

Une malheureuse célébration de la *Charte des droits et libertés de la personne* par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli*

Danielle PINARD

Introduction	423
1- Un lien incertain entre l'objet de la contestation et l'atteinte aux droits	424
(i) La primauté de la Charte : à l'égard des dispositions qui y <i>dérogent</i>	425
(ii) La qualité pour agir dans l'intérêt public	431
2- Des faits sociaux maltraités	434
(i) Le fondement rationnel	437
(ii) Le recours au sens commun	438
(iii) La déférence	441
Un jugement fondé sur un état de fait	442
(iv) Le formalisme.	443
3- La spécificité de la Charte québécoise ignorée	446
Conclusion	450

La Charte ne doit pas devenir un instrument utilisé par les riches pour « écarter » les avantages d'un régime législatif qui vient en aide aux membres les plus pauvres de la société.

Les juges Binnie et LeBel,
dissidents dans l'arrêt *Chaoulli*

INTRODUCTION

La Cour suprême du Canada a récemment célébré les trente ans de l'entrée en vigueur de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹. Elle l'a fait à sa façon, en déclarant que l'interdiction de souscrire des assurances privées pour l'obtention de soins médicaux et hospitaliers qui sont couverts par le régime public au Québec² portait atteinte au droit à la vie et à la sécurité protégé par cette Charte³. Elle l'a fait dans un jugement qui ne représente que l'opinion de 4 des 7 juges qui ont entendu la cause, et qui a infirmé les tribunaux québécois qui avaient principalement et

1. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, ci-après « la Charte québécoise », ou « la Charte » ; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, ci-après « *Chaoulli* ». Une formation composée de sept juges a entendu la cause. Le juge Deschamps y conclut à la violation des droits de la Charte québécoise dans une opinion qui reçoit l'appui de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et Major. Il s'agit de l'opinion qui fait l'objet de la présente réflexion, et à laquelle on se référera comme « le jugement » ou « le jugement de la Cour ». La juge en chef McLachlin et le juge Major rédigent une opinion qui conclut à la violation des droits de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U., c. 11) [ci-après « la Charte canadienne »] et reçoit l'appui du juge Bastarache. Le juge Deschamps refuse expressément de se prononcer sur cette question. Le juge Fish adhère à l'opinion dissidente des juges Binnie et LeBel, selon laquelle on ne peut conclure en l'espèce à la violation d'aucun des droits protégés par ces deux chartes.
2. Cette interdiction de souscrire des assurances privées pour l'obtention de soins médicaux et hospitaliers qui sont couverts par le régime public au Québec est prévue aux articles 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., c. A-29 et 11 de la *Loi sur l'assurance hospitalisation*, L.R.Q., c. A-28. Dans la suite de ce texte, on s'y référera comme à « l'interdiction ».
3. Le premier alinéa du premier article de la Charte se lit comme suit : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne ». Le jugement est ambigu quant aux volets précis de ce droit qui seraient violés en l'espèce. On y confirme la conclusion d'une atteinte au droit à la vie et à la liberté (par. 38), on y considère que le droit à l'intégrité de la Charte québécoise a une portée plus large que le droit à la sécurité de la Charte canadienne (par. 41), et on conclut enfin à l'existence d'une « atteinte au droit à la vie et à la sécurité » protégé par le premier article de la Charte québécoise (par. 45).

unanimement fondé leur opinion sur la Charte canadienne. On a déjà ici matière à inquiétude légitime.

La considération des conséquences de ce jugement à court, à moyen et à long terme dans un secteur d'activité étatique où les ressources sont rares et les choix déchirants décuple cette inquiétude. On a souhaité des soins de santé accessibles selon des critères de besoin et non de moyens. La donne a-t-elle changé avec l'arrêt *Chaoulli*⁴ ? Il est dommage qu'il s'agisse là du lieu choisi par la Cour suprême du Canada pour reconnaître ses titres de noblesse à la Charte québécoise. L'arrêt *Chaoulli* est en effet une décision éminemment discutable, tant du point de vue social et politique que de celui, plus étroit, de la méthode du droit. Ma façon de célébrer la Charte québécoise sera de démontrer certaines faiblesses méthodologiques dont l'arrêt *Chaoulli* fait preuve : l'opinion de la Cour est fondée sur un lien incertain entre l'objet contesté, soit l'interdiction d'assurances privées, et l'atteinte aux droits (1), elle semble ignorer certaines caractéristiques du traitement judiciaire des faits sociaux (2) et, au-delà du discours, ne pas rendre justice à la spécificité de la Charte québécoise (3).

1- UN LIEN INCERTAIN ENTRE L'OBJET DE LA CONTESTATION ET L'ATTEINTE AUX DROITS (ou De la confusion entre la source d'une violation des droits et l'interdiction de ce qui pourrait être une voie de solution pour certains)

Un lien incertain entre les dispositions législatives contestées et la violation alléguée fonde la conclusion de violation des droits dans l'arrêt *Chaoulli*. Cette faiblesse de l'analyse s'explique par une confusion entre la source d'une violation des droits et l'interdiction d'une voie de solution pour certains. Si cette confusion est inacceptable d'un strict point de vue logique, elle l'est encore

4. Voir, pour une discussion des impacts possibles de la décision, l'excellente analyse de A. PETTER, « *Wealthcare : The Politics of the Charter Revisited* », dans C.M. FLOOD, K. ROACH et L. SOSSIN, *Access to Care, Access to Justice : The Debate over Private Health Insurance in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2005, 116. Il y conclut de façon on ne peut plus éloquente, à la p. 131 : « In rising to new heights of judicial activism, the Supreme Court of Canada in *Chaoulli* has exposed the depths of the *Charter's* regressive vision of rights. More frighteningly, it has embraced this vision to undermine a program that lies at the core of Canada's commitment to social justice, and has done so at a time when that program is already under severe stress from the pressures exerted upon it by market forces and globalisation ».

plus dans le contexte juridique d'un recours que l'on considère comme fondé sur la primauté de la Charte québécoise (i) et qui est présenté par des demandeurs à qui l'on a reconnu la qualité pour agir dans l'intérêt public (ii).

(i) La primauté de la Charte : à l'égard des dispositions qui y dérogent

Considérée sous l'angle des questions de faits sociaux, la décision présente une particularité fondamentale : la Cour semble y fonder sa rapide conclusion de l'existence d'une violation des droits⁵ sur une proposition elliptique, sur des postulats factuels implicites et non vérifiés.

Ces postulats serviront de contexte de réception des arguments de justification exigés du gouvernement québécois. C'est à la lumière de ces conclusions de fait que sera entendue l'argumentation justificative apportée par l'État. Ces conclusions factuelles sont dès lors tenues pour acquises aux fins de la suite du raisonnement, elles font partie du décor factuel et informatif à la lumière duquel seront reçus les arguments apportés au soutien de la justification de l'atteinte. Pour reprendre une terminologie connue, les arguments de justification ne sont pas reçus dans un « vide factuel » : c'est une cour déjà convaincue de certaines propositions factuelles qui les entend. S'il est vrai que la justification doit toujours être élaborée en tenant pour acquises les conclusions factuelles qui fondent la détermination de la violation, il est cependant pour le moins inhabituel que ces conclusions factuelles soient aussi implicites, non démontrées et controversées que celles qui fondent dans l'arrêt *Chaoulli* la conclusion de violation des droits. Le fardeau de justification imposé à l'État est alors considérable. Sans qu'il en paraisse, la cause est ainsi à toutes fins utiles décidée dans les quelques paragraphes consacrés à la démonstration de la violation.

Dans une première partie du jugement, consacrée à l'identification de la violation des droits, et donc logiquement préalable à l'étude d'éventuelles justifications ou encore de possibles sanctions ou réparations, la Cour a rapidement et laconiquement conclu que « la prohibition de l'assurance pour des soins déjà assurés par l'État constitue une atteinte au droit à la vie et à la sécurité »⁶

5. La partie du jugement consacrée à cette question ne compte en effet que huit paragraphes : par. 37 à 45.

6. Par. 45.

protégé par le premier article de la Charte québécoise. Cette conclusion ne peut qu'être fondée sur l'acceptation (expresse ou non) de certaines propositions factuelles. La Cour estime tout d'abord justifiée l'affirmation selon laquelle il y a « de graves problèmes dans certains secteurs de la santé » au Québec⁷, notamment en matière de délais d'attente qui sont tels qu'ils constituent dans certains cas une atteinte au droit à la vie et à la sûreté. La Cour arrive à cette conclusion sans discuter de la cause ou de la source de ces délais. Elle en conclut ensuite et ce, sans apporter davantage de précisions, que la prohibition d'assurance constitue une atteinte à ces mêmes droits de la Charte, en ce que « les Québécois sont privés de l'accès à une solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente »⁸.

Le lien entre des délais d'attente pour obtenir des soins et d'éventuelles atteintes aux droits semble direct, en ce que l'on comprend aisément que, dans certains cas, l'attente de soins médicaux pourra mettre en péril la santé physique, psychologique ou même la vie de certaines personnes. La corrélation entre cette atteinte aux droits et l'interdiction de souscrire des assurances privée demeure cependant plus complexe, plus indirecte et plus conjecturale. En quoi l'atteinte au droit à la vie et à la sûreté de personnes en attente de traitements est-elle liée à l'interdiction de souscrire des assurances privées ? Ou, pour paraphraser la Cour, en quoi la prohibition d'assurances constitue-t-elle une atteinte aux droits à la vie et à la sécurité ?

