce qui exclut toute possibilité de facturation directe²⁸, de surfacturation et d'imposition de frais modérateurs²⁹ et implique donc que la responsabilité de financement est assumée exclusivement par l'État.

L'énoncé de ces conditions indique une volonté claire du législateur fédéral de faire en sorte qu'il existe un système public de

23. *L.C.S., supra* note 19, art. 8.

24. *Ibid.* art. 2, 9.

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

26. *Ibid.* art. 10.

27. *Ibid.* art. 11.

28. *Ibid.* art. 12.

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

santé afin de répondre à un large éventail de besoins pour l'ensemble des Canadiens. Le phénomène de «sacralisation» évoqué précédemment à l'égard de ces conditions suppose que, dans le contexte canadien, leur remise en question s'avère très délicate et est susceptible d'être politiquement hasardeuse pour celui qui voudrait en prendre l'initiative. Cette réalité demeure bien observable malgré les fluctuations à la baisse des contributions financières du gouvernement fédéral en matière de santé³⁰.

Par ailleurs, avant même que le législateur fédéral ne soit intervenu de la façon ci-avant décrite, les provinces avaient déjà entrepris, en vertu de leurs compétences constitutionnelles relativement bien établies en la matière, de mettre en place des systèmes de santé ayant ce caractère public, universel et complet. Dans le cas du Québec, bien que les premières initiatives concrètes aient été prises dans les années cinquante et soixante, c'est en 1970 que se situe le moment charnière où les fondements et les grandes orientations du système public de santé qu'on connaît encore aujourd'hui ont été définis. De fait, le système public de santé québécois se retrouve défini dans un corpus législatif et réglementaire qui, pour l'essentiel, date de cette époque et dont la teneur et l'articulation ont été conçues dans le cadre des travaux d'une grande commission d'enquête provinciale qui aura été particulièrement marquante³¹. Les principales lois qui ont alors été adoptées peuvent être identifiées et décrites comme suit³² :

- La *Loi sur les services de santé et les services sociaux*³³ prévoit l'organisation générale du système de santé québécois, notamment avec l'objectif de «rendre accessibles des services continus de façon à répondre aux besoins des individus, des familles et des groupes aux plans physique,

30. Au sujet de ces fluctuations, voir : Commission Romanow, «rapport final», *supra* note 8, pp. 71-77.

31. Québec, Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social (ci-après : «Commission Castonguay-Nepveu»).

32. *Chaoulli*, *supra* note 4 au para. 18-19.

33. L.R.Q. c. S-4.2 (ci-après : «L.S.S.S.S.»).

psychique et social»³⁴. Elle n'exclut pas spécifiquement que des intervenants à caractère privé puissent y jouer un rôle³⁵, mais mise de façon prépondérante sur un mode de contrôle, de financement et de prestations publics, par le biais du ministre de la Santé et des Services sociaux, d'agences régionales et d'établissements avec des missions hospitalières et autres³⁶. Elle reconnaît par ailleurs de façon spécifique le droit à ce que les services soient «adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée et sécuritaire»³⁷, de même que le droit du patient de choisir le professionnel et l'établissement pour l'obtention des services qu'il requiert³⁸, le tout avec deux réserves importantes cependant, soit celle de la disponibilité des ressources humaines, matérielles et financières et celle liée aux règles d'organisation et de fonctionnement³⁹.

- La *Loi sur l'assurance maladie*⁴⁰ prévoit un régime public d'assurance, administré par la Régie de l'assurance maladie du Québec⁴¹, soit un organisme public qui agit à titre de tiers payeur pour différents services rendus par des professionnels de la santé, dont les services médicaux «médicalement nécessaires»⁴². Ainsi, l'essentiel des services offerts, en cabinet ou en établissement, par les médecins et autres professionnels visés qui ont le statut de «participants» ou de «désengagés» sont considérés comme étant des «services assurés» dans le cadre du régime public d'assurance maladie, où les honoraires sont déterminés par des ententes intervenues entre les associations de professionnels⁴³ et le

34. *Ibid.* art. 2(4).

35. *Ibid.* art. 2(3).

36. *Ibid.* art. 79 et s.

37. *Ibid.* art. 5.

38. *Ibid.* art. 6.

39. *Ibid.* art. 13.

40. L.R.Q. c. A-29 [L.A.M.].

41. [R.A.M.Q.].

42. Voir notamment L.A.M., *supra* note 40, art. 1(c)-(e), 3, 19, 22 al. 4.

43. On pense notamment ici à la Fédération des médecins omnipraticiens du Québec et à la Fédération des médecins spécialistes du Québec.

ministre de la Santé et des Services sociaux. Ceux-ci n'ont donc pas la possibilité de facturer leurs honoraires à leurs patients, n'étant rémunérés que par le régime public. Pour autant, cette loi n'exclut pas que des services privés en marge de ceux offerts dans le cadre du régime public soient rendus par des professionnels «non participants». Ces derniers exercent complètement à l'extérieur du régime public et peuvent donc établir et facturer leurs honoraires comme bon leur semble, sans contraintes autres que les règles déontologiques usuellement applicables. Historiquement, peu de médecins ont pris le statut de non participant⁴⁴, en partie, peut-on le penser, en raison du fait qu'il n'est pas possible d'œuvrer en «pratique mixte», c'est-à-dire à la fois dans le secteur public et, pour une autre, dans le secteur privé⁴⁵. Enfin, on note que le droit du patient de choisir le professionnel auprès de qui il obtiendra les services requis est également clairement reconnu dans le cadre du régime d'assurance maladie⁴⁶.

- La *Loi sur l'assurance-hospitalisation*⁴⁷, comme son nom l'indique, prévoit un régime de financement des services hospitaliers, supposant ainsi que les services rendus par les centres hospitaliers publics mis en place conformément à la loi d'organisation sont, pour l'essentiel, financés par l'État.

44. Selon les plus récentes statistiques de la R.A.M.Q., on compterait une centaine de médecins non participants sur un total d'un peu plus de 18 500 médecins québécois : R.A.M.Q., *Liste des professionnels de la santé non-participants ou désengagés au régime de l'assurance maladie du Québec avec adresse de pratique au Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 27 janvier 2006, site Internet : <http://www.ramq.gouv.qc.ca/fr/professionnels/desengages.pdf> (consulté le : 20 mai 2006).

45. Voir notamment *L.A.M.*, *supra* note 40, art. 1(e), qui prévoit que «tous» les patients des médecins et autres professionnels non participants au régime d'assurance maladie doivent défrayer eux-mêmes le coût des services. Voir également l'article 36 de cette même loi. Sur ce sujet, voir aussi : *Association pour l'accès à l'avortement c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 4694, [2006] R.J.Q. 1938 (C.S.).

46. *L.A.M.*, *supra* note 40, art. 2.

47. *L.R.Q.* c. A-28 [*L.A.-H.*].

Si on s'en tient aux effets généraux de ces lois, en excluant la question particulière du financement des médicaments⁴⁸ et de certains autres types de services dits «complémentaires» ou «périphériques»⁴⁹, à l'égard desquels l'État ne joue pas un rôle prépondérant⁵⁰, on remarque que ce qu'on pourrait appeler le «cœur» du système de santé québécois, composé des services médicaux et hospitaliers, est essentiellement à caractère public. C'est ce qui vaut au système public de santé québécois le qualificatif courant de «monopole» ou de «quasi-monopole»⁵¹.

Quelles sont donc les raisons qui ont motivé ce choix consistant à miser de façon quasi exclusive sur le secteur public pour la dispensation et le financement des services de santé?

48. Le régime d'assurance médicaments en vigueur au Québec représente un cas particulier qui ne peut être traité de la même façon que les deux autres régimes visant les services médicaux et hospitaliers. En effet, il s'agit davantage d'un régime mixte, qui impose une assurance obligatoire, pouvant être obtenue soit auprès du assureur privé, soit auprès d'un assureur public, en l'occurrence la R.A.M.Q. À ce sujet, voir la *Loi sur l'assurance médicaments*, L.R.Q. c. A-29.01.

49. Il s'agit ici notamment des services d'hébergement et de soins de longue durée pour les personnes en perte d'autonomie. Il s'agit aussi des services offerts par certains professionnels de la santé autres que les médecins et que les dentistes exerçant en établissements. Il s'agirait donc des services offerts par les dentistes exerçant en cabinets privés, par les psychologues, par les physiothérapeutes, par les optométristes, etc. À ce sujet, voir notamment la définition de «services complémentaires» prévue dans la *Loi canadienne sur la santé*, en comparaison avec la définition de «services assurés» ; *supra* note 19, art. 2.

50. On sait que la part privée du financement des services de santé au Canada et au Québec s'élève à un peu plus de 30% : *Chaoulli*, *supra* note 4 au para. 17, Commission Romanow, «rapport final», *supra* note 8 à la p. 5; Comité de travail sur la pérennité du système de santé et de services sociaux du Québec [Comité Ménard], *Pour sortir de l'impasse : la solidarité entre nos générations*, Québec, 2005 à la p. 11.

51. *Infra* note 118 à la p. 36.

1.1.2 Justification du rôle prépondérant du secteur public

Il est bien sûr relativement facile d'identifier et de comprendre l'objectif poursuivi par l'instauration d'un système public de santé comme ceux qui existent au Canada et au Québec. On peut aisément concevoir qu'une telle mesure a pour but d'assurer à chaque citoyen l'accès aux services sociosanitaires qu'il requiert. Ce fut là la principale motivation des architectes du système public. Comme on l'a vu, elle se retrouve d'ailleurs formulée en toutes lettres dans les principales lois qui constituent l'architecture du système. On la retrouve également énoncée dans les rapports des grandes commissions d'enquête qui ont eu à poser les bases du système qu'on connaît toujours actuellement⁵². Ce qui est moins clair toutefois, c'est la raison pour laquelle on aurait décidé que, pour atteindre cet objectif, il y aurait lieu de miser de façon prépondérante, voire même exclusive, sur le secteur public.

De prime abord, il pourrait être tentant d'expliquer que le choix fait par les législateurs canadien et québécois en matière de santé relève uniquement de l'adhésion à un dogme en vertu duquel le secteur privé, uniquement motivé par les profits, ne serait pas à même de prendre adéquatement en charge, à l'avantage de tous, des services aussi névralgiques que les services de santé. C'est d'ailleurs ce que pouvaient laisser croire certains termes non équivoques du rapport soumis par la Commission Castonguay-Nepveu à la fin des années soixante :

52. Commission royale d'enquête sur les services de santé, *Rapport de la Commission Royale d'enquête sur les services de santé*, vol. 1, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1964 à la p. 12. Au Québec, l'adhésion des «architectes» du système public à ce principe de l'universalité et de l'accessibilité s'est manifestée à plusieurs reprises, notamment au moment des travaux de la Commission Castonguay-Nepveu dans les années soixante-dix et, dans les années quatre-vingt, lors de ceux de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux (ci-après : «Commission Rochon»). Dans ce dernier cas, voir le document suivant : 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 aux pp. 452-453.

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

[...]

Nous ne prétendons pas que les personnes qui se sont engagées dans le secteur de l'hospitalisation ou de l'hébergement à but lucratif ont toutes, sans exception, recherché uniquement les avantages pécuniaires qu'elles allaient en retirer. Ce que nous croyons, c'est que les services d'hospitalisation et d'hébergement - qui sont le produit d'une activité ayant essentiellement pour but de satisfaire des besoins humains - doivent être rémunérés à leur juste valeur, mais sans ouvrir la porte à l'exploitation de l'homme par l'homme.⁵³

Par ailleurs, pour identifier une argumentation plus substantielle soutenant la place prépondérante du secteur public en matière de santé, il semble qu'il faille plutôt référer à la nécessité d'assurer un contrôle sur les ressources globales consacrées aux services de santé, de manière à en assurer l'accessibilité au meilleur coût possible pour les citoyens et de façon à ce que l'État bénéficie d'une marge de manœuvre budgétaire lui permettant notamment d'intervenir sur d'autres secteurs importants en regard des problèmes de santé publique, comme l'environnement, l'éducation et l'emploi. De l'avis d'un bon nombre d'experts, notamment ceux de l'Organisation mondiale de la Santé⁵⁴ et de l'Organisation de

53. Québec, Commission Castonguay-Nepveu, *Les établissements à but lucratif, Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. VII, t. II, 5e partie, Québec, Gouvernement du Québec, 1967 aux pp. 43-44.

54. Organisation mondiale de la santé, *Rapport sur la santé dans le monde 2000 : pour un système de santé plus performant*, Genève, 2000. Voir ce que rapporte à ce sujet la Commission d'études sur les services de santé et les services sociaux : Québec, Commission d'études sur les services de santé et les services sociaux, *Les solutions émergentes*, rapport et recommandations, Québec, 2000 à la p. 4 [Commission Clair].

coopération et de développement économique⁵⁵, un système à payeur unique, où on évite la fragmentation du financement, offre les meilleures garanties de contrôle des coûts globaux assumés par une population pour l'obtention de services de santé⁵⁶.

C'est un peu dans cette perspective de concentration optimale des ressources que se situe l'argumentation habituellement soumise par ceux qui se réclament de la protection des «grands principes de notre système de santé» et qui, dès lors, s'opposent d'emblée à un rôle accru du système privé, particulièrement en matière de financement⁵⁷. Ceux-ci font ainsi notamment état du risque d'une érosion des ressources humaines, c'est-à-dire de la possibilité que plusieurs professionnels délaissent

55. O.C.D.E., *La réforme des systèmes de santé, Analyse comparée de Sept Pays de l'OCDE*, Paris, 1992 à la p. 151.

56. Voir Arminw Yalnizyan, «Controlling Costs, Canada's single-payer system is costly — but least expensive», *Mending Medicare: Analysis and Commentary on Canada's Health Care Crisis*, supplément inclus dans *The CCPA Monitor* (20 mai 2006), en ligne : Policy Alternatives <http://www.policyalternatives.ca/documents/National_Office_Pubs/2006/Mending_Medicare.pdf> à la p. 1; Forum national sur la santé [F.N.S.], «Rapport de synthèse du Groupe de travail sur l'atteinte d'un équilibre», dans *La santé au Canada : un héritage à faire fructifier, Rapports de synthèse et documents de référence*, vol. II, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux, 1997 aux pp. 15 et s.; Québec, Conseil de la santé et du bien-être, *Un juste prix pour les services de santé, Rapport du Groupe de travail formé par le Conseil de la santé et du bien-être*, Québec, 1995 à la p. 39 [Commission de la santé et du bien-être]. Voir aussi Commission Rochon, *supra* note 52 à la p. 319 : «Dans le domaine de la santé, au Québec comme ailleurs au Canada, le monopole de l'assurance-santé aurait facilité le contrôle des coûts».

57. Pour une revue des appréhensions à l'égard du développement de services privés parallèles, voir notamment : *Chaoulli*, *supra* note 6 au para. 63-66; Canadian Health Coalition (20 mai 2006), en ligne : Health Coalition <<http://www.healthcoalition.ca/>>. Voir également les réponses données à une question posée dans le cadre des travaux du Forum national sur la santé : «Quand l'existence de services parallèles financés par des sources privées affecte-t-elle l'intégrité de l'assurance-maladie?». F.N.S., *Ibid.* pp. 12-14. Voir également l'argumentation qu'anticipait le Groupe de travail sur les soins de santé de l'association du barreau canadien : Association du Barreau canadien, *Un droit à la santé? Réflexions en vue d'une réforme canadienne*, Ottawa, 1994 à la p. 97.

la pratique au sein du système public afin d'aller sous les cieux plus cléments et invitants d'un éventuel système parallèle, où la rémunération et les conditions de travail seraient présumément plus avantageuses. Du même souffle, ils évoquent l'éventualité d'une «désolidarisation fiscale», soit une possibilité que les contribuables pouvant se payer les services qu'ils requièrent auprès d'un éventuel système privé parallèle, remettraient tôt ou tard en question leur participation fiscale destinée au financement du système public puisqu'ils en arriveraient à considérer qu'elle ne leur est plus profitable. La question de la qualité des services et celle de l'amélioration réelle de l'accessibilité sont également évoquées, des doutes étant soulevés quant à la capacité du secteur privé d'être à la hauteur des attentes⁵⁸.

Donc, si on omet l'explication, un peu courte, d'une simple aversion idéologique quant à la possibilité que le secteur privé joue un rôle dans le domaine de la santé, les arguments proposés sont à l'effet que le contingentement des initiatives privées est nécessaire pour la sauvegarde de la capacité de l'État de maintenir le système public qu'il a mis en place, en gardant le contrôle sur les coûts qu'il génère et sur les ressources qu'il requiert.

58. Voir Fondation canadienne de recherche sur les services de santé, *Mythe : Un système privé parallèle réduirait les temps d'attente dans le système public*, série d'analyses «À bas les mythes», Ottawa, mars 2005; Fondation canadienne de recherche sur les services de santé, *À bas les mythes : Les établissements à but lucratif rendraient le système de santé plus efficace*, série d'analyses «À bas les mythes», Ottawa, mars 2004.

Au-delà de cette justification technique reposant sur des considérations liées à la gestion et au contrôle des ressources, s'en trouve une autre qui paraît avoir pour source un «schème de valeurs» existant notamment au Canada et au Québec. Ainsi, une recherche⁵⁹ conduite dans les années quatre-vingt-dix sur les valeurs de la population canadienne concernant les services de santé avait permis de constater que :

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

[...]

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

[...]

La plupart des gens acceptent très bien que des revenus plus élevés engendrent un style de vie différent. Par contre, l'idée qu'une personne malade ne reçoive pas le même traitement qu'une autre en raison de son revenu leur est intolérable.⁶⁰

Un tel constat sur les «valeurs canadiennes en matière de santé» a également été fait lors des travaux plus récents de la

59. Associés de recherche Ekos Inc. et Earnscliffe Research and Communications, *Recherche sur les valeurs de la population relativement à la santé et au système de soins de santé*, Étude commandée par le Forum national sur la santé, Ottawa, 1997.

