

RDUS**Revue de DROIT**
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**Volume 38 – Numéro 1****Année :** 2007-2008**ISSN :** 0317-9656**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11562>**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11562>

Page vide laissée intentionnellement.

LES SUITES DE L'ARRÊT CHAOULLI ET LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DU CANADA EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX	1
Par Marco LAVERDIÈRE	
L'ACCÈS AUX SERVICES D'AIDE À L'HYGIÈNE EN RÉSIDENCE POUR PERSONNES ÂGÉES : UNE ATTEINTE AUX PRINCIPES D'ÉGALITÉ ET DE GRATUITÉ?.....	87
Par Annie CARRIER Gary MULLINS	
LES CONFLITS D'INTÉRÊTS INSTITUTIONNELS AU SEIN DE LA MAGISTRATURE.....	127
Par Luc HUPPÉ	
L'IMPUTABILITÉ EN DROIT CRIMINEL CANADIEN DES COMPORTEMENTS INDUITS PAR LES ANTIDÉPRESSEURS.....	167
Par Christian SAINT-GERMAIN	
REASON, PASSION AND SELF-CONTROL : UNDERSTANDING THE MORAL BASIS OF THE PROVOCATION DEFENCE.....	215
Par George MOUSOURAKIS	
LES ENJEUX JURIDIQUES DU DÉBAT QUÉBÉCOIS SUR LES ACCOMMODEMENTS RAISONNABLES	233
Par Stéphane BERNATCHEZ	
HISTOIRE DES INSTITUTIONS JUDICIAIRES DU CANADA.....	287
Par Marie-Pierre ROBERT	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

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

Auteur(s) : Marco LAVERDIÈRE

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 1

Pages : 1-86

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11559>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11559>

Page vide laissée intentionnellement.

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

par Marco LAVERDIÈRE**

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

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

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

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

SOMMAIRE

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

Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les conditions en question sont les suivantes²² :

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

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

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

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

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

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

26. *Ibid.* art. 10.

27. *Ibid.* art. 11.

28. *Ibid.* art. 12.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

37. *Ibid.* art. 5.

38. *Ibid.* art. 6.

39. *Ibid.* art. 13.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

51. *Infra* note 118 à la p. 36.

1.1.2 Justification du rôle prépondérant du secteur public

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

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

52. Commission royale d'enquête sur les services de santé, *Rapport de la Commission Royale d'enquête sur les services de santé*, vol. 1, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1964 à la p. 12. Au Québec, l'adhésion des «architectes» du système public à ce principe de l'universalité et de l'accessibilité s'est manifestée à plusieurs reprises, notamment au moment des travaux de la Commission Castonguay-Nepveu dans les années soixante-dix et, dans les années quatre-vingt, lors de ceux de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux (ci-après : «Commission Rochon»). Dans ce dernier cas, voir le document suivant : Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*, Québec, Publications du Québec, 1988 aux pp. 452-453.

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

-
61. Commission Romanow, «rapport final», *supra* note 8 aux pp. 47 et s. Voir aussi : Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Rapport sur le dialogue entre Canadiens*, document d'information, 2002; Theodore R. Marmor, Kieke G.H. Orma et Stephen R. Latham, *Quelles sont les implications des valeurs nationales, des institutions et des politiques de santé pour la réforme de l'assurance-santé?*, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, étude no 5, Ottawa, 2002.
62. Commission Clair, *supra* note 18 à la p. 243. Voir aussi les constats plus récents faits à ce chapitre par le Comité Ménard, *supra* note 50 aux pp. 7-10.
63. Commission Clair, *supra* note 54 à la p. 281. Voir aussi l'analyse faite à ce sujet dans l'arrêt *Chaoulli*, *supra* note 4 au para. 49, 164-176, 225-242, 256-258.

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

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

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

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

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

65. *Supra* notes 39 et 46.

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

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

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

66. *Supra* note 19.

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

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

69. *Supra* note 33.

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

77. *Supra* note 40.

78. *Supra* note 47.

b) l'hospitalisation d'un résident est la condition du paiement; ou

c) le paiement dépend de la durée du séjour d'un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé dans l'article 2.

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

87. *Supra* note 4.

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

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

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

— Article 7 de la Charte canadienne :

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

— Article 1 de la Charte québécoise :

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

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

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

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

92. *Ibid.* art. 52.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

«(i) Réactions humaines

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

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

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

103. *Ibid.* au para. 48.

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

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

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

(ii) Impact sur le régime public

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

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

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

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

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

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

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

105. *Ibid.* au para. 68.

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

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

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

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

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

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

109. *Ibid.* au para. 98.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2.2 Réaction des autorités publiques québécoises

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

123. *Supra* note 118.

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

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

126. *Supra* note 118 à la p. 40.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

137. *Supra* note 118 à la p. 49.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

142. *Supra* note 1.

143. *Supra* note 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.1 En faveur de l'égalité d'accès

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

156. [C.D.H.].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

164. *Ibid.* au para. 18.

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

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

166. *Supra* note 163.

167. *Ibid.* au para. 9.

168. *Ibid.* au para. 11.

169. *Ibid.* au para. 12.

170. *Ibid.* au para. 17.

171. *Ibid.* au para. 19.

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

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

172. *Ibid.* au para. 35.

173. *Ibid.* au para. 36.

174. *Ibid.*

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

176. *Ibid.* au para. 53.

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

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

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

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

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

179. *Supra* note 151.

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

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

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

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

182. *Ibid.* au para. 35.

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

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

2.1.2 En faveur de la liberté d'accès

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

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

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

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

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

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

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

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

185. *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

209. *Supra* note 145.

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

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

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

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

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

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

214. Voir ci-dessus partie 2.2.2.

215. *Supra* note 124.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

224. *Supra* note 116.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

234. Voir ci-dessus à la p. 31.

235. Voir la partie 1.2.2 ci-dessus.

236. *Supra* note 124.

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

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

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

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

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

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

- Article XXVIII de la Déclaration américaine :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

240. Voir la p. 37 ci-dessus.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

246. Voir à la p. 29 et s. ci-dessus.

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

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

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

247. Voir à la p. 70 ci-dessus.

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

250. Voir à la p. 70 ci-dessus.

251. *Supra* note 19.

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

Conclusion

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

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

252. *Ibid.*

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

Dans ce contexte, les moyens retenus par le législateur québécois dans le cadre du Projet de loi 33²⁵³ en vue de l'instauration de «garanties d'accès» pour certains services apparaissent susceptibles de placer le système public de santé du Québec en meilleure position qu'il n'était jusqu'à maintenant. Toutefois, le fait que ces mesures aient été, par prudence semblait-il, conçues de façon à répondre à des besoins limités, ne permet pas de penser que tout risque d'une contestation similaire à celle qui a conduit à l'affaire *Chaoulli*, mais cette fois-ci sur la scène internationale, puisse être évité. D'autant plus que des doutes peuvent être entretenus à l'égard de la mise en œuvre des garanties d'accès proposées, tant les problèmes susceptibles de se présenter sur le parcours peuvent être importants et complexes, que ce soit en termes de financement, de disponibilité des effectifs professionnels requis, etc.

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

253. *Supra* note 124.

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

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

254. *Supra* note 148.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ACCÈS AUX SERVICES D'AIDE À L'HYGIÈNE EN RÉSIDENCE POUR
PERSONNES ÂGÉES : UNE ATTEINTE AUX PRINCIPES D'ÉGALITÉ ET
DE GRATUITÉ ?

Auteur(s) : Annie CARRIER
Gary MULLINS

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 1

Pages : **87-126**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11560>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11560>

Page vide laissée intentionnellement.

L'ACCÈS AUX SERVICES D'AIDE À L'HYGIÈNE EN RÉSIDENCE POUR PERSONNES ÂGÉES : UNE ATTEINTE AUX PRINCIPES D'ÉGALITÉ ET DE GRATUITÉ?

par Annie CARRIER*
Gary MULLINS**

Les principes d'égalité et de gratuité en matière de services de santé, notamment les services de soutien à domicile, ne s'appliquent pas de façon absolue. La réalité juridique et clinique démontre que les choix de l'établissement en matière d'offre de services modulent à la fois l'accessibilité et la gratuité pour certaines clientèles. L'aide à l'hygiène en résidence privée pour personnes âgées en est un bel exemple. En effet, le Centre de santé et de services sociaux n'a pas l'obligation légale de fournir directement ce service ou d'en assurer l'accès gratuit à l'usager habitant une telle résidence. Par ailleurs, les pratiques administratives et cliniques en matière d'accès et de dispensation de l'aide à l'hygiène varient d'un établissement à l'autre. Des questionnements sur l'équité de ces pratiques se posent donc et des pistes de solution sont envisagées.

Free and equal access principles do not apply in an absolute manner to health care services, including those relating to home care. The reality of both legal and clinical considerations demonstrates that access to a service and its financial cost, at least for a certain clientele, is modulated by the health care institution's choices regarding the delivery of health services. A good example of this is bathing assistance in residences for the elderly. Indeed, Health and Social Services centres have no legal obligation to provide this service nor do they have to ensure gratuitous access to clients of privately operated residences for the elderly. In addition, administrative and clinical practices regarding access to and delivery of bathing assistance differ from one institution to another. Certain ethical questions are raised and various likely solutions regarding these practices are examined by the writers.

*. Ergothérapeute, candidate à la Maîtrise en Droit et Politiques de la Santé de l'Université de Sherbrooke. Elle enseigne à l'École de réadaptation de l'Université de Sherbrooke.

** . Avocat-conseil en jurisanté. Il enseigne en droit de la santé à l'Université de Sherbrooke. Les auteurs tiennent à remercier Monsieur Michaël Gagnon, professionnel de recherche à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, à la fois pour son aide précieuse dans la recherche bibliographique et pour ses judicieux commentaires.

SOMMAIRE

Introduction	89
I - Le contexte législatif et réglementaire de la problématique	93
A - <i>Les grands principes directeurs : les législations canadienne et québécoise.....</i>	93
B - <i>La mission C.L.S.C. du C.S.S.S.</i>	96
C - <i>Les résidences pour personnes âgées.....</i>	100
II - La problématique : l'aide à l'hygiène	105
A - <i>L'aide à l'hygiène, partie prenante des soins auxquels s'appliquent les principes d'égalité et de gratuité?.....</i>	105
B - <i>Les C.S.S.S. ont-ils l'obligation d'offrir les services d'aide à l'hygiène en résidence pour personnes âgées?</i>	108
III - Questionnement éthique et pistes de solution	116
Conclusion	123
Annexe 1	125
Annexe 2	126

Introduction

L'organisation des services de santé et des services sociaux a connu de grands bouleversements au cours des cinquante dernières années, nul ne l'ignore. Au départ sous la responsabilité d'intérêts privés, majoritairement de congrégations religieuses, les services de santé, avec la Révolution tranquille et l'émergence de l'État-providence, passent sous la gouverne de l'État¹.

C'est au cours de la décennie 70 que la Commission Castonguay-Nepveu² émet ses recommandations mettant ainsi en branle une réforme majeure du système de santé et du système professionnel. La *Loi sur les services de santé et les services sociaux*³ crée ainsi les Centres locaux de services communautaires⁴. La crise inflationniste, combinée à une augmentation des demandes en services de santé et à une amélioration des conditions salariales des employés du secteur public, entraîne une hausse fulgurante des dépenses de santé⁵. L'ensemble du système se devait donc d'être réévalué afin de réduire les dépenses publiques.

-
1. Voir généralement Pierre Bergeron et France Gagnon, «La prise en charge étatique de la santé au Québec : émergence et transformations» dans Vincent Lemieux et al., dir., *Le système de santé au Québec : organisations, acteurs et enjeux*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 2003, 7 [Pierre Bergeron et France Gagnon, «prise en charge»] (pour un survol historique de la prise en charge étatique du système de santé québécois).
 2. Québec, Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social, *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. 7, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1967 (Présidents : Claude Castonguay et Gérard Nepveu) ; Voir Joseph Facal, *Volonté politique et pouvoir médical. La naissance de l'assurance-maladie au Québec et aux États-Unis*, Montréal, Boréal, 2006 (pour une analyse sociologique de la genèse de cette réforme, le lecteur intéressé pourra se référer avec plaisir à l'ouvrage de cet auteur).
 3. L.R.Q., c. S-4.2 [L.S.S.S.S.].
 4. Ci-après, [C.L.S.C.].
 5. Michel Clavet, Ronald Côté et Thomas Duperré, «L'évolution du financement des dépenses québécoises en services de santé» dans Vincent Lemieux et al. dir., *Le système de santé au Québec : organisations, acteurs et enjeux*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 2003 à la p. 378 (Au Canada, les dépenses totales de santé per capita, en dollars US et en parité

Simultanément, la philosophie d'intervention auprès de la clientèle souffrant d'incapacités ou de handicaps variés, tant physiques que mentaux, change. La société fait preuve d'une plus grande ouverture à l'intégration sociale de ces individus et l'État cherche des modalités d'intervention moins «lourdes»⁶. On s'oriente alors vers une vague sans précédent de désinstitutionalisation. Le maintien à domicile était né! Les établissements assumant la mission C.L.S.C. se voient confirmer leur rôle de maintien dans le milieu, tant pour les personnes handicapées que pour les personnes âgées. Ils assument un rôle de prévention et de porte d'entrée du réseau.

Vers la fin des années 80, le problème criant des listes d'attente pour les chirurgies électives, combiné à l'émergence de nouvelles technologies médicales, fait tendre vers l'utilisation de la chirurgie d'un jour⁷. La Commission Rochon⁸ encourage donc l'État à prendre le virage ambulatoire. Cette nouvelle façon de faire entraîne une restructuration complète des services offerts par les C.L.S.C. On assiste à un transfert massif d'infirmières vers ceux-ci, dont le rôle premier est d'assurer le suivi à domicile de la clientèle post-opérée. De porte d'entrée, le C.L.S.C. devient porte de sortie!

du pouvoir d'achat, sont passées de 428\$ (en 1975), à 710\$ (en 1980), à 1193\$ (en 1985)).

6. Dans la foulée du mouvement américain «The Independent Living Movement» et de l'Année internationale des personnes handicapées (1981), le Conseil des ministres donne comme mandat à l'Office des personnes handicapées du Québec (O.P.H.Q.) de soumettre une proposition de politique d'ensemble de prévention de la déficience et d'intégration sociale des personnes handicapées. À part... égale ; Québec, *L'intégration sociale des personnes handicapées : un défi pour tous*, Office des personnes handicapées du Québec, Québec, 1984 (traite notamment des services de maintien à domicile).
7. Canada, Association féminine d'éducation et d'action sociale, *Qui donnera les soins? Les incidences du virage ambulatoire et des mesures d'économie sociale sur les femmes du Québec*, Condition féminine du Canada, 1998.
8. Québec, Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*, Québec, Publications du Québec, 1988.

Parallèlement à ces modifications dans les modes d'intervention, l'État vit une crise des finances publiques. Avec le virage viennent les coupures, et les budgets qui devaient suivre les nouvelles responsabilités s'avèrent nettement insuffisants⁹. Mais les C.L.S.C. et les centres hospitaliers ne font pas seuls les frais des coupures et les Centres d'hébergement et de soins de longue durée¹⁰ passent également au couperet. Leur nombre de lits disponibles diminue, leur clientèle s'alourdit et les critères d'admission deviennent plus sévères¹¹. Les résidences privées d'hébergement se multiplient et reçoivent de plus en plus de gens en perte d'autonomie importante.

Un nombre croissant de personnes âgées recourt aux services de ce type de résidence¹². Cependant, les services offerts et les coûts varient; d'une résidence à l'autre, on note donc des écarts importants¹³. De même, les services des C.L.S.C. offerts aux rési-

-
9. Michèle Charpentier, *Priver ou privatiser la vieillesse? Entre le domicile à tout prix et le placement à aucun prix*, Ste-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2002, n. 4 [Charpentier, *Priver ou privatiser*] (les énoncés politiques prévoient une hausse du financement des services à domicile de l'ordre de 150% entre 1990 et 1995. Les données démontrent plutôt une variation effective de 64% de ce financement entre 1986 et 1995).
 10. Ci-après, [C.H.S.L.D.].
 11. Michèle Charpentier, *Viellir en milieu d'hébergement. Le regard des résidents*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2007, c. 1 ; Charpentier, *Priver ou privatiser*, *supra* note 9 à la p.18 (à titre d'exemple, en 1985 les personnes âgées hébergées en centre d'accueil nécessitaient en moyenne 1,85 heure de soins et d'assistance par jour. Aujourd'hui, la moyenne est de 3,5 heures).
 12. Michèle Charpentier, «De l'institution au marché: transformation de l'hébergement des personnes âgées et enjeux actuels» (2004) 3 : 2 *Vie et vieillissement* 2 à la p. 4 («ces résidences, en marge du réseau public, constituent désormais l'acteur principal de l'hébergement des personnes âgées au Québec. Le nouveau registre des résidences pour personnes âgées, tenu par les régies (agences régionales), recense actuellement 80 000 places (RRSSMC, 2003), soit deux fois plus que les CHSLD publics et privés réunis»).
 13. Voir notamment Agence de la santé et des services sociaux de l'Estrie, *Registre des résidences avec services pour personnes âgées, Estrie 2006-2007*, Sherbrooke, 2006 [Agence de la santé et des services sociaux de l'Estrie]; Gina Bravo, «Résidences sans permis ministériel : profil des résidents et qualité des soins» dans R. Hébert et R. Kouri, dir., *Les échan-*

dents de ces ressources diffèrent d'une région à l'autre, d'une M.R.C. à l'autre et même, d'une partie de la ville à l'autre¹⁴.

Ce constat et les problèmes récurrents du système en lien avec l'accessibilité aux services et leur continuité, ont mené le Ministre Couillard et son gouvernement à adopter une nouvelle réforme du réseau de la santé. Le Projet de Loi 83¹⁵ a mené notamment au regroupement d'établissements en un seul, multivocationnel, à savoir le Centre de santé et de services sociaux¹⁶, cherchant du coup à mettre fin au fonctionnement «en silo». Il a également intégré dans la prestation de soins un grand nombre d'organismes privés à but lucratif, dont les résidences pour personnes âgées. Nous nous attarderons ici sur la question en titre d'un point de vue juridique en traitant tout d'abord du contexte législatif et réglementaire de la problématique. Nous réviserons tout d'abord brièvement les principes directeurs du système de santé, les responsabilités du C.S.S.S., les notions de «résidence pour personnes âgées» et de certification. Nous nous demanderons ensuite si l'aide à l'hygiène fait partie des soins auxquels les principes d'égalité et de gratuité s'appliquent, et si ceux-ci devraient être offerts par le C.S.S.S. en vertu de sa mission C.L.S.C. Nous terminerons en soulevant des questions éthiques en lien avec l'accessibilité aux services d'aide à l'hygiène et en évoquant des pistes de solution possibles. Pour ce faire, nous nous baserons, outre la législation, sur les documents officiels du ministère de la

ges cliniques et scientifiques sur le vieillissement. Actes du Congrès scientifique Autonomie et vieillissement, Institut Universitaire de Gériatrie de Sherbrooke, 1999, 106 [Bravo, «Résidences sans permis»].

14. Effectivement, les C.L.S.C. de Sherbrooke avaient des pratiques différentes. Selon que la personne vivait d'un côté ou de l'autre de la rivière St-François, l'aide offerte par le C.L.S.C. desservant le territoire n'était pas la même! La fusion des C.L.S.C. Gaston-Lessard et SOC en 1999 a heureusement permis une uniformisation ultérieure des pratiques. Il convient toutefois de noter qu'en Estrie les pratiques varient toujours d'une M.R.C. à l'autre. Certains établissements offrent les services d'aide à l'hygiène aux personnes le nécessitant, soit par l'entremise de leur personnel ou par achat de services avec la résidence ou avec des entreprises d'économie sociale, d'autres n'offrent pas le service s'il est inclus dans le bail. Nous y reviendrons.

Santé et des Services sociaux¹⁷, sur la doctrine et sur la jurisprudence en la matière.

I - Le contexte législatif et réglementaire de la problématique

A - Les grands principes directeurs : les législations canadienne et québécoise

Afin de bien cerner la problématique qui nous occupe, il convient tout d'abord d'identifier clairement son contexte législatif et réglementaire.

Le système de santé relève principalement de la compétence des provinces¹⁸. C'est cependant suite aux programmes de subventions fédéraux, et particulièrement du programme national d'assurance-hospitalisation de 1957, que la plupart des provinces se sont dotées d'un régime d'assurance-hospitalisation¹⁹.

Aujourd'hui, la *Loi canadienne sur la santé*²⁰ régit les éléments conditionnels à l'obtention de l'aide financière du gouvernement fédéral aux provinces, tel que spécifié à l'article 4 :

La présente loi a pour raison d'établir les conditions d'octroi et de versement d'une pleine contribution

15. *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2005, c. 32.

16. Ci-après, [C.S.S.S.].

17. Ci-après, [M.S.S.S.].

18. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3, art. 92 par. 7, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

19. Voir notamment Pierre Bergeron et France Gagnon, «prise en charge», *supra* note 1 (pour en savoir davantage sur l'émergence du système de santé actuel).

20. R.S.C. 1985, c. C-6 (le titre complet de la loi est *Loi concernant les contributions pécuniaires du Canada aux services de santé assurés pris en charge par les régimes provinciaux d'assurance-santé et les montants payables par le Canada pour les programmes de services complémentaires de santé*, ce qui, à notre avis, reflète plus exactement sa portée restreinte).

pécuniaire pour les services de santé assurés et les *services complémentaires de santé* fournis en vertu de la loi d'une province [nos italiques] ²¹.

Ces conditions d'octroi sont définies à l'article 7, soit la gestion publique, l'intégralité, l'universalité, la transférabilité et l'accessibilité. Nous nous attarderons exclusivement à l'universalité et l'accessibilité, desquelles découlent les principes d'égalité et de gratuité qui nous intéressent. L'article 10 de la *Loi canadienne sur la santé* édicte que :

La condition d'universalité suppose qu'au titre du régime provincial d'assurance-santé, cent pour cent des *assurés* de la province ait droit aux services de santé assurés par celui-ci, selon des modalités uniformes [nos italiques]²².

L'article 12, pour sa part, spécifie ce que l'on entend par accessibilité, notamment :

La condition d'accessibilité suppose que le régime provincial d'assurance-santé: a) offre les *services de santé assurés* selon des modalités uniformes et ne fasse pas obstacle, directement ou indirectement, et notamment par facturation aux assurés, à un accès satisfaisant par eux à ces services [nos italiques]²³.

-
21. *Ibid.*, art. 4 (on entend par 'services complémentaires' de santé «les services définis dans les règlements et offerts aux habitants d'une province, à savoir : a)les soins intermédiaires en maison de repos; b)les soins en établissements pour adultes; c)les soins à domicile; d)les soins ambulatoires»).
22. *Ibid.*, art. 10 (on entend par «assuré», un «habitant d'une province, à l'exception : a)des membres des Forces canadiennes; b) des membres de la Gendarmerie Royale du Canada nommés à un grade; c)des personnes purgeant une peine d'emprisonnement dans un pénitencier, au sens de la Partie I de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition; d)des habitants de la province qui s'y trouvent depuis une période de temps inférieure au délai minimal de résidence ou de carence d'au plus trois mois imposé aux habitants par la province pour qu'ils soient admissibles ou aient droit aux services de santé assurés»).
23. *Ibid.*, art. 12 (on entend par «services de santé assurés» les «services hospitaliers, médicaux ou de chirurgie dentaire fournis aux assurés, à

La *Loi canadienne sur la santé* nous apporte un certain éclairage sur les principes et sur les éléments auxquels ils s'appliquent. Cependant, il nous faut définir ce qu'est le régime provincial d'assurance-santé afin de répondre à la question qui nous préoccupe.

Deux lois nous intéresseront plus particulièrement, soit la *Loi sur l'assurance maladie* et la L.S.S.S.S.²⁴ La *Loi sur l'assurance maladie*²⁵ spécifie les services assurés par l'État. On entend par services assurés :

les services, médicaments, prothèses, appareils orthopédiques, aides à la locomotion et à la posture, fournitures médicales ou autres équipements, aides visuelles, aides auditives et aides à la communication visés dans l'article 3 [nos italiques]²⁶.

La lecture de l'article 3 nous permet de constater que les services assurés n'incluent pas l'aide à l'hygiène à domicile²⁷.

On retrouve dans la L.S.S.S.S. les droits des usagers du système de santé et les obligations des établissements envers les bénéficiaires. L'article 5 stipule que :

Toute personne a le *droit* de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois

l'exception des services de santé auxquels une personne a droit ou est admissible en vertu d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale relative aux accidents du travail»).

24. Il est évident que la *Loi sur l'assurance hospitalisation* et ses règlements définissent une part des services de santé assurés par l'État québécois; cependant, une analyse de celle-ci apporterait peu d'éclairage à la question qui nous occupe, les soins à domicile n'en relevant pas. La même conclusion vaut pour la *Loi sur l'assurance médicament*.

25. L.R.Q., c. A-29.

26. *Ibid.*, art. 1a).

27. Il ne nous apparaît pas pertinent ici de reproduire l'article 3, s'agissant d'une liste exhaustive de services.

scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée et sécuritaire [nos italiques] ²⁸.

Il s'agit donc là de l'énonciation claire d'un droit exigible aux services de santé et aux services sociaux. Cet article doit cependant être interprété à la lumière de l'article 13 de la même loi.

Le droit aux services de santé et aux services sociaux et le droit de choisir le professionnel et l'établissement prévus aux articles 5 et 6, s'exercent en tenant compte des *dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement* ainsi que des ressources humaines, matérielles et financières dont il dispose [nos italiques] ²⁹.

Le droit aux services n'est donc pas un droit absolu de recevoir tous les soins requis, quel qu'en soit le coût et quels que soient les services disponibles.

B - La mission C.L.S.C. du C.S.S.S.

La L.S.S.S.S. régit tous les établissements de santé du réseau québécois, qu'ils soient publics ou privés. La réforme mise en place par le ministre Couillard en 2003 par la création des agences de développement de réseaux locaux de services de santé

28. L.S.S.S.S., *supra* note 3, art. 5 (L'article 6 pour sa part confère au bénéficiaire le droit de choisir le professionnel et l'établissement desquels il désire recevoir des services).

29. *Ibid.*, art. 13 ; Patrick A. Molinari, «L'accès aux soins de santé : réflexion et fondements juridiques de l'exclusion» dans *Les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1996 à la p. 47 [Patrick A. Molinari, «L'accès»] (D'aucuns voient dans l'article 13 une restriction importante du droit aux services de l'utilisateur. «À la façon d'une peau de chagrin, le droit aux services de santé rétrécirait dès lors que le débiteur de l'obligation de fournir les soins estimerait ne pas avoir les moyens de les offrir». Les jugements plus récents portant sur l'article 13 n'ont pas remis en cause les interprétations antérieures ayant servi de base à l'analyse de Molinari).

et de services sociaux³⁰, devenues, depuis, des agences de santé et de services sociaux, a donné le ton à une nouvelle organisation dans la prestation des services. Le projet d'intégration des services visait «(l)'accès à des services continus et de qualité, quel que soit le territoire de résidence»³¹ de la personne. Pour se faire, la mise en place d'un réseau local de services de santé et de services sociaux³² a été privilégiée. La mise en place de ce R.L.S. «vise à *responsabiliser* tous les intervenants de ce réseau afin qu'ils assument de façon continue, à la *population du territoire de ce réseau*, l'accès à une large gamme de services de santé et de services sociaux généraux, spécialisés et surspécialisés» [nos italiques] ³³.

Au cœur de ces réseaux locaux, l'instance locale, «laquelle est un établissement multivocationnel qui exploite notamment un centre local de services communautaires, un centre d'hébergement et de soins de longue durée et, le cas échéant, un centre hospitalier de soins généraux et spécialisés»³⁴. C'est cette instance locale qui est responsable de définir le projet clinique et organisationnel³⁵ pour le territoire local³⁶. Elle est également dûment manda-

-
30. *Loi sur les agences de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux*, L.R.Q., c. A-8.1.
31. Québec, Ministère de la Santé et des Services Sociaux, *L'intégration des services de santé et des services sociaux : le projet organisationnel et clinique et les balises associées à la mise en œuvre des réseaux locaux de services de santé et de services sociaux*, Québec, 2004 à la p.1, en ligne : M.S.S.S.
<<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2004/04-009-08.pdf>> [M.S.S.S., *L'intégration des services de santé*].
32. Ci-après [R.L.S.] ; L.S.S.S.S., *supra* note 3, art. 99.2 (réfère à «tout réseau mis en place conformément à un décret du gouvernement pris en application de la Loi sur les agences de développement des réseaux locaux de services de santé et de services sociaux (...)).
33. *Ibid.*, art. 99.3 (on parle donc ici d'une responsabilité «populationnelle» et non plus d'une responsabilité face à la seule clientèle demandant des services).
34. *Ibid.*, art. 99.4 (l'instance locale peut seule faire usage, dans son nom, des mots «centre de santé et de services sociaux»).
35. *Ibid.*, art. 99.4 (on entend par projet clinique et organisationnel l'identification des besoins sociosanitaires et des particularités de la population du territoire local, des objectifs poursuivis dans l'amélioration de la santé et du bien-être de cette population, de *l'offre de services* pour

tée pour exercer la coordination des services³⁷ et en être imputable³⁸. Le C.S.S.S. doit ainsi assurer l'accès aux services dévolus par ses missions propres mais également, à l'ensemble des services nécessaires à sa population, qu'ils soient de première ligne, de deuxième ou de troisième ligne, par le biais d'ententes de services³⁹ avec les autres prestataires de services⁴⁰.

L'article 80 de la L.S.S.S.S. nous dit que :

La mission d'un centre local de services communautaires est d'offrir en première ligne des services de santé et des services sociaux courants et, à la population du territoire qu'il dessert, des services de santé et des services sociaux de nature préventive ou curative, de réadaptation ou de réinsertion.

À cette fin, l'établissement qui exploite un tel centre s'assure que les personnes qui requièrent de tels services pour elles-mêmes ou pour leurs familles soient rejointes, que leurs besoins soient évalués et que les services requis leur soient offerts à l'intérieur de ses installations ou dans

satisfaire les besoins et les particularités susmentionnés et des modes d'organisation et des contributions attendues des différents partenaires) ; Pour la notion de partenaires, voir *infra* note 40 (ici, cette notion s'étend aux intervenants des autres secteurs d'activités ayant un impact sur les services de santé et les services sociaux).

36. La notion de territoire local n'est pas définie. Les directives ministérielles réfèrent toutefois au territoire desservi par le C.L.S.C. mais d'autres découpages sont aussi possibles, selon les régions.

37. L.S.S.S.S., *supra* note 3, art. 79 et ss., 99.4-99.7 (cette coordination de services réfère à l'idée de leur hiérarchisation, à savoir la complémentarité des services de première, deuxième et troisième lignes. La définition de ces notions ne se retrouve pas comme tel dans la L.S.S.S.S., où on parle plutôt de la mission des établissements offrant des services généraux, spécialisés et surspécialisés).

38. *Ibid.*, art. 182.1-182.8.

39. *Ibid.*, art. 99.7(2).

40. *Ibid.* (les autres prestataires ou partenaires sont «notamment, les établissements offrant des services spécialisés et surspécialisés, les médecins du territoire, les organismes communautaires, les entreprises d'économie sociale et les ressources privées») ; M.S.S.S., *L'intégration des services de santé*, *supra* note 31 aux pp.7-11 (selon les directives ministérielles, les résidences pour personnes âgées en perte d'autonomie sont incluses dans les ressources privées).

leur milieu de vie, à l'école, au travail ou à domicile ou, si nécessaire, s'assure qu'elles soient dirigées vers les centres, les organismes ou les personnes les plus aptes à leur venir en aide.

La mission d'un tel centre est également de réaliser des activités de santé publique sur son territoire, conformément aux dispositions prévues dans la Loi sur la santé publique (chapitre S-2.2)» [nos italiques]⁴¹.

Comme tout établissement, l'établissement responsable de la mission d'un C.L.S.C. doit déterminer les services de santé et les services sociaux qu'il dispense, en tenant compte de cette mission et des ressources disponibles⁴². Il peut édicter des règlements⁴³ et doit notamment le faire dans les cas prévus à l'article 6 paragraphes 2 et 14 du Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements⁴⁴.

41. L.S.S.S.S., *supra* note 3, art 80 (il est à noter que la L.S.S.S.S. ne comprend pas de section consacrée aux définitions. L'étendue des termes «services de santé» et «services sociaux» peut cependant être induite de l'article 1 de ladite loi qui cerne les objectifs de celle-ci, notamment : maintenir et améliorer la capacité physique, psychique et sociale des personnes d'agir dans leur milieu et d'accomplir leurs rôles; favoriser l'adaptation ou la réadaptation des personnes, leur intégration ou leur réintégration sociale; diminuer l'impact des problèmes qui compromettent l'équilibre, l'épanouissement et l'autonomie des personnes. On peut également se demander ce que l'on entend par «domicile». S'agit-il ici de l'endroit où demeure l'usager, sans distinction? D'une résidence temporaire ou permanente? Peut-on y inclure la résidence pour personnes âgées? Doit-on ici appliquer la notion de domicile du Code civil du Québec? Rien n'est moins sûr puisque l'article 75 ne s'applique que dans l'exercice des droits civils. Or, le droit aux services de santé est un droit social qui n'a pas la même portée qu'un droit civil) ; Voir Andrée Lajoie, «L'émergence d'un droit social : le droit aux services» dans *Pour une approche critique du droit de la santé*, Mtl., Les Presses de l'Université de Montréal, 1987 à la p. 21 [Andrée Lajoie, «L'émergence»](La Politique de soutien à domicile du M.S.S.S. spécifie plus clairement ce que sont ces services, de même que la notion de domicile; nous y reviendrons).

42. L.S.S.S.S., *supra* note 3, art. 105.

43. *Ibid.*, art. 106.

44. *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, c. S-5, r.3.01 art. 6(2), (14) (le conseil d'administration de l'établissement doit réglementer les points suivants soit, selon le paragraphe 2, les orientations et les activités de l'établissement; selon le paragraphe 14, pour la

C - Les résidences pour personnes âgées

Il convient de définir ce qu'est une résidence pour personnes âgées⁴⁵. La L.S.S.S.S. définit cette notion ainsi :

Une résidence pour personnes âgées est un immeuble d'habitation collective où sont offerts, contre le paiement d'un loyer, des chambres ou des logements destinés à des personnes âgées et une gamme plus ou moins étendue de services, *principalement* reliés à la sécurité et à *l'aide à la vie domestique ou à la vie sociale*, à l'exception d'une installation maintenue par un établissement et d'un immeuble ou d'un local d'habitation où sont offerts les services d'une ressource intermédiaire ou d'une ressource de type familial⁴⁶.

mission C.L.S.C., la détermination des critères d'accès aux services par des groupes de personnes).

45. Ces résidences excluent un établissement au sens de la L.S.S.S.S., tel que nous l'exposerons un peu plus loin.

46. L.S.S.S.S., *supra* note 3, art. 5 (ceci constitue la reconnaissance de l'existence de telles ressources. Il s'agit cependant d'une définition large pouvant inclure un nombre important d'installations) ; Québec, Ministère de la Santé et des Services Sociaux, *Chez-soi : le premier choix. Précisions pour faciliter l'implantation de la Politique de soutien à domicile*, Québec, 2004 à la p. 6 [Ministère de la santé et des services sociaux, *Chez soi*] (cependant, le Ministère spécifie que «(l)es catégories de résidences pour personnes âgées visées par cet article de loi sont les suivantes : les résidences privées à but lucratif, les résidences privées à but non lucratif, les coopératives d'habitation avec services, les habitations à loyer modique avec services et les communautés religieuses». Il faut noter par ailleurs que la loi ne définit nullement ce qu'on entend par «personnes âgées») ; CSSS-IUGS, *Le projet clinique du RLS de Sherbrooke, volet PALV 2006-2009 : Fiche-synthèse (section 5)*, 2006 à la p. 2 (s'agit-il d'un état fondé exclusivement sur l'âge ou peut-on penser que le niveau d'autonomie de la personne doit être considéré? Par exemple, l'offre de services du RLS volet PALV de Sherbrooke définit sa clientèle cible, en accord avec les orientations régionales, comme étant les «(p)ersonnes qui sont en perte d'autonomie principalement due à l'avancement en âge, et ce, peu importe la cause : perte d'autonomie fonctionnelle, problèmes cognitifs ou maladies chroniques. Inclut les personnes de moins de 65 ans qui ont les mêmes besoins que celles de 65 ans et plus aux prises avec le même problème»).

Les services offerts par ce type de résidence ne seraient donc pas exclusivement de nature domestique ou sociale et pourraient inclure, des services d'aide à la vie quotidienne, notamment l'aide à l'hygiène⁴⁷. L'Agence de la santé et des services sociaux⁴⁸ de la région, en vertu des articles 346.0.1 et suivants, est tenu de constituer et de maintenir à jour un registre de ces installations et d'émettre les certificats de conformité demandés par l'exploitant de ces ressources.

En effet, tout exploitant d'une résidence privée pour personnes âgées doit être titulaire d'un tel certificat qui atteste que ladite résidence remplit les conditions exigées⁴⁹. Ces exigences varieront selon que la résidence privée offre ou non des services d'assistance personnelle. Le défaut de se conformer à cette obligation constitue une infraction pénale susceptible d'encourir des amendes⁵⁰.

47. Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux Estrie, *Programme-services Perte d'autonomie liée au vieillissement (PALV) : contexte, état de situation régional, orientations régionales, plan régional de mise en œuvre, Estrie 2005-2010*, 2005 à la p. 56 [Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux Estrie, *Programme-services*] (en ce sens, l'Agence de la santé et des services sociaux de l'Estrie spécifie que «(l)la nouvelle version du registre des résidences pour personnes âgées 2005-2006 (...) inclura l'identification de cinq types de services disponibles pour la clientèle : services de repas, soins d'assistance personne, aide à l'alimentation, soins infirmiers et services de loisirs»).

48. Ci-après, [l'Agence].

49. L.S.S.S.S., *supra* note 3, art. 346.0.3-346.0.4 (ces conditions sont de se conformer aux critères sociosanitaires déterminés par règlement et de satisfaire aux exigences identifiées par règlement. Il convient de souligner que ce certificat ne constitue pas une délivrance de permis d'exploitation au sens de l'article 437 et que donc, les résidences pour personnes âgées ne peuvent être assimilées à un centre au sens de la loi. Ce faisant, elles ne peuvent être considérées comme débitrices des obligations découlant des articles 5 et 6. Elles demeurent régies en grande partie, comme nous le verrons plus loin, par le Code civil du Québec).

50. *Ibid.*, art. 531.1. L'entrée en vigueur de cette disposition est prévue le 1^{er} février 2009 (bien que les agences réclament depuis longtemps de meilleurs outils de contrôle, on ignore encore comment celles-ci rendront ces nouveaux outils véritablement efficaces); *Ibid.*, art. 346.0.3 al. 2 (il convient néanmoins de souligner un incitatif pour les exploitants de tel-

L'article 83 définit pour sa part la mission d'un C.H.S.L.D., soit :

d'offrir de façon temporaire ou permanente un milieu de vie substitut, des services d'hébergement, d'*assistance*, de *soutien* et de *surveillance* ainsi que des services de réadaptation, psychosociaux, infirmiers, pharmaceutiques et médicaux aux adultes qui, en raison de leur perte d'autonomie fonctionnelle ou psychosociale, ne peuvent plus demeurer dans leur milieu de vie naturel, malgré le support de leur entourage [nos italiques]⁵¹.

Or, l'article 437 fait part d'une interdiction formelle d'exercer ces activités pour quiconque ne détient pas un permis délivré par le ministre. Cette interdiction est assortie de mesures de contrôle exercées par le ministre et l'Agence concernée⁵². Une résidence pour personnes âgées n'exercerait donc pas les activités propres à un C.H.S.L.D.⁵³.

La notion de résidence privée a fait l'objet de recherches dans le domaine de la santé⁵⁴. Selon Charpentier, «les résidences

les résidences à se conformer à la certification. En effet, «(u)n établissement public, doit, avant de proposer à un usager une résidence pour personnes âgées, s'assurer que l'exploitant de cette résidence est titulaire d'un tel certificat»).

51. *Ibid.*, art. 83.

52. Voir généralement *Ibid.*, art. 452 (concernant la relocalisation des personnes hébergées) ; *Ibid.*, art.489 (concernant l'inspection) ; Charpentier, *Priver ou privatiser, supra* note 9 aux pp. 69-71 (il s'agit somme toute de pouvoirs limités et peu utilisés).

53. L.S.S.S.S., *supra* note 3, art. 454 (il apparaît cependant à l'article 454 de la L.S.S.S.S. qu'une résidence privée d'hébergement, notion qui n'est pas comme telle définie, pourrait obtenir des allocations financières pour offrir des services à des personnes en perte d'autonomie. Nous y reviendrons).

54. Voir généralement François Aubry, «Les résidences privées à but lucratif pour personnes âgées: un portrait sectoriel» dans Yves Vaillancourt et Michèle Charpentier, dir. *Cahiers du LAREPPS*, no 05-08, UQAM, 2005 ; Yves Vaillancourt et Michèle Charpentier dir., *Les passerelles entre l'État, le marché et l'économie sociale dans les services de logement social et d'hébergement pour les personnes âgées*, LAREPPS, UQAM, 2005 (pour une analyse de la contribution des secteurs public (l'État), privé (le mar-

pour personnes âgées sont des entreprises privées, généralement à but lucratif, qui appartiennent au secteur marchand de l'hébergement⁵⁵. Or, «les rapports entre les propriétaires et les résidents sont régis par les dispositions générales du Code civil en matière de contrat, de louage de choses, plus spécifiquement de bail d'un logement⁵⁶. Les règles usuelles en matière de bail de location s'appliquent aux résidences privées. La Régie du logement peut donc intervenir en cas de litige⁵⁷. Si, en raison de l'âge ou du handicap du locataire, des services additionnels sont offerts, une

ché) et social (les entreprises d'économie sociale) en matière de logement social et d'hébergement des personnes âgées).