L'existence de cette corrélation est au cœur de la cause. Elle constitue, rappelons-le, le fondement de *la* seule demande faite aux tribunaux : si on invoque une violation du droit à la vie et à la sûreté, c'est en fait uniquement et exclusivement l'interdiction de souscrire des assurances privées que l'on conteste. Les demandeurs revendiquent l'accès aux assurances pour des soins privés. Ils ne demandent ni une réorganisation du réseau public de santé, ni un réinvestissement financier par l'État⁹. La question du lien

7. Par. 38. La Cour cite ici et avec approbation des propos du jugement de première instance.

8. Par. 45.

9. C'est ce que précisent en ces termes la juge en chef McLachlin et le juge Major, au par. 103 : « Les appelants ne sollicitent pas une ordonnance enjoignant au gouvernement d'investir plus d'argent dans les soins de santé ; ils ne sollicitent pas non plus une ordonnance enjoignant de réduire les délais d'attente pour un traitement qui existent dans le système de santé public ». On l'a vu, les demandeurs allèguent que les délais d'attente mettent en péril des droits protégés, et demandent pour cette raison à la Cour de déclarer contraire à la Charte l'interdiction de souscrire des

entre l'interdiction et l'atteinte aux droits est donc fondamentale. Le mécanisme par lequel la Charte assure la protection des droits contre les atteintes de source législative¹⁰, soit la place de la Charte québécoise dans l'ordonnement juridique, exige une élucidation de ce lien.

Appliqué au contexte qui nous intéresse, l'article 52 de la Charte québécoise prévoit en effet qu'« aucune disposition d'une loi [...] ne peut déroger » au droit à la vie et à la sûreté de la personne¹¹. La logique juridique va à cet égard comme suit : la primauté de la Charte porte par définition sur les *dispositions législatives qui dérogent* aux droits protégés, et le succès d'une contestation fondée sur la Charte, soit le prononcé du caractère inopérant d'une disposition jugée contraire aux droits qu'elle protège¹², devra logiquement entraîner la cessation de la violation des droits. Il s'agit de la mise en œuvre de la primauté de la Charte dans l'ordre de droit, une règle d'ordonnement dans la hiérarchie des normes juridiques québécoises, soit une question distincte de celle d'une demande de réparation personnalisée présentée par une victime de violation de ses droits¹³.

Un certain lien de causalité doit donc exister entre la violation de droits alléguée et la disposition législative contestée. Lorsque le recours est fondé sur l'article 52 de la Charte québécoise, soit sur la primauté de cette dernière dans l'ordonnance-

assurances privées. À cet égard, la Cour fait montre d'un respect pour le moins inhabituel à l'égard de la formulation de la proposition du demandeur. Rarement aura-t-on vu la Cour suprême se sentir autant liée par la conceptualisation du problème par ce dernier. L'approche méthodologique privilégiée à cet égard par la Cour semblait plutôt avoir été jusqu'à maintenant de conserver le dernier mot, l'ultime contrôle de la logique de l'argumentation. Ainsi, en matière de droits à l'égalité, si elle accepte que le demandeur puisse initialement identifier les individus ou le groupe avec lequel il souhaite être comparé, la Cour a précisé que la décision ultime à cet égard revenait aux tribunaux, et elle a elle-même, à quelques reprises, reformulé la comparaison d'une façon déterminante pour l'issue de la cause : voir *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357 et *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [2004] 3 R.C.S. 657.

10. La Charte protège les droits et libertés dans les rapports de droit privé et à l'encontre des actions gouvernementale et législative.
11. L'article 52 de la Charte québécoise se lit comme suit : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte ».
12. Sur cette sanction de caractère inopérant, plutôt que d'invalidité, voir *infra*, texte qui accompagne et suit la note 97.
13. L'article 49 de la Charte confère « à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte ».

ment juridique québécois, la contestation doit logiquement porter sur la source, la cause, ce qui donne lieu à la violation des droits, sur les dispositions législatives qui *dérogent* aux droits protégés. Les règles législatives qui prévoient les interdictions d'assurances contestées dérogent-elles au droit à la vie et à la sûreté ? Posons la question autrement : la déclaration judiciaire du caractère inopérant de l'interdiction de souscrire des assurances privées mettra-t-elle un terme à la violation alléguée de droits des personnes qui vivent les délais d'attente du système public ? Une réponse positive heurte le sens commun et requiert des justifications.

Le lien factuel entre cette interdiction et les atteintes aux droits peut être abordé sous un angle individuel et sous un angle collectif ou systémique¹⁴. Les demandeurs invoquent l'impact individuel de l'interdiction au soutien de leur allégation de violation des droits. Cet impact individuel est au mieux indirect, et n'est avéré qu'à l'égard d'une certaine catégorie de personnes déterminée par ses moyens financiers. L'atteinte aux droits, dans la mesure où elle existe, prend sa source directe dans les délais d'attente du public. Un impact individuel et direct de l'interdiction de souscrire des assurances privées sur l'atteinte aux droits est inexistant ; au mieux on pourra établir un lien indirect. Ce dernier peut être évalué dans l'abstrait, par un raisonnement logique, et consiste tout simplement en la privation d'une voie d'évitement des délais du public dont certains seulement pourraient se prévaloir.

À une échelle individuelle, devient en effet incontournable la question des effets distincts de l'interdiction selon les moyens financiers dont jouissent les personnes en attente de traitement dans le réseau public¹⁵. Posons tout d'abord comme hypothèse

-
14. L'impact collectif de l'interdiction sur les délais d'attente du public, et donc sur les délais systémiques, est controversé ; il implique des faits sociaux et est difficile à évaluer. Certains invoquent la nécessité de l'interdiction pour la préservation de l'intégrité du réseau public de soins et suggèrent que la légalisation des assurances privées entraînerait dans son sillon une migration de personnel vers un nouveau secteur lucratif, annulant d'autant tout allègement éventuel des listes d'attente. D'autres prétendent au contraire que la levée de l'interdiction réduirait les listes d'attente et donc les violations de droit y afférentes. Cet impact collectif n'est pas invoqué aux fins de l'établissement de la violation. Il ne sera considéré qu'à l'étape de la justification d'une éventuelle violation de droits, là où l'État assume le fardeau de preuve.
 15. Cette considération des effets distincts de l'interdiction selon les moyens financiers dont jouissent les personnes en attente de traitement n'est pas le fruit d'une « réaction émotive » (*Chaoulli*, par. 16). La confrontation entre les riches et les pauvres en matière d'accès à des services de santé privés existe dans la réalité. Il ne s'agit pas de la vue d'un esprit troublé par l'émotion.

que, dans le respect des principes acceptés en matière de santé – soit un accès selon les besoins et non selon les moyens – peuvent être en attente de traitement dans le réseau public tant les Québécois riches que ceux qui sont pauvres ou ceux qui appartiennent à la classe moyenne.

Les « personnes très fortunées »¹⁶, les « gens très riches »¹⁷ peuvent certes voir leur droit à la vie et à la sécurité compromis par les délais d'attente du public, mais des moyens financiers privilégiés leur permettent d'emprunter une voie d'évitement, soit l'accès à d'autres services de santé, offerts au privé et qu'ils paient¹⁸. Il est donc difficile d'identifier l'impact qu'a sur ces personnes riches l'interdiction contestée. Elle ne les empêche pas d'avoir accès à d'autres soins, considérant leur fortune personnelle, elle leur rend tout simplement la chose plus coûteuse.

L'impact le plus considérable de l'interdiction est celui qui est subi par les personnes qui ne peuvent payer elles-mêmes des soins privés, mais qui auraient cependant les moyens de souscrire des assurances qui en couvriraient le coût¹⁹. À leur égard, la Cour se réfère aux « Québécois qui sont prêts à déboursier pour avoir accès à des soins de santé »²⁰, aux « personnes à revenu moyen »²¹, alors qu'il s'agit, pour la juge en chef et le juge Major, des « Canadiens ordinaires »²². Les délais d'attente du public peuvent entraîner la violation de leurs droits, et l'interdiction les prive concrètement – à cause de leurs moyens financiers existants mais limités – de l'accès à une voie parallèle des soins privés. L'interdiction prive donc *certains* individus d'un moyen de *contourner* le lieu de la violation des droits, moyen qui serait pour eux à la fois nécessaire et accessible.

16. L'expression se retrouve au par. 55 du jugement.

17. L'expression se retrouve aux par. 106 et 111 de l'opinion de la juge en chef et du juge Major.

18. Puisqu'un système de santé privé parallèle accessible par voie d'assurance privée – dont la mise en œuvre résulterait vraisemblablement de la réussite de la contestation – n'existe à ce jour pas au Québec, on ne peut présumer ici que ce système serait plus rapidement accessible ou encore de qualité meilleure, comparable ou moindre. Parlons tout simplement d'accès à *d'autres* soins de santé.

19. Dans un document de consultation publié par le gouvernement du Québec postérieurement à la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Chaoulli*, on affirme que « l'accès aux services de financement privé est régi par les mécanismes de marché et n'est ouvert qu'aux personnes qui disposent de ressources financières suffisantes et aux travailleurs ayant accès à un régime collectif » : QUÉBEC, *Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficience et de qualité*, Document de consultation, février 2006 ; ci-après *Garantir l'accès*, p. 44.

20. L'expression se retrouve au par. 4.

21. L'expression se retrouve au par. 55.

22. L'expression se retrouve au par. 128.

Les Québécois pauvres²³ vivent comme les autres les délais d'attente du public, avec les violations de droit y étant afférentes. Ils n'ont cependant pas les moyens de se payer des assurances privées. L'interdiction n'a à leur égard aucun impact concret ou réel. C'est leur pauvreté qui leur interdit des voies d'accès à autre chose, qui fait en sorte qu'ils ne pourraient pas se prévaloir de la solution des soins privés assurés. La levée de l'interdiction n'aurait pour eux aucun impact individuel.