60. F.N.S., «Rapport de synthèse du Groupe de travail sur les valeurs», dans F.N.S., *supra* note 56 aux pp. 6-11.

Commission Romanow, amorcés en 2001, alors que les Canadiens consultés disaient toujours s'opposer au financement privé et à l'idée même de l'imposition de frais modérateurs, les «valeurs d'universalité, d'égalité d'accès, de solidarité et de justice» étant perçues comme étant incompatibles avec de telles pratiques⁶¹. Il en est de même au Québec où la Commission Clair avait déjà fait le constat suivant en 2000 :

Bien que le système de santé et de services sociaux québécois doive absolument améliorer sa performance afin d'assurer une réponse adéquate et efficace aux besoins actuels et futurs de la population, les groupes rencontrés ont manifesté un vif attachement aux valeurs de solidarité sociale et d'équité de même qu'aux grands principes d'accessibilité, d'universalité et de «gratuité» qui ont guidé le développement de ce système.⁶²

Sans contredit donc, il y aurait, en plus d'une volonté de bien contrôler l'évolution des dépenses et l'utilisation des ressources en matière de santé, une certaine valeur égalitariste qui pourrait être identifiée comme une justification au rôle prépondérant que l'État s'est donné dans le secteur de la santé, particulièrement au chapitre du financement. Cette valeur serait accompagnée d'une conviction voulant qu'une permissivité trop grande à l'égard du financement privé des services de santé créerait des disparités importantes entre les citoyens, en fonction de la capacité de payer de chacun⁶³.

61. Commission Romanow, «rapport final», *supra* note 8 aux pp. 47 et s. Voir aussi : Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Rapport sur le dialogue entre Canadiens*, document d'information, 2002; Theodore R. Marmor, Kieke G.H. Orma et Stephen R. Latham, *Quelles sont les implications des valeurs nationales, des institutions et des politiques de santé pour la réforme de l'assurance-santé?*, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, étude no 5, Ottawa, 2002.

62. Commission Clair, *supra* note 18 à la p. 243. Voir aussi les constats plus récents faits à ce chapitre par le Comité Ménard, *supra* note 50 aux pp. 7-10.

63. Commission Clair, *supra* note 54 à la p. 281. Voir aussi l'analyse faite à ce sujet dans l'arrêt *Chaoulli*, *supra* note 4 au para. 49, 164-176, 225-242, 256-258.

1.2 L'affaire *Chaoulli* et son impact sur les orientations du système de santé québécois

Les justifications invoquées au soutien des règles établies en matière d'organisation et de financement des services au sein du système de santé québécois apparaissent relever d'un idéal d'égalité entre les individus au chapitre de l'accessibilité. À tout le moins, le souci qu'aurait l'État québécois d'assurer une utilisation équitable des ressources et de contrôler les coûts, qui tendent à augmenter de façon significative en raison de certains phénomènes tels que le vieillissement de la population ainsi que l'apparition et l'évolution de technologies de soins de plus en plus onéreuses⁶⁴, peut certainement être mis en relation avec de bien réelles préoccupations d'intérêt public. Comment alors ces justifications peuvent-elles être considérées par les tribunaux lorsqu'il s'avère que les mesures auxquelles elles ont conduit ont pour effet de compromettre les droits fondamentaux des individus? C'est précisément cette question qui a été soumise à la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Chaoulli*.

1.2.1 Obstacles à l'accès aux services privés parallèles et droits fondamentaux protégés par les chartes canadienne et québécoise

C'est une chose de constater que l'État joue un rôle prépondérant dans l'organisation et le financement du système de santé québécois, mais c'en est une autre de constater qu'à certains égards, il exerce un «quasi-monopole» relativement hermétique sur certaines activités, en interdisant de façon plus ou moins directe au secteur privé de développer des services parallèles de santé, donc des services concurrents à ceux du système public. Bien sûr, il y a lieu de situer ce constat dans le contexte où la liberté de choix du professionnel et de l'établissement est clairement reconnue au patient⁶⁵. Mais, pour qu'elle ne soit pas que théorique, il faut bien

64. Voir Steve Morgan et Jeremiah Hurley, *Pressions sur la hausse des coûts induites par les technologies des soins de santé*, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, étude no 14, Ottawa, 2002.

65. *Supra* notes 39 et 46.

que l'accessibilité aux services offerts par ce système soit vérifiable dans les faits. Or, c'est en comprenant que cette liberté ainsi reconnue est, bien sûr, limitée par les ressources, que la question des obstacles posés à l'égard du recours à une offre parallèle de services privés est susceptible de devenir préoccupante.

Compte tenu de la notoriété qu'elle a acquise dans l'environnement politique canadien et québécois, à tel point qu'elle est régulièrement invoquée comme étant l'ultime rempart contre la «privatisation» du système de santé, la *Loi canadienne sur la santé*⁶⁶, avec ses cinq conditions, est souvent considérée comme étant à l'origine des obstacles précis posés quant à l'émergence d'une offre de services parallèle à celle du système public. Pourtant, s'il y a pu y avoir certaines hésitations quant à la signification et quant à la portée de ces conditions, il est désormais relativement clair que cette loi n'est, finalement, qu'une «loi de financement»⁶⁷ et qu'elle n'a pas pour effet d'interdire le développement de services privés de santé, en marge de ceux offerts par le système public. C'est notamment ce qui ressort de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Chaoulli*⁶⁸, lequel retiendra principalement notre attention dans le cadre de la présente partie.

Quant à la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁶⁹, elle ne pose pas, comme on l'a vu⁷⁰, d'interdiction quant à la possibilité qu'une structure parallèle au système public puisse

66. *Supra* note 19.

67. Il faut noter d'ailleurs que le titre complet de la *Loi canadienne sur la santé* est le suivant : *Loi concernant les contributions pécuniaires du Canada ainsi que les principes et conditions applicables aux services de santé assurés et aux services complémentaires de santé*.

68. *Supra* note 4 au para. 16, 17 et 106. Quant aux juges dissidents, ils ne semblent pas comme tel contester cette conclusion, mais ils réfèrent à la L.C.S. pour «situer» les dispositions contestées dans leur contexte social et politique et ainsi trouver leur justification, à savoir la protection d'un système de santé dont l'objectif est d'offrir des services en fonction des besoins plutôt que de la capacité de payer. Voir les para. 164-176, 225-242 et 256-258. Pour autant, ils semblent également reconnaître que les services privés ne sont pas interdits : para. 176.

69. *Supra* note 33.

70. Voir ci-dessus partie 1.1.1 à la p. 13.

offrir des services privés, étant plutôt une loi d'organisation qui régit la mise en place, l'organisation et le financement des établissements publics⁷¹, mais aussi des établissements privés⁷², des organismes communautaires⁷³, des résidences privés d'hébergement⁷⁴, des ressources intermédiaires et de type familial⁷⁵ et d'autres instances⁷⁶ qui offrent des services de santé.

Il faut plutôt se tourner vers les deux lois québécoises qui visent la mise sur pied des régimes publics de financement des services médicaux et hospitaliers pour trouver les obstacles en cause. Ces obstacles se présentent de la façon suivante :

— Article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*⁷⁷ :

15. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d'assurance ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat d'assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d'un tel service est payé à une personne qui réside ou qui séjourne au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie.

...

— Article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*⁷⁸ :

11 1. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat par lequel :

a) un service hospitalier compris dans les services assurés doit être fourni à un résident ou le coût doit lui en être remboursé;

71. *L.S.S.S.S.*, *supra* note 33, art. 97-98.

72. *Ibid.* art. 97-99.

73. *Ibid.* art. 2(3), 334-338.

74. *Ibid.* art. 454-462.

75. *Ibid.* art. 301-314.

76. *Ibid.* art. 99.5, 99.7, 340.

77. *Supra* note 40.

78. *Supra* note 47.

- b) l'hospitalisation d'un résident est la condition du paiement; ou
- c) le paiement dépend de la durée du séjour d'un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé dans l'article 2.

...

En résumé, on comprend que, en vertu de ces articles, les obstacles à l'accès aux services de santé privés de même nature que ceux du système public se présentent comme suit :

- Pour les services médicaux et autres services professionnels de santé offerts dans le cadre du régime public d'assurance maladie⁷⁹, il n'est pas possible pour un résident assuré dans ce régime, soit pour la presque totalité des résidents québécois puisqu'il s'agit d'une assurance obligatoire⁸⁰, de se prémunir d'une couverture d'assurance privée grâce à laquelle il pourrait défrayer les coûts des services médicaux privés, qui seraient donc offerts à l'extérieur du régime public.
- Pour les services hospitaliers couverts par le régime public d'assurance-hospitalisation, qui ne sont offerts dans les faits que par les établissements publics, il n'est pas non plus possible de se prémunir d'une couverture d'assurance privée, ni, de toute façon, d'établir de quelconques modalités contractuelles d'ordre privé.

Si de tels obstacles étaient posés alors que le système public était en mesure de rendre accessibles les services requis dans des délais raisonnables, il n'y aurait sans doute que peu de conséquences et donc peu de chance de voir une contestation émerger sur la base d'une atteinte à des droits fondamentaux. Or, c'est précisément dans un contexte où ces obstacles sont posés

79. Pour une description du régime, voir ci-dessus p. 14.

80. Voir notamment *L.A.M.*, *supra* note 40, art. 1 g.1), 5-9.

alors que le système public se trouve dans l'incapacité plus ou moins régulière de répondre à certains besoins individuels, qu'on pourra peut-être alors anticiper des atteintes au droit à la sécurité ou à l'intégrité physique.

On aura compris que, dans ce dernier cas, il est question du phénomène des listes d'attente pour l'accès à certains services, bien connu dans plusieurs pays qui se sont dotés d'un système public⁸¹. Dans le cas du Québec, la situation, réelle ou perçue, a été que les mesures plutôt rigoureuses de restrictions budgétaires qui ont été imposées dans les années quatre-vingt-dix auraient eu un impact assez important sur les délais d'attente pour plusieurs types de services⁸². Des lacunes au chapitre de l'organisation des services ont également été identifiées par certains observateurs⁸³ comme étant une cause des difficultés rencontrées à ce chapitre. Quoi qu'il en soit, il semble évident que les perceptions, à tort ou à raison, sont à l'effet que les délais d'accès aux services sont devenus déraisonnables⁸⁴.

Ce sont donc essentiellement les obstacles posés à l'accès aux services privés, parallèles à ceux du système public, que le patient Georges Zeliotis et le médecin Jacques Chaoulli ont entrepris de contester judiciairement à compter de 1997, d'abord en Cour supérieure du Québec⁸⁵, puis en Cour d'appel⁸⁶ et ensuite en Cour

81. Il semble que le phénomène des listes d'attente soit décrit par certains experts comme étant inévitable, voire même souhaitable, dans le cadre d'un système de santé comme celui qu'on retrouve au Québec. Celles-ci agiraient ainsi comme moyen de régulation de l'offre, alors que dans un contexte de libre marché, ce serait plutôt la demande, déterminée en grande partie par la capacité de payer des individus, qui agirait de la sorte. Voir notamment ce qu'en disent les juges de la Cour suprême dans l'affaire *Chaoulli*, *supra* note 4 au para. 2, 39, 45, 217-225.

82. Comité Ménard, *supra* note 50 aux pp. 17-19.

83. Voir notamment comment cette question est abordée dans Conseil de la santé et du bien-être, *supra* note 56.

84. *Chaoulli*, *supra* note 4 au para 112 : la juge Deschamps en arrive ainsi à constater que «les délais du système public sont répandus et ont des conséquences sérieuses et parfois graves».

85. *Chaoulli c. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 786 (C.S.).

suprême du Canada⁸⁷. L'affaire connaîtra son aboutissement en juin 2005, avec un arrêt qui marquera de façon significative la vie politique québécoise et canadienne.

En ce qui concerne monsieur Zeliotis, son histoire est à l'effet qu'il a souffert de plusieurs problèmes de santé et qu'il a eu recours, non sans difficultés, à des services médicaux offerts par le système public, dont une chirurgie cardiaque et plusieurs interventions chirurgicales à la hanche. Pour sa part, monsieur Chaoulli est un médecin qui a vainement tenté de faire reconnaître ses activités de médecine à domicile et d'obtenir un permis pour exploiter un centre hospitalier privé, s'étant heurté à divers obstacles ou refus imposés par les autorités publiques, lesquelles étaient réfractaires aux projets en question et privilégiaient ainsi l'offre de services du système public. Devant les difficultés qu'ils ont rencontrées, tous les deux en sont arrivés à demander à la Cour supérieure du Québec, par voie de requête, de déclarer inconstitutionnels et invalides les articles 15 *L.A.M.* et 11 *L.A.-H.*, précédemment cités.

Essentiellement⁸⁸, leurs prétentions étaient à l'effet que ces dispositions portaient atteinte aux droits à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de la personne protégés par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸⁹, texte à valeur

86. *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 1205 (C.A.); *Zeliotis c. Procureur général du Québec* (22 avril 2002), Montréal 500-09-009432-006 (C.A.).

87. *Supra* note 4.

88. D'autres motifs d'invalidation ont été invoqués. L'un d'eux est le fait que la prohibition relèverait de la compétence législative du gouvernement fédéral en matière de droit criminel et serait donc *ultra vires* des pouvoirs du législateur québécois. Ce motif n'a pas été retenu par aucune des instances. Les autres motifs sont que la prohibition prévue par les articles contestés porterait également atteinte aux droits prévus aux articles 12 et 15 de la Charte canadienne, *infra*, note 89, soit le droit d'être protégé à l'égard des traitements ou peines cruels et inusités et le droit à l'égalité, en fonction du lieu de résidence. Ces motifs n'ont pas été retenus par la Cour supérieure, ni par la Cour d'appel et ils n'ont pas été soulevés à nouveau devant la Cour suprême.

89. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [Charte canadienne].

prépondérante⁹⁰ intégré à la constitution canadienne, et par l'article 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁹¹, une loi quasi-constitutionnelle québécoise également à valeur prépondérante⁹². Ces dispositions se lisent comme suit :

— Article 7 de la Charte canadienne :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

— Article 1 de la Charte québécoise :

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

Ayant été complètement déboutés en première instance et devant la Cour d'appel, les requérants ont, lorsqu'ils se sont adressés à la Cour suprême du Canada, fait à nouveau face à l'argumentaire des autorités publiques québécoises et canadiennes visant notamment à justifier les obstacles en question. Ainsi, les juges majoritaires⁹³ et dissidents⁹⁴ en étant arrivés à la conclusion que les problèmes d'accessibilité aux services font en sorte que les obstacles identifiés entraînent ou peuvent entraîner une atteinte à des droits fondamentaux, soit les droits à la vie et à la sécurité⁹⁵,

90. Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11, art. 52.

91. L.R.Q. c. C-12 [Charte québécoise].

92. *Ibid.* art. 52.

93. Les juges majoritaires sont les juges Deschamps, McLachlin, Major et Bastarache. La juge Deschamps a écrit pour la majorité. Les juges McLachlin et Major ont écrit des motifs conjoints et concordants quant au résultat, avec l'accord du juge Bastarache.

94. Les juges dissidents sont les juges Binnie, LeBel et Fish, leurs motifs ayant été écrits par les deux premiers, avec l'accord du dernier.

95. *Supra* note 4 aux para. 45, 101, 102, 104, 106, 124, 153, 200, 265. La juge Deschamps ne constate l'atteinte qu'en regard de l'article 1 de la Charte québécoise. Ainsi, contrairement aux autres juges majoritaires et aux juges dissidents, elle estime qu'il n'y a pas lieu de se prononcer en regard de la Charte canadienne lorsque la Charte québécoise peut trouver

l'atteinte au droit à la liberté ayant été constatée par les premiers⁹⁶, mais pas par les seconds⁹⁷, il leur a également fallu considérer l'argumentaire de justification présenté par les autorités avant de conclure spécifiquement à une violation des instruments de protection en cause.

L'argumentaire en question a été présenté en vue de l'application d'une clause de limitation pour laquelle une «grille d'analyse», bien connue en droit canadien comme étant associée à l'arrêt *Oakes*⁹⁸ de la Cour suprême, tient semble-t-il ses origines de la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme⁹⁹. Cette grille est ainsi utilisée en regard de la clause limitative prévue à l'article 1¹⁰⁰ de la Charte canadienne, mais est également applicable à celle prévue à l'article 9.1¹⁰¹ de la Charte québécoise¹⁰². La juge Deschamps, écrivant pour la majorité, en a rappelé la teneur dans les termes suivants :

une application de façon plus large, comme c'est le cas ici selon elle : aux para. 25-32.

96. *Ibid.* aux para. 45 et 101, 104, 124 et 153. La formulation de la conclusion de la juge Deschamps ne fait pas mention du droit à la liberté, bien que dans son argumentaire, elle constate une atteinte à ce droit, en acceptant les conclusions de la juge de première instance à l'égard de l'article 7 de la Charte canadienne : au para. 38. Aussi, les autres juges majoritaires concluent nettement à une atteinte au droit à la liberté : aux para. 102, 104, 106 et 153.
97. S'appuyant sur la jurisprudence relative à l'article 7 à l'effet que le droit à la liberté n'a pas de portée économique, les juges dissidents considèrent qu'il ne protège donc pas le droit de conclure un contrat d'assurance privé ou le droit pour un médecin d'offrir des services privés, non plus que le droit de déboursier pour un patient : *Ibid.* aux para. 200 à 207.
98. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.
99. W. A. Schabas, *supra* note 3, à la p. 279 et s.
100. L'article 1 de la Charte canadienne, *supra* note 89, se lit comme suit : «La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»
101. L'article 9.1 de la Charte québécoise, *supra* note 891, se lit comme suit : «Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.»
102. *Supra* note 6 aux para. 46-48.

D'abord, le tribunal doit vérifier si l'objectif de la loi est urgent et réel. Ensuite, il se demande si le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif est raisonnable et s'il peut se justifier dans une société libre et démocratique. Pour cette deuxième partie de l'analyse, trois critères sont utilisés : (1) Existe-t-il un lien rationnel entre la mesure et l'objectif législatif? (2) La mesure porte-t-elle atteinte le moins possible au droit garanti? (3) Y a-t-il proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif?¹⁰³

C'est en suivant cette méthode que l'argumentaire de justification des autorités publiques québécoises a été traité et qu'il a conduit les juges majoritaires et dissidents à des conclusions bien différentes. Ainsi, en reprenant les propos de la juge Deschamps, voici sommairement comment il a été reçu et considéré par la majorité des magistrats :

«(i) Réactions humaines

1. Certains témoins ont avancé que l'émergence du secteur privé entraînerait une réduction du support populaire à long terme parce que les personnes bénéficiant d'une assurance privée ne verraient plus l'utilité du régime public. Un article est invoqué par le Dr Howard Bergman dans son rapport d'expertise. Le Dr Theodore R. Marmor soutient cette thèse mais admet qu'il n'a pas de moyen de la confirmer.