55. Michèle Charpentier, «Le droit et les rapports de dépendance vécus par les aînés : le cas des résidences privées pour personnes âgées», Rapport final Commission du droit du Canada, 1999 à la p. 22 ; Charpentier, *Priver ou privatiser*, supra note 9 à la p. 31 (une définition ultérieure de la même auteure détaille davantage la notion de résidence privée en émettant qu'il s'agit d'«une ressource d'habitation collective de type chambre et pension (...), accueillant au moins deux personnes âgées, appartenant à une personne morale ou physique et qui offre une gamme plus ou moins étendue de services (...)» ; *Ibid* (la structure d'habitation pour aînés ne suffisant pas pour être considérée résidence pour personnes âgées, la ressource, pour être qualifiée de telle, doit donc offrir des services d'hébergement de base tels gîte, couvert, surveillance et ne pas être rattachée au réseau public, c'est-à-dire agréée. L'agrément des ressources privées est possible en vertu des articles 454 à 462 de la L.S.S.S.S.)
56. Charpentier, *Priver ou privatiser*, *Ibid.* à la p. 23 (On fait référence ici plus particulièrement aux articles 1892 à 1978).
57. L.S.S.S.S., supra note 3, art. 60 (4.1) (il est important ici de souligner que les nouvelles dispositions de la L.S.S.S.S. permettent dorénavant au résident d'une résidence privée pour personnes âgées de déposer une plainte auprès de l'agence de son territoire de résidence relativement à des «services qu'elle a reçus ou aurait dû recevoir». Cette plainte sera transmise au Commissaire régional à la qualité des services) ; Jean-Pierre Ménard, «Après le projet de loi 83 : enjeux cachés et droits nouveaux pour les usagers du système de santé» dans *Après le projet de Loi 83: Un nouveau réseau de la santé*, Collection Développements récents 260, Service de formation continue du Barreau du Québec, 2006 à la p. 26 (Cependant, «dès lors qu'une plainte du résident découle de l'application du bail, le commissaire local est sans juridiction, puisque la Régie du logement a compétence exclusive. (...) Le commissaire local trouve sa juridiction dans les obligations de l'exploitant que conditionnent (sic) sa certification»).

annexe doit être ajoutée au bail⁵⁸. Cette annexe comprend une description détaillée de l'aménagement du logement et une liste de services pouvant être dispensés, inclus dans le prix du loyer ou avec supplément (montant mensuel fixe ou prix à la carte).

Dans la région de l'Estrie⁵⁹, les services offerts, de même que les coûts sont variables. Cependant, il appert que 80% des résidences certifiées ont déclaré offrir les soins d'assistance personnelle (notamment, l'aide à l'hygiène)⁶⁰. Une revue non-exhaustive des contrats-types proposés par ces résidences⁶¹ nous

58. Voir *Règlement sur les formulaires de bail obligatoires et sur les mentions de l'avis au nouveau locataire*, D.907-96, 1996, 128 G.O.Q. II. 4855 (les obligations de l'exploitant en termes de services d'assistance personnelle incorporés au bail pourraient ainsi relever de la compétence de la Régie du logement et non pas du Commissaire régional).

59. Charpentier, *Priver ou privatiser*, *supra* note 9 à la p.89 (nous nous attardons spécifiquement à la région de l'Estrie pour deux raisons. Tout d'abord, «(l)l'Estrie, notamment par sa réalité biculturelle, est considérée comme une région représentative du Québec. À preuve, on y effectue souvent des études de marché avant d'étendre un produit à l'échelle de la province ou du pays (...). Plusieurs indices tendent à démontrer que la situation des résidences privées en Estrie ne diffère pas de celle des autres régions : la répartition du nombre de lits d'hébergement dans le réseau sociosanitaire y est similaire, le cadre législatif et les politiques ministérielles régissant les résidences privées s'appliquent à l'ensemble du Québec». La pratique clinique en tant qu'ergothérapeute de l'auteure s'y est déroulée sur une période de plus de dix ans, ce qui en fait un milieu à la réalité bien connue).

60. Agence de la santé et des services sociaux de l'Estrie, *supra* note 13 ; Bravo, «Résidences sans permis», *supra* note 13 (l'étude de Bravo et coll. nous démontrait d'ailleurs que 73% des résidences offraient des services d'aide à l'hygiène et que 17% des résidents pouvaient être qualifiés de «personnes en lourde perte d'autonomie»). C.S.S.S.-I.U.G.S., *Le projet clinique du RLS de Sherbrooke volet PALV 2006-2009 : faits saillants (section 6)*, 2006 à la p. 5 (pour la M.R.C. de Sherbrooke, «près de 3 700 personnes vivent dans une résidence privée dont près de 600 dans une communauté religieuse*; 38% ont 85 ans et plus*; près de 50% des résidents de ces milieux ont des incapacités modérées à sévères»).

61. Cette revue est basée sur la pratique clinique de l'auteure en tant qu'intervenant responsable des plans d'intervention et des plans de services individualisés et membre de l'équipe d'accueil-évaluation-information-orientation-référence (AEIOR) de la mission C.L.S.C. du

a vite permis de conclure que la plupart de ces services sont habituellement fournis moyennant une contribution supplémentaire. Cette courte description du contexte légal et réglementaire de la question qui nous occupe nous permet maintenant de répondre à notre première interrogation : l'aide à l'hygiène fait-elle partie des services auxquels s'appliquent les principes d'égalité et de gratuité?

II - La problématique : l'aide à l'hygiène

A - L'aide à l'hygiène, partie prenante des soins auxquels s'appliquent les principes d'égalité et de gratuité?

Pour répondre à cette question, il convient tout d'abord de se rapporter aux textes législatifs de la première partie. La *Loi canadienne sur la santé* est claire : les services de santé assurés et donc gratuits sont les services hospitaliers, médicaux ou de chirurgie dentaire. Les soins à domicile, y compris l'aide à l'hygiène, font partie des services complémentaires de santé. Or, ceux-ci n'ont pas à être assurés pour répondre aux conditions d'octroi des paiements de transferts. Ceci n'exclut cependant pas qu'ils puissent tout de même être «assurés» par le régime d'assurance santé de la province visée.

Or, au Québec, les lois actuelles, soit la *Loi sur l'assurance maladie*, la *Loi sur l'assurance hospitalisation* et la *Loi sur l'assurance médicament*, définissent les services «assurés». La L.S.S.S.S., pour sa part, énonce un droit aux services de santé et aux services sociaux exigible⁶². Il ne faut cependant pas confondre

CSSS-IUGS, de même que sur son implication dans le Comité Mécanisme d'accès à l'hébergement de la M.R.C. de Sherbrooke.

62. Voir Andrée Lajoie, «L'émergence», *supra* note 41 ; Dominique Sprumont, «Le droit d'accès aux services de santé en droit québécois» (1998) 6 *Health L. J.* à la p. 203 [Dominique Sprumont, «Le droit d'accès»]; Patrick A. Molinari, «L'accès», *supra* note 29 (il est intéressant de noter que la *Loi canadienne sur la santé* ne fait nullement d'une telle exigibilité une condition d'octroi de subvention; le Québec est allé beaucoup plus loin que ce qui était nécessaire à l'obtention des paiements de transferts. Ce "débordement" semble en lien, pour certains auteurs, avec la survalorisa-

ce droit avec le droit à la gratuité. Les services exigibles ne sont donc pas nécessairement gratuits. Le jugement *R. Dagenais c. C.L.S.C. Kateri* vient d'ailleurs corroborer cette analyse⁶³.

La *Loi sur les services de santé et les services sociaux* confère aux bénéficiaires certains droits et avantages comme des services de santé exigibles des C.L.S.C. s'ils sont mentionnés au plan d'organisation du C.L.S.C. et dans la mesure des ressources disponibles. Aucune disposition ne permet cependant de prétendre à la gratuité des services. D'autre part, la loi ne prévoit pas qu'un C.L.S.C. ne puisse exiger des bénéficiaires des frais pour certains services qu'il offre. Les règlements adoptés en vertu de la loi ne contiennent pas non plus de normes concernant la gratuité ou non des services offerts par un C.L.S.C.⁶⁴

En effet,

(...) la gratuité des services de santé garantie par les programmes fédéraux et québécois d'assurance santé n'implique pas nécessairement un droit (exigible) d'accès à ces services, l'inverse n'étant pas non plus vrai. Le droit d'accès aux services de santé n'a effectivement pas été admis comme fondement éventuel d'un droit à la gratuité de ces services.⁶⁵

Il apparaît donc que rien dans la législation actuelle n'assure la gratuité des services de soins à domicile⁶⁶. Par contre, il nous semble que la notion d'égalité soit protégée par la loi qué-

tion de l'État propre au Québec des années soixante et soixante-dix. Il convient ici de rappeler que le droit aux services est soumis aux limites édictées par l'article 13 de la L.S.S.S. et n'est donc pas absolu).

63. *R. Dagenais c. C.L.S.C. Kateri* [1992] R.L. 395 (C.A. Qué.).

64. *Ibid.* à la p. 397.

65. Dominique Sprumont, «Le droit d'accès», *supra* note 62 à la p. 203.

66. L.S.S.S., *supra* note 3, art. 99.3 (la notion de responsabilité populationnelle se limite d'ailleurs à assurer «l'accès à une large gamme de services de santé et de services sociaux généraux» [nos italiques]).

bécoise. En effet, l'article 5 de la L.S.S.S.S. édicte clairement que *toute personne* a droit de recevoir des services de santé⁶⁷.

Que la gratuité ne soit pas « assurée » pour les services de soins à domicile ne veut pas dire pour autant que les gens déboursent pour les recevoir. Au contraire, la politique du M.S.S.S.⁶⁸ établit que les services à domicile sont fournis gratuitement aux personnes les nécessitant⁶⁹. Cependant, d'un côté, cette politique n'a pas force de loi ou de règlement, comme nous le rappelle le jugement cité précédemment et de l'autre, les précisions apportées dans un document ultérieur limitent l'étendue de cette gratuité⁷⁰.

Il semblerait donc que le principe de gratuité ne serait pas protégé en ce qui a trait aux services à domicile. Un questionnement demeure face à la protection du principe d'égalité d'accès, compte tenu de la limite imposée par l'article 13. Il convient cependant de poursuivre notre réflexion en nous demandant si les C.S.S.S., en vertu de leur responsabilité populationnelle, doivent

67. Cette notion d'égalité a une portée limitée puisqu'elle doit être interprétée avec la réserve de l'article 13. Nous reviendrons un peu plus loin sur l'applicabilité des Chartes en regard de l'égalité d'accès aux soins de santé.

68. Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Pour faire les bons choix. Chez-soi : le premier choix. Politique de soutien à domicile*, Québec, 2002 [Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Pour faire les bons choix*].

69. *Ibid.* à la p. 17 (on distingue les services *professionnels*, qui sont offerts gratuitement pour tous, des services *d'aide domestique et d'assistance personnelle* qui sont offerts sans frais aux personnes souffrant d'incapacité temporaire, d'incapacité significative et persistante ou en phase palliative) ; Ministère de la santé et des services sociaux, «Chez soi», supra note 46 aux pp. 11-12 (pour une définition des notions d'incapacité temporaire et d'incapacité significative et persistante).

70. Ministère de la santé et des services sociaux, «Chez soi», *Ibid.* à la p. 11 («Le principe de gratuité, sur lequel s'appuie la *Politique de soutien à domicile*, notamment en ce qui concerne les services d'aide à la vie domestique et d'assistance personnelle pour les personnes qui en ont besoin en raison de leur état de santé ou de leur condition, se heurte d'une part aux ressources limitées et d'autre part à la diversité des modalités de prestation de services ou des programmes» [notre soulignement]).

ou non offrir ces services en résidence pour personnes âgées, et si tel était le cas, sous quelles modalités.

B - *Les C.S.S.S. ont-ils l'obligation d'offrir les services d'aide à l'hygiène en résidence pour personnes âgées?*

Nous avons déjà attiré l'attention sur la disparité des services offerts par les C.S.S.S. au sein de la région de l'Estrie. Certains C.S.S.S. offrent le service d'aide à l'hygiène à la personne vivant en résidence privée au même titre que toute personne vivant à domicile, par le biais de son personnel ou par achat de services. Cependant, certains le font s'il s'agit d'une clientèle en très grande perte d'autonomie⁷¹ seulement. D'autres l'offrent par achat de services uniquement, soit avec une entreprise d'économie sociale, soit avec la résidence pour personnes âgées. Pour d'autres, dès que le service est fourni par la résidence, la personne ne peut avoir accès aux services de l'établissement.

La politique du M.S.S.S. spécifie clairement que le domicile est «(l) *le lieu où loge une personne, de façon temporaire ou permanente. Toute personne qui habite dans une maison individuelle, un logement, une résidence collective ou une résidence dite «privée»* est admissible au soutien à domicile» [notre soulignement] ⁷². Cependant, «(l) *évaluation des besoins et le plan d'intervention ou le plan de services individualisé tiendront compte des services*

71. Voir notamment R. Hébert et al., «Le système de mesure de l'autonomie fonctionnelle (SMAF)» dans R. Hébert et K. Kouri, dir., *Les échanges cliniques et scientifiques sur le vieillissement. Actes du Congrès scientifique Autonomie et vieillissement*, Institut Universitaire de Gériatrie de Sherbrooke, 1999, 86 (le niveau de perte d'autonomie est habituellement déterminé par une évaluation clinique fondée sur l'utilisation du SMAF).

72. Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Pour faire les bons choix*, supra note 68 à la p. 16 ; *Ibid.* à la p. 5 (de plus, «(l) *a définition du domicile doit contribuer à harmoniser les pratiques pour faire en sorte que toutes les personnes soient traitées de façon équitable, peu importe leur domicile ou leur lieu de résidence*»); *Ibid.* à la p. 6 (et aussi que, «le ministère considère que ce type de résidences (résidence privée) constitue le domicile des personnes qui y résident et qu'à ce titre, celles-ci ont droit à des services de santé et à des services sociaux adéquats offerts de façon continue et personnalisée»).

fournis par ces résidences»⁷³. Il semble donc que la directive administrative du Ministère cautionne les établissements qui n'offrent pas de services dans les résidences où l'aide à l'hygiène fait partie du panier de services ou encore, qui ne l'offrent que par le biais d'achat de services⁷⁴. Il n'est pas clair si le plan de services individualisés doit tenir compte ou non d'éventuels frais supplémentaires pour l'utilisateur qui a recours aux services de la résidence⁷⁵. Or, comme nous l'avons déjà noté, la plupart des résidences offrent des services d'aide à l'hygiène moyennant des frais supplémentaires.

L'aide à l'hygiène offerte dans le cadre de la mission C.L.S.C. est habituellement dispensée par des auxiliaires familiales et sociales⁷⁶ ou des travailleurs gré-à-gré⁷⁷. Ce service, bien

73. *Ibid.* à la p. 16 ; Québec, Ministère de la Santé et des Services Sociaux, *Cadre de référence sur les services à domicile de première ligne*, Québec, 1995 (notons qu'auparavant, les résidences privées étaient «considérées comme des domiciles seulement pour les services non couverts dans les baux ou contrats convenus entre les promoteurs ou les propriétaires et les locataires». Il nous apparaît que, dans les faits, la situation soit demeurée la même!).

74. D'ailleurs, la responsabilité de l'instance locale demeure celle d'assurer l'organisation et la coordination des services qui répondent aux besoins de sa population, responsabilité dont elle s'acquitte, notamment, en concluant des ententes de services avec ses partenaires, rappelons-le.

75. Ministère de la santé et des services sociaux, *Chez soi*, *supra* note 46 à la p. 6 (sur ce point d'ailleurs, les précisions du Ministère ne sont pas d'une limpidité absolue. On nous dit que «l'instance locale est responsable d'évaluer les besoins des personnes vivant en résidences privées et de s'assurer qu'elles reçoivent les services adaptés à leur état de santé ou à leur condition. Lorsque des services additionnels, à ceux *offerts par la résidence privée contre paiement*, sont requis, l'instance locale *doit offrir les services selon les modalités convenues* avec les personnes comme pour l'ensemble de la clientèle ayant besoin de services de soutien à domicile» [nos italiques]. S'agit-il ici pour l'instance locale d'offrir les services qui ne peuvent l'être par la résidence ou d'offrir les services pour lesquels la personne serait tenue de déboursier si elle faisait affaire avec la résidence?).

76. Il s'agit d'employés détenant une formation de niveau post-secondaire d'une durée de 6 à 12 mois. Aucun ordre professionnel ne les régit. À noter que dans certains C.L.S.C., des infirmières auxiliaires dispensent les soins d'hygiène; il s'agit cependant d'une pratique peu courante.

que «non-assuré», est pourtant offert gratuitement à la population qui en a besoin et qui habite toujours dans son domicile privé. Or, restreindre l'accès à ce service à une partie de la population sous prétexte que celui-ci fait partie d'un contrat pour lequel elle doit déboursier, n'est-ce pas là une atteinte au principe d'égalité découlant de l'article 57⁸? On rétorquera alors que la limite de l'article 13 permettrait, sous réserve du plan d'organisation et de fonctionnement de l'établissement tel qu'adopté par son conseil d'administration en vertu des articles 105 et 106 de la L.S.S.S.S. et de l'article 6 du Règlement sur l'organisation et l'administration

-
77. Ministère de la santé et des services sociaux, *Chez soi*, *supra* note 46 à la p. 28 (payé par le C.L.S.C. par le biais du Programme d'allocation directe/Chèque Emploi-Service (CES). Ce programme s'adresse à la clientèle suivante : personnes âgées en perte d'autonomie et personnes handicapées, dont notamment, l'état est stable, les besoins sont à long terme, la situation ne nécessite pas une expertise particulière et qui *choisissent* de façon libre et éclairée cette option. La pratique de certains établissements de n'offrir l'aide à l'hygiène à la clientèle vivant en résidence pour personnes âgées que selon la seule modalité d'achat de services contreviendrait donc à cette directive).
78. Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux Estrie, *Programme-services*, *supra* note 47 à la p. 16 (sans compter que l'article 83 décrivant la mission de C.H.S.L.D. fait une distinction entre milieu de vie substitut, soit le centre offrant une mission de C.H.S.L.D. et milieu de vie naturel. Or, la résidence pour personnes âgées, n'étant pas un C.H.S.L.D., n'est-elle pas un milieu de vie naturel? Comment déterminer alors en quoi ce milieu de vie naturel est moins un domicile qu'un autre milieu de vie naturel? L'Agence de l'Estrie émet d'ailleurs comme l'un de ses principes directeurs que «(l) milieu naturel est reconnu comme milieu de vie privilégié. Lorsque des services d'aide sont requis, on doit privilégier le recours à des ressources légères qui favorisent le maintien de la personne en perte d'autonomie liée au vieillissement dans son milieu de vie», sans cependant définir ce qu'elle entend par milieu de vie naturel) ; Régie Régionale de la Santé et des Services Sociaux de l'Estrie, *Cadre de référence concernant les personnes âgées en perte d'autonomie demeurant dans des ressources d'habitation privées*, Document de travail soumis à la consultation, Sherbrooke, 1999 (la question demeure troublante puisque, dans un document antérieur, la Régie Régionale de l'Estrie définissait le milieu de vie naturel comme un concept faisant «référence au fait de vivre au sein d'une communauté à laquelle la personne s'identifie et y obtient une possibilité d'exercer des rôles sociaux. Les résidences privées sont *incluses* dans la définition de milieu de vie naturel» [nos italiques]).

des établissements, d'édicter une telle distinction dans l'accessibilité des services.

On pourrait cependant se questionner sur la constitutionnalité d'une telle mesure. Ne s'agirait-il pas d'une atteinte directe à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷⁹ qui stipule :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques⁸⁰.

Il s'agit d'une liste qui n'est pas exhaustive et donc, le lieu de résidence comme critère d'exclusion d'accès à un service offert habituellement par le C.L.S.C. serait source de discrimination contrevenant à la *Charte canadienne*⁸¹, pour autant qu'il rencontre l'examen du motif «analogue»⁸². «La portée de la protection contre

79. *Law c. Canada* (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration) [1999] 1 R.C.S. 497 [*Law*] (la Cour suprême du Canada rappelle, notamment dans cet arrêt, la nécessité de fonder la constatation d'une discrimination en vertu de cette disposition sur trois éléments essentiels. Le premier étant de démontrer que la mesure contestée entraîne une différence de traitement par rapport à d'autres personnes. Nous explicitons plus loin les deux autres éléments qui doivent nécessairement être rencontrés).

80. *Charte Canadienne des droits et libertés*, art. 15(1), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c.11 [*Charte canadienne*].

81. *Ibid.*, art. 32 (1)b) (rappelons ici que la *Charte canadienne* s'applique «à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature». Il faudrait donc démontrer le fait direct du gouvernement provincial dans cette discrimination) ; Voir Patrick A. Molinari, «L'accès», *supra* note 29 à la p. 56.

82. *Corbiere c. Canada* (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) [1999] 2 R.C.S. 5 203 [*Corbiere*] (un motif de distinction doit en effet rencontrer certains critères pour démontrer l'analogie avec un motif énuméré) ; Daniel Proulx, «Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law* : un pas en avant ou un pas en ar-

la discrimination de l'article 15 ne s'étend [donc] pas à toutes les distinctions arbitraires de l'État, mais uniquement à celles qui prennent appui ou ont un effet sur les motifs énumérés dans cette disposition ou analogues à ceux-ci»⁸³. Peut-on considérer le lieu de résidence d'un individu comme étant un motif de distinction analogue, en l'espèce? La démonstration nous apparaît difficile...

Par ailleurs, la mesure gouvernementale doit «être réellement discriminatoire en ce qu'elle entre en conflit avec l'objet fondamental du paragraphe 15(1), c'est-à-dire la protection de la dignité humaine»⁸⁴. Ainsi, l'arrêt *Law*⁸⁵ fait état de quatre facteurs qui constituent les piliers du test de l'atteinte à la dignité. Ils sont : 1) La préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d'une situation de vulnérabilité subie par le demandeur⁸⁶; 2) La correspondance entre l'allégation de discrimination et la situation propre du demandeur⁸⁷; 3) L'objet ou l'effet améliorateur de la mesure contestée à l'égard d'autres groupes défavorisés

rière?» (2001) 61 R.D.B. aux pp. 221-222 [Daniel Proulx, «Les droits à l'égalité»] (l'arrêt *Corbiere* a retenu deux critères-clé essentiels, «soit la nature «fondamentale» d'une caractéristique donnée pour une personne, c'est-à-dire l'importance de cette caractéristique pour l'identité personnelle, d'une part, et, d'autre part, le caractère «immuable dans les faits» (comme la race) ou «considéré immuable» d'une caractéristique parce qu'elle est hors du contrôle d'un individu ou parce que cela ne peut être changé qu'à un prix personnel inacceptable (comme la religion)) ; *Corbiere, ibid.* au para. 13 (Il s'agit donc de caractéristiques qu'il nous est impossible de changer ou encore, qu'il ne serait pas légitime que le gouvernement s'attende à ce que nous changions pour accéder à une égalité de traitement).

83. Daniel Proulx, «Les droits à l'égalité», *Ibid.* aux pp. 221-222.

84. David Robitaille, «Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve? Bonne chance!» (2002) 62 R. du B. 319 [David Robitaille, «Vous êtes victime»].

85. *Law, supra* note 79.

86. *Ibid.* au para. 64 (il ne s'agit cependant pas d'une preuve indispensable à la reconnaissance d'une violation de la dignité).

87. David Robitaille, «Vous êtes victime», *supra* note 84 n.30 (ce critère sert à vérifier si la mesure contestée tient compte de la situation propre du demandeur. Ainsi, «(u)ne loi qui n'a pas pour objet ou effet d'accommoder un groupe d'individus peut en revanche correspondre à sa situation réelle dans la mesure où, d'un point de vue égalitaire, il n'a pas besoin de l'avantage duquel il est exclu» [nos italiques]).

dans la société⁸⁸; 4) La nature et l'étendue du droit ou de l'intérêt touché par la mesure contestée⁸⁹.

Ce n'est donc qu'en franchissant chacune de ces étapes qu'une personne qui se croit lésée dans l'accès à un service habituellement offert par le C.L.S.C. pourrait obtenir reconnaissance d'une discrimination basée sur son lieu de domicile en vertu de l'article 15; il y a donc loin de la coupe aux lèvres⁹⁰...

-
88. *Ibid.* à la p.328 (ce critère sert à vérifier si la mesure contestée cherche à améliorer la situation d'un autre groupe défavorisé. Robitaille rappelle cependant que «les dispositions législatives qui visent une amélioration pour la population en général mais qui excluent des demandeurs historiquement défavorisés seront presque toujours taxées de discriminatoires», ce qui ne nous semble pas être le cas en l'espèce, les personnes âgées habitant en résidence privée pouvant difficilement être considérées comme faisant partie d'un groupe historiquement défavorisé).
89. Law, *supra* note 79 au para. 74 ; David Robitaille, «Vous êtes victime», *supra* note 84 à la p. 328 (Ce critère sert à évaluer l'importance économique, sociale et constitutionnelle du droit ou de l'intérêt auquel la mesure contestée porte atteinte et à vérifier si cette mesure entraîne l'exclusion d'une institution sociale fondamentale ou compromet la pleine appartenance à la société. Ainsi, la probabilité que la distinction soit discriminatoire au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne* est proportionnelle à la gravité et à la délimitation de la conséquence pour le groupe touché).
90. Patrick A. Molinari, «L'accès», *supra* note 29 à la p. 56 (Cet auteur souligne qu'il n'est pas évident que la *Charte canadienne* trouve application. Il cite à ce sujet l'arrêt *Stoffman c. Vancouver General Hospital* [1990] 3 R.C.S. 483 où on a conclu au non assujettissement des hôpitaux à la *Charte canadienne*. L'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique* nuance toutefois cette affirmation. En effet, une entité privée, en l'espèce un hôpital, serait assujettie à la *Charte canadienne* au même titre que le gouvernement lui-même s'il était prouvé qu'elle agissait en vertu de la mise en oeuvre d'une politique ou d'un programme gouvernemental déterminé. «Dans de telles circonstances, même si c'est un acteur privé qui exécute effectivement le programme, le gouvernement en conserve néanmoins la responsabilité. La justification de ce principe est facile à discerner. Tout comme il est interdit aux gouvernements de se soustraire à l'examen fondé sur la Charte en concluant des contrats commerciaux ou d'autres accords «privés», ils ne devraient pas être autorisés à échapper à leurs obligations constitutionnelles en déléguant la mise en oeuvre de leurs politiques et programmes à des entités privées.» *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 1997 3 R.C.S. 624.).

Par ailleurs, on ne peut ici, selon nous, invoquer le droit à la vie et à la sécurité puisqu'il ne s'agit pas de soins médicaux ou de soins urgents et que par ailleurs, ceux-ci sont tout de même offerts, moyennant des coûts, nous en convenons⁹¹. En ce qui a trait à la *Charte des droits et libertés de la personne*⁹², il y a peu d'application dans la situation qui fait l'objet de notre analyse⁹³, si ce n'est l'article 1, pour lequel les mêmes conclusions que celles relatives à l'article 7 de la Charte canadienne peuvent être tirées. À moins de considérer qu'une telle restriction d'accès aux soins pour les personnes âgées vivant en résidence privée ne constitue une forme d'exploitation telle que le prohibe l'article 48, ce qui ne nous paraît tout de même pas être le cas en l'espèce⁹⁴!

La conclusion qui doit être tirée ici est que, outre une invocation lointaine des Chartes, rien n'oblige juridiquement l'instance locale à fournir des services d'aide à l'hygiène en résidence pour personnes âgées.

-
91. La question pourrait tout de même se poser dans certains cas d'espèce. Par exemple, si la personne a peu ou pas de moyens financiers et si effectivement, ces soins lui étant ainsi inaccessibles, son intégrité ou sa sécurité en était menacée.
92. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 [*Charte québécoise*].
93. La discrimination sur la base du lieu de résidence ne peut être invoquée en vertu de l'article 10, s'agissant d'une liste définie de critères d'exclusion.
94. *Charte québécoise*, *supra* note 92, art. 48 («Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation. Telle personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu») ; *Commission des droits de la personne c. Gagné* [2003] R.J.Q. 647 (T.D.P.Q.) aux para. 82-84 (la notion d'exploitation doit être interprétée ici de façon large et ne se limite pas au cadre strictement économique. «L'exploitation comporte également une dimension d'ordre physique, psychologique, sociale ou morale. En fait, l'exploitation s'entend de toute situation de vulnérabilité et de dépendance d'une personne face à une autre qui, volontairement ou involontairement, *en profite de manière abusive, et de la volonté de quelqu'un d'en profiter*. L'exploitation s'entend, dans son sens vernaculaire, d'un *profit abusif*» [nos italiques]).

Toutefois, sans explorer profondément cette voie, le cadre administratif dont se sont dotés le Ministère et les Agences laisse supposer que l'aide à l'hygiène constitue un service requis par l'état de santé de l'utilisateur et que seul le fait qu'il soit assumé monétairement par l'utilisateur lui-même justifie l'établissement de ne pas le dispenser. En d'autres termes, les politiques du Ministère et des Agences semblent convenir qu'il s'agit là d'un service requis auquel ils se soustraient pour l'unique motif que l'utilisateur l'assume personnellement. À notre connaissance, un centre hospitalier ne se retire pas de ses obligations lorsqu'un usager a les moyens financiers d'assumer ses frais hospitaliers.

La seule formule législativement autorisée de formule de contribution des usagers est celle des articles 512 et 513 de la L.S.S.S.S. qui énoncent que :

512. Le gouvernement détermine, par règlement, la contribution qui peut être exigée des usagers qui sont hébergés dans une installation maintenue par un établissement public ou privé conventionné ou qui sont pris en charge par une ressource intermédiaire d'un établissement public ou par une ressource de type familial. Ce règlement détermine également le montant d'allocation de dépenses personnelles qui doit être laissé mensuellement à cet usager.

513. Le montant de la contribution peut varier suivant les circonstances ou les besoins identifiés par règlement.

Usagers visés.

La contribution est exigée par un établissement ou par le ministre. Les usagers eux-mêmes sont tenus de la verser; toutefois, dans le cas d'un usager mineur, la contribution peut être exigée de son père, de sa mère, de l'un et l'autre conjointement ou de toute autre personne déterminée par le règlement; dans le cas d'un usager marié ou uni civilement, la contribution peut être exigée de son conjoint et dans le cas d'un membre d'une communauté religieuse, la contribution peut être exigée de sa communauté⁹⁵.

95. L.S.S.S.S., *supra* note 3, art. 512 et 513.

Nous devons retenir trois choses du libellé de ces deux articles. Premièrement, la participation n'est autorisée que pour les services d'hébergement. Deuxièmement, seul le gouvernement détient le pouvoir d'instaurer une telle formule, excluant d'emblée un établissement tel un C.S.S.S. Finalement, la formule de participation ne peut être mise en place que par le biais d'un seul véhicule législatif, le règlement. Or, aucune de ces trois conditions n'est respectée, en l'espèce.

N'était-ce du flou des politiques du Ministère et des Agences et de la difficulté de qualifier l'aide à l'hygiène comme un service requis, il serait probablement possible de conclure que seul le gouvernement peut instaurer une formule de participation, qu'il doit le faire par voie de règlement et que celle-ci ne peut, à ce jour, porter uniquement que sur les coûts d'hébergement. Si l'on peut, à la rigueur, interpréter le maintien à domicile comme une forme d'hébergement, encore faut-il que ce soit le véritable titulaire du pouvoir qui l'exerce par voie réglementaire. Ce que l'on constate actuellement relève essentiellement de l'initiative des instances locales non détentrices d'un tel pouvoir et par voie décisionnelle quelquefois essentiellement clinique. Compte tenu que ces imprécisions dans les termes et les définitions rendent précaires des conclusions en droit, nous avons plutôt choisi d'explorer cet aspect au plan de l'éthique.

III - Questionnement éthique et pistes de solution

Le contexte législatif et réglementaire actuel crée, à notre avis, une situation d'iniquité en termes d'accessibilité et de gratuité pour les usagers qui nécessitent de l'aide à l'hygiène.

Il nous semble tout d'abord important de souligner que la Politique de soutien à domicile du M.S.S.S. détermine des critères de priorités dans l'obtention de ces services. Ceux-ci sont les besoins exprimés par l'usager et ses proches-aidants, l'urgence de la réponse aux besoins et la qualité du milieu de vie. On affirme qu'

(e)n aucun cas, des critères socioéconomiques ne sauraient constituer un *motif de refus*. Les services à domicile forment une composante des services de santé et des services sociaux et, à ce titre, ils sont accessibles à tous *sans égard au revenu* [nos italiques].⁹⁶

Or, dans les faits, la capacité de payer d'un individu⁹⁷ fait souvent partie des critères de priorité cliniques dans l'accès aux services⁹⁸.

Les personnes socioéconomiquement défavorisées sont habituellement desservies en priorité⁹⁹. Mais qu'entend-on par le terme «personnes socioéconomiquement défavorisées»? Les personnes sous le seuil de la pauvreté? En Estrie, environ 18 % des personnes âgées en ménage privé vivent sous le seuil de faible revenu, soit 24 % des femmes et 11 % des hommes et près de 44 % des personnes âgées qui vivent seules sont sous le seuil de faible revenu, soit 48 % des femmes et 34 % des hommes¹⁰⁰. Une personne habitant en H.L.M. ayant les mêmes revenus qu'une personne habitant en résidence privée pour personnes âgées ne dispose-t-elle pas de plus de revenus disponibles que la deuxième? Cette dernière n'est-elle pas ainsi plus défavorisée «socioéconomiquement parlant» que la première? Des ambiguïtés subsistent donc en regard de la priorité d'accès aux services à domicile basée sur le revenu.

Outre l'iniquité au sein de la clientèle desservie par la mission C.L.S.C., nous pouvons questionner l'équité sur une base plus large, soit au sein de l'ensemble de la clientèle desservie par

96. Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Pour faire les bons choix*, *supra* note 68 à la p. 19.

97. Ou encore son éligibilité à un remboursement par une assurance privée des frais encourus pour un service donné.

98. Nous reviendrons un peu plus loin sur les choix de l'établissement dans l'accès aux services et la réalité des listes d'attente.

99. Il s'agissait d'ailleurs d'un critère de priorité défini antérieurement par le M.S.S.S. à l'intérieur de son Cadre de référence sur les services à domicile de première ligne.

100. Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux Estrie, *Programme-services*, *supra* note 47 à la p. 23.

le C.S.S.S. Attardons-nous sur les différents types de services dispensés directement par l'instance locale, à savoir les services hospitaliers électifs, les services d'hébergement public et les services à domicile. Il est opportun ici de faire un parallèle entre ceux-ci en regard des stratégies utilisées dans la gestion des ressources, limitées il va sans dire. Ceci permettra de bien faire ressortir le questionnement éthique relatif à la question qui nous occupe¹⁰¹.

Nous savons que les services cliniques fournis en vertu de la mission de centre hospitalier se doivent d'être gratuits. Il est approprié de penser que les services périphériques¹⁰² sont inclus dans cette obligation puisqu'il s'agit de services nécessaires à la dispensation des services cliniques¹⁰³. Le contrôle des coûts s'établit donc en fonction d'une barrière externe, à savoir l'accès même aux services cliniques hospitaliers¹⁰⁴.

En ce qui a trait aux services d'hébergement public, le législateur a opté pour un partage des coûts financiers des services périphériques fournis en vertu de la mission C.H.S.L.D. Les usagers hébergés dans le réseau public doivent ainsi déboursier une part des coûts de leur hébergement¹⁰⁵. Les coûts sont donc régulés par une barrière interne, à savoir une limite à la gratuité¹⁰⁶.

101. Le schéma 1 illustre notre propos (Annexe 1).

102. On parle ici de tout l'aspect de l'hébergement et des soins découlant de cet hébergement, à savoir les repas, l'entretien ménager, l'aide à l'hygiène, notamment.

103. À titre d'exemple, une chirurgie de la cataracte ne pourrait être considérée comme un service clinique nécessitant des services périphériques hospitaliers, s'agissant d'une chirurgie d'un jour. Nous excluons bien sûr les circonstances d'une complication nécessitant une hospitalisation.

104. Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, «Accès aux services médicaux spécialisés», en ligne : M.S.S.S. <<http://wpp01.msss.gouv.qc.ca/appl/g74web/>> (est-il besoin de rappeler les nombreuses listes d'attente pour les services médicaux spécialisés dans les centres hospitaliers du Québec? Le M.S.S.S. a rendu accessible des données sur l'état de la situation sur son site Internet. Le sujet fait également la manchette de façon régulière dans les différents médias d'information).

105. L.S.S.S.S., *supra* note 3, art. 512 ; *Règlement d'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, R.R.Q., 1981, c. S-5, r.1 art. 358-377.1 (cependant, tel que souligné précédemment, il y a un plafond

Les services à domicile, quant à eux, occupent une position mitoyenne. Le contexte tel que nous l'avons exposé démontre un recours à une barrière interne par le biais d'une tarification «cachée» pour certains usagers. Mais il existe également, comme nous le démontrerons plus loin, une limite à l'accessibilité par le biais des listes d'attente (barrière externe). Les services à domicile useraient donc d'une barrière hybride.

Cet état de fait semble découler non pas d'une réflexion appuyée sur des assises claires mais paraît plutôt émerger d'un tiraillement clinico-administratif issu de l'augmentation des besoins et de la limitation des ressources. Dans un effort d'optimisation des budgets disponibles, on assiste donc à des initiatives locales basées sur des critères décisionnels variés, pour ne pas dire aléa-

à une telle contribution et la personne est assurée de conserver une part de son revenu mensuel pour d'autres dépenses. Pour toute modalité relative à la tarification d'un adulte hébergé dans le réseau public voir le *Règlement d'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*).

106. Agence de la santé et des services sociaux de l'Estrie, *Rapport annuel de gestion 2005-2006*, Sherbrooke, adopté le 25 octobre 2006 à la p. 35 (on peut peut-être s'étonner que les listes d'attente du réseau d'hébergement public ne fassent pas partie de la limite à l'accessibilité dans notre analyse. Or, il convient de rappeler que dans les faits, un usager nécessitant un hébergement et étant «en attente» de cet hébergement, est souvent pris en charge par le milieu hospitalier en occupant un lit de courte durée ou un lit dans un service spécialisé, par exemple les unités de réadaptation fonctionnelle intensive. En effet, le rapport annuel de gestion de l'Agence de l'Estrie fait état que «(l)es délais pour la clientèle en attente dans les services de la courte durée vers l'hébergement en centre d'hébergement de soins de longue durée se sont grandement améliorés passant de 43,84 jours en 2003 à 9,5 jours en 2005 pour le Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke, de 46,5 jours à 11 jours pour l'Unité de réadaptation fonctionnelle intensive et de 17,62 à 10 jours pour l'Unité de courte durée gériatrique» ; *Règlement sur la contribution des usagers des établissements de santé et de services sociaux*, D.22-93, (1993) 125 G.O. II, 657, art. 1(2) (d'ailleurs, cette réalité est reconnue de façon réglementaire puisqu'une contribution financière de la personne est exigée à compter du quarante-cinquième jour d'hospitalisation, à moins que le médecin ne détermine que des soins actifs ne soient toujours requis).

toires, de nature clinique¹⁰⁷, juridique¹⁰⁸ et éthique¹⁰⁹ afin de limiter les coûts¹¹⁰. Le M.S.S.S. lui-même fait le constat qu'«(o)n observe certaines formes **d'iniquité** en ce qui concerne l'accès à l'évaluation et *aux services* ainsi que la détermination du caractère prioritaire ou urgent d'un besoin» [nos italiques].¹¹¹

Compte tenu de l'inadéquation entre besoins identifiés et ressources pour y répondre, les listes d'attente pour les différents services à domicile dispensés par la mission C.L.S.C. sont généralisées. Le M.S.S.S. reconnaît que «(l)es **délais d'attente** ne sont pas toujours précisés ou ne respectent pas toujours les priorités d'évaluation annoncées. Il en va de même pour la *gestion des listes d'attente* qui n'existe pas ou n'est pas normalisée» [nos italiques]¹¹². Nous pourrions même aller plus loin : dans l'état actuel des choses, les priorités dans l'accès aux services et l'attente en découlant se traduit dans les faits par de l'exclusion pure et simple¹¹³! Le service, théoriquement accessible, ne l'est pas dans les faits, puisque la personne se trouve sur une liste d'attente pour des mois, parfois des années¹¹⁴.

107. On réfère ici bien sûr au projet clinique en lui-même et aux priorités ciblées en termes de besoins populationnels.

108. On réfère ici à la L.S.S.S.S. et tous les règlements en découlant.

109. On réfère ici aux choix organisationnels en termes de priorité dans l'accès aux services par la clientèle.

110. Le schéma 2 illustre la situation (Annexe 2).

111. Ministère de la santé et des services sociaux, *Chez soi*, *supra* note 46 à la p. 13.

112. *Ibid.*

113. Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Pour faire les bons choix*, *supra* note 68 à la p. 19 (si par exemple, la personne a la capacité de payer et paie effectivement pour un service requis, le degré d'urgence n'est plus le même. Cette demande devient ainsi moins «prioritaire» qu'une autre. Pratique qui va à l'encontre de la position du M.S.S.S. qui dit qu'«(e)n outre, lorsqu'une personne ou ses proches trouvent une solution temporaire de dépannage parce qu'ils doivent subir un délai, ils ne doivent pas être pénalisés dans l'ordre de priorité établi parce qu'ils ont eu recours à cette solution»).

114. Il n'est pas rare d'ailleurs que l'incapacité temporaire de l'utilisateur se résorbe ou encore, que l'utilisateur décède, avant même d'avoir pu bénéficier des soins requis!

Il y a donc lieu, à notre avis, de se questionner sur cette réalité. Un soin requis de l'usager, à savoir l'aide à l'hygiène, est gratuit ou non, accessible ou non, selon la mission du C.S.S.S. à l'intérieur de laquelle il est dispensé. Loin de nous l'idée de plaider pour une uniformisation des critères d'une mission à l'autre! Mais il nous semblerait minimal qu'un raisonnement rationnel clair détermine les choix du législateur.

En effet, les services périphériques à domicile tels les soins d'aide à l'hygiène ne peuvent-ils être considérés comme des services professionnels au sens de la Politique du M.S.S.S., s'ils sont nécessaires à la dispensation des services cliniques¹¹⁵? Comment concilier les contraintes budgétaires, les besoins des usagers¹¹⁶ et les questionnements dégagés plus hauts? Deux solutions nous viennent spontanément.

La première implique un nivellement des services offerts par la mission C.L.S.C. du C.S.S.S. afin que la palette de ces services soit la même pour tous. À l'instar des services d'hébergement public, pourquoi ne pas imposer des frais à tous les usagers qui nécessitent de l'aide à l'hygiène, quel que soit leur domicile?¹¹⁷ On contourne une discrimination dans l'accès basée uniquement sur le lieu de résidence et on apporte également de l'argent supplémentaire au système, ce qui répond à l'impératif financier. Et fina-

115. Soulignons, sur ce point, l'ambiguïté dont le M.S.S.S. fait preuve à notre avis. Plutôt que de parler de «services cliniques», on parle de «services professionnels». Ceux-ci sont pourtant dispensés dans le cadre du projet clinique du R.L.S. Qu'entend-on par services «professionnels»? Parle-t-on des services dispensés uniquement par des professionnels au sens du Code des professions? Tel semble être le cas; or, ne devrait-on pas faire la différence entre un «service professionnel» et un «service dispensé par un professionnel»? Il nous apparaît clairement que l'aide à l'hygiène ne peut qu'être un service professionnel, en raison de sa nature même.

