

**Jacques Chaoulli and
George Zeliotis** *Appellants*

v.

**Attorney General of Quebec and
Attorney General of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of New Brunswick,
Attorney General for Saskatchewan,
Augustin Roy, Senator Michael Kirby,
Senator Marjory Lebreton,
Senator Catherine Callbeck, Senator
Joan Cook, Senator Jane Cordy,
Senator Joyce Fairbairn, Senator Wilbert
Keon, Senator Lucie Pépin, Senator Brenda
Robertson and Senator Douglas Roche,
Canadian Medical Association and Canadian
Orthopaedic Association, Canadian Labour
Congress, Charter Committee on Poverty
Issues and Canadian Health Coalition,
Cambie Surgeries Corp., False Creek
Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical
Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery
Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc.,
Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI
Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd.,
4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical
Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops
Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery
Associates Inc., Surgical Centres Inc.,
British Columbia Orthopaedic Association
and British Columbia Anesthesiologists
Society** *Interveners*

**INDEXED AS: CHAULLI v. QUEBEC
(ATTORNEY GENERAL)**

Neutral citation: 2005 SCC 35.

File No.: 29272.

**Jacques Chaoulli et
George Zeliotis** *Appelants*

c.

**Procureur général du Québec et
procureur général du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général de la Saskatchewan,
Augustin Roy, Sénateur Michael Kirby,
Sénatrice Marjory Lebreton, Sénatrice
Catherine Callbeck, Sénatrice Joan Cook,
Sénatrice Jane Cordy, Sénatrice Joyce
Fairbairn, Sénateur Wilbert Keon,
Sénatrice Lucie Pépin, Sénatrice Brenda
Robertson et Sénateur Douglas Roche,
Association médicale canadienne et
Association canadienne d'orthopédie,
Congrès du travail du Canada, Comité de
la Charte et des questions de pauvreté et
Coalition canadienne de la santé,
Cambie Surgeries Corp., False Creek
Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical
Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery
Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc.,
Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI
Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd.,
4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical
Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops
Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery
Associates Inc., Surgical Centres Inc.,
British Columbia Orthopaedic Association
et British Columbia Anesthesiologists
Society** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CHAULLI c. QUÉBEC
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Référence neutre : 2005 CSC 35.

N° du greffe : 29272.

2004: June 8; 2005: June 9.*

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Human rights — Right to life and to personal inviolability — Waiting times in public health system — Provincial legislation prohibiting Quebec residents from taking out insurance to obtain in private sector health care services already available under Quebec's public health care plan — Prohibition depriving Quebec residents of access to private health care services not coming with waiting times inherent in public system — Whether prohibition infringing rights to life and to personal inviolability guaranteed by s. 1 of Charter of Human Rights and Freedoms — If so, whether infringement can be justified under s. 9.1 of Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 9.1 — Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 15 — Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, s. 11.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Waiting times in public health system — Provincial legislation prohibiting Quebec residents from taking out insurance to obtain in private sector health care services already available under Quebec's public health care plan — Prohibition depriving Quebec residents of access to private health care services not coming with waiting times inherent in public system — Whether prohibition constituting deprivation of rights to life, liberty and security of person guaranteed by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms and, if so, whether deprivation in accordance with principles of fundamental justice — If there violation, whether it can be justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 15 — Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, s. 11.

Over the years, Z experienced a number of health problems that prompted him to speak out against waiting times in Quebec's public health care system. C is a physician who has tried unsuccessfully to have his home-

* On August 4, 2005, the Court stayed the judgment for a period of 12 months from the date of the judgment.

2004 : 8 juin; 2005 : 9 juin*.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droits de la personne — Droit à la vie et à l'intégrité de la personne — Délais d'attente du système de santé public — Dispositions provinciales prohibant aux résidents du Québec de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé déjà dispensés par le régime de santé public québécois — Prohibition empêchant les résidents du Québec d'avoir accès à des soins de santé privés qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public — La prohibition porte-t-elle atteinte aux droits à la vie et à l'intégrité de la personne garantis par l'art. 1 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable au regard de l'art. 9.1 de la Charte? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 9.1 — Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 15 — Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 11.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Délais d'attente du système de santé public — Dispositions provinciales prohibant aux résidents du Québec de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé déjà dispensés par le régime de santé public québécois — Prohibition empêchant les résidents du Québec d'avoir accès à des soins de santé privés qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public — La prohibition porte-t-elle atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et liberté et, dans l'affirmative, cette atteinte est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — S'il y a contravention, est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 15 — Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 11.

Z souffre, au fil des ans, de plusieurs problèmes de santé qui l'amènent à dénoncer les délais du système de santé public québécois. C est médecin et tente sans succès de faire reconnaître ses activités de médecine à

* Le 4 août 2005, la Cour a suspendu le jugement pour une période de 12 mois à compter de la date du jugement.

delivered medical activities recognized and to obtain a licence to operate an independent private hospital. By means of a motion for a declaratory judgment, the appellants, Z and C, contested the validity of the prohibition on private health insurance provided for in s. 15 of the *Health Insurance Act* (“HEIA”) and s. 11 of the *Hospital Insurance Act* (“HOIA”). They contended that the prohibition deprives them of access to health care services that do not come with the waiting times inherent in the public system. They claimed, *inter alia*, that s. 15 HEIA and s. 11 HOIA violate their rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 1 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court dismissed the motion for a declaratory judgment. In the court’s view, even though the appellants had demonstrated a deprivation of the rights to life, liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter*, this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. The Court of Appeal affirmed that decision.

Held (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed. Section 15 HEIA and s. 11 HOIA are inconsistent with the *Quebec Charter*.

Per Deschamps J.: In the case of a challenge to a Quebec statute, it is appropriate to look first to the rules that apply specifically in Quebec before turning to the *Canadian Charter*, especially where the provisions of the two charters produce cumulative effects, but where the rules are not identical. Given the absence in s. 1 of the *Quebec Charter* of the reference to the principles of fundamental justice found in s. 7 of the *Canadian Charter*, the scope of the *Quebec Charter* is potentially broader than that of the *Canadian Charter*, and this characteristic should not be disregarded. What is more, it is clear that the protection of s. 1 of the *Quebec Charter* is not limited to situations involving the administration of justice. [26-33]

In the instant case, the trial judge’s conclusion that s. 11 HOIA and s. 15 HEIA constitute a deprivation of the rights to life and security of the person protected by s. 7 of the *Canadian Charter* applies in full to the rights to life and to personal inviolability protected by s. 1 of the *Quebec Charter*. The evidence shows that, in the case of certain surgical procedures, the delays that are the necessary result of waiting lists increase the patient’s risk of mortality or the risk that his or her injuries will become irreparable. The evidence also shows that many patients on non-urgent waiting lists are in pain and cannot fully enjoy any real quality of life. The right to life and to personal inviolability is therefore affected by the waiting times. [38-43]

domicile et d’obtenir un permis pour exploiter un hôpital privé indépendant. Par requête en jugement déclaratoire, les appelants Z et C contestent la validité de la prohibition de l’assurance maladie privée que prévoient les art. 15 de la *Loi sur l’assurance maladie* (« LAM ») et 11 de la *Loi sur l’assurance-hospitalisation* (« LAH »). Ils font valoir que cette prohibition les prive de soins de santé qui ne sont pas assujettis aux délais d’attente inhérents au régime public. Ils estiment notamment que les art. 15 LAM et 11 LAH portent atteinte aux droits qui leur sont garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l’art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La Cour supérieure rejette la requête en jugement déclaratoire. La cour est d’avis que, même si les appelants ont démontré l’existence d’une atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne*, cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. La Cour d’appel confirme cette décision.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Les articles 15 LAM et 11 LAH sont incompatibles avec la *Charte québécoise*.

La juge Deschamps : En cas de contestation d’une loi québécoise, il convient de faire appel d’abord aux règles spécifiquement québécoises avant d’avoir recours à la *Charte canadienne*, surtout lorsque les dispositions des deux chartes sont susceptibles de produire des effets cumulatifs mais que les règles ne sont pas identiques. Vu l’absence à l’art. 1 de la *Charte québécoise* de la mention des principes de justice fondamentale incluse à l’art. 7 de la *Charte canadienne*, la portée de la *Charte québécoise* est potentiellement plus large que celle de la *Charte canadienne* et cette caractéristique ne devrait pas être éludée. En outre, il est clair que la protection de l’art. 1 de la *Charte québécoise* ne se limite pas au contexte de l’administration de la justice. [26-33]

En l’espèce, les conclusions de la juge de première instance, selon lesquelles les art. 11 LAH et 15 LAM portent atteinte aux droits à la vie et à la sécurité de la personne garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne*, s’appliquent intégralement aux droits à la vie et à l’intégrité de la personne protégés par l’art. 1 de la *Charte québécoise*. La preuve révèle que, pour certaines chirurgies, les délais inhérents aux listes d’attente augmentent le risque de mortalité du patient ou d’irréversibilité de ses blessures. La preuve révèle également que les patients inscrits sur les listes d’attente non urgente sont souvent des personnes qui souffrent et qui ne peuvent pas profiter pleinement d’une véritable qualité de vie. Le droit à la vie et à l’intégrité de la personne est donc touché par les délais d’attente. [38-43]

The infringement of the rights protected by s. 1 is not justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. The general objective of the *HOIA* and the *HEIA* is to promote health care of the highest possible quality for all Quebecers regardless of their ability to pay. The purpose of the prohibition on private insurance in s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is to preserve the integrity of the public health care system. Preservation of the public plan is a pressing and substantial objective, but there is no proportionality between the measure adopted to attain the objective and the objective itself. While an absolute prohibition on private insurance does have a rational connection with the objective of preserving the public plan, the Attorney General of Quebec has not demonstrated that this measure meets the minimal impairment test. It cannot be concluded from the evidence concerning the Quebec plan or the plans of the other provinces of Canada, or from the evolution of the systems of various OECD countries that an absolute prohibition on private insurance is necessary to protect the integrity of the public plan. There are a wide range of measures that are less drastic and also less intrusive in relation to the protected rights. [49-58] [68] [83-84]

This is not a case in which the Court must show deference to the government's choice of measure. The courts have a duty to rise above political debate. When, as in the case at bar, the courts are given the tools they need to make a decision, they should not hesitate to assume their responsibilities. Deference cannot lead the judicial branch to abdicate its role in favour of the legislative branch or the executive branch. While the government has the power to decide what measures to adopt, it cannot choose to do nothing in the face of a violation of Quebecers' right to security. Inertia cannot be used as an argument to justify deference. [87-89] [97]

Per McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ.: The conclusion of Deschamps J. that the prohibition on private health insurance violates s. 1 of the *Quebec Charter* and is not justifiable under s. 9.1 is agreed with. The prohibition also violates s. 7 of the *Canadian Charter* and is not justifiable under s. 1. [102]

While the decision about the type of health care system Quebec should adopt falls to the legislature of that province, the resulting legislation, like all laws, must comply with the *Canadian Charter*. Here, it is common ground that the effect of the prohibition on private health insurance set out in s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is to allow only the very rich, who can afford private health care without need of insurance, to secure private care in order to avoid

L'atteinte aux droits protégés par l'art. 1 n'est pas justifiée au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. L'objectif général de la *LAH* et de la *LAM* est de promouvoir, pour tous les Québécois, des soins de santé de la meilleure qualité possible, sans égard à leur capacité de payer. La prohibition de l'assurance privée que prévoient les art. 11 *LAH* et 15 *LAM* vise à préserver l'intégrité du régime de santé public. La préservation du régime public est un objectif urgent et réel, mais la mesure choisie pour y parvenir n'est pas proportionnée à cet objectif. Même si la prohibition absolue des assurances privées a un lien rationnel avec l'objectif de préservation du régime public, le procureur général du Québec n'a pas démontré que cette mesure satisfait au critère de l'atteinte minimale. Ni l'examen de la preuve concernant le régime québécois ou ceux en vigueur dans les autres provinces canadiennes, ni l'évolution des systèmes de plusieurs pays de l'OCDE ne permettent de conclure que la prohibition absolue des assurances privées est nécessaire pour protéger l'intégrité du régime public. Il existe toute une gamme de mesures moins draconiennes et moins attentatoires aux droits protégés. [49-58] [68] [83-84]

Il ne s'agit pas d'une affaire où la Cour doit faire montre de déférence à l'égard de la mesure choisie par le gouvernement. Les tribunaux ont le devoir de s'élever au-dessus du débat politique. Lorsque, comme en l'espèce, les tribunaux disposent des outils nécessaires pour prendre une décision, ils ne doivent pas hésiter à assumer leurs responsabilités. La déférence ne saurait entraîner l'abdication par le pouvoir judiciaire de son rôle devant le pouvoir législatif ou exécutif. Le gouvernement a certes le choix des moyens, mais il n'a pas celui de ne pas réagir devant la violation du droit à la sécurité des Québécois. L'inertie ne peut servir d'argument pour justifier la déférence. [87-89] [97]

La juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache : Il y a accord avec la conclusion de la juge Deschamps selon laquelle la prohibition de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l'art. 1 de la *Charte québécoise* et n'est pas justifiable au regard de l'art. 9.1. La prohibition contrevient également à l'art. 7 de la *Charte canadienne* et n'est pas justifiée au regard de l'article premier de ce texte. [102]

Bien qu'il appartienne au législateur québécois de décider du genre de système de santé qui doit être adopté au Québec, la mesure législative qui s'ensuit doit, comme toutes les règles de droit, être conforme à la *Charte canadienne*. En l'espèce, il est reconnu que l'interdiction de souscrire une assurance que prévoient les art. 11 *LAH* et 15 *LAM* fait en sorte que seuls les gens très riches, qui n'ont pas besoin d'assurance, ont accès à des soins

any delays in the public system. Given the prohibition, most Quebecers have no choice but to accept any delays in the public health regime and the consequences this entails. [104-111] [119]

The evidence in this case shows that delays in the public health care system are widespread, and that, in some serious cases, patients die as a result of waiting lists for public health care. The evidence also demonstrates that the prohibition against private health insurance and its consequence of denying people vital health care result in physical and psychological suffering that meets a threshold test of seriousness. [112] [123]

Where lack of timely health care can result in death, the s. 7 protection of life is engaged; where it can result in serious psychological and physical suffering, the s. 7 protection of security of the person is triggered. In this case, the government has prohibited private health insurance that would permit ordinary Quebecers to access private health care while failing to deliver health care in a reasonable manner, thereby increasing the risk of complications and death. In so doing, it has interfered with the interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter*. [123-124]

Section 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* are arbitrary, and the consequent deprivation of the interests protected by s. 7 is therefore not in accordance with the principles of fundamental justice. In order not to be arbitrary, a limit on life, liberty or security of the person requires not only a theoretical connection between the limit and the legislative goal, but a real connection on the facts. The task of the courts, on s. 7 issues as on others, is to evaluate the issue in the light, not just of common sense or theory, but of the evidence. Here, the evidence on the experience of other western democracies with public health care systems that permit access to private health care refutes the government's theory that a prohibition on private health insurance is connected to maintaining quality public health care. It does not appear that private participation leads to the eventual demise of public health care. [126-131] [139] [149-150]

The breach of s. 7 is not justified under s. 1 of the *Canadian Charter*. The government undeniably has an interest in protecting the public health regime but, given that the evidence falls short of demonstrating

de santé privés leur permettant d'éviter les délais du système public. À cause de la prohibition, la plupart des Québécois n'ont d'autre choix que d'accepter les délais du système public de santé et les conséquences s'y rattachant. [104-111] [119]

En l'espèce, la preuve démontre que les délais du système public sont répandus et que, dans des cas graves, des patients meurent en raison de listes d'attente pour la prestation de soins de santé publics. La preuve établit également que la prohibition de souscrire une assurance maladie privée — et le fait que des personnes soient en conséquence de celle-ci privées de soins vitaux — entraîne des souffrances physiques et psychologiques qui satisfont à un critère de sérieux. [112] [123]

Lorsque l'impossibilité d'avoir accès en temps opportun à des soins médicaux risque d'entraîner le décès d'une personne, la protection de la vie prévue à l'art. 7 entre en jeu; lorsqu'elle risque d'entraîner des souffrances physiques et psychologiques, c'est la protection de la sécurité de la personne prévue au même article qui intervient. Dans la présente affaire, le gouvernement prohibe l'achat d'assurances maladie privées qui permettraient aux Québécois ordinaires d'obtenir des soins de santé privés, mais omet d'offrir un accès raisonnable à des soins de santé, accroissant ainsi les risques de complications et de mortalité. Ce faisant, il porte atteinte aux droits que protège l'art. 7 de la *Charte canadienne*. [123-124]

Les articles 11 *LAH* et 15 *LAM* ont un caractère arbitraire et l'atteinte causée par ces dispositions aux droits protégés par l'art. 7 n'est en conséquence pas conforme aux principes de justice fondamentale. Pour ne pas être arbitraire, la restriction apportée à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne requiert l'existence non seulement d'un lien théorique entre elle et l'objectif du législateur, mais encore d'un lien véritable d'après les faits. Les tribunaux appelés à trancher les questions relatives à l'art. 7 doivent, comme pour toute autre question, procéder à une évaluation fondée sur la preuve et non seulement sur le bon sens ou des théories. En l'espèce, la preuve concernant la situation dans d'autres démocraties occidentales, où le système de santé public permet l'accès aux soins privés, réfute la théorie du gouvernement voulant que l'interdiction de souscrire une assurance privée soit liée au maintien de soins de santé publics de qualité. La participation du secteur privé ne paraît pas entraîner, en fin de compte, la disparition des soins de santé publics. [126-131] [139] [149-150]

La contravention de l'art. 7 de la *Charte canadienne* n'est pas justifiée au regard de l'article premier de ce texte. Il est indéniable que le gouvernement a intérêt à protéger le régime de santé public. Toutefois, en l'absence

that the prohibition on private health insurance protects the public health care system, a rational connection between the prohibition on private health insurance and the legislative objective is not made out. In addition, on the evidence, the prohibition goes further than would be necessary to protect the public system and is thus not minimally impairing. Finally, the benefits of the prohibition do not outweigh its deleterious effects. The physical and psychological suffering and risk of death that may result from the prohibition on private health insurance outweigh whatever benefit — and none has been demonstrated here — there may be to the system as a whole. [154-157]

Per Binnie, LeBel and Fish JJ. (dissenting): The question in this appeal is whether the province of Quebec not only has the constitutional authority to establish a comprehensive single-tier health plan, but to discourage a second (private) tier health sector by prohibiting the purchase and sale of private health insurance. This issue has been the subject of protracted debate in Quebec and across Canada through several provincial and federal elections. The debate cannot be resolved as a matter of constitutional law by judges. [161]

Canadian Charter interests under s. 7 are enumerated as life, liberty and security of the person. The trial judge found that the current state of the Quebec health system, linked to the prohibition against health insurance for insured services, is capable, at least in the cases of some individuals on some occasions, of putting at risk their life or security of the person. The courts can use s. 7 of the *Canadian Charter* to pre-empt the ongoing public debate only if the current health plan violates an established “principle of fundamental justice”. That is not the case here. [164] [200]

The public policy objective of “health care of a reasonable standard within a reasonable time” is not a legal principle of fundamental justice. There is no “societal consensus” about what this non-legal standard means or how to achieve it. It will be very difficult for those designing and implementing a health plan to predict when judges will think its provisions cross the line from what is “reasonable” into the forbidden territory of what is “unreasonable”. [209]

A deprivation of a right will be arbitrary, and will thus infringe s. 7, if it bears no relation to, or is inconsistent with, the state interest that lies behind the legislation. Quebec’s legislative objective is to provide high-quality health care, at a reasonable cost, for as many people as

de preuve que la prohibition des assurances maladie privées protège le système de santé public, le lien rationnel entre l’interdiction et l’objectif visé par la loi n’est pas établi. En outre, compte tenu de la preuve, la prohibition va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger le système public et ne constitue donc pas une atteinte minimale. Enfin, les avantages de la prohibition ne l’emportent pas sur ses effets préjudiciables. Les souffrances physiques et psychologiques et le risque de mortalité qui peuvent découler de la prohibition des assurances santé privées l’emportent sur tout avantage (dont l’existence ne nous a pas été démontrée en l’espèce) susceptible de résulter pour l’ensemble du système. [154-157]

Les juges Binnie, LeBel et Fish (dissidents) : Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si la Constitution habilite la province de Québec non seulement à établir un régime de santé complet unique, mais également à empêcher la création d’un secteur de la santé parallèle (privé) en interdisant la souscription et la vente d’assurance maladie privée. Cette question a longuement été débattue partout au Québec et ailleurs au Canada durant plusieurs campagnes électorales fédérales et provinciales. Le débat ne peut pas être tranché par la voie judiciaire, comme s’il s’agissait d’un simple problème de droit constitutionnel. [161]

L’article 7 de la *Charte canadienne* garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. La juge de première instance a conclu que l’état actuel du système de santé québécois, lié à l’interdiction de souscrire une assurance maladie pour des services assurés, peut compromettre la vie ou la sécurité de la personne de certains individus dans certaines circonstances tout au moins. Les tribunaux ne peuvent recourir à l’art. 7 de la *Charte canadienne*, pour court-circuiter les débats publics sur la question, que si le régime de santé actuel viole un « principe de justice fondamentale » reconnu. Ce n’est pas le cas en l’espèce. [164] [200]

L’objectif de politique générale d’« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé [. . .] de qualité raisonnable » n’est pas un principe juridique de justice fondamentale. Aucun « consensus dans la société » n’existe au sujet du sens de cet objectif ou de la façon de l’atteindre. Les concepteurs et les gestionnaires du régime de santé éprouveront d’énormes difficultés à prévoir dans quels cas les juges décideront que ses dispositions franchiront la ligne qui sépare ce qui est « raisonnable » du terrain interdit de ce qui est « déraisonnable ». [209]

L’atteinte à un droit devient arbitraire et contrevient ainsi à l’art. 7 lorsqu’elle est dépourvue de lien avec l’intérêt de l’État qui sous-tend la mesure législative en cause, ou lorsqu’elle est incompatible avec cet intérêt. L’objectif législatif du Québec est de veiller à ce que le

possible in a manner that is consistent with principles of efficiency, equity and fiscal responsibility. An overbuilt health system is no more in the larger public interest than a system that on occasion falls short. [232-236]

The Quebec health plan shares the policy objectives of the *Canada Health Act*, and the means adopted by Quebec to implement these objectives are not arbitrary. In principle, Quebec wants a health system where access is governed by need rather than wealth or status. To accomplish this objective, Quebec seeks to discourage the growth of private sector delivery of “insured” services based on wealth and insurability. The prohibition is thus rationally connected to Quebec’s objective and is not inconsistent with it. In practical terms, Quebec bases the prohibition on the view that private insurance, and a consequent major expansion of private health services, would have a harmful effect on the public system. [237-240]

The view of the evidence taken by the trial judge supports that belief. She found that the expansion of private health care would undoubtedly have a negative impact on the public health system. The evidence indicates that a parallel private system will not reduce, and may worsen, the public waiting lists and will likely result in a decrease in government funding for the public system. In light of these findings, it cannot be said that the prohibition against private health insurance “bears no relation to, or is inconsistent with” the preservation of a health system predominantly based on need rather than wealth or status. Prohibition of private insurance is not “inconsistent” with the State interest; still less is it “unrelated” to it. People are free to dispute Quebec’s strategy, but it cannot be said that the province’s version of a single-tier health system, and the prohibition on private health insurance designed to protect that system, is a legislative choice that has been adopted “arbitrarily” by the Quebec National Assembly as that term has been understood to date in the *Canadian Charter* jurisprudence. [235-248] [256-258]

The limits on legislative action fixed by the *Quebec Charter* are no more favourable to the appellants’ case than are those fixed by the *Canadian Charter*.

plus grand nombre possible de gens aient accès à des soins de santé de grande qualité à un coût raisonnable, et ce, d’une manière conforme aux principes d’efficacité, d’équité et de responsabilité financière. Un système de santé surdimensionné n’est pas plus dans l’intérêt public général qu’un système qui se trouve parfois dans l’incapacité d’offrir les services escomptés. [232-236]

Le régime de santé québécois partage les objectifs de politique générale de la *Loi canadienne sur la santé*, et les moyens que le Québec a choisis pour les réaliser ne sont pas arbitraires. En principe, le Québec veut que l’accès au système de santé soit fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. Pour réaliser cet objectif, le Québec tente d’empêcher la croissance de la prestation, par le secteur privé, de services « assurés » qui serait fondée sur la capacité de payer et l’assurabilité. L’interdiction a donc un lien rationnel avec l’objectif du Québec et elle n’est pas incompatible avec cet objectif. En pratique, le Québec fonde l’interdiction sur l’opinion selon laquelle la présence de l’assurance privée et la multiplication importante des services de santé privés qu’elle provoquerait auraient un effet préjudiciable sur le système public. [237-240]

La perception que la juge de première instance avait de la preuve étaye cette opinion. La juge a conclu que l’accroissement des soins de santé privés aurait indubitablement un effet négatif sur le système de santé public. La preuve indique que, au lieu de contribuer à diminuer les listes d’attente du système public, un système privé parallèle risque de les aggraver et entraînera vraisemblablement une réduction du financement du système public par l’État. Compte tenu de ces conclusions, on ne saurait prétendre que l’interdiction de souscrire une assurance maladie privée « n’a aucun lien ou est incompatible avec » le maintien d’un système de santé fondé principalement sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. L’interdiction de souscrire une assurance privée n’est pas « incompatible » avec l’intérêt de l’État. On peut encore moins lui reprocher de n’avoir « aucun lien » avec cet intérêt. Tous sont libres de contester la stratégie du Québec, mais on ne saurait dire que le modèle de système de santé unique de la province, assorti d’une interdiction de souscrire une assurance maladie privée destinée à protéger ce système, constitue un choix législatif que l’Assemblée nationale du Québec a arrêté « arbitrairement » au sens que la jurisprudence relative à la *Charte canadienne* a donné à ce terme jusqu’à maintenant. [235-248] [256-258]

Les limites législatives fixées par la *Charte québécoise* ne sont pas plus favorables à la thèse des appelants que celles prévues par la *Charte canadienne*.

Section 1 of the *Quebec Charter*, in essence, covers about the same ground as s. 7 of the *Canadian Charter*, but it does not mention the principles of fundamental justice. Here, the prohibition against private insurance is justifiable under s. 9.1 of the *Quebec Charter*, which requires rights to be exercised with “proper regard” to “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec”. On the evidence, the exercise by the appellants of their claimed *Quebec Charter* rights to defeat the prohibition against private insurance would not have proper regard for “democratic values” or “public order”, as the future of a publicly supported and financed single-tier health plan should be in the hands of elected representatives. Nor would it have proper regard for the “general well-being of the citizens of Québec”, who are the designated beneficiaries of the health plan, and in particular for the well-being of the less advantaged Quebecers. The evidence amply supports the validity of the prohibition of private insurance under the *Quebec Charter*: the objectives are compelling; a rational connection between the measure and the objective has been demonstrated, and the choice made by the National Assembly is within the range of options that are justifiable under s. 9.1. In respect of questions of social and economic policy, the minimal impairment test leaves a substantial margin of appreciation to the Quebec legislature. Designing, financing and operating the public health system of a modern democratic society remains a challenging task and calls for difficult choices. Shifting the design of the health system to the courts is not a wise outcome. [179] [271-276]

The safety valve (however imperfectly administered) of allowing Quebec residents to obtain essential health care outside the province when they are unable to receive the care in question at home in a timely manner is of importance. If, as the appellants claim, this safety valve is opened too sparingly, the courts are available to supervise enforcement of the rights of those patients who are directly affected by the decision on a case-by-case basis. [264]

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Singh v. Minister of Employment and*

Essentiellement, l’art. 1 de la *Charte québécoise* offre le même genre de protection que l’art. 7 de la *Charte canadienne*, sans toutefois mentionner les principes de justice fondamentale. En l’espèce, l’interdiction de souscrire une assurance privée est justifiable au regard de l’art. 9.1 de la *Charte québécoise*, qui exige que les droits s’exercent « dans le respect des valeurs démocratiques, de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Selon la preuve, l’exercice par les appelants des droits garantis par la *Charte québécoise* qu’ils revendiquent pour contrer l’interdiction de souscrire une assurance privée ne respecterait pas les « valeurs démocratiques » ou « l’ordre public », étant donné que l’avenir d’un régime de santé public unique doit dépendre de représentants élus. L’exercice de ces droits ne respecterait pas non plus le « bien-être général des citoyens du Québec », qui sont les bénéficiaires désignés du système de santé, et, en particulier, le bien-être des Québécois moins favorisés. La preuve étaye amplement la validité de l’interdiction de souscrire une assurance privée eu égard à la *Charte québécoise* : les objectifs sont impérieux; l’existence d’un lien rationnel entre la mesure et son objectif est démontrée; le choix fait par l’Assemblée nationale compte parmi la gamme d’options justifiables au regard de l’art. 9.1. Pour ce qui est des questions de politique socioéconomique, le critère de l’atteinte minimale laisse une marge de manœuvre importante au législateur québécois. La conception, le financement et l’exploitation d’un système de santé public dans une société démocratique moderne représentent un défi de taille qui oblige à faire des choix difficiles. Confier la conception du système de santé aux tribunaux ne représente pas un choix judicieux. [179] [271-276]

La soupape (si imparfaite soit-elle) de l’autorisation donnée à des résidents québécois d’aller se procurer en dehors de la province les soins de santé essentiels qu’ils sont incapables d’obtenir en temps opportun chez eux est importante. Si, comme le prétendent les appelants, cette soupape est utilisée trop parcimonieusement, les tribunaux demeurent là pour veiller, de manière ponctuelle, au respect des droits des patients touchés par cette décision. [264]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts appliqués : *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés :** *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Singh c.*

Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Charles Bentley Nursing Home Inc. v. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

By McLachlin C.J. and Major J.

Applied: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; **referred to:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By Binnie and LeBel JJ. (dissenting)

Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General), [2004] 3 S.C.R. 657, 2004 SCC 78; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *West Coast Hotel Co.*

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Charles Bentley Nursing Home Inc. c. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Major

Arrêts appliqués : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; **arrêts mentionnés :** *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par les juges Binnie et LeBel (dissidents)

Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général), [2004] 3 R.C.S. 657, 2004 CSC 78; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Renvoi : Motor Vehicle Act*

v. *Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *Stein v. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-4.2, ss. 5, 316, 346, 347 to 349, 350, 351, 352 to 370, 376 to 385, 437.

Alberta Health Care Insurance Act, R.S.A. 2000, c. A-20, s. 9(1).

Canada Health Act, R.S.C. 1985, c. C-6, s. 3.

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8 to 14, 12, 15, 24.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, preamble, ss. 1, 9.1, 52.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1417, 1457, 1458.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 55.

Constitution Act, 1867, ss. 91(11), 92(7), (13), (16).

Constitution Act, 1982, s. 52.

General Regulation — Medical Services Payment Act, N.B. Reg. 84-20, Sch. 2, s. (n.1).

Health Care Accessibility Act, R.S.O. 1990, c. H.3, s. 2.

Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, ss. 1(d), (e), (f), 3, 10, 15, 22, 30.

Health Services and Insurance Act, R.S.N.S. 1989, c. 197, s. 29(2).

Health Services Insurance Act, R.S.M. 1987, c. H35, s. 95(1).

Health Services Payment Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-2, ss. 10, 10.1, 14.1.

Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, ss. 2, 11.

Medical Care Insurance Act, 1999, S.N.L. 1999, c. M-5.1, s. 10(5).

Medical Care Insurance Insured Services Regulations, C.N.L.R. 21/96, s. 3.

Medical Services Payment Act, R.S.N.B. 1973, c. M-7, s. 2.01(a).

Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 18(2).

Regulation respecting the application of the Health Insurance Act, R.R.Q. 1981, c. A-29, ss. 23.1, 23.2.

de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *Stein c. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561.

Lois et règlements cités

Alberta Health Care Insurance Act, R.S.A. 2000, ch. A-20, art. 9(1).

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8 à 14, 12, 15, 24.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, préambule, art. 1, 9.1, 52.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1417, 1457, 1458.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 55.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III.

Health Services and Insurance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 197, art. 29(2).

Health Services Payment Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-2, art. 10, 10.1, 14.1.

Loi canadienne sur la santé, L.R.C. 1985, ch. C-6, art. 3.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(11), 92(7), (13), (16).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi sur l'accessibilité aux services de santé, L.R.O. 1990, ch. H.3, art. 2.

Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 2, 11.

Loi sur l'assurance-maladie, L.R.M. 1987, ch. H35, art. 95(1).

Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 1d), e), f), 3, 10, 15, 22, 30.

Loi sur le paiement des services médicaux, L.R.N.-B. 1973, ch. M-7, art. 2.01a).

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 5, 316, 346, 347 à 349, 350, 351, 352 à 370, 376 à 385, 437.

Medical Care Insurance Act, 1999, S.N.L. 1999, ch. M-5.1, art. 10(5).

Medical Care Insurance Insured Services Regulations, C.N.L.R. 21/96, art. 3.

Saskatchewan Medical Care Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-29, s. 18(1.1).

Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286, art. 18(2).

Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie, R.R.Q. 1981, ch. A-29, art. 23.1, 23.2.

Règlement général — Loi sur le paiement des services médicaux, Règl. du N.-B. 84-20, ann. 2, art. n.1).

Saskatchewan Medical Care Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. S-29, art. 18(1.1).

Authors Cited

Armstrong, Wendy. *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta: Canada's Canary in the Mine Shaft*. Edmonton: Consumers' Association of Canada (Alberta), 2000.

Bergman, Howard. *Expertise déposée par Howard Bergman*, novembre 1998.

Brunelle, Yvon. *Aspects critiques d'un rationnement planifié*. Québec: Ministère de la Santé et des Services sociaux, Direction de l'Évaluation, novembre 1993.

Canada. Commission on the Future of Health Care in Canada. *Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report*. Ottawa: The Commission, 2002.

Canada. Department of Finance. *Federal Support for Health Care: The Facts*. Ottawa: Department of Finance, September 2004.

Canada. Health Canada. *Waiting Lists and Waiting Times for Health Care in Canada: More Management!! More Money??* Ottawa: Health Canada, 1998.

Canada. National Advisory Council on Aging. *The NACA Position on the Privatization of Health Care*. Ottawa: NACA, 1997.

Canada. Royal Commission on Health Services. *Voluntary Medical Insurance and Prepayment*. Ottawa: Queen's Printer, 1965.

Canada. Senate. *The Health of Canadians — The Federal Role*. Final Report of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. Ottawa: The Senate, 2002.

Canada. Senate. *The Health of Canadians — The Federal Role*. Interim Report of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. Ottawa: The Senate, 2001-2002.

Canada. Statistics Canada. Health Analysis and Measurement Group. *Access to Health Care Services in Canada, 2001*. By Claudia Sanmartin, Christian Houle, Jean-Marie Berthelot and Kathleen White. Ottawa: Statistics Canada, 2002.

Canadian Health Services Research Foundation. *Mythbusters — Myth: A parallel private system would reduce waiting times in the public system*. Ottawa: Canadian Health Services Research Foundation, 2001.

Doctrine citée

Armstrong, Wendy. *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta: Canada's Canary in the Mine Shaft*. Edmonton: Consumers' Association of Canada (Alberta), 2000.

Bergman, Howard. *Expertise déposée par Howard Bergman*, novembre 1998.

Brunelle, Yvon. *Aspects critiques d'un rationnement planifié*. Québec: Ministère de la Santé et des Services sociaux, Direction de l'Évaluation, novembre 1993.

Canada. Commission royale d'enquête sur les services de santé. *Assurance médicale privée et paiement par anticipation*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.

Canada. 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: La Commission, 2002.

Canada. Conseil consultatif national sur le troisième âge. *La position du CCNTA sur la privatisation des soins de santé*. Ottawa: CCNTA, 1997.

Canada. Ministère des Finances. *Participation fédérale au financement des soins de santé: les faits*. Ottawa: Ministère des Finances, septembre 2004.

Canada. Santé Canada. *Listes d'attente et temps d'attente pour des soins de santé au Canada: Plus de gestion!! Plus d'argent??* Ottawa: Santé Canada, 1998.

Canada. Sénat. *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*. Rapport final du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie. Ottawa: Le Sénat, 2002.

Canada. Sénat. *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*. Rapport intérimaire du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie. Ottawa: Le Sénat, 2001-2002.

Canada. Statistique Canada. Groupe d'analyse et de mesure de la santé. *Accès aux services de soins de santé au Canada, 2001*. Par Claudia Sanmartin, Christian Houle, Jean-Marie Berthelot et Kathleen White. Ottawa: Statistique Canada, 2002.

Choudhry, Sujit, and Robert Howse. « Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference* » (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143.

- Canadian Institute for Information. *National Health Expenditure Trends, 1975-2003*. Ottawa: The Institute, 2003, Figure 13.
- Choudhry, Sujit, and Robert Howse. "Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference*" (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143.
- Davidov, Guy. "The Paradox of Judicial Deference" (2000-2001), 12 *N.J.C.L.* 133.
- DeCoster, Carolyn, Leonard MacWilliam and Randy Walld. *Waiting Times for Surgery: 1997/98 and 1998/99 Update*. Winnipeg: Manitoba Centre for Health Policy and Evaluation, University of Manitoba, 2000.
- DeNavas-Walt, Carmen, Bernadette D. Proctor and Robert J. Mills. *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2003*. U.S. Census Bureau, Washington: U.S. Government Printing Office, 2004.
- Denis, Jean-Louis. *Un avenir pour le système public de santé*. Conférence régionale de l'Institut canadien de la retraite et des avantages sociaux "Notre système de santé, peut-on se le permettre?", septembre 1998.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2004, release 1).
- Hurley, Jeremiah, et al. *Parallel Private Health Insurance in Australia: A Cautionary Tale and Lessons for Canada*. Canberra: Centre for Economic Policy Research, Research School of Social Sciences, Australian National University, 2002.
- Laberge, A., P. M. Bernard and P. A. Lamarche. "Relationships between the delay before surgery for a hip fracture, postoperative complications and risk of death" (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5.
- Lajoie, Andrée. "L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser", dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*. Montréal: Thémis, 1988, 163.
- Laverdière, Marco. "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.
- Lewis, Steven, et al. "Ending waiting-list mismanagement: principles and practice" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1297.
- Marmor, Theodore R. *Expert Witness Report*, November 1998.
- Mayo, Nancy E., et al. "Waiting time for breast cancer surgery in Quebec" (2001), 164 *C.M.A.J.* 1133.
- Davidov, Guy. « The Paradox of Judicial Deference » (2000-2001), 12 *R.N.D.C.* 133.
- DeCoster, Carolyn, Leonard MacWilliam and Randy Walld. *Waiting Times for Surgery : 1997/98 and 1998/99 Update*. Winnipeg : Manitoba Centre for Health Policy and Evaluation, University of Manitoba, 2000.
- DeNavas-Walt, Carmen, Bernadette D. Proctor and Robert J. Mills. *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States : 2003*. U.S. Census Bureau, Washington : U.S. Government Printing Office, 2004.
- Denis, Jean-Louis. *Un avenir pour le système public de santé*. Conférence régionale de l'Institut canadien de la retraite et des avantages sociaux « Notre système de santé, peut-on se le permettre? », septembre 1998.
- Fondation canadienne de la recherche sur les services de santé. *À bas les mythes — Mythe : Un système privé parallèle réduirait les temps d'attente dans le système public*. Ottawa : Fondation canadienne de la recherche sur les services de santé, 2001.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2004, release 1).
- Hurley, Jeremiah, et al. *Parallel Private Health Insurance in Australia : A Cautionary Tale and Lessons for Canada*. Canberra : Centre for Economic Policy Research, Research School of Social Sciences, Australian National University, 2002.
- Institut canadien d'information sur la santé. *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975-2003*. Ottawa : Institut, 2003, Figure 13.
- Laberge, A., P. M. Bernard et P. A. Lamarche. « Relation entre le délai pré-opératoire pour une fracture de hanche, les complications post-opératoires et le risque de décès » (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5.
- Lajoie, Andrée. « L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser », dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*. Montréal : Thémis, 1988, 163.
- Laverdière, Marco. « 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.
- Lewis, Steven, et al. « Ending waiting-list mismanagement : principles and practice » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1297.
- Marmor, Theodore R. *Expert Witness Report*, novembre 1998.

- Morel, André. "La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction" (1986), 17 *R.D.U.S.* 49.
- Québec. Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux. *Emerging Solutions: Report and Recommendations*. Québec: La Commission, 2001.
- Québec. Conseil de la santé et du bien-être. *Rapport: Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*. Québec: Conseil de la santé et du bien-être, 2003.
- Québec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec: Constats et recommandations sur les pistes à explorer: Synthèse*. Québec: Gouvernement du Québec, 1999.
- Québec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec: Rapport du groupe de travail*. Québec: Gouvernement du Québec, 1999.
- Québec. Ministère de la Santé et des Services sociaux. *Pour un régime d'assurance médicaments équitable et viable*. Québec: Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2001.
- Québec. Ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec et ministère de l'Emploi et de la Solidarité de la France. *Health Indicators: International Comparisons: 15 years of Evolution: Canada, France, Germany, Québec, United Kingdom, United States*. Québec: Publications du Québec, 1998.
- Québec. *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*. Québec: Publications du Québec, 1988.
- Québec. *Report of the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare*, vol. IV, *Health*, t. 1, *The Present Situation*. Québec: Government of Quebec, 1970.
- Roach, Kent. "Dialogic Judicial Review and its Critics" (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49.
- Sanmartin, Claudia, et al. "Waiting for medical services in Canada: lots of heat, but little light" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1305.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, vol. 1, 3rd ed. New York: Foundation Press, 2000.
- Tuohy, Carolyn Hughes, Colleen M. Flood and Mark Stabile. "How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations" (2004), 29 *J. Health Pol.* 359.
- Turcotte, Fernand. *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada*. Laval: Faculté de médecine, Université Laval, novembre 1998.
- World Health Organization. *The World Health Report 1999: Making a Difference*. WHO, 1999.
- Mayo, Nancy E., et al. « Waiting time for breast cancer surgery in Quebec » (2001), 164 *J.A.M.C.* 1133.
- Morel, André. « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction » (1986), 17 *R.D.U.S.* 49.
- Organisation mondiale de la Santé. *Rapport sur la santé dans le monde 1999 : Pour un réel changement*. OMS, 1999.
- Québec. Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux. *Les solutions émergentes : Rapport et recommandations*. Québec : La Commission, 2000.
- Québec. Conseil de la santé et du bien-être. *Rapport : Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*. Québec : Conseil de la santé et du bien-être, 2003.
- Québec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec : Constats et recommandations sur les pistes à explorer : Synthèse*. Québec : Gouvernement du Québec, 1999.
- Québec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec : Rapport du groupe de travail*. Québec : Gouvernement du Québec, 1999.
- Québec. Ministère de la Santé et des Services sociaux. *Pour un régime d'assurance médicaments équitable et viable*. Québec : Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2001.
- Québec. Ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec et ministère de l'Emploi et de la Solidarité de la France. *Indicateurs sociosanitaires : comparaisons internationales : évolution 1980-1994 : Allemagne, Canada, États-Unis, France, Québec, Royaume-Uni*. Québec : Publications du Québec, 1998.
- Québec. *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. IV, *La santé*, t. 1, *La situation actuelle*. Québec : Gouvernement du Québec, 1970.
- Québec. *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*. Québec : Publications du Québec, 1988.
- Roach, Kent. « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49.
- Sanmartin, Claudia, et al. « Waiting for medical services in Canada : lots of heat, but little light » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1305.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, vol. 1, 3rd ed. New York : Foundation Press, 2000.
- Tuohy, Carolyn Hughes, Colleen M. Flood and Mark Stabile. « How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations » (2004), 29 *J. Health Pol.* 359.

Wright, Charles J. *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services*. Report prepared for the Department of Justice, Canada, October 1998.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal (Brossard, Delisle and Forget J.J.A.), [2002] R.J.Q. 1205, [2002] Q.J. No. 759 (QL) and [2002] Q.J. No. 763 (QL), affirming a decision of Piché J., [2000] R.J.Q. 786, [2000] Q.J. No. 479 (QL). Appeal allowed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Jacques Chaoulli, on his own behalf.

Bruce W. Johnston and Philippe H. Trudel, for the appellant George Zeliotis.

Patrice Claude, Robert Monette, Dominique A. Jobin, Ariel G. Boileau and Manon Des Ormeaux, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Jean-Marc Aubry, Q.C., and *René LeBlanc*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor, Shaun Nakatsuru and Laurel Montrose, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Gabriel Bourgeois, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Written submissions only by *Graeme G. Mitchell, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Written submissions only by the intervener Augustin Roy.

Earl A. Cherniak, Q.C., Stanley H. Hartt, Q.C., Patrick J. Monahan and Valerie D. Wise, for the interveners Senator Michael Kirby, Senator Marjory Lebreton, Senator Catherine Callbeck, Senator Joan Cook, Senator Jane Cordy, Senator Joyce Fairbairn, Senator Wilbert Keon, Senator Lucie

Turcotte, Fernand. *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada*. Laval : Faculté de médecine, Université Laval, novembre 1998.

Wright, Charles J. *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services*. Rapport préparé pour le ministère de la Justice, Canada, octobre 1998.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (les juges Brossard, Delisle et Forget), [2002] R.J.Q. 1205, [2002] J.Q. n° 759 (QL) et [2002] J.Q. n° 763 (QL), qui ont confirmé un jugement de la juge Piché, [2000] R.J.Q. 786, [2000] J.Q. n° 479 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

Jacques Chaoulli, en personne.

Bruce W. Johnston et Philippe H. Trudel, pour l'appelant George Zeliotis.

Patrice Claude, Robert Monette, Dominique A. Jobin, Ariel G. Boileau et Manon Des Ormeaux, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Jean-Marc Aubry, c.r., et *René LeBlanc*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Janet E. Minor, Shaun Nakatsuru et Laurel Montrose, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Gabriel Bourgeois, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Argumentation écrite seulement par *Graeme G. Mitchell, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par l'intervenant Augustin Roy.

Earl A. Cherniak, c.r., Stanley H. Hartt, c.r., Patrick J. Monahan et Valerie D. Wise, pour les intervenants Sénateur Michael Kirby, Sénatrice Marjory Lebreton, Sénatrice Catherine Callbeck, Sénatrice Joan Cook, Sénatrice Jane Cordy, Sénatrice Joyce Fairbairn, Sénateur Wilbert Keon, Sénatrice Lucie

Pépin, Senator Brenda Robertson and Senator Douglas Roche.

Guy J. Pratte, Freya Kristjanson, Carole Lucock and Jean Nelson, for the interveners the Canadian Medical Association and the Canadian Orthopaedic Association.

Written submissions only by *Steven Barrett, Steven Shrybman, Ethan Poskanzer and Vanessa Payne*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Martha Jackman, for the interveners the Charter Committee on Poverty Issues and the Canadian Health Coalition.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., and *Peter W. Hogg, Q.C.*, for the interveners Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., the British Columbia Orthopaedic Association and the British Columbia Anesthesiologists Society.

English version of the reasons delivered by

DESCHAMPS J. — Quebeckers are prohibited from taking out insurance to obtain in the private sector services that are available under Quebec's public health care plan. Is this prohibition justified by the need to preserve the integrity of the plan?

As we enter the 21st century, health care is a constant concern. The public health care system, once a source of national pride, has become the subject of frequent and sometimes bitter criticism. This appeal does not question the appropriateness of the state making health care available to all Quebeckers. On the contrary, all the parties stated that they support this kind of role for the government. Only the state can make available to all Quebeckers the social safety net consisting of universal and accessible health care. The demand for health care is constantly

Pépin, Sénatrice Brenda Robertson et Sénateur Douglas Roche.

Guy J. Pratte, Freya Kristjanson, Carole Lucock et Jean Nelson, pour les intervenantes l'Association médicale canadienne et l'Association canadienne d'orthopédie.

Argumentation écrite seulement par *Steven Barrett, Steven Shrybman, Ethan Poskanzer et Vanessa Payne*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Martha Jackman, pour les intervenants le Comité de la Charte et des questions de pauvreté et la Coalition canadienne de la santé.

Marvin R. V. Storrow, c.r., et *Peter W. Hogg, c.r.*, pour les intervenantes Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., British Columbia Orthopaedic Association et British Columbia Anesthesiologists Society.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS — Il est interdit aux Québécois de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services dispensés par le régime de santé public québécois. Cette prohibition est-elle justifiée par le besoin de préserver l'intégrité de ce régime?