L'impact individuel de l'interdiction sur les droits est donc indirect et différent selon les moyens financiers des personnes en attente de traitement. L'impact le plus réel de l'interdiction est celui qui est vécu par les personnes qui ne peuvent payer le coût de services de santé privés, mais qui auraient les moyens de souscrire des assurances qui, elles, en couvriraient le coût. Il s'agit d'un impact fort délimité. À l'intérieur de ce champ d'application, peut-on dire que l'interdiction est la source de la violation ?

L'interdiction n'est la cause, la source d'aucune violation de droits. Elle n'entraîne aucun délai d'obtention de soins. Elle empêche l'accès à ce qui, pour certains, pourrait constituer une voie d'évitement, leur solution individualisée qui laisserait intacte la source de la violation des droits, s'il en est. Un prononcé du caractère inopérant de l'interdiction ne mettra pas fin à la violation des droits. L'interdiction empêche les Québécois qui ont les moyens de souscrire des assurances privées d'éviter les délais du public et les violations de droit y afférentes. Ils pourraient y échapper, *n'était-ce de [but for] l'interdiction*²⁴. Même dans ce seul champ d'application circonscrit, l'interdiction n'est donc pas la source de la violation, elle ne constitue en fait que la privation d'une voie d'évitement. Elle joue le même rôle que la pauvreté : elle empêche l'accès à des solutions individuelles. En ce sens, l'interdiction ne participe pas plus à la violation des droits que ne le fait la pauvreté. Il semble dès lors difficile d'affirmer que la règle de l'interdiction *déroge* aux droits à la vie et à la sécurité. Or, on l'a vu, la compétence que confère aux tribunaux la règle de la primauté de la Charte québécoise prévue à l'article 52 ne porte que sur les dispositions qui dérogent à certains des droits qu'elle pro-

23. QUÉBEC, *Garantir l'accès*, précité, note 19, p. 44 : « Selon les statistiques fiscales de 2002 ... [l]es contribuables ayant un revenu inférieur à 20 000 \$ produisent quant à eux 48 p. cent des déclarations [de revenu] ».

24. Cette formulation se retrouve au par. 111 de l'opinion de la juge en chef et du juge Major.

tège. Cette règle est la seule qui puisse être invoquée en l'espèce, considérant l'intérêt juridique particulier reconnu aux demandeurs.

(ii) La qualité pour agir dans l'intérêt public

En effet, dans une affaire comme celle qui nous intéresse ici, où l'on a reconnu aux demandeurs la qualité pour agir dans l'intérêt public, ces derniers ne peuvent solliciter une réparation en vertu de l'article 49 de la Charte québécoise. Seul l'article 52 de la Charte est alors source de compétence pour la Cour, et cette disposition ne permet qu'une seule chose : le prononcé du caractère inopérant de *dispositions législatives qui dérogent* aux droits protégés.

La question de l'intérêt juridique pertinent reçoit dans l'arrêt *Chaoulli* un traitement équivoque. Qui à la fois résulte et participe de la confusion fondamentale entre la source de la violation des droits – les délais – et la prohibition d'une possible voie d'évitement pour certains – l'interdiction. D'entrée de jeu, la Cour reconnaît aux demandeurs la qualité pour agir dans l'intérêt public, en application des critères de l'arrêt *Borowski*²⁵. Elle précise que « les questions soulevées touchent à l'intérêt public », et que « la question n'est pas de déterminer si les appelants peuvent invoquer une atteinte qui leur est propre »²⁶. Or, au terme du jugement, après avoir souligné que la conclusion recherchée par les demandeurs ne résout pas nécessairement le problème des listes d'attente et que d'ailleurs ils n'avaient pas cette responsabilité²⁷, la Cour ajoute : « [i] leur incombait seulement de prouver que *leur* droit à la vie et à l'intégrité de *leur* [sic] personne était violé »²⁸. La juge en chef McLachlin et le juge Major amorcent d'ailleurs leurs propos par une précision sur ce qui est recherché par les demandeurs, soit « une décision qui *les* autoriserait à souscrire une assurance *leur* donnant accès à des services privés, pour le motif que les délais du système public compromettent *leur* santé et *leur* sécurité »²⁹.

Cette formulation semble incompatible avec l'esprit d'un recours fondé sur l'intérêt public. Dans le cadre d'un tel recours,

25. *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575. Voir le par. 35 dans *Chaoulli*.

26. Par. 35. Voir, dans le même sens, l'opinion dissidente au par. 188.

27. Voir *infra*, texte qui accompagne la note 33.

28. Par. 100, je souligne.

29. Par. 103, je souligne.

les demandeurs ne sont pas devant les tribunaux pour obtenir une réparation individuelle à titre de victimes de violation de droits dont ils sont personnellement bénéficiaires. Ils se présentent à titre de défenseurs de *l'intérêt public*. « The interest which he or any other member of the public is entitled to vindicate is « the right of the citizenry to constitutional behaviour » by public bodies », écrit à ce sujet Barry Strayer³⁰. La reconnaissance judiciaire de la qualité pour agir dans l'intérêt public permet certes d'invoquer la violation des droits d'autrui. Cette possibilité est en fait inhérente à la raison d'être de la création judiciaire de ce nouveau concept d'intérêt en droit public. Puisqu'on leur a reconnu la qualité pour agir dans l'intérêt public, les demandeurs en l'espèce ont donc sans conteste l'intérêt requis pour invoquer la violation du droit à la vie et à la sûreté de personnes qui sont en attente de soins dans le secteur public, sans avoir à démontrer qu'ils font partie de ce groupe. Mais ont-ils l'intérêt pour solliciter une déclaration dont seul un groupe économique dont ils font partie pourra profiter ? Cette possibilité semble aller à l'encontre de la philosophie qui sous-tend cette question de la qualité pour agir dans l'intérêt public.

Dans le contexte de la Charte québécoise, l'octroi de la qualité pour agir dans l'intérêt public a pour conséquence de limiter le débat à la question de la primauté de la Charte ; devrait donc en être exclue, par définition, toute recherche de solutions individuelles. Les propos que l'on retrouve dans l'opinion dissidente sont à cet égard on ne peut plus clairs : en raison de l'intérêt juridique qui leur est reconnu, les appelants soulèvent ici une « contestation systémique »³¹, et un éventuel échec de cette dernière « ne priverait pas une personne d'un recours constitutionnel fondé exclusivement sur sa situation particulière »³².

* * *

La déclaration du caractère inopérant des dispositions législatives qui prévoient l'interdiction ne mettra pas un terme à la violation des droits à la vie et à la sûreté. La logique juridique est pourtant claire. La primauté de la Charte québécoise se manifeste dans une règle de hiérarchisation expressément prévue par le

30. B.L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3^e éd., Toronto et Vancouver, Butterworths, 1988, p. 188.

31. Par. 189.

32. *Ibid.*

législateur : en cas de conflit entre les dispositions de la Charte qui protègent certains droits et d'autres dispositions législatives québécoises, les premières prévaudront et les secondes seront déclarées inopérantes. La déclaration du caractère inopérant des dispositions qui dérogent à ces droits de la Charte devra mettre un terme au conflit, donc à la violation des droits, et ces derniers reprennent alors leur plein effet juridique. Une requête en jugement déclaratoire fondée sur la primauté de la Charte québécoise et présentée par des demandeurs à qui l'on a reconnu la qualité pour agir dans l'intérêt public ne peut que solliciter une déclaration du caractère inopérant de dispositions législatives qui dérogent aux droits de la Charte.

Considérant la conclusion non équivoque du jugement, selon laquelle la violation des droits résulte des délais d'attente, il est donc à tout le moins surprenant d'y lire que « la conclusion recherchée par les appelants n'apporte pas nécessairement une réponse au problème complexe des listes d'attente »³³. La Cour est candide : le prononcé du caractère inopérant de l'interdiction ne mettra pas un terme à la violation de droits que la Cour estime démontrée. Considérant la logique de la Charte québécoise, c'est la preuve que le jugement est mal fondé.

La déclaration permettra en principe une voie d'évitement, accessible à certains. Il est à cet égard significatif que l'on se réfère parfois en doctrine à la « réparation » accordée dans *Chaoulli*³⁴. Les délais d'attente du public continueront à entraîner des violations de droits pour tous les autres³⁵. L'assimilation de l'interdiction d'une voie d'évitement d'une violation de droits dont certains seulement pourraient profiter à la source de cette violation a des conséquences lourdes pour les suites de l'analyse à laquelle procède la Cour. Puisqu'elle conclut que *l'interdiction* est la mesure qui porte atteinte aux droits, c'est autour de cette interdiction que

33. Par. 100.

34. Voir, par exemple, A. PETTER, *loc. cit.*, note 4, p. 119 : « What about the remedy adopted by the Court ? » ; C.J. WRIGHT, « Different Interpretations of "Evidence" and Implications for the Canadian Healthcare System », dans C.M. FLOOD, *op. cit.*, note 4, 220, p. 231 : « As a result it allowed that private health insurance is an appropriate remedy ».