116. Ministère de la santé et des services sociaux, *Chez soi*, supra note 46 à la p. 13 (d'autant que «(l) **évaluation des besoins** est souvent effectuée en fonction de l'offre de services disponibles plutôt que sur la base des besoins de la personne»!)

117. Il va de soi qu'une telle option ne pourrait être réalisée que par le gouvernement et par voie réglementaire. Voir, à cet effet, notre conclusion de la section précédente.

lement, il nous apparaît que cette solution est équitable pour tous et assure une répartition des frais à l'ensemble des citoyens consommateurs. Mais au nom de cette équité, peut-on imposer des frais à des usagers qui ont payé et paient toujours largement leur part? Il y a là un questionnement essentiel face à l'équité à tout prix.

La deuxième solution envisagée se veut un financement des services dans les résidences privées par le secteur public. Tout comme pour la mission C.H.S.G.S. du C.S.S.S., les soins d'aide à l'hygiène nécessaires à la prestation des services cliniques seraient fournis gratuitement à l'utilisateur. Ceci pourrait se faire par les préposés de l'établissement ou par les ressources humaines de la résidence, au choix de l'utilisateur. Dans ce cas, le secteur public, via une allocation financière à la résidence, assumerait les coûts¹¹⁸. Cette solution a l'avantage d'être équitable pour tous les usagers. Cependant, on peut se questionner sur la capacité réelle de l'Agence de s'assurer de la qualité des services dispensés par les préposés de la résidence privée. Et cette solution implique évidemment des dépenses supplémentaires pour le secteur public, qui, est-il besoin de le rappeler, affecte déjà une large part des recettes fiscales de l'État québécois au système de santé!

Chacune de ces solutions comporte son lot d'avantages et d'inconvénients. Bien d'autres auraient avantage à être explorées dans le futur.

118. L.S.S.S.S., *supra* note 3, art. 454 (d'ailleurs, comme nous l'avons précédemment souligné, cet article le permettrait. En effet, il stipule : « Afin de permettre à des personnes en perte d'autonomie de recevoir différents services de santé ou services sociaux, l'agence peut attribuer à une résidence privée d'hébergement ou à un établissement privé non conventionné qui exploite un centre d'hébergement et de soins de longue durée une allocation financière pouvant varier suivant la nature des services offerts ». Cependant l'article 454 ne s'appliquant qu'aux établissements au sens de la loi, il ne trouve pas application auprès de ressources d'hébergement qui ne sont pas des établissements, même s'ils sont agréés. L'extension de cet article s'avère donc essentielle).

Conclusion

L'ensemble de notre réflexion nous a permis, entre autres, de faire ressortir les ambigüités relatives à la notion de domicile et les iniquités dans l'accès aux services d'aide à l'hygiène offerts par les C.S.S.S. Le législateur aurait à intervenir en la matière mais il serait fort étonnant qu'il procède à court terme, à moins de pressions sociales intenses. Quel avantage y aurait-il? Légiférer implique nécessairement un choix, un choix quant aux répercussions financières importantes, soit pour l'État, soit pour l'utilisateur. La pression sur le système de santé va en augmentant avec le vieillissement de la population, particulièrement le groupe des très âgés. Le M.S.S.S. préférera sans nul doute laisser les initiatives locales, la libre-concurrence et les lois du marché régir l'état actuel des choses.

Les recours pour l'utilisateur qui se croit lésé sont minimes. La *Loi canadienne sur la santé* ne s'applique pas aux services à domicile, tel que nous l'avons déjà déterminé. La L.S.S.S.S., pour sa part, prévoit des procédures de plaintes; cependant, comme il s'agit de choix liés à l'organisation des services et pouvant donc faire l'objet de règlements par le conseil d'administration de l'établissement, ce recours demeure limité. À moins d'incidents ouvrant un recours civil, la légalité même d'un tel règlement pourrait peut-être être contestée en vertu des Chartes, tel que nous l'avons déjà soulevé.

Nous voyons que le mythe populaire répandu que tous les services de santé et tous les services sociaux sont accessibles à tous, universels et gratuits de surcroît, prend racine dans une interprétation large de la *Loi canadienne*. Nous savons maintenant que la portée de celle-ci est limitée et que le droit aux services exigibles en vertu de la loi québécoise n'est pas absolu et est même tributaire des choix faits par les établissements eux-mêmes!

Quoique, nous l'avons constaté, l'inaction de l'État puisse constituer une charge inéquitable à l'endroit d'un groupe particulier, il convient de souligner qu'elle s'inscrit dans une réforme axée

sur la première ligne qui n'en finit pas d'aboutir. Cette inaction relèverait donc du projet en cours de réalisation et sur lequel l'État compte. De cette réforme axée sur le citoyen, il ne faudrait toutefois pas ne retenir que le concept de citoyen payeur et ainsi, laisser au citoyen âgé la charge de payer seul la restructuration des services de santé et des services sociaux.

«(...) par la manière dont une société se comporte avec ses vieillards, elle dévoile sans équivoque la vérité – soigneusement masquée – de ses principes et de ses fins»¹¹⁹

119. Simone de Beauvoir, *La vieillesse*, essai, Paris, Gallimard, 1970 à la p. 96.

ANNEXE 1

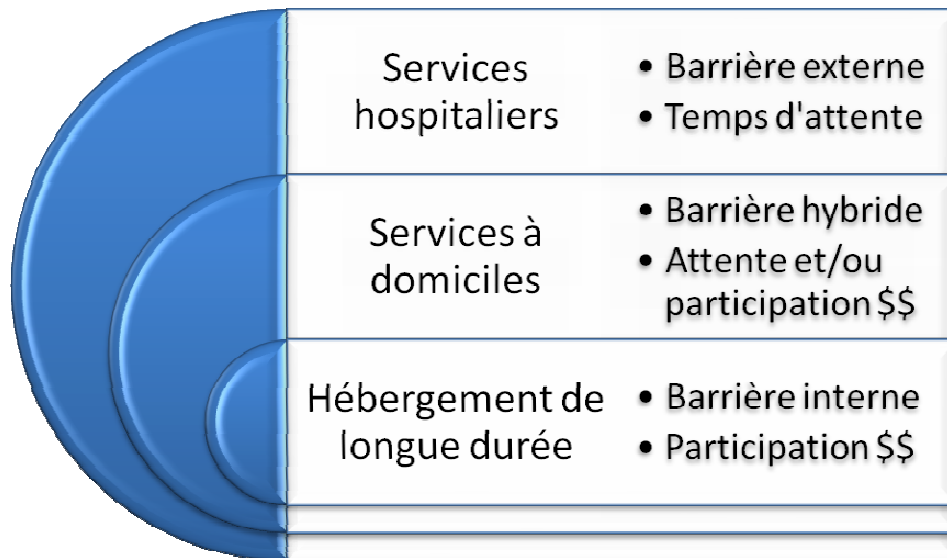


Schéma 1
**Stratégies de gestion des ressources limitées
selon le type de service.**

Notez que si les temps d'attente sont juridiquement autorisés lorsque la gestion de l'établissement est adéquate, la participation financière de l'utilisateur doit être autorisée législativement. Actuellement, seuls l'hébergement et certains services cliniques ciblés peuvent faire l'objet d'une participation financière de l'utilisateur.

ANNEXE 2

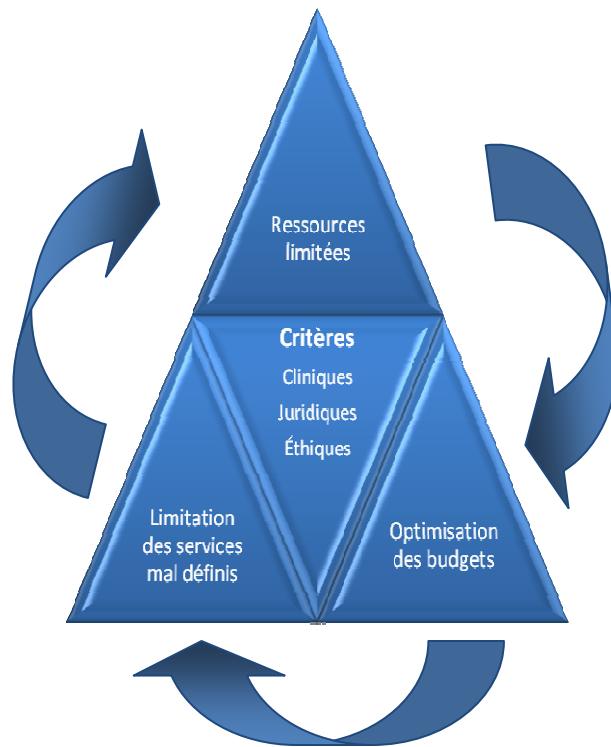


Schéma 2
Impact aléatoire des ressources limitées sur les services mal définis.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES CONFLITS D'INTÉRÊTS INSTITUTIONNELS AU SEIN DE LA
MAGISTRATURE

Auteur(s) : Luc HUPPÉ

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 1

Pages : 127-165

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11561>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11561>

Page vide laissée intentionnellement.

LES CONFLITS D'INTÉRÊTS INSTITUTIONNELS AU SEIN DE LA MAGISTRATURE

par Luc HUPPÉ*

Le principe de l'impartialité judiciaire exige la récusation d'un juge placé en conflit d'intérêts. En invoquant la nécessité, la jurisprudence a élaboré une exception à cette obligation lorsque tous les juges du tribunal se trouvent dans cette situation conflictuelle. Cette doctrine de la nécessité a notamment été utilisée pour permettre à un tribunal de trancher des litiges concernant la rémunération des juges ou encore les ressources mises à leur disposition pour l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Dans une première partie, le présent article passe en revue les jugements rendus dans de telles circonstances afin d'examiner l'utilisation que les tribunaux font de la doctrine de la nécessité pour justifier leur compétence. La seconde partie analyse les fondements de cette doctrine et en propose diverses modalités d'application.

Judicial impartiality requires the disqualification of a judge who is in a conflict of interest. However, the doctrine of necessity allows a judge to hear a case when all the judges of a same court would be disqualified. The doctrine of necessity was used, for instance, in cases involving matters related to the remuneration of judges or the allocation of resources incident to their office. The first part of this article contains a review of the cases where the doctrine of necessity served to solve a conflict of interest of this nature. The second parts contains an analysis of the principles underlying the doctrine of necessity and suggests various ways in which it may be applied.

* . Avocat, Lafortune Cadieux, Montréal.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	129
1. LE TRAITEMENT DES CONFLITS D'INTÉRÊTS INSTITUTIONNELS	132
1.1 Les intérêts pécuniaires des juges	132
1.2 Les autres situations de conflit d'intérêts	139
2. LA DOCTRINE DE LA NÉCESSITÉ	149
2.1 Les fondements de la doctrine	149
2.2 Les modalités de la doctrine	159
CONCLUSION	164

INTRODUCTION

Le *Code de procédure civile* énonce différentes situations de conflits d'intérêts susceptibles d'entraîner la récusation d'un juge à l'égard d'un litige dont il est saisi¹. La plupart des motifs de récusation découlent des relations personnelles, familiales ou professionnelles du juge avec une partie au litige. C'est le cas, par exemple, lorsque le juge est parent de l'une des parties ou de son procureur, si le juge a agi comme avocat pour l'une des parties, ou encore s'il est membre d'une association partie au litige. De façon générale, la récusation est aussi possible lorsque le juge «*a quelque intérêt à favoriser l'une des parties*», ou encore «*s'il existe une crainte raisonnable que le juge puisse être partial*»². Ces dispositions servent de toute évidence à préserver l'impartialité réelle et apparente du tribunal et la *common law* contient des principes similaires, visant le même objectif³.

Des motifs de récusation personnels à un juge ne rendent pas inhabiles les autres membres du tribunal. Ce principe vaut tant au sein d'un tribunal d'appel, où les juges siègent en collégialité⁴, que dans un tribunal de première instance, où les juges siègent de façon indépendante les uns des autres⁵. Ainsi, la récusation d'un juge n'empêche-t-elle pas le tribunal dont il est

-
1. *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25, art. 234-235.
 2. *Ibid.*, art. 234 (8), (10).
 3. John O. Wilson, *A Book for Judges*, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services du Canada, 1980 à la p. 23 et s.; Philip Bryden, «Legal Principles Governing the Disqualification of Judges», (2003) 82 R. du B. can. 555. En 1998, le Conseil canadien de la magistrature écrivait que le *Code de procédure civile* du Québec «est la seule source législative qui fasse autorité en la matière au Canada»: Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, 1998 au para. E.4, à la p. 43 [Conseil canadien de la magistrature].
 4. *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 91 au para. 15. Voir aussi *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259 au para. 93.
 5. *Gillet c. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42 au para. 37(C.A.). Autorisation de pourvoi refusée, [2005] 1 R.C.S. vi.

membre d'entendre et de décider du litige en toute impartialité. Par ailleurs, le simple fait qu'un juge soit lui-même partie à un litige d'ordre privé n'empêche pas le tribunal qui en est saisi d'exercer sa compétence et ce, même lorsque le juge partie au litige est membre d'un tribunal hiérarchiquement plus élevé que celui appelé à le trancher⁶.

En théorie, le mécanisme de récusation devrait recevoir application à l'ensemble des litiges quand survient une situation de conflit d'intérêts. Son application pose problème lorsqu'un tribunal est saisi de litiges qui concernent les membres de la magistrature en leur qualité de juges, plutôt qu'en leur qualité personnelle; une telle situation se produit, par exemple, quand un tribunal est saisi d'un litige relatif à la rémunération de ses membres. Il existe alors un conflit d'intérêts institutionnel, c'est-à-dire une situation où l'intérêt du juge dans le litige ne provient pas de considérations propres à sa personne mais découle plutôt de la fonction qu'il occupe.

L'intérêt personnel d'un juge dans ce type de litiges peut prendre deux formes. En premier lieu, les conclusions du jugement que le juge est appelé à rendre peuvent produire un effet direct à son égard, en sa qualité de juge : ce serait par exemple le cas si le juge devait apprécier la validité des dispositions qui fixent sa rémunération et celle de ses collègues. En second lieu, bien qu'il ne soit pas directement visé par les conclusions de son jugement, les principes de droit que le juge formule dans le cadre de son jugement peuvent lui procurer un certain bénéfice, en sa qualité de juge : par exemple, s'il apprécie la validité constitutionnelle des dispositions qui fixent la rémunération des membres d'un tribunal autre que celui dont il fait partie, il pourrait éventuellement bénéficier de certains principes de droit utilisés dans son juge-

6. À titre d'exemple, la Cour supérieure a rejeté l'allégation d'apparence de partialité dont elle était l'objet à l'égard des procédures de divorce impliquant un juge de la Cour d'appel et s'est déclarée compétente à entendre le litige : *A. c. B.*, [2006] R.J.Q. 2446 (C.S.). L'article 234 (2) du *Code de procédure civile* prévoit cependant que la récusation est possible si le juge est partie à un procès portant sur une question pareille à celle dont il est saisi.

ment, dans l'hypothèse où surgissait ultérieurement un litige relié à sa propre rémunération.

Dans de telles situations, l'application des règles qui régissent la récusation des juges conduit à un cul-de-sac. S'il pouvait être invoqué avec succès, le motif de récusation relié à l'intérêt personnel du juge saisi du litige rendrait inhabiles l'ensemble des membres du tribunal. En effet le même conflit d'intérêts existe alors pour tous les juges du tribunal, puisque c'est précisément leur qualité de juge qui les rend intéressés au litige. La jurisprudence canadienne a parfois résolu ce problème en s'inspirant d'une «doctrine de la nécessité», développée en droit britannique à l'égard de diverses situations de conflit d'intérêts et qui écarte l'application des règles relatives à la récusation. Selon cette doctrine, lorsque tous les juges disponibles d'un tribunal ont un intérêt dans un litige, l'un ou l'autre d'entre eux peut néanmoins en disposer.

Au cours des dernières décennies, les juges canadiens ont commencé à exercer avec une plus grande fréquence les droits rattachés à leur fonction. Alors qu'elles ne se présentaient auparavant que de façon exceptionnelle⁷, les situations de conflit d'intérêts institutionnel surgissent maintenant plus souvent, bien que le nombre de jugements rendus dans un tel contexte soit encore relativement restreint. Par voie de conséquence, la doctrine de la nécessité trouve plus régulièrement application à l'égard de tels conflits d'intérêts. Pourtant, cette doctrine n'a pas encore fait l'objet d'une véritable analyse. Il en résulte qu'un principe élaboré sommairement par la jurisprudence pour régler des situations exceptionnelles est dorénavant reçu, sans autre examen, comme

7. En ce qui concerne les conflits d'intérêts institutionnels au sein de la magistrature, la doctrine de la nécessité n'a trouvé application, jusqu'au début des années 1980, que dans un nombre restreint de litiges, essentiellement reliés à la rémunération des juges : R.R.S. Tracey, «*Disqualified Adjudicators : The Doctrine of Necessity in Public Law*», [1982] P.L. 628 aux pp. 631-632 [R.R.S. Tracey]. Thomas McKeivitt, «*The Rule of Necessity : Is Judicial Non-Disqualification Really Necessary ?*», (1995-1996) 24 Hofstra L. Rev. 817 aux pp. 830-834.

une règle de droit bien établie. Pour en permettre une application adéquate, respectueuse du contexte juridique canadien, il convient donc d'examiner la justification et la portée de cette doctrine.

Une remarque préliminaire s'impose. La question des conflits d'intérêts institutionnels au sein de la magistrature est délicate. Le fait qu'un juge se trouve placé dans une telle situation ne l'empêche pas nécessairement de rendre, avec discernement, un jugement pondéré à tous points de vue. On ne peut négliger les efforts sincères et réels que démontrent les juges placés malgré eux dans cette position, afin d'en arriver à une décision juste et équitable. Il ne saurait donc être question ici de remettre en cause le bien-fondé des jugements rendus dans un tel contexte, ni d'attaquer l'impartialité réelle de leurs auteurs. L'objet du présent texte est plutôt d'analyser la façon dont les tribunaux traitent ces situations de conflit d'intérêts institutionnel, ainsi que leur utilisation de la doctrine de la nécessité à cette fin.

1. LE TRAITEMENT DES CONFLITS D'INTÉRÊTS INSTITUTIONNELS

De nombreux sujets peuvent susciter un conflit d'intérêts institutionnel au sein de la magistrature, quoique tous les litiges portant sur de tels sujets ne donnent pas nécessairement lieu à une analyse du conflit d'intérêts. Les litiges reliés aux intérêts pécuniaires des juges présentent un cas classique d'application de la doctrine de la nécessité, qui a aussi été invoquée à l'égard d'autres facettes de la fonction judiciaire.

1.1. Les intérêts pécuniaires des juges

C'est une situation mettant en cause les intérêts pécuniaires des juges qui donne lieu, au milieu des années 1930, au premier jugement traitant d'un conflit d'intérêts institutionnel en droit canadien. Au moyen d'un renvoi, le gouvernement de la Saskatchewan demande l'opinion de la Cour d'appel de la province quant à l'autorité de la législature provinciale d'assujettir à un

impôt sur le revenu les traitements des juges nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral. Les juges de la Cour d'appel de la Saskatchewan sont ainsi appelés à déterminer, entre autres, si leur propre rémunération est imposable. Ils abordent d'emblée la question de leur intérêt dans le litige :

It is a fundamental rule in the administration of justice that where a Judge is interested in the result of litigation he cannot sit in judgment upon it. Nemo debet esse judex in propria causa. Proceedings have been frequently set aside because a Judge who had an interest in the cause took part in the decision. According to the rule, therefore, the members of the Court should not participate in the reference, because each of us has a pecuniary interest in the result. The rule, however, does not apply where the Court acts ex necessitate, e.g., where an action is brought against all the Judges of the Court in a matter over which the Court has exclusive jurisdiction (...).⁸

De toute évidence, le fait que le gouvernement de la province ait pris l'initiative de ce renvoi facilite l'application de la doctrine de la nécessité par le tribunal :

The present reference has been made to the Court of Appeal under the provisions of the Constitutional Questions Act, and the Court is required not only to hear and consider the subject referred, but also to certify its opinion to the Lieutenant-Governor in council and to give reasons therefore. Moreover, all Judges of the Province have the same interest in the result of the reference as have the members of this Court. The Court, therefore, acts ex necessitate.⁹

Ceci étant, la Cour d'appel de la Saskatchewan conclut que les juges de nomination fédérale peuvent effectivement être assujettis à un impôt sur le revenu par la législature provinciale. Porté

8. *Re The Constitutional Questions Act*, [1936] 4 D.L.R. 134 à la p. 135 (C.A. Sask.).

9. *Ibid.*

en appel, cet arrêt est confirmé par le Comité judiciaire du Conseil privé, composé de juges qui ne sont pas visés par les dispositions législatives faisant l'objet du renvoi. À propos de la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouvaient les juges de la Cour d'appel, le Comité judiciaire confirme le bien-fondé de la position prise par ceux-ci :

The reference in question placed the Court in an embarrassing position, all its members being from the nature of the case personally interested in the point in controversy. They took the view (quite rightly in their Lordships' opinion) that they were bound to act *ex necessitate*. In the result they came unanimously to a conclusion adverse to the contention put before them on behalf of their order.¹⁰

Cette première affaire présente donc une application peu discutable de la doctrine de la nécessité, et ce, pour plusieurs raisons. Ce ne sont pas les membres de la magistrature qui prennent l'initiative du litige, mais le gouvernement provincial. Il n'existe dans la province qu'un seul tribunal pouvant être saisi du renvoi. Les juges de la Cour d'appel divulguent expressément leur intérêt dans le litige, ainsi que l'obligation qui leur est faite par la loi de répondre aux questions qui leur sont soumises par le gouvernement. D'aucune façon leur impartialité réelle ne peut-elle être mise en doute, notamment en raison du fait que la conclusion à laquelle en arrive le tribunal est contraire aux intérêts économiques des juges concernés par le renvoi. Enfin, l'arrêt fait l'objet d'un appel auprès d'un tribunal composé de membres dont l'impartialité ne peut être affectée par la nature du litige.

L'obligation des juges de nomination fédérale de cotiser à un fonds de pension¹¹ à même le revenu qui leur est versé par le

10 . *The Judges v. Attorney-General for Saskatchewan*, [1937] 1 W.W.R. 508 à la p. 509 (P.C.) [*The Judges*].

11. Le droit d'un juge de nomination fédérale d'obtenir une pension fait aussi l'objet d'un litige à la même époque : *Landreville c. La Reine*, [1981] 1 C.F. 15 (C.F. 1^{re} inst.). Le juge saisi de ce litige devait interpréter la disposition législative fixant les conditions permettant à un juge de nomination fédérale d'obtenir une pension. Cette disposition lui était aussi vraisemblable-

gouvernement fédéral donne lieu, cinquante ans plus tard, à une autre situation de conflit d'intérêts institutionnel. Cette fois, c'est un juge qui prend l'initiative du litige. Nommé à la Cour supérieure du Québec avant l'adoption des dispositions législatives imposant cette obligation, mais postérieurement à leur date d'entrée en vigueur rétroactive, il en conteste la validité devant la Cour fédérale du Canada. Cette dernière est également composée de juges visés par ces dispositions. La situation de conflit d'intérêts institutionnel dans laquelle se trouvent les juges appelés à se prononcer à propos de ce litige reçoit un traitement différent par chacune des instances qui en sont successivement saisies.

En première instance, le jugement contient une discussion détaillée de la question, de même qu'une divulgation par le juge de l'étendue de son intérêt dans le litige¹². La doctrine de la nécessité est ensuite invoquée pour asseoir la compétence du tribunal à trancher le litige :

...lorsqu'il se pose une importante question de droit dans laquelle tous les juges ont un intérêt personnel, elle peut être tranchée par un juge sur la base de la nécessité, le raisonnement étant que, dans pareil cas, on présume que la justice est mieux servie en faisant trancher la question

ment applicable, bien qu'il ne se trouvait pas dans la même situation que le juge ayant initié le litige. La question d'un potentiel conflit d'intérêts n'est pas traitée dans le jugement. Cette question n'a pas non plus été abordée lorsque des juges ont été appelés à déterminer, à l'égard de certains de leurs collègues, si les sommes découlant du régime de pension des juges de nomination fédérale font partie du patrimoine familial devant être séparé entre les époux au cas de divorce : *Droit de la famille-1473*, [1991] R.D.F. 524 (C.S.); *Droit de la famille-2743*, [1997] R.J.Q. 2134 (C.A.).

12. *Beauregard c. La Reine*, [1981] 2 C.F. 543 aux pp. 549-551 (C.F. 1^{re} inst.) [*Beauregard*]. Nommé antérieurement à la date d'entrée en vigueur des modifications législatives qui donnent lieu à la contestation, il ne se trouve donc pas dans la même situation que le juge ayant initié le litige. Toutefois, cette réforme lui impose aussi un certain fardeau financier, moindre que celui que doit supporter le juge qui a pris l'initiative des procédures.

par quelqu'un qui a un intérêt personnel dans l'issue de l'affaire qu'en laissant la question en suspens.¹³

Au mérite du litige, la Cour fédérale de première instance donne raison au juge qui en a pris l'initiative et conclut à l'inconstitutionnalité des dispositions contestées. Devant la Cour d'appel fédérale, également composée de juges touchés par la réforme législative, la question du conflit d'intérêts se présente différemment : la Cour s'abstient d'en traiter en raison du consentement donné par les parties à la compétence du tribunal. L'un des juges prend cependant le soin de le mentionner spécifiquement dans ses motifs de jugement :

Si j'ai bien compris les avocats des deux parties, ces dernières ont convenu entre elles qu'il s'agit en l'espèce d'une question dont les tribunaux peuvent être saisis et qui doit être tranchée par des juges nommés par le fédéral et que même s'il est possible que lesdits juges aient potentiellement un intérêt identique ou similaire dans l'issue du litige, la Cour doit néanmoins instruire l'affaire *ex necessitate*.¹⁴

À la majorité, le jugement de première instance est confirmé par la Cour d'appel fédérale. Le litige aboutit à la Cour suprême du Canada¹⁵, qui rejette les procédures du juge ayant intenté les procédures et confirme la validité des dispositions législatives qu'il contestait. Bien que ses membres soient aussi visés par la réforme législative en cause, la Cour suprême du Canada n'aborde pas la question du conflit d'intérêts dans laquelle ceux-ci se trouvent. Dans un arrêt subséquent, où elle discute d'une autre application de la doctrine de la nécessité, elle confirmera toutefois que ce litige plaçait bel et bien les juges de la Cour en conflit d'intérêts :

13. *Ibid.* à la p. 551.

14. *Beauregard c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 1010 à la p. 1038 (C.A.F.).

15. *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56.

Notre cour s'est fondée implicitement sur cette règle dans l'arrêt [Beauregard], où nous avons examiné la constitutionnalité de dispositions exigeant que les juges nommés par le gouvernement fédéral, y compris les juges de notre Cour, contribuent une partie de leur traitement au paiement du coût des pensions.¹⁶

On constate donc dans cette affaire une atténuation graduelle de la préoccupation reliée au conflit d'intérêts, au fur et à mesure de la progression du litige. Le consentement donné par les parties à la compétence du tribunal explique sans doute le traitement différent de la situation par les diverses instances judiciaires. Un tel consentement ne règle pourtant pas la question de façon entièrement satisfaisante. Si les parties à un litige peuvent conduire leurs procédures comme elles l'entendent, afin d'obtenir un jugement qui détermine leurs droits et obligations, en revanche les principes formulés par le tribunal à l'occasion de ce litige produisent aussi des effets à l'égard des tiers, en raison de la valeur accordée au jugement à titre de précédent. Dans cette perspective, l'exigence d'une impartialité réelle et apparente qui s'impose au tribunal ne peut être amoindrie du simple consentement des parties à un litige. Tout au plus, ce consentement peut-il servir à conforter le tribunal qui, par ailleurs, en arrive à la conclusion que la doctrine de la nécessité doit recevoir application pour lui permettre de trancher le litige.

Au cours de la décennie suivante, les tribunaux supérieurs de plusieurs provinces sont saisis de nombreux litiges concernant la rémunération des juges de nomination provinciale. À l'origine, ces litiges ne présentent pas de conflits d'intérêts institutionnels, étant donné que les tribunaux qui en décident ne comptent parmi leurs membres aucun des juges dont la rémunération est en cause. Au niveau de la Cour suprême du Canada¹⁷, toutefois, les

16. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î-P-É)*, [1998] 1 R.C.S. 3 au para. 5.

17. *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3. *Association des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick*

principes dégagés à l'occasion de ces litiges profitent à l'ensemble de la magistrature canadienne. En définissant les exigences constitutionnelles relatives à la rémunération des juges de nomination provinciale, les membres de la Cour se trouvent indirectement à définir l'encadrement juridique requis pour établir celle des juges de nomination fédérale, y compris la leur. La question d'un possible conflit d'intérêts parmi ses membres n'est pourtant traitée dans aucun des arrêts prononcés par la Cour suprême du Canada à ce sujet. En tant qu'ultime instance d'appel au Canada, la Cour suprême est toutefois placée dans une position bien différente de celle des tribunaux qui lui sont hiérarchiquement subordonnés : aucune autre instance ne peut exercer une compétence semblable à la sienne ou réviser ses jugements. Plus que dans tout autre tribunal du pays, la doctrine de la nécessité peut trouver application à la Cour suprême du Canada sans qu'aucune explication particulière ne soit requise.

Les litiges mettant en cause la responsabilité civile des juges suscitent aussi des situations de conflit d'intérêts institutionnel. Sans qu'il n'existe d'assise législative en ce sens, la jurisprudence a développé au bénéfice des juges le principe d'une immunité absolue, qui les protège à l'égard des paroles prononcées et des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. En invoquant cette immunité pour rejeter l'action intentée contre l'un de ses collègues, un juge définit par voie de conséquence le cadre juridique de sa propre responsabilité civile. Pourtant, qu'elle concerne les juges des tribunaux supérieurs¹⁸ ou les juges des tribunaux inférieurs¹⁹, cette situation n'a pas été traitée par la

(*Ministre de la justice*), [2005] 2 R.C.S. 289. Voir aussi *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405.

18. *Bengle c. Weir*, (1929) 67 C.S. 289. *Royer c. Mignault*, [1985] C.S. 1017, conf. par : [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée : [1988] 1 R.C.S. xiii. *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.F.). Le seul arrêt dans lequel la Cour suprême du Canada se soit prononcée à propos de l'immunité de poursuite des juges concernait non un membre de la magistrature, mais les membres d'une commission d'enquête : *Mortier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716 aux pp. 737-745.
19. *Janson c. King*, (1980) 103 D.L.R. (3rd) 189 (Q.B. Sask.). *Charters c. Harper*, (1987) 31 D.L.R. (4th) 468 (Q.B.N.-B.).

jurisprudence sous l'angle d'un conflit d'intérêts. Il faut cependant constater que l'immunité de poursuite des juges est une règle de droit très ancienne, dont l'à-propos n'a jamais été remis en question par le législateur bien qu'elle ait été façonnée par ceux-là même qui en bénéficient.

1.2. Les autres situations de conflit d'intérêts

Plusieurs autres facettes de la fonction judiciaire sont aussi susceptibles de donner lieu à des conflits d'intérêts institutionnels. On peut regrouper en trois catégories les litiges dans lesquels ils se sont jusqu'à présent manifestés : ceux reliés au maintien du juge dans ses fonctions judiciaires; ceux ayant trait à l'exercice des droits civiques des juges; ceux concernant la gestion et la direction du tribunal.

N'étant pas nommément visés par les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui permettent aux juges des tribunaux supérieurs d'occuper leur fonction jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans²⁰, les juges de la Cour fédérale du Canada étaient jadis tenus par la loi de prendre leur retraite à l'âge de soixante-dix ans. Au début des années 1980, un juge de cette Cour s'adresse au tribunal dont il fait partie pour contester cette limite²¹. À cette occasion, la Cour fédérale du Canada doit ainsi déterminer la validité constitutionnelle d'une disposition législative qui concerne la mise à la retraite de ses propres membres. Ce litige place donc le juge qui en est saisi dans la position de devoir statuer à propos de sa propre inamovibilité. Toutefois, c'est un juge suppléant, et non un juge permanent de la Cour fédérale, qui entend le litige²², ce qui

20. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 99 (2), reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n°5.

21. *Addy c. R.*, [1985] 2 C.F. 452 (C. F. 1^{re} inst.) [*Addy*]; il est intéressant de noter que le juge qui demande cette réparation est celui-là même qui, quelques années plus tôt, avait rendu le jugement de première instance dans l'affaire *Beauregard*, *supra* note 12.

22. Le gouverneur en conseil pouvait en effet autoriser le juge en chef de la Cour fédérale à demander l'affectation à ce tribunal de juges choisis parmi les juges en exercice ou les juges retraités d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou d'une cour de district au Canada : *Loi sur la Cour fédé-*

diminue le conflit d'intérêts et explique, sans doute, que la question ne soit pas abordée dans le jugement. Bien qu'il exerce les pouvoirs de la Cour fédérale et qu'il soit désigné par un juge assujéti à l'obligation de prendre sa retraite à l'âge de soixante-dix ans, le juge suppléant n'est pas visé par la disposition dont il doit apprécier la validité²³. Il la déclare par ailleurs inconstitutionnelle et son jugement n'est pas porté en appel.

Les litiges relatifs à la déontologie et la discipline des juges, ou qui concernent le processus permettant de les destituer, peuvent aussi donner lieu à des situations de conflit d'intérêts institutionnel. En élaborant les principes applicables aux litiges concernant certains de leurs collègues, les juges qui en sont saisis se trouvent à déterminer le cadre juridique dans lequel ils sont eux-mêmes redevables de leur conduite. Les quelques rares jugements rendus en cette matière à propos de juges de nomination fédérale, depuis la création du Conseil canadien de la magistrature, n'ont pas abordé cette question²⁴. Par ailleurs, en ce qui a trait à la discipline et à la destitution des juges de nomination provinciale, chaque province possède son propre mécanisme d'enquête à propos des plaintes formulées contre eux et ce sont les tribunaux supérieurs des provinces, dont les juges ne sont pas assujettis à ces mécanismes, qui contrôlent les décisions des conseils de la magistrature provinciaux²⁵.

rale, S.R.C. 1970 (2^{ème} supp.) c. 10, art. 10. Des dispositions semblables se trouvent maintenant à l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7. Ces juges obtiennent la qualité de juges suppléants et sont investis des pouvoirs des juges de la Cour fédérale.

23. En l'instance, le juge saisi du litige mentionne spécifiquement que la loi ne fixait aucune limite d'âge pour l'exercice de fonctions judiciaires par un juge suppléant : *Addy*, *supra* note 21 à la p. 464.
24. Par exemple : *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769 (C.F. 1^{re} inst.). *Cosgrove v. Canada (Judicial Council)*, (2007) 279 D.L.R. (4th) 352 (C.A.F.).
25. Pour des exemples de litiges concernant la discipline de juges de nomination provinciale, voir : *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267. *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3. *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249. *Ruffo (Re)*, [2006] R.J.Q. 26 (C.A.).

On trouve aussi dans la jurisprudence un exemple de conflit d'intérêts institutionnel relativement aux droits civiques des juges. Il concerne une disposition législative fédérale privant les juges de leur droit de vote aux élections fédérales. Au milieu des années 1980, la validité constitutionnelle de cette disposition est attaquée devant la Cour fédérale par deux membres de ce tribunal. Ces procédures ne sont pas contestées par le Procureur général du Canada. Elles sont donc accueillies par le juge suppléant désigné pour entendre le litige²⁶, sans que ne soit abordée la question du conflit d'intérêts dans lequel celui-ci se trouve placé, puisque son jugement lui rend un droit de vote dont il était auparavant privé. Toutefois, deux aspects du jugement prennent une certaine importance à ce propos : d'une part, le jugement passe en revue différents arguments que le Procureur général du Canada aurait pu faire valoir pour soutenir la validité de la disposition contestée; d'autre part, le juge conclut ses motifs de jugement en déclarant que «*la décision aurait fort bien pu favoriser l'une ou l'autre partie s'il y avait eu une véritable contestation*»²⁷. Cette façon d'aborder le dossier visait de toute évidence à préserver l'apparence d'impartialité du tribunal, placé dans la position inusitée où l'absence d'un véritable débat entre les parties ne lui laissait guère d'autre choix que de donner raison aux juges ayant pris l'initiative du litige.

Par ailleurs, la jurisprudence contient plusieurs exemples de litiges ayant trait à la gestion des tribunaux et dans lesquels la doctrine de la nécessité a été invoquée. Ils concernent les ressources mises à la disposition des juges pour leur permettre d'exercer leurs fonctions, l'autorité du juge en chef au sein du tribunal, ou encore la validité des règles de pratique adoptées par l'ensemble des juges du tribunal.

Ainsi, en 1986, le juge en chef de la Cour supérieure intente devant le tribunal qu'il préside une action par laquelle il cherche à faire déclarer invalides diverses mesures gouvernementales, ayant

26. *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628 (C.F. 1^{re} inst.) [*Muldoon*].

27. *Ibid.* à la p. 636.

pour objet de supprimer le poste de huissier-audiencier - un auxiliaire de justice présent dans une salle de cour pendant qu'un juge y siège - et de réduire le nombre de secrétaires mises à la disposition des juges du tribunal. D'entrée de jeu, le Procureur général du Québec demande la récusation du juge saisi d'une demande d'injonction provisoire visant à empêcher le gouvernement de mettre en œuvre des décisions déjà prises à cet égard : par le jugement qu'il est appelé à rendre, ce juge se trouve en effet à déterminer l'étendue de son propre droit de bénéficier des services d'un huissier-audiencier et d'une secrétaire.

Celui-ci motive de façon élaborée son refus de se récuser²⁸. Il mentionne ainsi que «*le requérant ne pouvait s'adresser à d'autres tribunaux, qu'à la Cour supérieure*». Il fait aussi état de l'existence d'un recours alternatif permettant au gouvernement d'éviter, au sein de la Cour supérieure, le conflit d'intérêts causé par les procédures du juge en chef : la possibilité d'un renvoi, à la Cour d'appel, des questions en litige. Ayant expressément demandé à l'avocat représentant le Procureur général du Québec si le gouvernement avait l'intention de se prévaloir de cette procédure de renvoi, puis ayant constaté que le gouvernement n'avait pas manifesté d'intention en ce sens, le juge ajoute que, dans ces circonstances, «*demander à tous et chacun des juges de la Cour supérieure de se récuser, équivaldrait à dénier au requérant son droit de s'adresser aux tribunaux*». Enfin, le juge prend appui sur la doctrine de la nécessité :

Troisièmement, le procureur du requérant invoque, alternativement, la doctrine de la nécessité. En effet, il peut arriver – comme dans le présent cas – qu'aucune cour ne soit habilitée à connaître d'une affaire si les principes

28. *Gold c. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2924 aux pp. 2926-2927 (C.S.). Quelques années auparavant, la Cour d'appel avait rejeté l'appel formé à l'encontre d'une ordonnance par laquelle un juge de la Cour supérieure avait contraint le directeur régional des services judiciaires et protonotaire de la Cour supérieure à mettre un huissier-audiencier à sa disposition chaque jour jusqu'à la fin de son terme : *Shatilla c. Shatilla*, [1982] C.A. 511.

usuels de récusation sont appliqués. Les tribunaux ont alors développé la théorie de la nécessité. (...)

En conséquence, pour les motifs invoqués par le procureur du requérant, je suis d'avis de rejeter la demande en récusation, puisque le droit fondamental et constitutionnel d'être entendu par un arbitre judiciaire prime sur les inconvénients soulevés par le procureur des intimés.

Ce jugement marque une étape importante dans le traitement des conflits d'intérêts institutionnels au sein de la magistrature. En effet, la question y est abordée d'une manière quelque peu différente de celle auparavant utilisée par les tribunaux pour justifier l'application de la doctrine de la nécessité. Jusqu'à cette époque, la jurisprudence se plaçait surtout dans la perspective du tribunal saisi du litige pour traiter du conflit d'intérêts institutionnel : les motifs invoqués pour éviter la récusation insistent principalement sur la nécessité que le tribunal puisse exercer sa compétence. L'approche retenue dans cette affaire met plutôt l'accent sur la perspective du juge qui s'adresse au tribunal : il faut que celui-ci puisse faire valoir les droits dont il est titulaire et qu'il cherche à mettre en œuvre par ses procédures.

En ce qui concerne le mérite de la demande du juge en chef, la Cour supérieure ordonne le sursis des décisions du gouvernement qui supprimeraient des postes d'huissiers-audienciers et qui réduisaient le ratio des secrétaires de juges de la Cour supérieure à une secrétaire pour deux juges. Une demande de permission d'en appeler de la partie du jugement relative à la demande de récusation est accordée par la Cour d'appel, mais l'appel n'aura pas de suite²⁹.

29. *Procureur général du Québec c. Gold*, (2 juin 1986), Montréal 500-46-000199-861, J.E. 86-612 (C.A.) [*Gold*]. Vingt ans plus tard, un autre juge de la Cour supérieure considère que cet appel, théoriquement toujours pendant, a été déserté : *Société Radio-Canada c. Procureur général du Québec*, [2006] R.J.Q. 2826 à la p. 2831 (C.S.).

Quelques années plus tard, les juges en chef de tous les tribunaux judiciaires du Québec intentent devant la Cour supérieure une action visant à faire déclarer invalides diverses mesures gouvernementales concernant l'utilisation des stationnements réservés aux juges de la Cour d'appel, de la Cour supérieure et de la Cour du Québec dans les palais de justice de la province. Sans aborder la question de son conflit d'intérêts, le juge saisi d'une demande de sursis accessoire à ces procédures prononce, dans le jugement par lequel il donne raison aux juges en chef, des conclusions explicites relativement au processus qui aurait pu conduire à sa récusation :

Déclare que cette Cour a compétence pour entendre et disposer de la présente requête pour émission d'une injonction interlocutoire provisoire et pour l'émission d'une ordonnance de sursis.

Déclare les articles 234 et 242 du Code de procédure civile inapplicables et inopérants dans la mesure où ils empêchent les requérants de faire valoir les droits et privilèges constitutionnels des juges de la Cour d'appel, Cour supérieure et Cour du Québec.