2. Certains témoins ont exprimé l'avis que la qualité des soins dans le régime public diminuerait, parce que les personnes les plus influentes ne seraient plus incitées à faire pression pour améliorer le régime. Une étude menée par la Banque mondiale est invoquée par le Dr Bergman au soutien de son rapport d'expertise. Dr Marmor se fonde sur cet argument, mais confirme qu'il n'y a pas de preuve directe de ce point de vue.

3. Il y aurait réduction des ressources humaines dans le régime public parce que plusieurs médecins et autres

103. *Ibid.* au para. 48.

professionnels de la santé quitteraient le régime dans un esprit de profit : une étude menée au Royaume-Uni est invoquée par le Dr Charles J. Wright, mais le témoin admet qu'il n'a jamais lu l'étude, seulement un résumé. Le Dr Marmor, même s'il supporte l'affirmation, témoigne qu'il n'y a pas vraiment de moyen empirique de la confirmer. Il s'agit, selon lui, simplement d'une question de bon sens.

4. L'augmentation du recours aux soins privés contribuerait à une augmentation de la fourniture de soins dictée par le profit et entraînerait une diminution du professionnalisme et de l'éthique des médecins dans les hôpitaux. Aucune étude n'a été citée à l'appui de cette opinion, qui ne paraît fondée que sur le sens commun des témoins.

Il ressort de cette synthèse que, pour chaque menace décrite, aucune étude n'a été produite ou analysée devant la Cour supérieure. Il est vrai qu'une preuve scientifique ou empirique n'est pas toujours nécessaire, mais dans un cas où les arguments sont censés être fondés sur la logique ou le bon sens, les témoins devraient être en mesure de faire appel à des faits caractéristiques justifiant leur conclusion. Les réactions humaines décrites par les experts, dont plusieurs sont de l'extérieur du Québec, ne me paraissent pas très convaincantes, surtout dans le contexte de la législation québécoise. La participation au régime public est obligatoire; il n'y a pas de risque que la population québécoise abandonne le régime public. L'intervention de l'État n'est pas remise en question. De plus, la LAM contient une disposition claire permettant au ministre de la Santé de s'assurer que le régime public ne soit pas mis en péril par la décision d'un trop grand nombre de médecins d'opter pour le régime privé (art. 30 LAM). La preuve que l'existence du système de santé serait menacée par des réactions humaines à l'émergence d'un réseau privé a peu de poids.

(ii) Impact sur le régime public

1. Il y aurait augmentation des dépenses globales en matière de santé : l'augmentation alléguée viendrait principalement des dépenses additionnelles faites par les personnes

décidant de souscrire une assurance privée. L'autre partie de l'augmentation des coûts serait attribuable au coût de gestion du régime privé par l'État.

2. Les assureurs refuseraient les patients les plus lourds, laissant au régime public les cas les plus graves.

3. Dans un régime privé, les médecins auraient tendance à provoquer une augmentation des listes d'attente du secteur public pour orienter les patients vers un secteur privé dont ils tireraient profit.

Une fois de plus, je suis d'avis que, dans le contexte québécois, la réaction décrite par certains témoins est peu probable. D'abord, si l'augmentation des dépenses globales est principalement attribuable aux dépenses individuelles d'assurance, l'État peut difficilement empêcher les particuliers qui veulent assumer de tels coûts de choisir la façon de gérer leurs finances personnelles. De plus, puisque le régime public s'occupe déjà de tous les cas lourds, je ne vois pas comment la situation pourrait s'aggraver si ce régime était soulagé de la clientèle ayant des problèmes de santé moins graves. Enfin, en raison de l'al. 1 e) les médecins non participants ne peuvent pratiquer comme participants. Ils ne peuvent donc pas se trouver dans la situation de conflit d'intérêts décrite par quelques témoins. Pour ce qui est des médecins désengagés (al. 1d) LAM), l'État contrôle les conditions de pratique par les ententes (al. 1f) LAM) auxquelles ils doivent adhérer. L'État peut donc prévoir le cadre d'exercice des médecins qui offrent des services privés.»¹⁰⁴

C'est donc devant une preuve qu'ils ont jugé défaillante, qui reposerait selon eux uniquement sur une *crainte*¹⁰⁵, et c'est en tenant compte de la situation d'autres provinces canadiennes et d'autres pays de l'OCDE qui ont des systèmes publics de santé sans qu'il n'y ait nécessairement d'obstacles aussi hermétiques posés relativement à l'accès aux services privés de santé parallèles, que les

104. *Supra* note 6 aux para. 63-66.

105. *Ibid.* au para. 68.

juges majoritaires se sont prononcés. Mettant de côté la déférence attendue en regard de politiques gouvernementales complexes, considérant plutôt l'*inertie* des autorités québécoises devant les problèmes récurrents d'accessibilité aux services¹⁰⁶, ils ont alors conclu que les interventions gouvernementales étaient arbitraires¹⁰⁷ et que les atteintes en résultant n'étaient pas justifiables en regard de l'article 9.1 de la Charte québécoise.

Ce sera précisément en regard du critère de l'atteinte minimale que, selon les juges majoritaires, les atteintes aux droits fondamentaux découlant des dispositions attaquées s'avèreront injustifiables. Ainsi, selon eux, si l'objectif de protection du système public de santé est urgent et réel, les moyens choisis ne sont pas proportionnels à cet objectif. Ils ont ainsi considéré que d'autres moyens moins attentatoires aux droits en question auraient pu être privilégiés, à l'instar notamment de ceux retenus dans d'autres juridictions canadiennes et parmi les pays de l'OCDE qui ont un système public comparable¹⁰⁸. La juge Deschamps précise alors que les autorités publiques québécoises disposent d'une «grande variété de moyens» moins attentatoires pour assurer la protection du système public¹⁰⁹.

En ce qui concerne les juges dissidents, ils estiment que le débat sur l'avenir et les orientations d'un système public de santé ne devrait pas être tranché par la voie judiciaire, reconnaissant ainsi que la complexité et les difficultés inhérentes à la mise sur pied et au fonctionnement d'un tel système commandent une déférence certaine à l'égard des choix faits par l'État¹¹⁰. Ils en arrivent ainsi à privilégier une approche prudente, tenant notamment compte du

106. *Ibid.* aux para. 87-89, 97.

107. Cette conclusion n'est pas partagée par la juge Deschamps qui ne s'est prononcée qu'à l'égard de l'article 1 de la Charte québécoise, lequel, contrairement à l'article 7 de la Charte canadienne, ne pose pas le critère du respect des «principes de justice fondamentale». Concernant l'analyse des juges majoritaires sur la question de l'arbitraire, voir *Ibid.* aux para. 126-153.

108. *Ibid.* aux para. 70-84, 154-159.

109. *Ibid.* au para. 98.

110. *Ibid.* aux para. 161-169.

contexte historique et sociopolitique qui a conduit à l'adoption de la *Loi canadienne sur la santé*, qu'ils perçoivent comme énonçant des principes utiles à la protection des droits fondamentaux des personnes les moins favorisées dans la société, puisque ceux-ci visent la mise sur pied de systèmes dans le cadre desquels les services sont rendus accessibles en fonction des besoins plutôt que de la capacité de payer¹¹¹.

Aussi, n'estimant pas que les dispositions attaquées constituent des mesures arbitraires en fonction de l'objectif de protection du système public, ils ne peuvent conclure à une atteinte aux «principes de justice fondamentale»¹¹² et, conséquemment, à une violation de l'article 7 de la Charte canadienne¹¹³. En ce qui concerne l'atteinte aux droits énoncés à l'article 1 de la Charte québécoise, qui ne réfère pas aux principes de justice fondamentale, ils en arrivent à trouver une justification aux atteintes observées en regard de l'article 9.1, en estimant que non seulement l'objectif poursuivi, soit la protection du système public, est suffisamment important, mais aussi que les moyens choisis, qui reposent sur les dispositions contestées, sont proportionnels¹¹⁴. À l'égard de cette dernière question, ils considèrent notamment que la Charte québécoise, à l'instar de la Charte canadienne, «ne doit pas devenir un instrument utilisé par les riches pour *écarter* les avantages d'un régime législatif qui vient en aide aux membres plus pauvres de la société»¹¹⁵.

111. *Ibid.* aux para. 171-181.

112. Il s'agit là d'une particularité de l'article 7 de la Charte canadienne, *supra* note 89, en comparaison avec l'article 1 de la Charte québécoise, *supra* note 91. Cette exigence particulière suppose que, lorsqu'une atteinte est constatée à un droit protégé à l'article 7, il faut, avant de pouvoir constater une violation de cet article, en arriver à conclure que l'atteinte en question est contraire aux principes de justice fondamentale, en fonction de différents critères jurisprudentiels, dont certains, comme dans ce cas-ci, sont liés au caractère arbitraire de l'intervention étatique. Voir notamment *Chaoulli*, *supra* note 4 aux para. 29, 126-133, 208-209.

113. *Ibid.* aux para. 208-265.

114. *Ibid.* aux para. 266-278.

115. *Ibid.* aux para. 274-275.

Il est évidemment assuré que les autorités publiques québécoises et bon nombre d'observateurs auraient souhaité que cette dernière approche prévale et qu'ainsi, ils ne soient pas confrontés à une situation politique plutôt délicate. Les juges majoritaires en ont décidé autrement et dès lors, la nécessité de réagir, tant afin de répondre aux préoccupations immédiates de l'opinion publique que pour décider des orientations à moyen et à long terme du système de santé québécois, est devenue très pressante.

1.2.2 Réaction des autorités publiques québécoises

Dans un contexte relativement tendu, une question est devenue omniprésente dans l'opinion publique québécoise et canadienne à la suite de l'arrêt *Chaoulli* : comment les autorités publiques québécoises et celles de l'État fédéral vont-elles réagir? Le gouvernement du Québec ayant obtenu un sursis d'application¹¹⁶, jusqu'au 9 juin 2006, l'affaire a occupé ainsi beaucoup d'espace dans l'actualité politique du pays depuis.

Essentiellement, on peut inférer du jugement de la Cour suprême que les interventions des autorités publiques québécoises doivent prendre en considération le fait que devant un besoin sérieux d'un individu en matière de santé, il ne doit pas y avoir de mesure compromettant la possibilité pour ce dernier d'accéder aux services requis. Si on précise un peu, on pourrait en arriver à la formulation du constat suivant :

- Si le système public répond aux besoins sérieux des individus dans les délais requis, on peut raisonnablement supposer que les obstacles posés par les articles 15 *L.A.M.* et 11 *L.A.-H.* peuvent être maintenus puisque leurs conséquences deviennent plus secondaires et ne compromettent donc pas les droits à la vie et à l'intégrité de

116. Cour Suprême du Canada, *Renseignements sur les dossiers de la Cour*, Registre, 29272, *Jacques Chaoulli, et al. c. Procureur général du Québec, et al.* (20 mai 2006), en ligne : Registre de la Cour suprême, <http://205.193.81.30/information/cms/docket_f.asp?29272>.

quiconque¹¹⁷. Dans un tel contexte, il reste le droit à la liberté à l'égard duquel on pourrait peut-être invoquer une atteinte. Il faudrait alors toutefois comprendre que, au terme d'un «test de justification» comme celui appliqué en regard de l'article 1 de la Charte canadienne ou de l'article 9.1 de la Charte québécoise, il y aurait sans doute une plus grande chance, dans ce contexte, de voir les obstacles en cause maintenus.

- S'il s'avère que le système public ne peut répondre aux besoins sérieux des individus dans les délais requis, on doit alors supposer, comme la Cour suprême nous l'indique, que les obstacles visés ne peuvent être maintenus puisque leurs conséquences deviennent importantes et peuvent alors compromettre les droits à la vie, à l'intégrité et à la liberté, de façon non justifiable.

En regard de cette analyse et en tenant également compte du contexte juridique et politique applicable, voici comment on pourrait plus concrètement décrire ce que sont les possibilités de réaction des autorités québécoises à la suite de l'arrêt *Chaoulli*¹¹⁸ :

- Le maintien d'un *statu quo* intégral ou relatif : Afin de maintenir les articles 11 *L.A.M* et 15 *L.A.-H.* en vigueur malgré l'arrêt *Chaoulli*, le législateur québécois pourrait avoir recours à une disposition de dérogation, laquelle est prévue spécifiquement par l'article 52 de la Charte québécoise ainsi que par l'article 33 de la Charte canadienne¹¹⁹. Mis à part le recours à une disposition de dérogation, il serait aussi possible pour les autorités publiques québécoises de prendre

117. Voir ce que soulignent les juges majoritaires dans l'arrêt *Chaoulli* à ce sujet : *supra* note 6 aux para. 96-97, 158.

118. Pour une autre façon de présenter les options en question, voir Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, *Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficience et de qualité*, document de consultation, Québec, 2006 aux pp. 43 et 44 [document de consultation].

119. *Supra* note 89 : une telle disposition a un effet d'une durée limitée à cinq années. Au terme de cette période, si le législateur souhaite maintenir la dérogation, il doit de nouveau adopter une disposition à cette fin.

une position «attentiste», en cherchant à voir si, effectivement, une fois les articles 11 *L.A.M* et 15 *L.A.-H.* devenus inopérants, des services privés se développeraient en parallèle à ceux du système public et, si oui, dans quelle mesure ce dernier s'en trouverait affecté. Les autorités pourraient anticiper que les développements en question seraient marginaux et, au cas contraire, miser sur d'autres moyens d'intervention qui leur permettraient de garantir au système public les ressources voulues, tel l'article 30 *L.A.M.* qui permet en quelque sorte au gouvernement de «conscire» des médecins et d'autres professionnels de la santé au sein du système public lorsqu'un trop grand nombre d'entre eux auraient décidé d'en sortir, pour pratiquer dans un système privé parallèle¹²⁰. Une telle orientation pourrait satisfaire une partie de l'opinion publique, mais ne serait évidemment pas particulièrement confortable. De fait, la seule affirmation d'une volonté de maintenir aveuglément les orientations et règles propres au système de santé québécois, alors même qu'il est judiciairement reconnu que les performances de ce dernier sont à ce point insatisfaisantes que des droits fondamentaux s'en trouvent compromis, pourrait s'avérer hasardeuse.

- L'actualisation et la consolidation du système public : Les autorités publiques québécoises pourraient également chercher, parmi la «grande variété de moyens»¹²¹ permettant de protéger le système public qui ont été reconnus par la Cour suprême, ceux qui devraient être privilégiés, en s'inspirant des mesures retenues par d'autres provinces ou pays confrontés aux mêmes enjeux. L'objectif serait ici de combler le vide causé par l'invalidation des articles 11 *L.A.M*

120. Voir aussi la nouvelle mesure, analogue et complémentaire à celle de l'article 30 *L.A.M.*, prévue par le Projet de loi 33, *infra* note 124, art. 43. La nouvelle disposition qui serait ainsi introduite permettrait au ministre d'intervenir par simple arrêté afin de limiter, même de façon rétroactive, pour une période de deux années, renouvelable, la possibilité pour les médecins de devenir non participants.

121. *Supra* note 4 au para. 98.

et 15 L.A.-H. Pour être acceptée, cette solution devrait sans doute s'accompagner de mesures positives à l'égard des performances du système public. De fait, si l'opinion publique apparaît rester favorable au maintien d'un «système public fort», les problèmes d'accès demeurent un irritant et des solutions énergiques et proactives à ce chapitre sont manifestement attendues, bien qu'elles demeurent difficiles à identifier compte tenu de la complexité du problème et de la situation précaire des finances publiques québécoises¹²².

- La réforme favorable au privé : Une politique de laisser-aller, consistant à ne pas chercher à contrer le développement parallèle de services privés, pourrait être privilégiée et être motivée par une volonté de réorienter de façon majeure la politique québécoise à l'égard des services de santé. Il pourrait alors être question de reconnaître plus ou moins clairement un rôle au secteur privé et, à tout événement, d'accepter que le système public soit mis en compétition avec ce dernier ou qu'il lui fasse une place plus grande. Une telle politique représenterait sans doute un risque politique significatif, la sensibilité de l'opinion publique à l'égard des principes véhiculés par la *Loi canadienne sur la santé* en termes d'accès universel aux services de santé, garantis par un mode de financement et de prestation essentiellement public étant encore très forte. Aussi, bien sûr, les risques évoqués par les opposants au développement parallèle de services privés de santé pourraient se matérialiser et, ainsi, le système public pourrait notamment être affecté par une érosion des ressources humaines, matérielles et financières qu'il requiert, etc.

Si on en juge de par les développements récents, il semble que ce soit en grande partie l'actualisation et la consolidation du système public qui soient, pour l'instant, privilégiées par les autorités, bien qu'une ouverture limitée et bien circonscrite à l'égard du secteur privé puisse aussi être notée. C'est ce qu'indique du

122. *Supra* note 118 aux pp. 53-61.

moins la lecture d'un document de consultation¹²³ rendu public par le ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec en février 2006, lequel a été suivi de la présentation, en juin de la même année, des mesures législatives correspondantes dans le cadre du Projet de loi 33¹²⁴. Celui-ci fut finalement adopté par l'assemblée nationale du Québec en décembre 2006, bien que plusieurs dispositions qui y sont prévues afin de mettre en oeuvre les orientations gouvernementales n'entreront en vigueur qu'ultérieurement, par étapes, à compter de l'année 2007¹²⁵.

En plus de réaffirmer l'adhésion aux principes d'équité et d'universalité¹²⁶ et de suggérer différentes mesures qui visent à améliorer la performance du système de santé québécois¹²⁷, les orientations prévues dans le document de consultation devant être mises en oeuvre par les dispositions du Projet de loi 33, apparaissent miser sur une combinaison de deux mesures en vue de «répondre» à l'arrêt *Chaoulli*. Il s'agit, d'une part, de la «garantie d'accès aux services» à l'intérieur du système public, mais avec le concours de cabinets privés, et d'autre part, de l'ouverture ciblée et bien balisée à l'assurance privée pour certains types de services offerts dans un réseau privé parallèle, l'interdiction de l'assurance privée demeurant par ailleurs maintenue de façon générale pour les autres services. Cette proposition peut ainsi se résumer comme suit :

- Pour les services de cardiologie tertiaire, de radio-oncologie et de chirurgies liées au cancer, il y aurait, dans une première étape, une garantie d'accès, soit une limite de temps, fixée en fonction de critères établis par la communauté médicale, à l'intérieur de laquelle les services pourraient être obtenus, à

123. *Supra* note 118.