35. L'image évoquée par Tommy Douglas (1904 -1986 ; il a notamment été premier ministre de la Saskatchewan et chef du Nouveau Parti démocratique, considéré comme l'instigateur de l'assurance-maladie au Canada et nommé le plus grand Canadien à la suite d'un concours mené par le réseau anglais de Radio-Canada en 2004), citée dans A. PETTER, *ibid.*, semble ici tout à fait appropriée : « Every Man for himself said the elephant as he danced among the chickens ».

se concentrera le débat de justification. Il reviendra à l'État de justifier cette règle de l'interdiction, dont on n'a pourtant pas démontré qu'elle était la source de la violation.

2- DES FAITS SOCIAUX MALTRAITÉS

Des faits sociaux jouent un rôle de premier plan dans l'arrêt *Chaoulli*³⁶. On s'y interroge en effet sur le fonctionnement du système public de services de santé au Québec, sur les délais d'attente de soins et leurs conséquences, ainsi que sur la question de l'accès à des services privés assurés. Les quelques balises floues déjà posées par la Cour suprême à l'égard du traitement de ce type de faits semblent ici ignorées³⁷. Les faits sociaux y sont maltraités. Les tribunaux canadiens ont longtemps abordé les causes constitutionnelles dont ils étaient saisis comme de pures questions de droit. À partir de plaidoiries d'avocats enthousiastes³⁸, ils interprétaient la loi contestée et les dispositions constitutionnelles invoquées, déterminaient leur compatibilité et, le cas échéant, donnaient priorité à la Constitution sur une loi jugée incompatible. C'était une époque calme, où seuls les juristes étaient considérés comme des acteurs légitimes dans le prétoire, et où les juges « tranchaient », c'est-à-dire qu'ils décidaient de la meilleure interprétation et de la meilleure solution.

Depuis la fin des années quatre-vingt, surtout quand la *Charte canadienne des droits et libertés* est invoquée, on reconnaît de plus en plus la pertinence du contexte factuel des contestations constitutionnelles. Les juges ont réclamé de la preuve, tant pour la démonstration d'une violation de droit que pour son éventuelle justification. De prime abord, on ne peut que louer cette quête de connaissance, cette soif de savoir. On ne souhaite plus une justice aveugle : on veut plutôt une justice qui voit, qui sait, et qui com-

36. Sur cette question, voir, par exemple, H. STEWART, « Implications of *Chaoulli* for Fact-Finding in Constitutional Cases », dans FLOOD, *op. cit.*, note 4, 207.

37. Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême s'est prononcée à l'occasion sur la nécessité d'un traitement particulier des faits de société. Ses propos peuvent facilement être adaptés au contexte d'un litige fondé sur la Charte québécoise, puisqu'ils sont essentiellement fondés sur l'incertitude des connaissances à l'égard de ces faits sociaux, sur leur rôle dans l'activité législative et judiciaire, et sur les ressources institutionnelles requises par leur évaluation.

38. L'expression est du juge Cory dans un jugement qu'il écrit pour la Cour dans l'arrêt *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, et dans lequel il sonne le glas de cette époque du formalisme enthousiaste. Il y écrit, à la p. 362 : « Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes ».

prend le monde. Mais on ne peut passer sous silence le fait que cet aménagement des questions constitutionnelles sur un fondement factuel, que leur insertion dans une structure de preuve et de fardeaux de preuve, confère aussi un avantage stratégique aux juges. Elles peuvent ainsi, se berçant d'une illusion de certitude, se retrancher derrière la question des fardeaux de preuve, « observer » qu'on a, ou non, relevé le fardeau de prouver ou de justifier une atteinte à des droits ; plutôt que de « décider »³⁹.

Si les choix étatiques en matière de soins de santé, comme ceux qui sont discutés en l'espèce, reposent en partie sur des évaluations factuelles controversées, ils sont en réalité essentiellement fondés sur des jugements de valeurs que, par définition, on ne pourra jamais entièrement justifier de façon empirique. Les services de santé au Canada sont ainsi structurés sur un fondement de principe, sur un tel jugement de valeur : ces services sont offerts en fonction des besoins, et non pas en fonction des moyens. Or, dans l'arrêt *Chaoulli*, la Cour prétend être en mesure de statuer sur la justification de limites apportées aux droits et libertés en matière d'accès aux soins de santé en évacuant toute la dimension axiologique inhérente et en se fondant exclusivement sur des questions de faits et de fardeaux de preuve. L'exercice est périlleux. D'une part, il repose sur un choix éminemment discutable de critères de validité. Il crée une illusion de certitude, dans un secteur de la vie sociale qui ne s'y prête pas. D'autre part, et c'est ici notre objet d'intérêt, il requiert, dans les limites de ce choix, une rigueur interne que l'on ne retrouve pas dans l'arrêt *Chaoulli*.

Il s'agit en fait d'une illustration exemplaire de la problématique du traitement judiciaire des faits sociaux en contexte constitutionnel ou quasi constitutionnel. La question en litige en est certes une de droit, soit l'adéquation de la prohibition de souscrire une assurance pour des soins de santé privés, qui sont par ailleurs assurés par le régime public, aux exigences de la Charte québécoise en matière de droit à la vie et à la sécurité⁴⁰. Mais cette question de droit prend appui sur un fondement factuel d'une nature particulière. On ne s'interroge pas sur des faits propres aux par-

39. Voir D. PINARD, « Some Thoughts on How the Court is Going about Its Business : Desperately Seeking Coherence », (2004) 25 *Supreme Court Law Review* (2d) 213. Il est intéressant de remarquer à cet égard que pour les juges Binnie et LeBel, dissidents dans l'arrêt *Chaoulli*, « la charge de la preuve ne joue pas un rôle déterminant quant à l'issue de l'affaire en l'espèce » (par. 276).

40. Voir la section précédente, sur le lien incertain entre la violation alléguée et la source invoquée.

ties au litige. On ne se demande pas qui a fait quoi où et comment, pour reprendre la célèbre formulation de Davis à propos de ce qu'il a appelé les « adjudicative facts »⁴¹. On ne se demande en principe⁴² pas si les droits des demandeurs, soit messieurs Chaoulli et Zélotis, ont été violés. C'est du fonctionnement général du système de santé, des délais d'attente qu'il engendre, et de l'accès à des assurances pour des services privés que l'on tirera les conclusions factuelles qui fonderont la réponse à la question de droit. Il s'agit d'exemples paradigmatiques de faits sociaux, de ces « legislative facts » qui sont extérieurs à l'expérience des parties immédiates au litige, qui sont de caractère social, économique ou politique, et à propos desquels les connaissances demeurent incertaines et controversées⁴³.

Les tribunaux ont été saisis de causes mettant notamment en jeu l'impact de la pornographie⁴⁴ ou de la publicité relative aux produits du tabac⁴⁵, la situation linguistique au Québec⁴⁶, l'existence de certains préjugés raciaux⁴⁷, de préjugés à l'égard de personnes accusées d'infractions sexuelles sur des enfants⁴⁸ ou encore de « sympathies raciales »⁴⁹, les conséquences du fait de recevoir 170 \$ par mois d'aide sociale⁵⁰ ou encore l'existence d'un syndrome de douleur chronique⁵¹. La présence de ce type de faits devant les tribunaux n'est donc pas nouvelle. À l'occasion des premières contestations constitutionnelles fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême a rapidement reconnu que ces faits de société relevaient souvent d'évaluations

-
41. K.C. DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », (1942) 55 *Harvard L. Rev.* 364. Voir D. PINARD, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *R.J.T.* 315.
 42. Voir *supra*, texte qui accompagne et suit la note 25, sur l'ambiguïté des propos des juges de la Cour quant à la question de l'intérêt juridique des demandeurs.
 43. Sur cette distinction entre différents types de faits, voir *supra*, la doctrine citée à la note 41. Pour une discussion critique de l'exactitude des conclusions factuelles qui sous-tendent les opinions majoritaires dans l'arrêt *Chaoulli*, voir C.M. FLOOD, M. STABILE et S. KONTIC, « Finding Health Policy "Arbitrary" : The Evidence on Waiting, Dying, and Two-Tier Systems », dans C.M. FLOOD, *op. cit.*, note 4, 296.
 44. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 ; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.
 45. *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.
 46. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 ; *Entreprises WFH c. Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 2557 (C.A.), permission d'appel refusée par la Cour suprême le 12 décembre 2002.
 47. *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128.
 48. *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863.
 49. *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458.
 50. *R. c. Gosselin*, [2002] 4 R.C.S. 429.
 51. *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin ; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504.

et de preuves scientifiques contradictoires, et mettaient en jeu la répartition de ressources limitées. Elle en a sagement conclu qu'en ces matières, les tribunaux devaient « garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif »⁵².

La Cour a donc convenu de la difficulté d'appliquer strictement à ces faits de société des règles de preuve développées à propos d'un tout autre type de faits. Elle a ainsi, de façon cependant plus ponctuelle que systématique, développé certains aménagements. Elle a reconnu un objet de preuve distinct (i), accepté des arguments de sens commun (ii) et fait montre d'une certaine déférence (iii). Consciente, donc, des difficultés inhérentes au traitement judiciaire de ces faits sociaux, la Cour a néanmoins insisté sur l'importance de tenir compte du contexte, et mis en garde contre un formalisme abstrait jugé inadéquat en matière de droits et libertés (iv).