Réserve aux intimés le droit d'invoquer l'application de ces dispositions, si bon leur semble, plus tard.³⁰

Une étape additionnelle est donc franchie à cette occasion. Le jugement reprend la perspective utilisée par la Cour supérieure quelques années plus tôt et met l'emphase sur la possibilité, pour les juges ayant pris l'initiative du litige, de pouvoir faire valoir leurs droits devant le tribunal. Il en tire toutefois une conséquence inédite : ce jugement est le premier - et le seul - qui déclare inopérantes, dans un tel contexte, les dispositions législatives exigeant la récusation d'un juge en cas de conflit d'intérêts. Dans aucune partie du jugement on ne trouve de motifs expliquant cette conclusion, ni même une identification des

30. *Bisson c. Procureur général du Québec*, [1992] R.J.Q. 1947 à la p. 1959 (C.S.).

principes constitutionnels permettant au tribunal de déclarer ces dispositions législatives inopérantes. La position du tribunal n'en est pas moins claire : les droits et privilèges constitutionnels de la magistrature doivent pouvoir être exercés et l'obligation de récusation ne peut y faire échec. Cette prise de position explique peut-être qu'aucune demande de récusation n'ait été subséquemment formulée à l'égard du juge saisi du mérite du litige, qui donne lui aussi raison aux juges en chef³¹.

Divers litiges relatifs à l'autorité du juge en chef au sein du tribunal qu'il préside ont surgi au cours des dernières années au sein de certains tribunaux composés de juges de nomination provinciale, que ce soit en rapport avec l'assignation de fonctions judiciaires à des juges³², à propos du contrôle des sommes utilisées pour le perfectionnement professionnel³³, ou relativement aux pouvoirs du juge en chef en matière déontologique³⁴. Ces affaires ne présentaient cependant aucun véritable conflit d'intérêts institutionnel, d'une part parce que ce sont les tribunaux supérieurs de la province qui en étaient saisis, et non les tribunaux dont faisaient partie les juges en litige les uns avec les autres, et d'autre part en raison de l'encadrement législatif spécifique à chacun de ces divers tribunaux, qui réduit la portée des jugements qui découlent de tels litiges à l'égard des autres membres de la magistrature.

31. *Bisson c. Procureur général du Québec*, [1993] R.J.Q. 2581 (C.S.).

32. Au Québec, voir : *Ruffo c. St-Louis*, (26 mars 1999), Québec 200-05-009095-980, REJB 1999-11796 (C.S.); *Ruffo c. St-Louis*, (7 avril 2000), Québec 200-09-002563-994, REJB 2000-17702 (C.A.); *Ruffo c. St-Louis*, [2004] R.J.Q. 137 (C.S.). En Alberta, voir : *Reilly v. Wachowich*, (1999) 229 A.R. 218 (Q.B. Alb.), conf. par (1999) 228 A.R. 303 (C.A. Alb.); *Reilly v. Provincial Court of Alberta Chief Judge*, (2001) 192 D.L.R. (4th) 540 (C.A. Alb.). Au Nouveau-Brunswick, voir : *New Brunswick (Chief Judge of the Provincial Court) v. Mackin*, (1996) 134 D.L.R. (4th) 243 (C.A.N.-B.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1996] 3 R.C.S. x.

33. *Alberta (Provincial Court Judge) v. Alberta (Provincial Court Chief Judge)*, [2006] 9 W.W.R. 291 (Q.B. Alb.).

34. *Ruffo c. Gobeil*, [1989] R.J.Q. 1943 (C.S.).

Il en est cependant autrement d'une affaire reliée à la conduite du juge en chef de la Cour fédérale du Canada, survenue au milieu des années 1990. À cette époque, la structure de la Cour fédérale était la suivante : la Cour était séparée en une division de première instance et une division d'appel; le juge en chef présidait l'ensemble de la Cour, alors que le juge en chef adjoint présidait la division de première instance. Dans le cadre d'un dossier dont le juge en chef adjoint est saisi, en première instance, diverses communications interviennent entre le juge en chef de la Cour et un représentant du gouvernement fédéral, partie au litige. Le juge en chef fait part au juge en chef adjoint des préoccupations du gouvernement fédéral à propos des délais mis par le tribunal à traiter le dossier et le juge en chef adjoint s'engage à s'occuper du dossier avec diligence.

Saisie d'une demande de suspension des procédures par la partie tenue à l'écart de ces communications, la division de première instance de la Cour doit déterminer les conséquences juridiques de la conduite du juge en chef à l'égard du dossier dont le juge en chef adjoint est saisi. Pour ce faire, elle doit apprécier tant la conduite du juge en chef adjoint, par rapport aux délais mis à traiter le dossier, que celle du juge en chef de la Cour fédérale, en ce qui a trait à son intervention dans un dossier dont il n'est pas saisi. Cette question place donc dans une situation délicate le juge saisi de la demande de suspension, et ce, par rapport à chacun de ses deux juges en chef. Il conclut que l'ingérence du juge en chef de la Cour dans le dossier dont le juge en chef adjoint était saisi a fait perdre leur indépendance à l'ensemble des juges de la division de première instance et, en conséquence, ordonne la suspension des procédures³⁵.

Ce jugement est porté en appel devant la Cour d'appel fédérale. Tout comme le juge de première instance, mais d'une manière différente qui découle de leur propre position dans la hiérarchie de la cour, les juges de la Cour d'appel fédérale sont

35. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1996] 2 C.F. 729 (C.F. 1^{re} inst.).

aussi placés dans une situation délicate. De façon préliminaire, la Cour d'appel fédérale est appelée à décider si ses membres possèdent l'impartialité requise pour apprécier la conduite de leur juge en chef. Dans la décision qu'elle rend à ce propos, elle conclut qu'elle ne peut refuser d'exercer la compétence exclusive qui lui est attribuée par la loi à l'égard du jugement de première instance. Il existe cependant une divergence quant aux motifs utilisés par les juges pour parvenir à cette conclusion. L'un d'entre eux considère que la doctrine de la nécessité doit recevoir application :

It is a widely accepted and fundamental rule in the administration of justice that where a judge is interested in the result of litigation he or she cannot sit. This rule is subject to the operation of the common law doctrine of necessity (...).

As the position of the respondents is that all members of the Court are affected by the alleged bias and so disqualified from sitting, it is not possible to constitute another panel.³⁶

Un autre juge considère inutile le recours à cette doctrine, considérant qu'une personne raisonnable ne pourrait conclure que le besoin d'analyser la conduite du juge en chef rend inhabiles les juges saisis de l'appel, qui se trouvent être les trois plus anciens membres de la Cour³⁷. Au mérite de l'appel, la Cour d'appel fédérale casse le jugement de première instance³⁸, non sans que l'un des juges ne souligne la difficulté de conserver une nécessaire distance par rapport au dossier :

Il convient de prendre acte dès le départ du caractère particulièrement difficile de cette affaire étant donné son sujet et les circonstances inusitées qui en ont accompagné le déroulement devant la Cour. [...] Et enfin, le fait que les

36. *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) c. Tobiass*, (1997) 208 N.R. 49 au para. 19 (C.A.F.).

37. *Ibid.* aux para. 12-14.

38. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 1 C.F. 828 (C.A.F.).

agissements du juge en chef de cette Cour aient été mis en cause oblige à un surcroît d'efforts pour ne pas se voir personnellement engagé dans le débat.³⁹

La position embarrassante des juges de la Cour fédérale n'est pas commentée par la Cour suprême du Canada qui, en appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, considère que la suspension d'instance n'était pas le remède approprié, étant donné que les juges de la division de première instance autres que le juge en chef adjoint pouvaient décider du litige en toute indépendance⁴⁰.

La doctrine de la nécessité a aussi été mentionnée dans deux décisions de la Cour supérieure analysant la validité de certaines règles de pratique. Dans un cas, le tribunal était saisi d'une requête visant à faire déclarer nulles les dispositions des règles de pratique de la Cour supérieure et de celles de la Cour du Québec exigeant le port de la toge par les avocats. Considéré comme sérieux par l'une des parties, le problème résultant du fait que le tribunal était appelé à statuer sur la validité de ses propres règlements est résolu par la Cour supérieure par l'application de la doctrine de nécessité⁴¹. Dans l'autre cas, la Cour supérieure était saisie d'une demande visant à faire déclarer nulle une disposition de ses règles de pratique limitant la présence des caméras et la prise d'entrevues à des endroits spécifiques dans les palais de justice. N'ayant pas participé au processus ayant conduit à l'adoption de cette règle, le juge saisi du dossier considère qu'il n'a pas besoin de recourir à la doctrine de la nécessité pour justifier

39. *Ibid.* à la p. 840.

40. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391. Les juges de la Cour suprême du Canada n'étaient évidemment pas en conflit d'intérêts dans ce litige, qui concernait le fonctionnement interne d'un tribunal hiérarchiquement inférieur.

41. *Dury c. Procureur général du Québec*, (4 juin 2002), Montréal 500-05-070985-021, J.E. 2002-1396, au para. 4 (C.S.). La requête est rejetée par le tribunal.

sa compétence à trancher le litige, d'autant plus que les parties avaient consenti à ce qu'il se saisisse du dossier⁴².

2. LA DOCTRINE DE LA NÉCESSITÉ

Principe d'origine jurisprudentielle, la doctrine de la nécessité n'a reçu qu'une attention limitée de la part des auteurs⁴³. Ses fondements n'ont été identifiés que de façon sommaire et ses modalités d'application restent encore largement indéfinies.

2.1. Les fondements de la doctrine

L'énoncé le plus complet de la doctrine de la nécessité en droit canadien se trouve dans un arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans le cadre d'une série de litiges concernant la rémunération des juges de nomination provinciale de certaines provinces⁴⁴. Ayant décidé dans un arrêt précédent que le mode de fixation de leur rémunération ne respectait pas les exigences constitutionnelles, la Cour était alors appelée à déterminer la validité des jugements rendus par ces juges avant que ne soient mis en place le mécanisme constitutionnellement requis pour établir leur rémunération. Le problème soulevé dans ce litige avait donc trait à la valeur des jugements rendus par des tribunaux ne présentant

42. *Société Radio-Canada c. Procureur général du Québec*, [2006] R.J.Q. 2826 à la p. 2831 (C.S.). La contestation est rejetée, mais ce jugement a fait l'objet d'un appel.

43. Les auteurs se contentent le plus souvent de mentionner l'existence de la doctrine de la nécessité, sans autre analyse; à titre d'exemples : Shimon Shetreet, *Judges on Trial – A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publishing Company, 1976 à la p. 304. John O. Wilson, *A Book for Judges*, *supra* note 3 à la p. 29. Denis Ferland et Benoît Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2003 à la p. 388. Louis-Paul Cullen, «La récusation d'un juge saisi d'un litige civil», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, 215 à la p. 239; Bryden, *supra* note 3 aux pp. 579-580.

44. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î-P-É)*, *supra* note 16.

pas les garanties nécessaires d'indépendance et la Cour suprême du Canada y applique la doctrine de la nécessité non pour résoudre des situations de conflits d'intérêts au sein de la magistrature, mais pour pallier un manque d'indépendance judiciaire.

Les sources utilisées par la Cour suprême du Canada pour servir d'assise à ce principe sont pour la plupart étrangères au droit canadien. Elles ne traitent d'ailleurs pas toutes de conflits d'intérêts institutionnels : c'est notamment le cas d'un arrêt de la House of Lords⁴⁵ fréquemment cité par les tribunaux canadiens à titre d'autorité en cette matière, où la fonction exercée par le juge placé en situation de conflit d'intérêts se limitait à une simple formalité administrative⁴⁶. Néanmoins, la définition que la Cour suprême du Canada donne de la doctrine de la nécessité à cette occasion est suffisamment générale pour englober les situations de conflit d'intérêts :

La règle générale selon laquelle un juge qui n'est pas impartial est inhabile à entendre une affaire connaît une exception. Cette exception permet à un juge qui, sans elle, serait inhabile à connaître d'un litige d'entendre quand même cette affaire dans les cas où il n'y a pas de juge impartial en mesure de le remplacer. En effet, le droit reconnaît que, dans certaines situations, il est préférable

45. *Dimes v. The Proprietors of the Grand Junction Canal*, [1852] 3 H.L. Cas. 759. Pour pouvoir être portée en appel auprès de la House of Lords, une ordonnance d'injonction rendue par la Court of Chancery devait être enregistrée par le Chancelier, son président, qui était actionnaire de la compagnie ayant demandé l'émission de l'ordonnance d'injonction. C'est dans ce contexte que le tribunal invoque la doctrine de la nécessité pour justifier l'enregistrement de la décision par le Chancelier, seul membre de la cour apte à procéder à cet enregistrement (p. 787). Contrairement aux situations de conflit d'intérêts institutionnel, ce n'est donc pas en sa qualité de juge, mais à titre purement personnel, que le Chancelier était intéressé au litige.

46. «*It did not involve his making any decision on the merits of the case.*» : R.R.S. Tracey, *supra* note 7 à la p. 630.

d'avoir un juge qui n'est pas indépendant ni impartial plutôt que de ne pas avoir de juge du tout.⁴⁷

Cette définition est semblable à celle donnée par la doctrine canadienne et britannique. Le Conseil canadien de la magistrature présente cette doctrine de la façon suivante:

En vertu du principe de la nécessité, les juges qui devraient autrement se récuser peuvent entendre et décider une instance si l'omission de procéder risque d'entraîner une injustice. Tel pourrait être le cas si la remise ou l'avortement du procès causait des difficultés excessives ou si aucun autre juge n'était raisonnablement disponible qui ne serait pas lui-même inhabile à siéger.⁴⁸

L'un des rares auteurs ayant procédé à l'étude de cette doctrine en droit anglais la formule d'une manière similaire :

In the field of public law, the doctrine of necessity is invoked to allow an otherwise disqualified adjudicator to hear and dispose of a case when no other qualified person is available. The underlying principle has been said to be the prevention of «a failure of justice».⁴⁹

Aux termes de ces définitions, il appert que la présence cumulative de trois conditions est requise pour permettre l'application de la doctrine de la nécessité par un tribunal. En premier lieu, il doit exister un défaut irrémédiable concernant l'impartialité ou l'apparence d'impartialité du juge saisi du litige. Cette condition est présente dans les situations de conflit d'intérêts institutionnel puisqu'un juge a nécessairement intérêt dans un litige qui concerne le statut de la magistrature dont il fait partie. En second lieu, aucun autre juge présentant toutes les

47. Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î-P-É), *supra* note 16, para. 4.

48. Conseil canadien de la magistrature, *supra* note 3 à la p. 47, para. E.17; voir aussi p. 29, para. E.3.

49. Tracey, *supra* note 7 à la p. 628.

garanties d'impartialité, et qui pourrait être saisi du litige en temps opportun, ne doit être disponible. Cette condition est aussi présente dans les situations de conflit d'intérêts institutionnel, puisque tous les juges d'un même tribunal ont un intérêt semblable dans le litige. En troisième lieu, il ne doit exister aucun autre forum permettant de déterminer de manière appropriée les droits et les obligations des parties au litige. Cette condition est remplie lorsque le tribunal saisi du litige possède une compétence exclusive pour en décider. Il en résulte que l'application de la doctrine de la nécessité dans un contexte de conflit d'intérêts institutionnel est entièrement justifiée.

De toute évidence, la doctrine de la nécessité constitue un exercice de conciliation de deux valeurs fondamentales, mises en cause par les situations de conflits d'intérêts : d'une part, l'impartialité dont le tribunal doit faire preuve lorsqu'il entend et tranche des litiges; d'autre part, la primauté du droit, qui garantit à toute personne la possibilité de s'adresser à un tribunal pour faire valoir les droits dont elle est titulaire. Élaborée dans un cadre constitutionnel bien différent de celui que connaît aujourd'hui le Canada, la doctrine de la nécessité doit maintenant être façonnée en fonction du statut qu'occupent ces valeurs dans le système juridique canadien.

L'exigence d'impartialité représente à n'en pas douter la caractéristique la plus éminente des institutions judiciaires. Spécifiquement mentionnée à l'article 11 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁰, l'impartialité judiciaire fait aussi partie des principes de justice fondamentale protégés par l'article 7 de la *Charte*⁵¹, ainsi que des principes de justice naturelle⁵². À ce titre,

50. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11. L'article 11 d) prévoit que «*Tout inculpé a le droit [...] d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable*».

51. *Ibid.* L'article 7 prévoit que «*Chacun a le 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*».

elle représente «*l'une des obligations fondamentales des tribunaux de l'ordre judiciaire*»⁵³ et constitue le pivot des principes déontologiques qui encadrent la conduite des membres de la magistrature⁵⁴. Les cours de justice sont ainsi appelées à respecter «*les plus hautes normes d'impartialité*»⁵⁵. Un excès de compétence sanctionne le manquement du tribunal à cette obligation, quel que soit par ailleurs le mérite du jugement qui est rendu⁵⁶.

Depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour suprême du Canada a porté une attention particulière au contenu de cette notion. Elle a défini l'obligation d'impartialité comme signifiant que l'état d'esprit et l'attitude du juge relativement aux parties à un litige et aux questions qui y sont soulevées doivent être exempts de préjugés, réels ou apparents⁵⁷. L'impartialité vise ainsi à maintenir la confiance des justiciables dans leurs institutions judiciaires⁵⁸ et à faire en sorte que les jugements soient rendus conformément aux règles de droit, sur la base de la preuve entendue par le tribunal⁵⁹. Un juge doit aborder

52. *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869 aux pp. 882-883; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267 à la p. 296.

53. *Cie pétrolière impériale ltée c. Québec (ministre de l'Environnement)*, [2003] 2 R.C.S. 624 au para. 22.

54. Les principes déontologiques développés par le Conseil canadien de la magistrature à l'attention des juges de nomination fédérale traitent longuement de l'obligation d'impartialité : Conseil canadien de la magistrature, *supra* note 3 aux pp. 27-50. En ce qui concerne les juges de nomination provinciale au Québec, deux articles du *Code de déontologie de la magistrature*, R.R.Q. c. T-16 r. 4.1, traitent de ce sujet : l'article 5 énonce que le juge doit de façon manifeste être impartial et objectif et l'article 4 lui impose l'obligation de prévenir tout conflit d'intérêts.

55. *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484 aux para. 93, 118.

56. *Ibid.* à la p. 526.

57. *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673 à la p. 685; «*L'équité et l'impartialité doivent être à la fois subjectivement présentes et objectivement démontrées dans l'esprit de l'observateur renseigné et raisonnable*» : *R. c. S. (R.D.)*, *supra* note 55 à la p. 524.

58. *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259 à la p. 287-288 [*Wewaykum*].

59. *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 à la p. 282.

les litiges avec un esprit ouvert⁶⁰, demeurer désintéressé par rapport au résultat et être susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments qui lui sont soumis⁶¹. L'exigence d'impartialité lui impose de trancher les litiges qui lui sont soumis «*en toute liberté d'esprit, sans être influencé par des intérêts personnels et des pressions externes*»⁶².

L'une des conséquences du principe d'impartialité est qu'une personne ne peut agir comme juge dans sa propre cause ou décider d'un litige dans lequel elle a un intérêt personnel. Il existe un risque de conflit d'intérêts, selon le Conseil canadien de la magistrature, «*lorsque l'intérêt personnel du juge (ou de ses proches) s'oppose à son devoir de rendre la justice avec impartialité*»⁶³. La House of Lords résume ainsi cette règle capitale :

One of the cornerstones of our legal system is the impartiality of the tribunals by which justice is administered. In civil litigation the guiding principle is that no one may be a judge in his own cause : *nemo debet esse judex in propria causa*. It is a principle which is applied much more widely than a literal interpretation of the words might suggest. It is not confined to cases where the judge is a party to the proceedings. It is applied also to cases where he has a personal or pecuniary interest in the outcome, however small.⁶⁴

Les situations de conflits d'intérêts institutionnels placent les membres de la magistrature en contradiction manifeste avec l'exigence d'impartialité. La position délicate dans laquelle est placé le juge saisi d'un litige relié aux modalités de la fonction judiciaire est évidente. Elle a été décrite comme suit par l'un d'eux, au tournant des années 1980, à une époque où la doctrine de la

60. *Bande indienne Wewaykum*, *supra* note 58 à la p. 288.

61. *R. c. S. (R.D.)*, *supra* note 55 à la p. 528.

62. *Cie pétrolière impériale ltée c. Québec (ministre de l'Environnement)*, [2003] 2 R.C.S. 624 au para. 28.

63. Conseil canadien de la magistrature, *supra* note 3 à la p. 42, au para. E.2.

64. *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrates, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*, [1999] 2 W.L.R. 272 à la p. 288 (H.L.).

nécessité n'avait encore fait l'objet que d'une seule application en droit canadien dans un contexte de conflit d'intérêts institutionnel :

Avant de procéder à l'examen de ces questions, il m'incombe de déclarer l'intérêt que j'ai dans l'issue du litige. Lorsque, comme en l'espèce, un juge ayant un intérêt personnel dans l'issue du litige est néanmoins obligé d'instruire l'affaire parce qu'aucun autre juge désintéressé et ayant la compétence voulue n'est disponible, la tâche devient deux fois plus lourde. À cause de son intérêt personnel dans l'issue du litige, le juge, pour redoubler de prudence et par souci réel que justice soit faite en toute impartialité, est obligé de se prémunir contre le danger de pencher indûment en faveur du point de vue opposé à cet intérêt ainsi que contre le danger d'être inconsciemment influencé par celui-ci. C'est là un numéro d'équilibriste qui demande des acrobaties de jugement et d'introspection morale, talent que bien peu de personnes possèdent et qu'encore moins sont appelées à exercer. Enfin, aussi consciencieusement que la tâche soit accomplie, il reste toujours la possibilité réelle qu'aux yeux du citoyen ordinaire, cela semblera être rien de moins que de l'inceste judiciaire.⁶⁵

Une décennie plus tard, alors que le nombre de litiges relatifs au statut de la magistrature a déjà commencé à augmenter, un juge de la Cour supérieure exprime encore des préoccupations similaires :

Enfin, les défendeurs n'ont pas soulevé l'application des articles 234 à 242 du Code de procédure civile concernant la récusation. Cependant, je réalise que j'ai une tâche bien délicate et que pour l'accomplir je dois mettre de côté ma propre conception des événements pour ne m'en tenir qu'aux faits qui m'ont été prouvés.⁶⁶

65. *Beauregard*, *supra* note 12 aux pp. 549-550.

66. *Bisson c. Procureur général du Québec*, [1993] R.J.Q. 2581 à la p. 2586 (C.S.).

Que le conflit d'intérêts existe parce que le juge bénéficie directement des conclusions que renferme son jugement, ou parce que les principes de droit dont il s'inspire encadrent son propre statut de juge, il lui manque la distance et le détachement nécessaires pour lui permettre, à tout le moins en apparence, de parvenir à cette entière impartialité qui commande le respect des justiciables. De plus, même en maintenant la plus stricte indépendance, il doit être particulièrement difficile pour un juge de faire complètement abstraction des effets que son jugement peut produire à l'égard de ses collègues et de risquer ainsi leur réprobation. Cet élément est caractéristique aux conflits d'intérêts institutionnels : le jugement produit ses effets au sein même de la collectivité à laquelle est socialement rattaché le juge qui le prononce.

La primauté du droit est consacrée par la *Charte canadienne des droits et libertés* comme un principe fondamental de la société canadienne⁶⁷. Le statut constitutionnel de ce principe, qui s'impose au pouvoir judiciaire⁶⁸, apparaît donc incontestable⁶⁹. Diversement apprécié par les auteurs⁷⁰, sa signification n'a pas encore été précisément fixée par la jurisprudence⁷¹. On peut

67. Le préambule de la *Charte*, *supra* note 50, énonce ainsi que «*le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit*».

68. *Colombie-britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473 à la p. 498.

69. *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 à la p. 750.

70. Les auteurs donnent au principe de la primauté du droit une portée très variable. À titre d'exemple des différentes conceptions qui ont été proposées pour en déterminer le contenu, voir : Allan C. Hutchinson et Patrick Monahan, *The Rule of Law - Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1987; Daniel Mockle, «L'état de droit et la théorie de la rule of law», (1994) 35 C. de D. 823; Luc B. Tremblay, «La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit», (1994) 39 R.D. McGill 101; Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002 à la p. 679 et s.; Warren J. Newman, «The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation», (2004-2005) 16 R.N.D.C. 175 ;Peter W. Hogg et Cara F. Zwibel, «The rule of law in the Supreme Court of Canada», (2005) 55 Univ. of Toronto. L. J. 715.

71. L'arrêt de principe de la Cour suprême du Canada à propos de la primauté du droit ne contient qu'une description assez générale de son contenu :

considérer la primauté du droit comme le principe fondateur du droit, celui qui sert à implanter le système juridique dans la société et à assurer sa prépondérance. Ce principe sert donc d'assise commune à l'ensemble des règles de droit. Par voie de conséquence, il fonde l'autorité des divers mécanismes destinés à établir les règles de droit, à les mettre en œuvre et à les faire respecter par les justiciables.

Le principe de la primauté du droit n'a fait l'objet que de quelques applications concrètes dans la jurisprudence⁷². L'une d'elles consiste à faire de ce principe le fondement du droit des justiciables de s'adresser à un tribunal pour faire valoir leurs droits. Initialement invoqué pour empêcher toute entrave à l'accès aux lieux où siègent les cours de justice⁷³, le principe de la primauté du droit est aussi utilisé pour garantir aux justiciables la possibilité de saisir un tribunal afin d'exercer un recours⁷⁴. C'est précisément ce volet de la primauté du droit qui est affecté par les règles qui forcent la récusation des membres d'un tribunal, lorsque de telles règles ont pour conséquence de rendre inhabiles l'ensemble des juges qui possèdent la compétence de trancher le litige.

En tant que sujet de droit, le juge est titulaire de certains droits et il est aussi redevable de certaines obligations, qui trouvent leur source dans divers principes constitutionnels, dans des dispositions législatives et dans la *common law*. Il est donc néces-

Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721 aux pp. 747-752.

72. À ce sujet, voir : Luc Huppé, «La concrétisation de la primauté du droit dans l'ordre juridique», (1997) 38 C. de D. 805.

73. *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214 à la p. 230.

74. *Fraternité des préposés à l'entretien des voies – Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495 aux pp. 501-502; à ce sujet, voir aussi : *Société de développement de la Baie James c. Compagnie de construction et de développement cris Ltée*, [2001] R.J.Q. 1726 à la p. 1730 (C.A.); *Leroux c. La Reine*, (19 février 2007), Montréal 500-10-003550-066, J.E. 2007-507 au para. 14 (C.A.); *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21 au para. 16.

saire que les personnes concernées par ces droits et ces obligations – et au premier chef les juges eux-mêmes – disposent de la possibilité de s'adresser à un tribunal pour exercer, en cas de conflit, les recours qui y sont afférents. Les règles de récusation ne peuvent, sans contrevenir au principe de la primauté du droit, faire échec à cette faculté et priver les juges ou leurs opposants de l'accès à un tribunal. La possibilité de saisir un tribunal pour faire valoir ses droits constitue une composante tellement essentielle au système juridique que la validité des mesures susceptibles d'y faire échec pourrait être attaquée⁷⁵. Quels que soient les objectifs qui inspirent de telles mesures, et même lorsqu'elles sont fondées sur un principe aussi important que la préservation de l'impartialité judiciaire, elles ne peuvent avoir pour conséquence d'écartier totalement l'accès à un tribunal.

La doctrine de la nécessité trouve donc son fondement dans le principe de la primauté du droit⁷⁶. Dans le contexte des conflits d'intérêts institutionnels, elle vise à garantir aux juges et aux autres justiciables affectés par des différends concernant la fonction judiciaire l'existence d'un recours devant un tribunal pour y mettre fin⁷⁷. Cette doctrine apparaît en outre indispensable pour pré-

75. Bien que le tribunal n'ait pas exprimé de motifs en ce sens, on peut expliquer de cette façon la conclusion prononcée par la Cour supérieure dans *Bisson c. Procureur général du Québec*, [1992] R.J.Q. 1947 à la p. 1959 (C.S.), déclarant inopérants les articles 234 et 242 du *Code de procédure civile* dans la mesure où ils empêchent les juges de faire valoir leurs droits et leurs privilèges constitutionnels.

76. C'est aussi l'idée exprimée sans autres détails par la Cour suprême du Canada : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, *supra* note 16 au para. 6.

77. Le droit américain reconnaît pareillement que le but de la doctrine de la nécessité est de réaliser le droit des justiciables à un forum : Debra Lyn Bassett, «Recusal and the Supreme Court», (2004-2005) 56 *Hastings L. J.* 657 à la p. 682; S.E. BLOOM, *Judicial Bias and Financial Interest as Grounds for Disqualification of Federal Judges*, (1984-1985) 35 *Case Western Reserve Law Review* 662 aux pp. 679-680; John Leubsdorf, «Theories of Judging and Judge Disqualification», (1987) 62 *N.Y.U.L. Rev.* 237 à la p. 241. La décision de principe relative à la doctrine de la nécessité en droit américain émane de la Cour suprême des États-Unis. Elle découle d'un litige dans lequel divers juges de cours de district avaient intenté, devant une cour de district, une action visant à faire invalider des dispositions lé-

server l'égalité entre les justiciables : tout comme leurs concitoyens, les juges doivent être assujettis à des règles de droit dont la sanction relève des institutions judiciaires de l'État. La volonté d'assurer une justice impartiale ne peut être portée au point où une partie des justiciables pourraient être privés de la possibilité de s'adresser à des instances judiciaires pour faire trancher les litiges qui les touchent. Il serait paradoxal que ceux-là même qui exercent des fonctions judiciaires soient, lorsque surviennent des litiges relatifs à la charge qu'ils occupent, exclus du bénéfice que procure à la société l'existence de tribunaux.

2.2. Les modalités de la doctrine

Les principes juridiques destinés à maintenir l'impartialité judiciaire doivent donc faire l'objet de certains aménagements, dans la mesure requise pour permettre la réalisation effective de la primauté du droit. Telle est la raison d'être de la doctrine de la nécessité. Toutefois, cette doctrine doit elle-même être assortie de certaines modalités, lorsqu'elle est invoquée dans le cadre d'un conflit d'intérêts institutionnel, afin de porter le moins possible atteinte à l'impartialité judiciaire. En effet, étant donné le statut constitutionnel de l'obligation d'impartialité, la doctrine de la nécessité ne peut trouver de légitimité qu'en minimisant les entorses qu'elle y apporte. Bien qu'elle soit justifiée par le principe de la primauté du droit enchâssé dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette règle de *common law* doit néanmoins demeurer compatible avec l'ensemble des dispositions de la Constitution canadienne.

Ce volet est pour l'instant peu développé. Deux limites très générales ont été posées par la Cour suprême du Canada à l'application de la doctrine de la nécessité⁷⁸ : elle ne s'applique pas dans les cas où elle entraînerait une injustice substantielle et elle ne doit être appliquée que dans la mesure justifiée par la nécessi-

gislatives touchant leur rémunération : *United States v. Will*, 449 U.S. 200 (1980).

78. Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î-P-É), *supra* note 16 au para. 7.

té. De façon concrète, des règles plus précises peuvent sans doute être formulées; les divers jugements qui ont eu recours à cette doctrine dans le contexte spécifique des conflits d'intérêts institutionnels fournissent d'ailleurs certaines pistes de réflexion à ce sujet.

On peut poser comme première modalité que le juge qui considère la possibilité d'invoquer la doctrine afin de demeurer saisi d'un litige doit d'abord envisager les autres voies de recours qui s'offrent aux parties. La protection offerte par la primauté du droit ne garantit pas l'accès à un tribunal spécifique, non plus qu'elle n'accorde aux parties le choix absolu du tribunal, s'il en existe plusieurs compétents. Elle vise plutôt à assurer aux justiciables le bénéfice d'une instance judiciaire pour trancher les litiges qui les concernent.

Le Canada possède une structure judiciaire composée de nombreuses instances, de sorte que si le litige qui suscite un conflit d'intérêts institutionnel entre également dans la compétence d'un tribunal présentant une meilleure garantie d'impartialité que celui qui en est saisi, il devrait lui être référé. C'est vraisemblablement dans cet esprit qu'un juge de la Cour supérieure s'est informé de l'intention du gouvernement du Québec, partie aux procédures dont il était saisi, quant à la possibilité de procéder à un renvoi auprès de la Cour d'appel relativement aux questions faisant l'objet du litige, qui ne touchaient que les juges de la Cour supérieure⁷⁹. Pour le tribunal saisi du litige, il ne serait toutefois approprié de décliner sa compétence et de renvoyer le dossier à un tribunal possédant une compétence concurrente à la sienne que dans la mesure où les juges de cet autre tribunal ne sont pas eux-mêmes placés dans une situation de conflit d'intérêts ou encore si le conflit d'intérêts s'y manifeste de façon moins prononcée.

Si le litige relève de la compétence exclusive du tribunal qui en est saisi, mais qu'il s'agit d'un tribunal hiérarchiquement infé-

79. *Gold c. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2924 (C.S.).

rieur, assujetti au pouvoir de contrôle et de surveillance, il pourrait sembler préférable que le litige soit renvoyé au tribunal de droit commun. En effet, en raison du statut constitutionnel de l'obligation d'impartialité, la validité des dispositions législatives qui attribuent une compétence exclusive à un tribunal inférieur qui ne peut présenter des garanties objectives d'impartialité en raison du conflit d'intérêts de l'ensemble de ses membres pourrait peut-être être mise en doute. De plus, à la différence de nombreux sujets relevant des tribunaux administratifs, les questions soulevées par le statut juridique des juges des tribunaux hiérarchiquement inférieurs ne présentent pas un degré de spécialisation tel que le tribunal de droit commun ne puisse en traiter.

Une autre modalité de la doctrine de la nécessité concerne le choix du juge chargé de décider du litige. En présence d'un conflit d'intérêts institutionnel, il pourrait parfois être souhaitable qu'un juge extérieur au tribunal soit désigné pour entendre le litige, que ce soit un juge nommé *ad hoc* ou le membre d'un autre tribunal, en autant que le motif de récusation ne le rende pas lui-même inhabile. La désignation de juges suppléants à la Cour fédérale du Canada, dans certains dossiers présentant un conflit d'intérêts institutionnel⁸⁰, allait clairement en ce sens. Bien que ce mécanisme existe aussi dans la législation québécoise, il est limité à la Cour d'appel et ne permet d'y adjoindre que des juges de la Cour supérieure⁸¹. Une modification législative serait donc nécessaire pour permettre une application plus large de ce mécanisme devant les tribunaux québécois.

80. *Addy*, *supra* note 21; *Muldoon*, *supra* note 26.

81. L'article 514 du *Code de procédure civile* permet au juge en chef de la Cour d'appel de demander au juge en chef de la Cour supérieure de lui désigner un ou plusieurs juges de cette cour pour siéger à la Cour d'appel afin d'assurer la bonne expédition des affaires dont elle est saisie. L'application de ce mécanisme a été envisagée dans un cas de conflit d'intérêts : *A. c. B.*, *supra* note 6 au para. 32. L'article 12 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q. c. T-16, envisage aussi la nomination de juges suppléants à la Cour d'appel, mais seulement en cas de congés, d'absence ou de maladie.

Un juge d'expérience, rompu par sa carrière à l'exigence d'impartialité, est sans doute le mieux placé pour résister à la pression que produit un conflit d'intérêts. Dans un dossier où l'impartialité des membres de la Cour d'appel fédérale était remise en doute en raison d'un conflit d'intérêts, l'un des juges rappelait ainsi que les trois plus anciens membres du tribunal avaient été désignés pour trancher le litige⁸². Il est cependant difficile d'exercer quelque contrôle extérieur que ce soit à ce sujet. En effet, la prérogative de désigner un juge pour entendre une affaire appartient au juge en chef du tribunal. Les assignations des juges font partie de l'indépendance administrative du tribunal⁸³ et la jurisprudence a aussi clairement établi qu'on ne peut s'enquérir des raisons qui font en sorte qu'un juge est affecté à un dossier⁸⁴. C'est donc au juge en chef du tribunal qu'incombe la responsabilité de favoriser la plus grande impartialité possible lorsqu'il désigne le juge chargé d'entendre un litige présentant un conflit d'intérêts institutionnel.

Trois aspects de la motivation des jugements rendus dans un contexte de conflit d'intérêts institutionnel méritent plus particulièrement l'attention. Le premier a trait à la divulgation du conflit d'intérêts dans lequel se trouve le juge. Cette pratique, suivie dans certains jugements⁸⁵ et conforme aux règles générales encadrant la récusation⁸⁶, devrait être généralisée par souci de transparence. Qu'on lui demande ou non de se récuser, le juge saisi du litige devrait divulguer la nature et l'étendue de son conflit d'intérêts, particulièrement lorsqu'il est susceptible de tirer un avantage direct du jugement qu'il est appelé à rendre. Certaines circonstances peuvent cependant le dispenser d'une telle divulga-

82. *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) c. Tobliss*, *supra* note 36 au para. 14.

83. *Valente c. La Reine*, *supra* note 57 à la p. 709.

84. *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796 aux pp. 831-834.

85. À titre d'exemple : *Beauregard*, *supra* note 12 aux pp. 549-551.

86. Ainsi, l'article 236 du *Code de procédure civile* énonce que le juge qui connaît une cause valable de récusation le concernant est tenu, sans attendre qu'elle soit proposée, de la déclarer par un écrit versé au dossier et d'en informer le juge en chef; à ce propos, voir aussi : Conseil canadien de la magistrature, *supra* note 3 à la p. 46, aux para. E.11 - E.12.

tion : par exemple, un litige relatif à l'application d'une règle de droit ancienne et bien établie comme l'immunité judiciaire, ou encore un dossier mettant en cause un sujet - comme l'indépendance judiciaire - à propos duquel l'intérêt personnel du juge est évident dans le cadre du litige dont il est saisi.

Le second concerne les raisons qui portent le juge à avoir recours à la doctrine de la nécessité : elles devraient être explicitement énoncées dans le jugement afin, le cas échéant, qu'un tribunal de niveau supérieur puisse apprécier l'opportunité de l'application qui en a été faite. Le troisième aspect se rapporte au mérite du litige : la motivation du jugement devrait être obligatoire. Certaines dispositions du *Code de procédure* civile imposent aux tribunaux judiciaires de première instance et d'appel l'obligation de motiver leurs jugements⁸⁷. Elles font échec à la règle de *common law* qui, en principe, n'impose en effet à un tribunal judiciaire aucune obligation de motiver ses décisions⁸⁸. Les motifs de jugement permettent entre autres de vérifier que le tribunal a rendu sa décision suivant la preuve et qu'il a appliqué les règles de droit. Cette fonction de la motivation des jugements est particulièrement importante dans le contexte d'un conflit d'intérêts, puisque tel est précisément aussi l'un des objectifs de l'obligation d'impartialité⁸⁹. Une même finalité inspire les deux principes, de sorte que l'impossibilité d'assurer pleinement la réalisation de l'un de ces principes - l'exigence d'impartialité - de-

87. Art. 471 et 519 C.p.c.

88. À ce sujet, voir Luc Huppé, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 2000 aux pp. 132-136. Il existe cependant une obligation de motiver les jugements rendus en matière criminelle : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869.

89. «Je souligne que les principes d'indépendance et d'impartialité visés à l'al. 11 d) ont un double objectif : premièrement, s'assurer que la personne est jugée par un tribunal qui n'est aucunement partial et qui est apte à rendre une décision fondée seulement sur la preuve dont il est saisi, conformément à la loi. Le décideur ne devrait pas être influencé par les parties ni par des forces extérieures, sauf dans la mesure où il est convaincu par les arguments et les plaidoiries portant sur les questions de droit en litige» : *R. c. Généreux*, *supra* note 59 aux pp. 282-283.

vrait en toute logique accentuer la portée de l'autre – l'obligation de motivation – afin de favoriser l'atteinte de leur objectif commun.

Dans certains cas, l'appel peut permettre de contrebalancer l'existence d'un conflit d'intérêts au sein du tribunal de première instance, lorsque le conflit d'intérêts n'affecte pas les juges du tribunal d'appel⁹⁰. Le mécanisme d'appel permet alors de corriger tout manquement à l'exigence d'impartialité ayant pu se produire au sein du tribunal subordonné. Les règles déterminant la possibilité de se pourvoir en appel devraient donc recevoir une interprétation souple lorsque le tribunal d'appel ne se trouve pas dans la situation de conflit d'intérêts qui afflige le tribunal de première instance⁹¹. Il devrait en être de même en ce qui concerne la norme de contrôle utilisée par le tribunal d'appel pour réviser le jugement de première instance rendu par un juge placé dans une situation de conflit d'intérêts institutionnel.

Les institutions judiciaires disposent donc d'une certaine latitude dans l'encadrement des modalités d'application de la doctrine de la nécessité. Outre la détermination des conditions qui permettent d'y avoir recours, plusieurs mesures sont à leur portée pour atténuer les effets, négatifs pour l'apparence d'impartialité du tribunal, qui découlent de l'impossibilité d'empêcher un conflit d'intérêts. Toutefois, d'autres mesures leur échappent et dépendent de la bonne volonté du législateur.

CONCLUSION

L'existence ponctuelle de situations de conflit d'intérêts institutionnels n'est pas une caractéristique propre aux institutions judiciaires. Les parlementaires qui fixent leur propre rémunération au moyen d'une loi ou qui s'accordent le bénéfice d'une im-

90. Une illustration en est fournie dans les arrêts suivants : *The Judges*, *supra* note 10; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, *supra* note 40.

91. Ainsi, lorsque le droit d'appel du jugement est assujéti à une permission préalable du tribunal d'appel, elle devrait en principe être accordée. À titre d'exemple : *Gold*, *supra* note 29.

munité de poursuite dans l'exercice de leurs fonctions, par exemple, se trouvent aussi dans une situation de conflit d'intérêts. Aucune doctrine de la nécessité ne semble nécessaire pour asseoir la légitimité des décisions qu'ils prennent dans de tels contextes.

Le législateur peut certes exercer les pouvoirs qu'il possède, même lorsque les membres des assemblées législatives en sont les bénéficiaires directs. Aucune autre instance ne peut d'ailleurs se substituer à lui pour légiférer à ce propos. En principe, il ne devrait pas en être autrement lorsque les autres institutions de l'État exercent les pouvoirs dont elles sont investies : ces pouvoirs visent l'ensemble des justiciables assujettis à la compétence de l'institution y compris, parfois, ses propres membres.