En ce début de 21^e siècle, la santé est une préoccupation constante. Auparavant source de fierté nationale, le système de santé public est devenu l'objet de critiques, parfois acerbes. Le présent pourvoi ne met nullement en cause l'opportunité pour l'État de rendre les soins de santé accessibles à tous les Québécois. Au contraire, toutes les parties se sont déclarées en faveur d'une telle intervention gouvernementale. Seul l'État peut mettre à la disposition de tous les Québécois le filet de sécurité sociale que représentent les soins de santé universels et

1

2

increasing, and one of the tools used by governments to control this increase has been the management of waiting lists. The choice of waiting lists as a management tool falls within the authority of the state and not of the courts. The appellants do not claim to have a solution that will eliminate waiting lists. Rather, they submit that the delays resulting from waiting lists violate their rights under the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (“*Quebec Charter*”), and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Canadian Charter*”). They contest the validity of the prohibition in Quebec, as provided for in s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29 (“*HEIA*”), and s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28 (“*HOIA*”), on private insurance for health care services that are available in the public system. The appellants contend that the prohibition deprives them of access to health care services that do not come with the wait they face in the public system.

accessibles. Par ailleurs, comme la demande pour les soins de santé est en progression constante, l’un des outils utilisés par les pouvoirs publics pour contrôler cette progression est la gestion des listes d’attente. Ce choix relève de l’État et non des tribunaux. Les appelants ne prétendent pas proposer une solution pour éliminer les listes d’attente. Ils font plutôt valoir que les délais inhérents aux listes d’attente portent atteinte aux droits qui leur sont garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), et par la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* »). Ils contestent la validité de la prohibition, au Québec, de l’assurance privée pour des soins de santé offerts par le système public — prohibition prévue aux art. 15 de la *Loi sur l’assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29 (« *LAM* »), et 11 de la *Loi sur l’assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28 (« *LAH* »). Les appelants plaident que la prohibition les empêche d’avoir accès à des soins de santé qui ne sont pas assujettis à l’attente qu’ils doivent subir dans le régime public.

3

The two sections in issue read as follows:

15. No person shall make or renew a contract of insurance or make a payment under a contract of insurance under which an insured service is furnished or under which all or part of the cost of such a service is paid to a resident or a deemed resident of Québec or to another person on his behalf.

Les deux articles en litige prévoient :

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

11. (1) No one shall make or renew, or make a payment under a contract under which

(a) a resident is to be provided with or to be reimbursed for the cost of any hospital service that is one of the insured services;

(b) payment is conditional upon the hospitalization of a resident; or

(c) payment is dependent upon the length of time the resident is a patient in a facility maintained by an institution contemplated in section 2.

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;

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.

4

In essence, the question is whether Quebeckers who are prepared to spend money to get access to health care that is, in practice, not accessible in the public sector because of waiting lists may be validly

Exprimée succinctement, la question est de savoir si les Québécois qui sont prêts à déboursier pour avoir accès à des soins de santé qui sont, en pratique, inaccessibles dans le réseau public en raison

prevented from doing so by the state. For the reasons that follow, I find that the prohibition infringes the right to personal inviolability and that it is not justified by a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec.

The validity of the prohibition is contested by the appellants, George Zeliotis and Jacques Chaoulli. Over the years, Mr. Zeliotis has experienced a number of health problems and has used medical services that were available in the public system, including heart surgery and a number of operations on his hip. The difficulties he encountered prompted him to speak out against waiting times in the public health care system. Mr. Chaoulli is a physician who has tried unsuccessfully to have his home-delivered medical activities recognized and to obtain a licence to operate an independent private hospital. Mr. Zeliotis and Mr. Chaoulli joined forces to apply to the court by way of motion for a declaration that s. 15 *HEIA* and s. 11 *HOIA* are unconstitutional and invalid. Mr. Chaoulli argues, first, that the prohibition is within the federal government's legislative jurisdiction in relation to criminal law and, second, that the prohibition violates the rights to life and to personal security, inviolability and freedom protected by s. 1 of the *Quebec Charter* and ss. 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter*. The respondents contested the motion both in the Superior Court and in the Court of Appeal.

The Superior Court dismissed the motion for a declaratory judgment: [2000] R.J.Q. 786. With respect to the province's power to enact s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA*, Piché J. found that the purpose of the prohibition is to discourage the development of parallel private health care services and that it is not a criminal law matter.

On the subject of s. 7 of the *Canadian Charter*, she noted that according to this Court, its scope may include certain economic rights that are intimately connected with the right to life, liberty and security of the person. She found that the appellants had demonstrated a deprivation of the right to life,

des listes d'attente peuvent valablement être empêchés de le faire par l'État. Pour les motifs qui suivent, je conclus que la prohibition porte atteinte à l'intégrité de la personne et qu'elle n'est pas justifiée par le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public ou par le bien-être général des citoyens du Québec.

La validité de la prohibition est contestée par les appelants George Zeliotis et Jacques Chaoulli. Monsieur Zeliotis a, au cours des années, souffert de plusieurs problèmes de santé et il a eu recours à des services médicaux offerts par le système public, dont une chirurgie cardiaque et plusieurs interventions chirurgicales à la hanche. Les difficultés qu'il a éprouvées l'ont amené à dénoncer les délais du système de santé public. De son côté, M. Chaoulli est un médecin qui a tenté sans succès de faire reconnaître ses activités de médecine à domicile et d'obtenir un permis pour exploiter un hôpital privé indépendant. Messieurs Zeliotis et Chaoulli ont uni leurs efforts et demandé au tribunal, par requête, de déclarer inconstitutionnels et invalides les art. 15 *LAM* et 11 *LAH*. Monsieur Chaoulli prétend, d'une part, que la prohibition relève de la compétence législative du gouvernement fédéral en matière de droit criminel et, d'autre part, que cette prohibition porte atteinte aux droits à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de la personne protégés par l'art. 1 de la *Charte québécoise* et par les art. 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne*. Les intimés ont contesté la requête, tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel.

La Cour supérieure rejette la requête en jugement déclaratoire : [2000] R.J.Q. 786. Au sujet du pouvoir de la province d'adopter les art. 11 *LAH* et 15 *LAM*, la juge Piché conclut que la prohibition a pour but de décourager le développement de services de santé privés parallèles et ne relève pas du droit criminel.

Concernant l'art. 7 de la *Charte canadienne*, elle souligne que, selon notre Cour, cette disposition peut inclure certains droits de nature économique se rapportant intimement au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Elle estime que les appelants ont démontré l'existence d'une atteinte au droit

5

6

7

liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter*. Piché J. then considered whether this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. She was of the opinion that the purpose of the *HOIA* and the *HEIA* is to establish a public health system that is available to all residents of Quebec. The purpose of s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is to guarantee that virtually all of Quebec's existing health care resources will be available to all residents of Quebec. In her opinion, the enactment of these provisions was motivated by considerations of equality and human dignity. She found no conflict with the general values expressed in the *Canadian Charter* or in the *Quebec Charter*. She did find that waiting lists are long and the health care system must be improved and transformed. In her opinion, however, the expert testimony could not serve to establish with certainty that a parallel health care system would solve all the current problems of waiting times and access.

8 In light of her conclusion regarding s. 7 of the *Canadian Charter*, Piché J. did not address the question of justification pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter*. However, she did express the opinion that the s. 1 analysis would show that the impugned provisions constitute a reasonable limit in a free and democratic society. Although the arguments based on the *Quebec Charter* were raised formally and expressly argued, and although this ground was mentioned at the start of the judgment, Piché J. did not address them in her analysis.

9 With respect to s. 12 of the *Canadian Charter*, Piché J. found that the state's role with regard to the prohibitions is not sufficiently active for the prohibitions to be considered a "treatment" within the meaning of the *Canadian Charter*.

10 The argument based on s. 15 of the *Canadian Charter* relates to place of residence. The prohibition does not apply to non-residents but does apply to residents. Piché J. found that in the circumstances of this case, place of residence is not used to devalue certain individuals or to perpetuate stereotypes. She found that the guarantee of protection against discrimination had not been violated.

à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne selon l'art. 7 de la *Charte canadienne*. La juge Piché analyse ensuite la conformité de l'atteinte aux principes de justice fondamentale. Elle est d'avis que la *LAH* et la *LAM* visent à établir un régime de santé public accessible à tous les résidents du Québec. Les articles 11 *LAH* et 15 *LAM* ont, eux, pour but de garantir que la quasi-totalité des ressources en santé existant au Québec soient mises à la disposition de l'ensemble de la population québécoise. Selon elle, l'adoption de ces articles a été motivée par des considérations d'égalité et de dignité humaine. Il n'y aurait pas de conflit avec les valeurs générales véhiculées par la *Charte canadienne* ou par la *Charte québécoise*. Elle retient que les listes d'attente sont longues et que le système de santé doit être amélioré et transformé. À son avis, les témoignages des experts n'ont cependant pas permis d'établir avec certitude que le système de santé parallèle réglerait tous les problèmes actuels de délais et d'accès.

Compte tenu de sa conclusion concernant l'art. 7 de la *Charte canadienne*, la juge Piché n'aborde pas la question de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. Elle émet toutefois l'opinion que l'analyse prévue par l'article premier démontrerait que les dispositions attaquées constituent une limite raisonnable dans une société libre et démocratique. Quoique les arguments fondés sur la *Charte québécoise* aient été soulevés formellement et plaidés explicitement, et qu'il soit fait mention de ce moyen au début du jugement, la juge Piché n'en traite pas dans le corps de son analyse.

Au sujet de l'art. 12 de la *Charte canadienne*, la juge Piché estime que les prohibitions ne constituent pas une intervention suffisamment active de l'État pour être considérées comme un « traitement » au sens de la *Charte canadienne*.

L'argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte canadienne* est lié au lieu de résidence. Les non-résidents ne sont pas assujettis à la prohibition alors que les résidents le sont. La juge Piché conclut que, dans les circonstances de l'affaire, le lieu de résidence ne sert pas à dévaloriser certains individus ou à perpétuer des stéréotypes. Elle estime qu'il n'y a pas de violation de la protection contre la discrimination.

The Court of Appeal dismissed the appeal: [2002] R.J.Q. 1205. The three judges wrote separate reasons. Delisle J.A. considered all the arguments addressed by the Superior Court. He disagreed with Piché J. regarding s. 7 of the *Canadian Charter*. According to Delisle J.A., the right affected by s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is an economic right and is not fundamental to an individual's life. In addition, in his opinion, the appellants had not demonstrated a real, imminent or foreseeable deprivation. He was also of the view that s. 7 of the *Canadian Charter* may not be raised to challenge a societal choice in court. Forget J.A. essentially agreed with the Superior Court judge. Like Piché J., he found that the appellants had demonstrated a deprivation of their rights under s. 7 of the *Canadian Charter*, but that this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. Brossard J.A. agreed with Delisle J.A. regarding the economic nature of the right affected by s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA*. However, he felt that a risk to life or security resulting from a delay in obtaining medical services would constitute a deprivation within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter*. He declined to express an opinion as to whether this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. Although the arguments based on the *Quebec Charter* were mentioned in the notice of appeal and in Delisle J.A.'s statement of the grounds of appeal, none of the Court of Appeal judges addressed them.

The arguments based on the *Quebec Charter* were expressly raised before this Court.

Given that I have had the opportunity to read the reasons of Binnie and LeBel JJ., I think it would be appropriate to highlight the main points on which we agree and disagree before addressing the issues raised by the appellants.

As I mentioned at the beginning of my reasons, no one questions the need to preserve a sound public health care system. The central question raised by the appeal is whether the prohibition is justified by the need to preserve the integrity of the public system. In this regard, when my colleagues ask whether

La Cour d'appel rejette le pourvoi : [2002] R.J.Q. 1205. Les trois juges rédigent des motifs distincts. Le juge Delisle analyse tous les arguments dont la Cour supérieure traite. Il se dit en désaccord avec elle relativement à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Il est d'avis que le droit mis en jeu par les art. 11 *LAH* et 15 *LAM* est économique et n'est pas fondamental à la vie de la personne. De plus, selon lui, les appelants n'ont pas établi l'existence d'une atteinte réelle, imminente ou prévisible. Il estime aussi que l'art. 7 de la *Charte canadienne* ne peut être invoqué pour remettre en question, devant les tribunaux, un choix de société. Le juge Forget, quant à lui, partage en substance les vues de la juge de la Cour supérieure. Comme elle, il conclut que les appelants ont démontré une atteinte aux droits que leur garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne*, mais que cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Le juge Brossard se dit d'accord avec le juge Delisle sur la nature économique du droit touché par les art. 11 *LAH* et 15 *LAM*. Il estime cependant qu'un risque pour la vie ou la sécurité découlant d'un délai dans l'obtention de services médicaux constituerait une atteinte visée à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Il s'abstient de se prononcer sur la conformité de l'atteinte aux principes de justice fondamentale. Bien que les arguments fondés sur la *Charte québécoise* soient mentionnés dans l'avis d'appel et notés dans l'exposé des moyens d'appel fait par le juge Delisle, aucun des juges de la Cour d'appel n'en traite.

Le moyen fondé sur la *Charte québécoise* est explicitement soulevé devant notre Cour.

Avant d'aborder les questions soulevées par les appelants, comme j'ai eu l'occasion de prendre connaissance de l'opinion des juges Binnie et LeBel, je crois utile de préciser les principaux points sur lesquels nous nous entendons et ceux sur lesquels nous sommes en désaccord.

Comme je le mentionne au début de mes motifs, personne ne conteste le besoin de préserver un système de santé public solide. D'ailleurs, la question centrale soulevée par le pourvoi est de savoir si la prohibition est justifiée par le besoin de préserver l'intégrité du système public. En ce sens, lorsque

11

12

13

14

Quebec has the power under the Constitution to discourage the establishment of a parallel health care system, I can only agree with them that it does. But that is not the issue in the appeal. The appellants do not contend that they have a constitutional right to private insurance. Rather, they contend that the waiting times violate their rights to life and security. It is the measure chosen by the government that is in issue, not Quebecers' need for a public health care system.

15 To put the problem in context, the legislative framework of the impugned provisions must first be explained. Considering the provisions in their legislative context will make it possible to address the division of powers argument. I will then explain why, in my opinion, the case must first be considered from the standpoint of the *Quebec Charter*. Next, I will examine the appeal from the standpoint of s. 1 of the *Quebec Charter* before considering whether the prohibition is justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. Because I conclude that the *Quebec Charter* has been violated, it will not be necessary for me to consider the arguments based on the *Canadian Charter*.

I. Legislative Context

16 Although the federal government has express jurisdiction over certain matters relating to health, such as quarantine, and the establishment and maintenance of marine hospitals (s. 91(11) of the *Constitution Act, 1867*), it is in practice that it imposes its views on the provincial governments in the health care sphere by means of its spending power: *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 25; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532, at p. 1548; see also: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 6-15; A. Lajoie, "L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser", in *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech* (1988), 163, at pp. 164 *et seq.* In order to receive federal funds, a provincial plan must conform to the principles set out in the *Canada Health Act*, R.S.C.

mes collègues se demandent si le Québec a compétence, en vertu de la Constitution, pour décourager l'établissement d'un système de santé parallèle, je ne peux, comme eux, que répondre par l'affirmative. Mais ce n'est pas la question soulevée par le pourvoi. Les appelants ne prétendent pas disposer d'un droit constitutionnel à une assurance privée. Ils affirment plutôt que les délais d'attente violent leurs droits à la vie et à la sécurité. C'est la mesure gouvernementale choisie par le gouvernement qui est en cause, non le besoin des Québécois de bénéficier d'un système public de soins de santé.

Pour bien cerner le problème, il convient de situer les dispositions contestées dans leur contexte législatif. Cette mise en perspective permettra de traiter de l'argument fondé sur le partage des compétences. J'expliquerai par la suite pourquoi, selon moi, le dossier doit d'abord être étudié sous l'angle de la *Charte québécoise*. J'étudierai ensuite le dossier sous l'angle de l'art. 1 de la *Charte québécoise* avant de me demander si la prohibition est justifiée au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Comme je conclus à la violation de la *Charte québécoise*, il ne me sera pas nécessaire d'examiner les arguments fondés sur la *Charte canadienne*.

I. Le contexte législatif

Quoique doté d'une compétence explicite sur certaines matières touchant la santé, comme la quarantaine, ainsi que l'établissement et l'entretien des hôpitaux de marine (par. 91(11) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), c'est, en pratique, par le recours à son pouvoir de dépenser que le gouvernement fédéral impose ses vues aux gouvernements provinciaux en matière de santé : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 25; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532, p. 1548; voir aussi : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 6-15; A. Lajoie, « L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser », dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech* (1988), 163, p. 164 *et suiv.* Pour pouvoir bénéficier des fonds fédéraux, les régimes provinciaux doivent respecter les

1985, c. C-6: it must be administered publicly, it must be comprehensive and universal, it must provide for portability from one province to another and it must be accessible to everyone. These broad principles have become the hallmarks of Canadian identity. Any measure that might be perceived as compromising them has a polarizing effect on public opinion. The debate about the effectiveness of public health care has become an emotional one. The Romanow Report stated that the *Canada Health Act* has achieved an iconic status that makes it untouchable by politicians (*Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report* (2002) (Romanow Report), at p. 60). The tone adopted by my colleagues Binnie and LeBel JJ. is indicative of this type of emotional reaction. It leads them to characterize the debate as pitting rich against poor when the case is really about determining whether a specific measure is justified under either the *Quebec Charter* or the *Canadian Charter*. I believe that it is essential to take a step back and consider these various reactions objectively. The *Canada Health Act* does not prohibit private health care services, nor does it provide benchmarks for the length of waiting times that might be regarded as consistent with the principles it lays down, and in particular with the principle of real accessibility.

In reality, a large proportion of health care is delivered by the private sector. First, there are health care services in respect of which the private sector acts, in a sense, as a subcontractor and is paid by the state. There are also many services that are not delivered by the state, such as home care or care provided by professionals other than physicians. In 2001, private sector services not paid for by the state accounted for nearly 30 percent of total health care spending (Canadian Institute for Health Information, *National Health Expenditure Trends, 1975-2003* (2003), at p. 16, Figure 13, “Public and Private Shares of Total Health Expenditure, by Use of Funds, Canada, 2001”). In the case of private sector services that are not covered by the public plan, Quebecers may take out private insurance without the spectre of the two-tier system being evoked. The *Canada Health Act* is

principes énoncés à la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6 : le régime doit être géré par une administration publique, il doit être intégral et universel, il doit prévoir la transférabilité d’une province à une autre et doit être accessible à tous. Ces grands principes sont devenus des porte-étendards de l’identité canadienne. Toute mesure qui pourrait être perçue comme ayant pour effet de les compromettre est source de polarisation de l’opinion publique. Le débat entourant l’efficacité des régimes publics est devenu émotif. Le rapport Romanow commente d’ailleurs que la *Loi canadienne sur la santé* a acquis un statut d’icône la mettant hors de portée des politiciens (*Guidé par nos valeurs : l’avenir des soins de santé au Canada : Rapport final* (2002) (Rapport Romanow), p. 64). Le ton utilisé par mes collègues les juges Binnie et LeBel laisse transparaître une telle réaction émotive. C’est ainsi qu’ils sont entraînés dans une qualification erronée du débat comme étant une confrontation entre les riches et les pauvres, alors qu’il s’agit d’un contrôle de la validité d’une mesure au regard de la *Charte québécoise* ou de la *Charte canadienne*. Je crois, quant à moi, qu’il est indispensable de prendre du recul par rapport à ces diverses réactions. La *Loi canadienne sur la santé* ne prohibe pas les services de santé privés, pas plus qu’elle ne fixe de balises quant à la durée de l’attente susceptible d’être jugée compatible avec les principes qu’elle énonce, particulièrement celui de l’accessibilité réelle.

En réalité, une grande partie des soins de santé relève du secteur privé. Il y a d’abord les services de santé pour lesquels le secteur privé agit, en quelque sorte, comme un sous-traitant et est rémunéré par l’État. Il y a aussi tous les services non dispensés par l’État, par exemple les soins à domicile ou les soins fournis par des professionnels autres que des médecins. En 2001, le secteur privé non rémunéré par l’État comptait à lui seul pour près de 30 pour 100 des dépenses totales de santé (Institut canadien d’information sur la santé, *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975-2003* (2003), p. 16, figure 13, « Parts publique et privée du total des dépenses de santé, par affectation de fonds, Canada, 2001 »). Pour les services privés non couverts par le régime public, les Québécois peuvent souscrire une assurance privée sans qu’on évoque le spectre

therefore only a general framework that leaves considerable latitude to the provinces. In analysing the justification for the prohibition, I will have occasion to briefly review some of the provisions of Canada's provincial plans. The range of measures shows that there are many ways to deal with the public sector/private sector dynamic without resorting to a ban.

du système à deux vitesses. La *Loi canadienne sur la santé* ne constitue donc qu'un cadre général, qui laisse une large marge de manœuvre aux provinces. Dans l'analyse de la justification de la prohibition, j'aurai d'ailleurs l'occasion de passer brièvement en revue certaines des dispositions des régimes en vigueur dans les provinces canadiennes. La diversité des mesures illustre qu'il existe plusieurs façons d'aborder la dynamique secteur public/secteur privé sans recourir à une prohibition.

18 The basis for provincial jurisdiction over health care is more clear. The *Constitution Act, 1867* provides that the provinces have jurisdiction over matters of a local or private nature (s. 92(16)), property and civil rights (s. 92(13)), and the establishment of hospitals, asylums, charities and eleemosynary institutions (s. 92(7)). In Quebec, health care services are delivered pursuant to the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2 ("AHSSS"). The AHSSS regulates the institutions where health care services are delivered and sets out the principles that guide the delivery of such services in Quebec. For example, under s. 5 AHSSS, Quebecers are "entitled to receive, with continuity and in a personalized and safe manner, health services and social services which are scientifically, humanly and socially appropriate".

La compétence des provinces sur la santé est plus clairement établie. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que les provinces ont compétence sur les matières de nature locale ou privée (par. 92(16)), sur la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et sur l'établissement des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité (par. 92(7)). Au Québec, les services de santé sont dispensés en application de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2 (« LSSSS »). Cette loi régleme les établissements où les soins de santé sont dispensés et énonce les principes guidant la prestation des soins de santé au Québec. Ainsi, selon l'art. 5 LSSSS, les Québécois ont « droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée et sécuritaire ».

19 The other two main legislative instruments that govern the health care system in Quebec are the *HOIA* and the *HEIA*. The *HOIA* establishes access to hospital services in Quebec; it also regulates hospitals. The purpose of the *HEIA* is to ensure that Quebecers have access to certain medical services that they need for health reasons.

Les deux autres principaux outils législatifs encadrant le système de santé québécois sont la *LAH* et la *LAM*. La première vise à établir l'accès à des services hospitaliers au Québec; elle a aussi pour objet de réglementer les hôpitaux. Quant à la seconde, elle vise à assurer aux Québécois l'accès à certains services médicaux requis par leur état de santé.

20 Before discussing the effect of waiting times on human rights, I will address the question of whether the province has the power to impose a prohibition on private insurance.

Avant de discuter de l'effet des délais d'attente sur les droits de la personne, il convient de traiter du pouvoir de la province d'imposer la prohibition de l'assurance privée.

II. Validity of the Prohibition in Relation to Provincial Jurisdiction

II. Validité de la prohibition au regard de la compétence provinciale

21 The appellant Chaoulli argues that the prohibition is a criminal law matter. In his submission, it was adopted because the provincial government of

L'appellant Chaoulli plaide que la prohibition relève du droit criminel. Selon lui, elle découle de la volonté du gouvernement provincial de

the time wished to impose an egalitarian system and to eliminate the opportunity for profit in the provision of health care services. He contends that the operation of a health care service for profit was regarded at that time as socially undesirable.

If the Court is to accept this argument, it must find, first, that the effect of the prohibition on private insurance is to exclude the private sector and, second, that the main purpose of excluding the private sector, as distinct from the overall purpose of the *HOIA* and the *HEIA*, is to avert criminal conduct.

The Superior Court judge found that the purpose of the prohibition is to ensure that health care is available [TRANSLATION] “by significantly limiting access to, and the profitability of, the private system in Quebec” (p. 812). I will review later in these reasons the evidence accepted by the Superior Court judge in finding that the prohibition is useful having regard to the intended purpose, and so for the moment I reserve comment on this point. It is sufficient, at the stage of identification of the intended purpose, to determine whether ensuring access to health care services by limiting access to the private system is a valid objective for the provincial government. On this point, and based on the division of powers analysis in the preceding section, it is indisputable that the provincial government has jurisdiction over health care and can put mechanisms in place to ensure that all Quebecers have access to health care.

It is difficult to see the argument that the provision of parallel private sector services was perceived as being socially undesirable as an independent objective, unconnected with the social policy pursued by the government in the area of health care. The appellants were alone in contending that the purpose of the prohibition was to eliminate morally reprehensible conduct. The Attorney General of Quebec argued that the prohibition resulted from a desire to pool the financial resources available for health care. This explanation coincides with the objective identified by the Superior Court judge, which is not, strictly speaking, a criminal law objective. Rather, it is a social objective that the provincial legislature

l’époque d’imposer un régime égalitaire et d’éliminer la possibilité de profit dans la fourniture de services de santé. L’exploitation d’un service de santé dans un but lucratif était alors considérée, de dire M. Chaulli, comme socialement indésirable.

Pour retenir cet argument, il faut d’abord conclure que la prohibition des assurances privées a pour effet d’éliminer le secteur privé et, ensuite, que l’élimination du secteur privé a pour but principal — distinct de celui de l’ensemble de la *LAH* et de la *LAM* — de prévenir un comportement criminel.

La juge de la Cour supérieure a conclu que la prohibition vise à assurer la disponibilité des soins de santé « en limitant de façon considérable l’accessibilité et la rentabilité du système privé au Québec » (p. 812). Je vais examiner plus loin la preuve retenue par la juge de la Cour supérieure pour conclure à l’utilité de la prohibition au regard du but visé et je réserve donc pour l’instant mes commentaires à cet égard. Il suffit, au stade de l’identification du but visé, de déterminer si l’objectif, soit assurer l’accessibilité des services de santé en limitant le recours au système privé, peut valablement être poursuivi par le gouvernement provincial. À ce sujet, et suivant l’analyse du partage des compétences faite dans la section qui précède, il est indiscutable que le gouvernement provincial a compétence en matière de santé et peut mettre en place des mécanismes destinés à assurer à tous les Québécois l’accès à des soins de santé.

L’argument suivant lequel l’exploitation de services privés parallèles était perçue comme socialement indésirable peut difficilement être considéré comme un but autonome, dissocié de la politique sociale poursuivie par le gouvernement en matière de santé. En fait, seuls les appelants ont prétendu que la prohibition avait pour but d’enrayer une conduite moralement répréhensible. Le procureur général du Québec a prétendu que la prohibition était le fruit de la volonté de mettre en commun les ressources financières en matière de santé. Cette formulation rejoint l’objectif identifié par la juge de la Cour supérieure et il ne s’agit pas, à proprement parler, d’un objectif relevant du droit criminel, mais plutôt d’un objectif

22

23

24

may pursue in accordance with the powers conferred on it by s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. In my opinion, the argument that the provincial government has trespassed on the federal criminal law power cannot succeed.

III. Priority Given to Arguments Based on the Quebec Charter

25 The *Canadian Charter* is neither an ordinary statute nor an extraordinary statute like the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III. It is a part of the Constitution: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 365. As a result, the *Canadian Charter* is different from the *Quebec Charter* in that the *Quebec Charter* is the product of the legislative will of Quebec's National Assembly. In addition, while the *Quebec Charter* has no constitutional dimension, it is also different from ordinary statutes by virtue of its considerably broader purpose: to guarantee respect for human beings (see A. Morel, "La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction" (1986), 17 *R.D.U.S.* 49). The *Quebec Charter* protects not only the fundamental rights and freedoms, but also certain civil, political, economic and social rights. By virtue of s. 52, Quebec courts have the power to review legislation to determine whether it is consistent with the rules set out in the *Quebec Charter*. The *Quebec Charter* has an identity that is independent of the statutes of Quebec.

26 In the case of a challenge to a Quebec statute, it is appropriate to look first to the rules that apply specifically in Quebec before turning to the *Canadian Charter*, especially where the provisions of the two charters are susceptible of producing cumulative effects, but where the rules are not identical. This is the approach suggested by Beetz J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 224:

Thus, the *Canadian Bill of Rights* retains all its force and effect, together with the various provincial charters of rights. Because these constitutional or quasi-constitutional instruments are drafted differently, they

social, que le législateur provincial peut poursuivre en conformité avec les pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'argument voulant que le gouvernement provincial empiète sur le pouvoir fédéral de régir le droit criminel ne peut, à mon avis, être retenu.

III. Caractère prioritaire des arguments fondés sur la Charte québécoise

La *Charte canadienne* n'est ni une loi ordinaire, ni une loi exceptionnelle comme la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III. Il s'agit d'une partie de la Constitution : *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365. En ce sens, la *Charte canadienne* se distingue de la *Charte québécoise* qui est le fruit de la volonté législative de l'Assemblée nationale du Québec. Par ailleurs, sans avoir une dimension constitutionnelle, la *Charte québécoise* se distingue aussi des lois ordinaires par son objet considérablement plus vaste, à savoir assurer le respect de l'être humain (voir A. Morel, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction » (1986), 17 *R.D.U.S.* 49). La *Charte québécoise* protège non seulement les libertés et les droits fondamentaux, mais aussi certains droits civils, politiques, économiques et sociaux. Les tribunaux québécois disposent, en raison de l'art. 52, du pouvoir de contrôler les lois pour vérifier leur conformité avec les règles prévues par la *Charte québécoise*. La *Charte québécoise* possède une identité autonome par rapport aux lois québécoises.

En cas de contestation d'une loi québécoise, il est approprié de faire appel d'abord aux règles spécifiquement québécoises avant d'avoir recours à la *Charte canadienne*, surtout lorsque les dispositions des deux chartes sont susceptibles de produire des effets cumulatifs mais que les règles ne sont pas identiques. Cette démarche est d'ailleurs celle suggérée par le juge Beetz dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 224 :

Ainsi, la *Déclaration canadienne des droits* conserve toute sa force et son effet, de même que les diverses chartes des droits provinciales. Comme ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels ont été rédigés

are susceptible of producing cumulative effects for the better protection of rights and freedoms. But this beneficial result will be lost if these instruments fall into neglect.

In the instant case, s. 7 of the *Canadian Charter* and s. 1 of the *Quebec Charter* have numerous points in common:

Canadian Charter

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Quebec Charter

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

The similarities between these two provisions probably explain in part why the Superior Court and the Court of Appeal considered only the *Canadian Charter* in their decisions. With regard to certain aspects of the two charters, the law is the same. For example, the wording of the right to life and liberty is identical. It is thus appropriate to consider the two together. Distinctions must be made, however, and I believe that it is important to begin by considering the specific protection afforded by the *Quebec Charter* for the reason that it is not identical to the protection afforded by the *Canadian Charter*.

The most obvious distinction is the absence of any reference to the principles of fundamental justice in s. 1 of the *Quebec Charter*. The analysis dictated by s. 7 of the *Canadian Charter* is twofold. Under the approach that is generally taken, the claimant must prove, first, that a deprivation of the right to life, liberty and security of the person has occurred and, second, that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice (*Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, at para. 205, per Bastarache J.). If this is proved, the state must show under s. 1 of the *Canadian Charter* that the deprivation is justified in a free and democratic society.

de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés. Ce résultat bénéfique sera perdu si ces instruments tombent en désuétude.

En l'occurrence, les art. 7 de la *Charte canadienne* et 1 de la *Charte québécoise* ont beaucoup de points communs :

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.

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.

Les similarités entre ces deux dispositions expliquent probablement en partie le fait que le dossier ait été examiné exclusivement au regard de la *Charte canadienne* par la Cour supérieure et la Cour d'appel. En ce qui concerne certains aspects des deux chartes, le droit est le même. Par exemple, la formulation de la protection du droit à la vie et à la liberté est identique. Un rapprochement est alors indiqué. Des distinctions s'imposent cependant et j'estime qu'il est important d'examiner d'abord la protection particulière offerte par la *Charte québécoise*, parce qu'elle n'est pas identique à celle offerte par la *Charte canadienne*.

La distinction la plus évidente est l'absence, à l'art. 1 de la *Charte québécoise*, de mention des principes de justice fondamentale. L'analyse requise aux termes de l'art. 7 de la *Charte canadienne* est double. Selon l'approche généralement suivie pour cette disposition, le demandeur doit prouver, dans un premier temps, une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et, dans un deuxième temps, que l'atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 205, le juge Bastarache). Si cette preuve est faite, l'État doit alors démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne*, que l'atteinte est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

27

28

29

30 According to established principles, the onus is on the claimant to prove a violation of constitutional rights: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; see also Hogg, at p. 44-3. Under s. 7 of the *Canadian Charter*, the claimant would thus have a dual burden. The effect of placing this burden of proof on the claimant is that it makes his or her task more onerous. There is no such dual burden of proof under the *Quebec Charter* because the principles of fundamental justice are not incorporated into s. 1 of the *Quebec Charter*. For this reason, the *Quebec Charter* has a scope that is potentially broader. This characteristic should not be disregarded.

31 Ruling on the points in issue by applying the *Quebec Charter* enhances an instrument that is specific to Quebec; this approach is also justified by the rules of Canadian constitutional law.

32 Before getting into the heart of the debate regarding s. 1 of the *Quebec Charter*, I must address three preliminary arguments raised by the respondent Attorney General of Quebec: (a) that the protection of the right to freedom and life is limited to situations involving the administration of justice, (b) that the right asserted is economic and is not a fundamental right, and (c) that the appellants do not have standing.

IV. Preliminary Objections

A. *Scope of Section 1 of the Quebec Charter*

33 The trial judge adopted a liberal approach to applying the protection afforded by s. 7 of the *Canadian Charter*. She expressed the opinion that the protection is not limited to situations involving the administration of justice. This Court has not yet achieved a consensus regarding the scope of this protection. In *Gosselin*, at paras. 78 and 83, McLachlin C.J. did not consider it necessary to answer the question definitively. In my opinion, the same question of law does not arise in the context of the *Quebec Charter*. The *Quebec Charter* has a very broad scope of application. It extends to relationships between individuals

Conformément aux principes reconnus, il appartient au demandeur de prouver qu'il y a eu atteinte à ses droits constitutionnels : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; voir aussi Hogg, p. 44-3. En vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, le fardeau du demandeur serait donc double. L'imposition de ce fardeau de preuve au demandeur a pour effet d'alourdir sa tâche. Le double fardeau de preuve ne se pose pas dans le cas de la *Charte québécoise* en raison de l'absence d'incorporation des principes de justice fondamentale à l'art. 1 de la *Charte québécoise*. Celle-ci a donc une portée potentiellement plus large et cette caractéristique ne devrait pas être éludée.

Décider sur les questions en litige en ayant recours à la *Charte québécoise* permet donc de valoriser un instrument propre au Québec, en plus d'être justifié par les règles du droit constitutionnel canadien.

Avant de plonger dans le cœur du débat sur l'art. 1 de la *Charte québécoise*, il y a lieu de traiter de trois arguments préliminaires soulevés par l'intimé, le procureur général du Québec, soit : a) que la protection du droit à la liberté et à la vie est limitée au contexte de l'administration de la justice, b) que le droit invoqué est de nature économique et non fondamental, et c) que les appelants n'auraient pas l'intérêt requis pour agir.

IV. Moyens préliminaires

A. *Portée de l'art. 1 de la Charte québécoise*

La juge de première instance a adopté une approche libérale relativement à l'application de la protection de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Elle a exprimé l'avis que cette protection ne se limite pas au contexte de l'administration de la justice. Cette portée ne fait pas encore consensus à la Cour. Dans *Gosselin*, par. 78 et 83, la juge en chef McLachlin n'a pas jugé nécessaire de se prononcer définitivement sur la question. À mon avis, le contexte de la *Charte québécoise* ne soulève pas la même question de droit. En effet, la *Charte québécoise* possède un très vaste champ d'application, qui englobe tant les

and relationships between individuals and the state. Limiting the scope of s. 1 of the *Quebec Charter* to matters connected with the administration of justice is not justified in light of the general scope of this quasi-constitutional instrument.

B. *Economic Right or Fundamental Right*

Delisle J.A. accepted the argument of the Attorney General of Quebec and declined to apply s. 7 of the *Canadian Charter* on the basis that the right in issue, which in his opinion is an economic right, is not protected by the *Canadian Charter*. This appeal does not require the Court to establish a general rule including or excluding economic rights in or from the scope of s. 1 of the *Quebec Charter*. The Superior Court judge made the following observation in this regard (at pp. 822-23):

[TRANSLATION] . . . the economic barriers . . . are closely related to the possibility of gaining access to health care. Having regard to the costs involved, access to private care without the rights in question is illusory. Accordingly, those provisions are an impediment to access to health care services and therefore potentially infringe the right to life, liberty and security of the person. [Emphasis deleted.]

Piché J.'s analysis is correct. Limits on access to health care can infringe the right to personal inviolability. The prohibition cannot be characterized as an infringement of an economic right.

C. *Standing*

Clearly, a challenge based on a charter, whether it be the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*, must have an actual basis in fact: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. However, the question is not whether the appellants are able to show that they are personally affected by an infringement. The issues in the instant case are of public interest and the test from *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, applies. The issue must be serious, the claimants must be directly affected or have a genuine interest as citizens and there must be no other effective means available

relations entre particuliers que les relations des personnes avec l'État. Restreindre la portée de l'art. 1 de la *Charte québécoise* aux problèmes d'administration de la justice n'est pas justifié vu la portée générale de cet instrument quasi constitutionnel.

B. *Droit de nature économique ou droit fondamental*

Le juge Delisle de la Cour d'appel a retenu l'argument du procureur général du Québec et écarté l'application de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, au motif que le droit invoqué — un droit économique selon lui — ne serait pas protégé par la *Charte canadienne*. Le présent dossier ne requiert pas l'établissement d'une règle générale incluant les droits économiques dans le champ d'application de l'art. 1 de la *Charte québécoise* ou les en excluant. En effet, comme le note la juge de la Cour supérieure (p. 822-823) :

. . . les barrières économiques [. . .] sont intimement liées à la possibilité d'accès à des soins de santé. Sans ces droits, compte tenu des coûts impliqués, l'accès aux soins privés est illusoire. Dans ce sens, ces dispositions sont une entrave à l'accès à des services de santé et sont donc susceptibles de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. [Italiques omis.]

L'analyse de la juge Piché est juste. L'accessibilité limitée aux soins de santé est susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la personne, et la prohibition ne peut être qualifiée d'atteinte à un droit économique.

C. *Intérêt pour agir*

Il est clair qu'une contestation fondée sur une charte, qu'il s'agisse de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise*, doit reposer sur un fondement factuel concret : *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. La question n'est pas de déterminer si les appelants peuvent invoquer une atteinte qui leur est propre. Les questions soulevées touchent à l'intérêt public, et le test établi dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, s'applique. La question doit être sérieuse, les demandeurs doivent être touchés directement ou avoir un intérêt véritable en tant que

to them. These conditions have been met. The issue of the validity of the prohibition is serious. Chaoulli is a physician and Zeliotis is a patient who has suffered as a result of waiting lists. They have a genuine interest in the legal proceedings. Finally, there is no effective way to challenge the validity of the provisions other than by recourse to the courts.

36 The three preliminary objections are therefore dismissed. I will now turn to the analysis of the infringement of the rights protected by s. 1 of the *Quebec Charter*.

V. Infringement of the Rights Protected by Section 1 of the *Quebec Charter*

37 The appellant Zeliotis argues that the prohibition infringes Quebeckers' right to life. Some patients die as a result of long waits for treatment in the public system when they could have gained prompt access to care in the private sector. Were it not for s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA*, they could buy private insurance and receive care in the private sector.

38 The Superior Court judge stated [TRANSLATION] "that there [are] serious problems in certain sectors of the health care system" (p. 823). The evidence supports that assertion. After meticulously analysing the evidence, she found that the right to life and liberty protected by s. 7 of the *Canadian Charter* had been infringed. As I mentioned above, the right to life and liberty protected by the *Quebec Charter* is the same as the right protected by the *Canadian Charter*. Quebec society is no different from Canadian society when it comes to respect for these two fundamental rights. Accordingly, the trial judge's findings of fact concerning the infringement of the right to life and liberty protected by s. 7 of the *Canadian Charter* apply to the right protected by s. 1 of the *Quebec Charter*.

39 Not only is it common knowledge that health care in Quebec is subject to waiting times, but a number of witnesses acknowledged that the demand for health

citoyens et il ne doit pas exister d'autre moyen efficace à leur disposition. Ces conditions sont remplies. La question de la validité de la prohibition est sérieuse. Chaoulli est médecin, et Zeliotis est un patient qui a souffert en raison des listes d'attente. Ils ont un intérêt véritable dans le débat judiciaire. Enfin, il n'y a pas d'autre moyen efficace pour soulever la validité des dispositions que le recours aux tribunaux.

Les trois moyens préliminaires sont donc rejetés. Je passe maintenant à l'analyse de l'atteinte aux droits protégés par l'art. 1 de la *Charte québécoise*.

V. L'atteinte aux droits protégés par l'art. 1 de la *Charte québécoise*

L'appelant Zeliotis plaide que la prohibition porte atteinte au droit des Québécois à la vie. Certains patients meurent parce qu'ils doivent attendre pendant de longs délais pour être traités dans le système public alors qu'ils pourraient avoir promptement accès à des soins dans le secteur privé. Sans les art. 11 *LAH* et 15 *LAM*, ils pourraient souscrire une assurance privée et bénéficier de soins dispensés dans le secteur privé.

La juge de la Cour supérieure affirme « qu'il y [a] de graves problèmes dans certains secteurs de la santé » (p. 823). La preuve justifie cette affirmation. Après une minutieuse analyse de la preuve, elle conclut à l'existence d'une atteinte au droit à la vie et à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne*. J'ai mentionné plus tôt que le droit à la vie et à la liberté protégé par la *Charte québécoise* est le même que celui garanti par la *Charte canadienne*. La société québécoise ne se distingue pas de la société canadienne pour ce qui est du respect de ces deux droits fondamentaux. En ce sens, les conclusions de fait de la juge de première instance concernant l'atteinte au droit à la vie et à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne* s'appliquent au droit protégé par l'art. 1 de la *Charte québécoise*.

Outre le fait qu'il est notoire que les soins de santé sont, au Québec, assujettis à des délais d'attente, plusieurs témoins ont reconnu que la demande

care is potentially unlimited and that waiting lists are a more or less implicit form of rationing (report by J.-L. Denis, *Un avenir pour le système public de santé* (1998), at p. 13; report by Y. Brunelle, *Aspects critiques d'un rationnement planifié* (1993), at p. 21). Waiting lists are therefore real and intentional. The witnesses also commented on the consequences of waiting times.

Dr. Daniel Doyle, a cardiovascular surgeon, testified that when a person is diagnosed with cardiovascular disease, he or she is [TRANSLATION] “always sitting on a bomb” and can die at any moment. In such cases, it is inevitable that some patients will die if they have to wait for an operation. Dr. Doyle testified that the risk of mortality rises by 0.45 percent per month. The right to life is therefore affected by the delays that are the necessary result of waiting lists.

The *Quebec Charter* also protects the right to personal inviolability. This is a very broad right. The meaning of “inviolability” is broader than the meaning of the word “security” used in s. 7 of the *Canadian Charter*. In civil liability cases, it has long been recognized in Quebec that personal inviolability includes both physical inviolability and mental or psychological inviolability. This was stated clearly in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 95:

Section 1 of the *Charter* guarantees the right to personal “inviolability”. The majority of the Court of Appeal was of the opinion, contrary to the trial judge’s interpretation, that the protection afforded by s. 1 of the *Charter* extends beyond physical inviolability. I agree. The statutory amendment enacted in 1982 (see *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, in force at the time this cause of action arose) which, *inter alia*, deleted the adjective “physique”, in the French version, which had previously qualified the expression “*intégrité*” (inviolability), clearly indicates that s. 1 refers inclusively to physical, psychological, moral and social inviolability.

Furthermore, arts. 1457 and 1458 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, refer expressly to “moral” injury.

de soins est potentiellement illimitée et que les listes d’attente constituent une forme plus ou moins implicite de rationnement (rapport de J.-L. Denis, *Un avenir pour le système public de santé* (1998), p. 13; rapport de Y. Brunelle, *Aspects critiques d'un rationnement planifié* (1993), p. 21). Les listes d’attente sont donc réelles et voulues. Mais les témoins ont aussi commenté les conséquences des délais d’attente.

Le D^r Daniel Doyle, chirurgien cardiovasculaire, a témoigné que, lorsqu’un diagnostic de maladie cardiovasculaire est posé, la personne est « toujours assis[e] sur une bombe » et peut mourir à n’importe quel moment. Dans ces cas, il est inévitable que certains patients meurent s’ils doivent attendre pour être opérés. Selon ce témoin, le risque de mortalité augmente de 0,45 pour 100 par mois. Le droit à la vie est donc touché par les délais inhérents aux listes d’attente.

La *Charte québécoise* protège aussi le droit à l’intégrité de la personne. Ce droit est très vaste. Le terme « intégrité » a une portée plus large que le mot « sécurité » utilisé à l’art. 7 de la *Charte canadienne*. Dans le domaine de la responsabilité civile, il est depuis longtemps reconnu au Québec que l’intégrité de la personne inclut tant l’intégrité physique que l’intégrité morale ou psychologique. L’arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 95, le précise clairement :

L’article 1 de la *Charte* garantit le droit à l’« intégrité » de la personne. La majorité de la Cour d’appel a été d’avis, contrairement à l’interprétation du premier juge, que la protection de l’art. 1 de la *Charte* s’étend au-delà de l’intégrité physique. Je suis d’accord. En effet, la modification législative effectuée en 1982 (voir la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, ch. 61, en vigueur lors du présent litige), qui a, *inter alia*, supprimé l’adjectif « physique » qui qualifiait auparavant le terme « intégrité », indique clairement que l’art. 1 vise à la fois l’intégrité physique, psychologique, morale et sociale.

Les articles 1457 et 1458 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, mentionnent d’ailleurs explicitement le préjudice moral.

40

41

42

In the instant case, Dr. Eric Lenczner, an orthopaedic surgeon, testified that the usual waiting time of one year for patients who require orthopaedic surgery increases the risk that their injuries will become irreparable. Clearly, not everyone on a waiting list is in danger of dying before being treated. According to Dr. Edwin Coffey, people may face a wide variety of problems while waiting. For example, a person with chronic arthritis who is waiting for a hip replacement may experience considerable pain. Dr. Lenczner also stated that many patients on non-urgent waiting lists for orthopaedic surgery are in pain and cannot walk or enjoy any real quality of life.

En l'espèce, le D^r Eric Lenczner, chirurgien orthopédiste, a témoigné que le délai usuel d'une année imposé aux patients requérant une chirurgie orthopédique augmente le risque que leurs blessures deviennent irréparables. Il est clair que toutes les personnes en attente ne risquent pas de mourir avant d'être traitées. Selon le D^r Edwin Coffey, les personnes en attente peuvent éprouver des problèmes très variés. Par exemple, la personne en attente de remplacement d'une hanche en raison d'arthrite chronique peut ressentir des douleurs considérables. De même, le D^r Lenczner a affirmé que les patients inscrits sur les listes d'attente non urgente en chirurgie orthopédique sont souvent des personnes qui souffrent et qui ne peuvent pas marcher ou profiter d'une véritable qualité de vie.

43

Canadian jurisprudence shows support for interpreting the right to security of the person generously in relation to delays. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 59, Dickson C.J. found, based on the consequences of delays, that the procedure then provided for in s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, jeopardized the right to security of the person. Beetz J., at pp. 105-6, with Estey J. concurring, was of the opinion that the delay created an additional risk to health and constituted a violation of the right to security of the person. Likewise, in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 589, Sopinka J. found that the suffering imposed by the state impinged on the right to security of the person. See also *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, and *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, with respect to mental suffering. If the evidence establishes that the right to security of the person has been infringed, it supports, *a fortiori*, the finding that the right to the inviolability of the person has been infringed.

La jurisprudence canadienne soutient déjà la reconnaissance d'une interprétation généreuse du droit à la sécurité de la personne en matière de délais. Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 59, le juge en chef Dickson s'est fondé sur les conséquences des délais pour conclure que la procédure alors prévue par l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, mettait en jeu le droit à la sécurité de la personne. Le juge Beetz, p. 105-106, avec l'accord du juge Estey, était d'avis que le délai créait un risque additionnel pour la santé et constituait une violation du droit à la sécurité de la personne. De même, dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 589, le juge Sopinka a estimé que les souffrances imposées par l'État constituent une atteinte au droit à la sécurité de la personne. Voir aussi *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, et *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, pour ce qui est des souffrances psychologiques. Si la preuve démontre l'existence d'une atteinte au droit à la sécurité de la personne, à plus forte raison, elle justifie de conclure à une atteinte au droit à l'intégrité de la personne.