(i) Le fondement rationnel

On a ainsi reconnu que l'exercice d'un jugement raisonnable était parfois tout ce qui pouvait être légitimement demandé du législateur, « surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées »⁵³. La jurisprudence de la Cour suprême a donc développé un objet de preuve particulier en matière de faits sociaux, soit le fondement rationnel de la croyance législative en l'existence de certains faits de société, plutôt que l'existence de ces faits en tant que telle. Cet objet particulier tient compte du caractère distinct de ces faits, par nature difficiles à évaluer avec certitude et précision, et à propos desquels les connaissances sont incertaines et souvent controversées. À propos, par exemple, du lien entre la publicité et l'usage du tabac⁵⁴, de l'évaluation du préjudice causé aux enfants par la possession de pornographie juvénile⁵⁵ ou encore du caractère minimal de l'atteinte à la liberté

52. Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, où l'on retrouve le propos suivant, à la p. 993 : « Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. »

53. *Ibid.*, p. 989-990.

54. *RJR-McDonald*, précité, note 45.

55. *Sharpe*, précité, note 44.

d'expression causée par l'interdiction de la publicité à but commercial destinée aux enfants⁵⁶, la Cour s'est satisfaite de la démonstration du caractère raisonnable de l'évaluation législative.

L'impact réel de l'interdiction de souscrire des assurances privées, ou encore de son absence, sur les délais du système public se situe dans un champ factuel tout aussi incertain que ces autres faits de société à propos desquels la Cour n'a exigé qu'une évaluation législative raisonnable. Il est donc pour le moins curieux que le jugement majoritaire n'ait pas accepté de seulement considérer un tel objet de preuve. Au contraire, la majorité semble même reprocher à la Cour supérieure et aux juges dissidents de la Cour de s'appuyer sur une « crainte raisonnable » du législateur quant à l'impact de l'établissement d'un système de soins privés⁵⁷. Contrairement à ce que semble avancer la Cour, l'objet à prouver – qu'il s'agisse d'un fait ou du fondement rationnel de la croyance législative en l'existence de ce fait – et le degré de preuve applicable – la prépondérance – sont deux questions différentes. On peut très bien se satisfaire du fondement raisonnable de l'évaluation législative d'une situation factuelle, et maintenir à cet égard une exigence de démonstration par prépondérance des probabilités⁵⁸.

(ii) Le recours au sens commun

Parmi les aménagements mis en place par la Cour suprême à l'égard du traitement des faits sociaux, on retrouve la précision selon laquelle une preuve scientifique n'est pas nécessaire dans tous les cas, et une reconnaissance du fait que la réflexion judiciaire sur ces faits inclut inévitablement d'autres sources que la preuve comme telle, comme le recours exprès⁵⁹ au « sens commun » et aux « déductions logiques ». On accepte en effet l'inéluctable impossibilité de prouver chacun des éléments factuels requis pour établir certaines propositions de faits de société, et

56. *Irwin Toy Ltd.*, précité, note 52.

57. *Chaoulli*, opinion majoritaire, par. 68 ; opinion dissidente, par. 176.

58. Voir, notamment sur cette distinction entre objet et degré de preuve, D. PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *McGill L.J.* 405. *Contra* : opinion majoritaire, par. 68.

59. Le recours au sens commun est un élément essentiel du raisonnement de l'être humain. La nouveauté jurisprudentielle n'est que la reconnaissance expresse de cette réalité.

l'on consent ainsi à compléter un raisonnement factuel par le recours à des arguments de sens commun.

On a ainsi accepté « une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction » pour établir la justification du crime de possession de pornographie juvénile⁶⁰. Le juge Iacobucci a même affirmé qu'en matière de justification, « l'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens »⁶¹. Acceptons d'emblée que le recours au sens commun est loin d'être anodin. Le sens commun est une notion éminemment complexe, floue, perméable à divers préjugés et qui pourtant constitue inévitablement un des éléments qui structurent la pensée humaine⁶². On ne souhaite pas faire ici l'apologie ou la dénonciation du recours judiciaire (explicite ou implicite) au sens commun.

Ce qui est cependant remarquable, dans l'arrêt *Chaoulli*, c'est la connotation négative que l'on semble associer à la notion de sens commun. Dans les affaires précédentes dans lesquelles la Cour a eu recours au sens commun, la notion est traitée comme un élément positif, essentiel et inhérent au raisonnement sur les faits. On a certes, à l'occasion, souligné les dangers que le sens commun agisse comme véhicule d'arbitraire ou de préjugés, mais le recours au sens commun a généralement été présenté de façon positive.

Or, dans l'arrêt *Chaoulli*, la notion semble prendre une tout autre connotation, à tout le moins au plan rhétorique. Le recours au sens commun y semble implicitement associé à une faiblesse de l'argumentation. À propos de la preuve de ce qu'elle appelle les « réactions humaines », la Cour affirme que certains témoins

60. La juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Sharpe*, précité, note 44, qui écrit au par. 78 : « Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression, le gouvernement doit établir, au moyen d'une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction, que la disposition satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes* [...] ».

61. Le juge Iacobucci dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, note 45, écrit, au par. 184 : « Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens. Elle n'est en aucune façon déterminante ».

62. D. PINARD, « Le recours à des arguments de sens commun dans le raisonnement judiciaire en contexte constitutionnel », dans *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada 1985-1997*, le second volume d'une série publiée par le Canadian Legal History Project de la Supreme Court of Canada Historical Society, Winnipeg, 2000, 381.

entendus en première instance se sont appuyés sur leur sens commun, et elle écrit, à propos de l'insuffisance d'un tel fondement :

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.⁶³

Dans une opinion fondée sur la Charte canadienne, la juge en chef et le juge Major évaluent les positions qui s'opposent en l'espèce à propos des liens entre l'exclusivité et l'amélioration des services de santé du public comme étant en partie des « arguments opposés, mais non prouvés, qui sont fondés sur le « bon sens » et qui ne représentent rien de plus que des opinions »⁶⁴. Ils insistent sur le fait que les tribunaux doivent « procéder à une évaluation fondée sur la preuve et non seulement sur le bon sens ou des théories »⁶⁵.

L'opinion des juges dissidents comprend une rubrique ainsi libellée : « Les experts reconnus par la juge de première instance ne se sont pas seulement fondés sur le “bon sens” »⁶⁶. Ils précisent que si ces experts « ont fait montre de “bon sens” »⁶⁷, leur témoignage reposait sur un fondement plus large. On comprend certes que ces considérations relatives au sens commun ne constituent pas la *ratio* de la décision dans l'arrêt *Chaoulli*. Elles démontrent peut-être, une fois de plus, que la force d'attraction d'un argument de sens commun est directement proportionnelle à sa correspondance à l'opinion préalable du décideur.

L'appel au sens commun en est un de dernier recours, de désespoir. Il n'est pas surprenant que la notion ait reçu une certaine reconnaissance judiciaire expresse dans le contexte de la preuve de faits sociaux difficiles, sinon impossibles à évaluer scientifiquement. Dans le contexte particulier de l'arrêt *Chaoulli*, le fait que les parties aient eu à recourir à des arguments de sens commun que la Cour a estimés contradictoires, aurait peut-être dû être reçu comme une incitation à une forme de déférence à l'égard de l'autorité législative.

63. *Chaoulli*, par. 64.

64. Par. 138.

65. Par. 150.

66. Rubrique qui précède le paragraphe 214.

67. Par. 214.

(iii) La déférence

La jurisprudence antérieure de la Cour a reconnu l'à-propos d'une certaine forme de déférence à l'égard de la détermination législative de l'existence de faits sociaux. Parce que l'état des connaissances quant à ces faits est inévitablement fragmentaire, parce que les parlementaires jouissent à l'égard de l'évaluation de ces faits de ressources institutionnelles nettement supérieures et parce qu'un prononcé judiciaire fondé sur une évaluation indépendante de ces faits ne jouira que de la force ou de la faiblesse de cette évaluation, entre autres, la Cour a souligné l'importance de traiter avec un certain égard les conclusions factuelles auxquelles en sont arrivées les institutions parlementaires⁶⁸.

La Cour consacre 13 paragraphes du jugement dans l'arrêt *Chaoulli* à la considération expresse du « niveau de déférence requis » dans l'évaluation de la justification apportée par l'État québécois⁶⁹. Elle conclut de son analyse que « le présent dossier constitue un bon exemple de cas où les tribunaux disposent de tous les outils nécessaires à l'évaluation de la mesure gouvernementale »⁷⁰, et ne semble pas considérer qu'il s'agisse en l'espèce d'une cause où les circonstances militent en faveur d'une déférence importante. Il s'agit d'une évaluation discutable, comme en fait foi l'opinion dissidente.

Ce qui est remarquable, du point de vue de l'analyse rhétorique, c'est que la façon dont la Cour aborde ici la déférence judiciaire a pour effet de rendre cette option inacceptable. La déférence est présentée comme un ingrédient à considérer après une analyse rigoureuse, *ex post facto*, comme une possibilité de « tricher ». « Le choix de la prohibition n'est pas justifié par la preuve. S'agit-il cependant d'un cas où la Cour devrait faire preuve de déférence ? »⁷¹, peut-on lire dans le jugement. La réponse logique à une question ainsi formulée est évidemment négative.

Si la déférence judiciaire peut avoir un quelconque sens, en contexte de contrôle de constitutionnalité, ce ne peut être qu'à

68. Voir, dans le même sens, le sage propos rapporté par FLOOD et al., *loc. cit.*, note 4, p. 315 : « Justice Albie Sachs of South Africa's constitutional court has written of how judicial lack of expertise regarding the technical complexities of socioeconomic policy should correspond to judicial modesty ».

69. Cette discussion se retrouve aux par. 85 à 98.

70. Par. 96.

71. Par. 84.

titre d'approche intégrée à toutes les étapes de l'analyse. Présentée comme un ingrédient final, artificiellement ajouté de façon à remettre en question *a posteriori* les résultats d'une première analyse complétée et présentée, celle-là, comme objective, l'option de la déférence est déconsidérée.