124. *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2006 c. 43 [Projet de loi 33].

125. *Ibid.*, art. 53 et s.

126. *Supra* note 118 à la p. 40.

127. On y retrouve ainsi une variété de propositions relatives à la prévention des problèmes de santé, à l'organisation et les modes de prestation des services, à leur financement, etc.

défaut de quoi une solution devra être trouvée à l'intérieur ou à l'extérieur du Québec, aux frais de l'État, les modalités à ce sujet restant toutefois imprécises¹²⁸.

- Pour les services de chirurgie électorale de la hanche, du genou et de la cataracte, il y aurait une garantie d'accès, soit une limite de temps préétablie à l'intérieur de laquelle les services en cause devraient être rendus disponibles. Cette garantie suppose ainsi que si les services ne sont pas accessibles au cours d'une première période de six mois, le patient sera dirigé vers un autre établissement à l'intérieur du système public ou vers un «centre médical spécialisé»¹²⁹ affilié au système public. Après neuf mois d'attente infructueuse, il sera dirigé, aux frais de l'État, à l'extérieur du Québec ou vers une clinique à financement privé, c'est-à-dire une clinique sans affiliation avec le système public, dans laquelle exerceraient des médecins non participants¹³⁰. Aussi, pour ces seuls services, l'assurance privée serait autorisée¹³¹ de façon à permettre à un assuré de les obtenir auprès de cliniques à financement privé, ces dernières pouvant par ailleurs être soumises à différentes conditions en vertu

128. *Supra* note 118 aux pp. 47 et 48. Voir comment se présentent les garanties d'accès dans le cadre du Projet de loi 33, *supra* note 124, art. 17, introduisant le nouvel article 431.2 L.S.S.S.S., *supra* note 33.

129. Voir comment sont définies ces cliniques en vertu des dispositions issues du Projet de loi 33, *Ibid.*, art. 11 et 12, introduisant les nouveaux articles 333.1 à 333.8 et 349.1 à 349.9 L.S.S.S.S., *Ibid.*

130. *Supra* note 118 aux pp. 47 et 48. L'encadrement législatif général de ces cliniques à financement privé serait le même que celui des cliniques affiliées : Projet de loi 33, *Ibid.* art. 11, introduisant notamment l'article 333.3 L.S.S.S.S., *Ibid.*

131. Voir ce que prévoit à ce sujet l'article 42 du Projet de loi 33, *Ibid.* Cet article aura pour effet de modifier l'article 15 de la L.A.M., *supra* note 40, et d'y introduire le nouvel article 15.1, de façon à autoriser l'assurance privée pour des services dont la liste devrait être établie par règlement du gouvernement, après étude par la commission compétente de l'Assemblée nationale du Québec.

desquelles elles devraient notamment assumer les risques liés aux complications de leurs interventions¹³².

À l'égard de ces mesures et en regard de leurs conséquences juridiques¹³³ à la lumière de l'arrêt *Chaoulli*, deux conclusions peuvent spontanément être tirées :

- Bien que les services visés par les garanties d'accès soient certainement liés à des besoins sérieux en matière de santé, ils ne peuvent être évidemment présentés comme étant de nature à répondre à l'ensemble des besoins de cette nature qui sont susceptibles de se présenter.
- La possibilité pour une personne de se prémunir d'une assurance privée pour *sortir du système public* si ce dernier ne répond pas, pour différentes raisons, à ces besoins sérieux en temps voulu, garantie d'accès ou pas, n'existerait que pour les chirurgies électorales visées en orthopédie et en ophtalmologie. Cette possibilité n'existerait donc pas pour d'autres types de services qui visent également à répondre à des besoins sérieux.

De façon très évidente, les mesures retenues sont marquées par la prudence et, notamment à l'égard des garanties d'accès, elles visent une implantation graduelle, pour éviter, semble-t-il, des

132. *Supra* note 118, à la p. 50. Voir également ce que prévoit le projet de loi 33, *ibid.* art. 2 et 11 introduisant notamment les articles 78.1 et 333.6 L.S.S.S.S., ainsi que l'art. 42 qui a notamment pour effet de modifier l'art. 15 L.A.M.

133. Pour apprécier l'évaluation que font les différents intervenants québécois de ces propositions, dans une perspective plus «politique», voir Québec, Assemblée nationale, Mémoires déposés lors de la consultation générale sur le document *Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficience et de qualité* (Ministère de la santé et services sociaux, Gouvernement du Québec) (24 avril 2006), en ligne : Assemblée nationale <<http://www.assnat.qc.ca/fra/37legislature2/commissions/Cas/depot-acces.html>>; Assemblée nationale, Mémoires déposés lors des consultations particulières sur le projet de loi n° 33 (16 mars 2007), en ligne : Assemblée nationale <<http://www.assnat.qc.ca/fra/37legislature2/commissions/Cas/depot-pl33.html>>.

cafouillages comme ceux qui auraient été observés en Suède, où des difficultés sérieuses auraient été rencontrées lors de la mise en place de mesures semblables¹³⁴. Toutefois, il appert qu'elles constituent une réponse partielle, apparemment insuffisante en regard de la portée de l'arrêt *Chaoulli*, ne visant que des services bien circonscrits plutôt qu'un ensemble de services de santé qu'une personne pourrait raisonnablement requérir pour protéger sa vie et son intégrité. Aussi, il est difficile de ne pas entretenir un certain doute à l'égard de la viabilité de ces garanties d'accès, considérant l'ampleur du défi qu'elles représentent à la lumière de la complexité des problèmes récurrents de listes d'attente, connus depuis plusieurs années, des résultats plutôt mitigés des initiatives gouvernementales antérieures visant à améliorer l'accès aux services et, bien sûr, de la situation précaire des finances publiques québécoises¹³⁵.

Ainsi, s'il est vrai que les garanties d'accès sont appelées à être étendues à d'autres types de services, comme les dispositions issues du Projet de loi 33¹³⁶ le permettraient et comme le document de consultation¹³⁷ et certains «signaux politiques»¹³⁸ l'indiquent,

134. *Supra* note 118 aux pp. 39-40.

135. Pour un aperçu des difficultés liées au financement du système de santé québécois, voir Comité Ménard, *supra* note 50.

136. *Supra* note 124, art. 17, introduisant le nouvel article 431.2 L.S.S.S.S., *supra* note 33. Cet article, qui détermine la mécanique des garanties d'accès, ne vise pas un type de service en particulier et il est ainsi manifestement libellé pour permettre que, selon la décision du ministre de la Santé et des Services sociaux, une gamme plus ou moins complète de services puisse faire l'objet d'une telle garantie.

137. *Supra* note 118 à la p. 49.

138. Il s'agit ici des engagements électoraux formulés par les principaux partis politiques québécois, à l'occasion de la campagne conduisant aux élections provinciales du 26 mars 2007. Dans le cas du Parti libéral du Québec, l'engagement est à l'effet que «l'ensemble des services chirurgicaux seront couverts par la garantie d'accès assurant à tous les Québécois d'être opérés dans un délai de 6 mois» : Parti libéral du Québec, *S'unir pour réussir le Québec de demain, Plate-forme électorale*, février 2007 à la p. 21. On retrouve un engagement similaire, quoique formulé en fonction des «délais médicalement acceptables» plutôt que d'un délai de 6 mois, du côté du Parti québécois : Parti québécois, *Reconstruisons notre Québec*, Feuille de route du Parti québécois, Élections 2007 à la p. 25. Il semble en être

elles auraient avantage à l'être rapidement et avec toutes les ressources voulues pour éviter un éventuel échec. Sinon, il pourrait alors en résulter que des personnes aux prises avec des besoins sérieux, pour lesquels il n'y aurait pas de réponse satisfaisante au sein du système public parce que la garantie d'accès ne serait pas respectée, ou parce qu'elle ne serait pas applicable, et qui seraient toujours empêchées d'obtenir une autre réponse ailleurs en raison de l'interdiction relative à l'assurance privée, en arriveraient à décider elles aussi d'emprunter le chemin des tribunaux.

Bien sûr, dans l'éventualité d'une nouvelle contestation, les juges pourraient se montrer très sensibles aux efforts déployés par les autorités publiques québécoises afin de rehausser la performance du système public. Toutefois, si les mesures proposées ne donnent pas les résultats voulus ou s'avèrent trop partielles, ils pourraient dorénavant avoir bien du mal à ne pas se sentir tenus d'accueillir favorablement des recours judiciaires, l'arrêt *Chaoulli* constituant un précédent difficilement contournable.

Partant de là, on peut se poser la question suivante : quelle conclusion pourrait émerger d'une évaluation des nouvelles mesures prévues en matière d'accessibilité aux services de santé, par une instance internationale chargée de veiller au respect, par le Canada, des instruments de protection des droits fondamentaux auxquels il est lié? En d'autres termes, si la même démarche que celle qui a conduit à l'arrêt *Chaoulli* était entreprise, en prenant en considération les mesures découlant du Projet de loi 33 et en les jaugeant à l'aulne de certains instruments internationaux de protection des droits fondamentaux applicables au Canada, quelle réponse pourrait-on raisonnablement anticiper? La partie qui suit a pour but de répondre à cette question.

ainsi pour l'Action démocratique du Québec : Action démocratique du Québec, *Une vision, Un plan, Une parole, Un plan A pour le Québec*, 2007 à la p. 13.

2. Engagements internationaux du Canada en matière de protection des droits fondamentaux et accès aux services de santé

La démarche proposée dans le cadre de la présente partie consiste essentiellement à déterminer en quoi les correctifs apportés par le législateur québécois suite à l'arrêt *Chaoulli* sont suffisants en regard des engagements internationaux du Canada en matière de protection des droits fondamentaux. Pour cela, il y a lieu, au préalable, de situer les instruments de protection des droits fondamentaux auxquels le Canada est lié sur les plans international et régional¹³⁹, en se limitant bien sûr à ceux qui sont pertinents en regard des questions soulevées.

Ainsi, au niveau international, en plus d'être lié par la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁴⁰, comme l'ensemble des pays membres des Nations Unies¹⁴¹, le Canada est notamment

139. Concernant les engagements internationaux du Canada, voir Gouvernement du Canada, «Information sur les traités du Canada» (20 mai 2006), en ligne : Information sur les traités du Canada <<http://www.treaty-accord.gc.ca/TreatyResult.asp?Language=1>>. À noter que le Gouvernement du Québec s'est aussi déclaré lié par un certain nombre d'instruments internationaux de protection des droits fondamentaux, dont les deux pactes internationaux et le protocole facultatif sur les communications au Comité des droits de l'homme. À ce sujet, voir Québec, Ministère des relations internationales, «Conventions et pactes internationaux auxquels le gouvernement du Québec s'est déclaré lié par décret (Domaine des droits de la personne)», (20 mai 2006), en ligne : Ministère des relations internationales <http://www.mri.gouv.qc.ca/fr/ministere/documentation/textes/Conventions_et_pactes_internationaux.asp>.

140. Rés. AG 217(III), Doc. Off. AG, 3^e ses., supp. no 13, Doc NU A/180 (1948) 71 [Déclaration universelle].

141. Il en est ainsi du moins dans la mesure où on considère la Déclaration universelle comme constituant une «codification de normes coutumières des droits de la personne» : William A. Schabas, *supra* note 3 à la p. 56. Voir également ce que la Cour internationale de justice en dit dans l'affaire suivante : *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, C.I.J., 21 juin 1971 à la p. 76.

partie au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁴² et au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁴³. Par ailleurs, au niveau régional, le Canada n'a pas adhéré à la *Convention américaine des droits de l'homme*¹⁴⁴, semble-t-il, en raison de nombreuses réserves qu'il aurait quant à la portée de cet instrument¹⁴⁵. Conséquemment, il n'est pas non plus partie au protocole additionnel à cette convention, soit le *Protocole de San Salvador*¹⁴⁶ sur les droits économiques, sociaux et culturels. Il est lié cependant par la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*¹⁴⁷ à titre de membre de l'Organisation des États Américains.

De façon traditionnelle, si l'on omet de prendre en compte les conclusions de la Conférence de Vienne en 1993 sur l'indivisibilité des droits fondamentaux¹⁴⁸, on peut départager ces instruments entre ceux qui visent des droits civils et politiques, généralement perçus comme étant des droits dits *négatifs* (offrant surtout une protection contre les atteintes découlant des interventions de l'État et étant plus contraignants) et ceux qui visent des droits économiques et sociaux, soit des droits dits *positifs* (plutôt perçus comme ayant une portée plus limitée, leur mise en oeuvre étant davantage tributaire de l'allocation des ressources qui, elle, est

142. *Supra* note 1.

143. *Supra* note 2.

144. 22 novembre 1969, O.A.S.T.S. no 36 [Convention américaine].

145. Voir Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *Améliorer le rôle du Canada dans l'OÉA : l'adhésion du Canada à la Convention américaine relative aux droits de l'homme*, Ottawa, Sénat du Canada, (20 mai 2006), en ligne : Rapport du Comité sénatorial permanent des droits de la personne <<http://www.parl.gc.ca/37/2/parlbus/commbus/senate/com-f/huma-f/rep-f/rep04may03-f.htm>>. Il semble qu'il y ait déjà eu une promesse ministérielle quant à l'adhésion du Canada à cet instrument : W. A. Schabas, *supra* note 3 à la p. 166.

146. *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels*, 17 novembre 1988, O.A.S.T.S. no 69.

147. Adoptée à la Neuvième Conférence Internationale Américaine, 1948, O.A.S Res. XXX. [Déclaration américaine].

148. Voir Conférence mondiale sur les droits de l'homme, *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Doc. NU A/CONF.157/23, 12 juillet 1993.

généralement considérée comme relevant de l'exercice discrétionnaire des pouvoirs étatiques). Comme on le verra dans la partie 2.2, on peut aussi départager ces instruments entre ceux qui sont assortis de mécanismes de mise en oeuvre de nature quasi-juridictionnelle¹⁴⁹, si l'on qualifie ainsi un mécanisme de plainte conduisant à des décisions à caractère non exécutoire, comme les mécanismes relatifs au Pacte relatif aux droits civils ou à la Déclaration américaine, et les autres qui, au mieux, ne sont assortis que d'un mécanisme d'évaluation sur la base de rapports périodiques.

Plus immédiatement, sachant que tous les instruments ci-avant identifiés peuvent être considérés comme constituant des engagements internationaux du Canada, l'analyse portera sur leur l'impact en regard des questions d'accès aux services de santé.

2.1 Nature et portée des engagements en matière d'accès aux services

Il n'apparaît pas évident, à priori, d'admettre que l'égalité et la liberté d'accès aux services de santé puissent être opposables, les droits qui y sont rattachés apparaissant spontanément comme étant «interreliés» et «interdépendants».

C'est toutefois dans un contexte particulier, où la poursuite d'un objectif donné tend à compromettre l'autre, qu'il devient possible de concevoir de façon distincte l'égalité et la liberté d'accès. Ainsi, dans un contexte d'économie libérale, où la liberté ne serait perçue que sous l'angle d'un droit à portée négative signifiant uniquement qu'il ne doit pas y avoir de restrictions arbitraires résultant des interventions de l'État, on pourrait très bien concevoir qu'il y ait une liberté d'accès pour tous, réelle pour ceux qui ont les

149. Voir Frédéric Sudre, «Les mécanismes et les techniques de garantie internationale des droits, Les mécanismes juridictionnels et quasi-juridictionnels», texte diffusé dans le cadre du programme du Diplôme d'Université Droits Fondamentaux de l'UFR de Droit et de Sciences Politiques de l'Université de Nantes, chapitre 11, édition 2005-2006 [F. Sudre, «Garantie des droits»].

moyens de se payer les services, théorique pour ceux qui ne les ont pas, supposant ainsi qu'il n'y aurait pas d'égalité d'accès, du moins pas d'égalité effective. Par ailleurs, dans un autre contexte où «l'État-providence» aurait pris sur lui de constituer une offre de services exclusive afin d'atteindre un objectif d'égalité d'accès entre les citoyens, on pourrait imaginer que l'objectif en question soit effectivement atteint, chacun étant soumis aux mêmes conditions d'accès, mais avec une liberté d'accès par ailleurs limitée, voire même compromise, en raison du rationnement ou du contrôle des ressources.

Voilà comme il est possible d'aborder distinctement l'un et l'autre des droits en cause, justifiant ainsi qu'on recherche, sans nécessairement les opposer, leurs assises particulières dans le cadre des engagements internationaux du Canada ci avant identifiés.

2.1.1 En faveur de l'égalité d'accès

Aborder la question de l'égalité d'accès aux services de santé et des engagements internationaux du Canada à cet égard peut spontanément conduire à rechercher du côté des droits à l'égalité ou à la non-discrimination prévus par les instruments applicables¹⁵⁰. De fait, comme les requérants dans l'affaire *Chaoulli* ont tenté de l'établir (mais sans succès)¹⁵¹, on pourrait imaginer une situation où l'un des obstacles prévus par la législation en matière d'accès aux services de santé ne serait applicable qu'en fonction des caractéristiques des individus et qu'il puisse donc être considéré comme une violation du droit à l'égalité, si les caractéristiques en question correspondent à un motif de discrimination proscrit aux termes des instruments de protection.

150. Article 7 de la Déclaration universelle, *supra* note 140; art. 26 *P.I.D.C.P.*; art. 2 par. 2 *P.I.D.E.S.C.*; art. 2 de la Déclaration américaine, *supra* note 147.

151. Une prétention quant à de la discrimination fondée sur le lieu de résidence a été soumise à la Cour d'appel du Québec et à la Cour supérieure du Québec, mais n'a pas été retenue : voir ci-dessus note 88.