44

In the opinion of my colleagues Binnie and LeBel JJ., there is an internal mechanism that safeguards the public health system. According to them, Quebeckers may go outside the province for

Mes collègues les juges Binnie et LeBel considèrent qu'il existe un mécanisme interne qui sauvegarde le système de santé public. Selon eux, les Québécois peuvent se faire traiter à l'extérieur du

treatment where services are not available in Quebec. This possibility is clearly not a solution for the system's deficiencies. The evidence did not bring to light any administrative mechanism that would permit Quebeckers suffering as a result of waiting times to obtain care outside the province. The possibility of obtaining care outside Quebec is case-specific and is limited to crisis situations.

I find that the trial judge did not err in finding that the prohibition on insurance for health care already insured by the state constitutes an infringement of the right to life and security. This finding is no less true in the context of s. 1 of the *Quebec Charter*. Quebeckers are denied a solution that would permit them to avoid waiting lists, which are used as a tool to manage the public plan. I will now consider the justification advanced under s. 9.1 of the *Quebec Charter*.

VI. Justification for the Prohibition

Section 9.1 of the *Quebec Charter* sets out the standard for justification. It reads as follows:

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

The Court had occasion to consider the scope of this provision in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712. In its view, in the context of the relationship between citizens and the state, the provision is of the same nature as s. 1 of the *Canadian Charter* (at pp. 769-71):

It was suggested in argument that because of its quite different wording s. 9.1 was not a justificatory provision similar to s. 1 but merely a provision indicating that the fundamental freedoms and rights guaranteed by the *Quebec Charter* are not absolute but relative and must be construed and exercised in a manner consistent with the values, interests and considerations indicated in s. 9.1 — “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.” In the case at bar the Superior Court and

Québec lorsque les soins ne sont pas disponibles au Québec. Cette possibilité n'est certainement pas la solution aux maux du système. La preuve n'a mis en lumière aucun mécanisme administratif permettant d'obtenir des soins à l'étranger lorsque les Québécois souffrent par suite des délais d'attente. Le recours aux soins à l'étranger est ponctuel et limité à des situations de crise.

J'en conclus que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que la prohibition de l'assurance pour des soins déjà assurés par l'État constitue une atteinte au droit à la vie et à la sécurité. Cette conclusion s'applique intégralement à l'art. 1 de la *Charte québécoise*. Les Québécois sont privés de l'accès à une solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente, qui sont un outil de gestion du régime public. Il reste à examiner la justification présentée en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

VI. Justification de la prohibition

L'article 9.1 de la *Charte québécoise* énonce la norme de justification. Il prévoit ce qui suit :

9.1. 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.

La Cour a eu l'occasion d'examiner la portée de cette disposition dans l'affaire *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Elle y a vu, pour ce qui est des relations des citoyens avec l'État, une disposition de même nature que l'article premier de la *Charte canadienne* (p. 769-771) :

On a soutenu à l'audience qu'en raison de son libellé tout à fait différent, l'art. 9.1 n'est pas une disposition justificative analogue à l'article premier, mais simplement une disposition indiquant que les libertés et droits fondamentaux garantis par la *Charte québécoise* ne sont pas absolus mais relatifs et doivent donc s'interpréter et s'exercer d'une manière compatible avec les valeurs, les intérêts et les considérations mentionnées à l'art. 9.1, soit les « valeurs démocratiques », « l'ordre public » et le « bien-être général des citoyens du Québec ».

45

46

47

the Court of Appeal held that s. 9.1 was a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* and that it was subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality. This Court agrees with that conclusion. The first paragraph of s. 9.1 speaks of the manner in which a person must exercise his fundamental freedoms and rights. That is not a limit on the authority of government but rather does suggest the manner in which the scope of the fundamental freedoms and rights is to be interpreted. The second paragraph of s. 9.1, however — “In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law” — does refer to legislative authority to impose limits on the fundamental freedoms and rights. The words “In this respect” refer to the words “maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec”. Read as a whole, s. 9.1 provides that limits to the scope and exercise of the fundamental freedoms and rights guaranteed may be fixed by law for the purpose of maintaining a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec. That was the view taken of s. 9.1 in both the Superior Court and the Court of Appeal. As for the applicable test under s. 9.1, Boudreault J. in the Superior Court quoted with approval from a paper delivered by Raynold Langlois, Q.C., entitled “Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve”, and published in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (1986), in which the author expressed the view that under s. 9.1 the government must show that the restrictive law is neither irrational nor arbitrary and that the means chosen are proportionate to the end to be served. In the Court of Appeal, Bisson J.A. adopted essentially the same test. He said that under s. 9.1 the government has the onus of demonstrating on a balance of probabilities that the impugned means are proportional to the object sought. He also spoke of the necessity that the government show the absence of an irrational or arbitrary character in the limit imposed by law and that there is a rational link between the means and the end pursued. We are in general agreement with this approach. . . . [I]t is an implication of the requirement that a limit serve one of these ends that the limit should be rationally connected to the legislative purpose and that the legislative means be proportionate to the end to be served. That is implicit in a provision that prescribes that certain values or legislative purposes may prevail in particular circumstances over a fundamental freedom or right. That necessarily implies a balancing exercise and the appropriate test for such balancing is one of

En l'espèce, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que l'art. 9.1 était une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte* canadienne et que son application était soumise à un critère semblable de proportionnalité et de lien rationnel. La Cour souscrit à cette conclusion. Le premier alinéa de l'art. 9.1 parle de la façon dont une personne doit exercer des libertés et des droits fondamentaux. Ce n'est pas une limitation du pouvoir du gouvernement, mais plutôt une indication de la manière d'interpréter l'étendue de ces libertés et droits fondamentaux. Toutefois, le second alinéa de l'art. 9.1 (« La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. ») traite bien du pouvoir du législateur d'imposer des limites aux libertés et droits fondamentaux. L'expression « à cet égard » renvoie au membre de phrase « dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Pris dans son ensemble, l'art. 9.1 prévoit que la loi peut fixer des limites à l'étendue et à l'exercice des libertés et droits fondamentaux garantis pour assurer le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. C'est ainsi que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont envisagé l'art. 9.1. Pour ce qui est du critère à appliquer aux fins de l'art. 9.1, le juge Boudreault de la Cour supérieure a cité et approuvé des extraits d'une étude présentée par M^e Raynold Langlois, c.r., intitulée « Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve » publiée dans *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (1986). Dans cette étude, l'auteur exprime l'avis que, pour se prévaloir de l'art. 9.1, le gouvernement doit démontrer que la loi restrictive n'est ni irrationnelle ni arbitraire et que les moyens choisis sont proportionnés au but visé. En Cour d'appel, le juge Bisson a retenu essentiellement le même critère. Selon lui, il incombe au gouvernement, en vertu de l'art. 9.1, de prouver selon la prépondérance des probabilités que les moyens attaqués sont proportionnels à l'objet qu'on veut atteindre. Il a parlé en outre de l'obligation qu'a le gouvernement d'établir l'absence d'un caractère irrationnel ou arbitraire dans la restriction imposée par la loi ainsi que l'existence d'un lien rationnel entre les moyens employés et la fin poursuivie. D'une manière générale, nous approuvons cette façon d'aborder la question. [. . .] Il s'agit [. . .] de l'exigence que la restriction serve un de ces buts, qu'elle ait un lien rationnel avec l'objet législatif et que les moyens employés par le législateur soient proportionnés au but visé. Une telle exigence est implicite dans une disposition prescrivant que certaines valeurs ou certains objets législatifs peuvent dans des circonstances précises prévaloir sur une liberté ou un droit fondamentaux. Cela implique nécessairement la recherche d'un juste équilibre et le critère à

rational connection and proportionality. [Emphasis in original.]

The interpretation adopted by the Court in that decision still applies today, and the analytical approach developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, must be followed. This approach is well known. First, the court must determine whether the objective of the legislation is pressing and substantial. Next, it must determine whether the means chosen to attain this legislative end are reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. For this second part of the analysis, three tests must be met: (1) the existence of a rational connection between the measure and the aim of the legislation; (2) minimal impairment of the protected right by the measure; and (3) proportionality between the effect of the measure and its objective (*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182). It is the minimal impairment analysis that has proven to be the most delicate stage in the instant case. The other stages cannot, however, be bypassed.

A. Purpose of the Statute

The prohibitions are set out in the *HOIA* and the *HEIA*. The general objective of these statutes is to promote health care of the highest possible quality for all Quebecers regardless of their ability to pay. Quality of care and equality of access are two inseparable objectives under the statutes. At trial, Claude Castonguay, who was Quebec's Minister of Health at the time when the *HEIA* was enacted, testified regarding the legislation's objectives:

[TRANSLATION] . . . we wanted to ensure that everyone would have access to health care, regardless of their ability to pay. Also, because the Health Insurance Act was part of a whole — there was Bill 65 respecting health services — we wanted a thorough reform. We wanted access to health care to be as equal as possible everywhere in Quebec, regardless of place of residence, regardless of financial circumstances

The quality objective is not formally stated, but it seems clear that a health care service that does not attain an acceptable level of quality of care cannot be regarded as a genuine health care service. Low-quality services can threaten the lives of users. The

suivre pour y parvenir consiste à se demander s'il existe un lien rationnel et s'il y a proportionnalité. [Souligné dans l'original.]

L'interprétation ainsi adoptée par la Cour prévaut depuis, et la grille d'analyse tracée dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, s'impose. La démarche est bien connue. 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? (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 182). C'est l'étape de l'analyse de l'atteinte minimale qui se révèle la plus délicate en l'espèce. Les autres étapes ne peuvent cependant pas être escamotées.

A. But de la loi

Les prohibitions sont prévues par la *LAH* et la *LAM*. L'objectif général de ces lois est de promouvoir, pour tous les Québécois, des soins de santé de la meilleure qualité possible, sans égard à leur capacité de payer. Qualité de soins et égalité d'accès sont, aux termes de ces lois, deux objectifs indissociables. Au procès, Claude Castonguay, ministre de la Santé du Québec à l'époque de l'adoption de la *LAM*, a témoigné des objectifs poursuivis :

. . . nous voulions faire en sorte que tous aient accès aux soins, sans égard aux moyens financiers des individus. Nous voulions aussi, parce que la Loi sur l'assurance-maladie faisait partie d'un ensemble, il y a eu la Loi 65 sur les services de santé, une réforme en profondeur, nous voulions que l'accès aux soins soit aussi égal que possible partout au Québec, sans égard au lieu de résidence, sans égard à la situation financière

L'objectif de qualité n'est pas formellement mentionné, mais il paraît évident qu'un service de santé qui ne fournit pas une qualité de soins acceptable ne saurait être considéré comme un véritable service de santé. Des services de mauvaise qualité peuvent

48

49

50

legislature accordingly required that there be supervision of health care. That supervision is essential to guarantee not only the quality of care, but also public safety.

51

To ensure supervision of these services, the *AHSSS* provides for program planning (s. 346), organization of services (ss. 347 to 349), allocation of financial resources (ss. 350 and 351), coordination of health services and social services (ss. 352 to 370), and management of human, material and financial resources (ss. 376 to 385). An institution that provides services may be private and may receive government funding, in which case it is referred to as a “private institution under agreement”. In such cases, the state delegates its responsibilities to a private sector service provider. The services of public institutions and private institutions under agreement relate, on the whole, to a single offer of services, namely the one established by the government. If a legal or natural person wishes to provide health services or social services contemplated by the *AHSSS* from an institution, the person must obtain a permit to operate an institution (ss. 316 and 437). Because private institutions are not prohibited by the *AHSSS*, the Minister may not refuse to issue a permit solely because he or she wishes to slow down the development of private institutions that are not under agreement (*Charles Bentley Nursing Home Inc. v. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30) (see M. 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).

52

The *HOIA* and the *HEIA* provide that, within the framework they establish, the state is responsible for the provision and funding of health services. The *HEIA* provides (s. 3) that the state is to pay the cost of services rendered by a physician that are medically required as well as certain other services provided by, *inter alia*, dentists, pharmacists and optometrists. The insured services are funded by the state out of public moneys. The only contribution made by recipients of services toward the cost is through their income tax, if they are liable to pay

porter atteinte à la vie des usagers. Aussi, le législateur a-t-il prévu que les soins de santé devaient être contrôlés. Ce contrôle est indispensable pour assurer non seulement la qualité des soins, mais aussi la sécurité du public.

Afin d’assurer le contrôle des services, la *LSSSS* prévoit la programmation (art. 346), l’organisation des services (art. 347 à 349), l’allocation des ressources financières (art. 350 et 351), la coordination des services de santé et des services sociaux (art. 352 à 370), ainsi que la gestion des ressources humaines, matérielles et financières (art. 376 à 385). Un établissement fournissant des services peut être privé et peut recevoir des fonds de l’État. L’établissement est alors dit conventionné. Il s’agit là de cas où l’État délègue ses responsabilités à un prestataire de services privé. Les services des établissements publics et privés conventionnés ne relèvent, globalement, que d’une seule offre de services, soit celle prévue par l’administration publique. Si une personne — morale ou physique — désire fournir des services sociosanitaires prévus par la *LSSSS* à partir d’un établissement, elle doit obtenir un permis d’établissement (art. 316 et 437). Comme les établissements privés ne sont pas prohibés par la *LSSSS*, le ministre ne peut refuser un permis au seul motif qu’il veut freiner les projets de développement d’établissements privés non conventionnés (*Charles Bentley Nursing Home Inc. c. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30) (voir M. 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).

La *LAH* et la *LAM* prévoient la prise en charge par l’État, dans le cadre qui y est défini, de la fourniture des services de santé et de leur financement. La *LAM* prévoit (art. 3) le paiement par l’État du coût des services que rend un médecin et qui sont médicalement requis ainsi que certains autres soins comme des services dentaires, pharmaceutiques et optométriques. Les services assurés sont financés par l’État sur les fonds publics. Le bénéficiaire des soins ne contribue au paiement des services que par ses impôts, lorsqu’il en paie. Les services couverts

income tax. The services covered must be provided by participating professionals or by professionals “who have withdrawn”, although these professionals may not receive any fees in addition to those paid by the state (s. 22). The purpose of the *HOIA* is to ensure that hospital care is provided free of charge. The Act provides that hospital services are insured where they are medically required so that Quebecers receive hospital services without charge and upon uniform terms and conditions (s. 2).

It can be seen from this brief review of the legislation governing health services that such services are controlled almost entirely by the state.

Although there are, at first glance, no provisions that prohibit the delivery of services by an individual or a legal person established for a private interest, a number of constraints are readily apparent. In addition to the restrictions relating to the remuneration of professionals, the requirement that a permit be obtained to provide hospital services creates a serious obstacle in practice. This constraint would not be problematic if the prevailing approach favoured the provision of private services. However, that is not the case. Not only are the restrictions real (Laverdière, at p. 170), but Mr. Chaoulli’s situation shows clearly that they are. Here again, the executive branch is implementing the intention of the Quebec legislature to limit the provision of private services outside the public plan. That intention is evident in the preliminary texts tabled in the National Assembly, in the debate concerning those texts and, finally, in the written submissions filed by the Attorney General of Quebec in the instant case.

Section 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* convey this intention clearly. They render any proposal to develop private professional services almost illusory. The prohibition on private insurance creates an obstacle that is practically insurmountable for people with average incomes. Only the very wealthy can reasonably afford to pay for entirely private services. Assuming that a permit were issued, the operation of an institution that is not under agreement is the exception in Quebec. In fact, the trial judge found that the effect of the prohibition was to “significantly” limit the

doivent être fournis par des professionnels participants ou désengagés, qui ne peuvent toutefois recevoir d’honoraires autres que ceux payés par l’État (art. 22). La *LAH* a pour objet d’assurer la gratuité des soins hospitaliers. La loi établit que les services hospitaliers sont assurés dans la mesure où ils sont requis du point de vue médical afin que les Québécois reçoivent, sans frais, des services hospitaliers selon des modalités uniformes (art. 2).

Cet examen sommaire des lois encadrant les services de santé permet de constater que ceux-ci sont contrôlés presque totalement par l’État.

Si, à première vue, aucune disposition n’interdit la fourniture de services par un particulier ou une personne morale de droit privé, plusieurs contraintes ressortent rapidement. Au-delà des restrictions liées à la rémunération des professionnels, l’obligation d’obtenir un permis pour dispenser des services hospitaliers n’est pas sans créer un obstacle pratique important. Cette contrainte ne poserait pas de problème si une approche favorable à la fourniture de services privés prévalait. Tel n’est cependant pas le cas. Non seulement les restrictions sont-elles réelles (Laverdière, p. 170), mais le cas de M. Chaoulli l’illustre clairement. Le pouvoir exécutif met là aussi en action la volonté du législateur québécois de limiter la fourniture de services privés en dehors du contexte du régime public. Cette volonté ressort des textes préliminaires déposés à l’Assemblée nationale, des débats sur ces textes et finalement des déclarations écrites du procureur général du Québec figurant dans le mémoire déposé dans le présent dossier.

Les articles 11 *LAH* et 15 *LAM* traduisent d’ailleurs clairement cette volonté. Ils rendent quasi illusoire tout projet de développement de services professionnels privés. La prohibition des assurances privées crée un obstacle pratiquement insurmontable pour les personnes à revenu moyen. Seules les personnes très fortunées peuvent raisonnablement se permettre d’avoir recours à des services entièrement privés. L’exploitation au Québec d’un établissement non conventionné, en supposant qu’un permis soit délivré, relève du cas d’exception. La juge de

53

54

55

private provision of services that are already available under the public plan (p. 812). This observation relates to the effects of the prohibition. These effects must not be confused with the objective of the legislation. According to the Attorney General of Quebec, the purpose of the prohibition is to preserve the integrity of the public health care system. From this perspective, the objective appears at first glance to be pressing and substantial. Its pressing and substantial nature can be confirmed by considering the historical context.

56

Government involvement in health care came about gradually. Initially limited to extreme cases, such as epidemics or infectious diseases, the government's role has expanded to become a safety net that ensures that the poorest people have access to basic health care services. The enactment of the first legislation providing for universal health care was a response to a need for social justice. According to Dr. Fernand Turcotte, [TRANSLATION] "it was recognized [during the 1920s] that illness had become the primary cause of impoverishment for Canadians, owing to the loss of work that almost always results from serious illness and the loss of family assets, which were inevitably swallowed up to pay for health care" (report by F. Turcotte, *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998), at p. 4). Since the government passed legislation based on its view that it had to be the principal actor in the health care sphere, it is easy to understand its distrust of the private sector. At the stage of analysis of the objective of the legislation, I believe that preserving the public plan is a pressing and substantial purpose.

B. *Proportionality*

(1) Rational Connection

57

The next question is whether the prohibition on private insurance has a rational connection with the objective of preserving the public plan. Does this measure assist the state in implementing a public plan that provides high-quality health care services that are accessible to all residents of Quebec?

première instance a d'ailleurs conclu que la prohibition avait pour effet de limiter « de façon considérable » la fourniture privée de services de même nature que ceux déjà offerts par le régime public (p. 812). Cette observation concerne les effets de la prohibition. Ces effets ne doivent pas être confondus avec l'objectif législatif. Selon le procureur général du Québec, la prohibition a pour but de préserver l'intégrité du régime public de soins de santé. Présenté ainsi, il semble qu'il s'agisse, a priori, d'un objectif urgent et réel. Considéré dans une perspective historique, l'énoncé peut être confirmé.

L'intervention des gouvernements dans le domaine de la santé s'est faite graduellement. Initialement limitée aux cas extrêmes d'épidémies ou de maladies infectieuses, l'intervention de l'État s'est élargie pour devenir un filet de sécurité assurant que les plus pauvres aient accès à des soins minimaux. L'adoption des premières lois établissant des services de santé universels répondait à un besoin de justice sociale. Selon le D^r Fernand Turcotte, pendant les années 20, « on reconnaissait que la maladie était devenue la principale cause d'appauvrissement des Canadiens par le chômage auquel contraint presque toujours la maladie grave et par l'engloutissement du patrimoine familial qu'entraînait inéluctablement, le paiement des soins » (rapport de F. Turcotte, *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998), p. 4). Comme le gouvernement a légiféré parce qu'il estimait nécessaire d'être le principal acteur en matière de santé, il est facile de comprendre sa méfiance envers le secteur privé. À l'étape de l'évaluation de l'objectif législatif, j'estime que la volonté de préserver le régime public constitue un but réel et pressant.

B. *La proportionnalité*

(1) Le lien rationnel

La question qui se pose est de savoir si la prohibition des assurances privées a un lien rationnel avec l'objectif de préservation du régime public. Cette mesure aide-t-elle l'État à mettre en œuvre un régime public de soins de qualité accessibles à tous les résidents du Québec?

According to the trial judge, the effect of the measure adopted by the state is to “significantly” limit private health care. Although the effect of a measure is not always indicative of a rational connection between the measure and its objective, in the instant case the consequences show an undeniable connection between the objective and the measure. The public plan is preserved because it has a quasi-monopoly.

(2) Minimal Impairment

The trial judge made certain assertions that suggest she found that the measure met the minimal impairment test. However, her approach was not appropriate to s. 9.1 of the *Quebec Charter*. Her comments must therefore be considered in their context, not only because she failed to address the *Quebec Charter*, but also because she appears to have placed the onus on the appellants to prove that private insurance would provide a solution to the problem of waiting lists (at p. 796):

[TRANSLATION] The Court further finds that although some of these specialists indicated a desire to be free to obtain private insurance, none of them gave their full and absolute support to the applicants’ proposals, as they explained that it was neither clear nor obvious that a reorganization of the health system with a parallel private system would solve all the existing problems of delays and access. On the contrary, the specialists who testified remained quite circumspect about this complex and difficult question.

The burden of proof does not rest on the appellants. Under s. 9.1 of the *Quebec Charter*, the onus was on the Attorney General of Quebec to prove that the prohibition is justified. He had to show that the measure met the minimal impairment test. The trial judge did not consider the evidence on the basis that there was a burden on the Attorney General of Quebec.

To determine whether the Attorney General of Quebec has discharged this burden, I will begin by analysing the expert evidence submitted to the Superior Court. I will then examine the situations in the other provinces of Canada and in certain countries of the Organization for Economic Cooperation

Selon la juge de première instance, la mesure décrétée par l’État a pour effet de limiter « de façon considérable » les soins privés. Bien que l’effet d’une mesure ne témoigne pas toujours de l’existence d’un lien rationnel entre la mesure et son objectif, dans le cas présent, les conséquences démontrent indéniablement un rapport entre l’objectif et la mesure choisie. Le régime public est préservé parce qu’il est placé en situation de quasi-monopole.

(2) L’atteinte minimale

La juge de première instance a fait certaines affirmations tendant à indiquer qu’elle aurait conclu que la mesure satisfaisait le critère de l’atteinte minimale. Elle n’a cependant pas suivi une grille d’analyse propre à l’art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Ses commentaires doivent donc être situés dans leur contexte non seulement parce qu’elle n’a pas examiné la *Charte québécoise*, mais aussi parce qu’elle semble avoir imposé aux appelants le fardeau de prouver que l’assurance privée permettrait de résoudre le problème des listes d’attente (p. 796) :

Par ailleurs, le Tribunal constate que, malgré que certains de ces spécialistes aient manifesté le désir d’avoir la possibilité de posséder une assurance privée, nul n’a appuyé de façon totale et entière les propositions des requérants expliquant que ce n’est ni certain ni évident qu’un réaménagement du système de santé avec un système privé parallèle réglerait tous les problèmes actuels de délais et d’accès. Au contraire, les spécialistes entendus sont demeurés très prudents sur la question, qui est complexe et difficile.

Le fardeau de la preuve n’incombait pas aux appelants. Suivant l’art. 9.1 de la *Charte québécoise*, il revenait au procureur général du Québec de prouver que la prohibition est justifiée. Il devait démontrer que la mesure choisie satisfaisait au critère de l’atteinte minimale. La juge de première instance n’a pas analysé la preuve en fonction d’un fardeau reposant sur le procureur général du Québec.

Pour vérifier si le procureur général du Québec s’est acquitté de ce fardeau, j’analyserai d’abord la preuve d’expert présentée devant la Cour supérieure. Par la suite, j’examinerai l’état de la situation dans les autres provinces du Canada ainsi que dans certains pays de l’Organisation de coopération et de

58

59

60

61

and Development (“OECD”). Finally, I will address the deference the Court must show where the government has chosen among a number of measures that may impair protected rights.

(a) *The Experts Who Testified at Trial and Whose Evidence Was Accepted by the Superior Court Judge*

62 As can be seen from the evidence, the arguments made in support of the position that the integrity of the public system could be jeopardized by abolishing the prohibition can be divided into two groups. The first group of arguments relates to human reactions of the various people affected by the public plan, while the second group relates to the consequences for the plan itself.

(i) Human Reactions

- 63
1. Some witnesses asserted that the emergence of the private sector would lead to a reduction in popular support in the long term because the people who had private insurance would no longer see any utility for the public plan. Dr. Howard Bergman cited an article in his expert report. Dr. Theodore R. Marmor supported this argument but conceded that he had no way to verify it.
 2. Some witnesses were of the opinion that the quality of care in the public plan would decline because the most influential people would no longer have any incentive to bring pressure for improvements to the plan. Dr. Bergman cited a study by the World Bank in support of his expert report. Dr. Marmor relied on this argument but confirmed that there is no direct evidence to support this view.
 3. There would be a reduction in human resources in the public plan because many physicians and other health care professionals would leave the plan out of a motive for profit: Dr. Charles J. Wright cited a study done in the United Kingdom, but admitted that he had read only a summary and not the study itself. Although Dr. Marmor supported the assertion, he testified

développement économiques (« OCDE »). Je m’interrogerai enfin sur la déférence dont la Cour doit faire preuve lorsque le gouvernement choisit entre plusieurs mesures qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits protégés.

a) *Les experts entendus au procès et dont le témoignage a été retenu par la juge de la Cour supérieure*

L’examen de la preuve permet de regrouper en deux blocs les arguments avancés pour soutenir que l’intégrité du système public pourrait être menacée par l’abolition de la prohibition. Le premier bloc comprend les réactions humaines des différentes personnes touchées par le régime public, alors que le deuxième groupe d’arguments a trait aux conséquences sur le régime lui-même.

(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 D^f Howard Bergman dans son rapport d’expertise. Le D^f 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 D^f Bergman au soutien de son rapport d’expertise. D^f 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 professionnels de la santé quitteraient le régime dans un esprit de profit : une étude menée au Royaume-Uni est invoquée par le D^f Charles J. Wright, mais le témoin admet qu’il n’a jamais lu l’étude, seulement un résumé. Le D^f Marmor, même s’il supporte

that there is really no way to confirm it empirically. In his opinion, it is simply a matter of common sense.

4. An increase in the use of private health care would contribute to an increase in the supply of care for profit and lead to a decline in the professionalism and ethics of physicians working in hospitals. No study was cited in support of this opinion that seems to be based only on the witnesses' common sense.

It is apparent from this summary that for each threat mentioned, no study was produced or discussed in the Superior Court. While it is true that scientific or empirical evidence is not always necessary, witnesses in a case in which the arguments are supposedly based on logic or common sense should be able to cite specific facts in support of their conclusions. The human reactions described by the experts, many of whom came from outside Quebec, do not appear to me to be very convincing, particularly in the context of Quebec legislation. Participation in the public plan is mandatory and there is no risk that the Quebec public will abandon the public plan. The state's role is not being called into question. As well, the *HEIA* contains a clear provision authorizing the Minister of Health to ensure that the public plan is not jeopardized by having too many physicians opt for the private system (s. 30 *HEIA*). The evidence that the existence of the health care system would be jeopardized by human reactions to the emergence of a private system carries little weight.

(ii) Impact on the Public Plan

1. There would be an increase in overall health expenditures: the alleged increase would come primarily from the additional expenditures incurred by individuals who decide to take out private insurance; the rest of the increase in costs would be attributable to the cost of management of the private system by the state.

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. Insurers would reject the most acute patients, leaving the most serious cases to be covered by the public plan. | 2. Les assureurs refuseraient les patients les plus lourds, laissant au régime public les cas les plus graves. |
| 3. In a private system, physicians would tend to lengthen waiting times in the public sector in order to direct patients to the private sector from which they would derive a profit. | 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. |

66 Once again, I am of the opinion that the reaction some witnesses described is highly unlikely in the Quebec context. First, if the increase in overall costs is primarily attributable to the individual cost of insurance, it would be difficult for the state to prevent individuals who wished to pay such costs from choosing how to manage their own finances. Furthermore, because the public plan already handles all the serious cases, I do not see how the situation could be exacerbated if that plan were relieved of the clientele with less serious health problems. Finally, because of s. 1(e), non-participating physicians may not practise as participants; they will not therefore be faced with the conflict of interest described by certain witnesses. As for physicians who have withdrawn (s. 1(d) *HEIA*), the state controls their conditions of practice by way of the agreements (s. 1(f) *HEIA*) they are required to sign. Thus, the state can establish a framework of practice for physicians who offer private services.

67 The trial judge's assessment of the evidence was founded on the idea that the appellants had to prove that abolishing the prohibition would improve the public plan. She also analysed the case from the perspective of s. 7 of the *Canadian Charter*, which placed the burden on the appellants rather than on the Attorney General of Quebec. Furthermore, a number of witnesses failed to consider the legislation specific to Quebec. The combination of these three oversights or errors means that the findings must be qualified and adapted to s. 9.1 of the *Quebec Charter*.

68 Upon completing her analysis, the trial judge drew the following conclusion (at p. 827):

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. 1e) 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.

La juge de première instance a évalué la preuve en ayant à l'esprit que les appelants devaient prouver que l'abolition de la prohibition améliorerait le régime public. De plus, elle a analysé le dossier au regard de l'art. 7 de la *Charte canadienne* qui impose le fardeau de la preuve aux appelants plutôt qu'au procureur général du Québec. Au surplus, plusieurs témoins n'ont pas tenu compte de la législation particulière du Québec. La combinaison de ces trois lacunes ou erreurs fait en sorte que les conclusions doivent être nuancées pour être adaptées à l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

En fait, après avoir complété son analyse, la juge a tiré la conclusion suivante (p. 827) :

[TRANSLATION] These provisions are based on the fear that the establishment of a private health care system would rob the public sector of a significant portion of the available health care resources. [Emphasis added.]

Thus, the judge's finding that the appellants had failed to show that the scope of the prohibition was excessive and that the principles of fundamental justice had not been violated was based solely on the "fear" of an erosion of resources or a [TRANSLATION] "threat [to] the integrity" of the system (p. 827 (emphasis deleted)). But the appellants did not have the burden of disproving every fear or every threat. The onus was on the Attorney General of Quebec to justify the prohibition. Binnie and LeBel JJ. rely on a similar test in asserting that private health care would likely have an impact on the public plan. This standard does not meet the requirement of preponderance under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. It can be seen from the evidence that the Attorney General of Quebec failed to discharge his burden of proving that a total prohibition on private insurance met the minimal impairment test.

There is other evidence in the record that might be of assistance in the justification analysis. In this regard, it is useful to observe the approaches of the other Canadian provinces because they also operate within the financial framework established by the *Canada Health Act*.

(b) *Overview of Other Provincial Plans*

The approach to the role of the private sector taken by the other nine provinces of Canada is by no means uniform. In addition to Quebec, six other provinces have adopted measures to discourage people from turning to the private sector. The other three, in practice, give their residents free access to the private sector.

Ontario (*Health Care Accessibility Act*, R.S.O. 1990, c. H.3, s. 2), Nova Scotia (*Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 197, s. 29(2)) and Manitoba (*Health Services Insurance Act*, R.S.M. 1987, c. H35, s. 95(1)) prohibit non-participating physicians from charging their

À la base de ces dispositions réside la crainte que l'établissement d'un système de soins privé aurait pour effet de subtiliser une partie substantielle des ressources en matière de santé au détriment du secteur public. [Je souligne.]

C'est donc seulement en raison d'une « crainte » d'érosion des ressources ou d'une « menac[e à] l'intégrité » du système (p. 827 (soulignement omis)) que la juge conclut que les appelants n'ont pas démontré que la prohibition a une portée excessive, et donc que les principes de justice fondamentale ne sont pas enfreints. Les appelants n'avaient cependant pas le fardeau d'écarter toute crainte ou toute menace. Il revenait au procureur général du Québec de justifier la prohibition. Les juges Binnie et LeBel s'appuient sur un critère analogue lorsqu'ils affirment que les soins privés sont susceptibles d'affecter le régime public. Cette norme ne satisfait pas à l'exigence de prépondérance de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Il ressort de l'examen de la preuve que le procureur général du Québec ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver que la prohibition totale des assurances privées satisfaisait au critère de l'atteinte minimale.

Le dossier comporte d'autres éléments qui peuvent être utiles dans l'analyse de la justification. À cet égard, il est intéressant d'observer ce que font les autres provinces canadiennes, puisqu'elles évoluent aussi dans le cadre financier établi par la *Loi canadienne sur la santé*.

b) *Aperçu des régimes des autres provinces*

L'approche adoptée par les neuf autres provinces canadiennes en ce qui concerne le rôle du secteur privé est loin d'être uniforme. En plus du Québec, six autres provinces sont dotées de mesures qui découragent le recours au secteur privé. Les trois autres laissent à leurs résidents pratiquement libre accès au secteur privé.

L'Ontario (*Loi sur l'accessibilité aux services de santé*, L.R.O. 1990, ch. H.3, art. 2), la Nouvelle-Écosse (*Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 197, par. 29(2)) et le Manitoba (*Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.M. 1987, ch. H35, par. 95(1)) interdisent aux médecins non

69

70

71

patients more than what physicians receive from the public plan. In practice, there is no financial incentive to opt for the private sector. It is worth noting that Nova Scotia does not prohibit insurance contracts to cover health care obtained in the private sector. Ontario and Manitoba prohibit insurance contracts but refund amounts paid by patients to non-participating physicians.

participants d'exiger de leurs patients plus que ce que les médecins reçoivent du régime public. En pratique, les médecins n'ont pas d'avantage pécuniaire à opter pour le secteur privé. Il est intéressant de constater que la Nouvelle-Écosse ne prohibe pas la conclusion de contrats d'assurance à l'égard des soins obtenus dans le secteur privé alors que l'Ontario et le Manitoba prohibent de tels contrats, mais remboursent aux patients le coût des services payés à un médecin non participant.

72

Alberta (*Alberta Health Care Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. A-20, s. 9(1)), British Columbia (*Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 18(2)) and Prince Edward Island (*Health Services Payment Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-2, ss. 10, 10.1 and 14.1) have adopted a very different approach. In those provinces, non-participating physicians are free to set the amount of their fees, but the cost of the services is not refunded and contracts for insurance to cover services offered by the public plan are prohibited. This is the same policy as has been adopted by Quebec.

L'Alberta (*Alberta Health Care Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. A-20, par. 9(1)), la Colombie-Britannique (*Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286, par. 18(2)) et l'Île-du-Prince-Édouard (*Health Services Payment Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-2, art. 10, 10.1 et 14.1) ont adopté une approche très différente. Dans ces provinces, les médecins non participants sont libres de fixer le montant de leurs honoraires, mais le coût des services n'est pas remboursé et il n'est pas permis de conclure des contrats pour s'assurer pour les services offerts par le régime public. Cette politique est celle choisie par le Québec.

73

Saskatchewan (*Saskatchewan Medical Care Insurance Act*, R.S.S. 1978, c. S-29, s. 18(1.1)), New Brunswick (*Medical Services Payment Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-7, s. 2.01(a), and *General Regulation — Medical Services Payment Act*, N.B. Reg. 84-20, Sch. 2, para. (n.1)), and Newfoundland and Labrador (*Medical Care Insurance Act, 1999*, S.N.L. 1999, c. M-5.1, s. 10(5), and *Medical Care Insurance Insured Services Regulations*, C.N.L.R. 21/96, s. 3) are open to the private sector. New Brunswick allows physicians to set their own fees. In Saskatchewan, this right is limited to non-participating physicians. The cost is not refunded by the public plan, but patients may purchase insurance to cover those costs. Newfoundland and Labrador agrees to reimburse patients, up to the amount covered by the public plan, for fees paid to non-participating physicians. In Newfoundland and Labrador, patients may subscribe to private insurance to cover the difference.

La Saskatchewan (*Saskatchewan Medical Care Insurance Act*, R.S.S. 1978, ch. S-29, par. 18(1.1)), le Nouveau-Brunswick (*Loi sur le paiement des services médicaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-7, al. 2.01a), et *Règlement général — Loi sur le paiement des services médicaux*, Règl. du N.-B. 84-20, ann. 2, al. n.1)) et Terre-Neuve-et-Labrador (*Medical Care Insurance Act, 1999*, S.N.L. 1999, ch. M-5.1, par. 10(5), et *Medical Care Insurance Insured Services Regulations*, C.N.L.R. 21/96, art. 3) se montrent ouverts au secteur privé. Le Nouveau-Brunswick permet aux médecins de fixer eux-mêmes leurs honoraires. En Saskatchewan, ce droit est limité aux médecins non participants. Le coût n'est pas remboursé par le régime public, mais les patients peuvent s'assurer pour ces coûts. Pour sa part, Terre-Neuve-et-Labrador accepte de rembourser aux patients les frais payés au médecin non participant jusqu'à concurrence de la somme couverte par le régime public. À Terre-Neuve-et-Labrador, les patients peuvent souscrire une assurance privée pour couvrir la différence.

Even if it were assumed that the prohibition on private insurance could contribute to preserving the integrity of the system, the variety of measures implemented by different provinces shows that prohibiting insurance contracts is by no means the only measure a state can adopt to protect the system's integrity. In fact, because there is no indication that the public plans of the three provinces that are open to the private sector suffer from deficiencies that are not present in the plans of the other provinces, it must be deduced that the effectiveness of the measure in protecting the integrity of the system has not been proved. The example illustrated by a number of other Canadian provinces casts doubt on the argument that the integrity of the public plan depends on the prohibition against private insurance. Obviously, since Quebec's public plan is in a quasi-monopoly position, its predominance is assured. Also, the regimes of the provinces where a private system is authorized demonstrate that public health services are not threatened by private insurance. It can therefore be concluded that the prohibition is not necessary to guarantee the integrity of the public plan.

In the context of s. 9.1 of the *Quebec Charter*, I must conclude that a comparison with the plans of the other Canadian provinces does not support the position of the Attorney General of Quebec.

There are also many reports in the record on which to base an overview of current practices in several OECD countries.

(c) *Overview of Practices in Certain OECD Countries*

Mr. Chaoulli, echoed by at least one of the witnesses (Dr. Coffey), argued that Canada is the only OECD country to prohibit insurance for health care provided by non-participating physicians. This assertion must be clarified as it relates to Canada: it is true of only six provinces. It must also be qualified in the international context: while no such prohibition is found in any other OECD country, it should nonetheless be mentioned that measures to protect the public plan have been implemented in a number of countries, even some of the countries whose health

Même si on tenait pour acquis que la prohibition des assurances privées peut contribuer à préserver l'intégrité du système, la variété des mesures mises en place par les différentes provinces démontre qu'une telle mesure est loin d'être la seule à laquelle un État peut recourir. En fait, comme rien n'indique que le régime public des trois provinces sympathiques au secteur privé souffre de tares dont sont exempts les régimes des autres provinces, il faut en déduire que l'efficacité de la mesure n'est pas démontrée. L'exemple de plusieurs provinces canadiennes fait donc douter de la validité de l'argument suivant lequel l'intégrité du régime public dépend de la prohibition des assurances privées. Certes, comme le régime public québécois est dans une position quasi monopolistique, sa prédominance est assurée. Les régimes en vigueur dans les provinces où un système privé est autorisé démontrent également que les services de santé publics ne sont pas menacés par l'assurance privée. Il est donc permis d'inférer que la prohibition n'est pas nécessaire pour assurer l'intégrité du régime public.

Dans le contexte de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, force est de constater que la comparaison avec les régimes des autres provinces canadiennes n'appuie pas la position du procureur général du Québec.

De nombreux rapports produits au dossier permettent aussi de faire un survol des pratiques ayant cours dans plusieurs pays de l'OCDE.

c) *Survol des pratiques dans quelques pays de l'OCDE*

Monsieur Chaoulli avance, argument qui est repris par au moins un témoin (D^r Coffey), que le Canada est le seul pays de l'OCDE à prohiber les assurances pour les soins dispensés par les médecins non participants. Cette affirmation doit être située dans le contexte canadien : elle n'est fondée que pour six provinces. De plus, dans le contexte international, elle doit être nuancée. En effet, si une telle prohibition n'existe dans aucun autre pays de l'OCDE, il convient tout de même de signaler que, dans plusieurs pays, des mesures sont mises en

74

75

76

77

care plans have been provided as models. There is no single model; the approach in Europe is no more uniform than in Canada.

78 In a number of European countries, there is no insurance paid for directly out of public funds. In Austria, services are funded through decentralized agencies that collect the necessary funds from salaries. People who want to obtain health care in the private sector in addition to the services covered by the mandatory social insurance are free to do so, but private insurance may cover no more than 80 percent of the cost billed by professionals practising in the public sector. The same type of plan exists in Germany and the Netherlands, but people who opt for private insurance are not required to pay for the public plan. Only nine percent of Germans opt for private insurance.

79 Australia's public system is funded in a manner similar to the Quebec system. However, Australia's system is different in that the private and public sectors coexist, and insurance covering private sector health care is not prohibited. The government attempts to balance access to the two sectors by allowing taxpayers to deduct 30 percent of the cost of private insurance. Insurance rates are regulated to prevent insurers from charging higher premiums for higher-risk individuals (C. H. Tuohy, C. M. Flood and M. Stabile, "How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations" (2004), 29 *J. Health Pol.* 359).

80 The United Kingdom does not restrict access to private insurance for health care (*The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 3, *Health Care Systems in Other Countries*, Interim Report (2002), at p. 38). Nor does the United Kingdom limit a physician's ability to withdraw from the public plan. However, physicians working full-time in public hospitals are limited in the amounts that they may bill in the private sector to supplement

œuvre pour protéger le régime public, et ce, même dans certains des pays où les régimes de santé sont présentés comme des modèles à suivre. Il n'existe cependant pas de modèle unique. En effet, pas plus en Europe qu'au Canada ne retrouve-t-on une approche uniforme.

Plusieurs pays d'Europe n'ont pas recours à une assurance payée directement sur les fonds publics. En Autriche, les services sont financés par l'intermédiaire d'organismes décentralisés qui perçoivent les fonds requis sur les salaires. Les personnes qui veulent obtenir des soins du secteur privé, en sus de ceux payés par l'assurance sociale obligatoire, sont libres de le faire, mais l'assurance privée ne peut couvrir plus de 80 pour 100 du coût facturé par les professionnels œuvrant dans le secteur public. En Allemagne et aux Pays-Bas, le même type de régime est en place, mais les personnes qui optent pour l'assurance privée n'ont pas à déboursier pour le régime public. Seulement 9 pour 100 des Allemands optent pour l'assurance privée.

Le financement du régime public australien est similaire au financement du régime québécois. Le régime australien se distingue cependant en ce que les secteurs privé et public cohabitent, et l'assurance pour couvrir les soins de santé offerts par le secteur privé n'est pas prohibée. Le gouvernement tente d'équilibrer l'accès aux deux secteurs en autorisant les contribuables à déduire 30 pour 100 du coût de l'assurance privée. Les taux d'assurances sont réglementés, afin d'éviter que les assureurs exigent des primes plus élevées des personnes présentant plus de risques (C. H. Tuohy, C. M. Flood et M. Stabile, « How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations » (2004), 29 *J. Health Pol.* 359).

Le Royaume-Uni ne restreint pas l'accès à l'assurance privée pour les soins de santé (*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 3, *Les systèmes de soins de santé dans d'autres pays*, Rapport intérimaire (2002), p. 36). Il ne limite pas non plus la possibilité pour un médecin de se désengager du régime public. Les médecins travaillant à temps plein dans des hôpitaux publics sont assujettis à des limites quant aux sommes qu'ils peuvent

income earned in the public sector (p. 40). Only 11.5 percent of Britons had taken out private insurance in 1998 (Tuohy, Flood and Stabile, at p. 374), and only 8 percent of hospital beds in the United Kingdom are private (Quebec and France, *Health Indicators: International Comparisons: 15 years of Evolution: Canada, France, Germany, Québec, United Kingdom, United States* (1998), at p. 55). New Zealand has a plan similar to that of the United Kingdom with the difference that 40 percent of New Zealanders have private insurance (Tuohy, Flood and Stabile, at p. 363).

Sweden does not prohibit private insurance, and the state does not refund the cost of health care paid for in the private sector. Private insurance accounts for only two percent of total health care expenditures and there are only nine private hospitals (*The Health of Canadians — The Federal Role*, at pp. 31-33).

It can be seen from the systems in these various OECD countries that a number of governments have taken measures to protect their public plans from abuse. The measures vary from country to country depending on the nature of their specific systems. For example, in the United Kingdom, there are limits on the amounts physicians may earn in the private sector in addition to what they receive from the public plan. Australia has opted to regulate insurance premiums, but it is alone in this respect.

As can be seen from the evolution of public plans in the few OECD countries that have been examined in studies produced in the record, there are a wide range of measures that are less drastic, and also less intrusive in relation to the protected rights. The Quebec context is a singular one, not only because of the distinction between participating physicians, non-participating physicians and physicians who have withdrawn (s. 1 *HEIA*), but also because the Minister may require non-participating physicians to provide health services if he or she considers it likely that the services will not be provided under uniform conditions throughout Quebec or in a particular region (s. 30 *HEIA*). A measure as drastic as

facturer au secteur privé pour compléter les revenus gagnés dans le secteur public (p. 38). Seulement 11,5 pour 100 des Britanniques avaient contracté une assurance privée en 1998 (Tuohy, Flood et Stabile, p. 374), et seulement 8 pour 100 des lits d'hôpitaux du Royaume-Uni sont privés (Québec et France, *Indicateurs sociosanitaires : comparaisons internationales : évolution 1980-1994 : Allemagne, Canada, États-Unis, France, Québec, Royaume-Uni* (1998), p. 55). La Nouvelle-Zélande a un régime qui s'apparente à celui du Royaume-Uni, sauf que 40 pour 100 des Néo-Zélandais se dotent d'assurances privées (Tuohy, Flood et Stabile, p. 363).

La Suède ne prohibe pas l'assurance privée et l'État ne rembourse pas les soins payés au secteur privé. L'assurance privée compte pour seulement 2 pour 100 des dépenses totales des soins de santé et on y retrouve seulement neuf hôpitaux privés (*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, p. 29-31).

L'examen des régimes en vigueur dans ces quelques pays de l'OCDE permet de constater que plusieurs gouvernements ont pris des mesures pour protéger leur régime public contre les abus. Ces mesures sont fonction du régime particulier de chaque pays. Par exemple, au Royaume-Uni, les médecins sont assujettis à des limites quant à la rémunération additionnelle qu'ils peuvent gagner dans le secteur privé, en sus de ce qu'ils reçoivent du régime public. L'Australie a opté pour la réglementation des primes d'assurance, mais elle fait cavalier seul.

L'évolution des régimes publics dans quelques pays de l'OCDE, au sujet desquels des études ont été produites au dossier, fait voir qu'il existe toute une gamme de mesures moins draconiennes, et moins attentatoires aux droits protégés. Le contexte québécois est singulier, non seulement en raison de la distinction entre médecins participants, médecins non participants et médecins désengagés (art. 1 *LAM*), mais aussi parce que le ministre peut forcer un médecin non participant à fournir des services s'il est d'avis que les services de santé sont susceptibles de ne pas être offerts selon des conditions uniformes dans l'ensemble du Québec ou dans une région donnée (art. 30 *LAM*). Une mesure aussi

81

82

83

prohibiting private insurance contracts appears to be neither essential nor determinative.

84 It cannot therefore be concluded from the evidence relating to the Quebec plan or the plans of the other provinces of Canada, or from the evolution of the systems in place in various OECD countries, that the Attorney General of Quebec has discharged his burden of proof under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. A number of measures are available to him to protect the integrity of Quebec's health care plan. The choice of prohibiting private insurance contracts is not justified by the evidence. However, is this a case in which the Court should show deference?

(d) *Level of Deference Required*

85 In the past, the Court has considered the question of the basis of its power of judicial review (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 56; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 98), and it is not necessary to retrace the source of the powers deriving from s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and s. 52 of the *Quebec Charter*. Section 52 of the *Quebec Charter* reads as follows:

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

However, as can be seen from the large number of interveners in this appeal, differences of views over the emergence of a private health care plan have a polarizing effect on the debate, and the question of the deference owed to the government by the courts must be addressed. Some of the interveners urge the courts to step in, while others argue that this is the role of the state. It must be possible to base the criteria for judicial intervention on legal principles and not on a socio-political discourse that is disconnected from reality.

86 Under the charters, the government is responsible for justifying measures it imposes that impair rights. The courts can consider evidence concerning

draconienne que la prohibition ne paraît ni indispensable ni déterminante.