Un jugement fondé sur un état de fait

Le caractère précaire d'un jugement fondé sur une évaluation de faits sociaux milite en faveur d'une certaine déférence dans la révision judiciaire de l'évaluation de ces mêmes faits par les institutions démocratiques. Un jugement jouira de la force de persuasion et de la pérennité des principes sur lesquels il est fondé. De la même façon, un jugement dont le pivot consiste en l'évaluation ponctuelle d'un état de fait de société, s'il peut présenter l'avantage d'être ancré dans une pertinence concrète et immédiate, risque cependant de n'être justifié que dans la mesure de la qualité de son évaluation des faits, d'une part, et que pour la durée d'existence de ces mêmes faits, d'autre part.

La juge en chef et le juge Major le reconnaissent expressément dans *Chaoulli*, quand ils écrivent que si l'interdiction de souscrire une assurance privée est inconstitutionnelle « lorsque le système public n'offre pas des services raisonnables »⁷², elle pourrait cependant fort bien être permise dans d'autres circonstances factuelles plus favorables⁷³. Ces juges confirment ainsi qu'un jugement directement fondé sur l'évaluation d'un état de fait de société est en quelque sorte temporaire. Il ne vaut que tant que persiste le fondement factuel sur lequel il repose.

Le gouvernement québécois comprend fort bien la chose, lorsqu'il décide qu'une levée de l'interdiction limitée à certains services, associée à d'autres réformes, constitue une réponse adéquate au jugement⁷⁴. Ce qu'il compte ainsi faire, c'est modifier l'état de fait qui a amené la Cour à rendre inopérante l'interdiction. Le juge La Forest a déjà, il y a longtemps, mis en garde contre la précarité des prononcés d'inconstitutionnalité fondés sur une évaluation factuelle par définition transitoire. « Il n'est pas sou-

72. Par. 158.

73. « [D]ans des circonstances où les services de santé sont raisonnables tant sur le plan de la qualité que sur celui de l'accès en temps opportun », écrivent-ils au par. 158.

74. QUÉBEC, *Garantir l'accès*, précité, note 19. Voir *infra*, la conclusion du présent texte.

haitable, a-t-il écrit, qu'une loi soit jugée constitutionnelle aujourd'hui et inconstitutionnelle demain simplement à partir des éléments de preuve particuliers qui se trouvent à avoir été soumis par les avocats relativement à des faits socio-économiques généraux »⁷⁵.

Le problème est considérable, et difficile à résoudre. On a toujours associé la chose constitutionnelle à une certaine stabilité, à une forme de pérennité. Il est probable que les valeurs et les principes d'une société soient plus constants que les situations factuelles à propos desquelles le législateur décide d'intervenir⁷⁶. Selon les circonstances, cette précarité des jugements fondés sur une évaluation judiciaire indépendante de situations factuelles sociales complexes peut jouer en faveur d'une certaine déférence à l'égard des conclusions auxquelles en sont arrivées les institutions parlementaires. Cette préoccupation semble absente des considérations du jugement majoritaire.

(iv) Le formalisme

L'approche privilégiée dans l'arrêt *Chaoulli* semble finalement ignorer certaines des préoccupations qui découlent d'une reconnaissance judiciaire de l'importance des faits en matière de droits et libertés : la considération des conséquences, la prise en compte du contexte et le rejet du formalisme. Les mesures législatives relatives à la santé au Canada « reposent sur une politique d'accès aux soins de santé fondée sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social »⁷⁷. Il s'agit d'un choix de société fait par des représentants élus de la population. Or, à une échelle individuelle, l'impact concret de la déclaration judiciaire sollicitée par les demandeurs et émise par la Cour dans l'arrêt *Chaoulli* dépend des moyens financiers de chacun. Il s'agit en effet d'une cause dont une particularité étonnante et néanmoins fonda-

75. Le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, par. 196.

76. La Cour suprême a refusé une belle occasion de se prononcer sur la question de la longévité de jugements d'inconstitutionnalité expressément fondés sur des évaluations de faits sociaux. On a invoqué dans l'arrêt *Entreprises W.F.H.*, l'arrêt *Ford*, rendu plus de dix ans auparavant par la Cour suprême sur le fondement d'une preuve de faits sociaux relative à la situation linguistique au Québec. Le juge de première instance aurait exigé une nouvelle preuve de justification. La Cour supérieure, confirmée en cela par la Cour d'appel, a au contraire appliqué le principe du *stare decisis*. La Cour suprême a refusé d'entendre un appel de cette décision : *Entreprises W.F.H. ltée*, précité, note 46.

77. Opinion dissidente des juges Binnie et LeBel, par. 164.

mentale est que la possibilité de se prévaloir du jugement, pourtant fondé sur une Charte de droits, est tributaire de la capacité de payer des individus.

De la part d'une Cour qui a tant insisté sur l'importance de connaître et de tenir compte de l'impact véritable des décisions judiciaires en matière de droits et libertés, sur les vertus d'une méthode contextuelle, et sur les dangers du formalisme, on était en droit de s'attendre ici à une discussion concrète de cette particularité de la cause. Cette discussion est pourtant absente. Le jugement procède d'une logique abstraite et formelle que l'on pouvait croire bannie du discours judiciaire en matière de droits et libertés.

Impact des décisions

Tôt dans l'histoire de la Charte canadienne, la Cour s'est montrée préoccupée de l'importance des décisions qu'elle était appelée à rendre. Elle a souligné les « incidences profondes sur la vie des Canadiens et de tous les résidents du Canada »⁷⁸ que pourraient avoir ces décisions. Elle a précisé qu'il pouvait être « souvent très utile pour les tribunaux de connaître l'opinion d'experts sur les répercussions futures de la loi contestée et le résultat des décisions possibles la concernant »⁷⁹.

Les coûts des assurances pour des soins de santé privés et l'impact distinct du jugement selon les moyens financiers des personnes en attente de traitement comptent parmi les questions auxquelles un tribunal qui se préoccupe des impacts de ses décisions aurait dû s'intéresser.

Méthode contextuelle

La mise en œuvre d'une méthode contextuelle dite indispensable en matière de droits et libertés aurait aussi exigé que l'on délaisse les généralités sur le fait que *les Québécois* étaient privés de l'accès à une solution⁸⁰ pour aborder concrètement la question des soins de santé dans son « contexte historique, social et économique »⁸¹. La mère de la méthode contextuelle, madame la juge

78. *Mackay*, précité, note 38, p. 361.

79. *Ibid.* Je souligne.

80. Je souligne. *Chaoulli*, par. 45 : « Les Québécois sont privés de l'accès à une solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente... »

81. *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, par. 66, où l'on a insisté sur l'importance de mettre en œuvre une méthode contextuelle en matière de droits et libertés.

Wilson, a souligné que l'importance du contexte consistait notamment en ce que les droits pouvaient avoir des valeurs différentes selon les situations factuelles particulières⁸².

Dangers du formalisme

Le formalisme et l'abstraction ne sont pas considérés comme des vertus dans l'analyse des droits et libertés. La Cour suprême a depuis longtemps mis en garde contre les apparences trompeuses que peut créer une approche fondée sur de telles caractéristiques. En matière d'égalité, par exemple, on a reconnu qu'un traitement égal pouvait engendrer des inégalités⁸³, et on a insisté sur l'importance de protéger une égalité matérielle et non simplement formelle⁸⁴. Le formalisme se présente ainsi dans *Chaoulli*. On prononce le caractère inopérant de l'interdiction, de telle sorte que tous les Québécois auront accès aux assurances privées en matière de soins de santé, auront droit à un « traitement identique ». Or ce traitement identique « engendre de graves inégalités » en ce que, concrètement, seules des personnes bénéficiant de certains moyens financiers pourront s'en prévaloir. Or le préambule de la Charte québécoise reconnaît que « tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi ».

Seule une vision formaliste et désincarnée, pourtant déjà rejetée avec véhémence, peut fonder une affirmation selon laquelle un prononcé de caractère inopérant de l'interdiction des assurances privées mettra un terme aux atteintes au droit à la vie et à la sûreté causées par les délais d'attente du système public. Il n'y mettra pas fin ; il ne pourra qu'autoriser un groupe de Québécois définis par ses moyens financiers à avoir accès à une voie d'évitement de ces délais. L'interdiction de souscrire des assurances privées, tout comme son prononcé d'inopérance, est *prima facie* d'application générale. Tout comme l'est l'interdiction de coucher sous les ponts. Mais comme cette dernière, au-delà du formalisme, elle n'a un impact concret qu'à l'égard de certaines catégories de personnes. Les pauvres ne sont pas plus interpellés par l'interdiction de sous-

82. *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1355.

83. « Il faut cependant reconnaître dès le départ, [...] que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités », le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 164.

84. Voir notamment *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 671.

crire des assurances privées en matière de santé que ne le sont les riches par l'interdiction de coucher sous les ponts.

3- LA SPÉCIFICITÉ DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE IGNORÉE

La Cour a choisi de rendre un jugement exclusivement fondé sur la Charte québécoise alors que la Cour supérieure, le tribunal de première instance qui a entendu la preuve, a consacré un jugement long et détaillé à l'étude de la compatibilité des dispositions contestées avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et que la Cour d'appel du Québec a confirmé à l'unanimité ce jugement de première instance. Le souci légitime d'éviter que ne tombent en désuétude les lois fédérales et provinciales de protection des droits, exprimé par le regretté juge Beetz dans l'arrêt *Singh*⁸⁵ et réitéré dans l'arrêt *Chaoulli*, est fort louable. Il est cependant paradoxal que ce choix de rendre jugement en vertu de la Charte québécoise, présenté en l'espèce par la Cour comme une reconnaissance de la spécificité du Québec telle que manifestée dans un document unique de protection des droits⁸⁶, ait dû se réaliser au mépris des analyses développées par les tribunaux de cette province.