Si les conflits d'intérêts présentent un aspect particulier au sein de la magistrature, c'est en raison du fait que l'exigence d'impartialité y est plus prononcée que dans les autres institutions, et qu'elle constitue même la qualité première de la fonction judiciaire. C'est pourquoi la doctrine de la nécessité développée par la jurisprudence pour faire face aux situations de conflits d'intérêts doit être appuyée sur des motifs qui prêtent le moins possible à la contestation, et encadrée par des modalités qui en réduisent au maximum les inconvénients. Autant les juges que l'ensemble des justiciables ont intérêt à ce que sa légitimité demeure indiscutable.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'IMPUTABILITÉ EN DROIT CRIMINEL CANADIEN DES
COMPOTEMENTS INDUITS PAR LES ANTIDÉPRESSEURS

Auteur(s) : Christian SAINT-GERMAIN

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 1

Pages : 167-214

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11555>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11555>

Page vide laissée intentionnellement.

L'IMPUTABILITÉ EN DROIT CRIMINEL CANADIEN DES COMPORTEMENTS INDUITS PAR LES ANTIDÉPRESSEURS

par Christian SAINT-GERMAIN*

Prenant acte de l'augmentation constante de la consommation d'antidépresseurs au Canada, cet article remet en cause les représentations du fonctionnement de l'esprit en droit criminel canadien. Il questionne l'anthropologie pénale sous-jacente à l'usage de termes clés - intention, volonté, conscience - au soutien des mécanismes rhétoriques à la base de l'imputabilité. De fait, il met en relief le caractère vétuste et inexplicité des utilisations que fait le droit criminel de ces termes en regard des développements de la psychologie moderne et des philosophies de l'esprit. À quoi renvoient dans la modernité des expressions comme «intention coupable», «état d'esprit blâmable»? À quel concept philosophico-juridique d'«esprit», de conscience ou de volonté, le droit criminel canadien fait-il référence dans sa pratique? Ce texte développe finalement une critique quant à la conservation du libre arbitre, notion qui, à l'instar de l'imputabilité, conserve des relents théologiques qui ne sont plus à la mesure de la condition de l'homme moderne. Il ouvre également une piste sur la manière de pondérer les passages à l'acte sous influence de psychotropes.

Noting a constant increase in the use of antidepressants in Canada, the writer calls into question representations relating to the pertinence of certain underlying principles or values followed in Canadian Criminal law, particularly assumptions surrounding certain notions such as intent, will and awareness in assessing imputation. The writer underscores the timeworn applications of these notions in Criminal Law in comparison to recent developments in psychology and in philosophy of mind. To what does one allude in the context of modernism when one utilizes expressions such as «guilty intent» or «blameworthy state of mind»? To what does the criminal law refer when it uses words such as «consciousness» or «will». This text criticizes the commonly held understanding of the notion of free will, which, like imputation, relates to concepts of theological origin which are no longer adapted to present day situations. It also discusses how to assess or evaluate actions performed under the influence of psychotropic drugs.

*. L'auteur est juriste et professeur titulaire spécialisé en éthique au département de Philosophie de l'Université du Québec à Montréal.

SOMMAIRE

Hypothèse générale	177
La notion d'automatisme	181
Arc réflexe et automatisme	185
Sociétés dépressives et effets des psychotropes	191
Libre arbitre et désinhibition motrice des sujets	193
L'imputabilité en regard des mouvements d'humeur	200
Le sujet instable	203
Description d'états d'esprit et langage	205
Le legs théologique insolite en droit pénal	206

Une science simplement empirique du droit [...] est une tête qui peut être belle; mais il n'y a qu'un mal : elle n'a pas de cervelle. Emmanuel Kant, *Doctrine du droit*, Paris, Vrin, 1971, p. 103-104.

Sans être téméraire, ce texte est audacieux. Sous la pression des mutations du contexte social, la prolifération de l'usage des psychotropes, il propose un remaniement de la compréhension du sujet *imputable* en droit pénal. Cette remise en cause du lieu subjectif impose la mise en examen de notions clés du droit. Il en va ici d'une reconsidération radicale de l'anthropologie juridique pénale et de la psychologie idéaliste qui, à travers les fictions¹ subjectives de la volonté, de l'intention et du libre arbitre, en gouverne la compréhension. Cette opération se caractérise par l'application d'un autre type de pondération quant aux conceptions juridiques de la liberté d'action. Il s'agit d'évaluer comment certaines catégories d'actes criminels devraient désormais se rapporter ou s'accorder à un *sujet sous influence*.

Un des événements majeurs dans l'histoire de la subjectivité occidentale est l'apparition discrète, bien que statistiquement croissante, de la consommation d'antidépresseurs

1. Jeremy Bentham, *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, Paris, Seuil, 1997 aux pp. 87, 11. (Nous retenons de la notion de fiction, la valeur essentiellement utile en droit qu'en donne Jeremy Bentham en ces termes : «Une association s'étant ainsi établie entre l'idée d'un nom et celle de la réalité de l'objet auquel il s'appliquait, une connexion aussi intime a engendré une propension très naturelle à attribuer une réalité à tout objet ainsi désigné, en un mot à imputer une réalité aux objets désignés par des mots qui ne pourraient être considérés, après un examen scrupuleux, que comme autant de noms d'entités fictives». «On désigne désormais ainsi le savoir qu'il est possible de produire sur des notions que le langage seul permet de poser, mais qui ne correspondent directement à aucun espèce d'objets empiriques et dont l'idéalité même ne va pas sans contradictions. Existants sur le mode du «comme si», elles n'en sont pas moins indispensables dans tous les secteurs d'activité, théorique et pratique»).

à des fins médicales². Plus exactement, l'avènement d'un fait social qui propage, établit une norme de confort psychique assimilée par l'ordre médico-pharmaceutique moderne à l'équilibre intérieure et à la santé mentale. Une certaine quantité de souffrances individuelles n'est désormais plus socialement acceptable³. Évidemment, la nature particulière des inconforts et des vicissitudes de natures psychiques ne peut être complètement mesurée⁴. Il n'en demeure pas moins que la «tendance lourde» des sociétés avancées est de minimiser sous le mode de l'analgésie généralisée l'expérience humaine⁵. Ce dispositif pharmacologique dans lequel se reconfigure la subjectivité n'est pas une situation

-
2. «Growth in Retail Prescriptions Slows in 2004» (4 mars 2005), en ligne : IMS <http://www.imshealthcanada.com/web/content/0,3148,77303623_63872702_77770096_77809159,00.html>. (Depression continues to be Canada's fastest-rising diagnosis made by office-based physicians (excludes hospitals). During the last 10 years (1994-2004), visits for depression have almost doubled. Canadians aged 40 to 64 made 57% of all visits for depression in 2004).
 3. Robert Redeker, *Dépression et philosophie Du mal du siècle au mal de ce siècle*, Paris, Éditions Pleins Feux, Nantes, 2007 à la p. 14. (Comme le souligne Robert Redeker : «Ainsi, la norme évolue : ce qui peut, physiologiquement, peut paraître normal à certaines époques, du fait probablement qu'il est impossible de s'y opposer, peut devenir maladif à des époques suivantes. Donnons un exemple de ce jeu de la norme physiologique : normales naguère encore, et même sacralisées, les souffrances de l'accouchement paraissent aujourd'hui nettement moins acceptables. Ces souffrances cheminent sur la voie de leur dénormalisation»).
 4. Serban Ionescu, *14 approches de la psychopathologie*, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 2006 à la p. 56. (Il existe toutefois un certain nombre de moyen d'évaluer, d'apprécier objectivement la sévérité du vécu dépressif. La méthode la plus connue est sans doute la mesure d'Aaron Beck, communément appelée «Échelle de Beck»).
 5. *Ibid.* (Il existe toutefois un certain nombre de moyen d'évaluer, d'apprécier objectivement le vécu dépressif. La méthode la plus connue est sans doute la mesure d'Aaron Beck, communément appelée «Échelle de Beck»).

passagère, un «effet de mode», mais le «pli» singulier que notre époque fait prendre à un nombre toujours plus important de sujets⁶.

Ce sujet de droit d'un genre nouveau apparaît dans des circonstances pharmacologiques particulières. Il n'est plus dans un rapport de «spontanéité» ordinaire avec son action, et donc susceptible d'un jugement d'attribution, mais il est soumis aux lois de la biologie modifiées par la prise d'une substance thérapeutique, médicament ou drogue⁷. Autrement dit, sans être ni aliéné mental au sens strict, ni même intoxiqué, le sujet de

-
6. Francis Fukuyama, *La fin de l'homme Les conséquences de la révolution biotechnique*, Paris, Gallimard, 2004 aux pp. 101-102. (Ce pli est imprimé par le continuum pharmaceutique qui désormais enserme les comportements depuis une reformulation moléculaire de la condition psychique des individus : «Il existe une symétrie déconcertante entre le Prozac et la Ritaline. Le premier est prescrit pour les femmes déprimées manquant d'estime de soi : il leur donne davantage de sentiment du mâle alpha qui accompagne les hauts niveaux de sérotonine. La Ritaline, de son côté, est largement administrée aux jeunes garçons qui ne veulent pas rester tranquilles en classe, parce que la nature ne les a jamais programmées à cette fin. D'un côté comme de l'autre, les deux sexes sont ainsi orientés vers une personnalité androgyne moyenne, satisfaite d'elle-même et socialement conciliante c'est-à-dire le courant «politiquement correct» de la société américaine moyenne. (...) Ces deux psychotropes paraissent bien plus efficaces que la socialisation de l'enfance à l'ancienne et les thérapies bavardes du freudisme ne l'ont jamais été. Leur usage s'est répandu à des millions et des millions de gens à travers le monde, suscitant beaucoup de controverses sur leurs conséquences à long terme pour la santé du corps, mais - curieusement - aucune discussion à propos de ce qu'ils impliquent sur notre compréhension conventionnelle de l'identité et du comportement moral de l'individu». L'emphase est de nous).
 7. Mathieu Gagné, *Le droit des médicaments*, Cowansville, Yvon Blais, 2005 à la p. 3.
(«Il semble que les tribunaux utilisent indistinctement les notions de «médicament» et «drogue» pour décrire les substances thérapeutiques»).

droit n'est plus «ni tout à fait lui-même ni tout à fait un autre». Son rapport à l'ipséité⁸, à la continuité d'un moi identique n'est plus cet état *normal* qui permet au régime juridique commun d'imputer à chacun, à «quiconque», les conséquences de ses actes.

Les cas limites issus de cette transformation radicale du sujet de droit responsable amènent à réexaminer la psychologie implicite au raisonnement incriminateur en droit pénal. Ils permettent en outre de constater le caractère vétuste de la philosophie descriptive à la source des analyses de comportement et à s'interroger sur l'une des composantes essentielles à l'existence d'un crime. La *mens rea* est-elle ou non, «substantiellement», modifiée par la présence de la dépression nerveuse et l'addition de la prise de psychotropes?

Depuis cette situation biologique, comment peut-on imaginer, la possibilité qu'un accusé puisse avoir l'*intention spécifique* de commettre les crimes graves qui la nécessite? Dans la rencontre de divers régimes de normativité⁹ et sous la contrainte de la modernité¹⁰, le droit criminel n'est-il pas constamment requis de fournir les règles nouvelles d'une grammaire de l'imputation¹¹?

8. Paul Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990 à la p. 198. (Sur la question de l'ipséité).

9. Ceux qui concernent la santé mentale et les exigences du droit.

10. Danilo Martucelli, *Grammaires de l'individu*, Paris, Gallimard, 2002 aux pp. 396,402. («L'individu n'est pas un être isolé, mais l'ensemble des conditions objectives dans lesquelles il est produit. (...) L'individu n'a pas de positions fixes, mais une série de positions partielles, dont la décentration atteint des proportions telles qu'il ne peut plus prétendre à une quelconque unité du soi»).

11. Jean-Pierre Clero et Christian Laval, *Le vocabulaire de Bentham*, Paris, Ellipses, 2002 à la p. 8. (N'a-t-on d'ailleurs jamais su penser la subjectivité, autrement ou ailleurs, que dans le champ trompeur de la métaphore grammaticale? Jeremy Bentham note à cet égard que : «La syntaxe, qui permet des actes mentaux et en rend difficiles, voire en

Aux fins de l'analyse juridique, il s'agit de saisir ici la condition d'un sujet qui ne consomme pas à des fins récréatives des stupéfiants mais d'un individu qui tente le plus souvent, sous prescription médicale, de réintégrer le monde du travail après un ou plusieurs épisodes dépressifs. Ce changement de condition existentielle - éventuellement celui d'un individu continûment sous influence - dans la vie quotidienne des sujets n'est pas sans conséquence juridique si l'on considère que les molécules antidépressives interviennent spécifiquement sur les centres psychiques qui poussent à agir. Dans ce contexte, la représentation du concept juridique d'intention permettant d'enclencher le mécanisme de la culpabilité correspond-elle encore à l'expérience contemporaine de la subjectivité?

Le libellé de l'article 16 du *Code criminel*¹³ canadien établit comme une condition nécessaire à la responsabilité d'un sujet, sa capacité non pas seulement de distinguer le bien du mal, mais de «juger de la nature et de la qualité de l'acte». Il s'agit d'une double opération comprise dans une succession logique où deux éléments constitutifs et distincts d'un même acte doivent être soupesés. La capacité morale implicite à cette distinction, celle d'apprécier la portée d'un acte avant sa commission, cache une méconnaissance importante du fonctionnement psychique. On peut très bien être en mesure de distinguer le bien du mal, de saisir parfaitement la nature de l'acte et ses conséquences légales, sans pour autant avoir la capacité d'inhiber une action répréhensible. Qu'en est-il alors de l'intention constitutive du crime? Peut-on sérieusement parler de «volonté de commettre un crime» lorsqu'un sujet est sous l'emprise d'une impulsion irrésistible, d'une addiction, si ces dernières sont causées ou encore sont le résultat de la prise d'une médication licite qui modifie l'humeur du sujet? Ce débat résume

interdit, d'autres, est sans doute un voile plus redoutable que les écrans partiels des mots»).

13. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c.C-46.

les antinomies du discours en droit criminel à tenir dans un même moment, des bribes du discours psychiatrique et certaines de ses conceptions, et le pouvoir des tribunaux à vouloir définir le concept de maladie mentale. La psychiatre Gladys Swain note à cet égard que pour le droit :

L'inacceptable, (...), c'est cette conception selon laquelle se manifesteraient dans l'homme des penchants contre lesquels il serait désarmé ou se trouveraient sans pouvoir de décision. (...) Ce qui est en cause, c'est toute une manière de penser l'articulation du penchant et de la règle, de l'appétit et de la loi, de l'être de désir et de l'être moral¹⁴.

Un même esprit peut donc conserver ainsi son statut d'agent moral, sans être en mesure pour autant de s'abstenir d'agir criminellement. Une grande lucidité intellectuelle n'est pas toujours contradictoire avec l'incapacité d'un sujet de la faire correspondre à ses certitudes morales, ni n'empêche l'intelligence à reconnaître la nature illicite de ses actes. Cette situation tient au caractère mécanique et à la spontanéité de certains comportements sous influence médicamenteuse. D'ailleurs, la connaissance élémentaire des composantes de certains troubles mentaux interdit d'identifier «l'intention» et le «passage à l'acte», sans pour autant se référer à l'automatisme.

Un individu fonctionnel peut ne pas être en mesure d'apprécier les risques inhérents à son état mental, et par voie de conséquence, à sa conduite. Plus exactement, dans l'hypothèse de la médication antidépressive, il peut ne pas avoir ressenti les modifications progressives de ses états de conscience dues à l'effet discret de la métabolisation d'un médicament. Ce glissement du

14. Gladys Swain, *Dialogue avec l'insensé précédé de À la recherche d'une autre histoire de la folie*, Paris, Gallimard, 1994 à la p. 78.

rapport de soi à soi n'est pas non plus perceptible par les proches. Une mutation imperceptible du comportement n'attend qu'un événement qui déclenche ou révèle la part d'insu recelée dans l'interaction médicamenteuse avec l'environnement. Pareille situation n'implique nullement un facteur d'aliénation sévère - auditions de voix, hallucinations ou toutes autres formes de ces désagréments majeurs.

Les cas nombreux de kleptomanie épisodique, de conduite erratique, et parfois même de meurtre, qui ne résultent pas d'influence antérieure de violence sont invraisemblables en regard de la «planification» criminelle véritable¹⁵. Le concept d'intention est plus complexe que la représentation rudimentaire que s'en font les tribunaux. À partir du moment où, dans la théorie du droit pénal, on introduit une catégorie psychique comme l'«intention», la probité intellectuelle commande qu'on examine ce qui en constitue la source, la finalité véritable dont trop souvent l'acte criminel n'est que l'aboutissement ou le symptôme.

On observe souvent que des crimes sont commis par des individus, tantôt sous l'influence d'anxiété généralisée ou de culpabilité inconsciente, dont il est certain qu'ils n'ont à l'origine pas la moindre chance de se réaliser. N'importe quel individu sans antécédents criminels à qui il serait demandé de commettre pareil délit déploierait un minimum de ruse que l'on ne retrouve pas dans ces cas. La simple observation des faits divers permet de constater ces situations paradoxales. L'exemple de complots et de pots-de-vin qui impliquent un nombre effarant d'intermédiaires toujours susceptibles de dénoncer un fonctionnaire en est le meilleur exemple. Comme le constate le sociologue Alain Ehrenberg :

15. *R. c. Hotte*, [2006] 1 R.C.S. 379 [Hotte].

En l'an 2000, les pathologies de la personne sont celles de la responsabilité d'un individu qui s'est affranchi de la loi des pères et des anciens systèmes d'obéissance ou de conformité à des règles extérieures. La dépression et l'addiction sont comme l'avvers et l'envers de l'individu souverain, de l'homme qui croit être l'auteur de sa propre vie alors qu'il en reste «le sujet au double sens du mot : l'acteur et le patient»¹⁶.

Qui est le sujet du droit criminel en 2008? À partir de quelles représentations de l'esprit et des processus psychiques, les tribunaux apprécient-ils les comportements individuels à travers l'évolution de la jurisprudence¹⁷? Comment la consommation massive, légale, d'antidépresseurs par un nombre grandissant d'individus affecte-t-elle les représentations de l'esprit qu'en a le droit?

Le récent arrêt *R. c. Hotte*¹⁸ illustre la difficulté à articuler à la consommation des psychotropes, les conditions intellectuelles de la prise en considération de la dépression dans son rapport à l'*intention spécifique*. Il s'agissait dans ce cas d'apprécier la condamnation pour meurtre au premier degré d'un accusé, ancien tireur d'élite et garde du corps de la GRC qui, en proie à des troubles dépressifs récurrents et au terme d'une poursuite automobile, tue une ancienne amie et blesse grièvement les passagers qui l'accompagnent. Compte tenu d'épisodes dépressifs antérieurs, la Cour ne devait-elle pas se demander, s'il n'était pas sous l'influence de psychotropes en plus d'être atteint d'une dépression majeure lors de la commission des actes? Cela dit, en

16. Alain Ehrenberg, *La fatigue d'être soi. Dépression et société*, Paris, Odile Jacob, 1998 à la p. 292.

17. L'évolution de la jurisprudence en matière de défense d'automatisme illustre assez bien les conceptions du fonctionnement de l'esprit portées par les tribunaux.

18. *Hotte*, *supra* note 15.

tout respect pour l'opinion contraire, c'est en raison de l'impéritie des procureurs du dénommé Hotte que la Cour Suprême du Canada n'a pas entendu sur ces points de droit l'appel au fond.

Hypothèse générale

L'hypothèse générale qui conduit cet essai est qu'en entrant dans la modernité, le droit criminel canadien n'a pas complètement tenu compte de l'évolution et des modifications philosophiques, sociologiques ou même pharmacodynamiques des représentations de la subjectivité. Cette lacune a des conséquences importantes, car est toujours impliquée, au fondement de la déclaration de culpabilité, la détermination d'une «intention coupable», d'un «état d'esprit blâmable». Or, la compréhension de l'état psychique qui initie un acte volontaire demeure tributaire d'une histoire des conceptions de l'esprit. Plus encore, cette fragilité théorique est accentuée lorsqu'apparaissent toutes les questions impliquant une définition de la maladie mentale et l'appréciation normative d'un état qui engage ou non la capacité pénale d'un sujet¹⁹. Dans ce contexte, la défense d'automatisme désigne en droit criminel davantage le nom d'un problème qu'elle n'exprime la réalité de l'intrication de l'appareil psychique et de la physiologie du mouvement.

Toutefois, cette défense constitue jusqu'à maintenant le seul lieu théorique qui permette d'intégrer en pratique la désinhibition de l'appareil moteur inhérent à la prise d'antidépresseurs et la complexité des opérations qui président au

19. *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 1149, 1159. («En bref, on pourrait dire qu'au sens juridique, «maladie mentale» comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion»).

passage à un acte inconcevable. Autrement dit, cette défense atteste de l'existence d'une autre logique que celle qui consiste à la simple mise en forme d'une performativité linguistique qui conduit à une condamnation. Cette défense sous-tend autre chose que la «mythologie» linguistique ou idéaliste²⁰ des fictions²¹ criminelles (volonté, intention, libre arbitre) intercalées entre la volonté d'un auteur et ses actes; elle pressent l'existence de la notion neurologique de réflexe, éventuellement d'inconscient.

Un des enjeux de notre analyse est d'excuser l'acte posé par le dépressif sous médication, acte irréductible à la folie ou même à l'aliénation mentale, bien que s'y apparentant à maints égards.

La question de savoir si le «continent» dépressif existe véritablement,²² s'il existe en psychiatrie telle chose que la sûreté

-
20. Patrick Wotling, *La pensée du sous-sol Lire Nietzsche*, Paris, Allia, 1999 à a p. 35[Wotling, «pensée du sous-sol»].
(«Le sujet de la psychologie idéaliste n'est que la forme dérivée du sujet de la grammaire. La critique de la conscience et de la notion de sujet repose ainsi sur une analyse de la psychologie déposée dans le langage, de la psychologie qui a donné forme à celui-ci durant les stades primitifs de son élaboration»).
21. Pascal Quignard, «La chambre non balayée de Sôsos de Pergame» dans J.-B. Pontalis, dir., *Le temps de la réflexion*, 1984, Paris, Gallimard, 1984, 23 aux pp. 15-49. (Le terme «fiction» n'a jamais la valeur dépréciative de l'illusion ou du subterfuge. Il fixe seulement, à une époque, un mode explicatif quant à des actions. Comme le note l'écrivain Pascal Quignard : «L'opposé du faux n'est pas le réel, mais le vrai (juste, beau, droit, direct, vraisemblable, supportable, construit, bien raconté). (...) Le fictif n'est pas irréel et le vrai n'est pas réel. Vrai et faux sont des discours - des discours qui ne s'opposent pas - et tous deux s'opposent au réel (le vrai au même titre que le faux). Tous deux sont des scénarios. (...) Un récit qui est réussi consiste en une fiction qui fait croire au réel, et par le biais du langage fait croire à ce silence du réel, à cette visibilité muette»).
22. Monique Brémond et Alain Gérard, *Vrai déprimés, fausses dépressions*, Paris, Flammarion, 1998.

du diagnostic, ou si la consommation de médicaments n'est que le résultat d'une inflation du pouvoir publicitaire de commercialisation des médicaments, tout cela, n'est pas pertinent à notre étude²³. La dépression nerveuse est un «fait social» avéré²⁴.

La consommation d'antidépresseurs met d'abord en scène un sujet responsable résolu à guérir d'un «trouble mental»²⁵. À partir du moment où le *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux DSM IV*²⁶ établit une nosographie «organique» concernant la condition psychique du sujet, il devient difficile de juger un accusé selon les mêmes barèmes ou selon des critères juridiques habituels pour établir sa culpabilité²⁷. Cet essai

-
23. Christian Saint-Germain, *Paxil® Blues Antidépresseur : La société sous influence*, Montréal, Boréal, 2005 à la p. 163. (Cette question a été abordée dans notre ouvrage).
24. Philippe Pignarre, *Comment la dépression est devenue une épidémie*, Paris, Découverte, 2001 à la p. 11. [Pignarre, «Dépression»] («En 1970, il y avait cent millions de déprimés dans le monde. Trente ans plus tard, ils sont peut-être un milliard! Selon plusieurs rapports d'organismes officiels, la dépression est aujourd'hui la quatrième cause mondiale de handicap et elle devrait passer au deuxième rang dans les vingt-cinq prochaines années (...) En France, le nombre de patient déprimés et soignés a augmenté de 1 million en dix ans (1980-1991), les femmes étant toujours trois fois plus nombreuses que les hommes. Cela représente une augmentation de 60%. Selon l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), la dépression sera ainsi dans les prochaines années un des deux grands problèmes de santé publique et peut-être même le premier, avant les maladies cardio-vasculaires»).
25. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c.C-46, art. 2. (Définitions «Troubles mentaux» «Mental disorder» «Toute maladie mentale»).
26. Association américaine de psychiatrie, *DSM-IV-TR Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 4^e éd., Paris, Masson, 1996.
27. Pignarre, «Dépression», *supra* note 24 à la p. 90. («La notion de dépression présente cette souplesse qui l'autorise à évoluer dans le temps pour donner naissance à des sous catégories : toutes les anciennes névroses ont été «avalées». Les antidépresseurs permettent

n'entend aucunement non plus prendre parti dans les débats entourant la pertinence de la médication psychotrope²⁸, elle vise à prendre en compte les effets de la *désobjectivation* dans l'édifice doctrinal du droit pénal actuel. Plus exactement, elle tend à revisiter les représentations au fondement du sujet de droit afin de les actualiser.

Deux écueils simplificateurs doivent être évités dans le cours de cette démonstration. Le premier consiste à reporter à l'étape du *sentencing* toutes espèces de circonstances particulières, faire de chaque consommateur d'antidépresseur un cas d'espèce sans réfléchir à la configuration sociale qui fabrique le nouveau visage de cet éventuel contrevenant.

Le second danger tient au fait de décrire un sujet sous influence, de présumer son libre arbitre, et d'en déduire que ce simple état obéit à un déterminisme pur, mais tout aussi invraisemblable que son jumeau théorique.

aussi de valider les concepts venus de la psychothérapie, comme les névroses post-traumatiques»).

28. David Healy, *Le temps des antidépresseurs*, Paris, Les Empêcheurs de penser en rond, 2002.

La notion d'automatisme

Bien que son usage soit rare, la défense d'automatisme²⁹ n'en demeure pas moins, avec la défense d'aliénation mentale, le paradigme à l'intérieur duquel le droit criminel canadien comprend, de la manière la plus explicite, le fonctionnement de l'esprit. L'automatisme revêt ici un grand intérêt en raison du fait qu'il est le seul moyen par lequel l'acte inexplicable, éventuellement excusable, vient à la pensée juridique. Cette défense, bien qu'imparfaite dans certains moments de son

-
29. Robert Nicholson, «Réponse au 14^e rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne» (novembre 2002), en ligne : Ministère de la Justice Canada <http://www.justice.gc.ca/fr/dept/pub/tm_md/definitions.html> (À cet égard, dans son *Examen des dispositions du Code criminel relatives aux troubles mentaux*, le Comité permanent de la justice et des droits de la personne recommande en ces termes que ne soit pas codifié la défense d'automatisme décrite : «Le Comité recommande de laisser les tribunaux baliser et appliquer le droit relatif à l'«automatisme», qu'il soit ou non causé par l'aliénation mentale. Le gouvernement convient avec le Comité qu'il n'y a pas lieu de modifier le *Code criminel* pour le moment dans le but de codifier le verdict d'automatisme. La réforme éventuelle de l'automatisme doit passer par l'examen global de la partie générale du *Code criminel* de façon à élaborer une théorie des moyens de défense qui soit cohérente et fondée sur des principes solides. Comme le Comité le note, en 1993, le ministère de la Justice a diffusé un document de consultation sur la réforme de la partie des dispositions générales du *Code criminel* dans lequel était soulevée la question de savoir si la partie des dispositions générales devait codifier le verdict de responsabilité criminelle pour cause d'automatisme ou de codifier la jurisprudence de façon à autoriser l'acquittement en cas d'automatisme sans aliénation mentale. Un livre blanc publié en 1993 proposait des modifications qui prévoyaient le verdict de non responsabilité criminelle pour cause d'automatisme. L'automatisme était défini comme un «état d'inconscience ou de conscience partielle qui rend alors la personne incapable de consciemment contrôler ses faits et gestes.»).

expression naïve, pourrait fort bien permettre d'excuser la nature particulière de l'affection qui pousse certains consommateurs d'antidépresseurs sans antécédents judiciaires à commettre des actes criminels graves (conduite dangereuse, meurtre de conjoint, etc.).

D'un point de vue phénoménologique, l'automatisme sans aliénation mentale pourrait être décrit comme la situation où un sujet, contre toute attente, *s'évanouit* derrière la disproportion d'un acte dont la gravité est sans rapport avec son contexte ni avec des éléments antérieurs qui auraient pu le justifier³⁰. Le défendeur doit justement faire ressortir le caractère soudain, inexplicable en soi et pour lui-même, de ce passage à l'acte.

Quoique différent des conceptions psychiatriques³¹ qui l'ont mis de l'avant à travers les œuvres de Gaëtan Gatian Clérembault (1872-1934), l'automatisme a partie liée avec toute la nosographie psychiatrique naissante³². Pour l'inventeur de ce syndrome, l'automatisme ne désigne pas tant l'acte involontaire que «l'impression que les actes sont «commentés», sensation complexe

30. Michel Sanchez-Cardenas et Marcel Zins-Ritter, *Une mère tue son enfant La monomanie selon Esquirol*, Paris, Les empêcheurs de penser à rond, Paris à la p. 14. [Snachez-Cardenas et Zins-Ritter, «Monomanie»] («La volonté peut être touchée sans que la raison ne le soit. Cette nouveauté Esquirolienne sera, bien entendu, reprise dans le cadre des monomanies»).

31. Christian Desrosiers, «L'aliénation mentale : vers une réforme judiciaire?» dans *Développements récents du droit criminel (1990)*, Cowansville, Yvon Blais, 1990, 94 aux pp. 91-115.

(«La défense d'aliénation mentale a été soumise en Angleterre pour la première fois en 1843 à l'occasion l'arrêt McNaughten». Est-il permis de formuler l'hypothèse selon laquelle, les arguments justifiant l'usage de la défense d'automatisme sont des satellites, un raffinement de la défense d'aliénation mentale codifiée en 1892?).

32. Gaëtan Gatian de Clérembault, *L'automatisme mental*, Paris, Les empêcheurs de penser à rond, 1992.

de «dévidement», «d'écho», de «devancement de la pensée»³³. Toutefois, il n'est pas certain que cette défense ne soit pas l'héritière directe des développements et discussions de l'époque autour des diverses conceptions organicistes de la psychiatrie naissante³⁴. À l'instar de la théologie, le droit est une science emprunteuse³⁵.

À cet égard, la situation du sujet en proie à l'automatisme en droit n'est pas sans rappeler cet état de «folie partielle» ou «monomanie» mis en évidence dès 1818 par Jean-Étienne Esquirol (1772-1840) en ces termes :

Le monomaniacque immole des êtres qui lui sont indifférents, ou qui ont le malheur de se rencontrer sous ses pas au moment où il est saisi par l'idée de meurtre; mais, plus souvent, il choisit ses victimes parmi les objets

-
33. Pierre Morel, *Dictionnaire biographique de la psychiatrie*, Paris, Synthélabo, 1996 à la p. 111.
34. Gladys Swain, *Le sujet de la folie naissance de la psychiatrie*, Toulouse, Privat, 1977. (La date de codification de la défense d'aliénation mentale et la naissance du corpus psychiatrique avec la publication du *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale* de Philippe Pinel autour des années 1800, suggère la mitoyenneté épistémologique des horizons à l'égard du comportement violent inexplicable).
35. Marcel Gauchet, *L'inconscient cérébral*, Paris, Seuil, 1992 aux pp. 192, 193 [Gauchet, «L'inconscient»]; John Daniel Marell, «Modern English Psychology» (1856) 17 *British and Foreign Medico-Chirurgical Review*. 352. (Les croisements entre les concepts de la psychiatrie naissante en France et les recherches sur le système nerveux en Angleterre ont-ils inspiré la création de la défense d'automatisme? Pouvait-on en droit, concevoir à la même époque cette défense sans cet apport théorique? Dans la même période que l'arrêt *McNaughten* [1843], E. R. 718, les disciples de Marshall Hall résument ses travaux antérieurs, à l'occasion de la découverte de la notion de réflexe, en affirmant que «le système nerveux dans ses opérations inconscientes commence à réclamer pour lui-même l'origine de beaucoup de phénomènes qui étaient auparavant attribués à l'effort direct de l'esprit ou de la volonté»).

qui lui sont les plus chers. Une mère tue son enfant, et non l'enfant de l'étrangère; un mari veut tuer sa femme, avec laquelle il a vécu la plus douce harmonie pendant vingt ans; une fille veut tuer sa mère qu'elle adore. Cette horrible préférence ne s'observe-t-elle pas chez les aliénés? N'est-elle pas une preuve évidente que ni la raison, ni le sentiment, ni la volonté n'ont dirigé le choix de la victime et que par conséquent il y a eu perturbation des facultés qui président à leurs déterminations»³⁶.

À l'occasion de la défense d'automatisme, le droit tente le périlleux départage entre les conditions normales de l'expression de la volonté dans ses manifestations intentionnelles et de l'irresponsabilité pénale. Il accepte qu'un comportement moralement répréhensible puisse entrer dans les catégories de la pathologie. Ce savoir, inclus dans le discernement jurisprudentiel immanent à des pratiques, n'acquiert son degré de «certitude» juridique qu'à la condition d'être assorti de l'évaluation d'un psychiatre; ce qui donne toute la mesure de la fragilité de cette appréciation. Ce qui opère le décentrement ou la novation de la logique grammaticale du sujet «trouvé»³⁷ coupable est l'introduction et les développements de la psychiatrie. Le juge Dickson cite les critères établis dans l'arrêt *Rabey*³⁸, selon lesquels :

En principe, l'automatisme devrait être un moyen de défense chaque fois qu'est établie une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. Une telle preuve doit être étayée par le témoignage d'un médecin portant que l'accusé n'a pas simulé une perte de mémoire et qu'il

36. Snachez-Cardenas et Zins-Ritter, «Monomanie», *supra* note 30 à la p. 12.

37. Jürgen Habermas, *Connaissance et intérêt*, Paris, Gallimard, 1976 à la p. 14. («Les faits ne se constituent qu'en relation avec les critères qui permettent de les constater»).

38. *R. c. Rabey*, [1980] 2 R.C.S. 513.

n'existe pas d'état pathologique sous-jacent qui indique une maladie nécessitant une détention et des traitements³⁹.

L'ingénuité de ce rapport à la conscience pose de nombreux problèmes. Il implique notamment qu'il puisse y avoir automatisme sans maladie mentale. Comment peut-on alors «perdre conscience», être dans un «état de dissociation» sans déjà être atteint d'une maladie mentale? Comment être à ce point sensible à l'advenance d'une cause extérieure au point d'être soi-même victime «d'une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime»? Comment établir l'existence rétrospective d'une perte de mémoire chez l'accusé? La distinction entre l'automatisme avec ou sans aliénation mentale, est-elle sérieusement fondée ailleurs que dans une «vue de l'esprit» qui justement ignore le fonctionnement de l'esprit?

Arc réflexe et automatisme

Nos réserves quant à l'usage de la défense d'automatisme tiennent à l'in vraisemblance d'une soudaineté⁴⁰ de la perte de conscience⁴¹. L'avantage de cette défense réside toutefois, au plan

39. *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290.

40. Sanchez-Cardenas et Zins-Ritter, «Manomanie», *supra* note 30 à la p. 48. (Comme le fait remarquer Lord Brougham (1851) : «Il n'est pas plus de folie partielle que de folie transitoire, et il est aussi absurde de croire qu'un esprit est sain entre deux crises «qu'un goutteux l'est entre deux poussées»).

41. *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290. (Cette condition traverse de manière constante la jurisprudence relative à la défense d'automatisme. «L'accusé a admis avoir poignardé son épouse à 47 reprises, mais il a prétendu l'avoir fait alors qu'il se trouvait dans un état d'automatisme provoqué par les seules paroles injurieuses de celle-ci. L'accusé a témoigné qu'il avait eu la sensation «d'être emporté». Lorsqu'il a repris ses sens, il regardait droit devant lui et a senti quelque chose dans sa main. Il tenait un couteau de chasse de six pouces. Il a levé les yeux et a aperçu son

de la théorie du droit, dans l'observation d'un comportement inacceptable, sans pour autant qu'il soit assimilable à une faute ou à l'aliénation mentale. L'état actuel de la défense d'automatisme ne contient pas encore la description d'états mentaux qui, sans être soudains ni inconscients, n'en seraient pas moins des manifestations involontaires de la volonté d'un sujet. Le juge Bastarache dans *R. c. Stone* s'en rapproche tout de même, lorsqu'il affirme au nom de la majorité que l'automatisme est «un état de conscience diminué, plutôt qu'une perte de conscience, dans lequel la personne, quoique capable d'agir, n'a pas la maîtrise de ses actes»⁴². Dans l'optique d'une consommation d'antidépresseur, toute la question réside ici, dans l'articulation entre la durée de la conscience diminuée et ce que signifie «ne pas avoir la maîtrise de ses actes». Ce niveau de relâchement inclut-il le déroulement d'une action, une séquence de plus longue durée que celle impliquant une explosion émotive?

Il s'agit ici de la complexe intersection entre les descriptions d'états mentaux pathologiques et les définitions de comportement qui engage la responsabilité légale. Autrement dit, l'inventeur d'un «trouble mental» et le tribunal envisageant une défense en droit criminel se retrouvent dans une position similaire. Comme le font

épouse affaissée sur le siège. Il a placé le corps dans la boîte à outils de son camion, s'est lavé, s'est rendu chez lui, a rédigé un mot destiné à sa belle-fille et a loué une chambre d'hôtel. Ensuite, il a perçu une somme qui lui était due, vendu une auto et s'est envolé pour le Mexique»); *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871. («L'intimé a attaqué ses beaux parents, tuant l'un et blessant grièvement l'autre. L'incident a eu lieu au cours de la nuit, alors qu'ils étaient endormis dans leur lit, à leur résidence située à quelque 23 km de celle de l'intimé. L'intimé s'y est rendu en voiture. Immédiatement après l'incident, il s'est rendu au poste de police voisin, toujours au volant de sa voiture, et a dit aux policiers ce qu'il avait fait.).

42. *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290. par. 156. (Il faut noter que cette définition est une avancée de la Cour Suprême obtenue dans une décision à 5 contre 4. Cette position de la Cour est-elle susceptible de se modifier dans l'avenir?).

remarquer Kirk et Kutchins à propos de la fabrique de la normativité médicale :

Créer un «trouble mental» suppose de bien spécifier les singularités de ces comportements et donc de tracer une ligne de démarcation là où, habituellement, normal et anormal se confondent. Dégager un trouble d'un autre trouble demande seulement que toutes leurs caractéristiques ne se confondent pas, même si certains critères peuvent leur être communs et leurs symptômes se chevaucher partiellement. (...) Que le seuil de constitution du trouble soit placé trop bas, que trop de comportements banals deviennent indices de trouble mental, et le diagnostic tourne au ridicule⁴³.

Dans la confection jurisprudentielle de la défense d'automatisme, les tribunaux se retrouvent soumis à cette délicate contrainte descriptive. Il faut réduire l'accès à un moyen d'exonération trop facile, sans pour autant en priver un bénéficiaire légitime. Depuis leur naissance, tant le droit criminel que la psychiatrie ont à exercer, autant à l'étape du diagnostic qu'à celui du jugement, le discernement requis pour surprendre le simulateur ou découvrir l'innocent. Leur science n'est certaine que dans la mesure de la vraisemblance des classements opérés⁴⁴.

Cette défense achoppe à notre avis lorsqu'elle présume de la «naturalité» du passage à l'acte brutal. Les comportements humains violents qui apparaissent spontanés sont le plus souvent

43. Stuart Kirk et Herb Kutchins, *Aimez-vous le DSM? Le triomphe de la psychiatrie américaine*, Paris, Les empêcheurs de penser en rond, 1998 à la p. 322.

44. Thomas Szasz, *Idéologie et folie*, Paris, PUF, 1973 aux pp. 237, 242. («La psychiatrie n'est qu'une des méthodes par lesquelles des individus peuvent en classer d'autres» (...). Toute classification même fautive, laisse espérer une maîtrise réussie; d'un autre côté, un manque de classification demande que l'on avoue son impuissance»).

appris dans l'enfance⁴⁵. Il n'existe pas de situations adventices à ce point puissantes qu'elles dépossèdent une personne de son jugement au point de commettre un meurtre, à moins bien sûr d'adhérer à une théorie de la possession diabolique. Que d'eux-mêmes ou à la lecture de la jurisprudence dans la préparation de leur cause, ou même à la suggestion de leurs procureurs, des prévenus en viennent à raconter une version des événements impliquant invariablement un événement vexatoire (remarques vexatoires concernant des aspects de la personnalité de l'accusé⁴⁶), ou le passage à l'acte subi (selon l'imaginaire du court-circuit, des deux fils qui se touchent) suivi d'une perte de mémoire après l'acte, tout cela ne tient-il donc qu'à l'existence même de la défense? La défense d'automatisme ne survivrait-elle sous sa forme actuelle qu'à la condition de maintenir un «stéréotype du fonctionnement psychique» dans la jurisprudence?

En revanche, on peut fort bien imaginer une situation où, sous l'influence d'un psychotrope et l'effet d'une dépression, on puisse commettre des actes violents, adopter des comportements sans rapport avec la personnalité initiale du sujet. Cette perspective est scientifiquement plausible si l'on consulte la mise en garde suivante de Santé Canada :

Santé Canada avertit les Canadiens que les inhibiteurs sélectifs du recaptage de la sérotonine (ISRS) et d'autres nouveaux antidépresseurs, sont maintenant accompagnés de mises en garde plus vigoureuses. Ces nouvelles mises en garde précisent que les patients de tous âges qui

-
45. Pierre Karli, *L'homme agressif*, Paris, Odile Jacob, 1987 à la p. 270 et s.
46. *R. c. Rabey*, [1980] 2 R.C.S. 514. («Alors qu'il feuilletait les livres de la plaignante, il est tombé sur une lettre qu'elle avait adressée à une amie le décrivant avec d'autres comme une «bande de nullards». À la lecture de la lettre, l'appelant s'est senti blessé et furieux. (...) Vers midi, il a rencontré la plaignante par hasard et pendant qu'ils se parlaient, l'appelant l'a saisie par le bras et l'a frappée à la tête»).

prennent ces médicaments peuvent présenter des changements comportementaux et/ou émotifs pouvant être associés à un risque accru de poser des gestes autodestructeurs ou de faire du mal à autrui.