Ni l'examen de la preuve concernant le régime québécois ou ceux en vigueur dans les autres provinces canadiennes, ni l'évolution des systèmes en place dans plusieurs pays de l'OCDE ne permettent de conclure que le procureur général du Québec a satisfait au fardeau de preuve qui lui incombe pour l'application de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Il dispose de plusieurs moyens pour protéger l'intégrité du régime québécois de soins de santé. Le choix de la prohibition n'est pas justifié par la preuve. S'agit-il cependant d'un cas où la Cour devrait faire preuve de déférence?

d) *Niveau de déférence requis*

La Cour s'est, dans le passé, interrogée sur le fondement de son pouvoir de révision judiciaire (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 56; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 98), et il n'est pas nécessaire de refaire ici la genèse des pouvoirs liés à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et à l'art. 52 de la *Charte québécoise*. Ce dernier article prévoit :

52. 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.

Cependant, comme en font foi les nombreuses interventions présentées à la Cour, les opinions divergentes émises quant à l'émergence d'un régime privé de soins de santé sont source de polarisation du débat et la question de la déférence due par les tribunaux au gouvernement est soulevée. Certains intervenants pressent les tribunaux d'intervenir; d'autres font valoir qu'un tel rôle revient à l'État. Les critères d'intervention des tribunaux doivent pouvoir être fondés sur des principes juridiques, non sur un discours politico-social décroché de la réalité.

En vertu des chartes, le gouvernement a la responsabilité de justifier les mesures attentatoires qu'il impose. Les tribunaux peuvent recevoir de la preuve

the historical, social and economic aspects, or any other evidence that may be material.

It cannot be said that the government lacks the necessary resources to show that its legislative action is motivated by a reasonable objective connected with the problem it has undertaken to remedy. The courts are an appropriate forum for a serious and complete debate. As G. Davidov said in “The Paradox of Judicial Deference” (2000-2001), 12 *N.J.C.L.* 133, at p. 143, “[c]ourts do not have to define goals, choose means or come up with ideas. They do not have to create social policies; they just have to understand what the other branches have created. No special expertise is required for such an understanding.” In fact, if a court is satisfied that all the evidence has been presented, there is nothing that would justify it in refusing to perform its role on the ground that it should merely defer to the government’s position. When the courts are given the tools they need to make a decision, they should not hesitate to assume their responsibilities. Deference cannot lead the judicial branch to abdicate its role in favour of the legislative branch or the executive branch.

The question submitted by the appellants has a factual content that was analysed by the trial judge. One part of her findings must be adapted to the context of s. 9.1 of the *Quebec Charter*. The other findings remain unchanged. The questions of law are not complex.

The courts have a duty to rise above political debate. They leave it to the legislatures to develop social policy. But when such social policies infringe rights that are protected by the charters, the courts cannot shy away from considering them. The judicial branch plays a role that is not played by the legislative branch. Professor Roach described the complementary role of the courts *vis-à-vis* the legislature as follows (K. Roach, “Dialogic Judicial Review and its Critics” (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49, at pp. 69-71):

portant sur les aspects historiques, sociaux et économiques ou toute autre preuve qui peut s’avérer pertinente.

Nul ne pourrait dire que le gouvernement ne dispose pas des ressources nécessaires pour démontrer que son intervention législative est motivée par un objectif raisonnable ayant un lien avec le problème qu’il s’est donné pour mission de corriger. Les tribunaux constituent un lieu approprié pour un débat posé et complet. Comme le dit G. Davidov, dans « The Paradox of Judicial Deference » (2000-2001), 12 *R.N.D.C.* 133, p. 143 : [TRADUCTION] « [L]es tribunaux n’ont pas à fixer des objectifs, à choisir des moyens ou à trouver des idées. Ils n’ont pas à établir des politiques sociales; il leur suffit seulement de comprendre ce qu’ont établi les autres branches du gouvernement. Pour ce faire, aucune expertise spéciale n’est requise. » En fait, si un tribunal est convaincu que toute la preuve a été présentée, rien ne le justifie de refuser d’exercer son rôle au motif qu’il devrait simplement s’en remettre à l’opinion du gouvernement. Lorsqu’ils disposent des outils nécessaires à la prise d’une décision, les tribunaux ne devraient pas hésiter à assumer leurs responsabilités. La déférence ne saurait entraîner l’abdication par le pouvoir judiciaire de son rôle devant le pouvoir législatif ou exécutif.

La question soumise par les appelants a un contenu factuel qui a été analysé par le juge de première instance. Une partie de ses conclusions doit être adaptée à la lumière du contexte de l’art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Les autres conclusions demeurent intactes. Les questions de droit ne sont pas complexes.

Les tribunaux ont le devoir de s’élever au-dessus du débat politique. Ils laissent au législateur le soin d’intervenir pour concevoir les politiques sociales. Mais lorsque celles-ci violent les droits protégés par les chartes, ils ne peuvent s’esquiver. Le pouvoir judiciaire joue un rôle que ne joue pas le pouvoir législatif. Le professeur Roach décrit ainsi le rôle complémentaire des tribunaux par rapport au législateur (K. Roach, « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49, p. 69-71 :

87

88

89

[Some] unique attributes of courts include their commitment to allowing structured and guaranteed participation from aggrieved parties; their independence from the executive, and their commitment to giving reasons for their decisions. In addition, courts have a special commitment to make sense of legal texts that were democratically enacted as foundational documents.

. . . The pleader in court has a guaranteed right of participation and a right to a reasoned decision that addresses the arguments made in court, as well as the relevant text of the democratically enacted law. . . .

Judges can add value to societal debates about justice by listening to claims of injustice and by promoting values and perspectives that may not otherwise be taken seriously in the legislative process.

90 From this perspective, it is through the combined action of legislatures and courts that democratic objectives can be achieved. In their analysis of the Quebec secession reference, Choudhry and Howse describe this division of constitutional responsibilities accurately (S. Choudhry and R. Howse, “Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference*” (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143, at pp. 160-61):

[I]nterpretive responsibility for particular constitutional norms is both shared and divided. It is shared to the extent that courts are responsible for articulating constitutional norms in their conceptually abstract form. But interpretive responsibility is divided because beyond the limits of doctrine, constitutional interpretation is left to the political organs. The image which emerges is one of “judicial and legislative cooperation in the molding of concrete standards through which elusive and complex constitutional norms . . . come to be applied.”

91 To refuse to exercise the power set out in s. 52 of the *Quebec Charter* would be to deny that provision its real meaning and to deprive Quebecers of the protection to which they are entitled.

92 In a given case, a court may find that evidence could not be presented for reasons that it considers valid, be it due to the complexity of the evidence or to some other factor. However, the government cannot argue that the evidence is too complex

[TRADUCTION] Les tribunaux ont des attributs qui leurs sont propres, notamment la volonté d’offrir à toutes les parties lésées de participer de façon ordonnée au débat, l’indépendance par rapport au pouvoir exécutif et le devoir de motiver leurs décisions. En outre, les tribunaux sont spécialement chargés d’expliquer les textes juridiques fondamentaux adoptés de façon démocratique.

. . . Le tribunal garantit au plaideur le droit de participer au débat et le droit à une décision motivée en fonction des arguments présentés et des textes de loi pertinents adoptés de façon démocratique. . . .

Les juges peuvent ajouter une valeur aux débats de société au sujet de la justice en écoutant les demandes de réparation pour injustice et en proposant des valeurs et des points de vue qui, autrement, peuvent ne pas être envisagés sérieusement dans le cadre de la démarche législative.

Selon ce point de vue, c’est l’action combinée des législatures et des tribunaux qui permettra de réaliser les objectifs démocratiques. Dans leur analyse du renvoi sur la sécession du Québec, les auteurs Choudhry et Howse décrivent bien ce partage des responsabilités constitutionnelles (S. Choudhry et R. Howse, « Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference* » (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143, p. 160-161) :

[TRADUCTION] [L]a charge d’interpréter des normes constitutionnelles est à la fois partagée et séparée. Elle est partagée dans la mesure où il appartient aux tribunaux de formuler des normes constitutionnelles dans leur forme conceptuelle abstraite. Mais cette charge est séparée parce qu’au-delà des limites de la doctrine, l’interprétation constitutionnelle est laissée aux organes politiques. L’image qui apparaît alors est celle d’une « collaboration du pouvoir judiciaire avec le pouvoir législatif en vue de façonner des règles concrètes grâce auxquelles des normes constitutionnelles évasives et complexes [. . .] en viennent à s’appliquer. »

Ce serait nier à l’art. 52 de la *Charte québécoise* sa portée véritable que de refuser d’exercer le pouvoir qui y est prévu. Ce serait priver les Québécois de la protection à laquelle ils ont droit.

Dans un dossier donné, un tribunal peut constater que la preuve n’a pas pu être présentée pour des motifs qu’il estime justifiables, que ce soit en raison de sa complexité ou pour toute autre raison. Le gouvernement ne pourrait cependant pas faire valoir

without explaining why it cannot be presented. If such an explanation is given, the court may show greater deference to the government. Based on the extent of the impairment and the complexity of the evidence considered to be necessary, the court can determine whether the government has discharged its burden of proof.

The court's reasons for showing deference must always reflect the two guiding principles of justification: the measure must be consistent with democratic values and it must be necessary in order to maintain public order and the general well-being of citizens. The variety of circumstances that may be presented to a court is not conducive to the rigidity of an exhaustive list.

In past cases, the Court has discussed a number of situations in which courts must show deference, namely situations in which the government is required to mediate between competing interests and to choose between a number of legislative priorities (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 993-94). It is also possible to imagine situations in which a government might lack time to implement programs or amend legislation following the emergence of new social, economic or political conditions. The same is true of an ongoing situation in which the government makes strategic choices with future consequences that a court is not in a position to evaluate.

In short, a court must show deference where the evidence establishes that the government has assigned proper weight to each of the competing interests. Certain factors favour greater deference, such as the prospective nature of the decision, the impact on public finances, the multiplicity of competing interests, the difficulty of presenting scientific evidence and the limited time available to the state. This list is certainly not exhaustive. It serves primarily to highlight the facts that it is up to the government to choose the measure, that the decision is often complex and difficult, and that the government must have the necessary time and resources to

que la preuve est trop complexe sans expliquer les motifs pour lesquels elle ne peut être apportée. Si une telle explication est donnée, le tribunal peut alors accorder aux gouvernements une plus grande déférence. Le tribunal peut évaluer, selon l'importance de l'atteinte et la complexité de la preuve jugée nécessaire, si le gouvernement s'acquitte de son fardeau de preuve.

Les motifs qui justifient les tribunaux de faire montre de déférence doivent toujours faire écho aux deux principes directeurs de la justification : la mesure doit être conforme aux valeurs démocratiques, et elle doit être nécessaire pour le maintien de l'ordre public et le bien-être général des citoyens. La variété des circonstances qui sont susceptibles d'être soumises à un tribunal n'est pas compatible avec le carcan d'une liste limitative.

La Cour a déjà exposé plusieurs circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent faire preuve de déférence. Il s'agit des cas où le gouvernement doit arbitrer entre des intérêts divergents, choisir entre plusieurs priorités législatives (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993-994). On peut aussi imaginer le cas où un gouvernement n'aurait pas eu le temps de mettre en œuvre un programme ou de modifier sa législation à la suite de nouvelles conditions sociales, économiques ou politiques. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'une situation en cours et que le gouvernement fait des choix stratégiques qui ont des conséquences futures qu'un tribunal n'est pas en mesure d'évaluer.

En somme, le tribunal doit faire montre de déférence lorsque la preuve démontre que le gouvernement a accordé son juste poids à chaque intérêt en jeu. Certains facteurs militent en faveur d'une plus grande déférence, tels l'aspect prospectif de la décision, l'incidence sur les finances publiques, la multiplicité des intérêts divergents, la difficulté d'apporter une preuve scientifique et le court délai dont a bénéficié l'État. Cette énumération n'est évidemment pas exhaustive. Elle sert surtout à mettre en relief le fait que le choix de la mesure revient au gouvernement, que la décision est souvent complexe et difficile et qu'il doit disposer des moyens et du temps

93

94

95

respond. However, as McLachlin J. (as she then was) said in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 136, “. . . care must be taken not to extend the notion of deference too far”.

96

The instant case is a good example of a case in which the courts have all the necessary tools to evaluate the government’s measure. Ample evidence was presented. The government had plenty of time to act. Numerous commissions have been established (Commission d’étude sur les services de santé et les services sociaux (Quebec) (Clair Commission), 2000; Comité sur la pertinence et la faisabilité d’un régime universel public d’assurance médicaments (Quebec) (Montmarquette Committee), 2001; Commission on the Future of Health Care in Canada (Canada) (Romanow Commission), 2002), and special or independent committees have published reports (Quebec, *Emerging Solutions: Report and Recommendations* (2001) (Clair Report); Quebec, *Pour un régime d’assurance médicaments équitable et viable* (2001) (Montmarquette Report); Canada, *The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 6, *Recommendations for Reform*, Final Report (2002) (Kirby Report); Canada, *Waiting Lists and Waiting Times for Health Care in Canada: More Management!! More Money??* (1998)). Governments have promised on numerous occasions to find a solution to the problem of waiting lists. Given the tendency to focus the debate on a sociopolitical philosophy, it seems that governments have lost sight of the urgency of taking concrete action. The courts are therefore the last line of defence for citizens.

97

For many years, the government has failed to act; the situation continues to deteriorate. This is not a case in which missing scientific data would allow for a more informed decision to be made. The principle of prudence that is so popular in matters relating to the environment and to medical research cannot be transposed to this case. Under the Quebec plan, the government can control its human resources in various ways, whether by using the time of professionals who have already reached the maximum for

nécessaires pour réagir. Mais, comme le disait la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 136, « . . . il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect ».

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. Une preuve abondante a été présentée. Le gouvernement a bénéficié de beaucoup de temps pour agir. De nombreuses commissions ont été créées (Commission d’étude sur les services de santé et les services sociaux (Québec) (Commission Clair), 2000; Comité sur la pertinence et la faisabilité d’un régime universel public d’assurance médicaments (Québec) (Comité Montmarquette), 2001; Commission sur l’avenir des soins de santé au Canada (Canada) (Commission Romanow), 2002) et des comités spéciaux ou indépendants ont fait rapport (Québec, *Les solutions émergentes : Rapport et recommandations* (2000) (rapport Clair); Québec, *Pour un régime d’assurance médicaments équitable et viable* (2001) (rapport Montmarquette); Canada, *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 6, *Recommandations en vue d’une réforme*, Rapport final (2002) (rapport Kirby); Canada, *Listes d’attente et temps d’attente pour des soins de santé au Canada : Plus de gestion!! Plus d’argent??* (1998)). Les gouvernements ont à maintes reprises promis de trouver une solution au problème des listes d’attente. Il semble cependant que la cristallisation du débat autour d’une philosophie socio-politique fasse perdre de vue l’urgence d’agir concrètement. Le dernier rempart des citoyens demeure alors les tribunaux.

Le gouvernement tarde à agir depuis de nombreuses années et la situation ne cesse de se détériorer. Il ne s’agit pourtant pas d’un cas où des données scientifiques manquantes pourraient permettre de prendre une décision plus éclairée. Le principe de prudence, si populaire en matière d’environnement et de recherche médicale, ne peut être transposé en l’espèce. Le régime québécois permet au gouvernement de contrôler ses effectifs à plus d’un niveau, que ce soit par l’utilisation du temps des

payment by the state, by applying the provision that authorizes it to compel even non-participating physicians to provide services (s. 30 *HEIA*) or by implementing less restrictive measures, like those adopted in the four Canadian provinces that do not prohibit private insurance or in the other OECD countries. While the government has the power to decide what measures to adopt, it cannot choose to do nothing in the face of the violation of Quebeckers' right to security. The government has not given reasons for its failure to act. Inertia cannot be used as an argument to justify deference.

In the instant case, the effectiveness of the prohibition has by no means been established. The government has not proved, by the evidence in the record, that the measure minimally impairs the protected rights. Moreover, the evidence shows that a wide variety of measures are available to governments, as can be seen from the plans of other provinces and other countries.

(3) Proportionality

Having found that s. 15 *HEIA* and s. 11 *HOIA* do not meet the minimal impairment test, I do not need to consider proportionality. If the prohibition is not minimally impairing, it obviously cannot be regarded as a measure that sufficiently addresses the effect of the measure on the protected rights.

VII. Conclusion

The relief sought by the appellants does not necessarily provide a complete response to the complex problem of waiting lists. However, it was not up to the appellants to find a way to remedy a problem that has persisted for a number of years and for which the solution must come from the state itself. Their only burden was to prove that their right to life and to personal inviolability had been infringed. They have succeeded in proving this. The Attorney General of Quebec, on the other hand, has not proved that the impugned measure, the prohibition

professionnels après que ceux-ci ont atteint le maximum de la rémunération par l'État, par le recours à la disposition permettant de forcer un médecin à fournir des services même s'il n'est pas participant (art. 30 *LAM*), ou encore par la mise en œuvre de mesures moins contraignantes, comme celles prises dans les quatre provinces canadiennes qui ne prohibent pas l'assurance privée ou dans les autres pays de l'OCDE. Le gouvernement a certes le choix des moyens, mais il n'a pas celui de ne pas réagir devant la violation du droit à la sécurité des Québécois. Le gouvernement n'a pas motivé son inaction. L'inertie ne peut servir d'argument pour justifier la déférence.

En l'espèce, l'efficacité de la prohibition est loin d'être démontrée. Le gouvernement n'a pas démontré, par la preuve produite au dossier, que la mesure porte minimalement atteinte aux droits protégés. Par ailleurs, la preuve démontre que les pouvoirs publics disposent d'une grande variété de moyens, comme en font foi les régimes en vigueur dans d'autres provinces et d'autres pays.

(3) La proportionnalité

Ayant conclu que les art. 15 *LAM* et 11 *LAH* ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale, l'examen de la proportionnalité n'est pas nécessaire. Il est en effet évident que, si la prohibition ne constitue pas une atteinte minimale, elle ne peut être considérée comme une mesure qui tient suffisamment compte de l'effet de la mesure sur les droits protégés.

VII. Conclusion

La conclusion recherchée par les appelants n'apporte pas nécessairement une réponse au problème complexe des listes d'attente. Il ne revenait cependant pas aux appelants de trouver le moyen de corriger un problème qui perdure depuis plusieurs années et pour lequel la solution doit venir de l'État lui-même. Il leur incombait seulement de prouver que leur droit à la vie et à l'intégrité de leur personne était violé. Ils ont réussi à faire cette démonstration. Le procureur général du Québec, pour sa part, n'a pas réussi à prouver que

98

99

100

on private insurance, was justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. Given that this finding is sufficient to dispose of the appeal, it is not necessary to answer the other constitutional questions.

101

For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout and would answer the questions relating to the *Quebec Charter* as follows:

Question 1: Does s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28, infringe the rights guaranteed by s. 1 of the *Quebec Charter*?

Answer: Yes.

Question 2: If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 9.1 of the *Quebec Charter*?

Answer: No.

Question 3: Does s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, infringe the rights guaranteed by s. 1 of the *Quebec Charter*?

Answer: Yes.

Question 4: If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 9.1 of the *Quebec Charter*?

Answer: No.

The reasons of McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. were delivered by

la mesure attaquée, la prohibition des assurances privées, était justifiée au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Comme cette conclusion suffit pour disposer du pourvoi, il n'est pas nécessaire de répondre aux autres questions constitutionnelles.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant toutes les cours et de répondre ainsi aux questions fondées sur la *Charte québécoise* :

Question 1 : L'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l'art. 1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Oui.

Question 2 : Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Non.

Question 3 : L'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l'art. 1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Oui.

Question 4 : Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Non.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Major et Bastarache rendus par

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. — We concur in the conclusion of our colleague Deschamps J. that the prohibition against contracting for private health insurance violates s. 1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and is not justifiable under s. 9.1. On the argument that the anti-insurance provision also violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”), we conclude that the provision impermissibly limits the right to life, liberty and security of the person protected by s. 7 of the *Charter* and has not been shown to be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

The appellants do not seek an order that the government spend more money on health care, nor do they seek an order that waiting times for treatment under the public health care scheme be reduced. They only seek a ruling that because delays in the public system place their health and security at risk, they should be allowed to take out insurance to permit them to access private services.

The *Charter* does not confer a freestanding constitutional right to health care. However, where the government puts in place a scheme to provide health care, that scheme must comply with the *Charter*. We are of the view that the prohibition on medical insurance in s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, and s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28 (see Appendix), violates s. 7 of the *Charter* because it impinges on the right to life, liberty and security of the person in an arbitrary fashion that fails to conform to the principles of fundamental justice.

The primary objective of the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6, is “to protect, promote and restore the physical and mental well-being of residents of Canada and to facilitate reasonable access to health services without financial or other

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR — Nous souscrivons à la conclusion de notre collègue la juge Deschamps selon laquelle l’interdiction de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l’art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, et n’est pas justifiable au regard de l’art. 9.1. En ce qui concerne l’argument voulant que la disposition interdisant l’assurance contrevienne également à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »), nous concluons que cette disposition restreint de manière inacceptable le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l’art. 7 de la *Charte*, et que sa justification comme limite raisonnable au sens de l’article premier de la *Charte* n’a pas été démontrée.

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. Ils requièrent seulement 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.

La *Charte* ne confère aucun droit constitutionnel distinct à des soins de santé. Cependant, lorsque le gouvernement établit un régime de soins de santé, ce régime doit respecter la *Charte*. Nous estimons que l’interdiction de souscrire une assurance médicale que prévoient l’art. 15 de la *Loi sur l’assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, et l’art. 11 de la *Loi sur l’assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28 (voir l’annexe), contrevient à l’art. 7 de la *Charte* parce qu’elle porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d’une manière arbitraire, non conforme aux principes de justice fondamentale.

La *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, a pour objectif premier « de protéger, de favoriser et d’améliorer le bien-être physique et mental des habitants du Canada et de faciliter un accès satisfaisant aux services de santé, sans obstacles d’ordre

102

103

104

105

barriers” (s. 3). By imposing exclusivity and then failing to provide public health care of a reasonable standard within a reasonable time, the government creates circumstances that trigger the application of s. 7 of the *Charter*.

106

The *Canada Health Act*, the *Health Insurance Act*, and the *Hospital Insurance Act* do not expressly prohibit private health services. However, they limit access to private health services by removing the ability to contract for private health care insurance to cover the same services covered by public insurance. The result is a virtual monopoly for the public health scheme. The state has effectively limited access to private health care except for the very rich, who can afford private care without need of insurance. This virtual monopoly, on the evidence, results in delays in treatment that adversely affect the citizen’s security of the person. Where a law adversely affects life, liberty or security of the person, it must conform to the principles of fundamental justice. This law, in our view, fails to do so.

107

While the decision about the type of health care system Quebec should adopt falls to the Legislature of that province, the resulting legislation, like all laws, is subject to constitutional limits, including those imposed by s. 7 of the *Charter*. The fact that the matter is complex, contentious or laden with social values does not mean that the courts can abdicate the responsibility vested in them by our Constitution to review legislation for *Charter* compliance when citizens challenge it. As this Court has said on a number of occasions, “it is the high duty of this Court to insure that the Legislatures do not transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 497, *per* Lamer J. (as he then was), quoting *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, at p. 590, *per* Dickson J. (as he then was).

financier ou autre » (art. 3). En imposant l’exclusivité et en ne donnant pas ensuite accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable, le gouvernement crée une situation qui entraîne l’application de l’art. 7 de la *Charte*.

La *Loi canadienne sur la santé*, la *Loi sur l’assurance maladie* et la *Loi sur l’assurance-hospitalisation* n’interdisent pas expressément les services de santé privés. Toutefois, elles limitent l’accès à ces services en empêchant de souscrire une assurance maladie privée couvrant les mêmes services que l’assurance publique. Cela a pour effet d’assurer un quasi-monopole au régime de santé public. L’État a, en réalité, limité l’accès aux soins de santé privés sauf en ce qui concerne les gens très riches qui peuvent se les offrir sans avoir besoin d’une assurance. Selon la preuve, ce quasi-monopole donne lieu à des délais d’attente pour un traitement qui compromettent la sécurité de la personne des citoyens. La règle de droit qui compromet la vie, la liberté ou la sécurité de la personne doit respecter les principes de justice fondamentale. Nous estimons que la règle de droit dont il est question en l’espèce ne respecte pas les principes de justice fondamentale.

Bien qu’il appartienne au législateur québécois de décider du genre de système de santé qui doit être adopté au Québec, la mesure législative qui s’ensuit est, comme toutes les règles de droit, assujettie à des limites constitutionnelles, y compris celles imposées par l’art. 7 de la *Charte*. Le fait que la question soit complexe ou controversée ou encore qu’elle mette en cause des valeurs sociales ne signifie pas pour autant que les tribunaux peuvent renoncer à exercer leur responsabilité constitutionnelle de vérifier la conformité à la *Charte* d’une mesure législative contestée par des citoyens. Comme notre Cour l’a affirmé à un certain nombre de reprises, « une des hautes fonctions de cette Cour est de s’assurer que les législatures n’outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n’exercent pas illégalement certains pouvoirs » (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 497, le juge Lamer (plus tard Juge en chef), citant les propos du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, p. 590).

The government defends the prohibition on medical insurance on the ground that the existing system is the only approach to adequate universal health care for all Canadians. The question in this case, however, is not whether single-tier health care is preferable to two-tier health care. Even if one accepts the government's goal, the legal question raised by the appellants must be addressed: is it a violation of s. 7 of the *Charter* to prohibit private insurance for health care, when the result is to subject Canadians to long delays with resultant risk of physical and psychological harm? The mere fact that this question may have policy ramifications does not permit us to avoid answering it.

I. Section 7 of the *Charter*

Section 7 of the *Charter* guarantees that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.” The disposition of this appeal therefore requires us to consider (1) whether the impugned provisions deprive individuals of their life, liberty or security of the person; and (2) if so, whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice: see, e.g., *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 83.

A. *Deprivation of Life, Liberty or Security of the Person*

The issue at this stage is whether the prohibition on insurance for private medical care deprives individuals of their life, liberty or security of the person protected by s. 7 of the *Charter*.

The appellants have established that many Quebec residents face delays in treatment that adversely affect their security of the person and that they would not sustain but for the prohibition on medical insurance. It is common ground that the effect of the prohibition on insurance is to allow only the very rich, who do not need insurance, to secure private health care in order to avoid the delays in

Le gouvernement justifie l'interdiction par le fait que le système existant est le seul moyen de garantir l'universalité de soins de santé satisfaisants au Canada. En l'espèce, toutefois, la question n'est pas de savoir si un système de santé unique est préférable à un système à deux vitesses. Même si on souscrit à l'objectif du gouvernement, il faut aborder la question de droit soulevée par les appelants : est-il contraire à l'art. 7 de la *Charte* d'interdire l'assurance maladie privée lorsque cela a pour effet d'exposer la population canadienne à de longs délais auxquels se rattache un risque de préjudice physique et psychologique? Nous ne pouvons pas éviter de répondre à cette question simplement en raison des changements d'orientation qu'elle peut entraîner.

I. L'article 7 de la *Charte*

L'article 7 de la *Charte* prévoit que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne [et qu']il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. » Pour trancher le présent pourvoi, nous devons donc nous demander si les dispositions contestées portent atteinte au droit des particuliers à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne, et, dans l'affirmative, si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale : voir, p. ex., l'arrêt *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 83.

A. *Atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne*

À ce stade, la question est de savoir si l'interdiction de souscrire une assurance médicale privée compromet la vie, la liberté ou la sécurité de la personne de certains particuliers, qui sont protégées par l'art. 7 de la *Charte*.

Les appelants ont établi que de nombreux résidents québécois doivent composer avec des délais d'attente pour un traitement qui compromettent la sécurité de leur personne et qui pourraient être évités n'était-ce l'interdiction de souscrire une assurance médicale. Il est reconnu que l'interdiction de souscrire une assurance fait en sorte que seuls les gens très riches, qui n'ont pas besoin d'assurance,

108

109

110

111

the public system. Given the ban on insurance, most Quebecers have no choice but to accept delays in the medical system and their adverse physical and psychological consequences.

112 Delays in the public system are widespread and have serious, sometimes grave, consequences. There was no dispute that there is a waiting list for cardiovascular surgery for life-threatening problems. Dr. Daniel Doyle, a cardiovascular surgeon who teaches and practises in Quebec City, testified that a person with coronary disease is [TRANSLATION] “sitting on a bomb” and can die at any moment. He confirmed, without challenge, that patients die while on waiting lists: A.R., at p. 461. Inevitably, where patients have life-threatening conditions, some will die because of undue delay in awaiting surgery.

113 The same applies to other health problems. In a study of 200 subjects aged 65 and older with hip fractures, the relationship between pre-operative delay and post-operative complications and risk of death was examined. While the study found no relationship between pre-operative delay and post-operative complications, it concluded that the risk of death within six months after surgery increased significantly, by 5 percent, with the length of pre-operative delay: A. Laberge, P. M. Bernard and P. A. Lamarche, “Relationships between the delay before surgery for a hip fracture, postoperative complications and risk of death” (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5, at p. 9.

114 Dr. Eric Lenczner, an orthopaedic surgeon, testified that the one-year delay commonly incurred by patients requiring ligament reconstruction surgery increases the risk that their injuries will become irreparable (A.R., at p. 334). Dr. Lenczner also testified that 95 percent of patients in Canada wait well over a year, and many two years, for knee replacements. While a knee replacement may seem trivial

ont accès à des soins de santé privés leur permettant d’éviter les délais du système public. À cause de l’interdiction de souscrire une assurance, la plupart des Québécois n’ont d’autre choix que d’accepter les délais du système de santé ainsi que les conséquences physiques et psychologiques néfastes qui s’y rattachent.

Les délais du système public sont répandus et ont des conséquences sérieuses et parfois graves. Personne ne conteste l’existence d’une liste d’attente pour les chirurgies cardiovasculaires majeures. Si l’on se fie au témoignage du D^r Daniel Doyle, chirurgien cardiovasculaire qui enseigne et pratique à Québec, une personne souffrant d’une maladie coronarienne est « assis[e] sur une bombe » et peut mourir à tout moment. Il a confirmé, ce qui n’a pas été contesté, que des patients meurent alors qu’ils sont inscrits sur une liste d’attente (d.a., p. 461). Certains patients dont la vie est en danger et qui doivent subir une chirurgie mourront inmanquablement à cause des délais d’attente injustifiés.

On peut en dire autant d’autres problèmes de santé. Dans une étude réalisée auprès de 200 sujets âgés de 65 ans et plus, qui souffraient d’une fracture de la hanche, des chercheurs ont examiné la relation entre les délais préopératoires, les complications postopératoires et le risque de mortalité. Bien qu’elle ne constate aucun lien entre les délais préopératoires et les complications postopératoires, l’étude conclut que le risque de mortalité au cours des six mois suivant la chirurgie augmente de façon appréciable, c’est-à-dire de 5 pour 100, avec l’importance du délai préopératoire : A. Laberge, P. M. Bernard et P. A. Lamarche, « Relation entre le délai préopératoire pour une fracture de hanche, les complications post-opératoires et le risque de décès » (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5, p. 9.

D’après le témoignage du D^r Eric Lenczner, chirurgien orthopédiste, le délai d’attente d’un an qui s’applique généralement aux patients qui doivent subir une chirurgie de reconstruction de ligament accroît le risque d’irrémediabilité de leurs blessures (d.a., p. 334). Le D^r Lenczner a également témoigné qu’au Canada 95 pour 100 des candidats à une intervention de remplacement du genou doivent

compared to the risk of death for wait-listed coronary surgery patients, which increases by 0.5 percent per month (A.R., at p. 450), the harm suffered by patients awaiting replacement knees and hips is significant. Even though death may not be an issue for them, these patients “are in pain”, “would not go a day without discomfort” and are “limited in their ability to get around”, some being confined to wheelchairs or house bound (A.R., at pp. 327-28).

Both the individual members of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology who intervened in this appeal and the Canadian Medical Association cited a Statistics Canada study demonstrating that over one in five Canadians who needed health care for themselves or a family member in 2001 encountered some form of difficulty, from getting an appointment to experiencing lengthy waiting times: C. Sanmartin et al., *Access to Health Care Services in Canada, 2001* (June 2002), at p. 17. Thirty-seven percent of those patients reported pain.

In addition to threatening the life and the physical security of the person, waiting for critical care may have significant adverse psychological effects. Serious psychological effects may engage s. 7 protection for security of the person. These “need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety”: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 60.

Studies confirm that patients with serious illnesses often experience significant anxiety and depression while on waiting lists. A 2001 study concluded that roughly 18 percent of the estimated

attendre plus d’un an — et, dans maints cas, deux ans — avant de subir l’intervention en question. Bien que le remplacement du genou puisse sembler banal comparativement au risque de mortalité auquel sont exposés les patients inscrits sur les listes d’attente des chirurgies coronariennes, lequel augmente de 0,5 pour 100 par mois (d.a., p. 450), les patients en attente d’une chirurgie de remplacement du genou ou de la hanche subissent un préjudice important. Même si leur vie n’est pas nécessairement en danger, ces patients [TRADUCTION] « souffrent », « éprouvent des malaises tous les jours » et ont une « capacité limitée de se déplacer », certains étant confinés à un fauteuil roulant ou encore incapables de quitter leur domicile (d.a., p. 327-328).

Tant les membres du Comité sénatorial permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie qui sont intervenus dans le présent pourvoi que l’Association médicale canadienne ont cité la même étude de Statistique Canada qui démontre que, parmi les Canadiens qui, en 2001, nécessitaient des soins de santé personnellement ou pour un membre de leur famille, plus d’une personne sur cinq a éprouvé une forme quelconque de difficulté, que ce soit pour obtenir un rendez-vous ou en raison d’un long délai d’attente : C. Sanmartin et autres, *Accès aux services de soins de santé au Canada, 2001* (juin 2002), p. 19. Trente-sept pour cent de ces patients ont dit avoir souffert.

En plus de compromettre la vie et la sécurité physique de la personne, l’attente de soins cruciaux peut avoir d’importantes conséquences psychologiques néfastes. Les conséquences psychologiques sérieuses peuvent faire intervenir la protection de la sécurité de la personne garantie par l’art. 7. Il « n’est pas nécessaire [qu’elles consistent en] un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais [elles] doivent être plus importantes qu’une tension ou une angoisse ordinaires » (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 60).

Des études confirment que les patients atteints d’une maladie grave qui sont inscrits sur une liste d’attente sont souvent très angoissés et déprimés. Une étude effectuée en 2001 conclut qu’environ

115

116

117

five million people who visited specialists for a new illness or condition reported that waiting for care adversely affected their lives. The majority suffered worry, anxiety or stress as a result. This adverse psychological impact can have a serious and profound effect on a person's psychological integrity, and is a violation of security of the person (*Access to Health Care Services in Canada, 2001*, at p. 20).

18 pour 100 des quelque cinq millions de personnes ayant consulté un spécialiste pour un diagnostic ou un nouveau problème de santé ont déclaré que l'attente pour l'obtention de soins avait eu des conséquences néfastes sur leur vie. L'attente a été source d'inquiétude, d'angoisse ou de stress dans la majorité des cas. Ces conséquences psychologiques néfastes peuvent avoir des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne, et constituent une atteinte à la sécurité de la personne (*Accès aux services de soins de santé au Canada, 2001*, p. 22).

118 The jurisprudence of this Court holds that delays in obtaining medical treatment which affect patients physically and psychologically trigger the protection of s. 7 of the *Charter*. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Dickson C.J. concluded that the delay in obtaining therapeutic abortions, which increased the risk of complications and mortality due to mandatory procedures imposed by the state, was sufficient to trigger the physical aspect of the woman's right to security of the person: *Morgentaler*, at p. 59. He found that the psychological impact on women awaiting abortions constituted an infringement of security of the person. Beetz J. agreed with Dickson C.J. that "[t]he delays mean therefore that the state has intervened in such a manner as to create an additional risk to health, and consequently this intervention constitutes a violation of the woman's security of the person": see *Morgentaler*, at pp. 105-6.

Selon la jurisprudence de notre Cour, les délais d'attente pour un traitement médical qui ont une incidence physique et psychologique sur des patients déclenchent la protection de l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 59, le juge en chef Dickson a conclu que tout retard à obtenir un avortement thérapeutique, résultant de la procédure prescrite par l'État et contribuant à augmenter les risques de complications et de mortalité, suffisait pour mettre en cause l'aspect physique du droit de la femme à la sécurité de sa personne. Il a décidé que l'effet psychologique sur les femmes en attente d'un avortement constituait une atteinte à la sécurité de leur personne. Le juge Beetz a souscrit à l'opinion du juge en chef Dickson, selon laquelle « [c]es délais signifient donc que l'État est intervenu de manière à créer un risque additionnel pour la santé et, par conséquent, cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de la femme » : voir l'arrêt *Morgentaler*, p. 105-106.

119 In this appeal, delays in treatment giving rise to psychological and physical suffering engage the s. 7 protection of security of the person just as they did in *Morgentaler*. In *Morgentaler*, as in this case, the problem arises from a legislative scheme that offers health services. In *Morgentaler*, as in this case, the legislative scheme denies people the right to access alternative health care. (That the sanction in *Morgentaler* was criminal prosecution while the sanction here is administrative prohibition and penalties is irrelevant. The important point is that in both cases, care outside the legislatively provided system is effectively prohibited.) In *Morgentaler* the result of the monopolistic scheme was delay in

Dans le présent pourvoi, les délais d'attente pour un traitement — délais qui causaient des souffrances physiques et psychologiques — font intervenir la protection de la sécurité de la personne garantie par l'art. 7 tout comme les délais dans l'affaire *Morgentaler*. Dans cette affaire, tout comme en l'espèce, le problème émane d'un régime législatif qui offre des services de santé. Dans cette affaire, comme en l'espèce, le régime législatif interdit aux gens l'accès à des soins de santé parallèles. (Il n'importe pas que, dans l'affaire *Morgentaler*, la sanction ait consisté en des poursuites criminelles, alors qu'en l'espèce il est question d'interdiction administrative et de peines. L'important est que, dans les

treatment with attendant physical risk and psychological suffering. In *Morgentaler*, as here, people in urgent need of care face the same prospect: unless they fall within the wealthy few who can pay for private care, typically outside the country, they have no choice but to accept the delays imposed by the legislative scheme and the adverse physical and psychological consequences this entails. As in *Morgentaler*, the result is interference with security of the person under s. 7 of the *Charter*.

In *Morgentaler*, Dickson C.J. and Wilson J. found a deprivation of security of the person because the legislative scheme resulted in the loss of control by a woman over the termination of her pregnancy: see *Morgentaler*, at pp. 56 and 173.

The issue in *Morgentaler* was whether a system for obtaining approval for abortions (as an exception to a prohibition) that in practice imposed significant delays in obtaining medical treatment unjustifiably violated s. 7 of the *Charter*. Parliament had established a mandatory system for obtaining medical care in the termination of pregnancy. The sanction by which the mandatory public system was maintained differed: criminal in *Morgentaler*, “administrative” in the case at bar. Yet the consequences for the individuals in both cases are serious. In *Morgentaler*, as here, the system left the individual facing a lack of critical care with no choice but to travel outside the country to obtain the required medical care at her own expense. It was this constraint on s. 7 security, taken from the perspective of the woman facing the health care system, and not the criminal sanction, that drove the majority analysis in *Morgentaler*. We therefore conclude that the decision provides guidance in the case at bar.

deux cas, l'accès à des soins en dehors du système établi par le législateur est effectivement interdit.) Dans l'affaire *Morgentaler*, le monopole entraînait des délais d'attente pour un traitement auxquels se greffaient des risques physiques et des souffrances psychologiques. Dans l'affaire *Morgentaler*, comme en l'espèce, les gens qui nécessitent des soins de façon pressante connaissent le même sort : à moins de faire partie des quelques rares privilégiés qui peuvent s'offrir des soins privés, généralement à l'extérieur du pays, ils n'ont d'autre choix que d'accepter les délais du système établi par le législateur ainsi que les conséquences physiques et psychologiques néfastes qui s'y rattachent. Comme dans l'affaire *Morgentaler*, il en résulte une atteinte à la sécurité de la personne garantie par l'art. 7 de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Morgentaler*, le juge en chef Dickson et la juge Wilson ont conclu qu'il y avait atteinte à la sécurité de la personne parce que le régime législatif dépouillait la femme de la capacité de décider elle-même de mettre fin à sa grossesse : voir l'arrêt *Morgentaler*, p. 56 et 173.

Dans l'affaire *Morgentaler*, la question était de savoir si un système d'approbation d'avortements (à titre d'exception à une interdiction), qui, en pratique, entraînait de longs délais d'attente pour un traitement médical, contrevenait de manière injustifiable à l'art. 7 de la *Charte*. Le législateur avait établi un système obligatoire d'obtention de soins médicaux destinés à mettre fin à une grossesse. La sanction qui permettait de préserver le système public obligatoire était différente : alors qu'elle était criminelle dans l'affaire *Morgentaler*, elle est de nature « administrative » en l'espèce. Pourtant, les conséquences pour les particuliers sont sérieuses dans les deux cas. Dans l'affaire *Morgentaler*, comme en l'espèce, le système ne laissait à la personne qui n'avait pas accès à des soins cruciaux d'autre choix que de se rendre à l'étranger pour obtenir, à ses propres frais, les soins médicaux requis. C'est cette atteinte à la sécurité garantie par l'art. 7, considérée du point de vue de la femme qui est aux prises avec le système de santé, et non la sanction criminelle, qui sous-tendait l'analyse des juges majoritaires dans l'arrêt *Morgentaler*. Nous concluons donc que cette décision peut nous guider en l'espèce.

120

121

- 122 In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, Sopinka J., writing for the majority, held that security of the person encompasses “a notion of personal autonomy involving, at the very least, control over one’s bodily integrity free from state interference and freedom from state-imposed psychological and emotional stress” (pp. 587-88). The prohibition against private insurance in this case results in psychological and emotional stress and a loss of control by an individual over her own health.
- 123 Not every difficulty rises to the level of adverse impact on security of the person under s. 7. The impact, whether psychological or physical, must be serious. However, because patients may be denied timely health care for a condition that is clinically significant to their current and future health, s. 7 protection of security of the person is engaged. Access to a waiting list is not access to health care. As we noted above, there is unchallenged evidence that in some serious cases, patients die as a result of waiting lists for public health care. Where lack of timely health care can result in death, s. 7 protection of life itself is engaged. The evidence here demonstrates that the prohibition on health insurance results in physical and psychological suffering that meets this threshold requirement of seriousness.
- 124 We conclude, based on the evidence, that prohibiting health insurance that would permit ordinary Canadians to access health care, in circumstances where the government is failing to deliver health care in a reasonable manner, thereby increasing the risk of complications and death, interferes with life and security of the person as protected by s. 7 of the *Charter*.
- Dans l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, le juge Sopinka, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a décidé que la sécurité de la personne inclut « une notion d’autonomie personnelle qui comprend, au moins, la maîtrise de l’intégrité de sa personne sans aucune intervention de l’État et l’absence de toute tension psychologique et émotionnelle imposée par l’État » (p. 588). L’interdiction de souscrire une assurance privée en l’espèce engendre, chez les gens, une tension psychologique et émotionnelle ainsi qu’une perte de contrôle de leur propre santé.
- Les difficultés n’ont pas toutes des conséquences néfastes sur la sécurité de la personne garantie par l’art. 7. Peu importe qu’elles soient psychologiques ou physiques, ces conséquences doivent être sérieuses. Toutefois, en raison de la possibilité que des patients n’aient pas accès en temps opportun à des soins de santé pour traiter un état cliniquement lourd de conséquences pour leur santé actuelle et future, la protection de la sécurité de la personne prévue à l’art. 7 intervient. L’accès à une liste d’attente n’est pas l’accès à des soins de santé. Comme nous l’avons déjà souligné, il existe, dans la présente affaire, une preuve incontestée que, dans des cas graves, des patients meurent en raison de listes d’attente pour la prestation de soins de santé publics. La protection de la vie elle-même prévue à l’art. 7 entre en jeu dans le cas où l’impossibilité d’avoir accès en temps opportun à des soins médicaux risque d’entraîner le décès d’une personne. En l’espèce, la preuve démontre que l’interdiction de souscrire une assurance maladie entraîne des souffrances physiques et psychologiques qui satisfont à ce critère de sérieux.
- Compte tenu de la preuve, nous considérons que, dans le cas où l’omission du gouvernement d’assurer un accès raisonnable à des soins de santé entraîne un accroissement des risques de complications et de mortalité, l’interdiction de souscrire une assurance maladie qui permettrait aux Canadiens ordinaires d’obtenir des soins de santé porte atteinte à la vie et à la sécurité de la personne que protège l’art. 7 de la *Charte*.

The remaining question is whether this inference is in accordance with the principles of fundamental justice. “[I]f the state [interferes] with security of the person, the *Charter* requires such interference to conform with the principles of fundamental justice”: *Morgentaler*, at p. 54, per Dickson C.J.

B. *Deprivation in Accordance with the Principles of Fundamental Justice*

Having concluded that the ban on private medical insurance constitutes a deprivation of life and security of the person, we now consider whether that deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. Our colleagues Binnie and LeBel JJ. argue that the record here provides no ground for finding that the deprivation violates the principles of fundamental justice. With respect, we cannot agree.

In *Rodriguez*, at pp. 590-91 and 607, Sopinka J. for a majority of this Court defined the principles of fundamental justice as legal principles that are capable of being identified with some precision and are fundamental in that they have general acceptance among reasonable people.

The principle of fundamental justice implicated in this case is that laws that affect the life, liberty or security of the person shall not be arbitrary. We are of the opinion that the evidence before the trial judge supports a finding that the impugned provisions are arbitrary and that the deprivation of life and security of the person that flows from them cannot therefore be said to accord with the principles of fundamental justice.

(1) Laws Shall Not Be Arbitrary: A Principle of Fundamental Justice

It is a well-recognized principle of fundamental justice that laws should not be arbitrary: see, e.g., *Malmo-Levine*, at para. 135; *Rodriguez*, at p. 594. The state is not entitled to arbitrarily limit its citizens’ rights to life, liberty and security of the person.

Il reste à répondre à la question de savoir si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. « [S]i l’État touche [. . .] à la sécurité de la personne, la *Charte* impose que cette ingérence soit conforme aux principes de justice fondamentale » : *Morgentaler*, p. 54, le juge en chef Dickson.

B. *L’atteinte conforme aux principes de justice fondamentale*

Après avoir conclu que l’interdiction de souscrire une assurance médicale privée constitue une atteinte à la vie et à la sécurité de la personne, nous allons maintenant examiner si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Selon nos collègues les juges Binnie et LeBel, le dossier en l’espèce ne permet pas de conclure que cette atteinte viole les principes de justice fondamentale. En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à cette opinion.

Dans l’arrêt *Rodriguez*, p. 590-591 et 607, le juge Sopinka, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a défini les principes de justice fondamentale comme étant des principes juridiques qui peuvent être identifiés avec une certaine précision et qui sont fondamentaux en ce sens qu’ils sont généralement acceptés parmi des personnes raisonnables.

Selon le principe de justice fondamentale en cause dans la présente affaire, les règles de droit qui touchent la vie, la liberté ou la sécurité de la personne ne doivent pas être arbitraires. Nous sommes d’avis que la preuve qui a été soumise à la juge de première instance étaye la conclusion que les dispositions contestées sont arbitraires et que l’atteinte à la vie et à la sécurité de la personne qui en résulte ne peut donc pas être qualifiée de conforme aux principes de justice fondamentale.

(1) Les règles de droit ne doivent pas être arbitraires : principe de justice fondamentale

Selon un principe de justice fondamentale bien établi, les règles de droit ne doivent pas être arbitraires : voir, p. ex., les arrêts *Malmo-Levine*, par. 135, et *Rodriguez*, p. 594. L’État ne peut pas restreindre arbitrairement le droit de ses citoyens à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne.

125

126

127

128

129

130 A law is arbitrary where “it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind [it]”. To determine whether this is the case, it is necessary to consider the state interest and societal concerns that the provision is meant to reflect: *Rodriguez*, at pp. 594-95.

131 In order not to be arbitrary, the limit on life, liberty and security requires not only a theoretical connection between the limit and the legislative goal, but a real connection on the facts. The onus of showing lack of connection in this sense rests with the claimant. The question in every case is whether the measure is arbitrary in the sense of bearing no real relation to the goal and hence being manifestly unfair. The more serious the impingement on the person’s liberty and security, the more clear must be the connection. Where the individual’s very life may be at stake, the reasonable person would expect a clear connection, in theory and in fact, between the measure that puts life at risk and the legislative goals.