S'« il est approprié de faire appel d'abord aux règles spécifiquement québécoises avant d'avoir recours à la Charte canadienne »⁸⁷, la décision de rendre en appel un jugement fondé sur la Charte québécoise alors que les tribunaux du Québec se sont fondés sur la Charte canadienne exigera cependant une parfaite intelligence de cette Charte québécoise, de ses subtilités et de sa distinction. Or, malgré un discours formellement préoccupé de la spécificité de la Charte québécoise, « le fruit de la volonté législative de l'Assemblée nationale du Québec »⁸⁸, certaines caractéristiques textuelles qui font partie de l'originalité du droit québécois en matière de protection de droits et libertés sont absentes des considérations explicites du jugement de la majorité et n'y font pas l'objet d'une exégèse pourtant requise⁸⁹.

85. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

86. La Cour écrit, au par. 31 de l'arrêt *Chaoulli* : « Décider les questions en litige en ayant recours à la Charte québécoise permet donc de valoriser un instrument propre au Québec... »

87. Par. 26.

88. Par. 25.

89. Voir J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et C.-M. PANACCIO, « The Asymmetrical Distinctness of the Charter of Human Rights and Freedoms in the Post-*Chaoulli* Era », dans le présent numéro.

Il est par exemple significatif que le préambule de la Charte québécoise rappelle le droit de tous les êtres humains à une égale protection de la loi, ainsi que les liens inexorables entre les droits des uns, ceux des autres et le bien-être général⁹⁰. Est tout aussi éloquente l'harmonisation de la Charte avec le Code civil québécois, à laquelle fait référence la Disposition préliminaire de ce dernier⁹¹. De même, le libellé de la disposition limitative de la Charte québécoise est particulier en ce que ses deux alinéas réfèrent à la relativité des droits qu'elle protège tant en ce qui concerne leur exercice⁹² qu'en ce qui concerne les limites que la loi peut leur apporter. La Charte prévoit en effet que « les libertés et les droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec », et que « la loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice »⁹³.

La Charte québécoise protège en effet les droits tant dans les rapports de droit privé qu'à l'encontre d'interventions législatives ou gouvernementales. L'incorporation des préoccupations de l'ordre des droits humains dans le droit commun québécois fait en sorte de faciliter l'intégration de considérations communautaires dans le traitement des droits et libertés. De même, la primauté de la Charte québécoise dans l'ordre juridique de la province s'exprime principalement et précisément dans une règle de hiérarchisation en cas de conflit de normes législatives, applicable dans le cas de certains droits et assujettie à une possibilité de dérogation expresse⁹⁴. On a vu que ce mécanisme juridique particulier est déterminant à l'égard de l'identification de la source de la violation des droits⁹⁵.

Ce mécanisme est aussi fort pertinent en ce qui concerne le sort des dispositions incompatibles et l'à-propos de la suspension judiciaire des effets de cette primauté. Le jugement majoritaire fondé sur la Charte québécoise ne contient pas de conclusion en droit, en ce qu'il ne va pas jusqu'à nommer son ultime résultat juridique. Les réponses de la Cour ne sont en effet que les suivantes : les dispositions législatives qui prévoient l'interdiction por-

90. Les juges Binnie et LeBel rappellent ces considérations, au par. 269.

91. Les juges Binnie et LeBel rappellent cette disposition, au par. 277.

92. Les juges Binnie et LeBel le notent, au par. 269.

93. Charte québécoise, art. 9.1.

94. Voir le texte de l'article 52 de la Charte, reproduit à la note 11.

95. Voir *supra*, texte accompagnant les notes 11 et s.

tent atteinte de façon injustifiée aux droits garantis par la Charte québécoise⁹⁶. Quel est donc l'état du droit, au lendemain de ce prononcé ?

La décision de la Cour de rendre un jugement fondé sur la Charte québécoise alors que les instances inférieures s'étaient plutôt fondées sur la Charte canadienne donne lieu à un certain nombre d'obligations morales, notamment à celle d'explicitier la portée juridique d'une conclusion d'incompatibilité rendue en vertu de la première. Les dispositions contestées et celles de la Charte québécoise ont été adoptées par le même législateur. La Cour conclut à l'existence d'un conflit entre elles. La logique juridique veut qu'en cas de conflit entre deux règles de droit qui font partie d'un même ordre juridique, l'une aura priorité et l'autre deviendra non pas invalide mais bien *inopérante*, c'est-à-dire qu'elle sera privée d'effets dans la mesure du conflit⁹⁷.

La primauté de la Charte québécoise dans l'ordre juridique québécois est prévue à son article 52. Cette disposition opérationnalise la primauté de la Charte québécoise par une règle de hiérarchisation ainsi formulée : aucune disposition d'une loi ne peut déroger à certains articles de la Charte⁹⁸. Un tel mécanisme de hiérarchisation expressément établi par le législateur pour les cas de conflits entre deux normes qu'il a lui-même adoptées n'est pas unique⁹⁹. De plus, et même en l'absence d'une telle intervention législative, la Cour suprême du Canada a prévu un principe général de primauté des lois de protection des droits¹⁰⁰.

En l'espèce, la conséquence juridique du jugement, en conformité avec les prescriptions de l'article 52 de la Charte, est donc le prononcé du caractère inopérant des dispositions législatives qué-

96. *Chaoulli*, par. 101.

97. Voir P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999. Il écrit, à la p. 450 « Le mode ordinaire de solution des conflits de loi, c'est celui qui consiste à hiérarchiser les textes contradictoires, c'est-à-dire à établir la primauté d'un texte sur l'autre. Celui qui a priorité s'appliquera au cas examiné, l'autre n'ayant aucun effet à son égard ». On retrouve ces mêmes concepts en droit constitutionnel, en cas de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale, alors que la première a priorité et que la deuxième devient inopérante : voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 456 et s.

98. Voir le texte de l'article 52, reproduit à la note 11.

99. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 97, p. 450 et s.

100. *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 15.

bécoises qui interdisent les assurances privées¹⁰¹. Au lendemain du jugement, assureurs et assurés auraient donc pu conclure des contrats auparavant interdits en matière de services médicaux privés. Près de deux mois après le prononcé du jugement, à la suite d'une requête en ce sens, la Cour a cependant suspendu « son jugement »¹⁰² pour une période de douze mois. La formulation est curieuse : le « jugement de la Cour est suspendu ». Qu'est-ce à dire ? La déclaration de violation des droits ? L'implicite conclusion de caractère inopérant ?

Sauf erreur, il s'agit d'une première suspension des effets d'un jugement de caractère inopérant de dispositions législatives fondé sur la Charte québécoise. On sait que la suspension des effets d'un jugement d'inconstitutionnalité a été prononcée pour la première fois dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*¹⁰³, et que la Cour a tenté d'en baliser l'exercice en matière de Charte canadienne dans l'arrêt *Schachter*¹⁰⁴, en fonction de préoccupations de l'ordre de la primauté du droit, de la sécurité publique et de l'équité. La suspension des effets d'un jugement d'inconstitutionnalité est une question éminemment complexe, qui a fait couler beaucoup d'encre et qui encore à ce jour donne lieu à de nombreux débats¹⁰⁵.

Quel est l'à-propos d'une telle suspension dans le cas d'un jugement fondé sur une hiérarchisation entre des règles émanant cette fois d'une même autorité législative ? Le législateur concerné ne jouit-il pas dans ce cas d'une marge de manœuvre immédiate tant à l'égard de la norme qui jouit de la primauté qu'à l'égard de celle qui a été déclarée inopérante ? La question méritait certes une discussion minimale, et la réponse une certaine motivation. La Cour en a jugé autrement.

101. A. MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 65, p. 67 : « [L]a Charte a été placée dans une position de supériorité par rapport aux autres lois et aux textes réglementaires québécois, [...] elle jouit en conséquence d'un statut quasi constitutionnel et [...] en cas d'incompatibilité avec elle toute loi doit être déclarée inopérante ».

102. Voir la décision de la Cour suprême rendue en l'espèce le 4 août 2005, dossier 29272 : « Le jugement de la Cour est suspendu pour une période de 12 mois à compter du 9 juin 2005, date à laquelle ce jugement a été rendu ».

103. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

104. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

105. Voir, par exemple, B. RYDER, « Suspending the Charter », (2003) 21 *S.C.L.R.* (2d) 267.

L'absence de conclusion juridique du jugement, et la suspension prononcée par la Cour de façon laconique, laissent perplexes. Au-delà du discours, la réelle célébration de la Charte québécoise exige au départ une considération authentique de sa formulation unique. Le professeur Morel l'a exprimé fort éloquemment, il y a plus de dix ans :

Respecter l'originalité de la Charte, c'est d'abord accepter de mener une démarche intellectuelle qui prenne appui sur le texte – souverain – de la Charte ; une démarche qui, dans un effort indépendant d'analyse et d'interprétation, vise à lui faire réaliser pleinement son objet.¹⁰⁶

CONCLUSION

La réaction du gouvernement québécois à l'arrêt *Chaoulli* est remarquable à certains égards. Elle traite à juste titre la question de l'accès à des assurances privées comme *une* des solutions possibles au problème des délais d'attente, évitant ainsi d'assimiler l'interdiction à la cause de la violation des droits. Elle comprend la précarité d'un jugement fondé sur une évaluation approximative de faits sociaux, et compte ainsi sur une modification de ce fondement factuel pour en fragiliser les conclusions. Elle mise enfin sur la marge de manœuvre particulière que la Charte québécoise confère aux autorités démocratiques à l'égard du bien-être général dans l'exercice de leur mandat de protection des droits individuels.