Les patients, leur famille et leurs soignants doivent savoir qu'un petit nombre de patients prenant ce type de médicaments ont le sentiment que leur état général a empiré plutôt que de s'améliorer, en particulier durant les premières semaines de traitement ou lors des ajustements de posologie. Ils peuvent, par exemple, éprouver une sensation inhabituelle d'agitation, des sentiments d'hostilité ou d'anxiété, avoir des pensées impulsives ou troublantes, notamment envisager de poser des gestes autodestructeurs ou de faire du mal à autrui⁴⁷.

Agressivité accrue ou sentiment d'invincibilité pourraient fort bien être les conséquences de l'absorption d'antidépresseurs, si l'on considère ces médicaments comme des désinhibiteurs de l'action⁴⁸.

Dans le ralentissement psychomoteur⁴⁹ caractérisant l'installation de l'humeur dépressive, les antidépresseurs rétablissent un certain tonus du sujet. Cette relance de l'impulsion vitale pousse parfois au passage à l'acte suicidaire

47. Santé Canada, *Santé Canada avertit les Canadiens de la présence de mises en garde plus vigoureuses concernant les ISRS et d'autres nouveaux antidépresseurs* (Avis) Canada, SC, 2004, en ligne : Santé Canada <[http : //www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/media/advisories-avis/_2004/2004_31_f.html](http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/media/advisories-avis/_2004/2004_31_f.html)>.

48. Cet effet paraît être l'une des composantes essentielles à la fonction thérapeutique de l'antidépresseur qui doit nécessairement s'attaquer au ralentissement psychomoteur inhérent à l'étiologie dépressive.

49. Daniel Widlöcher, *Les logiques de la dépression*, Paris, Fayard, 1983, à la p. 53. («Le syndrome dépressif est caractérisé par deux traits fondamentaux : la tristesse et le ralentissement psychomoteur»).

dans les débuts de traitement non supervisé. Ce redoutable effet «secondaire» tient à un déverrouillage de l'activité motrice tenue jusque-là en respect ou annulée par l'hyperactivité de l'esprit souffrant. Les idéations suicidaires demeurent dans les débuts de la prise du médicament, mais la métabolisation des molécules antidépresseurs engage à leurs suites une énergie insoupçonnée. Autrement dit, ce qui participait de la torpeur conservatrice du sujet dans l'affect dépressif est renversé par l'orientation impulsive donnée par le médicament⁵⁰.

Ce retournement du psychisme contre lui-même, cette volte-face a conduit des patients sans antécédents criminels à des comportements meurtriers et même suicidaires. Dans une importante étude publiée dans *Archives General of Psychiatry*, des chercheurs Finlandais concluent leur recherche étalée sur 3, 4 années et sur 15 390 patients en ces termes :

«Among suicidal subjects who had ever used antidepressants, the current use of any antidepressants was associated with a markedly increased risk if attempted suicide and, at the same time, with a markedly decreased risk of completed suicide and death»⁵¹.

Le problème rencontré de l'usage de l'attestation psychiatrique en matière d'automatisme tient au fait que - sans mauvaise foi - cette discipline ne peut «s'auto-incriminer» quant aux effets secondaires de ses précieux outils. La fonction

50. Ce changement brutal de comportements des patients a d'ailleurs amené non seulement Santé Canada mais la FDA à exiger des fabricants à publiciser des mises en garde spécifiques notamment à l'intention des consommateurs adolescents.

51. Jari Tiihonen et al., «*Antidepressants and the risk of Suicide, Attempted Suicide, and Overall Mortality in a Nationwide Cohort*» (2006) 63 *Archives General of Psychiatry* 1358, à la p. 1358.

désinhibitrice du médicament antidépresseur doit nécessairement être inférée car elle en constitue l'efficacité⁵².

Sociétés dépressives et effets des psychotropes

Dans l'affinement des modes de contrôle des conduites⁵³, et les enjeux nouveaux de la socialisation, les sociétés avancées tendent à déployer une forme «d'orthopédie moléculaire», d'assistance continue aux individus en proie aux mutations anomiques rapides des sociétés. À l'occasion de la multiplication des ordonnances de substances psychotropes, le sujet sous influence correspond à une réalité statistique de plus en plus importante⁵⁴. Les catégories de ces substances comprennent la plupart des antidépresseurs connus sous l'appellation générale

52. Une littérature parallèle sur Internet ainsi que des témoignages de familles au Congrès américain convergent vers la corroboration d'un effet secondaire qui consiste justement dans le passage à l'acte violent.

53. Il suffit de penser ici à la multiplication des prescriptions de la Ritaline pour exercer un contrôle sur l'enfant d'âge scolaire.

54. «P.R. Finley, L.K. Laird, E.H. Benefield, «Mood disorders I: Major depressive disorders» dans M.A. Koda-Kimble, dir., *Applied Therapeutics. The clinical Use of Drugs*, 7e éd., Philadelphie, Lippincott Williams & Wilkins, 2001, c. 77 aux pp. 77-1- 77-37. (La dépression est le trouble psychiatrique le plus commun chez l'adulte et peut toucher 13% à 20% de la population). R. Kamil, «Antidépresseurs» dans G. Remington, dir., *Brain Mechanisms and Psychotropic Drugs*, Boca Raton, CRC Press, 1996, c. 9 aux pp. 153-180. [Kamil, «Antidépresseurs»]. (Elle est deux fois plus fréquente chez la femme que chez l'homme). R. Kessler et al., «Lifetime and 12-month prevalence of DSM-III-R psychiatric disorders in the United States: Results from the National Comorbidity Survey» (1994) 51 Archives of General Psychiatry 8. (Aux États-Unis, la prévalence de la dépression majeure à un moment ou un autre de la vie est de 12,7% chez l'homme et de 21,3% chez la femme). Louis Léonard et Mohamed Ben Amar, *Les psychotropes Pharmacologie et toxicomanie*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2002 à la p. 754 [Léonard et Ben Amar, «psychotropes»].

ISRS⁵⁵ (Zoloft[®], Paxil[®], Effexor[®], Luvox[®], Prozac[®]) et certains autres appelés antidépresseurs atypiques⁵⁶ (Desyrel[®], Zyban[®], Wellbutrin[®]). Leurs mécanismes d'action sont résumés en ces termes par les pharmacologues Léonard et Amar :

Les antidépresseurs ont pour effet immédiat d'augmenter la concentration de certains neurotransmetteurs dans les synapses. Selon l'antidépresseur en cause, cet effet résulte généralement d'un blocage du recaptage présynaptique d'une ou de plusieurs monoamines biogènes ou d'une inhibition du métabolisme de ces mêmes neuromédiateurs⁵⁷.

La consommation massive de psychotropes inaugure un chapitre inédit dans l'histoire des dépendances. Cette mutation du soi tend à sortir du strict registre de la prescription médicale pour s'affirmer comme technique de maquillage, opération cosmétique complexe. Dépendance confortable, substitution des malaises par l'installation d'un climat propre à la subjectivité. «Qu'est-ce alors que la drogue? Un artifice pour fabriquer de l'individu, une chimie

55. Inhibiteurs sélectifs de la recapture de la sérotonine.

56. Léonard et Ben Amar, «psychotropes», *supra* note 54 à la p. 760. Kamil, «Antidépresseurs», *supra* note 54. (Ces produits sont considérés comme atypiques car ils ont un profil pharmacologique particulier qui les distingue des autres types d'antidépresseurs et ils ne présentent pas les mêmes caractéristiques fonctionnelles et structurales que les autres catégories de médicaments). R.J. Baldessarini, «Drugs and the treatment of psychiatric disorders. Depression and anxiety disorders» dans . G. Hardman, L.E. Limbird, et A. Goodman Gilman, dir., *Goodman & Gilman's. The pharmacological Basis of Therapeutics*, 10e éd., New York, McGraw-Hill, 2001, c.19 aux pp. 447-483 (Il comprennent le bupropion (Zyban[®], Wellbutrin[®]), la néfazodone (Serzone-5HT2[®]) et la trazodone (Desyrel[®]). La néfazodone et la trazodone agissent principalement sur la transmission sérotoninergique, alors que l'action du bupropion s'exerce surtout sur la transmission dopaminergique).

57. Léonard et Ben Amar, «psychotropes», *supra* note 54 à la p. 762.

de la promotion de soi»⁵⁸. L'automédication dissimulée derrière l'élargissement du concept de dépression n'est pas un moyen pris pour résister à la société actuelle mais la tentative désespérée de s'y accommoder.

Cet attachement des sujets à l'espace social constitue le lien même, la soumission à l'interpellation permanente, au devoir de répondre à un environnement de contraintes : travail flexible, horaires brisés, précarité économique, licenciement en masse, stagnation en maison de personnes âgées, compromis de toutes natures. Cette école de la sujétion constitue le roc de la castration sociale, état de fait par lequel la subjectivité est avant tout assujettissement. Sa constitution n'est que l'ensemble des moments réifiés de l'exigence sociale. D'où par la suite, cette disposition à croire que ce qui apparaît sous les traits secourables du soin médical procède nécessairement d'une admirable bienveillance, d'une attention humaniste.

Libre arbitre et désinhibition motrice des sujets

La responsabilité criminelle en droit pénal repose sur l'acceptation des conséquences laïques de la notion de *libre arbitre*⁵⁹. Ce concept central est la structure porteuse de toutes les

58. Alain Ehrenberg, *Individus sous influence Drogues, alcools, médicaments psychotropes*, Paris, Esprit Seuil, 1991 à la p. 8.

59. À ce propos : Hugues Parent, *Traité de droit criminel, L'imputabilité*, t.1, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2005, aux pp. 2, 30 [Parent, «Droit Criminel»]. [«Doué de libre arbitre, l'homme est le monarque de ses actes, le souverain de cet espace sur lequel il règne en maître absolu» et, il ajoute, au soutien de cette perspective, l'affirmation de Sir Mathew Hale pour qui : «Every reasonable man hath a reasonable will; and every reasonable man may know what its is he wills, and what it is would or would not another should do to him : for the will is a rational power in man; and, indeed, it is the complement of the rational procedure in the soul, and that wich doth, or should, immediately follow the last act of the

fictions de droit visant à arrimer un sujet à ses actes et à lui en imputer les conséquences. L'application de cette fiction linguistique consiste à découvrir dans des propos ou/et des actes «l'intention coupable» ou l'un de ses fac-similés qu'est «l'état d'esprit blâmable». Cette manière de comprendre l'action du sujet de droit permet son individualisation et son assujettissement aux rouages des textes infracteurs.

Le principe est simple et efficace au plan de la représentation. Il tient à la chaîne causale suivante : chaque sujet de droit est présumé en regard d'un texte infracteur avoir pu, à chacun des moments qui précèdent la commission d'un acte volontaire répréhensible, interrompre l'enchaînement qui conduit à sa réalisation. Comme dans une règle grammaticale, le verbe (l'acte) et le complément (les conséquences) se rapportent «naturellement» au sujet. Pareille approche implique un sujet unifié, une adéquation parfaite de la volonté consciente avec l'agir.

Le droit pénal construit un lieu subjectif transparent à partir duquel toute personne - juge ou/et jury - qui en a entendu la narration peut se placer comme dans un mécanisme optique qui détermine le degré, l'intensité de la conviction malicieuse du sujet au moment de la perpétration de son acte. Cette reconstruction rétrospective ne repose pas tant sur la «réalité» du fait incriminant que sur l'efficacité de la narration qui réussit à établir le plus intimement possible le niveau de connexité entre

understanding; willing it the full complete ripe fruit of the rational soul in things to be done»). Voir aussi: Gauchet, «l'inconscient», *supra* note 35 à la p. 142. (Malheureusement, la modernité enseigne ironiquement, en conservant la métaphore du monarque que, dans l'exercice de sa volonté : «Une certaine ignorance dans laquelle on maintient le monarque au sujet des opérations de détails et même des troubles de la collectivité fait partie des conditions qui lui permettent de régner»).

l'agent, l'acte et les témoins⁶⁰. Cette méthode d'analyse des conduites tient à un *a priori*, une présomption indiscutable selon laquelle l'agent dispose des moyens de s'interrompre, de délibérer intérieurement, et possiblement de prendre une décision contraire à chacune des étapes de son action. Dans cette perspective cinématographique, il suffit de repasser le «film» des événements à l'envers pour découvrir la genèse de l'intention initiale. Un «dedans» psychique se révèle complètement dans la patence d'un «dehors» fautif⁶¹. Or, pour très utile que puisse être cette mise en

-
60. Jean-Pierre Clero, *Les raisons de la fiction Les philosophes et les mathématiques*, Paris, Armand Colin, 2004 aux pp. 209, 622. («(...) Dès qu'un témoin oculaire, dit-il la vérité, raconte ce qu'il a vu à un autre, son témoignage se dégrade aussitôt par le simple fait que ce message est reçu avec une interprétation de la part de l'auditeur et qu'il tend à n'avoir plus de valeur en passant d'un auditeur à un autre». Ce phénomène de dégradation obéit à la *Loi de Craig* qui s'énonce de la manière suivante : «Loi qui décrit comment se comporte la force probante d'un témoignage, lorsqu'il est repris un certain nombre de fois. A supposer qu'on puisse créditer le premier témoignage d'une probabilité de a/b, et qu'il soit raconté avec la même force de a/b, sa probabilité décroît graduellement de a/b à a²/ b²»).
61. Gilbert Ryle, *La notion d'esprit (The Concept of Mind) Pour une critique des concepts mentaux*, Paris, Payot, 1978 à la p. 72 [Ryle, «Notion d'esprit»]. (Malheureusement l'élément interne, le «dedans» psychique qui fait l'objet de toutes les attentions du droit criminel, pesé, soupesé à l'aulne de l'intention générale ou spécifique, n'est que l'illusion métaphorique que produit l'idée de mécanisme imprudemment décalqué des lois physiques et appliqué aux opérations psychiques. L'intention serait la doublure interne, le présumé absolu de l'action extérieure. Le philosophe oxfordien Gilbert Ryle constate que : «Froncer intentionnellement les sourcils ne consiste ni à faire deux choses dont l'une a lieu sur le front et l'autre dans un endroit (au sens métaphorique du terme) différent, ni à faire une chose avec les muscles de son front et une autre avec quelque organe non corporel. Plus précisément, cela ne consiste pas dans l'exercice préalable de quelque pseudo muscle occulte qui causerait le froncement de sourcils. «Il a intentionnellement froncé les sourcils» ne relate donc pas deux épisodes. Cet énoncé rapporte un seul épisode, très différent de celui auquel renvoie l'énoncé «il a

forme du processus incriminateur, elle n'en demeure pas moins une fiction de droit archaïque en comparaison de la complexité des représentations philosophiques contemporaines et de notions telles que la conscience, la volonté ou l'intention. Autrement dit, dans le contexte de la philosophie pénale toute l'organisation morphopsychologique du sujet de droit repose étonnamment encore sur une anthropologie aristotélicienne ou thomiste. La notion de volonté est ainsi présentée par des commentateurs modernes en ces termes :

La volonté peut, en voulant et en agissant, s'interdire de ne pas vouloir et de ne pas agir [...], [c'est pourquoi dans les circonstances où] elle le doit, ne pas vouloir et ne pas agir lui est imputé comme venant d'elle⁶².

La pierre angulaire que constitue pour le droit le libre arbitre a été taillée à partir des artifices sémantiques d'une conception de l'intériorité de l'être humain qui, faut-il le rappeler, impliquait, notamment chez Aristote, la conviction de la validité théorique de thèses comme celle de la «génération spontanée» ou chez Thomas d'Aquin, de l'existence incontestable d'une hiérarchie angélique. Il est difficile de concevoir que l'on puisse encore tenir pour avérée une représentation de la subjectivité humaine de ces auteurs sans en conserver l'arrière-fond anthropologique. Malgré les apparentes subtilités des raisonnements de ses juges, le droit pénal canadien conserve des conceptions de l'intériorité d'une naïveté épistémologique pré-moderne qu'il importe de remettre en cause à l'occasion de l'apparition d'un sujet autrement configuré, un sujet de droit sous influence. Surtout si l'on apprécie la notion de libre arbitre à partir de sa fragile vraisemblance optique tout entière contenue dans la découpe de l'illusion narrative suivante :

involontairement froncé les sourcils»; photographiquement, néanmoins, les deux froncements peuvent être identiques»).

62. Parent, «Droit Criminel», *supra* note 59 à la p. 15.

L'affirmation du libre arbitre relève de l'illusion symbolique (...), car il s'agit, à partir d'une situation que nous occupons réellement, de nous projeter en des situations que nous n'occuperons jamais, puisque : ou bien nous nous imaginons fictivement dans le passé en position où la situation que nous occupons actuellement apparaît symboliquement comme un simple possible, ou bien nous nous projetons en des situations qui ne seront jamais réelles dans la mesure où elles ne peuvent nous apparaître comme ayant quelque réalité que du point de vue de cette situation que nous occupons et qui ne sera jamais plus la même⁶³.

Ce «travelling» vers la situation d'un auteur anonyme compris dans le texte de loi comme «quiconque» fait partie de toute la charpente des délégations qui permettent le montage de l'illusion perceptuelle nécessaire au faisceau culpabilisateur. D'un point de vue philosophique, la cascade des délégations aveugles de confiance⁶⁴ à l'égard de concepts comme celui de «fait juridique»

63. Jean-Pierre Clero, *Déterminisme et liberté*, Paris, Ellipses, 2001, à la p. 22. [Clero, «Déterminisme»].

64. Jacques Derrida, *Poétique et politique du témoignage*, Paris, De L'Herne, 2005, aux pp. 30, 32-34. (Pour Jacques Derrida «témoigner est hétérogène à l'administration de la preuve ou à l'exhibition d'une pièce à conviction. Témoigner en appelle à l'acte de foi (...). Il décrit ainsi non seulement le décalage existant entre le témoins et son destinataire, mais l'intime transport de la conviction essentielle à la performativité de l'adresse «Le destinataire du témoignage, lui, le témoin du témoin ne voit pas ce que le premier témoin dit avoir vu; il ne l'a pas vu et ne le verra jamais (...) Il faut bien entendre ce «vous devez me croire». «Vous devez me croire» n'a pas le sens de la nécessité théorico épistémique du savoir. Il ne se présente pas comme une démonstration *probante* qui fait qu'on ne peut pas ne pas souscrire à la conclusion d'un syllogisme, à l'enchaînement d'une argumentation, voire à la monstration d'une chose présente. Ici, «vous devez me croire» signifie «croyez moi parce que je vous le dis, parce que je vous le demande» (...). À l'inverse de la situation précaire de l'affiant celui qui assiste à une démonstration n'a pas à

ou de «crédibilité des témoins» relève de l'usage d'une langue d'une imprécision vertigineuse. En fait, la culpabilité d'un prévenu n'apparaît jamais mieux ou ailleurs que dans l'efficacité d'un récit bien raconté passé dans le goulot de l'entonnoir d'une suite ininterrompue de restrictions mentales. La confusion constante entre une position subjective et objective, entre une interprétation qui découle de la mise en scène du procès lui-même et une observation libre n'est pas le moindre des écueils dans une scène qui se propose pourtant de faire surgir la vérité de son économie procédurale.

L'illusion qui consiste à prétendre remonter à l'existence d'une «intention coupable» tient au partage d'impressions langagières qui, pour être communes lorsqu'il s'agit de déterminer le sort d'un individu, n'en sont pas moins erronées. Se référant à David Hume, Jean-Pierre Cléro observe que :

(...) Lorsqu'on nous conteste la prétention [de la soumission de nos actions à notre volonté], invités à la mettre à l'épreuve, nous sentons alors que la volonté se dirige sans peine en tout sens et qu'elle produit d'elle une image, même du côté où elle ne réside pas réellement. Nous nous persuadons que cette image ou que ce mouvement fictif aurait pu s'accomplir dans la réalité même; parce que, cela dut-il être contesté, nous trouvons, lors d'un second essai que c'est possible». Il est en effet possible que je puisse faire, dans la situation présente, ce

prêter foi au témoignage. «Quand je souscris à la conclusion d'un syllogisme ou à l'administration d'une preuve, ce n'est plus un acte de croyance, même si celui qui conduit la démonstration me demande de «croire» à la vérité de la démonstration. Un mathématicien ou un physicien, un historien comme savant en tant que tel ne me demande pas sérieusement de le croire. Il n'en appelle pas finalement à ma croyance, au moment où il présente ses conclusions»).

que je n'ai pas fait dans la situation précédente : cela prouve-t-il que j'avais toute liberté de le faire⁶⁵?

La psychologie, la philosophie de l'esprit tendent à douter, voire à remettre en cause la prétention même selon laquelle il existerait une telle « chose » que la prééminence de la conscience⁶⁶, le libre arbitre⁶⁷ qui détermine tout autant l'unicité de la volonté qu'il régule la formation d'une intention⁶⁸. La question de la sensibilité aux conceptions implicites du fonctionnement du cerveau humain dans l'évaluation des conduites revêt une

-
65. Clero, «Déterminisme», *supra* note 63 à la p. 23.
66. Michel Haar, «La critique nietzschéenne de la subjectivité» dans R. Ellrodt, dir., *Genèse de la conscience moderne*, Paris, PUF, 1983, 334 à la p. 341. (Michel Haar note, à propos de la conscience, à la suite des observations nietzschéennes qu' «alors qu'elle croit donner des ordres, elle ne fait qu'enregistrer, qu'exécuter. Elle attribue les différents états psychiques à une cause unique, elle-même. (...) Elle croit même - illusion suprême -qu'elle est un substrat qui «contrôle» tout le sujet, détermine et guide jusqu'à la bonne marche des fonctions corporelles»).
67. Ryle, «Notion d'esprit», *supra* note 61. («La question du libre-arbitre, elle-même un agglomérat de problèmes enchevêtrés et, pour la plupart, mal posés, dérive partiellement de cette extension inconsciente du terme «volontaire» et des applications fallacieuses des expressions «pourrait» et «aurait pu s'empêcher» qui s'ensuivent»).
68. *Ibid.* aux pp. 72-73. («Dans certaines discussions philosophiques sur le caractère volontaire ou involontaire des actions, (...) les termes «volontaires», «involontaire» et «responsable» sont utilisés, non dans leur sens restreint qui concerne les erreurs, réelles ou apparentes, mais dans un sens élargi, englobant toute activité susceptible d'être jugée plus ou moins favorablement selon n'importe quel critère d'excellence ou de conformité. (...) Pour sauver le droit à utiliser des concepts d'évaluation, il fallait montrer que leur champ d'application se situait ailleurs que dans le monde extérieur; c'est alors qu'on a pensée qu'un monde intérieur de forces non mesurables mais pourvues de fins remplirait cet office»).

importance cruciale lorsque s'ajoute, à cette complexité initiale, des familles de médicaments qui en modifient l'état⁶⁹.

L'imputabilité en regard des mouvements d'humeur

«Tout ce qui arrive en tant qu'unité à la conscience est déjà monstrueusement compliqué : nous n'avons jamais qu'une apparence d'unité»⁷⁰.

Sans rapport direct avec les situations d'intoxication volontaire ou même d'automatisme classique, le sujet sous l'emprise des psychotropes, celui qui fait usage d'antidépresseurs obtenus par l'entremise de prescriptions médicales, se trouve, dans chacune de ses actions, placé dans une situation inédite. Ainsi, la commission de certains actes criminels requièrent de l'accusé une *intention spécifique*⁷¹, celle-ci ne lui serait plus

69. Voir notamment à ce propos : Daniel Andler, *Introduction aux sciences cognitives*, Paris, Gallimard, 1992 et Gérard M. Edelman, *Biologie de la conscience*, Paris, Odile Jacob, 1992. (Un pan immense de la philosophie actuelle de l'esprit tend à reconsidérer tous les préjugés moraux qui gouvernaient «l'ancienne psychologie»).

70. Wotling, «pensée du sous-sol», *supra* note 20 à la p. 31.

71. Hugues Parent, *Traité de droit criminel, La culpabilité*, t. 2, Montréal, Thémis, 2004 à la p. 167. [Parent, «Culpabilité»] (La «spécificité» de cette intention est précisée par le professeur Hugues Parent en ces termes: «Alors que l'intention générale «se rapporte uniquement à l'accomplissement de l'acte en question, sans qu'il y ait d'autre intention ou dessein», l'intention spécifique complète l'action principale en ajoutant à celle-ci la poursuite d'un but ultérieur. Dans ce cas, il ne suffit pas que l'accusé accomplisse l'action qui sous-tend l'élément matériel du crime, mais encore faut-il qu'il souhaite atteindre un but spécifique, un résultat qui excède l'accomplissement de l'acte en question»). *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 863-864. («Une infraction d'intention spécifique se caractérise par la perpétration de l'*actus reus* assortie d'une intention ou d'un dessein qui ne se limite pas à

imputable au sens strict si l'on s'en tient à la description de l'idée d'imputation qu'en donne le philosophe Paul Ricoeur :

(...) L'idée de rendre compte – *putare, computare*; imputer en son sens le plus général, c'est mettre en effet sur le compte de quelqu'un une action blâmable, une faute, donc une action confrontée au préalable à une obligation ou à une interdiction que cette action enfreint. (...) L'imputabilité est la capacité d'être tenu pour responsable de ses actes comme en étant leur véritable auteur⁷².

La modernité bouleverse la nature même de la compréhension de ce qu'est le sujet de droit. En raison de l'effet conjugué de la déstructuration des institutions et du climat d'intense sollicitation des formes médiatiques, il est difficile d'imaginer qu'un sujet dépressif et médicamenté, sous l'effet de puissants agents moléculaires, puisse être en mesure de s'appartenir complètement. Tout le rapport de la subjectivité à l'appareil moteur, au rapport de soi à soi, à l'exercice de la volonté subit la force des contraintes moléculaires censées redresser ou empêcher l'appesantissement dépressif.

En prenant pour acquis qu'il y a bel et bien une efficacité biopsychique dans la médication antidépressive, il importe d'imaginer du point de vue d'un bien-portant, la force requise par une substance qui, pour être utile, doit dissiper rien de moins que

l'accomplissement de l'acte en question. [...] Il y a monde entre l'homme qui dans un accès de frustration ou de colère porte un coup à quelqu'un dans un débit de boissons sans avoir d'autre dessein ou intention que de frapper et l'homme qui assène le même coup avec l'intention de causer la mort [...]. Quiconque tue quelqu'un avec l'intention de le tuer [...] se rend coupable de meurtre, tandis qu'une personne qui commet l'acte identique sans cette intention se voit déclarer coupable d'homicide involontaire coupable»).

72. Paul Ricoeur, *Le juste 2*, Paris, Esprit, 2001 aux pp. 96-97.

le ralentissement psychomoteur, l'autodénigrement, l'insomnie ou l' hypersomnie, et éventuellement les idéations suicidaires. Tel le *népenthès* homérique⁷³, la médication antidépressive doit faire oublier les chagrins, et surtout maintenir sur le marché du travail, à moindre coût, un grand nombre d'individus en panne d'initiative.

Modifier l'humeur⁷⁴ d'un sujet n'a rien d'une opération superficielle. Il en va d'une intervention somatique sur ce qui correspondait à la trame narrative, à l'intériorité de soi naguère comprise depuis le registre de la plainte adressée à autrui, de l'histoire racontée. Ce moment où s'exerçait la recollection narrative cède ici sa place à une perspective biologique qui, progressivement, gomme l'historicité ou la singularité du symptôme particulier pour le soumettre à l'économie générale de l'augmentation du taux de sérotonine dans le plasma sanguin et sur les sites de récepteurs synaptiques censés commander les

73. Homère, *Odyssée*, Chant IV, Paris, Le livre de poche, 1960 aux pp. 89-90. («Et alors Hélène, fille de Zeus, eut une autre pensée, et, aussitôt, elle versa dans le vin qu'ils buvaient un baume, le Népenthès, qui donne l'oubli des maux. Celui qui aurait bu ce mélange ne pourrait plus répandre des larmes de tout un jour, même si sa mère et son père étaient morts, même si on tuait devant lui par l'airain son frère ou son fils bien-aimé, et s'il le voyait de ses yeux. Et la fille de Zeus possédait cette liqueur excellente que lui avait donnée Polydamna, femme de Thôs, en Aigyptiè, terre fertile qui produit beaucoup de baumes, les uns salutaires et les autres mortels. Là tous les médecins sont les plus habiles d'entre les hommes, et ils sont de la race de Paièôn»).

74. Léonard et Ben Amar, «psychotropes», *supra* note 54 à la p. 752. («L'humeur ou thymie est une disposition affective régissant les émotions et les instincts d'un individu. Sa définition selon Delay est classique : «L'humeur est cette disposition affective fondamentale riche de toutes les instances émotionnelles et instinctives qui donne à chacun de nos états d'âme une tonalité agréable ou désagréable, oscillant entre les deux pôles extrêmes du plaisir et de la douleur»).

mécanismes fondamentaux d'adaptation du sujet à son environnement.

Le sujet instable

L'expérience de la modernité place le sujet au carrefour de champs d'influence divers, qu'il s'agisse des médias, des produits pharmaceutiques, de la déstructuration des formes institutionnelles (familles, travail, écoles) qui marquaient encore récemment une certaine stabilité en regard de la vie sociale. Le philosophe Gilles Deleuze ne manquait pas d'observer que :

Réformer l'école, réformer l'industrie, l'hôpital, l'armée, la prison; mais chacun sait que ces institutions sont finies, à plus ou moins longue échéance. Il s'agit seulement de gérer leur agonie et d'occuper les gens, jusqu'à l'installation de nouvelles forces qui frappent à la porte. Ce sont les sociétés de contrôle qui sont en train de remplacer les sociétés disciplinaires⁷⁵.

Ce serait manquer à la plus élémentaire probité intellectuelle que de ne pas reconsidérer la position subjective dans cet environnement incertain⁷⁶. Le statut de l'enfant hyperactif précocement placé sous médication comme celui de l'adulte dépressif redessine le rapport de chacun de ces sujets à l'intentionnalité. Tout se passe comme si les sociétés de consommation avancée suscitaient - notamment pour les exigences nouvelles du monde du travail - une subjectivité encline à d'irrésistibles impulsions, continuellement mobilisée attentive

75. Gilles Deleuze, *Pourparlers*, Paris, De Minuit, 1990 à la p. 241.

76. Jean-Joseph Goux, *Les iconoclastes*, Paris, Seuil, 1978 à la p. 122. («Le sujet n'est pas mort; il a perdu sa psychologie restreinte, sa figure familière, il est devenu pulsion, opération, productivité; machine, émetteur-récepteur, réseau, système synaptique enfoncé dans le clignotement des interconnexions sociales et biologiques»).

jusqu'au point de rupture psychique. Ce contexte exige de considérer la décentration d'un sujet par rapport à ses actes qui ne soient pas spontanément assimilables aux catégories de la négligence ni même à celles, plus anciennes, de fautes morales. Le sujet moderne constamment soumis à des stratégies d'accaparement vit sous la contrainte jusqu'au vertige. Ni marionnette, ni automate, le sujet sous influence est décrit par Françoise Proust en ces termes :

À chaque instant la conscience moderne est bombardée de données sans suite ni consécution : automatisations et morcellements des activités, prostitution des biens et des personnes en marchandises, atomisation des masses, rafale d'informations (...). Le monde a déclaré la guerre à la conscience. Traumatisée, soumise à une série incessante de chocs, à un déferlement d'agressions, elle n'est plus en mesure de faire face et de dominer ses objets. Elle, «dont le rôle est de protéger des sensations», se voit débordée. (...) Ainsi la conscience est bien *marquée*, mais elle n'est que cela : marquée, balafmée, signée, soufflée. Ce qui la marque ce n'est pas le présent ou le souvenir du contenu d'une expérience, mais justement une simple marque, une simple balafre, une simple encoche : comme un cratère dans un champ, une vitre soufflée dans une façade ou une amputation d'organe⁷⁷.

Il importe ici non pas de faire valoir, aux fins de l'intégrer dans la doctrine pénale, des notions comme l'inconscient freudien, mais d'établir une autre cartographie de l'intentionnalité. C'est toute la représentation de l'intériorité portée par le droit criminel dans son effort pour faire partager une vision commune du sujet coupable qui réclame ici une remise en cause.

77. Françoise Proust, *L'histoire à contretemps. Le temps historique chez Walter Benjamin*, Paris, Du Cerf, 1994 aux pp. 21-22.

Description d'états d'esprit et langage

Pour l'observateur de la doctrine pénale, il existe une étrange césure entre le développement technologique des moyens de saisie de la preuve, - il suffit de penser à l'acceptation par les tribunaux de la collecte d'éléments d'une scène de crime par le biais d'analyse sophistiquée de l'ADN -, et l'état de sous-développement des conceptions de la subjectivité. Le droit ne fait certes pas exception à la compréhension générale de ce que sont des notions comme la conscience, l'intention et la volonté. Ces désignations ont le «dangereux avantage» d'être, dans le langage ordinaire, les références les mieux partagées, celles dont les contenus et les définitions forment sans plus ample examen le fonds commun de la compréhension approximative mutuelle. Il ne vient à l'idée de personne d'exiger qu'à chacune de ses formulations, un interlocuteur fournisse le «poids atomique» exact pour chacun des atomes de sens mis en circulation⁷⁸. Ce «flou artistique» quant aux désignations des mécanismes de l'intériorité conduit tantôt à la disparition pure et simple du sens des mots - la permutation sans conséquence véritable d'un terme par un autre - ou encore l'usage ponctuel, arbitraire et contextualisé de distinctions spécieuses - purement verbales - entre le statut de l'intention et celui de la volonté. Cette condition de plasticité extrême des vocables en usage pour décrire le fonctionnement de l'esprit conduit au mieux vers leur dissipation dans l'insignifiance. En droit, cette situation engage à sa suite la possibilité pour un tribunal d'infléchir l'appréciation d'un comportement à l'apparente

78. Judith Robinson, *L'analyse de l'esprit dans les Cahiers de Valéry*, Paris, Librairie José Corti, 1963 à la p. 11. («Les mots qui nous servent à décrire la pensée et ses opérations sont encombrés d'une immense accumulation d'attitudes émotives et de partis pris intellectuels; ils traînent derrière eux tout un cortège de notions philosophiques, religieuses et morales; liberté de l'esprit, immortalité de l'âme, nature immatérielle de la pensée, rapport entre l'esprit humain et l'esprit de Dieu, et ainsi de suite»).

certitude contenu par ce dispositif rhétorique. Ce problème de l'incertitude qui vient de la description du passage d'un élément psychique dans le monde physique est évoqué par Judith Robinson en ces termes :

(...) Toutes nos idées concernant l'esprit ont toujours été exprimées dans un langage imprécis et confus. Quand nous parlons de la vie mentale, nous employons des termes que personne n'a tellement jamais définis, et dont le sens est par conséquent aussi large et aussi vague qu'on voudra. Pour s'en convaincre, il suffit de penser à des termes tels que «conscience», «âme», «volonté», «libre arbitre», «intellect» (...). Le vocabulaire de la psychologie traditionnelle est presque entièrement composé de mots de ce genre, qui ont fini par signifier tant de choses différentes pour les différents individus qu'on peut se demander s'ils signifient en réalité quoi que ce soit⁷⁹.

À la différence de l'usage commun de la langue, le droit ne peut se permettre de pareils écarts de langage. La fluctuation du poids des mots porte ici à conséquence, en particulier lorsqu'il s'agit d'établir la responsabilité criminelle des individus. L'attachement immodéré de la doctrine pénale à des appareils philosophiques désuets, le transport dans la réalité contemporaine d'une psychologie morale reflète bien la situation de « nébulosité croissante » des régimes linguistiques relatifs à la volonté ou à l'intention.

Le legs théologique insolite en droit pénal

L'étude de la doctrine en droit criminel canadien montre que les représentations de l'intériorité du sujet de droit sont grevées par le plus curieux enchevêtrement de références : tantôt

79. *Ibid.*

Aristote⁸⁰, Augustin, Thomas d'Aquin, tantôt Bracton ou même Blackstone⁸¹, comme si les conceptions psychologiques ou anthropologiques de ces auteurs demeuraient intemporelles, et que la tradition philosophique n'avait suscité aucun contradicteur pour chacune de leurs perspectives. Si à l'instar de la théologie, le droit «n'a que faire des nouveautés»⁸², son formalisme et sa pérennité ne s'épuisent pas dans des représentations anciennes, dussent-elles venir des auteurs les plus illustres de l'Antiquité ou du Moyen Âge? En fait, le renvoi à ces autorités fait apparaître la «pittoresque solidité» de constructions sémantiques, l'architecture anachronique précise, détaillée de maisons abandonnées par l'évolution de la réflexion sur le statut épistémologique du sujet moderne. Le trait commun de cet arrêt dans la croissance ou le développement des théories du sujet est la confusion d'éléments

-
80. Parent, «Culpabilité», *supra* note 71 aux pp. 77-78. (Le professeur Hugues Parent réfère spontanément au Stagirite pour établir l'élément de connaissance réelle ou actuelle nécessaire à la formation de cette «nébuleuse» qu'est l'esprit, ou l'état d'esprit blâmable. «Comme l'indique son origine étymologique (du latin : *cognoscere, noscere*) la connaissance désigne la faculté de celui qui comprend ou saisit, à travers les impressions que lui communiquent ses sens et les représentations mentales qui en découlent, les rapports entre le sujet pensant et le monde extérieur. D'après Aristote, «le principe de notre connaissance est le sens». «Mais parce que les images qui proviennent de nos sens sont incapables de modifier l'intellect possible, elles doivent être rendues intelligibles en acte par l'intelligence agent». Donc, la connaissance résulte de la conjugaison des sens (qui nous fournissent les images, les impressions des corps sensibles) et de l'intelligence (qui opère en nous la transformation des images en concepts intelligibles).
81. Voir à ce propos : Christian Laval, *Jeremy Bentham Le pouvoir des fictions*, Paris, PUF, 1994 aux pp. 28-32. (Il suffit de penser à l'œuvre de Jeremy Bentham qui, pour une grande part, s'attaque aux obscurités de la Common Law et à l'apparente rigueur des commentaires de Blackstone).
82. Pierre Cariou, *Pascal et la casuistique*, Paris, PUF, 1993 à la p. 41. («La théologie n'a que faire des nouveautés»).

de la psychologie avec ceux de la morale chrétienne⁸³. La faute en droit criminel demeure, quoi qu'on en dise, l'ombre abrégée du péché dans la théologie catholique. Tout se passe comme si le commentaire thomiste d'Aristote tenait lieu de psychologie définitive et constituait la forme arrêtée ou indépassable de l'autocompréhension des sujets. Dans cette optique, le professeur Hugues Parent n'hésite pas à convoquer, au soutien de la description de l'armature psychique relative à l'intention, le docteur universel de l'Église Catholique :

D'après saint Thomas d'Aquin, l'intention est à la fois un acte de connaissance et de volonté. De connaissance, tout d'abord, puisqu'une personne ne peut tendre vers quelque chose sans connaître, au préalable, l'objet vers lequel elle ordonne sa volonté. «Or pour qu'une chose soit ordonnée de manière droite à la fin qui lui est due, il faut, en effet, une connaissance de cette fin, du moyen de parvenir à cette fin, et de la juste (debita) proportion entre les deux.» L'intention est donc un acte d'intelligence qui présuppose un minimum de connaissance. De volonté, enfin, car l'intention implique la notion de mouvement, ce qui est le propre de la volonté en tant que cause motrice. Donc, l'intention est un acte de volonté à l'égard de ce qui est connu par l'intelligence. En effet, «ce n'est pas la volonté qui met en ordre, mais elle tend vers quelque chose selon l'ordre de la raison; ainsi le mot intention désigne-t-il un acte de volonté, mais présuppose une ordination par la raison de quelque chose vers une fin». L'intention est donc un acte de la puissance appétitive et de la puissance de connaître, conclut le Dominicain⁸⁴.

83. Odon Lottin, *Psychologie et morale aux XIIe et XIIIe siècles*, Gembloux, Duculot, 1942. (La plupart des débats entourant les conceptions de la volonté ou de l'intention pourraient tenir dans une glose rafraîchie des travaux célèbres de cet auteur).

84. Thomas D'Aquin, *Somme théologique*, t. 2, Paris, Du Cerf, 1997 à la p. 99; Parent, «Culpabilité», *supra* note 71 à la p. 145.

Les définitions de la volonté et de l'intention sont présentes chez Thomas d'Aquin; on y réfère avec la plus suave conviction comme si elles étaient des données actuelles, factuelles. Force est pourtant d'admettre qu'un peu comme en médecine où l'expérience clinique a porté un coup mortel aux élucubrations herboristes, humorales ou astrologiques des époques antérieures, les observations de la psychiatrie et de la psychanalyse naissante opèrent un déplacement paradigmatique qui guide encore la manière actuelle de concevoir la subjectivité. Il y a historiquement une faille importante qui sépare deux continents de théories psychologiques. Comme le remarque le sociologue Marcel Gauchet :

À la base de la révolution dans l'idée de sujet que marque, autour de 1900, l'émergence de l'inconscient, (...) ce sont les développements de ce double processus d'inclusion de la folie et de la redéfinition de l'individualité que l'on retrouve. (...) Il s'agit de rendre le surgissement de la figure du sujet scindé de lui-même à son inscription dans le devenir. Il s'enracine dans l'extension et dans les remaniements du champ psychopathologique; il s'ancre dans la refonte de l'identité personnelle suscitée par les multiples progrès du régime de déliaison des êtres; il correspond en ultime ressort à l'advenue brutale, au terme d'un siècle de gestation confuse, d'une forme inédite de la réflexivité, d'un nouveau schème général du rapport à soi passant non par l'unité, la proximité ou la présence, mais par la division, au rebours des habitudes de la pensée les mieux assises, et cela aussi bien dans l'ordre du fonctionnement collectif que dans le registre de l'expérience individuelle⁸⁵

L'usage des antidépresseurs est l'un des cas de figure qui permet le mieux de faire voir les déplacements et nuances requises

85. Gauchet, «l'inconscient», *supra* note 35 à la p. 14.

par la modification substantielle de la catégorie subjective en philosophie, en psychologie depuis 1900⁸⁶. Malgré l'apparente vétusté des références intellectuelles qui soutiennent l'engrenage de l'imputabilité, il importe de faire émerger, en regard de la consommation de psychotropes, une défense d'automatisme plus inclusive.

Il ne semble toutefois pas acquis que les tribunaux, qui paradoxalement ont été amenés à exiger l'obligation de prouver une intention spécifique dans certains crimes, acceptent certains états esprits diminués ou altérés comme moyens d'exonération.