132 In *Morgentaler*, Beetz J., Estey J. concurring, found that the limits on security of the person caused by rules that endangered health were “manifestly unfair” and did not conform to the principles of fundamental justice, in reasons that invoke arbitrariness. Some of the limitations bore no connection to Parliament’s objectives, in his view, while others were unnecessary to assure that those objectives were met (p. 110).

133 While cloaked in the language of manifest unfairness, this reasoning evokes the principle of fundamental justice that laws must not be arbitrary, and was so read in *Rodriguez*, at p. 594. Beetz J.’s concurring reasons in *Morgentaler* thus serve as an example of how the rule against arbitrariness may be implicated in the particular context of access to health care. The fact that Dickson C.J., Lamer J. concurring, found that the scheme offended a different principle of fundamental justice, namely that defences to criminal charges must not be illusory, does not detract from the proposition adopted by

Une règle de droit est arbitraire si elle « n’a aucun lien ou est incompatible avec l’objectif » qu’elle vise. Pour se prononcer à ce sujet, il faut considérer l’intérêt de l’État et les préoccupations de la société auxquelles la disposition en cause est censée répondre : *Rodriguez*, p. 594-595.

Pour ne pas être arbitraire, la restriction apportée à la vie, à la liberté et à la sécurité requiert l’existence non seulement d’un lien théorique entre elle et l’objectif du législateur, mais encore d’un lien véritable d’après les faits. Il appartient au demandeur de démontrer l’absence de lien dans ce sens. Dans chaque cas, il faut se demander si la mesure est arbitraire au sens de n’avoir aucun lien véritable avec l’objectif visé et d’être, de ce fait, manifestement injuste. Plus l’atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne est grave, plus le lien doit être clair. Lorsque c’est la vie même de quelqu’un qui est compromise, la personne raisonnable s’attendrait à ce qu’il existe, en théorie et en fait, un lien clair entre la mesure qui met la vie en danger et les objectifs du législateur.

Dans les motifs évoquant le caractère arbitraire qu’il a rédigés dans l’affaire *Morgentaler*, le juge Beetz, avec l’appui du juge Estey, a conclu que les restrictions apportées à la sécurité de la personne par des règles qui mettaient en danger la santé étaient « nettement injustes » et non conformes aux principes de justice fondamentale. Parmi ces restrictions, certaines n’avaient aucun rapport avec les objectifs poursuivis par le législateur, alors que d’autres n’étaient pas nécessaires pour assurer la réalisation de ces objectifs (p. 110).

Bien qu’il soit enveloppé dans la rhétorique de l’injustice manifeste, ce raisonnement évoque le principe de justice fondamentale selon lequel les règles de droit ne doivent pas être arbitraires, et c’est la façon dont il a été interprété dans l’arrêt *Rodriguez*, p. 594. Les motifs concordants du juge Beetz, dans l’affaire *Morgentaler*, illustrent donc comment la règle interdisant le caractère arbitraire peut être en cause dans le contexte particulier de l’accès aux soins de santé. Le fait que le juge en chef Dickson, avec l’appui du juge Lamer, a conclu que le régime contrevenait à un principe de justice

Beetz J. that rules that endanger health arbitrarily do not comply with the principles of fundamental justice.

(2) Whether the Prohibition on Private Medical Insurance is Arbitrary

As discussed above, interference with life, liberty and security of the person is impermissibly arbitrary if the interference lacks a real connection on the facts to the purpose the interference is said to serve.

The government argues that the interference with security of the person caused by denying people the right to purchase private health insurance is necessary to providing effective health care under the public health system. It argues that if people can purchase private health insurance, they will seek treatment from private doctors and hospitals, which are not banned under the Act. According to the government's argument, this will divert resources from the public health system into private health facilities, ultimately reducing the quality of public care.

In support of this contention, the government called experts in health administration and policy. Their conclusions were based on the "common sense" proposition that the improvement of health services depends on exclusivity (R.R., at p. 591). They did not profess expertise in waiting times for treatment. Nor did they present economic studies or rely on the experience of other countries. They simply assumed, as a matter of apparent logic, that insurance would make private health services more accessible and that this in turn would undermine the quality of services provided by the public health care system.

The appellants, relying on other health experts, disagreed and offered their own conflicting

fondamental différent — à savoir que les moyens de défense opposés à des accusations criminelles ne doivent pas être illusoire — ne déroge aucunement à la proposition, adoptée par le juge Beetz, voulant que les règles qui mettent en danger la santé arbitrairement ne soient pas conformes aux principes de justice fondamentale.

(2) L'interdiction de souscrire une assurance médicale privée est-elle arbitraire?

Comme nous l'avons vu plus haut, l'atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne revêt un caractère arbitraire inacceptable si, d'après les faits, elle n'a aucun lien véritable avec l'objectif qu'elle est censée viser.

Le gouvernement prétend que l'atteinte à la sécurité de la personne qui résulte de la négation du droit de souscrire une assurance maladie privée est nécessaire pour que le système de santé public puisse offrir des soins de santé efficaces. Il ajoute que, s'ils peuvent souscrire une assurance maladie privée, les gens iront se faire traiter par des médecins et dans des hôpitaux du secteur privé, qui ne sont pas interdits par la Loi. Selon l'argument du gouvernement, il en résultera un détournement des ressources du système de santé public vers les établissements de santé privés, et, en fin de compte, une détérioration de la qualité des soins publics.

Pour étayer cet argument, le gouvernement a fait témoigner des experts en administration et politiques de la santé. Leurs conclusions reposaient sur la proposition « sensée » voulant que l'amélioration des services de santé passe par l'exclusivité (d.i., p. 591). Ils ne prétendaient pas être des experts en matière de délais d'attente pour un traitement. De plus, ils n'ont pas soumis d'études économiques ni invoqué la situation dans d'autres pays. Ils ont simplement présumé, apparemment en toute logique, que l'assurance accroîtrait l'accessibilité aux services de santé privés et que cela contribuerait à détériorer la qualité des services offerts par le système de santé public.

Se fondant sur l'avis d'autres experts du domaine de la santé, les appelants ont exprimé leur désaccord

134

135

136

137

“common sense” argument for the proposition that prohibiting private health insurance is neither necessary nor related to maintaining high quality in the public health care system. Quality public care, they argue, depends not on a monopoly, but on money and management. They testified that permitting people to buy private insurance would make alternative medical care more accessible and reduce the burden on the public system. The result, they assert, would be better care for all. The appellants reinforce this argument by pointing out that disallowing private insurance precludes the vast majority of Canadians (middle-income and low-income earners) from accessing additional care, while permitting it for the wealthy who can afford to travel abroad or pay for private care in Canada.

138 To this point, we are confronted with competing but unproven “common sense” arguments, amounting to little more than assertions of belief. We are in the realm of theory. But as discussed above, a theoretically defensible limitation may be arbitrary if in fact the limit lacks a connection to the goal.

139 This brings us to the evidence called by the appellants at trial on the experience of other developed countries with public health care systems which permit access to private health care. The experience of these countries suggests that there is no real connection in fact between prohibition of health insurance and the goal of a quality public health system.

140 The evidence adduced at trial establishes that many western democracies that do not impose a monopoly on the delivery of health care have successfully delivered to their citizens medical services that are superior to and more affordable than the services that are presently available in Canada. This demonstrates that a monopoly is not necessary or even related to the provision of quality public health care.

et ont avancé leur propre argument contraire, fondé sur le « bon sens », pour étayer la proposition voulant que l’interdiction de souscrire une assurance maladie privée n’ait rien à voir avec le maintien d’un système de santé public de grande qualité, et ne soit pas nécessaire à cet égard. Selon eux, les soins publics de qualité ne sont pas subordonnés à l’existence d’un monopole, mais sont plutôt une question d’argent et de gestion. Ils ont témoigné qu’autoriser les gens à souscrire une assurance privée accroîtrait l’accessibilité aux soins médicaux parallèles et allégerait le fardeau du système public. Il en résulterait, d’après eux, une amélioration des soins offerts à l’ensemble de la population. Les appelants renforcent cet argument en soulignant qu’interdire l’assurance privée empêche la vaste majorité des Canadiens (à revenu moyen ou faible) d’avoir accès à des soins supplémentaires, tout en accordant cet accès aux gens riches qui ont les moyens d’aller à l’étranger ou de s’offrir des soins privés au Canada.

À ce stade, nous sommes aux prises avec des arguments opposés, mais non prouvés, qui sont fondés sur le « bon sens » et qui ne représentent rien de plus que des opinions. Nous nageons ici dans la théorie. Cependant, comme nous l’avons vu, une restriction théoriquement justifiable peut être arbitraire si, en fait, elle n’a aucun lien avec l’objectif visé.

Cela nous amène à la preuve que les appelants ont présentée au procès au sujet de la situation qui existe dans d’autres pays développés où le système de santé public permet l’accès aux soins privés. La situation dans ces pays indique qu’en fait il n’existe aucun lien véritable entre l’interdiction de souscrire une assurance maladie et l’objectif de maintien d’un système de santé public de qualité.

La preuve présentée au procès établit que maintes démocraties occidentales qui n’imposent pas un monopole en matière de prestation de soins de santé réussissent à fournir à leurs citoyens des services médicaux meilleurs et à prix plus abordable que ceux actuellement offerts au Canada. Cela démontre qu’un monopole n’est pas nécessaire ni même lié à la prestation de soins de santé publics de qualité.

In its report *The Health of Canadians — The Federal Role*, the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology discussed in detail the situations in several countries, including Sweden, Germany and the United Kingdom. The following discussion of the health care systems in these three countries is drawn directly from the findings in volume 3 of that report (*The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 3, *Health Care Systems in Other Countries*, Interim Report (2002) (“Kirby Report”)).

In Sweden, as in Canada, access to public health care is universal. The public health care system is financed predominantly by the public sector through a combination of general taxation and social insurance (i.e., employer/employee contributions) and employs a user fee mechanism. Unlike in Canada, private health care insurance that covers the same benefits as public insurance is “legal” in Sweden. However, only a small minority of the population purchase private insurance. The result is a system of public health care coverage that provides quality care on a broader basis than in Canada and encompasses physicians, hospital services, drugs and dental care: Kirby Report, vol. 3, at pp. 29-36. In Sweden, the availability of private health care insurance appears not to have harmed the public health care system.

In Germany, public health care insurance is administered by 453 Sickness Funds — private non-profit organizations structured on a regional task or occupational basis. Sickness Fund membership is compulsory for employees with gross incomes lower than approximately \$63,000 Canadian, and voluntary for those with gross incomes above that level. Although all Sickness Funds are regulated at the federal level through what is known as the “Social Code Book”, they are essentially run by representatives of employees and employers. As in Sweden, public health care coverage is broader in Germany than in Canada, including physician services, hospitals, prescription drugs, diagnostic services, dental care, rehabilitative care, medical devices,

Dans son rapport intitulé *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, le Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie a procédé à une analyse détaillée de la situation de plusieurs pays dont la Suède, l’Allemagne et le Royaume-Uni. L’analyse suivante du système de santé de ces trois pays est tirée directement des conclusions du troisième volume de ce rapport (*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 3, *Les systèmes de soins de santé dans d’autres pays*, Rapport intérimaire (2002) (« rapport Kirby »)).

En Suède, comme au Canada, l’universalité des soins de santé publics est garantie. Le financement du système de santé public est, en majeure partie, assuré par le secteur public grâce à un mélange de taxation générale et d’assurance sociale (c’est-à-dire les cotisations de l’employeur et de l’employé) et comporte un mécanisme de perception de frais modérateurs. Contrairement à ce qui se passe au Canada, toute assurance maladie privée qui offre les mêmes avantages que l’assurance publique est « légale » en Suède. Cependant, seule une infime partie de la population souscrit une assurance privée. Il s’ensuit que le système de santé public offre une gamme de soins de qualité plus étendue qu’au Canada et s’applique aux médecins, aux services hospitaliers, aux médicaments et aux soins dentaires : rapport Kirby, vol. 3, p. 27-34. En Suède, la possibilité de souscrire une assurance maladie privée ne paraît pas avoir nui au système de santé public.

En Allemagne, le régime public d’assurance maladie est administré par 453 caisses-maladie, qui sont des organismes privés sans but lucratif à clientèle régionale ou professionnelle. L’affiliation à une caisse est obligatoire pour les salariés qui touchent un revenu brut inférieur à environ 63 000 \$CAN, et facultative pour ceux qui touchent davantage. Bien qu’elles soient toutes régies par un « code social » au niveau fédéral, les caisses-maladie sont essentiellement dirigées par des représentants syndicaux et patronaux. Comme en Suède, la protection offerte par le système de santé public est plus étendue en Allemagne qu’au Canada et vise notamment les services médicaux, les services hospitaliers, les médicaments d’ordonnance, les services de diagnostic,

141

142

143

psychotherapists, nursing care at home, medical services by non-physicians (physiotherapists, speech therapists, occupational therapists, etc.) and income support during sick leave: Kirby Report, vol. 3, at p. 14.

144 In Germany, as in Sweden, private health insurance is available to individuals at a certain income level who may voluntarily opt out of the Sickness Funds. Private coverage is currently offered by 52 private insurance companies that are obliged to offer an insurance policy with the same benefits as the Sickness Funds at a premium that is no higher than the average maximum contribution to the Sickness Funds. Private health care coverage is also available to self-employed people who are excluded from the Sickness Funds and public servants who are *de facto* excluded from participating in Sickness Funds as their health care bills are reimbursed at the rate of 50 percent by the federal government. Private insurance covers the remainder: Kirby Report, vol. 3, at p. 15.

145 Despite the availability of alternatives, 88 percent of the German population are covered by the public Sickness Funds: this includes 14 percent to whom private insurance is available. Of the remaining 12 percent, only 9 percent are covered by private insurance and less than 1 percent have no health insurance at all. The remaining 2 percent are covered by government insurance for military and other personnel: Kirby Report, vol. 3, at p. 15.

146 The United Kingdom offers a comprehensive public health care system — the National Health Service (NHS) — while also allowing for private insurance. Unlike Canada, the United Kingdom allows people to purchase private health care insurance that covers the same benefits as the NHS if these services are supplied by providers working outside of the NHS. Despite the existence of private insurance, only 11.5 percent of the population have purchased it: Kirby Report, vol. 3, at pp. 37-44. Again, it appears that the public system has not

les soins dentaires, les soins de réadaptation, les appareils médicaux, la psychothérapie, les soins infirmiers à domicile, les soins médicaux offerts par des non-médecins (physiothérapie, orthophonie, ergothérapie, etc.) et le soutien au revenu durant les congés de maladie : rapport Kirby, vol. 3, p. 14.

En Allemagne, comme en Suède, l'assurance maladie privée peut être souscrite par les personnes qui touchent un certain revenu et qui peuvent se retirer volontairement de la caisse-maladie. À l'heure actuelle, l'assurance maladie privée peut être souscrite auprès de 52 compagnies privées — tenues d'offrir les mêmes avantages que la caisse-maladie — pour une prime qui n'est pas supérieure à la contribution maximale moyenne à la caisse. L'assurance maladie privée peut également être souscrite par les travailleurs autonomes exclus des caisses-maladie et par les fonctionnaires exclus *de facto* de la participation aux caisses-maladie étant donné que la moitié de leurs frais de soins de santé est remboursée par l'État fédéral. L'assurance privée couvre le solde : rapport Kirby, vol. 3, p. 15.

Malgré l'existence d'autres possibilités, 88 pour 100 de la population allemande est protégée par les caisses-maladie publiques, ce qui inclut le 14 pour 100 qui peut souscrire une assurance privée. Du 12 pour 100 restant, seulement 9 pour 100 de la population est protégée par une assurance privée et moins de 1 pour 100 ne bénéficie d'aucune assurance maladie. L'autre 2 pour 100 de la population est assurée par l'État grâce à une assurance destinée aux militaires et autres employés : rapport Kirby, vol. 3, p. 15.

Le Royaume-Uni offre un système de santé public complet — le National Health Service (NHS) — tout en autorisant l'assurance privée. Contrairement au Canada, le Royaume-Uni permet aux gens de souscrire une assurance maladie privée qui offre les mêmes avantages que le NHS, si ces services sont offerts par des fournisseurs non affiliés au NHS. Malgré l'existence de l'assurance privée, seulement 11,5 pour 100 de la population a souscrit ce type d'assurance : rapport Kirby, vol. 3, p. 35-42. Là encore, la possibilité de

suffered as a result of the existence of private alternatives.

After reviewing a number of public health care systems, the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology concluded in the Kirby Report that far from undermining public health care, private contributions and insurance improve the breadth and quality of health care for all citizens, and it ultimately concluded, at p. 66:

The evidence suggests that a contribution of direct payments by patients, allowing private insurance to cover some services, even in publicly funded hospitals, and an expanded role for the private sector in the delivery of health services are the factors which have enabled countries to achieve broader coverage of health services for all their citizens. Some countries like Australia and Singapore openly encourage private sector participation as a means to ensure affordable and sustainable health services.

Nor does it appear that private participation leads to the eventual demise of public health care. It is compelling to note that not one of the countries referred to relies exclusively on either private insurance or the public system to provide health care coverage to its citizens. Even in the United States, where the private sector is a dominant participant in the field of health care insurance, public funding accounts for 45 percent of total health care spending: Kirby Report, vol. 3, at p. 66.

In summary, the evidence on the experience of other western democracies refutes the government's theoretical contention that a prohibition on private insurance is linked to maintaining quality public health care.

Binnie and LeBel JJ. suggest that the experience of other countries is of little assistance. With respect, we cannot agree. This evidence was properly placed before the trial judge and, unless discredited, stands as the best guide with respect to the question of whether a ban on private insurance is necessary

souscrire une assurance privée ne paraît pas avoir nui au système public.

Après avoir examiné un certain nombre de systèmes de santé publics, le Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie a conclu, dans le rapport Kirby, que, loin d'entraîner une détérioration des soins de santé publics, l'apport financier et l'assurance privés contribuent à élargir l'éventail des soins de santé dispensés à l'ensemble de la population, ainsi qu'à améliorer la qualité de ces soins. Le comité finit par conclure ceci (p. 64) :

D'après nos observations, ce sont l'apport financier direct des malades, le fait que les assureurs privés soient autorisés à couvrir certains services, même dans les hôpitaux publics, et la participation du secteur privé à la prestation des services qui permettent à certains pays d'offrir à l'ensemble de leur population une gamme élargie de services de santé assurés. À cet égard, l'Australie et Singapour encouragent ouvertement le secteur privé à participer au régime dans le but avoué de préserver le caractère abordable des services médicaux et d'en assurer la pérennité.

La participation du secteur privé ne paraît pas non plus entraîner, en fin de compte, la disparition des soins de santé publics. Il faut souligner qu'aucun pays mentionné ne s'en remet exclusivement soit à l'assurance privée soit au système public pour assurer la couverture des soins de santé de ses citoyens. Même aux États-Unis, où le secteur privé joue un rôle de premier plan dans le domaine de l'assurance maladie, l'État assume 45 pour 100 des dépenses totales de soins de santé : rapport Kirby, vol. 3, p. 64.

En résumé, la preuve concernant la situation dans d'autres démocraties occidentales réfute la théorie du gouvernement voulant que l'interdiction de souscrire une assurance privée soit liée au maintien de soins de santé publics de qualité.

Les juges Binnie et LeBel laissent entendre que la situation dans d'autres pays n'est pas d'un grand secours. En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. Cette preuve a été soumise à bon droit à la juge de première instance et, à moins d'être discreditée, c'est elle qui nous éclaire le mieux pour

147

148

149

150

and relevant to the goal of providing quality public health care. The task of the courts, on s. 7 issues as on others, is to evaluate the issue in the light, not just of common sense or theory, but of the evidence. This is supported by our jurisprudence, according to which the experience of other western democracies may be relevant in assessing alleged arbitrariness. In *Rodriguez*, the majority of this Court relied on evidence from other western democracies, concluding that the fact that assisted suicide was heavily regulated in other countries suggested that Canada's prohibition was not arbitrary: pp. 601-5.

trancher la question de savoir si l'interdiction de souscrire une assurance privée est liée et nécessaire à la réalisation de l'objectif d'accès à des soins de santé publics de qualité. Pour trancher les questions relatives à l'art. 7, les tribunaux doivent, comme pour toute autre question, procéder à une évaluation fondée sur la preuve et non seulement sur le bon sens ou des théories. Cela est étayé par notre jurisprudence, selon laquelle la situation dans d'autres démocraties occidentales peut être utile pour apprécier une allégation de caractère arbitraire. Dans l'arrêt *Rodriguez*, les juges majoritaires de notre Cour se sont fondés sur la preuve émanant d'autres démocraties occidentales pour conclure que la réglementation très stricte de l'aide au suicide dans d'autres pays indiquait que l'interdiction canadienne n'était pas arbitraire : p. 601-605.

151 Binnie and LeBel JJ. also suggest that the government's continued commitment to a monopoly on the provision of health insurance cannot be arbitrary because it is rooted in reliance on "a series of authoritative reports [that analysed] health care in this country and in other countries" (para. 258); they are referring here to the reports of Commissioner Romanow (*Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report* (2002)), and Senator Kirby. We observe in passing that the import of these reports, which differ in many of their conclusions, is a matter of some debate, as attested by our earlier reference to the Kirby Report. But the conclusions of other bodies on other material cannot be determinative of this litigation. They cannot relieve the courts of their obligation to review government action for consistency with the *Charter* on the evidence before them.

Les juges Binnie et LeBel laissent également entendre que l'engagement soutenu du gouvernement à maintenir un monopole en matière d'assurance maladie ne saurait être arbitraire parce qu'il s'appuie sur « une série de rapports fiables sur l'état du système de santé du Canada et d'autres pays » (par. 258); on renvoie ici aux rapports du commissaire Romanow (*Guidé par nos valeurs : L'avenir des soins de santé au Canada : Rapport final* (2002)) et du sénateur Kirby. Nous remarquons, en passant, que la portée de ces rapports, dont maintes conclusions divergent, suscite une certaine controverse, comme en témoigne notre mention antérieure du rapport Kirby. Cependant, les conclusions d'autres organismes portant sur d'autres sujets ne sauraient être déterminantes en l'espèce. Elles ne peuvent pas dégager les tribunaux de leur obligation de déterminer si une mesure gouvernementale respecte la *Charte* selon la preuve qui leur a été soumise.

152 When we look to the evidence rather than to assumptions, the connection between prohibiting private insurance and maintaining quality public health care vanishes. The evidence before us establishes that where the public system fails to deliver adequate care, the denial of private insurance subjects people to long waiting lists and negatively affects their health and security of the person. The government contends that this is necessary in order

Lorsque nous examinons la preuve plutôt que des suppositions, le lien entre l'interdiction de souscrire une assurance privée et le maintien de soins de santé publics de qualité disparaît. La preuve qui nous a été soumise établit que, dans le cas où le système public ne donne pas accès à des soins satisfaisants, l'interdiction de souscrire une assurance privée expose les gens à de longues listes d'attente et compromet leur santé et la sécurité de leur personne. Le

to preserve the public health system. The evidence, however, belies that contention.

We conclude that on the evidence adduced in this case, the appellants have established that in the face of delays in treatment that cause psychological and physical suffering, the prohibition on private insurance jeopardizes the right to life, liberty and security of the person of Canadians in an arbitrary manner, and is therefore not in accordance with the principles of fundamental justice.

II. Section 1 of the Charter

Having concluded that the prohibition on private health insurance constitutes a breach of s. 7, we must now consider whether that breach can be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society. The evidence called in this case falls short of demonstrating such justification.

The government undeniably has an interest in protecting the public health regime. However, given the absence of evidence that the prohibition on the purchase and sale of private health insurance protects the health care system, the rational connection between the prohibition and the objective is not made out. Indeed, we question whether an arbitrary provision, which by reason of its arbitrariness cannot further its stated objective, will ever meet the rational connection test under *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

In addition, the resulting denial of access to timely and effective medical care to those who need it is not proportionate to the beneficial effects of the prohibition on private insurance to the health system as a whole. On the evidence here and for the reasons discussed above, the prohibition goes further than necessary to protect the public system: it is not minimally impairing.

gouvernement soutient que cela est nécessaire pour préserver le système de santé public. Toutefois, la preuve réfute cet argument.

Nous concluons que, d'après la preuve soumise en l'espèce, les appelants ont établi que, en raison des délais d'attente pour un traitement qui causent des souffrances physiques et psychologiques, l'interdiction de souscrire une assurance privée compromet arbitrairement le droit des Canadiens à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne et n'est donc pas conforme aux principes de justice fondamentale.

II. L'article premier de la Charte

Après avoir conclu que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l'art. 7, il reste à examiner si, au regard de l'article premier de la *Charte*, cette contravention est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. La preuve soumise en l'espèce ne démontre pas cette justification.

Il est indéniable que le gouvernement a intérêt à protéger le régime de santé public. Toutefois, en l'absence de preuve que l'interdiction de souscrire ou de vendre une assurance maladie privée protège le système de santé, le lien rationnel entre l'interdiction et l'objectif visé n'est pas établi. En fait, nous nous demandons si une disposition arbitraire qui, en raison de son caractère arbitraire, ne peut pas réaliser son objectif déclaré pourra jamais satisfaire au critère du lien rationnel établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

En outre, l'impossibilité, qui s'ensuit pour les gens qui en ont besoin, d'avoir accès en temps opportun à des soins médicaux efficaces n'est pas proportionnelle aux effets bénéfiques que l'interdiction de souscrire une assurance privée a sur l'ensemble du système de santé. Compte tenu de la preuve soumise en l'espèce et pour les raisons analysées précédemment, l'interdiction va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger le système public : elle ne constitue pas une atteinte minimale.

153

154

155

156

157 Finally, the benefits of the prohibition do not outweigh the deleterious effects. Prohibiting citizens from obtaining private health care insurance may, as discussed, leave people no choice but to accept excessive delays in the public health system. The physical and psychological suffering and risk of death that may result outweigh whatever benefit (and none has been demonstrated to us here) there may be to the system as a whole.

158 In sum, the prohibition on obtaining private health insurance, while it might be constitutional in circumstances where health care services are reasonable as to both quality and timeliness, is not constitutional where the public system fails to deliver reasonable services. Life, liberty and security of the person must prevail. To paraphrase Dickson C.J. in *Morgentaler*, at p. 73, if the government chooses to act, it must do so properly.

159 We agree with Deschamps J.'s conclusion that the prohibition against contracting for private health insurance violates s. 1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and is not justifiable under s. 9.1. We also conclude that this prohibition violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved under s. 1.

160 We would allow the appeal, with costs to the appellants throughout.

The reasons of Binnie, LeBel and Fish JJ. were delivered by

BINNIE AND LEBEL JJ. (dissenting) —

I. Introduction

161 The question in this appeal is whether the province of Quebec not only has the constitutional authority to establish a comprehensive single-tier health plan, but to discourage a second (private) tier

Enfin, les avantages de l'interdiction ne l'emportent pas sur ses effets préjudiciables. Interdire l'assurance maladie privée à la population risque, comme nous l'avons vu, de ne laisser aux gens d'autre choix que d'accepter les délais excessifs du système de santé public. Les souffrances physiques et psychologiques et le risque de mortalité qui peuvent s'ensuivre l'emportent sur tout avantage (dont l'existence ne nous a pas été démontrée en l'espèce) susceptible de résulter pour l'ensemble du système.

Somme toute, bien qu'elle puisse être constitutionnelle dans des circonstances où les services de santé sont raisonnables tant sur le plan de la qualité que sur celui de l'accès en temps opportun, l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée ne l'est pas lorsque le système public n'offre pas des services raisonnables. La vie, la liberté et la sécurité de la personne doivent primer. Pour paraphraser le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, p. 73, si le gouvernement choisit d'agir, il doit le faire de façon appropriée.

Nous souscrivons à la conclusion de la juge Deschamps selon laquelle l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et n'est pas justifiable au regard de l'art. 9.1. Nous concluons également que cette interdiction contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut être sauvegardée en application de l'article premier.

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

LES JUGES BINNIE ET LEBEL (dissidents) —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si la Constitution habilite la province de Québec non seulement à établir un régime de santé complet unique, mais également à empêcher la création d'un

health sector by prohibiting the purchase and sale of private health insurance. The appellants argue that timely access to needed medical service is not being provided in the publicly funded system and that the province cannot therefore deny to those Quebeckers (who can qualify) the right to purchase private insurance to pay for medical services whenever and wherever such services can be obtained for a fee, i.e., in the private sector. This issue has been the subject of protracted debate across Canada through several provincial and federal elections. We are unable to agree with our four colleagues who would allow the appeal that such a debate can or should be resolved as a matter of law by judges. We find that, on the legal issues raised, the appeal should be dismissed.

Our colleagues the Chief Justice and Major J. state at para. 105:

By imposing exclusivity and then failing to provide public health care of a reasonable standard within a reasonable time, the government creates circumstances that trigger the application of s. 7 of the [*Canadian*] *Charter*. [Emphasis added.]

The Court recently held in *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657, 2004 SCC 78, that the government was not required to fund the treatment of autistic children. It did not on that occasion address in constitutional terms the scope and nature of “reasonable” health services. Courts will now have to make that determination. What, then, are constitutionally required “reasonable health services”? What is treatment “within a reasonable time”? What are the benchmarks? How short a waiting list is short enough? How many MRIs does the Constitution require? The majority does not tell us. The majority lays down no manageable constitutional standard. The public cannot know, nor can judges or governments know, how much health care is “reasonable” enough to satisfy s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Canadian Charter*”) and s. 1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*,

secteur de la santé parallèle (privé) en interdisant la souscription et la vente d’assurance maladie privée. Les appelants prétendent que le système public ne donne pas accès en temps opportun aux services médicaux requis par la population. À leur avis, la province ne peut pas alors refuser aux Québécois (admissibles) le droit de souscrire des assurances privées. Celles-ci leur permettraient, en effet, d’obtenir de cette façon des services médicaux dans tous les cas et là où ces services sont offerts à titre onéreux, c’est-à-dire dans le secteur privé. Cette question a longuement été débattue partout au Canada durant plusieurs campagnes électorales fédérales et provinciales. Contrairement à nos quatre collègues qui sont d’avis d’accueillir le pourvoi, nous sommes incapables d’admettre qu’un tel débat soit tranché par la voie judiciaire, comme s’il s’agissait d’un simple problème de droit. Nous estimons que, compte tenu de la nature des questions de droit en jeu, le pourvoi devrait être rejeté.

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major affirment, au par. 105 :

En imposant l’exclusivité et en ne donnant pas ensuite accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable, le gouvernement crée une situation qui entraîne l’application de l’art. 7 de la *Charte [canadienne]*. [Nous soulignons.]

Dans l’arrêt *Auton (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657, 2004 CSC 78, notre Cour statuait récemment que l’État n’était pas tenu de financer le traitement des enfants autistes. À cette occasion, elle n’a pas examiné, du point de vue constitutionnel, la nature et l’étendue des services de santé « raisonnables ». Les tribunaux devront maintenant se prononcer sur ces problèmes. En quoi consistent alors les « services de santé raisonnables » exigés par la Constitution? Qu’entend-on par traitement « dans un délai raisonnable »? Quels critères s’appliquent? À quel point une liste d’attente devient-elle suffisamment courte? Combien d’IRM la Constitution prescrit-elle? Les juges majoritaires ne nous en disent rien. Ils n’établissent aucune norme constitutionnelle fonctionnelle. Les juges ou les gouvernements ne sont pas plus en mesure que la population de déterminer quel niveau de soins de santé sera

162

163

R.S.Q. c. C-12 (“*Quebec Charter*”). It is to be hoped that we will know it when we see it.

jugé assez « raisonnable » pour respecter l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») et l’art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »). Il ne nous reste plus qu’à espérer l’apprendre lorsque la situation se présentera.

164

The policy of the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6, and its provincial counterparts is to provide health care based on need rather than on wealth or status. The evidence certainly established that the public health care system put in place to implement this policy has serious and persistent problems. This does not mean that the courts are well placed to perform the required surgery. The resolution of such a complex fact-laden policy debate does not fit easily within the institutional competence or procedures of courts of law. The courts can use s. 7 of the *Canadian Charter* to pre-empt the ongoing public debate only if the current health plan violates an established “principle of fundamental justice”. Our colleagues McLachlin C.J. and Major J. argue that Quebec’s enforcement of a single-tier health plan meets this legal test because it is “arbitrary”. In our view, with respect, the prohibition against private health insurance is a rational consequence of Quebec’s commitment to the goals and objectives of the *Canada Health Act*.

La *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, et les lois provinciales équivalentes 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. Certes, la preuve démontre que le système de santé public établi pour mettre en œuvre cette politique connaît des difficultés graves et persistantes. Cela ne signifie pas pour autant que les tribunaux sont bien placés pour remédier à la situation. La résolution d’un débat d’orientation aussi factuel et complexe ne s’enferme pas aisément dans le cadre que définissent la compétence et les procédures institutionnelles des cours de justice. Les tribunaux ne peuvent recourir à l’art. 7 de la *Charte canadienne*, pour court-circuiter les débats publics sur la question, que si le régime de santé actuel viole un « principe de justice fondamentale » reconnu. Nos collègues la juge en chef McLachlin et le juge Major estiment que la mise en œuvre, par le Québec, d’un régime de santé unique satisfait à ce critère juridique, en raison de son « caractère arbitraire ». En toute déférence, nous estimons que l’interdiction de souscrire une assurance maladie privée est une conséquence logique de l’engagement du Québec à réaliser les objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*.

165

Our colleague Deschamps J. states at para. 4:

In essence, the question is whether Quebecers who are prepared to spend money to get access to health care that is, in practice, not accessible in the public sector because of waiting lists may be validly prevented from doing so by the state. [Emphasis added.]

This is so, but of course it must be recognized that the liberty and security of Quebecers who do not have the money to afford private health insurance, who cannot qualify for it, or who are not employed by establishments that provide it, are not

Notre collègue la juge Deschamps affirme, au par. 4 :

Exprimée succinctement, la question est de savoir si les Québécois qui sont prêts à débourser pour avoir accès à des soins de santé qui sont, en pratique, inaccessibles dans le réseau public en raison des listes d’attente peuvent valablement être empêchés de le faire par l’État. [Nous soulignons.]

Cela est vrai, mais il est évident qu’il faut reconnaître que l’absence d’un « niveau supérieur » de soins de santé ne compromet pas la liberté et la sécurité de la personne des Québécois qui n’ont pas les moyens de souscrire une assurance maladie privée ou qui

put at risk by the absence of “upper tier” health care. It is Quebeckers who have the money to afford private medical insurance and can qualify for it who will be the beneficiaries of the appellants’ constitutional challenge.

The Quebec government views the prohibition against private insurance as essential to preventing the current single-tier health system from disintegrating into a *de facto* two-tier system. The trial judge found, and the evidence demonstrated, that there is good reason for this fear. The trial judge concluded that a private health sector fuelled by private insurance would frustrate achievement of the objectives of the *Canada Health Act*. She thus found no legal basis to intervene, and declined to do so. This raises the issue of *who* it is that *should* resolve these important and contentious issues. Commissioner Roy Romanow makes the following observation in his Report:

Some have described it as a perversion of Canadian values that they cannot use their money to purchase faster treatment from a private provider for their loved ones. I believe it is a far greater perversion of Canadian values to accept a system where money, rather than need, determines who gets access to care.

(Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report (2002) (“Romanow Report”), at p. xx)

Whether or not one endorses this assessment, his premise is that the debate is about social values. It is not about constitutional law. We agree.

We believe our colleagues the Chief Justice and Major J. have extended too far the strands of interpretation under the *Canadian Charter* laid down in some of the earlier cases, in particular the ruling on abortion in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (which involved criminal liability, not public health

n’y sont pas admissibles, ou encore qui ne sont pas assurés dans le cadre de l’emploi qu’ils occupent. La contestation constitutionnelle des appelants profitera aux Québécois qui sont assez à l’aise pour souscrire une assurance médicale privée et qui y sont admissibles.

Le gouvernement québécois considère que l’interdiction de souscrire une assurance privée est essentielle pour éviter que le système de santé unique actuel s’effrite pour devenir, en fait, un système à deux vitesses. La juge de première instance a conclu — ce que la preuve a démontré — à l’existence de bonnes raisons de redouter une telle évolution du régime public. Selon elle, la présence d’un secteur de la santé privé alimenté par l’assurance privée compromettrait la réalisation des objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*. Elle a donc décidé qu’aucun motif juridique d’intervenir n’avait été établi, et a refusé de le faire. Cela soulève alors le problème de déterminer à *qui revient la responsabilité* de résoudre ces questions importantes et controversées. Le commissaire Roy Romanow fait cette remarque dans son rapport :

Certains estiment que ne pas pouvoir acheter des services ou des traitements plus rapides fournis par l’entreprise privée pour aider leurs proches est une perversion des valeurs canadiennes. À mon avis, ce serait pervertir encore plus les valeurs canadiennes que d’accepter un système où l’argent plutôt que le besoin détermine qui a accès aux soins de santé.

(Guidé par nos valeurs : L’avenir des soins de santé au Canada : Rapport final (2002) (« rapport Romanow »), p. xxii)

Qu’on s’entende ou non avec le commissaire Romanow sur ce point, son opinion repose sur le principe que le débat porte sur des valeurs sociales et ne relève pas du droit constitutionnel. Nous sommes d’accord.

Nous croyons que nos collègues la Juge en chef et le juge Major ont poussé trop loin la portée des courants d’interprétation de la *Charte canadienne* qui se sont développés à partir de quelques arrêts antérieurs, en particulier celui relatif à l’avortement *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (qui portait sur

policy). We cannot find in the constitutional law of Canada a “principle of fundamental justice” dispositive of the problems of waiting lists in the Quebec health system. In our view, the appellants’ case does not rest on constitutional law but on their disagreement with the Quebec government on aspects of its social policy. The proper forum to determine the social policy of Quebec in this matter is the National Assembly.

168 Our colleagues the Chief Justice and Major J. write:

The task of the courts, on s. 7 issues as on others, is to evaluate the issue in the light, not just of common sense or theory, but of the evidence. [para. 150]

This, of course, is precisely what the learned trial judge did after weeks of listening to expert testimony and argument. In general, we agree with her conclusions. There is nothing in the evidence to justify our colleagues’ disagreement with her conclusion that the general availability of health insurance will lead to a significant expansion of the private health sector to the detriment of the public health sector. While no one doubts that the Quebec health plan is under sustained and heavy criticism, and that at least some of the criticisms were supported by the trial judge on the basis of the evidence, the trial judge rejected the appellants’ contention (now accepted by our colleagues the Chief Justice and Major J.) that the prohibition on private insurance is contrary to the principles of fundamental justice. The trial judge’s conclusion was endorsed by Justice Forget of the Quebec Court of Appeal. As a matter of law, we see no reason to interfere with their collective and unanimous judgment on this point. Whatever else it might be, the prohibition is not arbitrary.

169 We can all support the vague objective of “public health care of a reasonable standard within a reasonable time”. Most people have opinions, many of

la responsabilité criminelle, mais non sur les politiques de santé publique). Nous ne pouvons retrouver dans le droit constitutionnel canadien un « principe de justice fondamentale » déterminant à l’égard des problèmes de listes d’attente du système de santé québécois. À notre avis, la thèse des appelants repose non pas sur le droit constitutionnel mais sur leur désaccord avec le gouvernement québécois au sujet d’aspects particuliers de sa politique sociale. C’est à l’Assemblée nationale qu’il appartient de discuter et d’établir la politique sociale du Québec.

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major écrivent :

Pour trancher les questions relatives à l’art. 7, les tribunaux doivent, comme pour toute autre question, procéder à une évaluation fondée sur la preuve et non seulement sur le bon sens ou des théories. [par. 150]

C’est exactement ce que la juge de première instance a fait après avoir entendu, pendant des semaines, les témoignages d’expert et l’argumentation des parties. En général, nous sommes d’accord avec ses conclusions. Rien dans la preuve ne justifie le désaccord de nos collègues avec la conclusion de la juge de la Cour supérieure selon laquelle l’accessibilité générale à l’assurance maladie entraînera une forte croissance du secteur de la santé privé au détriment du secteur de la santé public. Bien que personne ne doute que le régime de santé québécois fait constamment l’objet de critiques sévères et que la juge de première instance a, à la lumière de la preuve, reconnu le bien-fondé d’au moins une partie d’entre elles, il reste qu’elle a rejeté l’argument des appelants (que retiennent maintenant nos collègues la Juge en chef et le juge Major) selon lequel l’interdiction de souscrire une assurance privée serait contraire aux principes de justice fondamentale. Le juge Forget de la Cour d’appel du Québec a confirmé la conclusion de la juge de première instance. Nous ne voyons aucun motif juridique de modifier leur jugement collectif et unanime sur ce point. On peut sans doute porter des jugements très divers sur cette interdiction, mais elle n’est pas arbitraire.

Tous peuvent certes appuyer l’objectif imprécis de l’« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable ». La plupart des

them conflicting, about how to achieve it. A legislative policy is not “arbitrary” just because we may disagree with it. As our colleagues the Chief Justice and Major J. fully recognize, the legal test of “arbitrariness” is quite well established in the earlier case law. In our view that test is not met in this case, for reasons we will develop in some detail. Suffice it to say at this point that in our view, the appellants’ argument about “arbitrariness” is based largely on generalizations about the public system drawn from fragmentary experience, an overly optimistic view of the benefits offered by private health insurance, an oversimplified view of the adverse effects on the public health system of permitting private sector health services to flourish and an overly interventionist view of the role the courts should play in trying to supply a “fix” to the failings, real or perceived, of major social programs.

A. *The Argument About Adding an “Upper Tier” to the Quebec Health Plan*

The nature of a two-tier system is explained as follows:

In the broad sense, a two-tier system refers to two co-existing health care systems: a publicly funded system and a privately funded system. This definition implies that there is a differential access to health services based on one’s ability to pay, rather than according to need. In other words, those who can afford it may either obtain access to better quality care or to quicker care in the privately funded system, while the rest of the population continues to access health care only through the publicly funded system. [Emphasis added.]

(*The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 4, *Issues and Options*, Interim Report (2001) (“Kirby Report”), at p. 67)

It is evident, of course, that neither Quebec nor any of the other provinces has a “pure” single-tier system. In the area of uninsured medical services, for example, the private sector is the dominant supplier. In other cases, the private sector may perform

gens entretiennent des opinions, souvent divergentes, sur la façon de réaliser cet objectif. Cependant, une politique législative ne devient pas « arbitraire » du seul fait qu’on puisse être en désaccord avec elle. Comme nos collègues la Juge en chef et le juge Major le reconnaissent parfaitement, la jurisprudence a très bien explicité le critère juridique du « caractère arbitraire ». Pour les raisons que nous allons exposer de façon assez détaillée, nous estimons que ce critère n’est pas respecté en l’espèce. Pour l’instant, qu’il suffise de dire que nous considérons que l’argumentation des appelants relative au « caractère arbitraire » repose, dans une large mesure, sur des généralisations relatives au système public. Celles-ci découlent elles-mêmes d’événements isolés, d’une perception trop optimiste des avantages de l’assurance maladie privée, d’une conception simpliste des effets néfastes qu’aurait sur le système de santé public l’autorisation de l’accès aux services de santé du secteur privé et d’une vue trop interventionniste du rôle que les tribunaux devraient jouer, en les incitant à « remédier » aux faiblesses, réelles ou appréhendées, d’importants programmes sociaux.

A. *L’argument de l’ajout d’un « niveau supérieur » au régime de santé québécois*

On explique ainsi la nature du système à deux vitesses :

Il s’agit en fait d’un régime où cohabitent deux systèmes : un système public financé par l’État et un système financé par des sources privées. Cette définition suppose que l’accès aux services de santé est déterminé par la capacité de payer et non pas par le besoin. Autrement dit, les personnes qui en ont les moyens peuvent obtenir des soins de meilleure qualité ou être soignées plus rapidement dans le système privé et le reste de la population continue de recevoir des soins dans la mesure des possibilités du système public. [Nous soulignons.]

(*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 4, *Questions et options*, Rapport intermédiaire (2001) (« rapport Kirby »), p. 72)

Il est évident, bien sûr, que ni le Québec ni aucune des autres provinces ne possède un système unique « pur ». Par exemple, le secteur privé représente le principal fournisseur de services médicaux non assurés. Dans d’autres cas, le secteur privé

the service but is paid by the state. The issue here, as it is so often in social policy debates, is where to draw the line. One can rarely say in such matters that one side of a line is “right” and the other side of a line is “wrong”. Still less can we say that the boundaries of the Quebec health plan are dictated by the Constitution. Drawing the line around social programs properly falls within the legitimate exercise of the democratic mandates of people elected for such purposes, preferably after a public debate.

B. *Background to the Health Policy Debate*

171 Prior to 1961, only 53 percent of Canadians were covered by some form of health insurance, leaving approximately 8 million Canadians without insurance coverage (*Voluntary Medical Insurance and Prepayment* (1965) (“Berry Commission”), at pp. 177-78). At that time, health care costs were the number one cause of personal bankruptcy in Canada.

172 In these circumstances, the people of Quebec, through their elected representatives, opted for a need-based, rather than a wealth-based, health care system. In the Castonguay-Nepveu Report, said to be the foundation of the public health care system in Quebec, it was stated:

The maintenance of the people’s health more and more is accepted as a collective responsibility. This is not surprising since it must be admitted that without vigorous State action, the right to health would remain a purely theoretical notion, without any real content. [Emphasis added.]

(*Report of the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare*, vol. IV, *Health*, t. 1, *The Present Situation* (1970) (“Castonguay-Nepveu Report”), at p. 30)

173 The Kirby Report noted in 2001 that “Canadians’ attachment to a sense of collective responsibility for the provision of health care has remained largely intact despite a shift towards more

fournit un service dont l’État assume le coût. Comme cela se produit fréquemment dans les débats sur l’orientation de la société, la question, en l’espèce, consiste à situer la ligne de démarcation. On peut rarement affirmer, dans ces cas, qu’un côté de la ligne est « bon » et que l’autre est « mauvais ». On peut encore moins soutenir que la Constitution prescrit le cadre du régime de santé québécois. La définition des programmes sociaux relève, à juste titre, de l’exercice légitime des mandats démocratiques confiés aux politiciens élus à cette fin, de préférence à la suite d’un débat public.

B. *Contexte du débat d’orientation en matière de santé*

Avant 1961, seulement 53 pour 100 de la population canadienne bénéficiait d’une protection quelconque d’assurance maladie. Ceci veut dire qu’environ huit millions de Canadiens ne détenaient pas d’assurance (*Assurance médicale privée et paiement par anticipation* (1966) (« Commission Berry »), p. 179-180). À l’époque, le coût des soins de santé représentait la première cause de faillite personnelle au Canada.

Dans ces circonstances, la population québécoise a, par l’entremise de ses représentants élus, opté pour un système de soins de santé fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer. Le rapport Castonguay-Nepveu, considéré comme la pierre angulaire du système de santé public au Québec, précise d’ailleurs :

Le maintien de la santé de la population étant de plus en plus accepté comme une responsabilité collective, cela ne surprend guère, d’autant moins qu’il faut admettre que, sans une action vigoureuse de l’État, le droit à la santé demeurera une notion purement théorique, sans aucun contenu réel. [Nous soulignons.]

(*Rapport de la Commission d’enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. IV, *La santé*, t. 1, *La situation actuelle* (1970) (« rapport Castonguay-Nepveu »), p. 34)

En 2001, le rapport Kirby soulignait que « [l]’importance accordée au Canada à la responsabilité collective en ce qui concerne la prestation de soins de santé est demeurée pratiquement

individualistic values” (vol. 4, at p. 137); see also *Emerging Solutions: Report and Recommendations* (2001) (“Clair Report”), at p. 243; *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec: Rapport du groupe de travail* (1999) (“Arpin Report”), at p. 34. Both the Kirby Report and the Romanow Report contained extensive investigations into the operations and problems of the current public health systems across Canada. They acknowledged that the financing of health care is putting a growing stress on public finances and national resources. For fiscal year 2004-2005, federal/provincial/territorial spending on health care is estimated to be about \$88 billion (Finance Canada, *Federal Support for Health Care: The Facts* (September 2004)). Whether this growing level of expenditure is sustainable, justified or wise is a matter on which we all have opinions. In the absence of a violation of a recognized “principle of fundamental justice”, the opinions that prevail should be those of the legislatures.