Or, en regard du sujet qui nous intéresse et du contexte canadien, la question d'éventuelles interventions discriminatoires de l'État en regard de l'accès aux services de santé n'est pas particulièrement pertinente. Si on ne peut écarter la possibilité qu'il puisse y avoir des interventions étatiques en matière d'accès aux services de santé entraînant des situations de discrimination sur la base du sexe, de la race, de l'origine sociale ou ethnique ou d'autres motifs, il faut toutefois reconnaître que les principes et règles générales qui gouvernent le système de santé québécois sont, pour reprendre la terminologie des dispositions relatives à l'égalité au sein des deux pactes internationaux, aux antipodes de la discrimination sur la base de la *fortune*. De fait, ces principes et règles ont, tel que déjà souligné, clairement pour but que l'accès aux services ne soit déterminé qu'en fonction du besoin, plutôt que de la capacité de payer. Aussi, il n'apparaît pas que l'effet concret de ces principes et règles puisse constituer une telle discrimination.

Partant de ce constat, la question qui se pose dans le cadre de la présente partie est plutôt la suivante : y a-t-il, au sein des instruments de protection des droits de l'homme auxquels le Canada est lié, une ou des dispositions qui pourraient être considérées comme étant des engagements à rendre des services de santé accessibles à la population et, si oui, quelle est la portée et quelle est la valeur exécutoire de ces engagements? C'est ainsi qu'on est amené à rechercher, parmi les instruments applicables, des droits qui auraient une portée positive et dont l'objet pourrait être rattaché à la mise en place de mesures visant à assurer la disponibilité de services de santé.

Si, aux fins de cette recherche, le premier réflexe est de regarder du côté des droits économiques et sociaux, il ne faut pas pour autant négliger les droits civils et politiques, dont certains se sont vu reconnaître, de façon plus ou moins ferme, une portée positive qui peut s'avérer pertinente en regard de notre propos.

C'est notamment le cas du droit à la vie qui s'est vu reconnaître une certaine portée positive dans le cadre de l'article 6

du Pacte relatif aux droits civils¹⁵², mais également dans le cadre du système interaméricain¹⁵³. Il est en effet apparu que ce droit pourrait trouver application dans différents contextes, où il est acquis que l'État ne peut rester en situation passive et se doit ainsi de prendre un certain nombre de mesures visant à sauvegarder la vie de ses ressortissants¹⁵⁴. Le Canada aurait d'ailleurs lui-même, dans le cadre de ses rapports périodiques concernant l'application du Pacte sur les droits civils, reconnu une portée positive au droit à la vie, en faisant état, en lien avec l'article 6 de cet instrument, de différentes réalisations en matière d'aide sociale et économique, notamment dans le secteur de la santé¹⁵⁵. Concernant cette potentielle portée positive du droit à la vie et de ses répercussions en matière de santé, on peut d'ailleurs prendre note de l'observation suivante du Comité des droits de l'homme¹⁵⁶ des Nations Unies relativement à l'article 6 P.I.D.E.S.C. :

... le Comité a noté que le droit à la vie était trop souvent interprété de façon étroite. L'expression "le droit à la vie ...

152. En regard des engagements internationaux du Canada, le droit à la vie est également protégé par les instruments suivants : Déclaration universelle, *supra* note 140, art. 3 et Déclaration américaine, *supra* note 147, art. I.

153. Voir ce que rapportent les auteurs suivants : Hélène Tigroudja et Ioannis K. Panoussis, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme, Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2003 à la p. 193 et s. [H. Tigrouja et I. K. Panoussis]; Tara Melish, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System : A Manual on Presenting Claims*, Quito, Center for International Human Rights, Yale law School, 2002 à la p. 238 et s. À noter que, bien que le Canada ne soit pas partie à la Convention américaine, la jurisprudence de la Cour interaméricaine à l'égard de cet instrument est certainement utile aux fins de l'interprétation de la Déclaration américaine par la Com.I.D.H. Cette dernière n'hésite pas d'ailleurs à référer à la jurisprudence de la Cour dans le cadre des communications visant le Canada et la Déclaration américaine : *infra* note 221.

154. Voir ce qu'en disent les auteurs suivants : W. A. Schabas, *supra* note 3, pp. 40-41; Sarah Joseph, Jenny Schultz et Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights, Case, Materials and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2000 aux pp. 128-133 [S. Joseph et al.].

155. *Supra* note 3 aux pp. 230-231.

156. [C.D.H.].

inhérent à la personne humaine" ne peut pas être entendue de façon restrictive, et la protection de ce droit exige que les États adoptent des mesures positives. À cet égard, le Comité estime qu'il serait souhaitable que les États parties prennent toutes les mesures possibles pour diminuer la mortalité infantile et pour accroître l'espérance de vie, et en particulier des mesures permettant d'éliminer la malnutrition et les épidémies.¹⁵⁷

Poursuivant cette recherche, il apparaît possible, selon certains auteurs¹⁵⁸, de regarder du côté d'autres droits généralement considérés comme étant *négatifs*, afin de soutenir l'existence d'obligations positives de l'État en matière de santé, comme le droit à la sécurité¹⁵⁹ ou, même, le droit à la propriété¹⁶⁰. Assez rapidement toutefois, c'est du côté des instruments qui sont davantage reconnus à titre d'assises des obligations étatiques en matière de droits économiques qu'on en arrive à trouver les dispositions les plus affirmatives. On pense alors, bien sûr, aux dispositions du Pacte relatif aux droits économiques, mais aussi aux articles 22 à 28 de la Déclaration universelle¹⁶¹, sans compter la

157. C.D.H., *Le droit à la vie*, observation générale no 6, 30 avril 1982 aux para. 3 et 5.

158. Voir notamment les propositions en ce sens formulées par Tara Melish, *supra* note 153.

159. Art. 2 de la Déclaration universelle, *supra* note 140; art. 9 *P.I.D.C.P.*; art. I de la Déclaration américaine, *supra* note 147. Voir Tara Melish, *supra* note 153 à la p. 280 et s. Il semble qu'il soit aussi possible de lier l'art. 12 *P.I.D.E.S.C.* et le droit à la sécurité, selon Erica-Irene A. Daes, *Freedom of the Individual under Law: A Study on the Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights*, O.N.U., E/CN.4/Sub.2/432/Rev.2, 1983 aux pp. 126-127.

160. Art. 17 par 1 de la Déclaration universelle, *supra* note 140; art. XXIII de la Déclaration américaine, *supra* note 147.

161. Voir notamment l'article 25(1), qui se lit comme suit : «Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté».

Déclaration américaine qui, contrairement à la Convention américaine, est porteuse de plusieurs dispositions énonçant des droits économiques et sociaux.

En regard du sujet de la présente étude, on note l'article 12 *P.I.D.E.S.C.*, qui se lit comme suit :

12. 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.

2. Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer :

a) La diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant;

b) L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle;

c) La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies;

d) La création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie.»

On note également que l'article XI de la Déclaration américaine¹⁶² prévoit un droit de même nature, mais selon des termes et une portée qui apparaissent moins généreux, sinon plus limités. Cet article se lit comme suit :

Article XI. Toute personne a droit à ce que sa santé soit préservée par des mesures sanitaires et sociales, en ce qui concerne l'alimentation, l'habillement, le logement et les soins médicaux, qui seront établies proportionnellement aux ressources publiques et à celles de la communauté.

162. *Supra* note 147 à la p. 3, au para. 9.

C'est ainsi que sont jetées les bases de ce qui est souvent désigné comment étant le «droit à la santé» et qui, plus précisément, pourrait être désigné comme étant «le droit de jouir d'une diversité d'installations, de biens, de services et de conditions nécessaires à la réalisation du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint»¹⁶³. C'est ce qu'indique le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unis, dans ses observations relatives à l'article 12 *P.I.D.E.S.C.*

On note qu'on retrouve dans le cadre de cette disposition une première indication à l'effet que les États parties, dont le Canada, reconnaissent le droit de tout individu de jouir du meilleur état de santé possible et une deuxième indication à l'effet qu'il leur appartient de prendre les mesures visant à permettre le respect de ce droit, dont la création de «conditions propres à assurer» l'accessibilité aux services de santé.

En faisant le rattachement, ci-avant évoqué avec le droit à l'égalité tel que prévu à l'article 2 *P.I.D.E.S.C.*, on peut certainement comprendre que lorsqu'un État comme le Canada ou l'une de ses composantes fédératives, comme le Québec, met sur pied un système de santé public, aucune discrimination sur l'un des motifs identifiés ne doit être opérée pour l'accès aux services qui y sont offerts¹⁶⁴. C'est ce qu'on pourrait appeler le premier degré de la portée de l'article 12.

Plus largement, selon ce que nous en dit le C.D.E.S.C., le droit prévu à l'article 12 *P.I.D.E.S.C.*, mis en «relation dynamique»¹⁶⁵ avec l'article 2, devrait être interprété comme recouvrant notamment les obligations et les droits suivants :

163. Comité des droits économiques, sociaux et culturels [C.D.E.S.C.], *Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint*, observation générale no 14, Doc. NU E/C.12/2000/4, 11 août 2000.

164. *Ibid.* au para. 18.

165. Voir : C.D.E.S.C., *La nature des obligations des États parties*, observation générale no 3, 14 décembre 1990, au para. 8.

- «le droit d'accès à un système de protection de la santé qui garantisse à chacun, sur un pied d'égalité la possibilité de jouir du meilleur état de santé possible»¹⁶⁶;
- «le droit de jouir d'une diversité d'installations, de biens, de services et de conditions nécessaires ...»¹⁶⁷;
- «un droit [...] dans le champ duquel entr[e] [...] la prestation de soins de santé appropriés en temps opportun»¹⁶⁸;
- la disponibilité et l'accessibilité physique, économique et informationnelle aux installations, biens et services de santé¹⁶⁹;
- «[...] l'accès rapide, dans des conditions d'égalité, aux services essentiels de prévention, de traitement et de réadaptation ainsi qu'à l'éducation en matière de santé, la mise en place de programmes réguliers de dépistage, le traitement approprié, de préférence à l'échelon communautaire, des affections, maladies, blessures et incapacités courantes, l'approvisionnement en médicaments essentiels et la fourniture de traitements et de soins appropriés de santé mentale»¹⁷⁰;
- «une obligation spéciale [pour les États] de garantir aux personnes dépourvues de moyens suffisants l'accès à l'assurance maladie et au dispositif de soins de santé, ainsi que d'empêcher toute discrimination fondée sur des motifs proscrits à l'échelon international dans la fourniture de soins de santé et de services de santé, s'agissant en particulier des obligations fondamentales inhérentes au droit à la santé»¹⁷¹;

166. *Supra* note 163.

167. *Ibid.* au para. 9.

168. *Ibid.* au para. 11.

169. *Ibid.* au para. 12.

170. *Ibid.* au para. 17.

171. *Ibid.* au para. 19.

- «[l'obligation de l'État] de veiller à ce que la privatisation du secteur de la santé n'hypothèque pas la disponibilité, l'accessibilité, l'acceptabilité et la qualité des équipements, produits et services sanitaires»¹⁷²;
- «l'obligation de faire une place suffisante [au droit à la santé] dans le système politique et juridique national (de préférence par l'adoption d'un texte législatif) et de se doter d'une politique nationale de la santé comprenant un plan détaillé tendant à lui donner effet»¹⁷³;
- l'obligation «d'instituer un système d'assurance santé (public, privé ou mixte) abordable pour tous»¹⁷⁴;
- l'obligation «de veiller à une répartition équitable de tous les équipements, produits et services sanitaires»¹⁷⁵;
- «le devoir de prendre toutes dispositions nécessaires pour faire en sorte que chaque individu ait accès aux équipements, aux biens et aux services de santé et puisse jouir dans les meilleurs délais du meilleur état de santé physique et mentale qu'il puisse atteindre»¹⁷⁶.

En définitive, les engagements internationaux du Canada et de ses composantes fédératives¹⁷⁷, comme le Québec, supposent une obligation de prendre les moyens requis (notamment des mesures législatives) pour faire en sorte que les services de santé soient accessibles à toutes les personnes qui relèvent de leurs compétences, en s'abstenant d'opérer une distinction fondée sur la *fortune*, donc sur la capacité de payer.

172. *Ibid.* au para. 35.

173. *Ibid.* au para. 36.

174. *Ibid.*

175. *Ibid.* au para. 43e).

176. *Ibid.* au para. 53.

177. Voir l'art. 28 *P.I.D.E.S.C.*

De prime abord, si on en jugeait au moyen des objectifs et des mesures retenus par le Canada et le Québec¹⁷⁸, un observateur pourrait conclure qu'il s'agit là d'élèves modèles. C'est toutefois sans compter les difficultés qui sont rencontrées dans la réalité. Ainsi, s'il est vrai que les mesures ainsi prises n'ont pas été qualifiées de discriminatoires par les tribunaux canadiens qui se sont prononcés dans l'affaire *Chaoulli*¹⁷⁹, en fonction par exemple de motifs analogues à ceux qui sont prévus à l'alinéa 2 de l'article 2 *P.I.D.E.S.C.*, il reste que leur effet paradoxal serait, selon le constat même de la Cour suprême, de compromettre l'accessibilité aux services pour certaines personnes.

Jusqu'où alors les mesures prises pour s'acquitter des obligations découlant des articles 2 et 12 *P.I.D.E.S.C.* peuvent-elles aller? Plus précisément, l'obligation découlant de ces dispositions permettrait-elle, à elle seule, de justifier la mise en place d'obstacles à des services privés parallèles pour ceux qui auraient la capacité de payer, sous prétexte que ces obstacles sont nécessaires afin de maintenir un système public de santé qui repose sur des principes d'universalité et d'accessibilité, qui bénéficie notamment aux individus défavorisés sur le plan socio-économique?

À l'égard de ces questions, on peut d'abord noter que l'orientation générale des articles 2 et 12 semble être celle d'une obligation d'instaurer un seuil d'accès, afin que chaque personne puisse obtenir les services nécessaires lui permettant de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre¹⁸⁰. Ces dispositions ne semblent pas requérir la mise en place de conditions d'égalité absolue, qui pourraient supposer que des limites quant à l'accessibilité aux services de santé soient posées, de façon à ce que personne ne puisse avoir accès à une offre de services de santé supérieure ou différente, qualitativement ou quantitativement.

178. Voir ci-dessus les parties 1.1.1 et 1.2.2.

179. *Supra* note 151.

180. C.D.E.S.C., *supra* note 163.

Sur la question particulière de la nature des moyens à prendre, l'interprétation proposée par le C.D.E.S.C. apparaît d'ailleurs laisser une marge de manœuvre appréciable, en reconnaissant qu'ils puissent consister en la mise en place d'un système public, privé ou mixte¹⁸¹. Si on note une mise en garde contre certains effets que pourraient entraîner des privatisations sur l'accessibilité aux services pour les plus démunis¹⁸², on doit aussi prendre en compte cette remarque du C.D.E.S.C. en regard de l'article 2, qu'il faut lire en relation avec l'article 12 *P.I.D.E.S.C.* :

Le Comité note que la disposition selon laquelle les États parties s'engagent "à agir [...] par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives" n'exige ni n'empêche qu'une forme particulière de gouvernement ou de système économique serve de véhicule aux mesures en question, à la seule condition qu'elle soit démocratique et que tous les droits de l'homme soient respectés. Ainsi, du point de vue des systèmes politiques ou économiques, le Pacte est neutre et l'on ne saurait valablement dire que ses principes reposent exclusivement sur la nécessité ou sur l'opportunité d'un système socialiste ou capitaliste, d'une économie mixte, planifiée ou libérale, ou d'une quelque autre conception. À cet égard, le Comité réaffirme que l'exercice des droits reconnus dans le Pacte est susceptible d'être assuré dans le cadre de systèmes économiques ou politiques très divers, à la seule condition que l'interdépendance et le caractère indivisible des deux séries de droits de l'homme, affirmés notamment dans le préambule du Pacte, soient reconnus et reflétés dans le système en question. Il constate par ailleurs que d'autres droits de l'homme, en particulier le droit au développement, ont également leur place ici.¹⁸³

181. *Ibid.* au para. 36. Voir également le para. 56 concernant la collaboration de l'État avec «la société civile, le secteur privé et les organisations internationales» en regard d'une «stratégie nationale relative au droit à la santé».

182. *Ibid.* au para. 35.

183. *Supra* note 165 au para. 8.

Voilà qui tendrait à établir que l'article 12 *P.I.D.E.S.C.* ne pourrait être interprété comme signifiant qu'une forme ou une autre de mesures étatiques visant à favoriser l'accessibilité aux services de santé soit privilégiée, au détriment d'une autre. Il n'y aurait donc pas comme tel de préjugé favorable à un système largement public comme celui qu'on retrouve au Québec et ailleurs au Canada; la seule préoccupation étant que l'accessibilité aux services soit assurée en même temps que le respect des autres droits fondamentaux, incluant autant les droits économiques que les droits civils. La prochaine partie portera de façon particulière sur ces derniers, dans le contexte où ils sont perçus comme étant un «terreau fertile» en regard de la liberté d'accès aux services de santé.

2.1.2 En faveur de la liberté d'accès

En abordant la question de la liberté d'accès aux services de santé et des engagements internationaux du Canada à cet égard, on ne peut faire autrement que de repartir sur les mêmes bases que celles ci-avant présentées en regard de l'égalité d'accès. Il faut ainsi noter que si l'article 12 *P.I.D.E.S.C.* et l'article XI de la Déclaration américaine peuvent effectivement être interprétés comme favorisant l'égalité d'accès, ils peuvent sûrement aussi être invoqués au soutien de liberté d'accès aux services de santé. C'est certainement là une conclusion qui n'est pas incompatible avec les observations du C.D.E.S.C. ci-avant rapportées à l'égard de l'article 12 *P.I.D.E.S.C.*

De fait, tel que déjà indiqué, il n'y a pas d'opposition immédiate entre des objectifs liés à l'égalité d'accès aux services de santé et d'autres liés à la liberté d'accès. C'est toutefois précisément dans le contexte où la poursuite du premier objectif tend à compromettre le deuxième qu'on en arrive à rechercher d'autres assises pour la liberté d'accès et à emprunter, cette fois-ci, les mêmes sentiers que ceux de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Chaoulli*. On note ainsi que, dans cet arrêt, tant les juges majoritaires que dissidents, se sont entendus sur le fait que les droits à la vie et à la sécurité étaient susceptibles d'être compromis en raison d'obstacles à l'accès aux services, dans un

contexte où cet accès est sujet à des délais qualifiés de déraisonnables¹⁸⁴. Quant au droit à la liberté, s'il n'a pas été retenu par les juges dissidents en raison de sa portée limitée à l'égard des enjeux économiques, il a malgré tout été considéré comme étant applicable par les juges majoritaires¹⁸⁵.