Le gouvernement québécois a en effet réagi à l'arrêt *Chaoulli* avec une élégance démocratique certaine¹⁰⁷. Il a su éviter les pièges de la confusion dénoncée plus haut entre la source de la violation des droits et les dispositions qu'ont contestées messieurs Chaoulli et Zeliotis. En effet, se dessine en filigrane, dans les documents gouvernementaux rendus publics à ce jour, une conception du jugement de la Cour selon laquelle c'est au gouvernement du Québec que revient le devoir de mettre un terme à la violation des droits causée par les délais du réseau public, et que ce gouvernement a à cet égard le choix des moyens. Le gouvernement du Québec a en effet rendu public en février 2006 un document de consultation intitulé *Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficience*

106. A. MOREL, *loc. cit.*, note 101, p. 89.

107. Le ton élogieux ne vise pas ici le contenu de la réponse, qui demeure matière à discussion, mais plutôt la souveraineté exprimée dans la considération des moyens de solution.

*et de qualité*¹⁰⁸. Dans le contexte « d'une réflexion globale sur notre système de santé et de services sociaux et sur le rôle que peut y jouer le secteur privé comme un des éléments de son adaptation à nos défis »¹⁰⁹, l'approche à laquelle aurait donné lieu la conclusion de la Cour – soit le caractère inopérant de l'interdiction – donc « Une approche de quasi libre marché des services de santé »¹¹⁰ – y est présentée comme *une* des options disponibles pour répondre au jugement¹¹¹.

Faisant suite à la consultation, la proposition gouvernementale, déjà énoncée dans le document de consultation de février 2006, a été maintenue. La volonté de garantie d'accès aux soins qui la sous-tend se traduit notamment dans un projet de loi déposé à l'Assemblée nationale le 15 juin 2006¹¹². Les dispositions de ce projet de loi qui constituent le volet le plus direct de la réponse au jugement consistent en une autorisation de conclure des contrats d'assurance privée pour trois types de chirurgie, soit l'arthroplastie complète de la hanche et du genou et l'extraction de la cataracte avec implantation d'une lentille oculaire¹¹³.

La réaction du gouvernement du Québec s'intègre dans cette *théorie du dialogue* à propos de laquelle Peter Hogg et Karen Bushell ont amorcé un débat en droit canadien¹¹⁴. Dans son essence, la théorie va comme suit : les acteurs étatiques partagent une responsabilité dans la protection des droits et libertés, et si les tribunaux peuvent prononcer l'inconstitutionnalité d'une loi, les

108. QUÉBEC, *Garantir l'accès*, précité, note 19.

109. Message du ministre de la Santé et des Services sociaux, *Garantir l'accès*, p. 5.

110. QUÉBEC, *Garantir l'accès*, p. 43.

111. *Ibid.*, p. 42-43. On y retrouve le propos suivant, à la p. 42 : « Plusieurs options sont envisageables pour améliorer l'accès aux services et pour répondre aux questions posées par le jugement de la Cour suprême. Divers choix peuvent être faits en matière de financement et d'organisation des services médicaux et hospitaliers, et ce, par les secteurs public et privé ».

112. Projet de loi n° 33, *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, déposé à l'Assemblée nationale le 15 juin 2006. Il s'agit de la dernière étape complétée au moment de la rédaction de ce texte.

113. *Ibid.*, art. 40. Les dispositions du projet de loi prévoient que le gouvernement pourrait, par règlement, et à la suite d'une étude d'une commission parlementaire, ajouter d'autres traitements à la liste.

114. P.W. HOGG et K.A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All) », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. Cette théorie du dialogue a fait l'objet de débats doctrinaux, et a été utilisée à l'occasion par la Cour suprême du Canada. Les considérations qui la fondent semblent tout à fait applicables au contexte de la protection des droits de la Charte québécoise par le parlement et les tribunaux, *mutatis mutandis*.

parlements conservent toujours la possibilité de déroger à certains droits ou encore de revoir de façon plus appropriée les limites qu'ils souhaitent leur apporter. Il s'agit d'un débat continu, dans lequel ni les tribunaux ni les parlements n'ont le dernier mot. Le dialogue participe d'une recherche concertée de la meilleure façon de protéger les droits, et non d'une lutte de pouvoir entre les institutions. Chacun agit dans les limites de son mandat constitutionnel.

Petter souligne avec raison le fait que la théorie du dialogue a pu accroître les vellétés d'activisme de certains juges, ces derniers étant confortés dans leur position par l'idée rassurante, mais selon lui naïve, selon laquelle leur responsabilité est en partie partagée par le législateur qui jouit de la marge de manœuvre requise pour donner ou non suite à des jugements d'inconstitutionnalité¹¹⁵. Petter estime que cette construction théorique à la fois sous-estime l'influence des tribunaux et surestime la capacité d'action des gouvernements. Il dénonce le fait qu'un aspect de légitimation de cette théorie du dialogue amène les juges à se percevoir comme *un* parmi les acteurs dans la mise en œuvre de la Charte, plutôt qu'en arbitres ultimes, ce que, de façon réaliste, ils le sont bien souvent¹¹⁶.

Le contexte qui nous intéresse ici donne cependant une couleur particulière à cette question du dialogue. Alors que la Cour a accepté la logique des demandeurs dans l'arrêt *Chaoulli* et a déclaré que l'interdiction des assurances privées violait les droits de la Charte, le gouvernement du Québec comprend plutôt que c'est le fonctionnement du système public dans son ensemble qui peut entraîner des atteintes aux droits, et que la levée de l'interdiction n'est qu'une voie à explorer, parmi d'autres.

115. A. PETTER, *loc. cit.*, note 4. Il écrit, à la p. 129, à propos de ce qu'il considère comme l'illusion que la théorie du dialogue donne aux juges quant au fait qu'ils n'ont pas le dernier mot, qu'ils n'assument pas la responsabilité ultime lors d'un prononcé d'inconstitutionnalité : « In particular, it hugely discounts both the political force of *Charter* decisions and the constraints placed on governments by market forces and globalisation ».

116. *Ibid.*, p. 129-130 : « Misguided or not, however, it has encouraged judges to see their *Charter* role as being advocates rather than arbiters, and their judgments as being missives directed at government rather than verdicts directed at society. By bolstering the *Charter's* ostensible legitimacy, increasing public support for *Charter* decision-making and encouraging judges to perceive their *Charter* role as advocates rather than arbiters, dialogue theory has emboldened judges, including those who are prepared to give full expression to the *Charter's* underlying ideology and regressive tendencies, to be more activist in their *Charter* decisions ».

L'indépendance démocratique dont fait preuve le Québec est appropriée.

Tenant pour acquise l'existence du contrôle judiciaire et du pouvoir y afférent, le Québec a choisi de réagir de façon constructive. Il intègre les considérations de l'arrêt *Chaoulli* dans une réflexion plus globale sur le système de santé. Il accepte le diagnostic de la Cour quant au caractère inacceptable de certains délais de soins, mais conserve une marge de manœuvre dans le choix des solutions. Considérant l'incertitude du lien entre la violation des droits et les dispositions déclarées inopérantes dans *Chaoulli*, considérant la précarité de ce jugement fondé sur une évaluation sommaire de faits sociaux, et considérant l'espace considérable conféré par la Charte québécoise aux préoccupations d'ordre communautaire, le Québec semble parfaitement justifié. Certains y verront une banalisation de la décision de la Cour. Il s'agit au contraire, selon moi, d'une prise en compte sérieuse des « constats » de la Cour, mais de l'affirmation d'une souveraineté parlementaire légitime dans la considération des voies de solution. Et de l'exercice d'une voix démocratique importante dans le dialogue sur les droits¹¹⁷.

117. Le projet de loi déposé par le ministre prévoit que les nouvelles règles relatives aux assurances privées auront « effet depuis le 9 juin 2006 » (art. 51). On a vu que les effets du jugement *Chaoulli* ont été suspendus jusqu'à cette date. Si le jugement de la Cour avait été prononcé sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, on aurait peut-être pu s'inquiéter de la validité d'une réponse législative rétroactive à un jugement dont les effets ont été suspendus. On aurait notamment pu se demander si cette rétroactivité ne consistait pas en réalité en une tentative de prolongation législative d'un délai de suspension déclaré par la Cour sur le fondement de la Constitution canadienne, soit en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (précitée, note 1). Et s'inquiéter d'une immixtion législative dans la délimitation judiciaire des sanctions d'inconstitutionnalité. Mais le jugement rendu et dont les effets ont été suspendus porte sur la conformité de normes législatives québécoises avec d'autres normes émanant de la même autorité législative. Aucune prescription constitutionnelle n'est en cause. Aucune sanction d'inconstitutionnalité n'est imposée. Le législateur québécois conserve sa pleine souveraineté parlementaire à l'égard de l'ensemble des normes pertinentes. Il peut valablement adopter une solution rétroactive. Sous réserve, bien sûr, des exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à propos desquelles on se rappellera qu'une majorité de la Cour ne s'est pas prononcée dans le jugement. La rétroactivité de la réponse législative constitue donc ici l'exercice légitime de la souveraineté législative québécoise.