Not all Canadian provinces prohibit private health insurance, but all of them (with the arguable exception of Newfoundland) take steps to protect the public health system by discouraging the private sector, whether by prohibiting private insurance (Quebec, Ontario, Manitoba, British Columbia, Alberta and Prince Edward Island) or by prohibiting doctors who opt out of the public sector, from billing their private patients more than the public sector tariff, thereby dulling the incentive to opt out (Ontario, Manitoba and Nova Scotia), or eliminating any form of cross-subsidy from the public to the private sector (Quebec, British Columbia, Alberta, Prince Edward Island, Saskatchewan and New Brunswick). The mixture of deterrents differs from province to province, but the underlying policies flow from the *Canada Health Act* and are the same: i.e., as a matter of *principle*, health care should be based on need, not wealth, and as a matter of *practicality* the provinces judge that growth of the private sector will undermine the strength of the public sector and

inchangée, malgré le progrès des valeurs individualistes » (vol. 4, p. 147); voir également *Les solutions émergentes : Rapport et recommandations* (2000) (« rapport Clair »), p. 243, ainsi que *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec : Rapport du groupe de travail* (1999) (« rapport Arpin »), p. 34. Les rapports Kirby et Romanow ont tous deux étudié en profondeur les activités et les problèmes courants des systèmes de santé publics au Canada. Ils reconnaissent que les coûts des soins de santé exercent une pression de plus en plus forte sur les finances publiques et les ressources nationales. On prévoit que les dépenses fédérales, provinciales et territoriales en matière de santé s’élèveront à environ 88 milliards de dollars au cours de l’année financière 2004-2005 (Ministère des Finances Canada, *Participation fédérale au financement des soins de santé : les faits* (septembre 2004)). Nous possédons tous nos propres vues sur la sagesse, la justification ou la viabilité de cet accroissement des dépenses de santé. En l’absence de violation d’un « principe de justice fondamentale » reconnu, l’opinion du législateur doit l’emporter.

Les provinces canadiennes n’interdisent pas toutes l’assurance maladie privée, mais (à l’exception discutable de Terre-Neuve) elles prennent toutes des mesures pour protéger le système de santé public et empêcher la participation du secteur privé, soit en prohibant l’assurance privée (Québec, Ontario, Manitoba, Colombie-Britannique, Alberta et Île-du-Prince-Édouard), soit en interdisant aux médecins qui se désengagent du secteur public de facturer à leurs patients des honoraires supérieurs à ceux qu’autorise le régime public. Ces mesures diminuent l’attrait du secteur privé (Ontario, Manitoba et Nouvelle-Écosse) ou éliminent toute forme de financement du secteur privé par le secteur public (Québec, Colombie-Britannique, Alberta, Île-du-Prince-Édouard, Saskatchewan et Nouveau-Brunswick). Le mélange d’éléments dissuasifs varie d’une province à l’autre. Cependant, les politiques qui structurent le régime découlent toujours de la *Loi canadienne sur la santé* et restent : *en principe*, l’accès aux soins de santé doit reposer sur le besoin et non sur la capacité de payer, mais *en pratique*, les

its ability to achieve the objectives of the *Canada Health Act*.

175

The argument for a “two-tier system” is that it will enable “ordinary” Canadians to access private health care. Indeed, this is the view taken by our colleagues the Chief Justice and Major J. who quote the appellants’ argument that “disallowing private insurance precludes the vast majority of Canadians (middle-income and low-income earners) from accessing” private health care (para. 137). This way of putting the argument suggests that the Court has a mandate to save middle-income and low-income Quebecers from themselves, because both the Romanow Report and the Kirby Report found that the vast majority of “ordinary” Canadians want a publicly financed single-tier (more or less) health plan to which access is governed by need rather than wealth and where the availability of coverage is not contingent on personal insurability. Our colleagues rely in part on the experience in the United States (para. 148) and the fact that public funding in that country accounts for only 45 percent of total health care spending. But if we look at the practical reality of the U.S. system, the fact is that 15.6 percent of the American population (i.e., about 45 million people) had no health insurance coverage at all in 2003, including about 8.4 million children. As to making health care available to medium and low-income families, the effect of “two-tier” health coverage in the U.S. is much worse for minority groups than for the majority. Hispanics had an uninsured rate of 32.7 percent, and African Americans had an uninsured rate of 19.4 percent. For 45 million Americans, as for those “ordinary” Quebecers who cannot afford private medical insurance or cannot obtain it because they are deemed to be “bad risks”, it is a matter of public health care or no care at all (C. DeNavas-Walt, B. D. Proctor and R. J. Mills, *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2003* (2004), at pp. 56-59).

provinces jugent que la croissance du secteur privé affaiblira le secteur public et réduira sa capacité d’atteindre les objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*.

L’argument au soutien d’un « système à deux vitesses » est qu’un tel système permettra aux Canadiens « ordinaires » d’avoir accès à des soins de santé privés. En fait, nos collègues la Juge en chef et le juge Major adoptent une opinion de cette nature lorsqu’ils citent l’argument des appelants selon lequel « interdire l’assurance privée empêche la vaste majorité des Canadiens (à revenu moyen ou faible) d’avoir accès » à des soins de santé privés (par. 137). Cette façon de présenter l’argument en question laisse entendre que la Cour a pour mission de protéger contre eux-mêmes les Québécois à revenu moyen ou faible, car les rapports Romanow et Kirby ont conclu que la vaste majorité des Canadiens « ordinaires » veulent un régime de santé public (plus ou moins) unique fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer et dans lequel la protection offerte n’est pas subordonnée à l’assurabilité personnelle. Nos collègues se fondent en partie sur la situation aux États-Unis (par. 148) et sur le fait que, dans ce pays, l’État n’assume que 45 pour 100 des dépenses totales de soins de santé. En pratique, toutefois, la réalité est qu’aux États-Unis 15,6 pour 100 de la population (soit environ 45 millions de personnes) ne bénéficiait d’aucune assurance en 2003, dont environ 8,4 millions d’enfants. Le problème d’accessibilité des familles à revenu moyen ou faible aux soins de santé dans le système de santé « à deux vitesses » des États-Unis touche plus durement les groupes minoritaires que la majorité de la population. 32,7 pour 100 des Hispaniques et 19,4 pour 100 des Afro-américains se trouvaient dépourvus de couverture d’assurance. L’accès aux soins de santé publics demeure le seul choix ouvert à 45 millions d’Américains, comme aux Québécois « ordinaires » qui n’ont pas les moyens de s’offrir une assurance médicale privée ou qui ne peuvent pas l’obtenir parce qu’on juge qu’ils présentent des « risques aggravés » (C. DeNavas-Walt, B. D. Proctor et R. J. Mills, *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2003* (2004), p. 56-59).

It would be open to Quebec to adopt a U.S.-style health care system. No one suggests that there is anything in our Constitution to prevent it. But to do so would be contrary to the policy of the Quebec National Assembly, and its policy in that respect is shared by the other provinces and the federal Parliament. As stated, Quebec further takes the view that significant growth in the private health care system (which the appellants advocate) would inevitably damage the public system. Our colleagues the Chief Justice and Major J. disagree with this assessment, but governments are entitled to act on a reasonable apprehension of risk of such damage. As noted by the majority in *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 133:

Members of Parliament are elected to make these sorts of decisions, and have access to a broader range of information, more points of view, and a more flexible investigative process than courts do.

While the existence of waiting times is undoubted, and their management a matter of serious public concern, the proposed constitutional right to a two-tier health system for those who can afford private medical insurance would precipitate a seismic shift in health policy for Quebec. We do not believe that such a seismic shift is compelled by either the *Quebec Charter* or the *Canadian Charter*.

II. Analysis

The appellants' principal argument is that the existence of waiting lists in Quebec and the concurrent prohibition on private health insurance violate s. 7 of the *Canadian Charter*, which guarantees everyone the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The *legal* question raised by our colleagues the Chief Justice and Major J. under the *Canadian Charter* is whether or not the Quebec health plan

Le Québec pourrait choisir un système de santé semblable à celui des Américains. Personne ne laisse entendre que la Constitution l'interdirait. Toutefois, une telle mesure contredirait la politique de l'Assemblée nationale du Québec qui, à cet égard, reste identique à celle des autres provinces et du Parlement fédéral. Comme nous l'avons vu, le Québec considère, en outre, qu'une forte croissance du système de santé privé (comme celle préconisée par les appelants) entraînerait inévitablement une détérioration du système public. Nos collègues la Juge en chef et le juge Major ne partagent pas cet avis, mais les gouvernements ont le droit de prendre des mesures fondées sur la crainte raisonnable d'une telle détérioration. Comme le soulignent les juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 133 :

Les députés sont élus pour prendre de telles décisions et ils ont accès à un plus large éventail de données, à un plus grand nombre de points de vue et à des moyens d'enquête plus souples que les tribunaux.

En dépit de l'existence indéniable de délais d'attente et du grave problème d'intérêt public posé par leur gestion, le droit constitutionnel à un système de santé à deux vitesses qu'auraient les gens ayant les moyens de souscrire une assurance médicale privée provoquerait un changement radical de la politique québécoise en matière de santé. Ni la *Charte québécoise* ni la *Charte canadienne* ne commande un tel changement.

II. Analyse

Les appelants soutiennent principalement que l'existence de listes d'attente au Québec et l'interdiction concomitante de souscrire une assurance maladie privée contreviennent à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, qui protège le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et dispose qu'on ne peut porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La question *de droit* que nos collègues la Juge en chef et le juge Major soulèvent au regard de la *Charte canadienne* consiste à déterminer si le

violates a *principle of fundamental justice* and, if so, whether the plan can nevertheless be saved under s. 1.

179

The reasons of our colleague Deschamps J., on the other hand, are limited to s. 1 of the *Quebec Charter* which protects the right of every human being to life and to personal security, inviolability and freedom. The *Quebec Charter* does not talk explicitly about “principles of fundamental justice”. Nevertheless, in our view, the legislative limits fixed by the *Quebec Charter* are no more favourable to the appellants’ case than are those fixed by the *Canadian Charter*. Rights under the *Quebec Charter* are to be exercised with “proper” regard to “democratic” values (including those of the electorate) “public order and the general well-being of the citizens of Québec” (including those who cannot afford, or may not qualify for, private health insurance coverage). We address this issue below starting at para. 266.

180

Our colleagues the Chief Justice and Major J. agree with the appellants that there is a violation of s. 7 of the *Canadian Charter*. As mentioned earlier, their opinion rests in substantial part on observations made by various members of this Court in *Morgentaler*. At issue in that case was the criminal liability of doctors and their patients under s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, for performing abortions. The nub of the legal challenge was that in creating the abortion offence Parliament had qualified the charge with a “therapeutic abortion” defence, but the defence was not working. The factual and legal issues raised in that criminal law problem are, we think, far removed from the debate over a two-tiered health system. *Morgentaler* applied a “manifest unfairness” test which has never been adopted by the Court outside the criminal law, and certainly not in the context of the design of social programs. The *Morgentaler* judgment fastened on internal inconsistencies in s. 251 of the *Code*, which find no counterpart here. In our view, with respect, *Morgentaler* provides no

régime de santé québécois viole un *principe de justice fondamentale* et, dans l’affirmative, si ce régime peut néanmoins être sauvegardé en application de l’article premier.

Par contre, les motifs de notre collègue la juge Deschamps traitent seulement de l’art. 1 de la *Charte québécoise*, qui garantit à tout être humain le droit à la vie, ainsi qu’à la sûreté, à l’intégrité et à la liberté de sa personne. La *Charte québécoise* ne mentionne pas explicitement les « principes de justice fondamentale ». Néanmoins, nous sommes d’avis que les limites législatives fixées par la *Charte québécoise* ne sont pas plus favorables à la thèse des appelants que celles prévues par la *Charte canadienne*. En effet, les droits garantis par la *Charte québécoise* doivent s’exercer « dans le respect » des valeurs « démocratiques » (y compris celles de l’électorat), « de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec » (y compris ceux qui n’ont pas les moyens de souscrire une assurance maladie privée, ou qui n’y sont pas admissibles). Nous abordons cette question plus loin à partir du par. 266.

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major partagent l’opinion des appelants selon laquelle il y a contravention à l’art. 7 de la *Charte canadienne*. Comme nous l’avons souligné, leur opinion repose en grande partie sur des commentaires de différents juges de notre Cour dans l’arrêt *Morgentaler*. Cette affaire portait sur le régime de responsabilité criminelle en matière d’avortement applicable aux médecins et à leurs patientes en vertu de l’art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. En substance, la contestation constitutionnelle de cette disposition faisait essentiellement valoir devant les tribunaux que le législateur avait théoriquement restreint l’application de l’acte criminel par la reconnaissance d’un moyen de défense fondé sur le caractère thérapeutique de l’avortement, mais que ce moyen de défense n’avait aucune valeur pratique. Les questions de fait et de droit que soulevait ce problème de droit criminel demeurent, croyons-nous, très éloignées du débat portant sur un système de santé à deux vitesses. Dans l’arrêt *Morgentaler*, la Cour a appliqué un critère d’« injustice manifeste » qu’elle n’a jamais adopté en dehors du droit criminel

support for the appellants in this case, as we discuss commencing at para. 259.

As stated, we accept the finding of the courts below that a two-tier health care system would likely have a negative impact on the integrity, functioning and viability of the public system: [2000] R.J.Q. 786, at p. 827; reasons of Forget J.A., [2002] R.J.Q. 1205, at p. 1215. Although this finding is disputed by our colleagues the Chief Justice and Major J. (a point to which we will return), it cannot be contested that as a matter of *principle*, access to private health care based on wealth rather than need contradicts one of the key social policy objectives expressed in the *Canada Health Act*. The state has established its interest in promoting the equal treatment of its citizens in terms of health care. The issue of arbitrariness relates only to the validity of the *means* adopted to achieve that policy objective. Counsel for the appellant Zeliotis was not oblivious to the potential danger posed by the re-allocation of health resources to the private sector. In opening his oral submissions to the Court, he acknowledged the need as a matter of social policy to protect the public health system:

[TRANSLATION] May a person use his or her own resources to obtain medical care outside the public system if the public system is unable to provide medical care within an acceptable time and if doing so *would not deprive the public system of the resources it needs?* . . .

. . . we recognize that it is perfectly legitimate for the state to make sure that the public system has on a priority basis all the resources it needs to function. *Thus, we concede that, if this were in fact impossible, our appeal should fail.* [Emphasis added.]

(Oral Transcript, Mr. Trudel, at p. 25)

et sûrement pas dans le contexte de la conception de programmes sociaux. L'arrêt *Morgentaler* portait sur des contradictions internes de l'art. 251 du *Code*, qui n'ont aucun équivalent dans la présente affaire. En toute déférence, nous estimons que l'arrêt *Morgentaler* n'est d'aucun secours aux appelants en l'espèce, comme nous l'expliquons à partir du par. 259.

Nous répétons que nous acceptons la conclusion des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle un système de soins de santé à deux vitesses aurait probablement une incidence négative sur l'intégrité, le bon fonctionnement et la viabilité du système public : [2000] R.J.Q. 786, p. 827; motifs du juge Forget de la Cour d'appel, [2002] R.J.Q. 1205, p. 1215. Bien que nos collègues la Juge en chef et le juge Major n'acceptent pas cette conclusion (un point sur lequel nous reviendrons), on ne saurait contester qu'en *principe* un régime d'accès aux soins de santé privés fondé sur la capacité de payer plutôt que sur le besoin va à l'encontre de l'un des principaux objectifs de politique sociale énoncés dans la *Loi canadienne sur la santé*. L'État a prouvé qu'il a intérêt à favoriser un traitement égal de ses citoyens en matière de soins de santé. Le problème du caractère arbitraire des dispositions législatives ne concerne que la validité des *moyens* choisis pour réaliser cet objectif de politique générale. L'avocat de l'appellant M. Zeliotis se montrait d'ailleurs conscient du risque posé par la nouvelle attribution de ressources en matière de santé au secteur privé. Au début de sa plaidoirie devant la Cour, il a reconnu la nécessité, sur le plan de la politique sociale, de protéger le système de santé public :

Peut-on utiliser ses propres ressources pour se procurer des soins médicaux à l'extérieur du régime public si ce dernier n'est pas en mesure de nous donner ces soins médicaux dans un délai acceptable et si, en ce faisant, *on ne prive pas le système public des ressources dont il a besoin?* . . .

. . . nous reconnaissons qu'il est tout à fait légitime pour l'État de s'assurer que le régime public dispose en priorité de toutes les ressources dont il a besoin pour fonctionner. *Or, nous le concédons, si ce n'est pas possible effectivement, nous ne devrions pas gagner cet appel.* [Italiques ajoutés.]

(Transcription, propos de M^e Trudel, p. 25)

While Quebec does not outlaw private health care, which is therefore accessible to those with cash on hand, it wishes to discourage its growth. Failure to stop the few people with ready cash does not pose a structural threat to the Quebec health plan. Failure to stop private health insurance will, as the trial judge found, do so. Private insurance is a condition precedent to, and aims at promoting, a flourishing parallel private health care sector. For Dr. Chaoulli in particular, that is the whole point of this proceeding.

A. *Preliminary Objections*

182 The Attorneys General made two preliminary objections: first, that the claims raised on this appeal are not properly justiciable; and second, that neither Dr. Chaoulli nor Mr. Zeliotis has standing to bring their claim. These objections should be rejected.

(1) Justiciability

183 The Attorneys General of Canada and Quebec argue that the claims advanced by the appellants are inherently political and, therefore, not properly justiciable by the courts. We do not agree. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* affirms the constitutional power and *obligation* of courts to declare laws of no force or effect to the extent of their inconsistency with the Constitution. Where a violation stems from a *Canadian Charter* breach, the court may also order whatever remedy is “appropriate and just” in the circumstances under s. 24. There is nothing in our constitutional arrangement to exclude “political questions” from judicial review where the Constitution itself is alleged to be violated.

184 Nevertheless, a correct balance must be struck between the judiciary and the other branches of

Bien qu’il n’interdise pas les soins de santé privés, qui sont donc accessibles à ceux qui ont les moyens de se les offrir, le Québec souhaite en décourager la multiplication. Le défaut d’édicter une interdiction absolue touchant les quelques personnes capables de payer ne constitue pas une menace structurelle pour le régime de santé québécois. Toutefois, comme l’a conclu la juge de première instance, l’absence d’interdiction de l’assurance maladie privée représentera une telle menace. La possibilité de souscrire une assurance privée constitue un préalable incontournable au développement et à la vitalité économique d’un secteur de soins de santé privé parallèle. Pour le D^r Chaoulli en particulier, cette question se situe au cœur de la présente instance.

A. *Objections préliminaires*

Les procureurs généraux ont soulevé deux objections préliminaires : premièrement, ils ont fait valoir que les demandes en l’espèce soulèvent des questions que les tribunaux ne sauraient régler et, deuxièmement, que ni le D^r Chaoulli ni M. Zeliotis n’a qualité pour agir à cet égard. Ces objections doivent être rejetées.

(1) La justiciabilité

Les procureurs généraux du Canada et du Québec prétendent que le caractère intrinsèquement politique des demandes présentées par les appelants les soustrait à la compétence des tribunaux. Nous ne partageons pas cette opinion. L’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* confirme le pouvoir et l’*obligation* constitutionnels des tribunaux de déclarer inopérantes les dispositions de toute règle de droit qui sont incompatibles avec la Constitution. Lorsqu’une atteinte émane d’une contravention à la *Charte canadienne*, le tribunal peut, en vertu de l’art. 24, ordonner toute réparation qu’il estime « convenable et juste » eu égard aux circonstances. Rien dans notre régime constitutionnel ne soustrait les « questions politiques » au contrôle judiciaire devant une allégation de violation de la Constitution elle-même.

Il convient néanmoins d’établir un juste équilibre entre le pouvoir judiciaire et les autres organes

government. Each branch must respect the limits of its institutional role. As stated in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, “the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others’ role and the role of the courts” (para. 136).

In the present case, the appellants are challenging the legality of Quebec’s prohibition against private health insurance. While the issue raises “political questions” of a high order, the alleged *Canadian Charter* violation framed by the appellants is in its nature justiciable, and the Court should deal with it.

(2) Standing of Dr. Chaoulli and Mr. Zeliotis

Article 55 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, requires that the party bringing an action have a “sufficient interest” in the litigation. In our view, for the reasons given by the trial judge, as previously mentioned, Mr. Zeliotis has not demonstrated that systemic waiting lists were the cause of his delayed treatment.

Dr. Chaoulli’s situation is different. He offers himself as an advocate for private health insurance. He is a medically trained individual who has a history of conflict with the Quebec health authorities and of disobedience to their rules governing medical practice. The trial judge found Dr. Chaoulli’s motives to be questionable:

[TRANSLATION] At first, Dr. Chaoulli was supposed to complete his initial contract in a remote region. He did not do so but returned to Montréal and, contrary to what he was entitled to do, began practising on the South Shore. He then obstinately insisted on practising medicine as he pleased, disregarding the regional board’s decisions. Dr. Chaoulli never testified that he

de gouvernement. Chaque organe de gouvernement doit respecter les limites de son rôle institutionnel. Comme le précise l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, « [i]l incombe [. . .] aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c’est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l’exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux » (par. 136).

En l’espèce, les appelants contestent la légalité de l’interdiction de souscrire une assurance maladie privée au Québec. Bien que la question soulève des « questions politiques » d’importance capitale, la contravention à la *Charte canadienne* alléguée par les appelants relève, de par sa nature, de la compétence des tribunaux, et notre Cour doit l’examiner.

(2) Qualité pour agir du D^f Chaoulli et de M. Zeliotis

L’article 55 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, exige que la partie qui forme une demande en justice ait un « intérêt suffisant ». À notre avis, pour les raisons déjà mentionnées qui ont été exposées par la juge de première instance, M. Zeliotis n’a pas démontré que l’existence de listes d’attente systémiques était à l’origine de son délai d’attente pour un traitement.

La situation du D^f Chaoulli diffère. Il se présente comme le défenseur de l’assurance maladie privée. Doté d’une formation médicale, il a, à maintes reprises, été en conflit avec les autorités sanitaires québécoises et contrevenu à leurs règles sur la pratique médicale. La juge de première instance a mis en doute la nature réelle des motivations du D^f Chaoulli :

Au départ, D^f Chaoulli devait compléter son contrat initial en région. Il ne le fait pas, revient à Montréal et, contrairement à ce qu’il a le droit de faire, commence à exercer sur la Rive-Sud. Il s’obstine ensuite à exercer la médecine comme il le veut, sans respecter ce que la Régie régionale décide. D^f Chaoulli n’a jamais témoigné non plus à l’effet qu’il avait reçu des soins

185

186

187

had received inadequate care or that the system had not responded to his personal health needs. He still faces substantial penalties at the Régie de l'assurance-maladie du Québec. He was released from his obligations, returned to the public system, and is still not satisfied. All this leads the Court to question Dr. Chaoulli's real motives in this dispute. It is impossible not to be struck by the contradictions in his testimony and by the impression that Dr. Chaoulli has embarked on a crusade that now raises questions transcending his own personal case. [p. 795]

188

Nevertheless, we accept that the appellants have a sufficient interest in the constitutional questions to be given public interest standing. In *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, at p. 598, Martland J. wrote that to qualify in that regard, a person must satisfy three requirements:

[T]o establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.

See also *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

189

All three of these conditions are met in the present case. First, there is a serious challenge to the invalidity of the impugned provisions. Access to medical care is a concern of all Quebec residents. Second, Dr. Chaoulli and Mr. Zeliotis are both Quebec residents and are therefore directly affected by the provisions barring access to private health insurance. Third, the appellants advance the broad claim that the Quebec health plan is unconstitutional for *systemic* reasons. They do not limit themselves to the circumstances of any particular patient. Their argument is not limited to a case-by-case consideration. They make the generic argument that Quebec's chronic waiting lists destroy Quebec's legislative authority to draw the line against private health insurance. From a practical point of view, while individual patients could be expected to bring their own cases to court if

inadéquats ou que le système n'avait pas répondu à ses besoins personnels de santé. Il a des pénalités importantes encore en jeu avec la Régie de l'assurance-maladie du Québec. Il a été désengagé, est revenu dans le système public, n'est toujours pas satisfait. Tout ceci amène le Tribunal à se poser des questions sur les véritables motivations du D^r Chaoulli dans le présent débat. On ne peut qu'être frappé par les contradictions dans le témoignage et l'impression que le D^r Chaoulli s'est embarqué dans une croisade dont les enjeux lui échappent aujourd'hui. [p. 795]

Néanmoins, nous reconnaissons que l'intérêt des appelants dans les questions constitutionnelles suffit pour leur donner qualité pour agir dans l'intérêt public. Dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, p. 598, le juge Martland a rappelé qu'une personne devait remplir trois conditions pour avoir qualité à ces fins :

[P]our établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

Voir également l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

Ces trois conditions sont remplies en l'espèce. Premièrement, la validité des dispositions en cause est sérieusement contestée. L'accès aux soins médicaux constitue aujourd'hui un souci commun à l'ensemble des résidents québécois. Deuxièmement, le D^r Chaoulli et M. Zeliotis résident tous les deux au Québec. Les dispositions interdisant l'accès à l'assurance maladie privée les touchent donc directement. Troisièmement, les appelants plaident, de manière générale, l'inconstitutionnalité du régime de santé québécois pour des raisons *systemiques*. Ils ne s'en tiennent pas à la situation d'un patient en particulier. Leur argument ne se limite pas à un examen ponctuel. Ils avancent l'argument général selon lequel le Québec perd le pouvoir de légiférer pour interdire l'accès à l'assurance maladie privée en raison des listes d'attente chroniques avec lesquelles il

they wished to do so, it would be unreasonable to expect a seriously ailing person to bring a systemic challenge to the whole health plan, as was done here. The material, physical and emotional resources of individuals who are ill, and quite possibly dying, are likely to be focussed on their own circumstances. In this sense, there is no other class of persons that is more directly affected and that could be expected to undertake the lengthy and no doubt costly systemic challenge to single-tier medicine. Consequently, we agree that the appellants in this case were rightly granted public interest standing. However, the corollary to this ruling is that failure by the appellants in their systemic challenge would not foreclose constitutional relief to an individual based on, and limited to, his or her particular circumstances.

B. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

The Chief Justice and Major J. would strike down the Quebec legislation on the basis of s. 7 of the *Canadian Charter*, which provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Like our colleagues McLachlin C.J. and Major J., we accept the trial judge's conclusion that in *some* circumstances *some* Quebecers may have their life or "security of the person" put at risk by the prohibition against private health insurance. However, unlike our colleagues, we agree with the trial judge and the Quebec Court of Appeal that this situation, however deplorable, is not capable of resolution as a matter of constitutional law. At the same time, we reject some of the constraints that the Attorney General of Quebec would place on the Court's analysis.

est aux prises. D'un point de vue pratique, même si on pouvait s'attendre à ce que des patients — qui souhaitent le faire — recourent aux tribunaux, il serait déraisonnable de s'attendre à ce qu'une personne gravement malade s'engage dans une contestation systémique de l'ensemble du régime de santé, comme cela a été fait en l'espèce. Les personnes malades, voire mourantes, consacreront plutôt leurs ressources matérielles, physiques et affectives à leur propre situation. En ce sens, aucune autre catégorie de personnes n'est plus directement touchée ni mieux placée pour entamer une longue et indubitablement coûteuse contestation systémique du régime de médecine unique. Nous convenons donc que les appelants en l'espèce se sont vu reconnaître, à juste titre, la qualité pour agir dans l'intérêt public. En conséquence, toutefois, l'échec de la contestation systémique des appelants ne priverait pas une personne d'un recours constitutionnel fondé exclusivement sur sa situation particulière.

B. *Charte canadienne des droits et libertés*

La Juge en chef et le juge Major sont d'avis d'invalidier la mesure législative québécoise en raison de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, qui prévoit :

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.

À l'instar de nos collègues la juge en chef McLachlin et le juge Major, nous acceptons la conclusion de la juge de première instance voulant que, dans *certaines* circonstances, *certaines* Québécois peuvent voir leur vie ou la « sécurité de leur personne » compromise par l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée. Cependant, contrairement à nos collègues, nous partageons l'avis de la juge de première instance et de la Cour d'appel du Québec, selon lequel cette situation, si déplorable soit-elle, ne se prête pas à une solution fondée sur le droit constitutionnel. En même temps, nous rejetons certaines restrictions auxquelles le procureur général du Québec souhaiterait assujettir l'analyse de notre Cour.

190

191

(1) The Application of Section 7 to Matters Not Falling Within the Administration of Justice

192

The Attorney General of Quebec argues that s. 7 does not protect economic rights. This is true, but is somewhat beside the point. The appellants seek access to a two-tier health system. The fact it will cost money to the people in the “upper tier” is an incidental (although important) aspect of their challenge, which is principled in nature.

193

Section 7 gives rise to some of the most difficult issues in *Canadian Charter* litigation. Because s. 7 protects the most basic interests of human beings — life, liberty and security — claimants call on the courts to adjudicate many difficult moral and ethical issues. It is therefore prudent, in our view, to proceed cautiously and incrementally in applying s. 7, particularly in distilling those principles that are so vital to our society’s conception of “principles of fundamental justice” as to be constitutionally entrenched.

194

At first blush, s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, and s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28, seem far removed from the usual concerns of s. 7 of the *Canadian Charter*. The provisions sought to be invalidated provide:

15. No person shall make or renew a contract of insurance or make a payment under a contract of insurance under which an insured service is furnished or under which all or part of the cost of such a service is paid to a resident or a deemed resident of Québec or to another person on his behalf.

11. (1) No one shall make or renew, or make a payment under a contract under which

(a) a resident is to be provided with or to be reimbursed for the cost of any hospital service that is one of the insured services;

(1) L'application de l'art. 7 aux questions ne relevant pas de l'administration de la justice

Le procureur général du Québec soutient que l'art. 7 ne protège pas les droits économiques. L'exactitude de cette prétention n'a toutefois aucun rapport avec la question qui se pose. Les appelants sollicitent l'accès à un système de santé à deux vitesses. Le fait que les gens du « niveau supérieur » seront appelés à déboursier représente un aspect secondaire (quoique important) d'une contestation toujours fondée sur des principes, par sa nature même.

L'article 7 soulève certaines questions parmi les plus difficiles dans les litiges rattachés à l'application de la *Charte canadienne*. La protection accordée par l'art. 7 aux droits les plus fondamentaux de l'être humain — la vie, la liberté et la sécurité —, appelle les tribunaux à trancher plusieurs questions morales et éthiques complexes. Nous estimons donc qu'il est sage d'appliquer l'art. 7 prudemment et progressivement et, en particulier, de dégager ces principes si essentiels à la conception que notre société se forme des « principes de justice fondamentale » que notre Constitution doit les consacrer.

De prime abord, l'art. 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, et l'art. 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28, semblent très éloignés des domaines d'application habituels de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Le texte des dispositions attaquées se lit ainsi :

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

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;

(b) payment is conditional upon the hospitalization of a resident; or

(c) payment is dependent upon the length of time the resident is a patient in a facility maintained by an institution contemplated in section 2.

The present challenge does not arise out of an adjudicative context or one involving the administration of justice. Sections 11 and 15 are plainly not adjudicative provisions. Nor are they administrative provisions in the sense of being part of the administrative scheme for the provision of health services, though they do form part of the regulatory health regime. Section 11 is a *civil* prohibition against the making or renewing of a contract for insurance for “insured services” and against the payment under such a contract for “insured services”. Any contract entered into in contravention of s. 11 and s. 15 would be absolutely null and unenforceable because it is contrary to the general interest: art. 1417 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Although small fines may be imposed for the breach of these provisions, we think that regulations providing for such fines, which are wholly incidental to the regulatory purpose, would not create a sufficient nexus with the adjudicative context to ground the application of s. 7 on that basis.

It will likely be a rare case where s. 7 will apply in circumstances entirely unrelated to adjudicative or administrative proceedings. That said, the Court has consistently left open the possibility that s. 7 may apply outside the context of the administration of justice: *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, at paras. 78-80 and 414.

The Court has been moving away from a narrow approach to s. 7, which restricted the scope of the section to legal rights to be interpreted in light of the rights enumerated in ss. 8 to 14: see, e.g., *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (“*Prostitution Reference*”), at pp. 1171-74. In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, the majority held that s. 7 can apply outside of the criminal context. Further,

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.

La présente contestation ne découle pas d’un contexte juridictionnel ni d’une situation rattachée à l’administration de la justice. Manifestement, les art. 11 et 15 n’ont pas de caractère juridictionnel. Ils ne représentent pas non plus des dispositions de nature administrative appartenant au régime administratif applicable à la prestation de services de santé, bien qu’ils constituent une partie du régime réglementaire de la santé. L’article 11 constitue une interdiction *civile* de souscrire ou de renouveler un contrat d’assurance pour des « services assurés », et de payer, en vertu d’un tel contrat, pour des « services assurés ». Tout contrat conclu en contravention des art. 11 et 15 serait alors frappé de nullité absolue et inexécutoire parce que contraire à l’intérêt général : art. 1417 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. Bien que de faibles amendes puissent sanctionner les contraventions à ces dispositions, l’existence d’un règlement prescrivant ces amendes, entièrement liées à l’objectif de réglementation, ne créerait pas avec le contexte juridictionnel un lien suffisant pour fonder l’application de l’art. 7.

En toute probabilité, l’art. 7 s’appliquera rarement dans des circonstances sans rapport avec des procédures décisionnelles ou administratives. Cependant, notre Cour n’a jamais écarté toute possibilité d’application de l’art. 7 en dehors du contexte de l’administration de la justice : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 78-80 et 414.

En effet, notre Cour a délaissé progressivement l’interprétation restrictive de l’art. 7, qui en limitait la portée aux garanties juridiques devant être interprétées à la lumière des droits énumérés aux art. 8 à 14 : voir, p. ex., le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (« *Renvoi sur la prostitution* »), p. 1171-1174. Dans l’arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, les juges majoritaires ont reconnu

195

196

197

in *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, the Court noted that it had held in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, that the wardship provisions of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, denying parents the ability to choose medical treatment for their infants, implicated the s. 7 liberty interests of parents.

que l'art. 7 peut s'appliquer en dehors du contexte du droit criminel. En outre, dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, notre Cour a rappelé que dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, elle avait décidé que les dispositions en matière de garde de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, qui empêchaient les parents de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, mettaient en cause le droit à la liberté garanti aux parents par l'art. 7.

198 Placing s. 7 under the heading “Legal Rights” in the *Canadian Charter* does not narrow or control its scope. Such a result would be unduly formalistic and inconsistent with the large, liberal and purposive interpretation of s. 7 that has been the hallmark of this Court's approach since *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. This is evidenced by the refusal of the majority in that case to restrict “principles of fundamental justice” solely to procedural guarantees. Lamer J. observed that “the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system” (p. 512 (emphasis added)).

L'insertion de l'art. 7 sous la rubrique « Garanties juridiques » de la *Charte canadienne* ne réduit pas ou ne délimite pas, à elle seule, la portée de cette disposition. Le caractère trop formaliste d'un tel résultat ne se concilierait pas avec l'interprétation large, libérale et téléologique de l'art. 7, qui inspire l'approche de notre Cour depuis le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Cette conclusion ressort du refus des juges majoritaires, dans cette affaire, de limiter les « principes de justice fondamentale » aux seules garanties procédurales. Comme l'a fait observer le juge Lamer, « les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique » (p. 512 (nous soulignons)).

199 Claimants whose life, liberty or security of the person is put at risk are entitled to relief only to the extent that their complaint arises from a breach of an identifiable principle of fundamental justice. The real control over the scope and operation of s. 7 is to be found in the requirement that the applicant identify a violation of a principle of fundamental justice. The further a challenged state action lies from the traditional adjudicative context, the more difficult it will be for a claimant to make that essential link. As will become clear, that is precisely the difficulty encountered by the claimants here: they are unable to demonstrate that any principle of fundamental justice has been contravened.

Les demandeurs dont la vie, la liberté ou la sécurité de la personne est compromise ne jouissent d'un droit de recours que dans la mesure où leur plainte découle de la violation d'un principe de justice fondamentale identifiable. L'exigence que le demandeur relève la violation d'un principe de justice fondamentale constitue donc le seul mécanisme de contrôle efficace de la portée et de l'application de l'art. 7. Plus la mesure étatique contestée s'éloigne du contexte juridictionnel traditionnel, plus il devient difficile pour le demandeur d'établir l'existence de ce lien essentiel. Comme nous le constaterons, les demandeurs se heurtent précisément à cette difficulté en l'espèce : ils ne réussissent pas à établir la violation d'un principe de justice fondamentale.

(2) Which Section 7 Interests Are Engaged?

Section 7 interests are enumerated as life, liberty and security of the person. As stated, we accept the trial judge's finding that the current state of the Quebec health system, linked to the prohibition against health insurance for insured services, is capable, at least in the cases of some individuals on some occasions, of putting at risk their life or security of the person.

We do not agree with the appellants, however, that the Quebec Health Plan puts the "liberty" of Quebecers at risk. The argument that "liberty" includes freedom of contract (in this case to contract for private medical insurance) is novel in Canada, where economic rights are not included in the *Canadian Charter* and discredited in the United States. In that country, the liberty of individuals (mainly employers) to contract out of social and economic programs was endorsed by the Supreme Court in the early decades of the 20th century on the theory that laws that prohibited employers from entering into oppressive contracts with employees violated their "liberty" of contract; see, e.g., *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), at p. 62:

... a prohibition to enter into any contract of labor in a bakery for more than a certain number of hours a week, is, in our judgment, so wholly beside the matter of a proper, reasonable and fair provision, as to run counter to that liberty of person and of free contract provided for in the Federal Constitution.

Of this line of cases, which was not brought to an end until *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), Professor L. H. Tribe has written that the Supreme Court of the United States:

... relied on the Fourteenth Amendment's Due Process Clause to strike down economic legislation that the Court saw as improperly infringing on contractual liberty, but in which the Court was widely (even if not always

(2) Quels droits garantis par l'art. 7 sont en jeu?

L'article 7 garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Nous répétons que nous acceptons la conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'état actuel du système de santé québécois, lié à l'interdiction de souscrire une assurance maladie pour des services assurés, peut compromettre la vie ou la sécurité de la personne de certains individus dans certaines circonstances tout au moins.

Toutefois, nous ne sommes pas d'accord avec les appelants pour dire que le régime de santé québécois compromet la « liberté » des Québécois. L'argument voulant que la notion de « liberté » inclue la liberté contractuelle (en l'espèce, la liberté de conclure un contrat d'assurance médicale privée) est nouveau au Canada, où les droits économiques ne sont pas inclus dans la *Charte canadienne*, et est discrédité aux États-Unis. Dans ce pays, la Cour suprême a, pendant les premières décennies du XX^e siècle, reconnu la liberté individuelle (principalement d'employeurs) de renoncer à l'application de programmes socio-économiques, en vertu du postulat que les règles de droit interdisant aux employeurs la conclusion de contrats oppressifs avec leurs employés portaient atteinte à leur « liberté » contractuelle : voir, p. ex., l'arrêt *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905), p. 62 :

[TRADUCTION] ... l'interdiction de conclure, dans une boulangerie, un contrat de travail qui permettrait de dépasser un certain nombre d'heures de travail par semaine, n'a, d'après nous, tellement rien de commun avec une disposition légitime, raisonnable et équitable qu'elle va à l'encontre de la liberté de la personne et de la liberté contractuelle prévues dans la Constitution fédérale.

Dans un commentaire sur ce courant de jurisprudence qui n'est disparu qu'avec l'arrêt *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), le professeur L. H. Tribe a écrit que la Cour suprême des États-Unis :

[TRADUCTION] ... s'[était] fondée sur la clause d'application régulière de la loi du Quatorzième amendement pour invalider des mesures législatives économiques qui, selon la Cour, portaient atteinte à la liberté

correctly) perceived to be substituting its own judgment, in the absence of any actual constitutional mandate, for that of the legislature. [Emphasis added.]

(*American Constitutional Law* (3rd ed. 2000), vol. 1, at p. 1318)

202

Nor do we accept that s. 7 of the *Canadian Charter* guarantees Dr. Chaoulli the “liberty” to deliver health care in a private context. The trial judge correctly concluded that [TRANSLATION] “s. 7 of the Canadian charter does not protect a physician’s right to practise his or her profession without restrictions in the private sector. That is a purely economic right” (p. 823 (emphasis in original)). The fact that state action constrains an individual’s freedom by eliminating career choices that would otherwise be available does not in itself attract the protection of the liberty interest under s. 7. The liberty interest does not, for example, include the right to transact business whenever one wishes: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 786. Nor does it protect the right to exercise one’s chosen profession: *Prostitution Reference*, at p. 1179, per Lamer J. We would therefore reject Dr. Chaoulli’s claim on behalf of care providers that their liberty interest under either the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter* has been infringed by Quebec’s single-tier public health system.

(3) Is There a Constitutional Right to Spend Money?

203

Reference has already been made to the question raised by our colleague Deschamps J. at para. 4 of her reasons:

In essence, the question is whether Quebeckers who are prepared to spend money to get access to health care that is, in practice, not accessible in the public sector because of waiting lists may be validly prevented from doing so by the state.

While we do not accept that there is a constitutional right “to spend money”, which would be a property right, we agree that if the public system fails to deliver life-saving care and an individual is

contractuelle, mais où la Cour était largement (voire toujours à juste titre) perçue comme substituant, en l’absence de véritable mandat constitutionnel, son propre jugement à celui du législateur. [Nous soulignons.]

(*American Constitutional Law* (3^e éd. 2000), vol. 1, p. 1318)

Nous ne reconnaissons pas non plus que l’art. 7 de la *Charte canadienne* garantit au D^r Chaoulli la « liberté » de dispenser des soins de santé dans un contexte privé. La juge de première instance a conclu, à juste titre, que « l’article 7 de la charte canadienne ne protège pas le droit d’un médecin d’exercer sa profession sans contrainte dans le domaine privé. Ceci est un droit purement économique » (p. 823 (en italique dans l’original)). Le seul fait que la mesure étatique restreigne la liberté individuelle par l’élimination de choix de carrière par ailleurs possibles ne met pas en jeu la protection du droit à la liberté visé par l’art. 7. Le droit à la liberté ne comprend pas, par exemple, le droit de faire des affaires dans toutes les occasions souhaitées : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 786. Il ne s’étend pas non plus au droit d’une personne d’exercer la profession de son choix : *Renvoi sur la prostitution*, p. 1179, le juge Lamer. Par conséquent, nous rejeterions l’argument, qu’avance le D^r Chaoulli au nom des dispensateurs de soins, selon lequel le système de santé public unique du Québec porte atteinte à un droit à la liberté garanti par la *Charte canadienne* ou la *Charte québécoise*.

(3) La Constitution protège-t-elle le droit de déboursier?

Nous avons déjà mentionné cette question que notre collègue la juge Deschamps soulève au par. 4 de ses motifs :

Exprimée succinctement, la question est de savoir si les Québécois qui sont prêts à déboursier pour avoir accès à des soins de santé qui sont, en pratique, inaccessibles dans le réseau public en raison des listes d’attente peuvent être validement être empêchés de le faire par l’État.

Nous ne reconnaissons pas l’existence d’un droit constitutionnel de « déboursier », qui correspondrait à une forme de droit de propriété. Cependant, nous convenons que la conjonction d’un défaut

simultaneously prevented from seeking insurance to cover the cost of that care in a private facility, then the individual is potentially caught in a situation that may signal a deprivation of his or her security of the person.

This is not to say that every encounter with a waiting list will trigger the application of s. 7. The interference with one's mental well-being must not be trivial. It must rise above the ordinary anxiety caused by the vicissitudes of life, but it need not be so grave as to lead to serious mental anguish or nervous breakdown. Some individuals that meet this test are to be found entangled in the Quebec health system. The fact that such individuals do not include the appellants personally is not fatal to their challenge because they come here as plaintiffs purporting to represent the public interest.

The Court has found a deprivation of one's psychological integrity sufficient to ground a s. 7 claim in a range of cases. In *Morgentaler*, the majority held that the impugned abortion provisions seriously compromised a woman's physical and psychological integrity in a manner that constituted an infringement of her security of the person: at pp. 56-57, *per* Dickson C.J. (Lamer J. concurring), at pp. 104-5, *per* Beetz J. (Estey J. concurring); at pp. 173-74, *per* Wilson J. The Court subsequently held that the criminal prohibition against assisting someone to commit suicide constituted an impingement of the claimant's physical and psychological integrity that amounted to a deprivation of the right to security of the person under s. 7; the claimant in that case was suffering from Lou Gehrig's disease, a rapidly deteriorating condition, which results in paralysis and eventually requires invasive life-prolonging measures to be taken: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519. More recently, in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, the Court was unanimous in saying that removal of a child from parental custody by the state pursuant to its wardship jurisdiction constituted a serious interference with the psychological integrity

d'accès à des soins nécessaires à la préservation de la vie dans le secteur public et de la prohibition de la souscription d'assurances privées qui permettent de les acquérir dans le secteur privé est susceptible de créer des situations de nature à porter atteinte à la sécurité de la personne.

Cette conclusion ne signifie pas que l'art. 7 s'applique dans tous les cas où il existe une liste d'attente. L'atteinte au bien-être psychologique ne doit pas être négligeable. Il faut que sa gravité dépasse l'angoisse normale qu'entraînent les vicissitudes de la vie, sans qu'il soit nécessaire toutefois de démontrer qu'elle cause une souffrance morale majeure ou une dépression nerveuse. Certaines personnes qui satisfont à ce critère se trouvent sans doute coincées par le système de santé québécois. Le fait que les appelants n'appartiennent pas à ce groupe de personnes ne justifie pas le rejet de leur contestation parce qu'ils comparaissent en l'espèce en qualité de demandeurs réputés agir dans l'intérêt public.

Notre Cour a statué, dans divers arrêts, que l'atteinte à l'intégrité psychologique suffisait pour justifier une demande fondée sur l'art. 7. Ainsi, dans l'arrêt *Morgentaler*, les juges majoritaires ont conclu que les dispositions contestées en matière d'avortement compromettaient gravement l'intégrité physique et psychologique d'une femme au point de porter atteinte à la sécurité de sa personne : p. 56-57, le juge en chef Dickson (avec l'appui du juge Lamer); p. 104-105, le juge Beetz (avec l'appui du juge Estey); p. 173-174, le juge Wilson. Notre Cour a, par la suite, décidé que l'interdiction criminelle de l'aide au suicide constituait une atteinte à l'intégrité physique et psychologique d'une demanderesse, puisqu'elle la privait du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. Dans cette affaire, la maladie de Lou Gehrig avait causé une détérioration rapide de l'état de santé de cette demanderesse. Cette maladie entraîne, en effet, la paralysie et impose éventuellement des mesures invasives destinées à prolonger la vie de la personne atteinte (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519). Plus récemment, dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, la Cour a conclu, à l'unanimité, que le retrait

204

205

of the parent that deprived the parent of the security of the person.

de la garde d'un enfant par l'État, conformément à sa compétence en matière de tutelle, constituait une atteinte grave à l'intégrité psychologique du parent, qui le privait de la sécurité de sa personne.

206 It may also be that a lack of timely medical intervention will put the *physical* security of the patient at risk. The condition of a cardiac or cancer patient, for example, may seriously deteriorate if treatment is not available quickly.

Par ailleurs, l'absence d'intervention médicale en temps opportun peut aussi compromettre la sécurité *physique* du patient. Par exemple, l'état d'un patient atteint d'un cancer ou d'une maladie cardiaque se détériore parfois gravement, faute de traitement rapide.

207 As stated, the principal legal hurdle to the appellants' *Canadian Charter* challenge is not the preliminary step of identifying a s. 7 interest potentially affected in the case of some Quebeckers in some circumstances. The hurdle lies in their failure to find a fundamental principle of justice that is violated by the Quebec health plan so as to justify the Court in striking down the prohibition against private insurance for what the government has identified as "insured services".

Comme nous l'avons vu, le principal obstacle juridique à la contestation des appelants fondée sur la *Charte canadienne* ne se situe pas au niveau de la première étape d'identification d'un droit garanti par l'art. 7 que certains Québécois risquent de voir compromis dans certaines circonstances. Cet obstacle découle plutôt de l'échec de leur tentative d'établir l'existence d'un principe de justice fondamentale dont la violation par le régime de santé québécois justifie l'invalidation par la Cour de l'interdiction de souscrire une assurance privée pour les prestations qualifiées de « services assurés » par le gouvernement.

C. *Principles of Fundamental Justice*

C. *Principes de justice fondamentale*

208 For a principle to be one of fundamental justice, it must count among the basic tenets of our legal system: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 503. It must generally be accepted as such among reasonable people. As explained by the majority in *Malmo-Levine*, at para. 113:

Pour qu'un principe soit reconnu comme un principe de justice fondamentale, il doit faire partie des préceptes fondamentaux de notre système juridique (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 503). Il doit généralement être considéré comme tel parmi des personnes raisonnables. Comme l'ont expliqué les juges majoritaires dans l'arrêt *Malmo-Levine*, par. 113 :

The requirement of "general acceptance among reasonable people" enhances the legitimacy of judicial review of state action, and ensures that the values against which state action is measured are not just fundamental "in the eye of the beholder only": *Rodriguez*, at pp. 607 and 590 In short, for a rule or principle to constitute a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, it must be a legal principle about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of

La condition requérant que les principes soient « généralement acceptés parmi des personnes raisonnables » accroît la légitimité du contrôle judiciaire d'une mesure de l'État et fait en sorte que les valeurs au regard desquelles la mesure de l'État est appréciée ne sont pas fondamentales « aux yeux de l'intéressé seulement » : *Rodriguez*, p. 607 et 590 [. . .] En résumé, pour qu'une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, il doit s'agir d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment

the person. [First emphasis in *Rodriguez*; subsequent emphasis added.]