Voilà qui peut nous conduire à identifier les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité, reconnus par la Déclaration universelle¹⁸⁶, par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁸⁷ ainsi que par la Déclaration américaine¹⁸⁸, comme constituant notamment des obligations pour le Canada et ses composantes fédératives¹⁸⁹, dont le Québec, de favoriser la liberté d'accès aux services de santé.

En ce qui concerne le droit à la vie, il y a lieu de noter, du moins en ce qui concerne l'article 6 *P.I.D.C.P.*, qu'il s'agit, selon ce que confirme la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, d'un droit de protection à l'égard des interventions étatiques arbitraires qui ont pour effet de tuer ou de compromettre la vie des individus¹⁹⁰.

Il faut aussi noter qu'il s'agit, selon les termes employés par le C.D.H., du «droit suprême pour lequel aucune dérogation n'est autorisée, même dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation (art. 4)»¹⁹¹. On note ainsi les remarques suivantes :

La protection contre la privation arbitraire de la vie, qui est expressément requise dans la troisième phrase du paragraphe 1 de l'article 6, est d'une importance capitale. Le Comité considère que les États parties doivent prendre

184. Voir la partie 1.2.1 à la p. 29 et s., ci-dessus.

185. *Ibid.*

186. *Supra* note 140, art. 3.

187. *Supra* note 2, art. 6, 9.

188. *Supra* note 147, art. I.

189. *Supra* note 2, art. 50.

190. S. Joseph *et al.*, *supra* note 154 aux pp. 108-138.

191. C.D.H., *supra* note 157 au para. 1.

des mesures, non seulement pour prévenir et réprimer les actes criminels qui entraînent la privation de la vie, mais également pour empêcher que leurs propres forces de sécurité ne tuent des individus de façon arbitraire. La privation de la vie par les autorités de l'État est une question extrêmement grave. La législation doit donc réglementer et limiter strictement les cas dans lesquels une personne peut être privée de la vie par ces autorités.¹⁹²

Dans le cadre du système interaméricain, la protection du droit à la vie ne semble pas moins grande, le caractère prépondérant de ce droit étant également bien reconnu¹⁹³.

À l'égard de la situation particulière de l'accès aux services requis par l'état de santé, il n'est pas inutile de considérer la façon par laquelle le C.D.H. a abordé la question de l'avortement, puisqu'il s'agit en quelque sorte d'une question d'accès à des services ou à des soins en lien avec l'état de santé physique ou psychologique. N'ayant pas retenu les prétentions des militants «pro-vie» à l'effet que l'avortement constitue une violation du droit à la vie, le C.D.H. a plutôt considéré, dans le cadre des commentaires qu'il a formulés à l'endroit de plusieurs pays¹⁹⁴, l'impact des mesures législatives prohibant cette procédure sur les droits fondamentaux des femmes, dont le droit à la vie. Ne pourrait-on pas alors penser qu'il pourrait en être ainsi à l'égard de l'impact de mesures législatives portant obstacle à l'accès à des services privés de santé pour les personnes qui n'obtiennent pas les services requis auprès du système public et dont la vie risque alors d'être compromise?

Quant aux droits à la liberté et à la sécurité, prévus à l'article 9 *P.I.D.C.P.*, on note d'abord qu'il s'agit de droits susceptibles de dérogation en vertu de l'article 4. On note aussi, dans le cas du droit à la liberté, qu'une privation peut se justifier

192. *Ibid.* aux para. 3 et 5.

193. Voir H. Tigrouja et I. K. Panoussis, *supra* note 153 à la p. 184 et s.; Tara Melish, *supra* note 153 à la p. 238 et s.

194. S. Joseph *et al.*, *supra* note 154 aux pp. 135-137.

si elle est motivée conformément à la loi, selon une procédure prévue par la loi. Par ailleurs, la jurisprudence du C.D.H. et celle du système interaméricain sont à l'effet que la privation de la liberté ne doit pas résulter d'interventions étatiques arbitraires, la seule légalité des motifs et de la procédure n'étant donc pas suffisante¹⁹⁵.

Comme on peut s'en douter, les droits à la liberté et à la sécurité ont, dans le cadre des recours initiés en vertu du Pacte sur les droits civils et dans le cadre du système interaméricain, visé surtout des situations de détention relevant de la justice criminelle ou, encore, de procédures en matière d'immigration¹⁹⁶. À cet égard toutefois, le C.D.H. a indiqué ce qui suit :

L'article 9, qui traite du droit à la liberté et à la sécurité de la personne, fait souvent l'objet d'une interprétation assez étroite dans les rapports des États parties, qui, de ce fait, fournissent des informations incomplètes. Le Comité fait observer que le paragraphe 1 s'applique à tous les cas de privation de liberté, qu'il s'agisse d'infractions pénales ou d'autres cas tels que, par exemple, les maladies mentales, le vagabondage, la toxicomanie, les mesures d'éducation, le contrôle de l'immigration, etc.¹⁹⁷

S'il est vrai qu'il faut interpréter le droit à la liberté comme étant applicable à une grande variété de situations, il reste qu'il est possible de comprendre, aux termes de la jurisprudence du C.D.H. en la matière, qu'il ne s'applique qu'à l'égard de situations de détention et de restrictions importantes à la liberté physique¹⁹⁸. Il pourrait ainsi apparaître douteux que le droit à la liberté, au terme de l'article 9 *P.I.D.C.P.*, puisse s'appliquer en matière de

195. *Ibid.* pp. 211 et s.; H. Tigrouja et I. K. Panoussis, *supra* note 153 aux pp. 206-207.

196. S. Joseph *et al.*, *supra* note 154 à la p. 210; H. Tigrouja et I. K. Panoussis, *supra* note 153 à la p. 204 et s.; Tara Melish, *supra* note 153 à la p. 278.

197. C.D.H., *supra* note 156, *Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne*, observation générale no 8, 30 juin 1982 au para. 1.

198. Voir *Celepli c. Sweden*, Doc. NU CCPR/C/51/D/456/1991. Voir également S. Joseph *et al.*, *supra* note 154 aux pp. 210-211.

restrictions quant à la possibilité de se prévaloir de moyens financiers pour accéder à des services de santé. Il semble cependant qu'il ne faille pas écarter complètement cette possibilité en regard du système interaméricain, si on en juge de par les propos suivants de la Cour interaméricaine :

The concept of a "life plan" is akin to the concept of personal fulfillment, which in turn is based on the options that an individual may have for leading his life and achieving the goal that he sets for himself. Strictly speaking, those options are the manifestation and guarantee of freedom. An individual can hardly be described as truly free if he does not have options to pursue in life and to carry that life to its natural conclusion. Those options, in themselves, have an important existential value. Hence, their elimination or curtailment objectively abridges freedom and constitutes the loss of a valuable asset, a loss that this Court cannot disregard.¹⁹⁹

En définitive, il reste alors le droit à la sécurité, à l'égard duquel le C.D.H. a précisé qu'il pouvait s'appliquer de façon «indépendante» du droit à la liberté, notamment dans des cas où la sécurité personnelle est compromise en raison d'actions de l'État ou d'omissions de ce dernier en regard de la protection requise pour préserver l'intégrité physique d'un individu²⁰⁰. Une portée assez large lui serait également reconnue dans le cadre du système interaméricain²⁰¹. Il en ressort donc que, peut-être de façon plus avantageuse que le droit à la liberté, le droit à la sécurité pourrait être invoqué au soutien d'un argumentaire favorable à la liberté d'accès aux services de santé pour les

199. *Loayza-Tamayo c. Pérou*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, no 42, 27 novembre 1998 au para. 148. Voir Tara Melish, *supra* note 153 aux pp. 279-280. L'auteur souligne par ailleurs que ces propos ont été tenus à l'étape de l'indemnisation, et non pas en regard de la portée même de l'article 7 de la Convention américaine, *supra* note 147.

200. Sur la base d'une revue de la jurisprudence du C.D.H., voir S. Joseph *et al.*, *supra* note 154 aux pp. 206-210.

201. Tara Melish, *supra* note 153 à la p. 280 et s.

personnes dont l'intégrité physique serait compromise en raison de restrictions à cet accès.

2.2 Perspectives d'une éventuelle prise en considération des obstacles à l'accès aux services privés parallèles par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ou par la Commission interaméricaine des droits de l'homme

Certains des instruments de protection des droits fondamentaux auxquels le Canada a adhéré et qui trouvent application en regard des questions soulevées dans le cadre de la présente étude prévoient spécifiquement des mécanismes visant à rendre effective cette protection. Si ces mécanismes ne conduisent pas à des conclusions qui auraient le caractère exécutoire de décisions judiciaires, il n'en demeure pas moins que leur impact politique peut être significatif.

Dans ce contexte, il devient pertinent de se questionner sur les conditions et modalités d'une éventuelle prise en considération, à l'échelle internationale et régionale, des mesures qui ont précisément été contestées dans le cadre de l'affaire *Chaoulli*, en cherchant à anticiper sur les conclusions auxquelles elle pourrait conduire. Cette démarche a d'autant plus d'intérêt que le débat politique sur les questions posées dans le cadre de cette affaire semble devoir demeurer, pour l'avenir prévisible, un enjeu politique important au Canada et au Québec, alors que les gouvernements en cause ont traditionnellement été soucieux de faire bonne figure au sein de la communauté internationale en matière de protection des droits fondamentaux.

2.2.1 Aperçu des conditions et modalités de mise en œuvre des mécanismes applicables

Un recours sous forme de «communication» est prévu, aux termes du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁰²,

202. *Supra* note 2, art. 41-43.

pour les cas où un État estime qu'un autre État ne s'acquitte pas des obligations prévues par cet instrument. On sait par ailleurs que les États n'ont pas manifesté un grand engouement pour l'exercice d'un tel recours²⁰³ et il est douteux qu'il en soit autrement, dans le cas précis visé par la présente étude. Il est en effet peu probable qu'un autre État soit à ce point préoccupé par une situation qui relève clairement des affaires intérieures canadiennes et qui est sans incidences extraterritoriales, qu'il en arrive à décider de recourir à ce moyen. D'autant plus que la situation des systèmes de santé un peu partout dans le monde apparaît généralement assez complexe et qu'il y a sans doute peu d'États qui peuvent se placer en position de *donneurs de leçons*.

Selon toute probabilité, c'est plutôt la perspective d'un recours individuel, initié par un ressortissant canadien, qui apparaît la plus probable.

Le Canada ayant adhéré au protocole facultatif²⁰⁴ concernant le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, il en découle que les ressortissants canadiens peuvent se prévaloir d'un recours en regard des violations des droits prévus par cet instrument, qu'elles résultent du fait de l'État canadien ou de l'une de ses composantes fédératives²⁰⁵. Ici encore, il s'agit d'une «communication» pouvant être soumise au C.D.H.

Un recours similaire est également disponible en regard des atteintes aux droits prévus par la Déclaration américaine. Il doit être exercé auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'homme²⁰⁶, conformément à ce que prévoit son statut constitutif²⁰⁷.

203. Voir F. Sudre, «Garantie des droits», *supra* note 149 à la p. 5.

204. *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 [Protocole facultatif].

205. *Ibid.* art. 10. Concernant la façon de procéder du gouvernement canadien et de celui des provinces à l'égard des communications qui visent une intervention relevant d'un champ de compétence provincial, voir ce que rapporte W. A. Schabas, *supra* note 3 aux pp. 150-154.

206. [Com.I.D.H.].

Pour autant, une telle communication ne pourrait se muer en recours auprès de la Cour interaméricaine des droits de l'homme²⁰⁸, ceux-ci étant réservés aux actions visant le respect de la Convention américaine par les États qui y sont parties, ce qui exclut le Canada²⁰⁹.

Au nombre des conditions de recevabilité des recours en question²¹⁰ il est acquis que, tant en ce qui concerne le C.D.H.²¹¹ que la C.I.D.H.²¹², les moyens internes doivent au préalable avoir été épuisés. La question qui se pose dans le cas qui nous occupe est donc la suivante : Y a-t-il une possibilité de recours devant le C.D.H ou la C.I.D.H à l'égard des obstacles relatifs à l'accès aux services privés parallèles et de leurs impacts sur les droits fondamentaux, dans la mesure où la Cour suprême du Canada, la plus haute instance judiciaire canadienne²¹³, s'est prononcée sur la question?

207. *Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, 1979, O.A.S Res. N1 447 (IX-O/79), art. 20. Cette compétence a été contestée par les États-Unis, mais sans succès : W. A. Schabas, *supra* note 3 aux pp. 165-166. Le Canada n'a pas contesté cette compétence dans le cadre des affaires dont a été saisie la Com.I.D.H. en ce qui le concerne.

208. *Ibid.* art. 19. Convention américaine, art. 61.

209. *Supra* note 145.

210. Pour une revue complète des conditions de recevabilité des communications devant le C.D.H et la Com.I.D.H., voir ce que disent les auteurs suivants : Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de la personne*, Paris, Presses universitaires de France, 2003 aux pp. 480-487 [F. Sudre, «Droits de la personne»]; W. A. Schabas, *supra* note 3 aux pp. 138-146, 163-168; Tara Melish, *supra* note 153 aux pp. 80-96.

211. *Supra* note 204, art. 2, 5 b). Voir également *Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme*, Doc. NU CCPR/C/3/Rev.8, 22 septembre 2005, art. 96 f).

212. *Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, adopté par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 109^e session extraordinaire, Washington, 4 au 8 décembre 2000, art. 31. Voir également l'art. 32 qui prévoit que les communications ne sont recevables que «dans les six mois à partir de la date à laquelle la décision relative à l'épuisement des voies de recours a été notifiée à la victime présumée». Toutefois, le deuxième alinéa de cet article prévoit que le critère peut aussi être celui d'un «délai raisonnable» dans les cas d'exception à la règle relative à l'épuisement des recours.

213. Voir notamment la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 3, 35.

Pour comprendre l'intérêt que pourrait présenter un tel recours, il faut considérer l'analyse ci-avant présentée²¹⁴ sur la réaction des autorités publiques québécoises ayant conduit à l'adoption du Projet de loi 33²¹⁵, et ainsi se rappeler que les mesures retenues peuvent apparaître comme étant insatisfaisantes – du moins trop partielles – en regard des constats de la Cour suprême dans l'affaire *Chaoulli*. Les requérants, ou d'autres qui seraient dans une situation similaire²¹⁶, pourraient donc vouloir initier une contestation sur les mêmes bases. Ainsi, ils pourraient alléguer que les obstacles posés relativement à la possibilité de se prémunir d'une couverture d'assurance privée pour l'accès aux services de santé, autres que ceux qui seraient dorénavant autorisés en chirurgie de la hanche, du genou et de la cataracte, constituent des atteintes à leurs droits à la vie, à la liberté et à la sécurité protégés en vertu des articles 6 et 9 *P.I.D.C.P.* et en vertu de l'article I de la Déclaration américaine.

En regard d'un tel scénario, on peut d'abord noter le fait que le C.D.H. a déjà considéré, notamment dans des affaires impliquant le Canada²¹⁷, que lorsque le plus haut tribunal du pays visé s'est prononcé, on peut en arriver à déroger à la règle de l'épuisement des recours aux fins de la détermination de la recevabilité, s'il en résulte une certaine inefficacité des recours internes²¹⁸. Ce serait notamment le cas dans l'éventualité où le législateur québécois décidait de recourir à une disposition de dérogation²¹⁹ pour contourner l'arrêt *Chaoulli* et ainsi écarter

214. Voir ci-dessus partie 2.2.2.

215. *Supra* note 124.

216. Sur le principe général à l'effet que ce doit être la victime qui exerce le recours auprès du C.D.H., voir ce que dit F. Sudre, «Droits de la personne», *supra* note 210 aux pp. 476-477.

217. *Lovelace c. Canada*, Doc. NU CCPR/C/13/D/24/1977 aux para. 1 à 3; *Ballantyne et al. c. Canada*, Doc. NU CCPR/C/47/D/385/1989 aux para. 6.1-10.5.

218. W. A. Schabas, *supra* note 3 aux pp. 143-144.

219. Par ailleurs, pour voir comment l'utilisation de ces dispositions de dérogation «générales» est perçue par le C.D.H., voir les affaires suivantes : *Ballantyne et al. c. Canada*, *supra* note 217; *Singer c. Canada*, Doc. NU

l'application des chartes canadienne et québécoise à l'égard des mesures retenues.²²⁰

En ce qui concerne la Com.I.D.H., il semble que ce sera un recours interne «disponible, adéquat et effectif»²²¹ qui sera recherché et qui, s'il est trouvé, rendra la communication irrecevable. Par ailleurs, le fait que le plus haut tribunal du pays se soit prononcé semble aussi être un facteur qui jouera en faveur de la recevabilité, selon ce qui ressort notamment de l'affaire *Grand Chief Michael Mitchell c. Canada*²²².

Dans le cas qui nous occupe, il reste cependant que, dans l'état actuel des choses, le Canada pourrait sans doute valablement contester la recevabilité de la communication, en alléguant que les requérants pourraient reprendre, en première instance, une contestation des mesures particulières proposées par les autorités québécoises. Ces mesures n'étaient évidemment

CCPR/C/51/D/455/1991. Ces affaires portaient sur des mesures législatives en matière linguistique, lesquelles s'inscrivaient dans un contexte sociopolitique extrêmement sensible au Québec et au Canada, un peu comme les mesures législatives visées par la présente étude. À tout le moins, du point de vue du C.D.H., la perspective de l'utilisation possible de ces dispositions de dérogation a joué en faveur d'un constat de recevabilité des communications.

220. Concernant la question posée en regard de la compatibilité des dispositions des chartes canadienne et québécoise qui autorisent de telles dérogations avec le Pacte sur les droits civils, voir ce que dit W. A. Schabas, *supra* note 3 aux pp. 150-154.