Dans certaines situations de contrainte psychique, l'impulsion et le passage à l'acte ne correspondent aucunement à la représentation commune de la notion d'intention. Le caractère contraignant de l'addiction à des substances licites en est le meilleur exemple. Sous des pressions intérieures, un sujet qui conserve pourtant toute la faculté de distinguer le bien du mal ne peut s'empêcher de commettre un acte répréhensible sans qu'il ne s'agisse pour autant d'une intention délibérée. Pour la plupart des observateurs, il est loisible de concevoir une situation où l'intention d'un sujet non seulement ne ponctue d'aucune manière

86. Jean-Claude Beaune, *Le vagabond et la machine Essai sur l'automatisme ambulatoire médecine, technique et société 1880-1910*, Paris, Champ Vallon, 1983 à la p. 227. (La révolution des conceptions psychologiques à partir de 1900 qu'évoque Marcel Gauchet pourrait se résumer en ces termes : «La volonté va des idées aux muscles, suivant ainsi le trajet de l'arc-réflexe» et l'homme devient un être en état de lutte, de conflit interne entre l'automatisme toujours présent, car primitif, et une volonté qui associe rationnellement les actes aux idées. Il ne s'agit pas d'un simple étagement des structures psychiques antagonistes : le modèle est bien fonctionnel et tout homme, finalement, dans ce conflit, se fixe une «morale de combat» (...) L'automatisme est, à tous égards, primitif et répressif mais utile car il désigne aussi le danger perpétuel que chacun porte en soi et qu'il doit s'efforcer de conjurer – sous peine que la société le prenne en charge, on sait comment»).

la conscience, mais encore, ne constitue pas un interrupteur décisionnel. À l'égard de l'appréciation d'individus sous influence de psychotropes, il devrait être possible d'introduire un caractère psychologique à la défense de contrainte.

Dans l'établissement de la logique de l'action subjective, l'usage de la notion de libre arbitre pose deux problèmes distincts : celui de l'autocompréhension par l'agent de sa propre action, et celui de la communication à des témoins de ce qui pouvait motiver le passage à l'acte. Merveilleux miroir aux alouettes, la notion de libre arbitre inclut tout autant l'observateur et l'observé dans le même effet culpabilisateur de vérité. Le sujet se croit spontanément lui-même l'agent, et l'observateur rétrospectif se convainc que le prévenu comme initiateur absolu pouvait au terme de la narration, bifurquer et infléchir à son avantage l'inclinaison coupable. Une situation de langage supposée être une copie conforme de la réalité une fois détachée de celle-ci devient plus réelle et simplifie à ses fins ce qui, de fait, s'est produit, aurait dû ou aurait pu se produire. Le langage qui «traduit» les faits suscite une adhésion au vraisemblable plutôt qu'à la factualité d'une chaîne de décisions.

Retenons particulièrement l'illusion symbolique qui sous-tend l'illusion du libre arbitre. La duperie se trouve dans le lien qui existe entre la situation, le langage par lequel on en rend compte soi-même et à autrui, et l'auditeur qui perçoit cette situation à travers le langage; sans que personne n'ait véritablement ni toujours l'intention de tromper. Celui qui raconte une situation, ou qui la prend en charge verbalement, la simplifie et l'axe en fonction d'un intérêt ou d'un désintérêt, d'un avantage ou d'un désavantage; il laisse nécessairement de côté une infinité d'aspects de la situation qui l'a conduit à jouir ou à se plaindre du résultat. Mais l'auditeur, qui ne connaît la situation qu'à partir de ce qu'en dit le narrateur, en a une version nécessairement tronquée et falsifiée, qui resterait telle quand bien même il ressentirait l'artifice. Le lien privilégié à un agent actif ou passif d'ailleurs, tient

fallacieusement lieu, au sein de l'expression symbolique même, de l'intégralité de la situation. La «coupe» et la «taille» symboliques sont les véritables causes de l'illusion du «libre arbitre» : les situations ne nous apparaissent que tramées par la réduction symbolique et ne s'échangent qu'à travers elle⁸⁷.

Pour le droit pénal, tous les êtres humains sont d'emblée dans une relation causale directe avec leurs actes; ils sont présumés libres de les choisir ou d'en interrompre le cours. À cet égard, la notion de liberté de tous permet de voiler l'influence décisive des déterminations sociales de chacun. Pour que le libre arbitre puisse conserver quelque pertinence dans l'appréciation des intentions de chacun, il faudrait que tous et chacun puissent être assurés de conditions sociales initiales similaires. Plus encore, qu'ils aient pu se vouloir tel qu'en eux-mêmes. Pareille situation existentielle n'est évidemment pas possible. Le philosophe Clément Rosset remarque à cet égard que :

Vous n'avez aucune expérience du donné. Une fois que votre personne purifiée de toutes les déterminations accidentelles ou extérieures, vous restez aveugle devant votre principale détermination, savoir l'être que vous êtes. En somme, vous considérez votre personne comme allant de soi, comme «naturelle», un peu même comme quelque chose qui vous serait dû si elle n'était pas là, restant par là insensible à tout ce qu'il y a d'inattendu, de surprenant, de gratuit en vous-mêmes. Vous oubliez que vous êtes un événement, que vous êtes né du hasard, qu'il n'est rien en vous qui ne soit d'abord donné d'emblée et dont vous ne dépendiez d'une dépendance infiniment plus intime et plus directe que celle de la causalité⁸⁸.

87. Clero, «Déterminisme», *supra* note 63 aux pp. 23-24.

88. Clément Rosset, *Le monde et ses remèdes*, Paris, PUF, 2000 à la p. 181.

Le droit ne peut certes pas faire le deuil d'une notion princeps comme celle du libre arbitre sans miner toute la syntaxe sociale de la responsabilité, la petite logique de l'imputation. Cette perspective se bute pourtant à un point de vue philosophique plus vraisemblable tel que le constate Michel Onfray :

Entre Lacenaire et le professeur Barnard, Robespierre et Landru, Sade et mère Teresa, (...) Marc Dutroux et monseigneur Lustiger, je vois moins effet de libre arbitre et responsabilités individuelles que travail de la nécessité, œuvre du déterminisme, tropismes irrésistibles, énergies impérieuses, puissances de logiques dans lesquelles la liberté compte pour rien – ou presque. Ni les grands hommes dans la vertu, ni leurs semblables dans le crime ne sont responsables d'eux-mêmes puisque ce qui les construit suppose un enchevêtrement de dynamiques, de vitalités plus tard nommées des individualités (...) Or qui peut dire, qui peut se dire, à lui-même, en son for intérieur, qu'il peut, s'il le veut, être autre qu'il n'est?⁸⁹

Par une sorte de continuum théorique, le droit pénal s'élabore solidairement avec des dimensions essentielles de la morale chrétienne. En vertu de la logique même de son architecture conceptuelle, le droit pénal rencontre, dans son édification apparemment rationnelle, les mêmes apories que la théologie chrétienne. À la différence que les suaves discussions qui jadis pouvaient diviser catholiques (dominicains ou franciscains) et protestants prennent ici une tournure toute concrète dans la détermination de la culpabilité d'un prévenu moderne. D'origine théologique, le débat sur le libre arbitre⁹⁰ et la

89. Michel Onfray, *L'archipel des comètes*, Paris, Grasset, 2001 à la p. 157.

90. Une question fondamentale demeure en suspens quant à l'usage auquel le droit pénal soumet le terme libre arbitre. Tout se passe comme si cette discipline n'avait conservé que le caractère volontaire et personnalisé de la désignation sans en comprendre l'intrication avec une autre notion

prédestination devient ainsi celui de l'appréciation subjective des actes contre leur dimension objective. Cette observation n'aurait l'effet que d'une agréable remarque introductive à caractère historique si elle ne venait pas grever toutes les représentations de la subjectivité pénale moderne. Sans affirmer imprudemment que le droit pénal n'est que le jumeau laïc de la théologie chrétienne, il n'en demeure pas moins que toute la précompréhension du sujet de droit est incluse ou ne peut dépasser les paramètres théologiques dont elle reste l'héritière captive. On peut considérer cet état de fait comme un atavisme inexpugnable ou une configuration indépassable du dispositif de culpabilisation du sujet responsable.

C'est là qu'apparaît dans cette recherche le caractère stratégique de la défense d'automatisme. Elle dégage le droit criminel de l'influence morale pour le relier plus directement aux perspectives modernes des neurosciences dans leurs compréhensions factuelles du fonctionnement de l'esprit.

théologique corollaire et non moins importante : la grâce. Derrière le libre arbitre, la crainte d'une prédestination insondable qui pourrait en nier, en anéantir la portée et le sens.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : REASON, PASSION AND SELF-CONTROL : UNDERSTANDING THE MORAL BASIS OF THE PROVOCATION DEFENCE

Auteur(s) : George MOUSOURAKIS

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 1

Pages : 215-232

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11556>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11556>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

REASON, PASSION AND SELF-CONTROL : UNDERSTANDING THE MORAL BASIS OF THE PROVOCATION DEFENCE

par George MOUSOURAKIS*

Cet article présente la nature de la provocation ainsi que la façon d'interpréter celle-ci en tant que moyen de défense en droit criminel et, plus particulièrement, pour les accusations de meurtre. Il vise à expliquer comment la provocation peut être conceptualisée afin de comprendre l'excuse partielle accordée lorsque cette défense est acceptée comme une concession de la fragilité humaine. L'auteur soutient que la défense de provocation agit comme une excuse fondée sur l'hypothèse qu'un acte de provocation est capable de faire accroître la pression psychologique à un degré tel que celle-ci se transforme en colère passionnelle, assez importante pour priver la personne de sa capacité à agir moralement. La provocation ne peut toutefois pas entraîner une excuse complète. Même s'il était impossible de faire diminuer la colère de la personne, celle-ci devrait être en mesure de reconnaître l'excès et de comprendre qu'il y a de bonnes raisons de ne pas agir par le simple désir de tuer quelqu'un. Bien que la défense de provocation nie l'existence de la mens rea, élément essentiel du crime, elle ne peut toutefois pas empêcher la condamnation pour une infraction moindre d'homicide involontaire.

This paper discusses the nature of provocation and the proper way to interpret provocation as a defence, particularly in relation to murder charges. Its aim is to explain how provocation can be conceptualized as a partial excuse by examining the traditional understanding of the provocation defence as a concession to human frailty. It is argued that the defence operates as an excuse on the assumption that an act of provocation is capable of raising in a person such a degree of psychological pressure, in the form of angry passion, as to deprive her of her ability to act morally voluntarily, i.e. the ability to act according to an all-things-considered moral choice. The paper aims to explain, moreover, why provocation cannot provide a complete excuse. It is argued that, while the provoked agent may not be able to suppress her anger, she is deemed capable of recognizing that there are overriding reasons for not acting on the desire to kill which may arise in her emotional state. Although a successful plea of provocation negates the degree of moral culpability required for murder, it cannot prevent conviction for the lesser offence of manslaughter for a provoked killing still manifests a socially undesirable disposition or trait of character.

* . Senior Lecturer in Law, University of Auckland, New Zealand; Professor of Comparative Law, Niigata University, Japan.

216 *Reason, Passion and Self-Control :
Understanding the Moral Basis
of the Provocation Defence* (2007) 38 R.D.U.S.

TABLE OF CONTENTS

Introduction	217
Conceptualizing Provocation as a Partial Excuse	219
Loss of Self-Control as a Basis for Excusing	220
The Relevance of Character to Culpability in Provocation Cases	227
A General Loss of Control Defence?	229
Concluding Remarks	231

Introduction

In England and other common law jurisdictions provocation operates as a mitigatory or partial defense to murder aimed at the reduction of that offence to voluntary (or intentional) manslaughter¹. For a plea of provocation to succeed the jury must be satisfied that the accused was deprived of her self-control at the time of the killing (the subjective test) and that this was the result of wrongful conduct serious enough to provoke an ordinary or reasonable person (the objective test). If there is no evidence to support a finding of provocation, the defence will fail, whether the accused lost her self-control or not. Moreover, even if the victim's conduct was such as to amount to provocation in law, the defence cannot be relied upon if evidence shows that the accused did not lose self-control as a result. Determining the threshold of legal provocation presupposes a moral judgment about what sort of offensive conduct is capable of arousing in a person such a degree of justified anger or indignation that might

1 . *The English Homicide Act, 1957* (c.11) section 3. ("Where on a charge of murder there is evidence on which the jury can find that the person charged was provoked (whether by things done or by things said or by both together) to lose his self-control, the question whether the provocation was enough to make a reasonable man do as he did shall be left to be determined by the jury; and in determining that question the jury shall take into account everything both done and said according to the effect which, in their opinion, it would have on a reasonable man"); Law Commission Consultation Paper No 177, *A New Homicide Act for England and Wales?*, 2005 at 171-176. (The Law Commission recently published a detailed Consultation Paper reviewing the present law and proposing a series of possible options for reform); Law Commission Report No 290, *Partial Defenses to Murder*, 2004, s. 232. ("(1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation. (2) A wrongful act or an insult that is of such nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool. (3) For the purposes of this section, the questions (a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and (b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received, are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being."); *The New Zealand Crimes Act, 1961*, s. 169. (Treatment of provocation in other common law jurisdictions); *The New South Wales Crimes Act, 1900*, s. 23; *Queensland Criminal Code, 1899*, s. 304; *Criminal Code of Western Australia, 1913*, ss. 281 and 245.

defeat her capacity for self-control. Although legal wrongdoings of a significant nature should for the most part provide a sufficient basis for the defense, non-legal, moral wrongdoings may also be considered serious enough to pass the threshold of provocation in law. Over this threshold, provocations may vary from the less serious ones (e.g. verbal provocations) to those involving very serious wrongdoings (e.g. provocations involving physical violence). Provocations involving different forms and degrees of wrongdoing may equally support a partial defence to murder, provided that the requirement of loss of self-control is also satisfied.

The provocation defence is understood to hinge upon two interrelated elements : the wrongful act of provocation and impaired volition or loss of self-control. The first element is taken to be justificatory in character, for it focuses upon a condition that, on the face of it, is capable of affecting the wrongfulness of the actor's conduct quite independently of her state of mind. The second element, by placing the emphasis on the actor's state of mind and her inability to exercise control over her actions, is clearly excusative in nature. Because provocation rests upon both excusative and justificatory considerations, the rationale of the legal defence has been difficult to locate². As Alldridge has remarked :

The defence [of provocation] must be either a partial excuse (in which case the centre of the inquiry will be whether or not the defendant lost his/her self-control) or a partial justification (in which case the centre of the inquiry will be what was actually done by the deceased to the defendant — to what extent the deceased 'asked for it')...It is interesting to note that both these conditions obtained at common law.³

-
- 2 . J. L. Austin, "A Plea for Excuses" (1968) 19 *The Philosophy of Action* at 20. ("It is arguable that we do not use the terms justification and excuse as we might; a miscellany of even less clear terms, such as 'extenuation', 'palliation', 'mitigation', hovers uneasily between partial justification and partial excuse; and when we plead, say, provocation, there is genuine uncertainty or ambiguity as to what we mean? is he partly responsible, because he roused a violent passion in me, so that it wasn't truly me acting? of my own accord' (excuse)? Or is it rather that, he having done me such injury, I was entitled to retaliate (justification)?").
- 3 . Peter Alldridge, "The Coherence of Defences" (1983) *Criminal Law Review* 665 at 669. ("careful analysis of the language and of the results of common law heat of passion cases demonstrates that there is an uncertainty whether the defence is a sub-species of justification or of excuse"); Joshua Dressler, "Rethinking Heat of Passion : A Defence in Search of a Rationale" (1982) 73

Although the justificatory element may have played a part in the shaping of the legal doctrine of provocation, its role in modern law is diminished. The idea that an act of revenge may be partially justified conflicts with fundamental presuppositions of the criminal law as a system whose very point is shifting the authority and moral basis of actions from the domain of subjective attitudes to general and impersonal norms of conduct⁴. Although for the defence of provocation to succeed it must be established that the accused was sufficiently wronged by her victim, the rationale of the defence in law is more satisfactorily explained in terms of the excuse theory. The real basis of the provocation defence, traditionally regarded as a concession to human frailty, lies in the actor's loss of self-control in circumstances in which any ordinary person might also have lost control⁵. In this respect, the wrongful act of provocation is seen as providing a morally acceptable explanation for the accused's loss of self-control and killing rather than a reason for directly reducing the wrongfulness of her actions.

Conceptualizing Provocation as a Partial Excuse

The description of provocation as a concession to human frailty reflects the conception of the defence as an excuse⁶. This approach to the defence hinges on the notion of impaired volition or loss of self-

Journal of Criminal Law and Criminology 421 at 428; Joshua Dressler, "Provocation : Partial Justification or Partial Excuse?" (1988) 51 Modern Law Review at 467.

- 4 . A. von Hirsch and N. Jareborg, "Provocation and Culpability", in F. Schoeman (ed), Responsibility, Character and the Emotions, (Cambridge : Cambridge University Press, 1987) at 242. ("Although the [provoker] might deserve punishment, the actor lacks authority to inflict it. Penalizing malefactors is not a legitimate role for an individual; it is a state function, to be undertaken with appropriate due process safeguards.").
- 5 . *Duffy* [1949] 1 All ER 932. ("Circumstances which include a desire for revenge are inconsistent with provocation, since the conscious formulation of a desire for revenge means that a person has had time to think, to reflect, and that would negative a sudden and temporary loss of self-control, which is of the essence of provocation").
- 6 . *Holmes v DPP* [1946] AC 588. ("The law has to reconcile respect for the sanctity of human life with recognition of the effect of provocation on human frailty"); O'Regan, "Indirect Provocation and Misdirected Retaliation" (1968) 319 Criminal Law Review at 320. ("The doctrine of provocation is a concession to human frailty, a recognition that a lower standard of criminal responsibility should apply to one who kills when he is 'for the moment not master of his mind'."). See also R. Perkins, *Criminal Law* (Brooklyn : Foundation Press, 1957) at 42.

control. Its governing assumption is that provocative conduct, when it is sufficiently serious, is capable of inflaming anger to such a degree as to be likely to lead the provoked person to lose her self-control and retaliate in violence. When the provoked person loses self-control she is unable to weigh up the consequences of her action according to reason. It is not that the provoked person lacks the *capacity* to reason. Her judgment that there has been a wrongdoing is a reasoned judgment, but the reasoning then breaks down so that her actions that stem from that judgment are no longer the product of reason. As Horder explains :

Action stemming from a loss of self-control...are the product of a judgment (of a certain degree of wrongdoing) and a desire following in the wake of the judgment that controls the will without, for the moment, the restraining or guiding influence of reason.⁷

Although losing self-control and killing as a response to provocation is not totally excusable, the actor's degree of moral culpability falls short of that required to convict her of murder. From the point of view of the excuse theory, the gravity of the provocation is relevant to assessing the accused's claim that she was provoked to lose her self-control. There is no question here of whether the wrongful and culpable character of the provocative conduct should render the killing objectively less wrongful or partially justified. It is, rather, the accused's loss of self-control, *as a result of provocation*, that accounts for and justifies the reduction of culpability and, consequently, the reduction of the offence from murder to manslaughter. To gain some insight into the excusative element in provocation, it is necessary to consider what human frailty means and how it relates to the loss of control requirement that, from the viewpoint of the excuse theory, constitutes the true basis of the provocation defence.

Loss of Self-Control as a Basis for Excusing

In provocation it is not required that the actor loses her self-control to the extent that she does not know what she is doing, or what her action is aimed at; but self-control must be lost to such an

7. Jeremy Horder, *Provocation and Responsibility* (Oxford : Clarendon Press, 1992) at 164.

extent that for the moment her action is being guided by passion rather than by reason. Indeed, it is an important prerequisite for pleading provocation as a partial defence to murder that the accused have acted with the requisite *mens rea* for murder (in England, an intention to kill or to cause grievous bodily harm). If the provoked agent loses her self-control to such an extent as to be unaware of the nature or quality of her act, or unable to exercise control over her bodily movements, then she may be entitled to full acquittal on the basis of a lack of *actus reus* or *mens rea* defence. Other things being equal, if the provoked agent suffers a total loss of self-control, automatism may provide the appropriate basis for a complete defence to the charge of murder⁸. Nevertheless, in those cases of provocation where the actor is totally deprived of her ability to control her conduct, the victim's provocation might perhaps be regarded as a triggering factor of the excusing condition — i.e. automatism — providing the basis of his defence to murder. Thus, although another excuse takes the priority over provocation here, the latter might be granted a role peripheral to or supportive of the defence relied upon⁹.

In the context of excuse theory, the role of loss of control is understood in the light of the important distinction between involuntariness and moral or normative involuntariness. The term involuntariness is used to denote one's total inability to direct one's conduct or to exercise control over one's bodily movements. It might be said that, in such cases, the agent acts only in appearance because the conduct is no longer subject to conscious determination by the agent¹⁰. Normative or moral involuntariness, on the other

-
- 8 . T. Archibald, "The Interrelationship Between Provocation and Mens Rea : A Defence of Loss of Self-Control" (1985-86) 28 *Crim. L.Q.* 454 at 454. ("It may be possible to argue in extremely exceptional cases where there is some evidence pointing towards the inference that the accused suffered a total loss of control, that his conduct was involuntary and unconscious; therefore, the *actus reus* of the crime might be negated and the accused could be acquitted on the basis that the automatic conduct gives rise to the defense of automatism.").
 - 9 . E. Colvin, *Principles of Criminal Law*, 2d ed. (Toronto : Carswell Pub., 1991) at 253. ("Extreme rage may produce a state of dissociation under which conduct is no longer being directed by a reasoning mind and there is therefore no voluntary *actus reus*. Similarly, provocation may induce a state of impaired cognition which negatives *mens rea*.").
 - 10 . J. Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2d ed. (New York : Bobbs-Merrill, 1960) at 422. (With regard to conduct whose cause is "entirely outside the person, where his 'self' does not participate in the slightest degree, the legal rules represent the traditional judgment that the defendant has not acted at

hand, pertains to those cases where the agent, although she is able to direct her external conduct (to 'act', in a strict sense), is unable to act as she chooses — or would have chosen — due to external or internal constraints on her freedom to choose (cases of 'overpowered will'). According to Fletcher :

Excuses arise in cases in which the actor's freedom of choice is constricted. His conduct is not strictly involuntary as if he suffered a seizure or if someone pushed his knife-holding hand down on the victim's throat. In these cases there is no act at all, no wrongdoing and therefore no need for an excuse. The notion of involuntariness at play is what we should call moral or normative involuntariness. Were it not for the external pressure, the actor would not have performed the deed. In Aristotle's words, he 'would not choose any such act in itself'.¹¹

An action may be contrary to choice not only when it does not reflect a choice the actor has already made, but also when it goes against a choice the actor would have made, had she the time or opportunity to deliberate according to the principles which she would normally employ in making moral decisions. For example, a person who would normally not use violence against another, on a particular occasion does so carried away by anger. For such a person resorting to violence is against her moral principles and she would not have acted so by choice had she kept her temper in check and taken time to deliberate about her response.

The distinction between involuntariness and moral or normative involuntariness is allied to that between compulsion and coercion. A person acting under compulsion is unable to exercise physical control over her bodily movements, in other words, is not free to act. A coerced person, by contrast, although she is free to act in a strict sense, is not free to choose the direction of her action¹².

all, i.e. 'act' implies volition."); S. C. Coval and J. S. Smith, *Law and its Presuppositions : Actions, Agents and Rules* (London : Routledge, 1986).

- 11 . G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston and Toronto : Little, Brown & Co, 1978) at 803.
- 12 . D. Hoekema, *Rights and Wrongs* (Toronto : Assoc. Univ. Presses, 1986) at 75; Edwards, "Compulsion, Coercion, and Criminal Responsibility" (1951) 14 *Modern Law Review* at 297. (For an analysis of the distinction between compulsion and coercion) ; H. G. Frankfurt, "Coercion and Moral Responsibility" in *Essays on Freedom of Action* (London : Routledge, 1973) at 63.

Compulsion provides the basis for claims of exculpation contesting authorship-responsibility and hence, indirectly, moral responsibility. Claims of exculpation (or mitigation) stemming from coercion challenge directly the actor's being morally responsible for a wrongful act. From the point of view of the excuse theory, the classification of the various exculpatory claims in law turns on the source and nature of the relevant external or internal impediments precluding the agent's acting in compliance with the law¹³.

Freedom of choice in action, as a requirement of moral and legal responsibility, presupposes, among other things, that the actor is 'master of his mind', or that she is acting in a 'normal' frame of mind. Heat of passion and loss of self-control imply that the contribution of reason to the psychological process towards the formation of the will is precluded or substantially diminished¹⁴. There are two ways in which passion may affect a person's ability to choose freely. In some impetuous acts the urge does not circumvent the conscious self but, in a sense, passes through it. Because of its intensity, however, the urge overrides the actor's ability to exercise rational judgment; it defeats her moral resistance¹⁵. One might also consider as relevant here the so-called *short-circuited reactions*. These pertain to cases where an intense psychological urge is activated so abruptly that, in a way, circumvents the conscious self and affects directly the agent's motivational system. In such cases the agent's moral inhibitions are bypassed rather than overcome. Depending upon the degree to which self-control is lost, the provoked agent's response may be described as an impetuous act of the first type or as a 'short-circuited reaction'. In the latter case, loss of self-control tends to involve a spontaneous, immediate reaction to the provocation received. The desire to inflict punishment on the provoker triggered

13 . H. Gross, *A Theory of Criminal Justice* (New York : Oxford Univ. Press, 1979) at 69.

14 . In those cases where reason succumbs to passion, the will is determined by something external to it — a relation which Kant terms the '*heteronomy of the will*'. In such cases the person's reasons for acting in a certain way pertain only to what he/she desires, independently of his moral beliefs. On the other hand, when the person's will is determined by reason, the will is said to be 'self-ruled', for reason is viewed as something 'internal' to the will. A will that is determined by reason is at one with itself. According to Kant, such a will can override passion and desire.

15 . N. R. F. Maier, "Frustration Theory : Restatement and Extension" (1956) 63 *Psychological Review* 370 at 382. (The author suggests that there are intermediate states between being totally emotional and totally rational, wherein emotion and reason may conflict with each other).

by the judgment of wrongdoing is translated into action immediately, i.e. without going through any process of deliberation. In this case, the agent reacts almost without thinking, like the person who, when another raises her hand to hit her, instinctively ducks her head or raises her hands to protect herself. In the former case, by contrast, the provoked agent appears to be making a choice in anger to inflict a certain kind of punishment on the provoker. The exercise of choice here, however, does not necessarily require us to draw the inference that the provoked agent is in control of her actions, for the choice she makes, distorted by emotion, involves a misjudgment as to what form and degree of retaliation is appropriate. Depending upon the perceived gravity of the provocation, this misjudgment is to some extent excusable because people are fallible and often leap before they look, especially when they are conquered by passion. Both impetuous acts involving deliberation and short-circuited reactions should be distinguished from what is referred to as 'reflex actions'. The latter lack a concrete psychological basis and therefore relate to the conditions of involuntariness rather than to those of moral or normative involuntariness. The 'impetuous acts' and, arguably, the 'short-circuited reactions' are not irrelevant to the attribution of moral and, possibly, legal responsibility for both may be taken to manifest undesirable character traits or dispositions.

Other things being equal, of the two kinds of provoked persons, those who act upon impulse and without deliberation are in general less to blame than those who give way to a desire after going through a process of deliberation. This is an important consideration that the sentencer cannot ignore in determining the appropriate level of punishment for the lesser offence. Moreover, considering the accused's mode of retaliation in relation to the provocation offered may be important in answering the question of whether the accused was provoked to lose her self-control to such a degree as to commit an intentional killing. This approach consorts with the position that any reference to reasonableness or proportionality in the context of the provocation defence can only be relevant to answering the question of whether the provocation was such as to make the accused's giving way to anger and losing her self-control to such a degree as to lead her to commit an intentional killing appear a likely or not unexpected reaction. Admittedly, the more severe the provocation the more the psychological effort the provoked actor needs to make in order to maintain control over her actions. In other words, the greater the provocation the more ground there is for attributing the intensity of the actor's passions and her lack of self-

control to the extraordinary nature of the situation in which she was placed rather than to an extraordinary deficiency in her character.

What do we mean, then, when we say that the provoked agent who acts 'in the heat of the moment' is not entirely free to choose? To answer this question one would need to look more closely at the interrelation between free agency and self-control. It has been asserted that freedom of choice presupposes that what motivates the agent to act in a certain way accords with her all-things-considered evaluations¹⁶. Watson draws a distinction between the agent's 'valuational' and 'motivational' systems. He defines an agent's valualational system as

that set of considerations which, when combined with his factual beliefs, yields judgements of the form : the thing for me to do in these circumstances, all things considered, is a. To ascribe free agency to a being presupposes it to be a being that makes judgements of this sort. To be this sort of being, one must assign values to alternative states of affairs, that is, rank them in terms of worth.¹⁷

Moreover, Watson defines the motivational system of an agent as that set of considerations which moves the agent to action. From this point of view, an action is held not to be free if the agent's motivational system is not aligned with, or correspond to, her evaluational system. In Watson's words :

The possibility of unfree action consists in the fact that the agent's valualational and motivational system may not completely coincide. Those systems harmonize to the extent that what determines the agent's all-things-considered judgements also determines his actions...The free agent has

16 . Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book 7, H. Rackham ed., 1934. (This approach has a very long pedigree, dating at least to Aristotle. According to Aristotle, the self-controlled or continent person feels the pull of temptation or an emotional urge, but resists acting on it as a result of her judgment that such action would not be the best; the incontinent person, by contrast, does not resist); D. Davidson, "How is Weakness of the Will Possible?" in *Essays on Actions and Events* (Oxford : Clarendon Press, 1980) at 21-43. (It should be noted that the judgment on which the incontinent person fails to act does not need to be a moral judgment; it is rather the broad practical judgment that a certain action is best all things considered).

17 . G. Watson, "Free Agency" in *Free Will*. (Oxford : Oxford University Press, 1982) at 105.

the capacity to translate his values into action; his actions flow from his evaluational system.¹⁸

Freedom of action as a requirement of responsibility presupposes not only that what motivates a person to act concurs with her evaluations; it presupposes, in addition, that the person's evaluations that move her to action take place in a 'normal' frame of mind. As Mele has noted :

A self-controlled person is disposed to bring his motivations into line with his evaluations and to maintain that alignment. But there is more to being self-controlled than this, for one's evaluations themselves can be warped in various ways by one's wants and motivations. Hence, a self-controlled person must also be disposed to promote and maintain a structure of evaluations or values which is not unduly influenced by his motivations.¹⁹

As elaborated previously, provocation may provide the grounds for a partial excuse only if the victim's conduct is considered to be sufficiently wrongful, i.e., capable of raising legitimate anger or indignation²⁰. It is precisely her disapproval of the victim's conduct that motivates the agent to respond. In provocation, the provoked agent does not merely judge that there has been a wrongdoing, but also, to some extent, deliberates on what retaliatory action is required. But, where there is an overreaction, the agent judges that more retaliation is appropriate than it is in fact justified by the seriousness of the provocation. Although the agent's judgment of wrongdoing motivates her 'choice' to take punitive action, the ensuing urge to retaliate in a sense overrides the agent's own evaluational system, or her ability to assess correctly both the provoker's misdeed

18 . *Ibid* at 106.

19 . A. Mele, "Self-control, Action, and Belief" (1985) 2 *American Philosophical Quarterly* 22 at 171.

20 . C. Taylor, "Responsibility for Self" in *Free Will* (Oxford : Oxford University Press, 1982) at 118. ("[n]aturally we think of the agent as responsible, in part, for what he does; and since he is an evaluator, we think of him as responsible in part for the degree to which he acts in line with his evaluations. But we are also inclined to think of him as responsible in some sense for these evaluations themselves". In provocation the assumption that only justified anger may render the provoked agent partially excusable on the basis of her loss of self-control implies that not only the provoked agent's response to the provocation but also her assessment of the victim's conduct is subject to judgment.)

and her own response to the provocation. Thus, we might say that the provoked agent is not fully free to choose because her capacity for evaluation is undermined by the overwhelming emotional pressure which she is experiencing²¹. In this respect, the provoked agent who overreacts in an outbreak of anger is similar to the victim of coercion who acts morally involuntarily.

The Relevance of Character to Culpability in Provocation Cases

Unlike other defences based upon the idea of moral or normative involuntariness, loss of self-control as a result of provocation falls short of totally excluding moral and legal culpability. Giving way to anger — justified though such anger may be — or allowing one's reasoning ability (and hence her freedom to choose) to be overcome by passion furnishes sufficient grounds for holding the provoked agent partially responsible for her wrongdoing. The provoked agent who kills is still to blame for violating the general norm requiring that people should always hold their anger in check, even when faced with the most severe provocation. The agent remains morally and legally responsible for the lesser crime of manslaughter because, as a 'normal' person, she is assumed capable of resisting her impulse to kill the provoker. The provoked agent's inability to defeat her urge to kill shows that she lacks the power of reason to view her response to provocation in the context of a system of values and an assessed set of circumstances. Because that power of reason is lacking the provoked agent finds it impossible to control her impulse, since the stifling of the impulse cannot be made the objective of a voluntary choice. As long as the provoked person is regarded as a 'normal' person, giving way to anger can only be due to a 'defect of character' manifested by her inability to view the impulsive action in the light of a given system of norms that proscribes the taking of human life. This is precisely what justifies the provoked killer's being held, to some extent, morally and legally responsible for her actions.

21 . R. Brandt, *A Motivational Theory of Excuses in the Criminal Law* (New York; New York UP, 1985) at 183 and 184. ("Strong emotional disturbance is known to primitivize thinking (much as does alcohol). A state of anger notoriously enhances one's aggressive tendencies, and reduces one's empathetic or sympathetic concern about injuring one's target"); M.L. Corrado, *Justification and Excuse in the Criminal Law* (New York & London : Garland Publishing, 1994) at 114; W. Mischel, "From Good Intentions to Willpower" in *The Psychology of Action* (New York : The Guildford Press, 1996).

In provocation the attribution of responsibility for the lesser offence can be explained on the basis of the theory of responsibility that focuses on the relationship between external conduct and human character. This theory postulates that moral praise or blame pertains not directly to acts but, rather, to the character traits. By character trait is understood any socially desirable or undesirable disposition or attitude that an act may be taken to reflect²². Although not all acts manifest character traits in a way that is morally or legally relevant, an actor cannot be held blameworthy or legally culpable unless her harmful conduct reflects a socially undesirable attitude. If it does, the degree of blame and punishment the actor deserves is to be determined by reference to the extent to which her attitude is deemed undesirable; if it does not, blame and punishment would be inappropriate, although certain non-punitive measures preventive of similar conduct in the future might be taken. Notwithstanding that attitudes may be volatile or unstable, the general assumption of this theory is that, other things being equal, a wrongful and unlawful act does manifest an undesirable character trait or attitude. From the point of view of the character theory of responsibility, the role of excuses is to block the normal inference from a wrongful act to an undesirable trait of character. Determining whether a wrongful act reflects a defect in the actor's character requires consideration of the actor's state of mind at the time of her act and of her ability to exercise control over her conduct. In this respect, the admission of loss of self-control in provocation is taken to block the normal inference from the act of killing to the character fault associated with the crime of murder. Nevertheless, the excusing condition here cannot preclude the actor's conviction for the lesser crime of manslaughter, for losing control and killing is still taken to reflect a defect in the actor's character.

From the viewpoint of the character theory of responsibility, one could also explain why losing control and killing in the face of a trivial provocation, or when no provocation has been offered, should not entitle the actor to a partial excuse. One might say that, if the provocation is not regarded as serious enough to raise justified anger to such a degree as to cause an ordinary person to lose her self-

22 . W. Lyons, *Emotion* (Cambridge : Cambridge Univ. Press, 1980) at 194. ("We are blamed for character traits and their expression only in so far as it is considered that a character trait has given rise to actions which have had an undesirable upshot. If character traits did not ever do anything, they could never do harm").

control and kill, the actor's response, on the spur of the moment though it may have been, manifests the same degree of character fault as that normally ascribed to a premeditated killing. The same may be said about those cases in which the actor is deemed responsible for creating a situation wherein a provocative event is highly likely to occur²³. As Dressler has pointed out :

under excuse theory, we do not (fully) blame a person who (partially) loses self-control if, *but only if*, he is not to blame for his anger and for his homicidal actions which result from it...A person who becomes sufficiently enraged to kill because the decedent acted in a nonwrongful manner arguably does not deserve to be excused. At the least the nonwrongfulness of the decedent's actions is highly pertinent in determining whether the actor's loss of self-control was excusable. Thus the individual who becomes angry and responds violently when another *justifiably* strikes him in self-defence and the person who unjustifiably creates the situation in which the provocation gives birth are blameworthy and should not be excused.²⁴

If sufficient provocation cannot be shown or where the actor is deemed responsible for creating the conditions of provocation, the fact that the actor killed after she lost her self-control cannot on its own entitle her to an excuse on the grounds of the provocation defence. One might argue, however, that if a general loss of control defence was recognized, establishing provocation would not be necessary in order to reduce the actor's culpability for homicide. Nevertheless, where the actor's loss of self-control cannot be attributed to provocation, such a general loss of control defense may hold good only in so far as another acceptable reason for losing control can be brought forward.

A General Loss of Control Defence?

Let us now consider a little further the idea that an accused might perhaps be able to rely on a general loss of control defense in

-
- 23 . One should note that, in English law, provocation may be accepted as a defence even though it was self-induced, provided that the objective and subjective requirements of the defense are met. The fact that the provocation was self-induced, however, may be relevant as an aggravating factor in determining the appropriate sentence imposed for the lesser offence.
- 24 . Joshua Dressler, "Provocation : Partial Justification or Partial Excuse?" (1988) 51 *Modern Law Review* at 475.

some cases where the test of provocation cannot be met. As was noted before, in such cases the accused's plea for extenuation should not be accepted unless the accused offers a good reason for her losing her self-control in the circumstances. We might say that for an excuse to be allowed the accused's claim of impaired volition must be supported by evidence of a particular condition that is put forward as its triggering factor or 'cause'. Although a number of such conditions have been singled out as providing the grounds for formulating general defence categories, a claim of impaired volition might perhaps be brought forward which may be difficult to subsume under one of the existing categories. In this respect, a general loss of control or impaired volition defence would serve to accommodate claims of excuse based on conditions lying outside the scope of the existing excuse-based legal defenses. An excuse-based defense of this kind would be open-ended, in the sense that, although it would rest upon the requirement of impaired volition, no specific condition or triggering factor would be laid down as the cause of the actor's impairment. It would rest upon the accused to bring forward evidence of an acceptable condition, or set of conditions, accounting for her (partial or total) lack of control over her conduct. Such a general impaired volition defence may be introduced either to complement or even to replace (i.e. as encompassing) an existing defense category.

For example, the American Model Penal Code provided the reduction of homicide from murder to manslaughter in those cases where the accused acted "under the influence of extreme mental or emotional disturbance for which there is reasonable explanation or excuse". It is added that "[t]he reasonableness of such explanation or excuse shall be determined from the viewpoint of a person in the actor's situation under the circumstances as he believes them to be"²⁵. Under this provision there are no special limitations as to what sort of circumstances may give rise to such an excuse-based defence. It is upon the jury to decide whether the accused in fact acted under the influence of extreme mental or emotional disturbance, and it is upon them to determine whether the disturbance was one for which there is reasonable explanation or excuse. An excuse-based defense similar to the MPC's 'extreme emotional disturbance' defence may be relied upon to deal, for example, with some cases of cumulative provocation lying on the borderline between provocation and diminished responsibility where neither provocation nor diminished

25 . AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries* (Official Draft and Revised Comments) (Philadelphia, 1980) art. 210.3(1)(b).

responsibility seem capable of providing the basis of the accused's plea for a partial excuse. In these cases, the lapse of time between the last provocative incident and the accused's response, or the admission of forethought and deliberation, would appear to militate against the 'hot anger' requirement of provocation. On the other hand, the assumption that the accused is a 'normal' person, or the relatively uncertain or temporary nature of his psychological impediment, may render the defence of diminished responsibility (available in England) difficult to accept²⁶. Here, the accused might nevertheless be able to rely on a defense of impaired volition, on the grounds of extreme mental or emotional disturbance, by drawing attention to the psychological effect that continued abuse or violence has had on her and the ensuing difficulties in checking, through rational judgment, the disruptive force of the ensuing emotions.

Concluding Remarks

The defence of provocation operates as an excuse on the assumption that provocative conduct is capable of raising in an ordinary person such a degree of psychological pressure, in the form of angry passion, as to deprive her of her ability to exercise rational control over her actions. Excusing those who succumb to anger in the face of grave provocation and lose control of their actions

26 . *The English Homicide Act, 1957* (c.11) section 2. ("Where a person kills or is party to the killing of another, he shall not be convicted of murder if he was suffering from such abnormality of mind (whether arising from a condition of arrest or retarded development of mind or any inherent causes or induced by disease or injury) as substantially impaired his mental responsibility for his actions and omissions in doing or being party to the killing."); *R v Byrne* [1960] 2 QB 396. (Diminished responsibility is classified as an excusatory defence, as it recognizes that, although an illegal act was committed, the accused's moral culpability is reduced due to her mental instability. Canada does not have a diminished responsibility defence similar to that provided for by s. 2 of the English Homicide Act that operates to reduce murder to manslaughter on the basis of an abnormality of mind substantially impairing the accused's responsibility for the offence. There are some decisions, however, that appear to have recognized mental impairment less than that required under the s. 16 mental disorder defence. Such an impairment was held to be relevant to determining whether the accused actually formed the intent for murder.); *Swain* [1991] 1 SCR 933, 987; *Jacquard* [1997] 1 SCR 314, 333. (There also appears to be growing recognition of the combined use of other failed defences (such as provocation, self-defence and intoxication) where the defendant may not be able to rely on any particular defence, but the cumulative effect of the defences is sufficient to raise a doubt as to the existence of the mental state required for the offence.).

constitutes a concession to the 'failings' of human nature and becomes possible because these failings are seen as being common to all people. From this point of view the emphasis is on the element of loss of self-control as a factor reducing the actor's moral responsibility for her actions. In so far as the actor's anger at the author of the provocation is morally justified, an intentional killing committed in the 'heat of passion' does not reflect the moral disposition or trait of character normally associated with murder. Nevertheless, this sort of pressure can only support a claim of extenuation, not exculpation, for the provoked actor has failed to live up to community standards which demand us to exercise self-control even under pressure.