See also *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, at para. 8.

Thus, the formal requirements for a principle of fundamental justice are threefold. First, it must be a legal principle. Second, the reasonable person must regard it as vital to our societal notion of justice, which implies a significant societal consensus. Third, it must be capable of being identified with precision and applied in a manner that yields predictable results. These requirements present insurmountable hurdles to the appellants. The aim of “health care of a reasonable standard within a reasonable time” is not a legal principle. There is no “societal consensus” about what it means or how to achieve it. It cannot be “identified with precision”. As the testimony in this case showed, a level of care that is considered perfectly reasonable by some doctors is denounced by others. Finally, we think it will be very difficult for those designing and implementing a health plan to predict when its provisions cross the line from what is “reasonable” into the forbidden territory of what is “unreasonable”, and how the one is to be distinguished from the other.

- (1) The Experts Recognized That the Potential Market for Health Services Is Almost Limitless, and the Supply Must Therefore Be Rationed Whether by Governments in the Public Sector or Insurers or Other Health Care Providers in the Private Sector

Much of the argument pursued by the Chief Justice and Major J., as well as by Deschamps J. in her reasons relating to the *Quebec Charter*, revolves around the vexing issue of waiting lists, which have

de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. [Premier soulignement dans *Rodriguez*; soulignements ultérieurs ajoutés.]

Voir également l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 8.

Ainsi, pour qu'un principe soit classé parmi les principes de justice fondamentale, trois conditions formelles doivent être remplies. Premièrement, il doit s'agir d'un principe juridique. Deuxièmement, la personne raisonnable doit le juger essentiel à la conception que notre société a de la justice, ce qui suppose l'existence d'un consensus substantiel dans la société. Troisièmement, il doit pouvoir être identifié avec précision et appliqué de manière à produire des résultats prévisibles. Ces conditions représentent des obstacles insurmontables pour les appelants. L'objectif d'« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé [. . .] de qualité raisonnable » n'a pas de caractère juridique. Aucun « consensus dans la société » n'existe au sujet du sens de cet objectif ou de la façon de l'atteindre. Il ne peut pas non plus être « identifié avec précision ». Comme l'ont démontré les témoignages en l'espèce, certains médecins dénoncent comme inadéquats des soins jugés parfaitement raisonnables par d'autres collègues. Enfin, nous croyons que les concepteurs et les gestionnaires du régime de santé éprouveront d'énormes difficultés à prévoir dans quels cas ses dispositions franchiront la ligne qui sépare ce qui est « raisonnable » du terrain interdit du « déraisonnable », comme à distinguer ce qui est raisonnable de ce qui ne l'est pas.

- (1) Les experts ont reconnu que le marché potentiel des services de santé est quasi illimité et que la prestation de ces services doit, par conséquent, être rationnée soit par les gouvernements dans le secteur public, soit par les assureurs ou les autres prestataires de soins de santé dans le secteur privé

Une bonne partie du raisonnement suivi par la Juge en chef et le juge Major, ainsi que par la juge Deschamps dans ses motifs concernant la *Charte québécoise*, est axée sur la question frustrante des

notoriously fuelled major public debates and controversies.

211

The case history of the appellant Zeliotis illustrates why rationing of health services is necessary and how it works. The trial judge, having heard all the evidence, concluded that the delays Mr. Zeliotis experienced in obtaining hip surgery were caused not by excessive waiting lists but by a number of other factors, including his pre-existing depression and his indecision and unfounded medical complaints (p. 793):

[TRANSLATION] The truth is that, in light of his personal medical impediments, the fact that he was already suffering from depression, his indecision and his complaints, which in many respects were unwarranted, it is hard to conclude that the delays that occurred resulted from lack of access to public health services, and in fact even Mr. Zeliotis's complaints about delays are questionable. It was he who initially wanted a second opinion, it was his surgeon who hesitated because of his problems, and so on. Thus, his complaint to the director of professional services at the Royal Victoria Hospital . . . was not corroborated. An out-of-court examination in connection with another case is puzzling, as Mr. Zeliotis said he was in very good health

Mr. Zeliotis sought a second opinion, which he was entitled to do, and this further delayed his surgery. More importantly, his physician believed that Mr. Zeliotis was not an “ideal candidate” for the surgery because he had suffered a heart attack and undergone bypass surgery earlier that year. Accordingly, neither the mere existence of waiting lists, nor the fact that certain individuals like Mr. Zeliotis feel unfairly dealt with, necessarily points to a constitutional problem with the public health system as a whole.

- (a) *There Is No Consensus About What Constitutes “Reasonable” Waiting Times*

212

A review of the expert evidence and the medical literature suggests that there is no consensus

listes d'attente. Ces dernières se trouvent manifestement à l'origine de controverses et de débats publics majeurs.

Le dossier de l'appellant Zeliotis démontre la nécessité du rationnement des services de santé et explique son fonctionnement. Après avoir entendu toute la preuve, la juge de première instance a conclu que le délai d'attente de la chirurgie de la hanche de M. Zeliotis résultait non pas des listes d'attente trop longues, mais d'un certain nombre d'autres facteurs, dont son état dépressif préexistant, son indécision et ses plaintes non fondées au sujet des soins médicaux requis (p. 793) :

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

Monsieur Zeliotis a demandé l'avis d'un autre médecin, comme il avait le droit de le faire. Cette demande a retardé davantage l'intervention chirurgicale qu'il devait subir. Qui plus est, son médecin ne le considérait pas comme un « candidat idéal » pour cette chirurgie parce qu'il avait déjà, au cours de la même année, subi un pontage coronarien à la suite d'une crise cardiaque. Par conséquent, le simple fait qu'il existe des listes d'attente ou que des personnes, comme M. Zeliotis, estiment avoir été traitées injustement n'établit pas nécessairement que le système de santé public pose, dans son ensemble, un problème constitutionnel.

- a) *L'absence de consensus au sujet de ce qui constitue un délai d'attente « raisonnable »*

L'examen de la preuve d'expert et de la documentation médicale confirme l'absence de

regarding guidelines for timely medical treatment. Dr. Wright remarked:

So the issue of defining what is a reasonable waiting list is a very difficult one because if you have a hundred (100) surgeons, you have a hundred (100) opinions, it's very difficult to come to a consensus on these questions. [A.R., at p. 1186]

There are currently no national standards for timely treatment: see C. Sanmartin et al., "Waiting for medical services in Canada: lots of heat, but little light" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1305; S. Lewis et al., "Ending waiting-list mismanagement: principles and practice" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1297; N. E. Mayo et al., "Waiting time for breast cancer surgery in Quebec" (2001), 164 *C.M.A.J.* 1133.

It is therefore convenient to look further into the expert evidence, not to dispute the existence of waiting list problems or to understate the level of public anxiety they create, but simply to illustrate the complexity of the situation and the dangers of oversimplification.

(b) *The Experts Accepted by the Trial Judge Relied on More Than Just "Common Sense"*

Our colleagues the Chief Justice and Major J. dismiss the experts accepted by the trial judge as relying on little more than "common sense" (para. 137). Although we agree that the experts offered "common sense", they offered a good deal more. The experts heard by the trial court included Mr. Claude Castonguay, who was Quebec's Minister of Health in 1970 (the [TRANSLATION] "father of Quebec health insurance") and who chaired the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare, as well as a number of other public health experts, including Dr. Fernand Turcotte, a professor of medicine at Laval University, who holds degrees from the University of Montreal and Harvard and has been certified by the Royal College of Physicians and Surgeons of Canada as a specialist in community medicine; Dr. Howard Bergman, Chief of the Division of Geriatric

consensus au sujet des lignes directrices applicables à l'accès en temps opportun à un traitement médical. Comme l'a fait remarquer le D^r Wright :

[TRANSLATION] Il est donc très difficile de définir ce qu'est une liste d'attente raisonnable parce que cent (100) chirurgiens vous exprimeront autant d'opinions. Il est très difficile de parvenir à un consensus sur ces questions. [d.a., p. 1186]

À l'heure actuelle, aucune norme nationale d'accès en temps opportun à un traitement n'existe : voir C. Sanmartin et autres, « Waiting for medical services in Canada : lots of heat, but little light » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1305; S. Lewis et autres, « Ending waiting-list mismanagements : principles and practice » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1297; N. E. Mayo et autres, « Waiting time for breast cancer surgery in Quebec » (2001), 164 *J.A.M.C.* 1133.

Il convient donc d'examiner davantage la preuve d'expert non pas pour contester l'existence des problèmes de listes d'attente, ni pour minimiser le niveau d'angoisse qui en résulte au sein de la population, mais simplement pour illustrer la complexité de la situation et les risques de simplification excessive.

b) *Les experts reconnus par la juge de première instance ne se sont pas seulement fondés sur le « bon sens »*

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major n'ajoutent pas foi aux témoignages des experts reconnus par la juge de première instance. À leur avis, ces témoignages ne reposeraient sur rien de plus que le « bon sens » (par. 137). Tout en reconnaissant que ces experts ont fait montre de « bon sens », nous considérons que leur témoignage et leurs explications offraient bien davantage. Le tribunal de première instance a entendu des témoignages d'expert, dont celui de M. Claude Castonguay, ministre de la Santé du Québec en 1970 (le « père de l'assurance maladie au Québec ») et président de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social, de même que ceux d'autres experts en santé publique, parmi lesquels : le D^r Fernand Turcotte, professeur de médecine à l'Université Laval, diplômé de l'Université de Montréal et de

213

214

Medicine at Montreal's Jewish General Hospital, Director of the Division of Geriatric Medicine and a professor in the departments of Internal Medicine and Family Medicine at McGill University, a fellow of the American Geriatrics Society and an associate professor at the University of Montreal in the department of health administration; Dr. Charles J. Wright, a physician specialized in surgery, Director of the Centre for Clinical Epidemiology & Evaluation at the Vancouver Hospital & Health Sciences Centre, and a faculty member of the University of British Columbia and of the British Columbia Office of Health Technology Assessment; Professor Jean-Louis Denis, a community health doctor of the University of Montreal's [TRANSLATION] "health services organization"; Professor Theodore R. Marmor, a professor of public policy and management and of political science at Yale University, who holds a PhD from Harvard University in politics and history and is a graduate research fellow at Oxford; and Dr. J. Edwin Coffey, a graduate of McGill University in medicine who specializes in obstetrics and gynecology, a fellow of the Royal College of Physicians and Surgeons of Canada and of the American College of Obstetricians and Gynecologists, and a former associate professor in the McGill University Faculty of Medicine. The respondent's experts testified and were cross-examined. The trial judge found them to be credible and reliable. We owe deference to her findings in this respect.

Harvard et spécialiste certifié en médecine communautaire par le Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada; le D^r Howard Bergman, directeur du département de gériatrie à l'Hôpital général juif de Montréal, directeur de la division de gériatrie et professeur aux départements de médecine interne et de médecine familiale à l'Université McGill, *fellow* de l'American Geriatrics Society et professeur agrégé du département de l'administration de la santé de l'Université de Montréal; le D^r Charles J. Wright, médecin spécialiste en chirurgie, directeur du Centre for Clinical Epidemiology & Evaluation du Vancouver Hospital & Health Sciences Centre, membre du corps professoral de l'Université de la Colombie-Britannique et du British Columbia Office of Health Technology Assessment; le professeur Jean-Louis Denis, docteur en santé communautaire, orientation « organisation des services de santé » de l'Université de Montréal; le professeur Theodore R. Marmor, professeur de politique et de gestion publiques ainsi que de sciences politiques à l'Université Yale, titulaire d'un doctorat de l'Université Harvard en politique et en histoire, titulaire d'une bourse de recherches d'études supérieures à Oxford; le D^r J. Edwin Coffey, médecin diplômé de l'Université McGill, spécialiste en obstétrique et en gynécologie, *fellow* du Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada et de l'American College of Obstetricians and Gynecologists, et ancien professeur agrégé de la faculté de médecine de l'Université McGill. Les experts des intimés ont témoigné et ont été contre-interrogés. La juge de première instance a qualifié leurs témoignages de crédibles et fiables. La déférence s'impose à l'égard de ses conclusions sur ce point.

215 The trial judge, having heard the evidence, concluded as follows:

[TRANSLATION] . . . although some of these specialists indicated a desire to be free to obtain private insurance, none of them gave their full and absolute support to the applicants' proposals, as they explained that it was neither clear nor obvious that a reorganization of the health system with a parallel private system would solve all the existing problems of delays and access. On the contrary, the specialists who testified remained quite circumspect about this complex and difficult question. [Emphasis added; p. 796.]

Après avoir entendu la preuve, la juge de première instance a conclu

. . . que, malgré que certains de ces spécialistes aient manifesté le désir d'avoir la possibilité de posséder une assurance privée, nul n'a appuyé de façon totale et entière les propositions des requérants expliquant que ce n'est ni certain ni évident qu'un réaménagement du système de santé avec un système privé parallèle réglerait tous les problèmes actuels de délais et d'accès. Au contraire, les spécialistes entendus sont demeurés très prudents sur la question, qui est complexe et difficile. [Nous soulignons; p. 796.]

The exception to the consensus was the appellants' expert, Dr. Coffey, who stated that in his opinion the development of a private insurance scheme would not affect the public health scheme. This is the argument accepted by our colleagues the Chief Justice and Major J. However on this point the trial judge observed, as on others, [TRANSLATION] "*that Dr. Coffey stood alone in both his expert evaluation and the conclusions he reached*" (p. 808 (emphasis in original)).

In addition, the Court was presented with a number of government reports and independent studies. They bear out the wisdom of the comment in *Un avenir pour le système public de santé* (1998) ("Denis Report"), at p. 20: [TRANSLATION] "It is important that we quickly distance ourselves from a position advocating simple solutions to complex problems."

(c) *The Lack of Accurate Data*

How serious is the waiting-list problem? No doubt it is serious; but *how* serious? The first major evidentiary difficulty for the appellants is the lack of accurate data. The major studies concluded that the real picture concerning waiting lists in Canada is subject to contradictory evidence and conflicting claims (Romanow Report, at p. 139, and the Kirby Report, vol. 4, at p. 41, and vol. 6, at pp. 109-10). This can also be seen from the evidence of the experts who testified at trial in the present case (see *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services* (1998) ("Wright Report"), at p. 7; *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998) ("Turcotte Report"), and from the available literature (see *Waiting Lists and Waiting Times for Health Care in Canada: More Management!! More Money??* (1998) ("McDonald Report")). At trial, Dr. Wright also discounted the value of random opinion surveys:

La seule exception au consensus était le D^r Coffey, l'expert des appelants, qui a affirmé qu'à son avis l'établissement d'un régime d'assurance privé n'aurait aucune incidence sur le régime de santé public. C'est l'argument que retiennent nos collègues la Juge en chef et le juge Major. Toutefois, la juge de première instance a fait remarquer, à ce sujet comme à d'autres égards, « *que le D^r Coffey fait cavalier seul avec son expertise et les conclusions auxquelles il arrive* » (p. 808 (en italique dans l'original)).

De plus, notre Cour a été saisie d'un certain nombre de rapports gouvernementaux et d'études indépendantes. Ces documents confirment la sagesse de l'observation contenue dans le rapport intitulé *Un avenir pour le système public de santé* (1998) (« rapport Denis »), p. 20 : « Il importe de se distancer rapidement d'un discours qui avance des solutions simples à des problèmes complexes. »

c) *L'absence de données exactes*

Quelle est la gravité du problème des listes d'attente? Nul doute qu'il est grave, mais à *quel point*? Le premier problème de preuve majeur auquel se heurtent les appelants résulte de l'absence de données exactes. Les études les plus importantes ont conclu qu'il existe, au Canada, des éléments de preuve contradictoires et des arguments opposés quant à la situation réelle des listes d'attente (rapport Romanow, p. 154, et rapport Kirby, vol. 4, p. 43, et vol. 6, p. 121-122). Cette conclusion ressort également du témoignage des experts lors du procès en l'espèce (voir *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services* (1998) (« rapport Wright »), p. 7; *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998) (« rapport Turcotte »)), ainsi que de la documentation disponible (voir *Listes d'attente et temps d'attente pour des soins de santé au Canada : Plus de gestion!! Plus d'argent??* (1998) (« rapport McDonald »)). Au procès, le D^r Wright a également accordé peu de valeur aux sondages d'opinion :

216

217

The information is based on no formal structured data collection of any kind and has no credibility whatever with any health service researcher or epidemiologist.

(Wright Report, at p. 8)

218 In a commentary for the *Canadian Medical Association Journal*, S. Lewis et al. observed:

The waiting-list “nonsystem” in Canada is a classic case of forced decision-making in the absence of good management information. There is a surfeit of nonstandardized data and a dearth of usable, policy-oriented information about waiting lists. The most serious consequence is that information and management defects are almost always prematurely diagnosed as financial shortages. [p. 1299]

219 Professor Marmor also subscribed to the view that waiting lists cannot serve as a “simple indicator” of a failing health care system (*Expert Witness Report* (1998) (“Marmor Report”), at p. 11) in part because studies of waiting lists have demonstrated that up to one third of patients on lists no longer need to be on them because the procedure has already been performed elsewhere; the patient has already been admitted on an emergency basis; the patient no longer wishes the procedure to be performed; the procedure is no longer medically necessary; the patient has already been called in to have the procedure but refused for personal reasons or due to inconvenient timing; or the patient is on multiple waiting lists at different hospitals thereby inflating numbers (Wright Report, at pp. 7-8).

(d) *The Impact of Waiting Times on Individual Patients*

220 It is even more difficult to generalize about the potential impact of a waiting list on a particular patient. The most comprehensive overview of the literature on waiting lists available to the trial judge was the McDonald Report, at p. 14. It presents a review of studies of patients’ experiences

[TRADUCTION] Aucun protocole n’a régi la collecte des données, qui n’ont aucune crédibilité aux yeux des chercheurs ou des épidémiologistes des services de santé.

(rapport Wright, p. 8)

Dans un commentaire paru dans le *Journal de l’Association médicale canadienne*, S. Lewis et autres ont fait remarquer ceci (p. 1299) :

[TRADUCTION] Le « non-système » des listes d’attente au Canada est un exemple classique de prise de décision forcée en l’absence d’une bonne information de gestion. Il existe, au sujet des listes d’attente, une surabondance de données non normalisées et une pénurie de renseignements utilisables et axés sur une politique générale. La conséquence la plus grave est que les lacunes en matière d’information et de gestion sont presque toujours décrites prématurément comme des déficits.

Le professeur Marmor partageait également l’opinion selon laquelle les listes d’attente ne sauraient être perçues comme un [TRADUCTION] « simple indice » de détérioration du système de santé (*Expert Witness Report* (1998) (« rapport Marmor »), p. 11), et ce, en partie pour le motif que des études portant sur les listes d’attente démontrent que jusqu’à un tiers des patients inscrits sur ces listes n’ont plus besoin d’y figurer pour des raisons diverses. Ils peuvent avoir déjà subi l’intervention ailleurs ou avoir déjà été admis d’urgence. Il arrive aussi qu’ils ne souhaitent plus subir l’intervention, que cette dernière ne soit plus médicalement requise, qu’ayant déjà été convoqués pour subir l’intervention ils l’ont cependant refusée pour des raisons personnelles ou parce que la date fixée ne leur convenait pas, ou enfin qu’ils se trouvent inscrits sur les listes d’attente de plus d’un hôpital. Tous ces facteurs gonflent les chiffres (rapport Wright, p. 7-8).

d) *L’effet des listes d’attente sur les patients considérés individuellement*

On généraliserait encore plus difficilement quant à l’effet possible d’une liste d’attente sur un patient ou une patiente en particulier. Le survol le plus complet de la documentation sur les listes d’attente dont disposait la juge de première instance se trouve dans le rapport McDonald, p. 14. On y

while awaiting surgery. That review prompted the authors to conclude, among other things, that patients awaiting care for a range of procedures — including knee and hip replacement, cardiac care and cataract care — may experience “emotional strains such as increased levels of anxiety due to a range of factors including lack of information and uncertainty regarding the timeline for care” (p. 267 (emphasis added)) or the “normal” anxiety or apprehension felt by anyone faced with a serious surgical procedure. In other words, waiting lists may be serious in some cases, but in how many cases and how serious?

(e) *The Need to Ration Services*

Waiting times are not only found in public systems. They are found in all health care systems, be they single-tier private, single-tier public, or the various forms of two-tier public/private (see, e.g., Kirby Report, vol. 1, at p. 111). Waiting times in Canada are not exceptional (see Kirby Report, vol. 4, at p. 41). The consequence of a quasi-unlimited demand for health care coupled with limited resources, be they public or private, is to ration services. As noted by the Arpin Report, *Constats et recommandations sur les pistes à explorer: Synthèse*, at p. 37:

[TRANSLATION] In any health care system, be it public or private, there is an ongoing effort to strike the proper balance. . . . For a public system like our own, waiting lists, insofar as priority is given to urgent cases, do not *in themselves* represent a flaw in the system. They are the inevitable result of a public system that can consequently offer universal access to health services within the limits of sustainable public spending. Thus, to a certain extent, they play a necessary role. [Emphasis in original.]

The expert witnesses at trial agreed that waiting lists are inevitable (*Expertise déposée par Howard Bergman* (1998) (“Bergman Report”), at

passé en revue des études relatives aux expériences vécues par des patients en attente d’une intervention chirurgicale. Cet examen a amené les auteurs à conclure, entre autres, que les patients en attente notamment d’une chirurgie cardiaque ou d’une intervention destinée à remplacer l’articulation d’un genou ou d’une hanche ou à enlever des cataractes, peuvent éprouver [TRADUCTION] « des problèmes psychologiques, tel un sentiment d’angoisse accru, attribuable à une gamme de facteurs dont le manque d’information et l’incertitude concernant le délai d’attente » (p. 267 (nous soulignons)), ou encore l’angoisse ou la crainte « normales » que ressent toute personne appelée à subir une intervention chirurgicale majeure. En d’autres termes, les listes d’attente peuvent parfois constituer un problème grave, mais dans combien de cas et jusqu’à quel point?

e) *La nécessité de rationner les services*

Les délais d’attente ne représentent pas un phénomène particulier aux systèmes publics. Ils existent dans tous les systèmes de santé uniques privés ou publics, ou dans les différentes formes de système à deux vitesses (voir, p. ex., le rapport Kirby, vol. 1, p. 120). Les délais d’attente au Canada ne sont pas exceptionnels (voir le rapport Kirby, vol. 4, p. 43). La demande quasi illimitée de soins de santé, combinée à des ressources limitées, peu importe qu’elles appartiennent au secteur public ou privé, entraîne un rationnement des services. Comme le soulignait le rapport Arpin, intitulé *Constats et recommandations sur les pistes à explorer: Synthèse*, p. 37 :

Qu’il soit public ou privé, un système de santé est toujours à la recherche de son équilibre. [. . .] Pour un système public comme le nôtre, les files d’attente, dans la mesure où les cas urgents sont traités en priorité, ne sont pas *en soi* un vice du système. Elles sont le corollaire d’un système public qui peut ainsi offrir l’accès universel aux services de santé dans les limites de dépenses publiques supportables. Elles jouent donc, jusqu’à un certain point, un rôle nécessaire. [En italique dans l’original.]

Lors du procès, les témoins experts s’entendaient pour reconnaître l’inévitabilité des listes d’attente (*Expertise déposée par Howard*

p. 5; Marmor Report, at p. 11). The only alternative is to have a substantially overbuilt health care system with idle capacity (Wright Report, at p. 6). This is not a financially feasible option, in the public or private sector.

(f) *Who Should Be Allowed to Jump the Queue?*

223

In a public system founded on the values of equity, solidarity and collective responsibility, rationing occurs on the basis of clinical need rather than wealth and social status (see, e.g., Turcotte Report, at pp. 4 and 10; Denis Report, at p. 11; Clair Report, at p. 129; *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux* (1988) ("Rochon Report"), at p. 651). As a result, there exists in Canada a phenomenon of "static queues" whereby a group of persons may remain on a waiting list for a considerable time if their situation is not pressing. Patients who are in greater need of health care are prioritized and treated before those with a lesser need (Kirby Report, vol. 5, at pp. 56-57; see also Turcotte Report, at p. 12). In general, the evidence suggests that patients who need immediate medical care receive it. There are of course exceptions, and these exceptions are properly the focus of controversy, but in our view they can and should be addressed on a case-by-case basis.

(g) *Availability of Public Funding for Out-of-Province Medical Care*

224

Section 10 of the *Health Insurance Act* provides that in certain circumstances Quebecers will be reimbursed for the cost of "insured services" rendered outside Quebec but in Canada (*Regulation respecting the application of the Health Insurance Act*, R.R.Q. 1981, c. A-29, s. 23.1), or outside Canada altogether (s. 23.2). There is no doubt that the power of reimbursement is exercised sparingly, and on occasion unlawfully; see for example *Stein v. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416 (S.C.). One of the difficulties in

Bergman (1998) (« rapport Bergman »), p. 5; rapport Marmor, p. 11). L'unique solution consisterait à créer un système de santé surdimensionné, doté de ressources et d'installations non utilisées (rapport Wright, p. 6). Cette option demeure financièrement irréalisable dans le secteur public ou privé.

f) *Qui devrait passer en tête de liste?*

Dans un système public fondé sur des valeurs d'équité, de solidarité et de responsabilité collective, le rationnement s'établit à partir du besoin clinique plutôt que de la capacité de payer et du statut social (voir, par exemple, le rapport Turcotte, p. 4 et 10, le rapport Denis, p. 11, le rapport Clair, p. 135, et le *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux* (1988) (« rapport Rochon »), p. 651). En conséquence, le Canada fait face à un phénomène de « files d'attente statiques », qui peut laisser longtemps sur une liste d'attente des personnes dont la situation n'est pas urgente. Les patients dont les besoins de soins de santé sont plus importants obtiennent la priorité et sont traités avant ceux dont les besoins sont moindres (rapport Kirby, vol. 5, p. 59-61; voir également le rapport Turcotte, p. 12). En général, la preuve indique que les patients reçoivent effectivement les soins immédiatement nécessaires. Des exceptions surviennent et provoquent, à juste titre, la controverse, mais ces cas peuvent et doivent être examinés de façon ponctuelle.

g) *Financement public des soins médicaux obtenus en dehors de la province*

L'article 10 de la *Loi sur l'assurance maladie* permet aux Québécois d'obtenir, dans certains cas, le remboursement du coût des « services assurés » obtenus en dehors du Québec, mais au Canada (*Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-maladie*, R.R.Q. 1981, ch. A-29, art. 23.1), ou même en dehors du Canada (art. 23.2). Nous ne doutons pas que le pouvoir de rembourser soit exercé parcimonieusement et, parfois, illégalement; voir, p. ex., *Stein c. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416

assessing the effectiveness of this individual remedy is that neither Dr. Chaoulli nor Mr. Zeliotis is before the Court with an actual medical problem. (The trial judge, as stated, dismissed Mr. Zeliotis' personal health complaints as unsubstantiated.) The reimbursement scheme for out-of-province services exists as a form of safety valve for situations in which Quebec facilities are unable to respond. As *Stein* shows, there are lapses of judgment, as there will be in the administration of any government plan. The existence of the individual remedy, however, introduces an important element of flexibility, if administered properly.

- (h) *The Evidence Relied on by the Chief Justice and Major J. Did Not Satisfy the Trial Judge and Is Not, in Our View, Persuasive*

The Chief Justice and Major J. cite Dr. Lenczner as an authority at para. 114 but the trial judge pointed out that Dr. Lenczner had not been qualified as an expert witness and counsel for Mr. Zeliotis agreed (A.R., at pp. 330-31). Dr. Lenczner's comments were largely anecdotal and of little general application. He described a patient who was a golfer, and thus lost his access to his golf membership for that season. He also stated that a tear can increase over time and get to the point of being irreparable, but no studies or general evidence was adduced to show the incidence of such cases in Quebec. Our colleagues comment at para. 112 that "a person with coronary disease is [TRANSLATION] 'sitting on a bomb' and can die at any moment". This is true, of course. He or she can die at home, or in an ambulance on the way to a hospital. Again, our colleagues write, "patients die while on waiting lists" (para. 112). This, too, is true. But our colleagues are not advocating an overbuilt system with enough idle capacity to eliminate waiting lists, and such generalized comments provide no guidance for what in practical terms *would* constitute an appropriate

(C.S.). L'absence de problème médical personnel dans les cas du D^r Chaoulli et de M. Zeliotis, au moment où ils se présentent devant notre Cour, représente l'un des éléments qui compliquent l'évaluation de l'efficacité de ce remède individuel. (Comme nous l'avons vu, la juge de première instance a rejeté les plaintes de M. Zeliotis concernant son état de santé personnel pour le motif qu'elles n'étaient pas fondées.) Le régime de remboursement du coût des services obtenus en dehors de la province fait office de soupape dans les cas où le réseau québécois ne réussit pas à offrir les services escomptés. Comme le démontre l'affaire *Stein*, des erreurs de jugement surviennent et continueront de se glisser dans l'administration de tout régime établi par le gouvernement. Cependant, ce type de remède individuel apporte un élément de souplesse important lorsqu'on l'emploie correctement.

- h) *La preuve sur laquelle se fondent la Juge en chef et le juge Major n'a pas convaincu la juge de première instance et n'est pas, selon nous, convaincante*

Au paragraphe 114, la Juge en chef et le juge Major présentent le D^r Lenczner comme un expert, mais la juge de première instance a souligné qu'il n'avait pas été reconnu comme témoin expert, ce avec quoi l'avocat de M. Zeliotis s'est déclaré d'accord (d.a., p. 330-331). Les observations du D^r Lenczner se composaient en majeure partie d'anecdotes à peu près dépourvues de portée générale. Il a ainsi commenté le cas d'un patient amateur de golf, qui avait dû abandonner la pratique de ce sport pendant une saison à cause de son état de santé. Il a ajouté qu'une déchirure peut, avec le temps, s'aggraver au point de devenir irrémédiable, mais il n'a produit aucune étude ou preuve générale démontrant l'incidence de tels cas au Québec. Au paragraphe 112, nos collègues font observer qu'« une personne souffrant d'une maladie coronarienne est "assis[e] sur une bombe" et peut mourir à tout moment ». Cela est certes vrai. Elle peut mourir à la maison ou pendant son transport en ambulance vers l'hôpital. Nos collègues ajoutent que « des patients meurent alors qu'ils sont inscrits sur une liste d'attente » (par. 112). Cela est également vrai. Toutefois, nos

level of resources to meet their suggested standard of “public health care of a reasonable standard within a reasonable time” (para. 105).

collègues ne préconisent pas l'établissement d'un système surdimensionné qui comporterait assez de ressources et d'installations non utilisées pour éliminer les listes d'attente. Des observations aussi générales n'expliquent pas non plus ce qu'en pratique *devrait* être un niveau de ressources suffisant pour satisfaire à la norme d'« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable » qu'ils proposent (par. 105).

226 We have similar concerns about the use made by the appellants of various reports in connection with other OECD countries. These “country” reports were included in an *Interim Kirby Report* but not in its final version. The *Final Kirby Report's* recommendation was to stick with a single-tier system. We think the Court is sufficiently burdened with conflicting evidence about our own health system without attempting a detailed investigation of the merits of trade-offs made in other countries, for their own purposes. A glance at the evidence shows why.

Nous exprimons des réserves semblables au sujet de l'utilisation, par les appelants, de divers rapports concernant d'autres pays membres de l'OCDE. Ces rapports relatifs à d'autres pays sont cités dans le rapport Kirby *intérimaire*, mais non dans la version finale de ce rapport. Le rapport Kirby final recommande le maintien d'un système unique. À notre avis, la Cour a été saisie d'assez d'éléments de preuve contradictoires au sujet de notre propre système de santé pour qu'elle ne s'estime pas tenue de tenter d'étudier en détail le bien-fondé des compromis que d'autres pays ont consentis dans le but de répondre à leurs propres besoins. Un examen rapide de la preuve montre pourquoi.

227 Our colleagues the Chief Justice and Major J. state, at para. 142, that in Sweden only a very small minority of the population actually utilize private insurance. Yet, the *Interim Kirby Report* goes on to take note of more recent trends:

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major affirment, au par. 142, qu'en réalité seule une infime partie de la population suédoise recourt à l'assurance privée. Pourtant, le rapport Kirby *intérimaire* (vol. 3, p. 30) note ensuite des tendances plus récentes :

The growing rate of the number of insured, or people on private health care insurance, is some 80% or something like that now. It is growing very fast due to the normal waiting lists and the problems within the system today. [Emphasis in original.]

Le taux de croissance du nombre de ces assurés privés est de l'ordre de 80% environ, et ce taux augmente très rapidement en raison précisément du problème des listes d'attente et des autres problèmes propres au système public. [En italique dans l'original.]

(*Interim Kirby Report*, vol. 3, at pp. 31-32)

228 With respect to the United Kingdom, the *Interim Kirby Report* states:

Le rapport Kirby *intérimaire* apporte des précisions au sujet du Royaume-Uni (vol. 3, p. 36) :

One of the major reasons given by people who take private insurance is they want the peace of mind of being able to have elective operations for themselves or their families more quickly or at more convenient times than if they must depend on the National Health Service. That is seen, of course, as a cause of unfairness, which is one of the reasons that the government is committed to

L'un des principaux motifs avancés par les personnes qui souscrivent une assurance privée, c'est qu'elles veulent avoir la certitude qu'elles-mêmes et les membres de leur famille pourront obtenir une opération chirurgicale non urgente plus rapidement ou à un moment plus opportun que si elles doivent s'en remettre au [National Health Service]. Bien sûr, on y voit un problème d'équité, et

bringing down waiting times for National Health Service patients as rapidly as it can. [Emphasis in original.]

(Interim Kirby Report, vol. 3, at p. 38)

In fact, in the actual conclusion of vol. 3 of the Interim Kirby Report on *Health Care Systems in Other Countries*, the report's authors state (at p. 73):

Canadians may find some consolation in the fact that Canada is not alone in confronting complex health care issues. Everywhere in the industrialized world health care policy is thoroughly intertwined with the political, social, and even cultural life of each country. As such, every health care system is unique. Therefore, no single international model constitutes a blueprint for solving the challenges confronted by the Canadian health care system. However, experts told the Committee that careful consideration must be given to the repercussions in Canada of introducing, on a piecemeal basis, changes undertaken in other countries.

We are not to be taken as disputing the undoubted fact that there are serious problems with the single-tier health plan in Canada. Our point is simply that bits of evidence must be put in context. With respect, it is particularly dangerous to venture selectively into aspects of foreign health care systems with which we, as Canadians, have little familiarity. At the very least such information should be filtered and analysed at trial through an expert witness.

Taking the good with the bad, the Final Kirby Report recommended continuation of a single-tier health system (as did the Romanow Report). The authors of the Kirby Report were fully aware of the extracts from their interim report relied upon by our colleagues the Chief Justice and Major J., yet they specifically rejected two-tier health care:

Repeated public opinion polling data have shown that having to wait months for diagnostic or hospital treatment is the greatest concern and complaint that Canadians have about the health care system. The solution to this problem is not, as some have suggested, to allow wealthy Canadians to pay for services in a private health care

c'est l'une des raisons qui font que le gouvernement s'est engagé à réduire les délais d'attente pour les patients du [National Health Service] le plus rapidement possible. [En italique dans l'original.]

En fait, dans la conclusion du troisième volume du rapport Kirby intérimaire, intitulé *Les systèmes de soins de santé dans d'autres pays*, les auteurs affirment ceci (p. 71) :

Les Canadiens peuvent se consoler dans le fait que leur pays n'est pas seul à connaître des problèmes de soins de santé complexes. Partout dans le monde industrialisé, la politique sanitaire est intimement mêlée à la vie politique, sociale et même culturelle du pays. À ce titre, chaque système de soins de santé est unique. Par conséquent, aucun modèle étranger ne constitue une panacée pour les problèmes qui affligent le système canadien. Cependant, les experts nous ont dit qu'il fallait craindre les répercussions au Canada de l'introduction à la pièce des changements opérés dans d'autres pays.

Il ne faudrait pas croire que nous mettons en doute la réalité incontestable des graves difficultés qu'éprouve le système de santé unique du Canada. Nous voulons simplement faire remarquer qu'il importe de situer des fragments de preuve dans leur contexte. En toute déférence, il est particulièrement risqué de s'aventurer de manière sélective dans l'étude de certains aspects de systèmes de santé étrangers que nous connaissons peu, comme Canadiens. Il faudrait à tout le moins qu'un témoin expert analyse et filtre ce type de données au cours du procès.

Après avoir pesé le pour et le contre, le rapport Kirby final a recommandé le maintien d'un système de santé unique (comme l'a fait le rapport Romanow). Les auteurs du rapport Kirby connaissaient nécessairement le contenu des extraits de leur rapport intérimaire sur lesquels se sont fondés nos collègues la Juge en chef et le juge Major. Malgré tout, ils ont expressément rejeté le modèle du système de santé à deux vitesses :

Les données des sondages d'opinion ont à maintes reprises démontré que le fait de devoir attendre des mois pour obtenir un diagnostic ou un traitement médical est le plus grand sujet de préoccupation et de plainte, de la part des Canadiens, au sujet du système de soins de santé. Malgré ce qu'en disent certains,

229

230

institution. Such a solution would violate the principle of equity of access. The solution is the care guarantee as recommended in this report. [Emphasis added.]

(Final Kirby Report, vol. 6, at p. 321)

We thus conclude that our colleagues' extracts of some of the *tour d'horizon* data published in the Interim Kirby Report do not displace the conclusion of the trial judge, let alone the conclusion of the Kirby Report itself. Apart from everything else, it leaves out of consideration the commitment in principle in this country to health care based on need, not wealth or status, as set out in the *Canada Health Act*.

(2) Arbitrariness

231 Our colleagues the Chief Justice and Major J. take the view that a law which arbitrarily violates life or security of the person is unconstitutional. We agree that this is a principle of fundamental justice. We do not agree that it applies to the facts of this case.

232 A deprivation of a right will be arbitrary and will thus infringe s. 7 if it bears no relation to, or is inconsistent with, the state interest that lies behind the legislation: *Rodriguez*, at pp. 619-20; *Malmo-Levine*, at para. 135. As Sopinka J. explained in *Rodriguez*, at pp. 594-95:

Where the deprivation of the right in question does little or nothing to enhance the state's interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual's rights will have been deprived for no valid purpose. . . . It follows that before one can determine that a statutory provision is contrary to fundamental justice, the relationship between the provision and the state interest must be considered. One cannot conclude that a particular limit is arbitrary because (in the words of my colleague, McLachlin J.

permettre aux Canadiens nantis de payer pour obtenir des services dans un établissement de soins de santé privé n'est pas une solution. En effet, une mesure de ce genre violerait le principe d'égalité d'accès. La solution consiste donc plutôt à adopter la garantie de soins que le Comité recommande dans le présent rapport. [Nous soulignons.]

(rapport Kirby final, vol. 6, p. 347)

Nous concluons donc que les données que nos collègues ont extraites du tour d'horizon figurant dans le rapport Kirby intérimaire n'écartent pas la conclusion de la juge de première instance et encore moins celle du rapport Kirby lui-même. Indépendamment de toute autre considération, l'emploi de ces extraits écarte complètement du cadre de l'analyse l'engagement de principe de notre pays à offrir un système de santé fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social, comme le prévoit la *Loi canadienne sur la santé*.

(2) Le caractère arbitraire

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major estiment inconstitutionnelle une règle de droit qui compromet arbitrairement la vie ou la sécurité de la personne. Nous reconnaissons qu'il s'agit là d'un principe de justice fondamentale, mais nous ne sommes pas d'accord pour admettre que ce principe s'applique aux faits de la présente affaire.

L'atteinte à un droit devient arbitraire et contrevient ainsi à l'art. 7, lorsqu'elle est dépourvue de lien avec l'intérêt de l'État qui sous-tend la mesure législative en cause, ou dans le cas d'incompatibilité avec cet intérêt : *Rodriguez*, p. 619-620; *Malmo-Levine*, par. 135. Comme l'a expliqué le juge Sopinka dans l'arrêt *Rodriguez*, p. 594-595 :

Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien pour promouvoir l'intérêt de l'État (quel qu'il puisse être), il me semble qu'une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n'aura servi aucune fin valable. [. . .] Il s'ensuit que, avant de conclure qu'une disposition législative est contraire à la justice fondamentale, il faut examiner le lien qui existe entre la disposition et l'intérêt de l'État. On ne peut conclure qu'une restriction donnée est arbitraire parce qu'elle (selon les termes de ma collègue

at pp. 619-20) “it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind the legislation” without considering the state interest and the societal concerns which it reflects. [Emphasis added.]

We agree with our colleagues the Chief Justice and Major J. that a law is arbitrary if “it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind [the legislation]” (para. 130). We do not agree with the Chief Justice and Major J. that the prohibition against private health insurance “bears no relation to, or is inconsistent with” the preservation of access to a health system based on need rather than wealth in accordance with the *Canada Health Act*. We also do not agree with our colleagues’ expansion of the *Morgentaler* principle to invalidate a prohibition simply because a court believes it to be “unnecessary” for the government’s purpose. There must be more than that to sustain a valid objection.

The accepted definition in *Rodriguez* states that a law is arbitrary only where “it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind the legislation”. To substitute the term “unnecessary” for “inconsistent” is to substantively alter the meaning of the term “arbitrary”. “Inconsistent” means that the law logically contradicts its objectives, whereas “unnecessary” simply means that the objective could be met by other means. It is quite apparent that the latter is a much broader term that involves a policy choice. If a court were to declare unconstitutional every law impacting “security of the person” that the court considers unnecessary, there would be much greater scope for intervention under s. 7 than has previously been considered by this Court to be acceptable. (In *Rodriguez* itself, for example, could the criminalization of assisted suicide simply have been dismissed as “unnecessary”? As with health care, many jurisdictions have treated euthanasia differently than does our *Criminal Code*.) The courts might find themselves constantly second-guessing the validity of governments’ public policy objectives based on subjective views of the *necessity* of particular means used to advance

le juge McLachlin aux pp. 619 et 620) « n’a aucun lien ou est incompatible avec l’objectif visé par la loi », sans considérer l’intérêt de l’État et les préoccupations de la société auxquelles elle répond. [Nous soulignons.]

Nous partageons l’avis de nos collègues la Juge en chef et le juge Major, selon lequel une règle de droit est arbitraire si elle « n’a aucun lien ou est incompatible avec [son] objectif » (par. 130). Nous ne nous entendons pas avec eux pour conclure que l’interdiction de souscrire une assurance maladie privée « n’a aucun lien ou est incompatible avec » le maintien de l’accès à un système de santé fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer, conformément à la *Loi canadienne sur la santé*. Nous n’acceptons pas non plus la façon dont nos collègues élargissent la portée du principe de l’arrêt *Morgentaler* de manière à invalider une interdiction uniquement parce qu’un tribunal ne la croit « pas nécessair[e] » pour assurer la réalisation de l’objectif du gouvernement. La reconnaissance de la validité d’une objection exige plus.

Selon la définition acceptée dans l’arrêt *Rodriguez*, une règle de droit n’est arbitraire que si elle « n’a aucun lien ou est incompatible avec [son] objectif ». La substitution des mots « pas nécessaire » à l’adjectif « incompatible » revient à modifier considérablement le sens de l’adjectif « arbitraire ». L’adjectif « incompatible » signifie qu’en toute logique la règle de droit contredit ses propres objectifs, tandis que les mots « pas nécessaire » signifient simplement que l’objectif peut être réalisé par d’autres moyens. De toute évidence, ces derniers mots possèdent un sens plus large qui implique un choix de politique générale. S’il fallait qu’un tribunal déclare inconstitutionnelle chaque règle de droit ayant, sur la « sécurité de la personne », un effet qu’il ne juge pas nécessaire, cette approche multiplierait les cas d’intervention en vertu de l’art. 7 bien au-delà des limites que notre Cour a déjà jugé acceptables. (Par exemple, dans l’arrêt *Rodriguez* lui-même, aurait-il été possible de rejeter la criminalisation de l’aide au suicide simplement parce qu’elle n’était « pas nécessaire »? Comme ils l’ont fait pour les soins de santé, de nombreux ressorts ont traité l’euthanasie d’une manière différente de notre *Code criminel*.) Les tribunaux pourraient se trouver

233

234

legitimate government action as opposed to other means which critics might prefer.

235 Rejecting the findings in the courts below based on their own reading of the evidence, our colleagues the Chief Justice and Major J. state (at para. 128):

We are of the opinion that the evidence before the trial judge supports a finding that the impugned provisions are arbitrary and that the deprivation of life and security of the person that flows from them cannot therefore be said to accord with the principles of fundamental justice.

We note that our colleagues refer to the evidence before the trial judge rather than the view taken of that evidence by the trial judge. The trial judge reached a contrary conclusion on the facts, and deference is due to her view of that evidence; see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. In any event, with respect, we accept the contrary conclusions of the trial judge and the Quebec Court of Appeal. We approach the issue of arbitrariness in three steps:

- (i) What is the “state interest” sought to be protected?
- (ii) What is the relationship between the “state interest” thus identified and the prohibition against private health insurance?
- (iii) Have the appellants established that the prohibition bears no relation to, or is inconsistent with, the state interest?

We will address each question in turn.

- (a) *What Is the “State Interest” Sought To Be Protected?*

236 Quebec’s legislative objective is to provide high quality health care, at a reasonable cost, for as many

constamment amenés à examiner, a posteriori, la validité des objectifs de politique générale du gouvernement, au regard de perceptions subjectives de la *nécessité* des moyens particuliers utilisés pour promouvoir une mesure gouvernementale légitime comparativement à d’autres moyens que des critiques pourraient préférer.

Rejetant les conclusions des tribunaux d’instance inférieure qui reposaient sur leur propre interprétation de la preuve, nos collègues la Juge en chef et le juge Major affirment (par. 128) :

Nous sommes d’avis que la preuve qui a été soumise à la juge de première instance étaye la conclusion que les dispositions contestées sont arbitraires et que l’atteinte à la vie et à la sécurité de la personne qui en résulte ne peut donc pas être qualifiée de conforme aux principes de justice fondamentale.

Nous remarquons que nos collègues mentionnent la preuve soumise à la juge de première instance plutôt que la perception qu’elle en avait. La juge de première instance a tiré des faits une conclusion contraire. Il importe alors de faire montre de déférence à l’égard de sa perception de la preuve : voir l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. De toute façon, nous acceptons, avec beaucoup de respect pour l’avis opposé, ces conclusions contraires que partagent la juge de première instance et la Cour d’appel du Québec. Nous examinerons alors la question du caractère arbitraire en trois étapes :

- (i) Quel « intérêt de l’État » doit être protégé?
- (ii) Quel lien existe-t-il entre l’« intérêt de l’État » ainsi identifié et l’interdiction de souscrire une assurance maladie privée?
- (iii) Les appelants ont-ils prouvé que l’interdiction ne possède aucun lien avec l’intérêt de l’État ou est incompatible avec celui-ci?

Nous étudierons successivement ces questions.

- a) *Quel « intérêt de l’État » doit être protégé?*

L’objectif législatif du Québec est de veiller à ce que le plus grand nombre possible de gens aient

people as possible in a manner that is consistent with principles of efficiency, equity and fiscal responsibility. Quebec (along with the other provinces and territories) subscribes to the policy objectives of the *Canada Health Act*, which include (i) the equal provision of medical services to all residents, regardless of status, wealth or personal insurability, and (ii) fiscal responsibility. An overbuilt health system is seen as no more in the larger public interest than a system that on occasion falls short. The legislative task is to strike a balance among competing interests.

The appellants do not challenge the constitutional validity of the objectives set out in the *Canada Health Act*. Thus our job as judges is not to agree or disagree with these objectives but simply to determine whether the *means* adopted by Quebec to implement these objectives are arbitrary.

(b) *What Is the Relationship Between the “State Interest” Thus Identified and the Prohibition Against Private Health Insurance?*

The relationship lies both in principle and in practicality.

In principle, Quebec wants a health system where access is governed by need rather than wealth or status. Quebec does not want people who are uninsurable to be left behind. To accomplish this objective endorsed by the *Canada Health Act*, Quebec seeks to discourage the growth of private-sector delivery of “insured” services based on wealth and insurability. We believe the prohibition is rationally connected to Quebec’s objective and is not inconsistent with it.