221. Selon les critères élaborés par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en regard de l'art. 46 de la Convention américaine dans l'affaire *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, série C, no 1, 26 juin 1987 (objections préliminaires); série C, no 4, 29 juillet 1988 (jugement final). Bien que le Canada ne soit pas partie à cette convention, la Com.I.D.H. réfère à ce précédent afin d'établir la recevabilité des communications qui le concernent en regard de l'application de la Déclaration américaine : *Andrew Harte & Family c. Canada*, Com.I.D.H., rapport no 81/05, no 11.862 au para. 67; *Cheryl Monica Joseph c. Canada*, Com.I.D.H., rapport no 27/93, no 11.092 aux para. 26-29. Sur la question de l'épuisement des recours pour une communication devant la Com.I.D.H., voir également : Tara Melish, *supra* note 153 aux pp. 82-89; W. A. Schabas, *supra* note 3 aux pp. 164-168.

222. Com.I.D.H., rapport no 74/03, no 790/01 au para. 32.

pas visées par l'arrêt *Chaoulli* et, en ce qui les concerne, on ne peut donc considérer qu'il y a chose jugée.

Cette possibilité est d'autant plus vraisemblable que la Cour suprême a donné raison aux requérants et donc, partant de là, le pronostic d'un éventuel recours interne devrait leur être favorable, sauf dans la perspective, peu probable pour l'instant, de l'utilisation d'une disposition de dérogation. Une situation analogue, où le Canada a allégué des perspectives favorables de recours internes à la suite d'un arrêt de la Cour suprême, a pu être observée dans l'affaire *Andrew Harte & Family c. Canada*²²³, au terme de laquelle la Com.I.D.H. a conclu à l'irrecevabilité de la communication dont elle était alors saisie. Il reste la question du sursis d'application²²⁴ qui, s'il avait été reconduit par la Cour suprême après son échéance prévue pour juin 2006, aurait en quelque sorte consisté à prolonger d'autant une situation de tolérance à l'égard d'atteintes aux droits fondamentaux. Ne l'ayant pas été, la question semble ne plus devoir se poser à l'égard de ce scénario.

Il en résulte donc que, si on ne peut conclure avec assurance que des communications visant les obstacles à l'accès aux services de santé privés parallèles auprès du C.D.H. et de la Com.I.D.H. seraient considérées comme étant irrecevables, on doit observer que ce serait une conclusion probable dans l'état actuel des choses. La recevabilité de telles communications peut par ailleurs être plausiblement envisagée à moyen ou à long terme, c'est-à-dire à partir du moment où des requérants se seraient prévalus de recours internes et auraient été déboutés. Ce serait le cas notamment si, par le jeu de l'article 1 de la Charte canadienne et 9.1 de la Charte québécoise, d'éventuelles atteintes aux droits fondamentaux résultant de mesures de restrictions à l'accès à une offre parallèle de services privés de santé étaient considérées comme justifiables par les tribunaux canadiens. Il faut noter à cet égard, comme il le sera souligné dans la prochaine partie, que ces

223. *Supra* note 221 aux para. 88, 91.

224. *Supra* note 116.

possibilités de justification ne sont pas offertes par certains des instruments internationaux qui pourraient trouver application et qu'ainsi, le C.D.H. et la Com.I.D.H. pourraient alors considérer que les recours internes sont non effectifs en regard des violations alléguées aux instruments en cause.

Cela étant, il faut aussi se rappeler que les constatations du C.D.H. et de la Com.I.D.H. à l'issue de l'examen d'une communication n'ont pas de caractère exécutoire²²⁵, contrairement, par exemple, à celles de la Cour interaméricaine des droits de l'homme²²⁶ ou de la Cour européenne des droits de l'homme²²⁷. C'est à l'égard de cette réalité qu'on prend bien la mesure de la portée de la décision canadienne de ne pas adhérer à la Convention américaine des droits de l'homme. Il reste par ailleurs le fait qu'une éventuelle constatation d'une atteinte aux droits protégés par l'un ou l'autre des instruments est souvent susceptible de générer une pression politique suffisante pour conduire à ce que des interventions soient réalisées afin de mettre fin aux atteintes ou, à tout le moins, de les diminuer²²⁸.

Au-delà des possibilités d'initier un recours par voie de communication, on doit aussi prendre note des autres mécanismes non juridictionnels susceptibles d'application. Ces mécanismes consistent notamment à ce que le C.D.H., le C.D.E.S.C. et la Com.I.D.H. conduisent des études et analyses, que ce soit à partir des rapports périodiques soumis par les États visés par les pactes et par la Déclaration américaine ou autrement, quant à la situation du respect des droits et obligations prévus par ces instruments, et ainsi attirer l'attention de ces États et de la communauté internationale sur d'éventuelles difficultés rencontrées à ce chapitre. En ce qui concerne la

225. W. A. Schabas, *supra* note 3 aux pp. 143-144, 148; F. Sudre, «Droits de la personne», *supra* note 210 aux pp. 488-490.

226. Convention américaine, *supra* note 147, art. 68.

227. Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, art. 46.

228. W. A. Schabas, *supra* note 3 aux pp. 148-150; F. Sudre, «Droits de la personne», *supra* note 210 aux pp. 476-477.

situation canadienne, ces mécanismes sont prévus, respectivement, par l'article 40 *P.I.D.C.P.*, par les articles 16 à 22 *P.I.D.E.S.C.* et par l'article 18 des statuts²²⁹ de la Com.I.D.H. Dans le cas des instances onusiennes, il semble qu'il faille reconnaître que les rapports qu'elles sont susceptibles de publier ont une «force persuasive assez impressionnante»²³⁰.

En définitive, que ce soit dans le cadre d'une communication ou d'un processus d'analyse et d'étude de la situation canadienne, le C.D.H., le C.D.E.S.C. et la Com.I.D.H. pourraient être appelés, comme la Cour suprême du Canada l'a été, à statuer sur la violation des instruments de protection des droits fondamentaux à l'égard desquels elles exercent des responsabilités. La partie qui suit est ainsi consacrée à un exercice prospectif quant aux résultats possibles d'une éventuelle prise en considération de la situation canadienne par ces instances.

2.2.2 Résultats possibles de l'analyse en regard des instruments de protection applicables

Le dernier rapport déposé en août 2005 par le Canada dans le cadre du processus d'examen périodique de la situation des États parties au Pacte sur les droits économiques fait mention de l'affaire *Chaoulli* et explique la teneur de l'arrêt de la Cour suprême²³¹. Or, en mai 2006, on apprenait que la C.D.E.S.C. a, dans le cadre de ses suggestions et recommandations concernant

229. *Supra* note 207. À noter que dans le cas de la Com.I.D.H. et de la situation particulière du Canada dans le système interaméricain, il ne s'agit pas comme tel d'un mécanisme de production de rapport périodique. L'article 18 du statut de la Com.I.D.H. lui permet toutefois de procéder à des études et de faire des recommandations aux États membres de l'Organisation des États Américains.

230. W. A. Schabas, *supra* note 3 à la p. 220.

231. C.D.E.S.C., *Application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Cinquièmes rapports périodiques présentés par les États parties en vertu des articles 16 et 17 du Pacte, Canada*, Doc. NU E/C.12/CAN/5, 30 août 2005 à la p.158.

le rapport canadien, saisi l'occasion pour formuler un rappel, dans les termes sibyllins suivants :

36. Le Comité rappelle que dans les limites de l'exercice de leurs fonctions de contrôle judiciaire, les tribunaux doivent tenir compte des droits énoncés dans le Pacte lorsque cela est nécessaire pour veiller à ce que le comportement de l'État partie soit conforme aux obligations qui lui incombent en vertu du Pacte, conformément à son Observation générale no 9 (1998) (voir, par exemple, l'affaire Chaoulli c. Québec – Procureur général).²³²

L'observation générale no 9 à laquelle ce passage réfère porte de façon particulière sur la mise en œuvre interne des dispositions du Pacte sur les droits économiques, notamment dans l'ordre judiciaire. Voici l'un des passages pertinents qu'on retrouve dans ce document :

Il ressort des informations disponibles que la pratique des États n'est pas uniforme. Le Comité note que certains tribunaux appliquent les dispositions du Pacte, soit directement soit en tant que normes d'interprétation. D'autres tribunaux sont disposés à reconnaître, sur le plan des principes, l'utilité du Pacte pour interpréter le droit national, mais, dans la pratique, l'effet de ses dispositions sur leur argumentation et l'issue de leurs délibérations est extrêmement limité. D'autres encore ont refusé de faire le moindre cas des dispositions du Pacte lorsque des personnes ont essayé de s'en prévaloir. Dans la plupart des pays, les tribunaux sont encore loin de s'appuyer suffisamment sur le Pacte.

Dans les limites de l'exercice de leurs fonctions de contrôle judiciaire, les tribunaux doivent tenir compte des droits énoncés dans le Pacte lorsque cela est nécessaire pour

232. C.D.E.S.C., *Examen des rapports présentés par les états parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Canada*, Doc. NU E/C.12/CAN/CO/4, E/C.12/CAN/CO/5, 22 mai 2006 au para. 36.

veiller à ce que le comportement de l'État soit conforme aux obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le déni de cette responsabilité est incompatible avec le principe de la primauté du droit, qui doit toujours être perçu comme englobant le respect des obligations internationales relatives aux droits de l'homme.

Il est généralement reconnu que le droit interne doit être interprété, autant que faire se peut, d'une manière conforme aux obligations juridiques internationales de l'État. Ainsi, lorsqu'un organe de décision interne doit choisir entre une interprétation du droit interne qui mettrait l'État en conflit avec les dispositions du Pacte et une autre qui lui permettrait de se conformer à ces dispositions, le droit international requiert que la deuxième soit choisie. Les garanties en matière d'égalité et de non-discrimination doivent être interprétées, dans toute la mesure possible, de manière à faciliter la pleine protection des droits économiques, sociaux et culturels.²³³

Comment alors interpréter le «rappel» fait par le C.D.E.S.C. à l'égard des tribunaux canadiens, en fonction de l'«exemple» de l'affaire *Chaoulli*? Peut-on y voir là un regret à l'égard du fait que la majorité des juges de la Cour suprême n'ait pas pris en considération le Pacte sur les droits économiques, notamment l'article 12, et n'a donc pas adopté le point de vue des juges dissidents quant au maintien des mesures contestées, perçues comme étant favorables aux droits économiques et sociaux parce que nécessaires à la survie du système public? Ou est-ce simplement une invitation à ce que le Pacte sur les droits économiques soit plus souvent pris en considération par les instances judiciaires, notamment dans des litiges où on doit

233. C.D.E.S.C., *Application du Pacte au niveau national*, observation générale no 9, Doc. NU E/C.12/1998/24, 3 décembre 1998 au para. 13 à 15. Au sujet de la mise en oeuvre en droit interne canadien de traités ou conventions auxquels le Canada est partie, voir notamment : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3.

évaluer la «conduite de l'État» en appliquant une «grille d'analyse»²³⁴ semblable à celle de l'article 1 de la Charte canadienne ou à celle de l'article 9.1 de la Charte québécoise, comme ce fut le cas dans l'affaire *Chaoulli*, sans par ailleurs qu'on puisse en déduire qu'il s'agit d'une opinion quant à ce qui aurait dû être l'orientation privilégiée dans cette même affaire?

Si la première de ces deux interprétations n'est pas à exclure, à savoir qu'il est possible que le C.D.E.S.C. se désole subtilement des conclusions des juges majoritaires de la Cour suprême, il reste qu'il est bien difficile dans l'immédiat de tirer une conclusion ferme sur la signification réelle de ce rappel.

Le résultat net est donc qu'on ne connaît pas précisément l'opinion du C.D.E.S.C. et, bien sûr, on ne peut présumer de celle qui prévaudrait au C.D.H. ou à la Com.I.D.H. si ces instances avaient l'occasion de se prononcer sur les obstacles à l'accès aux services de santé privés parallèles prévus par la législation québécoise, notamment ceux qui pourraient subsister à la suite de la mise en œuvre des mesures ci-avant présentées²³⁵, notamment celles prévues par le Projet de loi 33²³⁶. Serait-ce l'opinion des juges majoritaires dans l'arrêt *Chaoulli*, soit une opinion favorable à une interprétation et à une application relativement strictes des droits fondamentaux individuels en cause, dans la mesure où il est établi que le système public n'arrive pas à rendre disponibles les services en temps requis pour certains citoyens et que la protection de ce dernier pourrait reposer sur des moyens moins restrictifs que ceux privilégiés ? Ou serait-ce plutôt celle des juges dissidents, plus sensibles aux justifications invoquées quant à la complexité inhérente à la gestion d'un système public de santé et quant à la nécessité de prendre des mesures strictes pour en assurer la protection, surtout dans le contexte où ce dernier, malgré ses défaillances, est conçu de façon à favoriser l'égalité d'accès aux services?

234. Voir ci-dessus à la p. 31.

235. Voir la partie 1.2.2 ci-dessus.

236. *Supra* note 124.

Poser la question de cette façon, c'est prendre en quelque sorte pour acquis que les instruments de protection en cause, à savoir les deux pactes internationaux et la Déclaration américaine, prévoient une protection identique à celle des chartes canadienne et québécoise. Or, il ne semble pas y avoir une parfaite correspondance entre ces différents instruments.

D'abord, notons qu'on ne trouve pas dans le Pacte sur les droits civils, une clause limitative de portée générale, comme celle de l'article 1 de la Charte canadienne et de l'article 9.1 de la Charte québécoise, et comme on les retrouve, du reste, dans d'autres instruments internationaux applicables dans le cadre de notre étude, dans les termes suivants :

- Article 29, par. 2, de la Déclaration universelle :

29. 2) Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.

- Article 4 du Pacte sur les droits économiques et sociaux :

4. Les États parties au présent Pacte reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent Pacte, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique.

- Article XXVIII de la Déclaration américaine :

XXVIII. Les droits de chaque homme sont limités par les droits des autres, par la sécurité de tous et par les justes

exigences du bien-être général et du développement de la démocratie.

Il n'y a donc pas, aux termes du Pacte sur les droits civils, une clause générale permettant une justification d'une atteinte en raison de considérations admissibles dans une «société libre et démocratique», en fonction d'objectifs sociétaux jugés suffisamment valables et à la condition que les mesures attaquées respectent un certain nombre de garantie, notamment celle de l'atteinte minimale²³⁷. Une telle possibilité n'est offerte que pour certains droits, sur la base d'une clause spécifique, comme c'est le cas par exemple pour le droit à la liberté, à l'égard duquel, comme on l'a vu, une atteinte pourrait s'avérer justifiable si la privation de liberté constatée ne résulte pas d'une intervention arbitraire, mais plutôt d'une intervention motivée et prévue par la loi²³⁸. Il reste toutefois que le droit à la vie, que l'on décrit régulièrement comme appartenant au *noyau dur* des droits fondamentaux, n'est pas accompagné d'une telle clause limitative et que, de ce fait, il n'y a donc pas d'ouverture spécifique à une justification s'il y a un constat d'atteinte. Aussi, dans le cadre d'une observation qu'il faisait en regard de l'article 2 du Pacte sur les droits civils, le C.D.H. mentionnait même que le manquement à une obligation de prendre des mesures afin de donner effet aux droits qui y sont reconnus ne peut être justifiée «par des considérations politiques, sociales, culturelles ou économiques internes.»²³⁹ On imagine donc qu'un argumentaire qui se limiterait à signaler qu'une atteinte à l'un des droits protégés par ce pacte résulte d'une situation

237. Voir la grille d'analyse prévue aux fins de l'application de l'article 1 de la Charte canadienne et de l'article 9.1 de la Charte québécoise : ci-dessus à la p. 31.

238. *P.I.D.C.P.*, *supra* note 2, art. 9. Sur l'interprétation de cet article en regard du caractère arbitraire d'une intervention étatique, voir notamment : *Samba Jalloh c. The Netherlands*, Doc. NU CCPR/C/74/D/794/1998; *Suarez de Guerrero c. Columbia*, Doc. NU CCPR/C/OP/1, p. 112. Aussi, sur la différence entre les clauses limitatives générales et spécifiques qu'on retrouve dans les instruments internationaux et canadiens, voir W. A. Schabas, *supra* note 3 aux pp. 274-279.

239. C.D.H., *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, observation générale no 31, Doc. NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004 au para. 14.

difficile au niveau des finances publiques ou d'une volonté de préserver un programme social qui occupe une place centrale dans la «vie sociopolitique» canadienne aurait toutes les chances d'être accueilli plutôt froidement.

Un autre élément important à prendre en compte est celui des limites d'une possibilité de dérogation qui serait prévue dans le cadre des instruments en cause. En ce qui concerne le Pacte sur les droits civils, il y a bien une dérogation autorisée, mais à des conditions beaucoup plus restrictives que ce que prévoient les chartes canadienne et québécoise²⁴⁰. Il faut ainsi, selon les termes de l'article 4 *P.I.D.C.P.*, être en présence d'un «danger public exceptionnel [qui] menace l'existence de la nation et qui est proclamé par un acte officiel»²⁴¹. Or, à moins de prétendre que la situation du système de santé public québécois est à ce point dramatique qu'elle se qualifie aux termes de l'article 4, on voit mal comment on pourrait ainsi justifier une dérogation en vue du maintien des obstacles à l'accès aux services privés parallèles.

S'ajoute à ces considérations le fait que le C.D.H. a bien insisté sur le caractère «suprême» du droit à la vie et sur le fait qu'aucune dérogation à ce droit n'est autorisée, pas même pour les situations visées à l'article 4 *P.I.D.C.P.*²⁴².

Le constat est donc que, si on ne peut prétendre que le C.D.H. ne pourrait prendre en considération le contexte global dans le cadre duquel s'inscrivent les mesures comme celles qui font l'objet de la présente étude, il reste qu'un éventuel exercice d'équilibrage entre des intérêts sociaux généraux et des droits individuels se ferait sans le support d'un dispositif spécifique au sein du Pacte.

240. Voir la p. 37 ci-dessus.

241. Concernant la possibilité de dérogation prévue à *P.I.D.C.P.*, *supra* note 2, art. 4, voir C.D.H., *Dérogation des droits (art. 4)*, observation générale no 5, 31 juillet 1981.

242. *Supra* note 157 au para. 1.