In practical terms, Quebec bases the prohibition on the view that private insurance, and a consequent major expansion of private health services, would have a harmful effect on the public system.

accès à des soins de santé de grande qualité à un coût raisonnable, et ce, d’une manière conforme aux principes d’efficacité, d’équité et de responsabilité financière. Le Québec (à l’instar des territoires et des autres provinces) adhère aux grands objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*, dont (i) l’égalité d’accès aux services médicaux pour tous les résidents, indépendamment de leur statut social, de leur capacité de payer ou de leur assurabilité personnelle, et (ii) la responsabilité financière. On considère qu’un système de santé surdimensionné n’est pas plus dans l’intérêt public général qu’un système qui se trouve parfois dans l’incapacité d’offrir les services escomptés. Il appartient au législateur d’établir un équilibre entre les intérêts opposés.

Les appelants ne contestent pas la constitutionnalité des objectifs énoncés dans la *Loi canadienne sur la santé*. Il nous appartient donc, en tant que juges, non pas d’exprimer notre accord ou notre désaccord avec ces objectifs, mais simplement de déterminer si le Québec a choisi des *moyens* arbitraires pour les réaliser.

b) *Quel lien existe-t-il entre l’« intérêt de l’État » ainsi identifié et l’interdiction de souscrire une assurance maladie privée?*

Le lien doit exister à la fois en principe et en pratique.

En principe, le Québec veut que l’accès au système de santé soit fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. Le Québec entend éviter de laisser de côté les personnes non assurables. Pour réaliser cet objectif sanctionné par la *Loi canadienne sur la santé*, le Québec tente d’empêcher la croissance de la prestation, par le secteur privé, de services « assurés » qui serait fondée sur la capacité de payer et l’assurabilité. Nous croyons que l’interdiction a un lien rationnel avec l’objectif du Québec et qu’elle n’est pas incompatible avec cet objectif.

En pratique, le Québec fonde l’interdiction sur l’opinion selon laquelle la présence de l’assurance privée et la multiplication importante des services de santé privés qu’elle provoquerait auraient un effet préjudiciable sur le système public.

237

238

239

240

241 The trial judge put her conclusion this way (at p. 827):

[TRANSLATION] The *Health Insurance Act* [“HEIA”] and the *Hospital Insurance Act* [“HOIA”] are pieces of legislation whose purpose is to create and maintain a public health care plan open to all residents of Quebec. These enactments are intended to promote the overall health of all Quebecers without discrimination based on economic circumstances. In short, they constitute a government action whose purpose is to promote the well-being of all the people of the province.

Plainly, s. 15 HEIA and s. 11 HOIA erect economic barriers to access to private health care. However, these measures are not really intended to limit access to health care; rather, their purpose is to prevent the establishment of a parallel private system. These provisions are based on the fear that the establishment of a private health care system would rob the public sector of a significant portion of the available health care resources. *The Quebec government enacted s. 15 HEIA and s. 11 HOIA to guarantee that virtually all the existing health care resources in Quebec would be available to all the people of Quebec. That is clear.*

The purpose of the impugned provisions is to guarantee equal and adequate access to health care for all Quebecers. The enactment of s. 15 HEIA and s. 11 HOIA was motivated by considerations of equality and human dignity, and it is therefore clear that there is no conflict with the general values expressed in the Canadian Charter or in the Quebec Charter of human rights and freedoms. [Emphasis in original.]

We agree.

- (c) *Have the Appellants Established That the Prohibition Bears No Relation to, or Is Inconsistent With, the State Interest?*

242 The trial judge considered all the evidence and concluded that the expansion of private health care would undoubtedly have a negative impact on the public health system (at p. 827):

[TRANSLATION] The evidence has shown that the right of access to a parallel private health care system claimed by the applicants would have repercussions on the rights of the population as a whole. We cannot bury

La juge de première instance a conclu en ces termes (p. 827) :

La *Loi sur l'assurance-maladie* [« L.A.M. »] et la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* [« L.A.H. »] sont des législations qui ont pour objet la création et l'entretien d'un régime public de santé ouvert à tous les résidents du Québec. Ce sont des textes législatifs qui visent à encourager la santé globale de tous les Québécois sans discrimination sur la base de la situation économique de ceux-ci. Bref, il s'agit d'une intervention gouvernementale visant à promouvoir le bien-être de sa population en entier.

Manifestement, les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. élèvent des barrières économiques contre l'accès aux soins privés. Toutefois, il ne s'agit pas réellement de mesures visant à limiter l'accès aux soins, ce sont plutôt des mesures destinées à empêcher l'établissement d'un système de soins parallèles privés. À la base de ces dispositions réside la crainte que l'établissement d'un système de soins privé aurait pour effet de subtiliser une partie substantielle des ressources en matière de santé au détriment du secteur public. *Le gouvernement québécois a adopté les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. pour garantir que la quasi-totalité des ressources en santé existant au Québec soient à la disposition de l'ensemble de la population québécoise. Ceci est clair.*

Les dispositions attaquées visent à garantir un accès aux soins de santé qui est égal et adéquat pour tous les Québécois. L'adoption des articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. a été motivée par des considérations d'égalité et de dignité humaine et, de ce fait, il est clair qu'il n'y a pas de conflit avec les valeurs générales véhiculées par la charte canadienne ou [. . .] la charte québécoise des droits et libertés. [En italique dans l'original.]

Nous sommes du même avis.

- c) *Les appelants ont-ils prouvé que l'interdiction ne possède aucun lien avec l'intérêt de l'État ou est incompatible avec celui-ci?*

Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, la juge de première instance a conclu que l'accroissement des soins de santé privés aurait indubitablement un effet négatif sur le système de santé public (p. 827) :

La preuve a montré que le droit d'avoir recours à un système parallèle privé de soins, invoqué par les requérants, aurait des répercussions sur les droits de l'ensemble de la population. Il ne faut pas jouer à l'autruche.

our heads in the sand. The effect of establishing a parallel private health care system would be to threaten the integrity, proper functioning and viability of the public system. Section 15 HEIA and s. 11 HOIA prevent this from happening and secure the existence in Quebec of a public health care system of high quality.

As well, the Court finds that s. 15 HEIA and s. 11 HOIA *are not overbroad*. The only way to guarantee that all the health care resources will benefit all Quebecers without discrimination is to prevent the establishment of a parallel private health care system. That is in fact the effect of the impugned provisions in the case at bar. [Emphasis in original.]

These findings were explicitly adopted by Forget J.A. of the Court of Appeal and implicitly endorsed by the other judges of that court. The trial judge relied on the reports available to her in rejecting the appellants' constitutional challenge, and none of the material that has since been added (such as the Romanow Report) changes or modifies the correctness of her conclusion, in our view. We therefore agree with the trial judge and the Quebec Court of Appeal that the appellants failed to make out a case of "arbitrariness" on the evidence. Indeed the evidence proves the contrary. We now propose to review briefly some of the evidence supporting the findings of the trial judge.

(i) A Parallel Private Regime Will Have a Negative Impact on Waiting Times in the Public System

The appellants' argument in favour of a parallel private regime is one of a "win/win" prediction; i.e., that waiting times in the public regime will be reduced if those who can afford private insurance leave the public waiting lists in order to receive private health care. However, the Kirby Report states flatly that "allowing a private parallel system will . . . make the public waiting lines worse" (vol. 4, at p. 42 (emphasis added)). This conclusion is supported by the Romanow Report (p. 139: "[P]rivate facilities may improve waiting times for the select few . . . but . . . worse[n] them for the many"), the Turcotte Report (pp. 13-14), and the expert

L'établissement d'un système de santé parallèle privé aurait pour effet de menacer l'intégrité, le bon fonctionnement ainsi que la viabilité du système public. Les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. empêchent cette éventualité et garantissent l'existence d'un système de santé public de qualité au Québec.

De plus, le Tribunal estime que les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. *n'ont pas une portée excessive*. La seule façon de garantir que toutes les ressources en matière de santé bénéficieront à tous les Québécois, et ce, sans discrimination, est d'empêcher l'établissement d'un système de soins privés parallèles. Voilà précisément ce que font les dispositions attaquées en l'espèce. [En italique dans l'original.]

Ces conclusions ont été adoptées expressément par le juge Forget de la Cour d'appel et implicitement par les autres juges de cette cour. La juge de première instance s'est appuyée sur les rapports dont elle disposait pour rejeter la contestation des appelants fondée sur la Constitution. Nous estimons qu'aucun des documents ajoutés depuis lors au dossier (tel le rapport Romanow) n'affecte la justesse de sa conclusion. Nous partageons donc l'opinion de la juge de première instance et de la Cour d'appel du Québec, selon laquelle la preuve déposée par les appelants n'établit pas l'existence de « caractère arbitraire » de la mesure législative. En fait, elle établit le contraire. Nous comptons maintenant examiner brièvement certains éléments de preuve qui étayaient les conclusions de la juge de première instance.

(i) Un régime privé parallèle aura un effet négatif sur les délais d'attente du système public

L'argument des appelants en faveur d'un régime privé parallèle repose sur la prédiction que tous les intéressés gagneront à son établissement, en ce sens que les délais d'attente du système public se réduiront d'eux-mêmes si les personnes capables de souscrire une assurance privée quittent les listes d'attente du système public pour obtenir des soins de santé privés. Cependant, le rapport Kirby indique purement et simplement que « le fait d'autoriser un système privé parallèle [. . .] entraîner[a] une détérioration de la situation dans le secteur public » (vol. 4, p. 44 (nous soulignons)). Cette conclusion est appuyée par le rapport Romanow (p. 154 : « [L]es

witnesses at trial (Marmor Report; Wright Report; and Bergman Report).

installations de soins de santé privées peuvent contribuer à réduire les temps d'attente pour la petite minorité [. . .] mais [. . .] aggraver la situation pour la [grande majorité] », le rapport Turcotte (p. 13-14), et les experts ayant témoigné au procès (rapports Marmor, Wright et Bergman).

244

A study of a Manitoba pilot project found that in the case of cataract operations, public health patients who went to surgeons working in both private and public clinics waited far longer than patients who went to surgeons working only in the public system. The same private sector patient preference is evident from other studies and experience: See Wright Report, at p. 17; Bergman Report, at p. 8; J. Hurley et al., *Parallel Private Health Insurance in Australia: A Cautionary Tale and Lessons for Canada* (2002); C. DeCoster, L. MacWilliam and R. Walld, *Waiting Times for Surgery: 1997/98 and 1998/99 Update* (2000); W. Armstrong, *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta: Canada's Canary in the Mine Shaft* (2000); Canadian Health Services Research Foundation, *Mythbusters — Myth: A parallel private system would reduce waiting times in the public system* (2001); Québec, Rapport du Conseil de la santé et du bien-être social, *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers* (2003), at p. 30.

Une étude d'un projet pilote manitobain a révélé, au sujet des chirurgies de la cataracte, que les patients du système de santé public qui ont retenu les services de chirurgiens travaillant à la fois dans des cliniques privées et publiques ont attendu beaucoup plus longtemps que ceux qui se sont adressés à des chirurgiens du système public uniquement. D'autres études et situations notent le même comportement des patients à l'égard du secteur privé (voir le rapport Wright, p. 17; le rapport Bergman, p. 8; J. Hurley et autres, *Parallel Private Health Insurance in Australia : A Cautionary Tale and Lessons for Canada* (2002); C. DeCoster, L. MacWilliam et R. Walld, *Waiting Times for Surgery : 1997/98 and 1998/99 Update* (2000); W. Armstrong, *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta : Canada's Canary in the Mine Shaft* (2000); Fondation canadienne de recherche sur les services de santé, *À bas les mythes — Mythe : Un système privé parallèle réduirait les temps d'attente dans le système public* (2001); Québec, Rapport du Conseil de la santé et du bien-être, *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers* (2003), p. 30.

245

The Australian experience, as reported by Dr. Wright, is that at present delays in the Australian public system are caused largely by surgeons' reluctance to work in public hospitals and by their encouragement of patients to use the private system on a preferential basis (Wright Report, at p. 15; Hurley, at p. 17).

Comme le rapporte le D^r Wright, à l'heure actuelle en Australie, les délais du système public s'expliquent en grande partie par la réticence des chirurgiens à travailler dans les hôpitaux publics et par le fait qu'ils incitent les patients à accorder la préférence au système privé (rapport Wright, p. 15; Hurley, p. 17).

246

The same is true for the United Kingdom, which has a two-tier health system where physicians who want to practise privately are required to practise a minimum number of hours in the public system. There, an Audit Commission of the National Health Service reported that surgeons do on average a third to half again as many operations for private fees as they do in the public system, and that they spend

La même situation s'observe au Royaume-Uni, où un système de santé à deux vitesses oblige les médecins désireux d'exercer dans le secteur privé à consacrer un minimum d'heures de pratique au système public. Dans ce pays, une commission de contrôle du National Health Service a rapporté que les chirurgiens effectuent en moyenne de 33 à 50 pour 100 plus d'interventions chirurgicales en

less time than they are contracted for working in the public system in order to conduct private practice (Wright Report, at p. 16; see also *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 30).

Both the Romanow Report and the Kirby Report examine the current shortage of health care professionals in Canada (Kirby Report, vol. 2, at p. 76, and vol. 4, at pp. 7 and 107; Romanow Report, at p. 92), and in rural parts of Canada in particular (Kirby Report, vol. 2, at p. 137; Romanow Report, at p. 166). Dr. Wright testified that the experience in all jurisdictions with two-tier health care systems (e.g., the United Kingdom, Australia, New Zealand and Israel) demonstrates a diversion of energy and commitment by physicians and surgeons from the public system to the more lucrative private option (Wright Report, at pp. 15 and 22). This evidence is supported by the Romanow Report (at p. 92), the Kirby Report (vol. 1, at p. 105) and a 2003 Quebec report (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 6). See also Marmor Report (at p. 5) and Denis Report (at p. 14). Furthermore, the experts testified that there are no firm data whatsoever showing that a parallel private system would enhance potential for recruiting highly trained specialists (see Wright Report, at p. 19).

(ii) The Impact of a Parallel Private Regime on Government Support for a Public System

The experience in other OECD countries shows that an increase in private funding typically leads to a decrease in government funding (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 7; Marmor Report, at p. 6). At trial, Dr. Bergman explained that a service designed purely for members of society with less socio-economic power would probably lead to a decline in quality of services, a loss of political support and a decline in the quality of management (Bergman Report, at pp. 6-7; see also Marmor Report, at pp. 6 and 8; Denis Report, at p. 5).

pratique privée que dans le système public, et que, pour pouvoir se livrer à la pratique privée, les chirurgiens consacrent au système public moins que le temps convenu (rapport Wright, p. 16; voir également *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 30).

Les rapports Romanow et Kirby examinent tous les deux la pénurie actuelle de professionnels de la santé au Canada (rapport Kirby, vol. 2, p. 80, et vol. 4, p. 7 et 115; rapport Romanow, p. 101), et dans les régions rurales du Canada en particulier (rapport Kirby, vol. 2, p. 143; rapport Romanow, p. 183). Le D^r Wright a témoigné que, dans tous les pays dotés d'un système de santé à deux vitesses (p. ex., le Royaume-Uni, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et Israël), l'on constate que les médecins et chirurgiens délaissent le système public pour le marché plus lucratif du secteur privé (rapport Wright, p. 15 et 22). Le rapport Romanow (p. 101), le rapport Kirby (vol. 1, p. 114), et un rapport québécois datant de 2003 (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 6) confirment ces faits. Voir également le rapport Marmor (p. 5) et le rapport Denis (p. 14). De plus, les experts ont affirmé, dans leurs témoignages, que rien n'indique à coup sûr qu'un système privé parallèle améliorerait les chances de recruter des spécialistes chevronnés (voir le rapport Wright, p. 19).

(ii) L'effet d'un régime privé parallèle sur la participation de l'État au financement du système public

L'examen de l'expérience vécue dans d'autres pays de l'OCDE confirme par ailleurs qu'une augmentation du financement privé entraîne habituellement une réduction du financement par l'État (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 7; rapport Marmor, p. 6). Au procès, le D^r Bergman a expliqué qu'un service destiné strictement aux membres de la société moins favorisés sur le plan socioéconomique entraînerait probablement une détérioration de la qualité des services, une perte d'appui politique et une baisse de la qualité de la gestion du secteur public (rapport Bergman, p. 6-7; voir également : rapport Marmor, p. 6 et 8; rapport Denis, p. 5).

247

248

(iii) Private Insurers May “Skim the Cream” and Leave the Difficult and Costly Care to the Public Sector

249 The evidence suggests that parallel private insurers prefer to siphon off high income patients while shying away from patient populations that constitute a higher financial risk, a phenomenon known as “cream skimming” (Wright Report, at p. 17; Kirby Report, vol. 6, at p. 301). The public system would therefore carry a disproportionate burden of patients who are considered “bad risks” by the private market by reason of age, socio-economic conditions, or geographic location.

250 Similarly, private insurers may choose to avoid “high-risk” surgery. The public system is likely to wind up carrying the more complex high acuity end of the health care spectrum and, as a consequence, increase rather than reduce demand (proportionately) in the public system for certain services (Wright Report, at p. 18).

(iv) The U.S. Two-Tier System of Health Coverage

251 Reference has already been made to the U.S. health care system, which is the most expensive in the world, even though by some measures Americans are less healthy than Canadians (Kirby Report, vol. 1, at p. 101, and vol. 4, at p. 28; Romanow Report, at p. 14). The existence of a private system has not eliminated waiting times. The availability, extent and timeliness of health care is rationed by private insurers, who may determine according to cost, not need, what is “medically” necessary health care and where and when it is to occur (Kirby Report, vol. 3, at p. 48; Denis Report, at pp. 12 and 16). Whether or not the private system in the U.S. is better managed is a matter of debate amongst policy analysts. The point here is simply that the appellants’ faith in the curative power of private insurance is not borne out by the evidence put before the Court.

(iii) Les assureurs privés peuvent se livrer à un « écrémage » et laisser au secteur public les soins complexes et coûteux

La preuve indique que les assureurs d’un système privé parallèle préfèrent recruter les patients à revenu élevé, tout en évitant les cas qui présentent un plus grand risque financier, phénomène connu sous le nom d’[TRADUCTION] « écrémage » (rapport Wright, p. 17; rapport Kirby, vol. 6, p. 326). En conséquence, le système public assumerait une part disproportionnée de patients qui, selon les normes du secteur privé, présentent des « risques aggravés » en raison de leur âge, de leur situation socioéconomique ou de leur lieu géographique de résidence.

De même, les assureurs privés peuvent choisir d’éviter les chirurgies « à risque élevé ». Le système public sera vraisemblablement forcé d’assumer la charge des soins de santé intensifs plus complexes. Ce phénomène augmentera (de manière proportionnelle) la demande de certains services dans le système public, au lieu de la réduire (rapport Wright, p. 18).

(iv) Le système de santé à deux vitesses américain

Nous avons déjà mentionné le système de santé américain qui est le plus onéreux du monde, ce qui n’empêche pas, dans une certaine mesure, les Américains d’être en moins bonne santé que les Canadiens (rapport Kirby, vol. 1, p. 110, et vol. 4, p. 30; rapport Romanow, p. 14). L’existence d’un système privé n’a pas permis d’éliminer les délais d’attente. Les assureurs privés limitent la disponibilité et l’étendue des soins de santé ainsi que l’accès en temps opportun à ces soins, et peuvent déterminer, en fonction du coût et non du besoin, les soins qui sont « médicalement » nécessaires de même que l’endroit et le moment où ces soins peuvent être dispensés (rapport Kirby, vol. 3, p. 46-47; rapport Denis, p. 12 et 16). La question de savoir si la gestion du système privé américain est meilleure reste un sujet controversé parmi les analystes de politiques publiques. En l’espèce, il suffit de souligner que la preuve soumise à la Cour ne justifie pas la confiance que les appelants manifestent à l’égard du pouvoir réparateur de l’assurance privée.

(v) Moreover the Government's Interest in Fiscal Responsibility and Efficiency May Best Be Served by a Single-Tier System

The expert witnesses at trial (other than the appellants' witness Dr. Coffey), the Romanow Report and the Kirby Report all agree that the most cost-effective method of providing health care is through public single-tier financing. Dr. Wright testified at trial that the "public administration criterion [of the *Canada Health Act*] renders the Canadian Health Care System one of the most efficient in terms of the ratio of productivity to administrative costs in the world" (Wright Report, at p. 2; see also Marmor Report, at p. 9; Denis Report, at p. 8; Kirby Report, vol. 3, at p. 67, and vol. 4, at p. 23; Romanow Report, at p. 43; *The World Health Report 1999: Making a Difference* (1999); Report of the National Advisory Council on Aging, *The NACA Position on the Privatization of Health Care* (1997), at p. 14).

In particular, much is saved in a single-tier public system as a result of lower administrative costs and advertising expenses, the absence of overhead and the fact that the risk is spread over the entire population (see Romanow Report, at pp. 60ff; Kirby Report, vol. 4, at p. 31).

Not only is there "no evidence [that the] adoption [of a private health care system] would produce a more efficient, affordable or effective system" (Romanow Report, at p. xxiv), there is also no clear evidence that private surgical services are more efficient or less costly (Wright Report, at p. 14; Romanow Report, at p. 8; *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at pp. 23 and 33).

With respect to the impact on the financial resources of the public system, the experts testified that the introduction of a parallel private health regime would likely increase the overall cost of health care to Canadians (Marmor Report, at pp. 8 and 10; Bergman Report, at p. 7; Turcotte Report, at p. 11;

(v) En outre, un système unique peut mieux servir l'intérêt de l'État dans la responsabilité financière et l'efficacité

Les experts (autres que le témoin des appelants, le D^r Coffey) qui ont témoigné au procès de même que les auteurs des rapports Romanow et Kirby s'accordent tous pour affirmer que le système public unique représente la méthode la plus efficace du point de vue économique pour fournir des soins de santé. Le D^r Wright a déclaré, au procès, que le [TRADUCTION] « critère de gestion publique [de la *Loi canadienne sur la santé*] fait du système de soins de santé canadien l'un des plus efficaces au monde quant au ratio productivité-coûts administratifs » (rapport Wright, p. 2; voir également : rapport Marmor, p. 9; rapport Denis, p. 8; rapport Kirby, vol. 3, p. 65, et vol. 4, p. 25; rapport Romanow, p. 44; *Rapport sur la santé dans le monde 1999 : Pour un réel changement* (1999); Rapport du Conseil consultatif national sur le troisième âge, *La position du CCNTA sur la privatisation des soins de santé* (1997), p. 16).

Un système public unique permet notamment de réaliser des économies importantes en raison de la réduction des coûts administratifs et des dépenses de publicité, de l'absence de frais généraux et de la répartition du risque sur l'ensemble de la population (voir rapport Romanow, p. 64 et suiv.; rapport Kirby, vol. 4, p. 33).

Non seulement « rien n'indique que [l']adoption [d'un système de soins de santé privé] contribuerait à rendre le système plus efficient, moins coûteux ou plus efficace » (rapport Romanow, p. xxvi), mais encore rien ne prouve clairement que les services de chirurgie privés sont plus efficaces ou moins coûteux (rapport Wright, p. 14; rapport Romanow, p. 9; *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 23 et 33).

À propos de l'incidence sur les ressources financières du système public, les experts ont témoigné que l'établissement d'un régime de santé privé parallèle augmenterait vraisemblablement le coût global des soins de santé des Canadiens (rapport Marmor, p. 8 et 10; rapport Bergman, p. 7; rapport Turcotte,

252

253

254

255

see also *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 24).

(vi) Conclusion on “Arbitrariness”

256 For all these reasons, we agree with the conclusion of the trial judge and the Quebec Court of Appeal that in light of the legislative objectives of the *Canada Health Act* it is not “arbitrary” for Quebec to discourage the growth of private sector health care. Prohibition of private health insurance is directly related to Quebec’s interest in promoting a need-based system and in ensuring its viability and efficiency. Prohibition of private insurance is not “inconsistent” with the state interest; still less is it “unrelated” to it.

257 In short, it cannot be said that the prohibition against private health insurance “bears no relation to, or is inconsistent with” preservation of a health system predominantly based on need rather than wealth or status, as required by the *Rodriguez* test, at pp. 594-95.

258 As to our colleagues’ dismissal of the factual basis for Quebec’s legislative choice, the public has invested very large sums of money in a series of authoritative reports to analyse health care in this country and in other countries. The reports uniformly recommend the retention of single-tier medicine. People are free to challenge (as do the appellants) the government’s reliance on those reports but such reliance cannot be dismissed as “arbitrary”. People are also free to dispute Quebec’s strategy, but in our view it cannot be said that a single-tier health system, and the prohibition on private health insurance designed to protect it, is a legislative choice that has been adopted “arbitrarily” by the Quebec National Assembly as that term has been understood to date in the *Canadian Charter* jurisprudence.

p. 11; voir également *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 24).

(vi) Conclusion sur le « caractère arbitraire »

Pour toutes ces raisons, nous souscrivons à la conclusion de la juge de première instance et de la Cour d’appel du Québec voulant que, compte tenu des objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*, il ne soit pas « arbitraire » pour le Québec d’empêcher la croissance d’un secteur de soins de santé privé. L’interdiction de souscrire une assurance maladie privée conserve un lien direct avec l’intérêt du Québec à promouvoir un système fondé sur le besoin et à en assurer la viabilité et l’efficacité. L’interdiction de souscrire une assurance privée n’est pas « incompatible » avec l’intérêt de l’État. On peut encore moins lui reprocher de n’avoir « aucun lien » avec cet intérêt.

Bref, on ne saurait prétendre que l’interdiction de souscrire une assurance maladie privée « n’a aucun lien ou est incompatible avec » le maintien d’un système de santé fondé principalement sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social, comme l’exige le critère établi dans l’arrêt *Rodriguez*, p. 595.

En ce qui concerne le rejet par nos collègues du fondement factuel du choix législatif du Québec, on se rappellera que la population a consacré des sommes très considérables à la préparation d’une série de rapports fiables sur l’état du système de santé du Canada et d’autres pays. Ces rapports recommandent tous le maintien d’un régime de médecine unique. Chacun demeure libre (comme les appellants) de critiquer l’utilisation de ces rapports par le gouvernement, mais le recours à ces documents ne peut pas être écarté comme étant « arbitraire ». Tous sont également libres de contester la stratégie du Québec, mais, à notre avis, on ne saurait affirmer qu’un système de santé unique, assorti d’une interdiction de souscrire une assurance maladie privée destinée à le protéger, constitue un choix législatif que l’Assemblée nationale du Québec a arrêté « arbitrairement » au sens que la jurisprudence relative à la *Charte canadienne* a donné à ce terme jusqu’à maintenant.

(3) The Morgentaler Case Is Not Applicable

Our colleagues the Chief Justice and Major J. rely substantially on comments made by Beetz J. (concurring in by Estey J.) in *Morgentaler* when he invoked a principle of “manifest unfairness”. Nowhere in his analysis pertaining to the principles of fundamental justice did Beetz J. use the words “arbitrary” or “arbitrariness”. Moreover the context for his remarks was the prospect of a criminal prosecution of a pregnant woman. Section 251(2) of the *Criminal Code* stated that a pregnant woman who used “any means or permit[ted] any means to be used” for the purpose of procuring her own miscarriage was guilty of an indictable offence punishable with imprisonment for two years. Parliament provided a defence if the continued pregnancy would or would be likely to, in the opinion of a therapeutic abortion committee, “endanger her life or health” (s. 251(4)(c)). The Court struck down the criminal prohibition because the prohibition was designed to operate only with the statutory defence, and the Court found that in practice these committees operated unevenly and that the statutory scheme “contain[ed] so many potential barriers to its own operation that the defence it create[d would] in many circumstances be practically unavailable to women who would *prima facie* qualify . . .” (pp. 72-73, *per* Dickson C.J.). For Beetz J., too, a key issue was that a significant proportion of Canada’s population is not served by hospitals in which therapeutic abortions could lawfully be performed (pp. 94-95).

At page 81, Beetz J. went on to say that “s. 7 of the *Charter* must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction” (emphasis added). The context of this appeal is entirely different. This case, on the contrary, invites the application of the *dictum* of Dickson C.J. in *Morgentaler* “that the courts should avoid

(3) L’arrêt Morgentaler ne s’applique pas

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major se fondent dans une large mesure sur les commentaires formulés par le juge Beetz (avec l’appui du juge Estey) dans l’arrêt *Morgentaler*, où il a évoqué un principe d’« injustice manifeste ». Nulle part dans son analyse concernant les principes de justice fondamentale le juge Beetz n’a-t-il utilisé les mots « arbitraire » ou « caractère arbitraire ». De plus, ses observations se situaient dans le contexte du cas d’une femme enceinte exposée à des poursuites criminelles. Aux termes du par. 251(2) du *Code criminel*, une femme enceinte qui employait « ou permet[tait] que soit employé quelque moyen » pour obtenir son propre avortement était coupable d’un acte criminel punissable d’un emprisonnement de deux ans. Le législateur prévoyait un moyen de défense opposable seulement si un comité de l’avortement thérapeutique estimait que la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement « en danger la vie ou la santé » de cette personne (al. 251(4)c)). Notre Cour a invalidé l’interdiction criminelle pour le motif qu’elle était destinée à s’appliquer uniquement avec le moyen de défense prévu par le *Code*, alors qu’en pratique, selon les conclusions de notre Cour, ces comités fonctionnaient de manière inégale et que le régime législatif « comport[ait] tellement de barrières potentielles à son propre fonctionnement que la défense qu’[il] institu[ait] [était], dans de nombreuses circonstances, hors de portée en pratique des femmes qui, au départ, auraient pu s’en prévaloir . . . » (p. 72-73, le juge en chef Dickson). Pour le juge Beetz également, un facteur essentiel était que, pour une partie importante de la population canadienne, il n’existait pas d’hôpitaux où des avortements thérapeutiques pouvaient être pratiqués licitement (p. 94-95).

À la page 81, le juge Beetz a ajouté que « l’art. 7 de la *Charte* [. . .] doit inclure le droit au traitement médical d’un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale » (nous soulignons). Le contexte diffère complètement en l’espèce. La présente affaire favorise, au contraire, l’application de la remarque incidente du juge en chef Dickson dans l’arrêt *Morgentaler*, selon laquelle

‘adjudication of the merits of public policy’” (p. 53).

261 There were two aspects of s. 251 which caused Beetz J. particular concern. Firstly, s. 251 required that abortions be performed in an “eligible hospital”, and not in clinics like those operated by Dr. Morgentaler (p. 114). This limitation, he found, had no logical connection with the state’s avowed interest “in the protection of the foetus” (p. 115), i.e., the termination of the foetus would be the same wherever the abortion was performed. Secondly, Beetz J. objected to “the requirement that the committee come from the accredited or approved hospital in which the abortion is to be performed” (p. 119). He said:

It is difficult to see a connection between this requirement and any of the practical purposes for which s. 251(4) was enacted. It cannot be said to have been adopted in order to promote the safety of therapeutic abortions or the safety of the pregnant woman. Nor is the rule designed to preserve the state interest in the foetus. [p. 119]

262 There is, we think, a world of difference between the sort of statutory analysis conducted by Beetz J. in *Morgentaler* and the re-weighing of expert evidence engaged in by our colleagues the Chief Justice and Major J. in this case. Having established that the s. 251 requirements had nothing to do with the avowed state interest in the protection of the foetus, all that remained in *Morgentaler* was to show that these requirements were inconsistent with the competing state interest in preserving the life and health of the mother. We see no parallel between the analysis of Beetz J. in *Morgentaler* and what is asked of the Court by the appellants in this case.

263 On the contrary, given its goal of providing necessary medical services to all Quebec residents based on need, Quebec’s determination to protect the equity, viability and efficiency of the public health care system is rational. The chosen means are designed to further the state interest and not (as in *Morgentaler*) to contradict it.

« les tribunaux devraient éviter “de se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales” » (p. 53).

Le juge Beetz s’est montré particulièrement préoccupé par deux aspects de l’art. 251. D’abord, cet article exigeait que les avortements soient pratiqués dans un « hôpital admissible » et non dans des cliniques comme celles du D^r Morgentaler (p. 114). Cette restriction, a-t-il conclu, n’avait aucun lien logique avec l’intérêt avoué de l’État « dans la protection du fœtus » (p. 115), en ce sens que le développement du fœtus serait de toute façon interrompu quel que soit l’endroit où l’avortement était pratiqué. Ensuite, le juge Beetz contestait « l’obligation que le comité provienne de l’hôpital accrédité ou approuvé où l’avortement doit être pratiqué » (p. 119). Il a écrit à ce propos (p. 119) :

Il est difficile de voir un lien entre cette exigence et l’une ou l’autre des raisons pratiques pour lesquelles le par. 251(4) a été adopté. On ne peut pas dire qu’elle a été adoptée pour promouvoir la sécurité des avortements thérapeutiques ni celle de la femme enceinte. La règle n’est pas non plus conçue pour préserver l’intérêt qu’a l’État dans le fœtus.

Selon nous, il existe une différence énorme entre le type d’analyse légale que le juge Beetz a effectuée dans l’arrêt *Morgentaler* et la réévaluation de la preuve d’expert à laquelle procèdent nos collègues la Juge en chef et le juge Major en l’espèce. Après avoir établi que les exigences de l’art. 251 n’avaient aucun lien avec l’intérêt avoué de l’État dans la protection du fœtus, il restait seulement, dans l’affaire *Morgentaler*, à démontrer que ces exigences étaient incompatibles avec l’intérêt opposé qu’a l’État à préserver la vie et la santé de la mère. Selon nous, l’analyse du juge Beetz dans l’arrêt *Morgentaler* ne comporte rien de comparable avec le type d’intervention que les appelants demandent à notre Cour de faire en l’espèce.

Au contraire, compte tenu de l’objectif de garantie à tous les résidents québécois d’un accès à des services médicaux fondé sur le besoin, l’intention bien arrêtée du Québec d’assurer l’équité, la viabilité et l’efficacité du système de santé public s’avère tout à fait logique. Les moyens choisis visent à promouvoir l’intérêt de l’État et non (comme dans l’affaire *Morgentaler*) à le contredire.

The safety valve (however imperfectly administered) of allowing Quebec residents to obtain essential health care outside the province when they are unable to receive the care in question at home in a timely way is of importance. If, as the appellants claim, this safety valve is opened too sparingly, the courts are available to supervise enforcement of the rights of those patients who are directly affected by the decision on a case-by-case basis. Judicial intervention at this level on a case-by-case basis is preferable to acceptance of the appellants' global challenge to the entire single-tier health plan. It is important to emphasize that rejection of the appellants' global challenge to Quebec's health plan would not foreclose individual patients from seeking individual relief tailored to their individual circumstances.

(4) Conclusion Under Section 7 of the *Canadian Charter*

For the foregoing reasons, even accepting (as we do) the trial judge's conclusion that the claimants have established a deprivation of the life and security of some Quebec residents occasioned in some circumstances by waiting list delays, the deprivation would not violate any legal principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter*. On that point, too, we share the opinion of the trial judge and the Quebec Court of Appeal, as previously mentioned.

D. *The Appellants' Challenge Under the Quebec Charter*

The *Quebec Charter* is a major quasi-constitutional instrument. Our colleague Deschamps J. finds a violation of s. 1, which provides:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

Section 1 of the *Quebec Charter* must be read with s. 9.1:

La soupape (si imparfaite soit-elle) de l'autorisation donnée à des résidents québécois d'aller se procurer en dehors de la province les soins de santé essentiels qu'ils sont incapables d'obtenir en temps opportun chez eux est importante. Si, comme le prétendent les appelants, cette soupape est utilisée trop parcimonieusement, les tribunaux demeurent là pour veiller, de manière ponctuelle, au respect des droits des patients touchés par cette décision. L'intervention judiciaire ponctuelle à cette étape est préférable à la reconnaissance du bien-fondé de la contestation globale, par les appelants, de tout le régime de santé unique. Il importe de souligner que le rejet de la contestation globale du régime de santé québécois par les appelants n'empêcherait pas d'ailleurs des patients de solliciter individuellement une réparation adaptée à leur situation.

(4) Conclusion relative à l'art. 7 de la *Charte canadienne*

Pour les motifs qui précèdent, même en acceptant (comme nous le faisons) la conclusion de la juge de première instance selon laquelle les demandeurs ont établi que les délais d'attente portent atteinte à la vie et à la sécurité de certains résidents québécois dans certaines circonstances, cette atteinte ne violerait aucun principe juridique de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. À cet égard également, nous partageons, comme nous l'avons déjà mentionné, l'opinion de la juge de première instance et de la Cour d'appel du Québec.

D. *La contestation des appelants fondée sur la Charte québécoise*

La *Charte québécoise* est un document quasi constitutionnel très important. Notre collègue la juge Deschamps conclut à l'existence d'une violation de l'art. 1, qui prévoit :

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

Il possède également la personnalité juridique.

L'article 1 de la *Charte québécoise* doit se lire conjointement avec l'art. 9.1 :

264

265

266

267

9.1 In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

268 The factual basis of the opinion of our colleague Deschamps J. seems to rest largely on her view of the problem of waiting lists in Québec, a matter we have already discussed, commencing at para. 210.

269 As to the legal principles applicable under the *Quebec Charter*, our Court in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, noted a functional analogy between s. 1 of the *Canadian Charter* and s. 9.1 of the *Quebec Charter*. However, s. 9.1 has the added feature of placing on the claimant the obligation to exercise *Quebec Charter* rights with “proper” regard to “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec”. These limitations have particular relevance to the public health system context of the present claim.

270 Within the legislative jurisdiction of the National Assembly of Québec, absent an express provision to the contrary, other statutes may not derogate from its ss. 1-38 (s. 52). It was adopted and came into force several years before the *Canadian Charter*. It applies not only to state action but also to many forms of private relationships. It often covers the same grounds as the *Canadian Charter*. Nevertheless, it remains distinct in its drafting and methodology (A. Morel, “La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d’interaction” (1986), 17 *R.D.U.S.* 49, at pp. 80-81; *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), at p. 2568, *per* Baudouin J.A.).

271 Section 1 of the *Quebec Charter*, in essence, covers about the same ground as s. 7 of the *Canadian Charter*, but it does not mention the

9.1 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.

Le fondement factuel de l’opinion de notre collègue la juge Deschamps semble se réduire, dans une large mesure, à sa perception du problème des listes d’attente au Québec, un point que nous avons déjà analysé à partir du par. 210.

En ce qui concerne les principes juridiques applicables en vertu de la *Charte québécoise*, notre Cour a relevé, dans l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, une analogie opérationnelle entre l’article premier de la *Charte canadienne* et l’art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Cependant, l’art. 9.1 comporte une caractéristique additionnelle, celle d’imposer au demandeur l’obligation d’exercer les droits garantis par la *Charte québécoise* dans le « respect des valeurs démocratiques, de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Ces restrictions s’avèrent particulièrement pertinentes quant au contexte de l’examen d’un système de santé public dans lequel se situe la présente demande.

En l’absence de disposition contraire explicite, aucune loi adoptée conformément à la compétence législative de l’Assemblée nationale du Québec ne peut déroger à ses art. 1 à 38 (art. 52). La *Charte québécoise* a été adoptée et est entrée en vigueur plusieurs années avant la *Charte canadienne*. Elle s’applique non seulement aux mesures étatiques mais encore à maintes formes de rapports privés. Elle recoupe souvent les mêmes domaines d’application que la *Charte canadienne*. Néanmoins, elle se distingue par sa formulation et sa méthodologie (A. Morel, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d’interaction » (1986), 17 *R.D.U.S.* 49, p. 80-81; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), p. 2568, le juge Baudouin).

Essentiellement, l’art. 1 de la *Charte québécoise* offre le même genre de protection que l’art. 7 de la *Charte canadienne*, sans toutefois mentionner les

principles of fundamental justice. As stated earlier, it reads:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

Under s. 1 of the *Quebec Charter*, as at the first stage of a s. 7 analysis, the claimant bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that the impugned law infringes his or her protected rights and interests. If such a claim is made out, the focus of the analysis may shift to s. 9.1 of the *Quebec Charter* in order to determine whether the claimed exercise of the right is made with due regard for “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec”.

In our view, on the evidence, the exercise by the appellants of their claimed *Quebec Charter* rights to defeat the prohibition against private insurance would not have “proper regard for democratic values” or “public order”, as the future of a publicly supported and financed single-tier health plan should be in the hands of elected representatives. Nor would it have proper regard for the “general well-being of the citizens of Québec”, who are the designated beneficiaries of the health plan, and in particular for the well-being of the less advantaged Quebecers.

Those who seek private health insurance are those who can afford it and can qualify for it. They will be the more advantaged members of society. They are differentiated from the general population, not by their health problems, which are found in every group in society, but by their income status. We share the view of Dickson C.J. that the *Canadian Charter* should not become an instrument to be used by the wealthy to “roll back” the benefits of a legislative scheme that helps the poorer members of society. He observed in *Edwards Books*, at p. 779:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to

principes de justice fondamentale. Comme nous l’avons vu, il se lit ainsi :

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

Il possède également la personnalité juridique.

Sous le régime de l’art. 1 de la *Charte québécoise*, comme à la première étape de l’analyse fondée sur l’art. 7, il incombe au demandeur d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que la règle de droit contestée porte atteinte aux droits et libertés qui lui sont garantis. Une fois cette preuve faite, l’analyse peut alors porter sur l’art. 9.1 de la *Charte québécoise*, afin de déterminer si l’exercice du droit en question respecte les « valeurs démocratiques, [. . .] l’ordre public et [le] bien-être général des citoyens du Québec ».

Nous estimons que, selon la preuve, l’exercice par les appelants des droits garantis par la *Charte québécoise* qu’ils revendiquent pour contrer l’interdiction de souscrire une assurance privée ne respecterait pas les « valeurs démocratiques » ou « l’ordre public », étant donné que l’avenir d’un régime de santé public unique doit dépendre de représentants élus. L’exercice de ces droits ne respecterait pas non plus le « bien-être général des citoyens du Québec », qui sont les bénéficiaires désignés du système de santé, et, en particulier, le bien-être des Québécois moins favorisés.

Les personnes qui sollicitent une assurance maladie privée sont celles qui en ont les moyens et qui y sont admissibles. Ce sont les membres de la société qui sont plus favorisés. Ils se distinguent de la population générale non pas par leurs problèmes de santé, qui sont communs à toutes les couches sociales, mais plutôt par leur revenu. Nous partageons l’avis du juge en chef Dickson selon lequel la *Charte canadienne* ne doit pas devenir un instrument utilisé par les riches pour « écartier » les avantages d’un régime législatif qui vient en aide aux membres plus pauvres de la société. Comme il l’a fait observer dans l’arrêt *Edwards Books*, p. 779 :

Je crois que lorsqu’ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu’elle ne devienne pas simplement l’instrument dont se serviront les plus

272

273

274

roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

The concern, of course, is that once the health needs of the wealthier members of society are looked after in the “upper tier”, they will have less incentive to continue to pressure the government for improvements to the public system as a whole.

275 The comments of Dickson C.J. are even more relevant to the *Quebec Charter* given its broad scope and its potential application to a wide range of private relationships.

276 This is not a case, in our view, where the onus of proof determines the outcome. The evidence amply supports the validity of the prohibition of private insurance under the *Quebec Charter*. The objectives are compelling. A rational connection is demonstrated. The decision boils down to an application of the minimal impairment test. In respect of questions of social and economic policy, this test leaves a substantial margin of appreciation to the Quebec legislature. Designing, financing and operating the public health system of a modern democratic society like Quebec remains a challenging task. It calls for difficult choices. In the end, we find that the choice made a generation ago by the National Assembly of Quebec remains within the range of options that are justifiable under s. 9.1. Shifting the design of the health system to the courts is not a wise choice.

277 In this respect, we should bear in mind that the legislative provisions challenged under s. 1 concern all citizens of Quebec. They address concerns shared by all and rights belonging to everyone. The legislative solution affects not only individuals but also the society to which all those individuals belong. It is a problem for which the legislature attempted to find a solution that would be acceptable to everyone in the spirit of the preamble of the *Quebec Charter*:

favorisés pour écarter des lois dont l’objet est d’améliorer le sort des moins favorisés.

Il va sans dire que l’on redoute qu’une fois que leurs besoins en matière de santé auront été comblés au « niveau supérieur » les membres plus riches de la société deviennent moins enclins à continuer de faire pression sur le gouvernement pour qu’il améliore l’ensemble du système public.

Les observations du juge en chef Dickson deviennent encore plus pertinentes dans le cas de la *Charte québécoise* en raison de sa portée générale et de son applicabilité à une vaste gamme de rapports privés.

À notre avis, la charge de preuve ne joue pas un rôle déterminant quant à l’issue de l’affaire en l’espèce. La preuve étaye amplement la validité de l’interdiction de souscrire une assurance privée eu égard à la *Charte québécoise*. Les objectifs sont impérieux. L’existence d’un lien rationnel est démontrée. La décision se résume à une application du critère de l’atteinte minimale. Pour ce qui est des questions de politique socioéconomique, ce critère laisse une marge de manœuvre importante au législateur québécois. La conception, le financement et l’exploitation d’un système de santé public dans une société démocratique moderne comme le Québec représentent un défi de taille qui oblige à faire des choix difficiles. En fin de compte, nous concluons que le choix fait par l’Assemblée nationale du Québec, au cours de la génération précédente, compte toujours parmi la gamme d’options justifiables au regard de l’art. 9.1. Confier la conception du système de santé aux tribunaux ne représente pas un choix judicieux.

À cet égard, il faut se rappeler que les dispositions législatives contestées en vertu de l’art. 1 concernent tous les citoyens du Québec. Elles visent des préoccupations partagées par tous les citoyens ainsi que des droits appartenant à chacun d’eux. La solution législative touche non seulement les individus, mais encore la société dont ils font partie. Il s’agit d’un problème auquel le législateur a tenté d’apporter une solution acceptable pour tous, conformément à l’esprit du préambule de la *Charte québécoise* :

WHEREAS every human being possesses intrinsic rights and freedoms designed to ensure his protection and development;

Whereas all human beings are equal in worth and dignity, and are entitled to equal protection of the law;

Whereas respect for the dignity of the human being and recognition of his rights and freedoms constitute the foundation of justice and peace;

Whereas the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being;

. . .

The evidence reviewed above establishes that the impugned provisions were part of a system which is mindful and protective of the interests of all, not only of some.

We would dismiss the appeal.

APPENDIX

Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29

15. No person shall make or renew a contract of insurance or make a payment under a contract of insurance under which an insured service is furnished or under which all or part of the cost of such a service is paid to a resident or a deemed resident of Québec or to another person on his behalf.

. . .

Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28

11. (1) No one shall make or renew, or make a payment under a contract under which

(a) a resident is to be provided with or to be reimbursed for the cost of any hospital service that is one of the insured services;

(b) payment is conditional upon the hospitalization of a resident; or

(c) payment is dependent upon the length of time the resident is a patient in a facility maintained by an institution contemplated in section 2.

CONSIDÉRANT que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix;

Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général;

. . .

La preuve que nous avons examinée plus haut établit que les dispositions contestées faisaient partie d'un système soucieux de protéger les intérêts de tous, et non de certains seulement.

Nous rejeterions le pourvoi.

ANNEXE

Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29

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

. . .

Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28

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;

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.

278

279

(2) This section does not apply for such time after a person arrives in Québec as a resident as he is not an insured person.

Appeal allowed with costs, BINNIE, LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant George Zeliotis: Trudel & Johnston, Montreal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montreal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: D'Auray, Aubry, LeBlanc & Associés, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the interveners Senator Michael Kirby, Senator Marjory Lebreton, Senator Catherine Callbeck, Senator Joan Cook, Senator Jane Cordy, Senator Joyce Fairbairn, Senator Wilbert Keon, Senator Lucie Pépin, Senator Brenda Robertson and Senator Douglas Roche: Lerners, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Medical Association and the Canadian Orthopaedic Association: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the interveners the Charter Committee on Poverty Issues and the Canadian Health Coalition: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the interveners Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook

2. Le présent article ne s'applique pas durant le temps suivant l'arrivée d'une personne comme résident au Québec pendant lequel elle n'est pas une personne assurée.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BINNIE, LEBEL et FISH sont dissidents.

Procureurs de l'appellant George Zeliotis : Trudel & Johnston, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada : D'Auray, Aubry, LeBlanc & Associés, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs des intervenants Sénateur Michael Kirby, Sénatrice Marjory Lebreton, Sénatrice Catherine Callbeck, Sénatrice Joan Cook, Sénatrice Jane Cordy, Sénatrice Joyce Fairbairn, Sénateur Wilbert Keon, Sénatrice Lucie Pépin, Sénatrice Brenda Robertson et Sénateur Douglas Roche : Lerners, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association médicale canadienne et l'Association canadienne d'orthopédie : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur des intervenants le Comité de la Charte et des questions de pauvreté et la Coalition canadienne de la santé : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook

Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., the British Columbia Orthopaedic Association and the British Columbia Anesthesiologists Society: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., British Columbia Orthopaedic Association et British Columbia Anesthesiologists Society : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.