Bien sûr, la preuve d'une atteinte aux droits en question est susceptible de représenter un fardeau assez important, à savoir qu'il faudrait alors démontrer que les obstacles à l'accès aux services privés parallèles constituent une menace pour la vie et la sécurité. Dans le cas du droit à la liberté, la preuve serait d'autant plus difficile à faire que la portée de ce droit semble, comme on l'a vu, être limitée aux situations de détentions et de restrictions sérieuses à la liberté physique, surtout dans le cadre du Pacte sur les droits civils. Aussi, il est bon de le rappeler, la situation du système public de santé québécois reste, à plusieurs égards, plutôt enviable, surtout, évidemment, lorsque comparée à la situation qui prévaut dans les pays moins bien nantis au point de vue économique. Ainsi, il faut bien avoir pris note des réalités suivantes :

- Au-delà des situations rapportées, bien réelles, quant aux difficultés d'accès rencontrées par certaines personnes à l'égard de certains services ou dans certaines régions, le système public québécois n'est pas dans un état de détérioration tel qu'il n'est plus à même de répondre de façon générale aux besoins de l'ensemble de la population, y compris des personnes les plus démunies²⁴³.
- Il y a, à l'intérieur du système public de santé québécois, une reconnaissance sans équivoque d'un droit au libre choix quant au professionnel et quant à l'établissement auprès duquel une personne peut obtenir des services de santé, en tenant compte des ressources et des règles d'organisation et de fonctionnement²⁴⁴.
- L'accès aux services médicaux privés parallèles n'est pas en lui-même interdit. Il est ainsi acquis que les restrictions

243. Sur la performance des systèmes de santé canadiens, notamment en comparaison avec ceux d'autres pays, voir ce qu'on rapporte dans : Commission Romanow, «rapport final», *supra* note 8 à la p. 10 et s.

244. *L.S.S.S.S.*, *supra* note 33, art. 5, 6, 13. Concernant les règles qui gouvernent le système de santé québécois : voir partie 1.1.1 ci-dessus, notamment à la p. 13 et s.

contestées ne visaient essentiellement que la possibilité de se prémunir d'une assurance privée pour des services médicaux ou hospitaliers²⁴⁵.

Aux fins de la prise en considération de ces réalités, on peut noter que dans le cadre du préambule du Pacte sur les droits civils, il y a une certaine invitation à l'équilibre entre, d'une part, les droits civils et, d'autre part, les droits économiques, dans les termes suivants :

Reconnaissant que, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'être humain libre, jouissant des libertés civiles et politiques et libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits civils et politiques, aussi bien que de ses droits économiques, sociaux et culturels, sont créées.

Cela étant, on ne peut faire autrement que considérer qu'un constat judiciaire est bel et bien posé relativement à ces atteintes, soit celui des juges, majoritaires et minoritaires²⁴⁶ de la Cour suprême du Canada qui se sont prononcés dans l'affaire *Chaoulli*. Si on ne peut bien sûr soutenir que le C.D.H., le C.D.E.S.C. et la Com.I.D.H. seraient liés par ce constat, on doit tout de même reconnaître qu'il s'agit sans doute là d'un élément d'information majeur pour ces instances. Il faut aussi bien reconnaître que le fait que les mesures contestées apparaissent, du moins en regard de la preuve présentée devant les tribunaux canadiens, comme n'étant pas universellement appliquées par les pays qui ont des systèmes publics de santé comparables, pourrait conduire les instances en question à considérer, comme les juges majoritaires de la Cour suprême, qu'il est sans doute possible de procéder autrement afin d'atteindre l'objectif allégué de protection du système public. Dans ce contexte, la possibilité que les obstacles législatifs contestés apparaissent comme étant arbitraires est bien réelle.

245. Voir partie 1.2.1 ci-dessus, notamment à la p. 24 et s.

246. Voir à la p. 29 et s. ci-dessus.

Quant à l'article 12 *P.I.D.E.S.C.*, il est évidemment envisageable, compte tenu notamment du rappel du C.D.E.S.C. ci-avant rapporté²⁴⁷ en relation avec l'affaire *Chaoulli*, qu'il puisse être invoqué, avec d'autres droits ayant une portée positive qui favorise un accès égalitaire aux services de santé, comme, par exemple, le droit à la vie ou le droit à la sécurité. On pourrait ainsi, sur ces bases, équilibrer l'analyse et, en quelque sorte, justifier d'éventuelles atteintes aux droits à la vie, à la sécurité et à la liberté qui auraient été constatées. En effet, l'argumentaire présenté devant les tribunaux canadiens, à l'effet que les mesures contestées sont nécessaires au maintien d'un système de santé public dont les orientations sont très clairement compatibles avec celles de l'article 12 *P.I.D.E.S.C.* et des autres droits positifs en cause, pourrait être reçu favorablement, comme il l'a été par les juges dissidents dans l'arrêt *Chaoulli*.

À l'égard de cet article, il faut nécessairement tenir compte, comme on l'a déjà mentionné, du fait que le droit qui y est prévu est d'abord et avant tout un droit d'accès à des services de santé. Il pourrait donc apparaître paradoxal de s'appuyer sur un tel droit pour justifier des mesures qui seraient présentées ou perçues comme constituant des obstacles à l'accès. Il faut aussi tenir compte des observations que le C.D.E.S.C. a formulées à l'égard de l'article 12 *P.I.D.E.S.C.* :

43. Dans l'Observation générale No 3, le Comité confirme que les États parties ont l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits énoncés dans le Pacte, notamment les soins de santé primaires essentiels. Interprétée à la lumière d'instruments plus contemporains tels que le Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement (28), la Déclaration d'Alma-Ata définit des orientations décisives au sujet des obligations fondamentales découlant de l'article 12. De l'avis du Comité, il s'agit au minimum :

247. Voir à la p. 70 ci-dessus.

- a) De garantir le droit d'avoir accès aux équipements, produits et services sanitaires sans discrimination aucune, notamment pour les groupes vulnérables ou marginalisés;
- b) D'assurer l'accès à une alimentation essentielle minimale qui soit suffisante et sûre sur le plan nutritionnel, pour libérer chacun de la faim;
- c) D'assurer l'accès à des moyens élémentaires d'hébergement, de logement et d'assainissement et à un approvisionnement suffisant en eau salubre et potable;
- d) De fournir les médicaments essentiels, tels qu'ils sont définis périodiquement dans le cadre du Programme d'action de l'OMS pour les médicaments essentiels;
- e) De veiller à une répartition équitable de tous les équipements, produits et services sanitaires;

[...]

47. Pour déterminer quelles actions ou omissions constituent une atteinte au droit à la santé, il importe d'établir chez l'État partie qui ne s'acquitte pas des obligations lui incombant au titre de l'article 12, une distinction entre l'incapacité et le manque de volonté. Ce constat découle du paragraphe 1 de l'article 12 qui parle du meilleur état de santé que l'individu puisse atteindre, ainsi que du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, lequel fait obligation à chaque État partie de prendre les mesures nécessaires "au maximum de ses ressources disponibles". Un État dépourvu de la volonté d'utiliser au maximum les ressources à sa disposition pour donner effet au droit à la santé manque par conséquent aux obligations lui incombant en vertu de l'article 12. Si c'est la pénurie de ressources qui met un État dans l'impossibilité de se conformer aux obligations découlant du Pacte, l'État a alors la charge de démontrer qu'il n'a négligé aucun effort pour exploiter toutes les ressources à sa disposition en vue de s'acquitter à titre prioritaire des obligations indiquées ci-dessus. Il convient toutefois de souligner qu'un État partie ne peut absolument dans aucun cas justifier l'inexécution des obligations fondamentales énoncées au paragraphe 43 ci-dessus auxquelles il est impossible de déroger.

[...]

53. Les mesures les mieux adaptées qu'il soit possible de prendre pour donner effet au droit à la santé vont nécessairement être très variables d'un pays à l'autre. Chaque État est doté d'une marge d'appréciation discrétionnaire quand il décide quelles mesures sont effectivement les mieux adaptées à sa situation particulière. Mais le Pacte impose clairement à chaque État le devoir de prendre toutes dispositions nécessaires pour faire en sorte que chaque individu ait accès aux équipements, aux biens et aux services de santé et puisse jouir dans les meilleurs délais du meilleur état de santé physique et mentale qu'il puisse atteindre. D'où la nécessité d'adopter à l'échelle nationale une stratégie visant à assurer à tous l'exercice du droit à la santé, les objectifs de ladite stratégie étant définis à partir des principes relatifs aux droits de l'homme, et la nécessité en outre de définir des politiques ainsi que des indicateurs et des critères permettant de mesurer l'exercice du droit à la santé. Cette stratégie nationale impose également de définir les ressources dont l'État est doté pour atteindre les objectifs définis ainsi que le mode d'utilisation desdites ressources qui présente le meilleur rapport coût-efficacité.²⁴⁸

Ces extraits nous renvoient à des exigences assez lourdes qui seraient posées à l'État qui voudrait, en invoquant des ressources insuffisantes, justifier une atteinte au «droit à la santé» résultant de restrictions quant à l'accès aux services de santé. On comprend par ailleurs qu'une marge d'appréciation discrétionnaire est reconnue, mais toujours avec le rappel de la nécessité d'assurer l'accès, pour tous, aux équipements, aux biens et aux services de santé.

Aussi, il convient de rappeler les propos du même comité à l'égard de l'article 2 *P.I.D.E.S.C.*, qui est en quelque sorte le pivot du Pacte sur les droits économiques :

248. *Supra* note 163 aux para. 43, 47, 53.

Le Comité note que la disposition selon laquelle les États parties s'engagent "à agir [...] par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives" n'exige ni n'empêche qu'une forme particulière de gouvernement ou de système économique serve de véhicule aux mesures en question, à la seule condition qu'elle soit démocratique et que tous les droits de l'homme soient respectés.

[...]

À cet égard, le Comité réaffirme que l'exercice des droits reconnus dans le Pacte est susceptible d'être assuré dans le cadre de systèmes économiques ou politiques très divers, à la seule condition que l'interdépendance et le caractère indivisible des deux séries de droits de l'homme, affirmés notamment dans le préambule du Pacte, soient reconnus et reflétés dans le système en question.²⁴⁹

Dans le cas plus particulier de la Déclaration américaine, le fait qu'elle comporte une clause limitative générale et qu'elle soit également considérée comme étant porteuse de droits économiques et sociaux, notamment l'article XI qui confère en quelque sorte un droit positif à l'accès aux services de santé, pourrait être considéré comme la rendant plus susceptible de conduire à une analyse favorable à l'égard d'une tentative de justification par les autorités canadiennes. Mais, ici aussi, le paradoxe d'un argumentaire à l'effet que c'est parce qu'il s'acquitte de son obligation de favoriser l'accès aux services que l'État en est réduit à devoir prendre des mesures qui ont précisément pour résultats de compromettre cet accès dans certaines situations, pourrait conduire à un résultat défavorable au maintien des obstacles contestés.

En définitive, on ne peut bien sûr anticiper de façon certaine les résultats d'une éventuelle analyse qui serait réalisée par les instances onusiennes en vertu des pactes internationaux

249. *Supra* note 165 au para. 8 (les soulignés ont été ajoutés).

ou par la Com.I.D.H. en vertu de la Déclaration américaine, à l'égard de mesures analogues à celles contestées dans le cadre de l'affaire *Chaoulli*. Cela étant, on ne peut surtout pas exclure que ces résultats puissent être similaires aux conclusions des juges majoritaires de la Cour suprême du Canada, sauf peut-être en ce qui concerne le droit à la liberté dont la portée dans les chartes canadienne et québécoise semble être plus large qu'elle ne l'est en vertu des instruments internationaux. Cette possibilité est d'autant plus envisageable en regard du Pacte international sur les droits civils que ce dernier semble conférer aux droits à la vie et à la sécurité une portée plutôt exigeante, notamment en raison de l'absence de clause limitative s'appuyant sur des motifs d'intérêt public et collectif. Au demeurant, il appert que de telles justifications s'avèreraient difficiles à mettre de l'avant dans le contexte où les mesures contestées n'apparaissent pas indispensables à d'autres pays qui se sont dotés de systèmes publics de santé comparables à celui du Québec. Le risque que ces mesures soient considérées comme constituant des interventions «arbitraires», s'il n'est pas certain, n'est pas non plus improbable.

Enfin, en ce qui concerne le droit à la santé prévu par le Pacte sur les droits économiques, il faut considérer que son caractère positif, en principe favorable à des mesures de protection d'un système public de santé universel et accessible, semble ne pas pouvoir se conjuguer facilement avec des mesures perçues comme entraînant des atteintes aux droits fondamentaux, parce qu'ayant précisément pour effet de compromettre l'accès à des services de santé. Ici encore, à défaut de pouvoir «deviner» la signification exacte du bref rappel²⁵⁰ du C.D.E.S.C. suite à la production du dernier rapport canadien et alors qu'on ne peut présumer de l'analyse du C.D.H. ou de la Com.I.D.H., on peut imaginer que le réflexe pourrait être de reconnaître la valeur des orientations canadiennes en matière de santé, notamment les grands principes véhiculés par la *Loi canadienne sur la santé*²⁵¹,

250. Voir à la p. 70 ci-dessus.

251. *Supra* note 19.

tout en invitant les autorités publiques à mieux choisir les moyens destinés à en assurer la réalisation, de façon à ce que ceux-ci n'entraînent pas d'effets pervers consistant en une atteinte à des droits fondamentaux.

Conclusion

On comprend que les Canadiens et les Québécois soient, à juste titre, très attachés aux grands principes d'universalité et d'accessibilité en matière de santé, tels qu'ils sont notamment portés par la *Loi canadienne sur la santé*²⁵². Cet attachement n'a pas permis toutefois d'éviter que le système public québécois n'ait à faire face à de sérieuses difficultés, de nature financière, organisationnelle ou autre, de telle sorte que sa performance soit devenue insatisfaisante aux yeux de certains. Or, c'est précisément en raison des difficultés rencontrées par des personnes qui requièrent des services de santé et qui ne trouvent pas de réponses satisfaisantes au sein du système public, qu'une certaine contestation des assises de ce système a pris forme. On note ainsi l'émergence d'une remise en question du rôle exclusif, du moins prépondérant, du secteur public en santé, générant ainsi un débat où s'affrontent des positions très polarisées. Cette polarisation a pu être observée dans le cadre de l'arrêt *Chaoulli*, où les positions suivantes se sont confrontées : la première, celle des juges majoritaires, davantage ouverte à une approche *individualiste* en matière de santé, en raison des ratés du système public et de leurs impacts sur certains droits fondamentaux; l'autre, soutenue par les juges dissidents, selon laquelle l'approche *collectiviste* décidée par l'État est au bénéfice du plus grand nombre et doit donc pouvoir être maintenue, même devant le constat de certaines atteintes aux droits individuels.

Si le débat devait maintenant se poursuivre dans un autre théâtre, soit celui des instances onusiennes et de la Commission interaméricaine qui entreprendraient d'évaluer la situation en regard des engagements internationaux du Canada en matière de

252. *Ibid.*

protection des droits fondamentaux, il n'est pas impossible qu'on puisse y observer la même polarisation. Il n'est bien sûr pas assuré que la tendance *individualiste* l'emporterait, mais cette éventualité n'est certainement pas à exclure. La nécessité d'interventions afin de prévenir un tel résultat, qui stigmatiserait encore davantage l'approche canadienne en matière de santé, se fait donc clairement sentir.

Dans ce contexte, les moyens retenus par le législateur québécois dans le cadre du Projet de loi 33²⁵³ en vue de l'instauration de «garanties d'accès» pour certains services apparaissent susceptibles de placer le système public de santé du Québec en meilleure position qu'il n'était jusqu'à maintenant. Toutefois, le fait que ces mesures aient été, par prudence semble-t-il, conçues de façon à répondre à des besoins limités, ne permet pas de penser que tout risque d'une contestation similaire à celle qui a conduit à l'affaire *Chaoulli*, mais cette fois-ci sur la scène internationale, puisse être évité. D'autant plus que des doutes peuvent être entretenus à l'égard de la mise en œuvre des garanties d'accès proposées, tant les problèmes susceptibles de se présenter sur le parcours peuvent être importants et complexes, que ce soit en termes de financement, de disponibilité des effectifs professionnels requis, etc.

À tout événement, il apparaît clair que la poursuite d'un objectif comme celui que le Canada et le Québec se sont fixés en matière de santé, soit celui d'un système dans lequel les services sont rendus disponibles en fonction des besoins plutôt que de la capacité de payer, devient de plus en plus difficile et complexe. Ceci est particulièrement vrai dans un contexte où les droits fondamentaux deviennent, d'une certaine façon, des outils pouvant être utilisés par les tenants d'une approche plus individualiste, afin de contrer des réalisations et des projets qui, bien qu'imparfaits, sont destinés à répondre aux besoins de la collectivité et, plus particulièrement, de ceux qui appartiennent aux groupes les moins favorisés. Ainsi, s'il est vrai, comme la

253. *Supra* note 124.

communauté internationale l'a affirmé lors de la Conférence de Vienne en 1993, que les droits fondamentaux sont «indivisibles»²⁵⁴, il ne faudrait pas comprendre pour autant que seule l'interprétation des droits dits civils ou individuels doit être modulée afin de prendre en compte les conditions de réalisation des droits dits économiques ou collectifs. L'inverse apparaît également vrai, ce qui peut signifier que le droit aux services de santé prévu à l'article 12 *P.I.D.E.S.C.* devrait certes être interprété en faveur de mesures visant à établir des conditions d'égalité d'accès, mais devrait sans doute aussi être perçu comme étant incompatible avec des mesures compromettant la liberté d'accès.

En dernier ressort, il est certain que les efforts budgétaires, de gestion et de réorganisation visant à assurer une performance accrue du système public en vue d'éviter le plus possible les difficultés d'accès aux services sont, plus que jamais, incontournables. Plus encore, il semble qu'il faille que le législateur choisisse avec une grande parcimonie les moyens à prendre afin de protéger le système public d'une éventuelle érosion des ressources requises pour son fonctionnement. À défaut, «l'épée de Damoclès des droits individuels» pourrait bien s'abattre à nouveau et ouvrir davantage la porte à un démantèlement plus ou moins complet de ce système.

254. *Supra* note 148.