Impaired volition does not mean that the provoked agent must have lost his self-control in an absolute sense, for loss of self-control is a matter of degree and, as such, it does not always preclude some form of deliberation or choice. What must be precluded or, at any rate, seriously affected, however, if provocation is to provide a partial excuse, is the actor's capacity of assessing the moral significance of her actions and of bringing her actions into line with her all-things-considered moral choices. If a case does not meet the requirements of the provocation defense, considering the wrong which the accused may have suffered at her victim's hands and the effect this may have had on the accused's state of mind may be relevant to establishing another excusing condition, such a diminished responsibility or extreme emotional disturbance, as the true basis of the accused's defence to a murder charge.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES ENJEUX JURIDIQUES DU DÉBAT QUÉBÉCOIS SUR LES
ACCOMMODEMENTS RAISONNABLES

Auteur(s) : Stéphane BERNATCHEZ

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 1

Pages : 233-285

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11557>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11557>

Page vide laissée intentionnellement.

LES ENJEUX JURIDIQUES DU DÉBAT QUÉBÉCOIS SUR LES ACCOMMODEMENTS RAISONNABLES

par Stéphane BERNATCHEZ*

Alors que l'obligation d'accommodement raisonnable est appliquée par les tribunaux depuis plus de deux décennies, cette notion juridique semble de plus en plus remise en question et bien souvent mal comprise. Comment expliquer cet écart entre le droit et le monde vécu? Pour répondre à cette question, il faut d'abord examiner le multiculturalisme qui sert généralement d'arrière-plan à la politique de gestion de la diversité religieuse. Devant la confusion conceptuelle entourant la notion d'accommodement raisonnable, il importe d'effectuer un retour aux sources juridiques du problème, pour constater notamment que certains aspects demeurent non-entièrement théorisés. De plus, la philosophie politique et la théorie du droit proposent des pistes pour tenter de comprendre cet écart entre le droit et le monde vécu, notamment autour de l'apprentissage social et de la contextualisation du droit.

Although the notion of reasonable accommodation has been applied by the courts for more than two decades, this juridical concept appears to be increasingly called into question and is often misunderstood. How can one explain this perceived divergence between the law and real life? In order to address this question, one must first examine the concept of multiculturalism which generally serves as a background in discussions involving religious diversity. Due to the confusion surrounding the notion of reasonable accommodation, especially when one examines the more fundamental aspects of the problem, one realizes that its theoretical underpinnings have not been properly set out. Moreover, political philosophy and legal theory may provide certain avenues in order to comprehend this difference between the law and real life, especially with regard to the social learning process and to the contextualization of the law.

* . Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Une version abrégée de ce texte sera publiée dans Vincente Fortier, dir., *Le droit à l'épreuve des changements de paradigme*, collection Colloque des Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2008.

SOMMAIRE

I.	De l'accommodement raisonnable à l'arrangement déraisonnable	243
	A. Le débat sur les accommodements raisonnables et le multiculturalisme	243
	B. La notion d'obligation d'accommodement raisonnable	252
II.	L'écart entre le droit et le monde vécu.....	264
	A. La philosophie politique.....	265
	B. La théorie du droit.....	275
	Conclusion	280

Appliquée par la Cour suprême du Canada depuis 1985¹, l'obligation d'accommodement raisonnable demeure encore aujourd'hui l'un des principaux outils juridiques de gestion de la diversité religieuse. Au Québec, sa pertinence est toutefois remise en question, comme en témoignent le débat très médiatisé sur les accommodements raisonnables et la création le 8 février 2007, par le gouvernement Charest, d'une commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. Coprésidée par l'historien Gérard Bouchard et le philosophe Charles Taylor (commission Bouchard-Taylor), cette commission n'est pas sans rappeler la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République française, présidée par Bernard Stasi, qui a remis son rapport au Président Chirac le 11 décembre 2003. Ce rapport faisait d'ailleurs référence à la notion d'accommodement raisonnable :

Par-delà le statut des cultes, l'exigence laïque demande aussi à chacun un effort sur soi. Le citoyen conquiert par la laïcité la protection de sa liberté de conscience; en contrepartie il doit respecter l'espace public que tous peuvent partager. Revendiquer la neutralité de l'État semble peu conciliable avec l'affichage d'un prosélytisme agressif, particulièrement dans l'espace scolaire. Accepter d'adapter l'expression publique de ses particularités confessionnelles et de mettre des bornes à l'affirmation de son identité permet la rencontre de tous dans l'espace public. C'est ce que les Québécois qualifient d'«accommodements raisonnables». L'esprit de la laïcité requiert cet équilibre des droits et des devoirs. (p. 16)

Des substituts au porc et le poisson le vendredi doivent être proposés dans le cadre de la restauration collective (établissements scolaires, pénitentiaires, hospitaliers, d'entreprise). Cependant, la prise en compte des exigences religieuses doit être compatible avec le bon fonctionne-

1. *Comm. Ont. des Droits de la Personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 [O'Malley].

ment du service, selon le principe que les Québécois appellent «l'accommodement raisonnable». (p. 64)²

Les conclusions du rapport Stasi concernant le port de signes religieux à l'école étaient fondées sur deux prémisses : le principe de laïcité qui est au cœur du pacte républicain et un contexte factuel caractérisé par des problèmes concernant l'ordre public³. Sur ce dernier élément, voici un extrait pertinent du rapport :

La commission, après avoir entendu les positions des uns et des autres, estime qu'aujourd'hui la question n'est plus la liberté de conscience, mais l'ordre public. Le contexte a changé en quelques années. Les tensions et les affrontements dans les établissements autour de questions religieuses sont devenus trop fréquents. Le déroulement normal des enseignements ne peut plus être assuré. Des pressions s'exercent sur des jeunes filles mineures, pour les contraindre à porter un signe religieux. L'environnement familial et social leur impose parfois des choix qui ne sont pas les leurs. La République ne peut rester sourde au cri de détresse de ces jeunes filles. L'espace scolaire doit rester pour elles un lieu de liberté et d'émancipation. C'est pourquoi la commission propose d'insérer dans un texte de loi portant sur la laïcité la disposition suivante : «Dans le respect de la liberté de conscience et du caractère propre des établissements privés sous contrat, sont interdits dans les écoles, collèges et lycées les tenues et signes manifestant une appartenance religieuse ou politique. Toute sanction est proportionnée et prise après que l'élève a été invité à se conformer à ses obligations».⁴

-
2. France, Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République* (11 décembre 2003) [Rapport Stasi].
 3. Pour une présentation de l'argumentation, outre le rapport bien sûr, voir Luc B. Tremblay, «Les signes religieux à l'école : Réflexions sur le rapport Stasi et les accommodements raisonnables», (2004) 48 Arch. Phil. Droit 169 aux pp. 172-175.
 4. Rapport Stasi, *supra* note 2 à la p. 16.

Le droit constitutionnel canadien ne connaissant pas le principe de laïcité, une certaine prudence s'impose dans le recours au modèle français⁵. Il existe tout au plus ici un principe de neutralité, qui découle de la liberté de religion : «la liberté de religion impose une obligation de neutralité à l'État en matière religieuse qui l'empêche de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres»⁶. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, le juge en chef Dickson a d'ailleurs exprimé cette idée : «[...] protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société»⁷.

Quant à la question de l'ordre public, le contexte québécois est certes différent de la situation qui prévalait en France, mais il fait aussi intervenir des notions d'identité et de vivre-ensemble qui s'avèrent importantes dans le débat sur la gestion de la diversité culturelle et religieuse. Tel que cité plus haut, le rapport Stasi affirmait : «Accepter d'adapter l'expression publique de ses particularités confessionnelles et de mettre des bornes à l'affirmation de son identité permet la rencontre de tous dans l'espace public.» La politique québécoise d'interculturalisme poursuit également un tel objectif d'intégration et de culture commune⁸. C'est précisément cet équilibre entre les droits et les devoirs qui semble de plus en plus remis en question en ce moment au Québec, du moins si l'on se fie au débat médiatique et, aussi, à certains résultats électoraux. En effet, les médias se sont emparés depuis l'an dernier de cette expression «accommodement raisonnable», qu'ils utilisent

5. Pierre Bosset, «Laïcité et pluralisme religieux – Du bon et du mauvais usage de la perspective française dans le débat québécois» *Le Devoir* (17 et 18 janvier 2004) B5.

6. José Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse» (1998) 43 R.D. McGill 325 à la p. 371. Pour une explication du principe de neutralité, voir les pages 370 à 375 [Woehrling, «L'obligation»].

7. *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 337.

8. Paul Eid, «Accommoder la différence religieuse dans les limites du raisonnable : regards croisés du droit et des sciences sociales» dans Myriam Jézéquel, dir., *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 105 aux pp. 116-119.

improprement. Au plan politique, les résultats obtenus par l'Action démocratique du Québec (ADQ) aux élections générales du 26 mars 2007 témoignent de l'acuité de la question : l'ADQ, qui n'avait jamais réussi à faire élire plus de 4 députés en compte en ce moment 41 à l'Assemblée nationale, formant ainsi l'opposition officielle. Son chef Mario Dumont avait enfourché, en novembre 2006, ce cheval de bataille, en disant qu'«on ne peut défendre l'identité québécoise avec un genou à terre», ce qui a immédiatement placé l'accommodement de la diversité religieuse en opposition à l'identité québécoise («eux» vs «nous»). Un ancien ministre libéral est même allé jusqu'à affirmer que M. Dumont «a eu le courage de soulever un débat sur l'immigration qui tardait à venir»⁹.

Jusqu'à récemment, la société québécoise et les médias semblaient peu connaître la notion d'accommodement raisonnable – bien que les tribunaux et les gestionnaires l'appliquent depuis plus de deux décennies. En fait, le débat a été suscité par une série de cas d'espèce que les médias ont tôt fait de désigner comme étant des accommodements raisonnables alors qu'au sens juridique, ils ne pouvaient pas tous être ainsi qualifiés¹⁰. Par exemple, en novembre 2006, les médias rapportaient qu'un centre de conditionnement physique (YMCA du Parc) a accepté d'installer des vitres givrées pour satisfaire la communauté hassidique du quartier qui souhaitait que les garçons et les hommes ne puissent pas voir les femmes qui s'entraînent au gymnase. Suite au tollé qu'a suscité cet arrangement de bon voisinage, qui n'est certainement pas un cas d'accommodement raisonnable puisqu'il n'y avait là aucune atteinte au droit à l'égalité, les fenêtres originales ont été réinstallées. Au CLSC de Parc-Extension, des hommes ont été exclus de cours prénataux en raison des croyances religieuses de certaines personnes participant à ces cours. De même, au CLSC Thérèse-de-Blainville, les infirmières acceptent de se rendre au domicile de patients juifs les jours de sabbat. Tout le débat sur les accommodements raisonnables a été cristallisé dans le code de vie

-
9. Gérard Latulippe, «Accepter l'intolérance : un accommodement raisonnable?» *Le Devoir* (29 novembre 2006) A6.
 10. Myriam Jézéquel, «L'accommodement à l'épreuve des stratégies identitaires» dans M. Jézéquel, *supra* note 8, 129 à la page 131.

qu'une municipalité québécoise, Hérouxville, a adopté à l'automne 2006¹¹. Dans la version originale, l'on y précisait notamment qu'il est interdit de lapider des femmes dans ce village! En fait, le débat sur les accommodements raisonnables a non seulement remis en question un certain nombre de pratiques religieuses minoritaires, mais il a de plus éveillé une certaine conscience majoritaire préoccupée par la défense de l'identité québécoise.

L'incompréhension à l'égard de la signification juridique de l'obligation d'accommodement raisonnable est certes l'une des principales causes du débat actuel. La Commission Bouchard-Taylor devrait servir notamment à dissiper la confusion conceptuelle en ce sens : «Lorsque aucun droit n'est affecté de manière discriminatoire, il est proprement abusif de parler d'une obligation d'accommodement raisonnable.»¹² D'aucuns parlent alors de conflits de valeurs¹³. «Dans un tel cas, des raisons n'ayant rien à voir avec une obligation juridique – la courtoisie, le respect du client, le souci de maintenir de bonnes relations avec ses voisins, par exemple – peuvent légitimement inspirer la recherche d'un terrain d'entente. Mais en tant qu'obligation juridique applicable dans une situation de discrimination, l'accommodement raisonnable doit être distingué de tels arrangements facultatifs.»¹⁴ Nous pouvons déplorer un certain manque de rigueur dans l'usage – inadéquat – que les médias ont fait de la notion juridique.

Même si le problème est en partie juridique, en raison de cette confusion conceptuelle et de ce que la théorie du droit nomme le problème d'action collective (qui sera abordé dans la deuxième partie du texte), la commission Bouchard-Taylor sur les

11. Bernard Thompson, *Le syndrome Hérouxville ou les accommodements raisonnables*, Boisbriand, Momentum, 2007.

12. Pierre Bosset, «Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable» dans Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 3 à la p. 20 [Bosset, «Les fondements»].

13. Rachida Azdouz, «Les conflits de valeurs et de droits dans le secteur de la santé et des services sociaux» dans M. Jézéquel, *ibid.*, 349 [Azdouz, «Les conflits»].

14. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 à la p. 20.

accommodements raisonnables ne semble pas adopter cette perspective¹⁵. En fait, tout indique que l'on considère que le droit est bien établi, comme si les notions juridiques étaient parfaitement claires et indiscutables. Déjà au départ, dans la dénomination même de la Commission, il est question des pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, sans référer expressément aux pratiques ou différences religieuses. En termes juridiques, c'est pourtant des cas d'atteinte au droit à l'égalité, donc de discrimination sur la base de la religion, qui créent des obligations juridiques d'accommodement raisonnable. Qui plus est, lorsque les coprésidents ont interprété largement le mandat de la commission, ils ont du même coup écarté la conception étroite - et plus juridique - de leur mandat, qui les «aurait amenés à concentrer l'essentiel de [leurs] efforts a) sur les tenants et aboutissants de l'accommodement raisonnable comme rouage juridique et b) sur la conception d'un cadre de référence assorti d'un ensemble de balises et de critères destinés à régir les pratiques d'accommodement.»¹⁶ Ils ont préféré une conception large de leur mandat : «Une conception large nous invitait à prolonger notre réflexion au-delà des accommodements au sens strictement juridique pour analyser également les enjeux fondamentaux qui les sous-tendent, à savoir les rapports entre cultures, les coordonnées du vivre-ensemble»¹⁷. Ainsi, le modèle d'intégration, les politiques d'immigration, les enjeux politiques et sociaux plus larges sont

-
15. Le bâtonnier du Québec, Me J. Michel Doyon, écrivait récemment : «La présence timide, dans les débats publics, des notions juridiques qui soutiennent les termes «accommodements raisonnables» est préoccupante.» J. Michel Doyon, «Les accommodements raisonnables : faire œuvre utile» *Le Journal du Barreau du Québec* (Septembre 2007) à la p. 6 [Doyon, «Les accommodements»]. Au même effet, Jean-C. Hébert, «Commission Bouchard-Taylor. Le Barreau sera-t-il un joueur d'impact?» *Le Journal du Barreau du Québec* (Novembre 2007) à la p. 10 : «Dans leur document de consultation, messieurs Bouchard et Taylor donnent le ton. La science juridique est mise sous le boisseau.»
16. Gérard Bouchard et Charles Taylor, «Accommodements et différences. Vers un terrain d'entente : la parole aux citoyens», Document de consultation, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2007 à la p. 3.
17. *Ibid.*

examinés au détriment d'une analyse juridique jugée trop limitative.

Il ne s'agit pas de prétendre que le problème n'est que juridique, comme pourrait le suggérer la conception étroite du mandat, mais plutôt de considérer que le problème est aussi juridique. D'une part, il n'est pas exact d'affirmer que les notions juridiques sont toutes entièrement conceptualisées et bien appliquées, et, d'autre part, une réflexion plus large sur les limites du droit doit être menée dans une perspective qui dépasse le positivisme juridique habituel. Lorsque la première page du journal du Barreau du Québec soulève les questions suivantes : «Vent de colère et accommodements : Quand trop... c'est trop? Aujourd'hui le kirpan, demain la burqa? Où s'arrête l'accommodement? Que penser de cette plainte qui s'exprime actuellement dans l'opinion publique?»¹⁸ et qu'un article publié dans le journal *Le Devoir* demande : «Et si le «monde ordinaire» avait raison?», il importe alors de s'interroger sur l'écart entre le droit et le monde vécu. La juge Michèle Rivet, présidente du Tribunal des droits de la personne du Québec, a bien posé le problème lorsqu'elle a écrit que le droit pourtant élaboré depuis quelques décennies semble maintenant insuffisant : «Bien que le concept d'accommodement raisonnable ait été développé par les tribunaux il y a plus de vingt ans maintenant, cette notion, dont l'origine est essentiellement juridique, s'est vue attribuée une nouvelle dimension, portée par l'opinion publique et la confusion qui entoure non seulement les demandes qui sont faites aux différentes institutions mais les réponses que celles-ci leur donnent.»¹⁹ Il est très révélateur que tant Pierre Bosset²⁰, qui a rendu, à titre de directeur de la recherche à la Commission des droits de la personne, des avis importants sur l'obligation d'accommodement raisonnable, que la présidente du

-
18. Myriam Jézéquel, «Vent de colère et accommodements : Quand trop... c'est trop?» *Le Journal du Barreau du Québec* (Février 2007) à la p. 1.
 19. Michèle Rivet, «L'accommodement raisonnable ou le nécessaire retour aux sources : le droit à l'égalité» dans M. Jézéquel, *supra* note 12, 371 à la p. 377 [Rivet, «L'accommodement»].
 20. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 à la p. 6.

Tribunal des droits de la personne²¹, plaident pour un nécessaire «retour aux sources». Il convient dès lors de préciser à nouveau ce que signifie cette notion d'accommodement raisonnable. Dans son style bien à lui, le politicien Dumont a exprimé comme suit cette nécessité de préciser le sens de l'obligation d'accommodement raisonnable : «On en peut défendre l'identité québécoise avec un gruaud de mots que personne ne comprend.» La confusion conceptuelle explique en partie l'existence d'un tel débat :

Récemment, la société s'est inquiétée de situations confuses mêlant les notions d'accommodement raisonnable et de bon voisinage. Il est normal, dans de telles situations, qu'une société se sente menacée dans son identité. On peut penser que cette confusion est tributaire d'un manque de paramètres juridiques suffisants et d'outils pratiques clairs pour aider les décideurs d'organisations publiques à prendre des décisions délicates. La confusion créée autour de ce que l'on a souvent appelé à tort les accommodements raisonnables, par la mise en exergue de certaines situations n'ayant rien à voir avec la violation d'un droit, impose à la communauté juridique et au Barreau un devoir de clarification et de réflexion sur l'aptitude des instruments et connaissances juridiques actuelles à répondre aux besoins illustrés.²²

C'est cette question que nous souhaitons aborder ici : comment expliquer qu'une notion juridique reconnue par la Cour suprême du Canada depuis 1985 s'avère maintenant une notion incompréhensible dans la société québécoise? D'où la question du droit comme problème d'action collective.

21. Rivet, «L'accommodement», *supra* note 19 aux pp. 377-379.

22. Doyon, «Les accommodements», *supra* note 15.

I. De l'accommodement raisonnable à l'arrangement déraisonnable

A. Le débat sur les accommodements raisonnables et le multiculturalisme

Le débat que l'on connaît au Québec depuis 2006 est attribuable notamment au fait que la notion d'accommodement raisonnable a été utilisée pour justifier toutes sortes d'arrangements qui tiennent davantage de la tolérance et du compromis. Pour cette raison, la commission Bouchard-Taylor devrait s'inspirer du rapport Stasi dans la mesure où l'on y expliquait d'abord le principe de laïcité. Et ce n'est qu'une fois précisé ce principe juridique que le rapport insistait sur les tensions familiales et sociales et les pressions qui étaient exercées sur les jeunes filles. Les commissaires avaient entendu à huis clos des témoignages à cet effet.

Évidemment, il ne s'agit pas de reprendre au Québec les fondements de ce rapport, d'autant plus que le droit constitutionnel canadien reconnaît un principe de neutralité plutôt qu'un principe de laïcité. «Comme on le sait, une obligation de neutralité religieuse de l'État découle implicitement des libertés fondamentales garanties par les chartes des droits. Elle interdit à l'État de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres (par exemple, en reprenant à son compte une prescription religieuse et en astreignant l'ensemble des citoyens, quelle que soit leur croyance ou non-croyance religieuse, au respect de celle-ci).»²³ Néanmoins, par analogie, l'on peut s'inspirer du rapport Stasi de la manière suivante. Le débat québécois est fondé sur une méconnaissance des principes juridiques constitutifs de la notion d'accommodement raisonnable :

À l'origine, l'accommodement raisonnable fut un terme de l'art à l'usage des juristes. Aujourd'hui, il est passé dans le langage populaire sous une forme qui, tout en témoignant de l'actualité du concept, trahit néanmoins une certaine incompréhension de celui-ci. De moyen visant à

23. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 aux pp. 17-18.

rétablir l'égalité dans une situation concrète et individualisée de discrimination, l'accommodement raisonnable semble être devenu un terme générique désignant l'ensemble des arrangements auxquels aboutit la «gestion» des conflits de valeurs ou de droits, particulièrement dans les rapports interculturels. Dans ce sens plus populaire, l'accommodement raisonnable perd sa filiation avec l'idée d'égalité et peut se voir attribuer une portée collective qu'il n'avait pas nécessairement à l'origine. De plus, un tel glissement de sens se fait souvent au prix de l'oubli d'un élément essentiel du concept – la «raisonnabilité» – et de l'une de ses caractéristiques principales, qui est son application à l'ensemble des motifs de discrimination interdits.²⁴

Mais avant d'entreprendre l'analyse juridique propre à l'obligation d'accommodement raisonnable, il convient de mieux situer le débat, notamment quant au fondement de cette notion juridique dans la philosophie politique. À cet égard, les travaux des philosophes Will Kymlicka et Daniel Weinstock peuvent être d'une grande utilité. Selon ce dernier, le débat actuel origine d'une décision de la Cour suprême du Canada porteuse de cette idéologie multiculturaliste :

Il est difficile de déterminer avec précision le moment où les grogements que l'on entendait çà et là se sont transformés en hurlements soutenus et politiquement organisés, mais je me hasarderai à avancer que la décision *Multani*, rendue en mars 2006, dans laquelle la Cour suprême du Canada a affirmé le droit d'un jeune sikh de porter (sous certaines conditions visant à assurer la sécurité publique) son kirpan à l'école publique, constitue une date charnière, aussi bien parce qu'elle a donné lieu à un tollé considérable au Québec dans plusieurs couches sociales et intellectuelles que parce qu'elle permet de mesurer toute la distance qui sépare le Québec du reste du Canada en matière d'accommodement de la diversité.²⁵

24. *Ibid.* à la p. 6.

25. Daniel Weinstock, «La «crise» des accommodements au Québec : hypothèses explicatives», (2007) 9 *Éthique publique* 20 aux pp. 20-21 [Weinstock, «La crise»].

La critique adressée à l'accommodement raisonnable porte également sur la philosophie politique qui lui sert de fondement, c'est-à-dire le multiculturalisme. En fait, considérer que cette obligation d'accommodement raisonnable est fondée sur le multiculturalisme est certes un raccourci intellectuel dans la mesure où l'obligation d'accommodement raisonnable s'applique aux autres motifs de discrimination, tels le handicap, le sexe et la grossesse. Néanmoins, en matière de diversité religieuse, la doctrine présente généralement le multiculturalisme comme l'idéologie sous-tendant la pratique de l'accommodement raisonnable.

Devenu une politique du gouvernement fédéral au début des années 1970, le multiculturalisme a été juridiquement reconnu à l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁶ et dans la loi sur le multiculturalisme adoptée en 1988 par le Parlement fédéral²⁷. Le multiculturalisme canadien reposait sur le libéralisme :

La politique du multiculturalisme a été proposée par le premier ministre Pierre Elliot Trudeau en septembre 1971. L'élément crucial de cette politique [...] est qu'il s'agit d'une conception très libérale du multiculturalisme, fondée sur l'idée de liberté individuelle.²⁸

Dans ce sens, l'adoption du multiculturalisme en 1971 faisait partie d'une révolution libérale plus large commençant en 1960 avec la Déclaration canadienne des droits (statutaire) et qui atteignit son apogée avec la Charte des droits et libertés (très libérale selon les standards internationaux).²⁹

26. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act, 1982*, (R.U.), 1982, c. 11. L'article 27 dispose : « Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. »

27. *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C. 1985, ch. 24.

28. Will Kymlicka, « Tester les limites du multiculturalisme libéral? Le cas des tribunaux religieux en droit familial », (2007) 9 *Éthique publique* 27 [Kymlicka, « Tester »].

29. *Ibid.* à la p. 28.

Kymlicka précise ce qu'est le multiculturalisme libéral :

Le modèle libéral du multiculturalisme repose sur le principe que tous les individus doivent être libres de choisir eux-mêmes si et comment ils expriment leur identité religieuse et ethnique ainsi que sur le principe que tous les groupes doivent respecter les valeurs libérales de base de droits de l'homme et de démocratie. Le modèle traditionaliste du multiculturalisme est fondé sur le principe du relativisme culturel : chaque groupe doit être en mesure de pratiquer ses propres coutumes (y compris ses modes traditionnels d'application des normes et de sanction) qu'elles respectent ou non les principes de liberté individuelle, de droits de l'homme et de démocratie.³⁰

La politique du multiculturalisme a été conçue au départ pour une immigration d'origine européenne (les Ukrainiens, les Polonais, les Tchèques et les Slovaques, les Allemands, les Hollandais ainsi que les Scandinaves). «Il est important de se souvenir qu'avant les années 1960 le Canada avait une politique d'immigration racialement discriminatoire qui maintenait la plupart des Asiatiques, des Noirs et des Arabes hors du pays. C'est seulement à partir des années 1960 que ces minorités visibles (non blanches) ont commencé à immigrer en nombre significatif au Canada. Et ce n'est que plusieurs années plus tard, longtemps après que la politique du multiculturalisme a été établie, qu'ils ont commencé à avoir une voix significative dans les débats. Ainsi, dans les années 1960, les groupes qui ont dominé le débat public sur le multiculturalisme étaient des Européens. Pour la plupart, ces groupes étaient présents au Canada depuis deux ou trois générations et étaient généralement bien intégrés, non seulement économiquement, mais aussi politiquement. [...] Ils avaient prouvé leur volonté et leur capacité à travailler en respectant les règles d'un ordre libéral démocratique. L'idée que de tels groupes puissent utiliser le multiculturalisme pour maintenir des pratiques non libérales ne s'est même pas manifestée.»³¹

30. *Ibid.* à la p. 28.

31. *Ibid.* à la p. 29.

Les cours du Canada n'ont jamais interprété la Loi sur le multiculturalisme ou l'article sur le multiculturalisme comme une permission d'enfreindre les droits individuels de base.³²

La politique du multiculturalisme a été réorientée, détournée disent certains, à partir des années 1980. «En bref, une politique qui avait d'abord vu le jour en tant que mode de reconnaissance du succès de l'intégration de groupes ethniques blancs établis depuis longtemps a été redéfinie comme un outil pour aider à l'intégration de nouveaux immigrants non européens. [...] Octroyer des droits multiculturels aux groupes ethniques européens était vu comme une politique plutôt sûre : on ne craignait pas que de tels groupes veuillent utiliser leurs droits et leurs ressources d'une façon qui menace les valeurs démocratiques et libérales. Mais avec les nouveaux arrivants, particulièrement ceux provenant de pays qui n'étaient pas des démocraties libérales, il y avait un risque qu'ils cherchent à utiliser leurs privilèges multiculturalistes de manière qui violeraient les valeurs de la démocratie libérale.»³³

Or, il est bien connu que le multiculturalisme canadien a toujours rencontré une grande opposition de la part des nationalistes québécois. «C'est que ce terme ainsi que les politiques canadiennes qui lui sont associées ont été perçus dès le début comme faisant partie d'un ensemble de principes et de mesures édictés par le gouvernement libéral de Pierre Elliot Trudeau pour banaliser l'identité nationale québécoise. En affirmant la diversité *multiculturelle* du Canada, le gouvernement fédéral aurait occulté son caractère multi- (en tout cas bi-) *national*. Le multiculturalisme reconnaîtrait par ailleurs la diversité du Canada tout en la désamorçant sur le plan politique. Car nos identités culturelles ne sauraient influencer la nature de la citoyenneté canadienne, entièrement construite autour des valeurs et des principes inscrits dans la nouvelle charte des droits et libertés, valeurs et principes

32. *Ibid.* à la p. 36.

33. *Ibid.* à la p. 30.

qui sont pour leur part scrupuleusement neutres sur le plan culturel.»³⁴

Ce qui est particulièrement surprenant dans les événements récents, c'est que la critique du multiculturalisme provient également de la gauche, comme en témoigne l'opposition féministe à l'implantation, en Ontario, de tribunaux fondés sur la charia³⁵.

Le constitutionnaliste José Woehrling a bien expliqué les principales critiques qui sont généralement adressées au multiculturalisme et à la notion d'accommodement raisonnable³⁶. Plusieurs pensent que la politique du multiculturalisme menacerait l'harmonie sociale, dans la mesure où sont favorisées la préservation et la transmission des cultures et des religions d'origine des minorités. En encourageant et valorisant l'appartenance à des sous-communautés, on risque de favoriser la ghettoïsation des minorités. Accentuer les différences peut empêcher les immigrants de s'intégrer, ce qui serait par ailleurs contraire à l'objectif de l'accommodement qui vise essentiellement l'intégration et l'inclusion. De plus, l'on craint les dangers que le multiculturalisme pourrait entraîner pour les droits individuels des membres des minorités. Une telle politique favoriserait donc le maintien, au sein des communautés minoritaires, de pratiques parfois oppressives.

Au Québec, la donne a quelque peu changé suite au référendum de 1995. L'opposition au multiculturalisme s'est assouplie après que Jacques Parizeau eut attribué la défaite souverainiste à l'argent et au vote ethnique. «Il s'ensuivit une période relativement faste pour le multiculturalisme au Québec, même si l'on évite le plus souvent le terme.»³⁷ En fait, durant les années qui suivirent,

34. Weinstock, «La crise», *supra* note 25 à la p. 21.

35. Kymlicka, «Tester», *supra* note 28. Voir également Vida Amirmokri et al., *Des tribunaux islamiques au Canada?*, Montréal, Sisyphe, 2005.

36. J. Woehrling, «L'obligation», *supra* note 6 aux pp. 399-401. Pour une autre critique du multiculturalisme, voir : Neil Bissoondath, *Selling Illusions: The Cult of Multiculturalism in Canada*, Toronto, Penguin, 1994.

37. Weinstock, «La crise», *supra* note 25 à la p. 22.

le nationalisme ethnique s'est transformé en un nationalisme civique³⁸ semblable au patriotisme constitutionnel de Jürgen Habermas.

Dans la période de l'après-référendum de 1995, l'ouverture au multiculturalisme s'accompagne d'une évolution vers une plus grande neutralité étatique. La ministre de l'Éducation du Québec de l'époque, Pauline Marois, créa un groupe de travail sur la place de la religion à l'école publique, présidé par le professeur Jean-Pierre Proulx, qui avait pour mandat d'examiner les prérogatives et les privilèges dont disposaient les catholiques et les protestants en matière d'enseignement religieux. «Les recommandations auxquelles donna lieu de groupe de travail participent d'une remise en question plus fondamentale à laquelle le Québec s'est livré après 1995 quant à la réelle inclusivité non pas seulement de l'identité, mais également des institutions québécoises. D'un point de vue purement politique, le moment était le bon pour entamer des réformes qui allaient à n'en pas douter hérisser les Québécois dont la conception de l'identité québécoise était plus traditionnelle.»³⁹ Ce n'est qu'avec la rentrée scolaire de 2008 que l'enseignement d'une foi religieuse (protestante ou catholique) cessera à l'école publique. De plus, une modification constitutionnelle a été effectuée afin de faire évoluer les structures scolaires confessionnelles vers un système linguistique⁴⁰.

Récemment, la remise en cause de certains privilèges historiques s'est poursuivie de différentes manières. À l'automne 2006, alors qu'il était chef du Parti québécois, André Boisclair a réclamé que l'on retire le crucifix de l'Assemblée nationale. De plus, le Tribunal des droits de la personne a rendu en septembre 2006 une décision ordonnant à la ville de Laval de cesser la pratique de la

38. Pour des analyses de cette transformation, voir Mathieu Bock-Côté, *La dénationalisation tranquille*, Montréal, Boréal, 2007 et Marie McAndrew, «Projet national, immigration et intégration dans un Québec souverain. Dix ans plus tard, l'analyse proposée tient-elle toujours la route?», (2006) XXXVIII *Sociologie et sociétés* 213.

39. Weinstock, «La crise», *supra* note 25 à la p. 22.

40. *Modification constitutionnelle, 1997 (Québec)*.

récitation de la prière lors des séances de l'assemblée publique du conseil municipal⁴¹. Ainsi, au même moment où se multiplient des demandes – souvent minoritaires⁴² – d'accommodement fondées sur la religion, l'État québécois continue d'évoluer vers une plus grande neutralité en retirant aux religions majoritaires certains de leurs privilèges. À tel point que l'on entend parfois la majorité (en tant que groupe) demander aussi des accommodements! Cette évolution vers une plus grande neutralité étatique explique en partie pourquoi le débat sur les accommodements raisonnables fait resurgir le questionnement quant à l'identité québécoise.

Dans le débat public, l'obligation d'accommodement raisonnable est parfois mise en opposition avec cette obligation de neutralité religieuse de l'État. Plus précisément, certains voient un paradoxe dans l'idée selon laquelle, au nom de la neutralité religieuse de l'État, les institutions publiques devraient s'abstenir d'observer certains rituels religieux, alors qu'elles sont tenues de respecter les exigences religieuses des citoyens, cette fois au nom de l'accommodement raisonnable. Ce paradoxe n'est qu'apparent. En effet, l'obligation de neutralité religieuse et l'obligation d'accommodement raisonnable visent le même objectif, qui est de permettre l'exercice des libertés fondamentales de conscience et de religion, dans le premier cas en empêchant l'État de mettre son autorité au service d'une conception religieuse particulière et, dans le deuxième cas, en permettant aux individus d'exprimer li-

41. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Payette) c. Laval (ville de)*, 2006 QCTDP 17 (CanLII).

42. Il demeure assez mal connu au Québec que les demandes d'accommodement en matière religieuse proviennent majoritairement des chrétiens. Selon un rapport de la Commission des droits de la personne, voici la répartition des demandes d'accommodement selon l'appartenance religieuse (dossiers fermés entre 2000 et 2005) : Protestante : 10 demandes (33,3%); Musulmane : 8 demandes (26,7%); Juive : 6 demandes (20%); Témoins de Jéhovah : 5 demandes (16,7%); Catholique : 1 demande (3,3%). Source : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Les plaintes de discrimination fondée sur la religion portés devant la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, document pouvant être consulté en ligne : www.cdpedj.qc.ca/fr/placedelareligion/docs/religion-enquete-Commission.pdf.

brement leur ferveur ou leur appartenance religieuse dans la sphère publique, sans être défavorisés.⁴³

Cependant, depuis quelques années la trêve entre le nationalisme québécois et le multiculturalisme semble progressivement s'estomper pour différentes raisons. Notamment, le contexte post-11 septembre 2001 contribua à fomentier une certaine méfiance à l'égard de la diversité religieuse et, par ailleurs, les travaux de la commission Stasi suscitèrent un réel intérêt, surtout chez les nationalistes civiques intéressés par l'application au Québec des principes et des pratiques de la laïcité française. Weinstock écrit :

Deux événements contribuèrent à mon avis à réorienter la position des nationalistes civiques québécois dans les années qui allaient suivre, et à mettre fin à cette période de rapprochement du Québec avec l'esprit (sinon avec la lettre) du multiculturalisme. Le premier, bien évidemment, furent les attaques terroristes du 11 septembre 2001. Par-delà les réactions islamophobes qui fusèrent de certains secteurs de l'opinion publique mais également de l'intelligentsia, ici comme ailleurs, ces événements firent que la dimension religieuse de la diversité culturelle devait occuper la première loge des débats sur la gestion de cette diversité. [...] Le 11 septembre centra l'attention sur les problèmes d'intégration associés à des minorités religieuses. [...]

Le second événement fut la création en France d'une commission chargée d'étudier l'application du principe de laïcité. Cette commission, présidée par Bernard Stasi, siégea pendant six mois en 2003 et publia à la fin de cette année un rapport qui recommanda le renforcement du principe de laïcité, et qui plaida notamment pour la prohibition de tout signe religieux ou politique «ostensible». [...] Le rapport Stasi et la loi qui s'ensuivit suscitèrent un engouement considérable chez bon nombre de nationalistes civiques, qui arguèrent pour une importation des

43. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 à la p. 18.

principes et des pratiques de la laïcité française en sol québécois.⁴⁴

B. La notion d'obligation d'accommodement raisonnable

L'obligation d'accommodement est un outil juridique qui s'inscrit dans une culture politique d'intégration⁴⁵. «L'obligation d'accommodement est une construction jurisprudentielle, juridique, incluse dans un droit à protéger, soit celui du droit à l'égalité.»⁴⁶ D'origine américaine, la notion d'obligation d'accommodement a été enchâssée en droit canadien dans l'affaire *O'Malley*⁴⁷. En l'absence de tout argument de texte, le juge McIntyre s'y est dit d'avis qu'il convenait d'intégrer cette notion.

Dans un cas de discrimination fondée sur la croyance et résultant de l'effet d'une condition ou d'une règle qui est raisonnablement liée à l'exécution des fonctions et qui n'est pas discriminatoire à première vue, un résultat différent s'ensuit. La règle ou la condition de travail n'est pas annulée, mais son effet sur le plaignant doit être étudié et si l'on veut mettre en application l'objet du Code ontarien des droits de la personne un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant. Le Code doit être interprété et appliqué avec souplesse afin de protéger le droit de l'employé victime de discrimination ainsi que le droit de l'employeur à la gestion licite de ses affaires. Le Code n'a pas pour objet de conférer des droits à l'un en excluant les droits de l'autre. Les tribunaux amé-

-
44. Weinstock, «La crise», *supra* note 25 à la p. 22. Voir Josée Boileau, «Se dévoiler» *Le Devoir* (22 décembre 2003) A6. Des ouvrages et des revues ont été consacrés au principe de laïcité, voir notamment : Guy Durand, *Le Québec et la laïcité. Avancées et dérives*, Montréal, Éditions Varia, 2004; «La laïcité au Québec et en France», (2005) 13 Bulletin d'histoire politique.
45. Myriam Jézéquel, «L'obligation d'accommodement : un outil juridique et une mesure d'intégration» (2006) 8 *Éthique publique* 53.
46. Rivet, «L'accommodement», *supra* note 19 à la p. 377.
47. *O'Malley*, *supra* note 1.

ricains ont remédié à ce problème avec ce qu'on a décrit comme une "obligation d'accommodement", en l'absence de contrainte excessive, de la part de l'employeur : voir *Reid v. Memphis Publishing Co.*, 468 F.2d 346 (6th Cir. 1972); *Riley v. Bendix Corp.*, 464 F.2d 1113 (5th Cir. 1972). On dit que ce point de vue aux États-Unis est appuyé par les dispositions de la modification de 1972 de la *Civil Rights Act of 1964*--voir *Civil Rights Act of 1964*, 42 USCS § 2000e(j); voir aussi *Trans World Airlines Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). Au Canada, les commissions d'enquête instituées en application des lois sur les droits de la personne ont adopté cette notion que le professeur Ratushny décrit, pour la commission d'enquête en l'espèce, comme étant :

[TRADUCTION] ...la norme très générale qui consiste à déterminer si l'employeur a agi raisonnablement en tentant de s'entendre avec l'employé, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et de la portée et des objets généraux du Code.⁴⁸

La norme du caractère raisonnable mentionnée par le professeur Ratushny et l'obligation d'accommodement, dont parle la jurisprudence américaine, prévoient que, lorsqu'il est démontré qu'une condition de travail a causé de la discrimination, il incombe à l'employeur de tenter raisonnablement de faire en sorte que les besoins religieux de l'employée soient respectés à moins que cela ne lui cause une contrainte excessive dans la gestion de ses affaires. Rien dans le Code n'appuie expressément cette thèse d'où une lacune dans le Code et la question : Devrait-on combler cette lacune au moyen de ce principe?

La question n'est pas exempte de difficultés. La thèse selon laquelle chaque personne devrait être libre d'adopter la religion de son choix et d'en observer les préceptes ne pose aucun problème. Cette notion générale de la liberté religieuse est bien établie dans notre société et constituait un droit reconnu et protégé bien avant que ne soient adoptés les codes des droits de la personne qu'on a vu apparaître récem-

48. *O'Malley, supra* note 1 au par. 20.

ment. Le problème se pose lorsqu'on se demande jusqu'où peut aller une personne dans l'exercice de sa liberté religieuse? À quel moment, dans la profession de sa foi et l'observance de ses règles, outrepassa-t-elle le simple exercice de ses droits et cherche-t-elle à imposer à autrui le respect de ses croyances? Dans quelle mesure, s'il y a lieu, une personne peut-elle, en pratiquant sa religion, obliger autrui à accomplir un acte ou à accepter une obligation qu'elle n'aurait pas autrement accomplie ou acceptée selon le cas? Dans un cas où il était nettement question d'une loi - voir R. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295 - la Loi sur le dimanche a été déclarée inopérante pour le motif qu'elle avait pour effet d'imposer à des groupes minoritaires une obligation légale d'observer le sabbat chrétien. Pour situer la question dans le contexte particulier de l'espèce : dans sa volonté honnête de pratiquer sa religion, dans quelle mesure une employée peut-elle forcer son employeur à se conformer dans la gestion de son entreprise à ses pratiques ou à faire en sorte qu'elles soient respectées? Jusqu'où, peut-on se demander, peut-on exiger la même chose de ses camarades de travail et, quant à cela, au public en général?⁴⁹

En 1985, «la Cour suprême fut, pour la première fois, confrontée dans l'affaire *Simpsons-Sears* à une demande d'accommodement raisonnable présentée, en l'occurrence, par une vendeuse de magasin dont la pratique religieuse entraînait en conflit avec son horaire de travail. Dans une telle situation, la Cour a constaté une forme indirecte de discrimination, découlant de «l'effet préjudiciable» de l'horaire de travail. L'existence de la discrimination étant ainsi établie aux yeux de la Cour, se posait la question de l'accommodement. L'employeur devait-il aménager l'horaire de travail de cette vendeuse pour lui permettre de respecter ses obligations religieuses?»⁵⁰

Dans cet arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre déclare que, «[m]ême si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu,

49. *Ibid.* au par. 21.

50. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 aux pp. 8-9.

une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger⁵¹. Composante du droit à l'égalité, l'obligation d'accommodement raisonnable repose sur une conception de l'égalité qui n'est pas celle de l'égalité formelle. La Cour suprême l'a d'ailleurs expressément écartée dans l'arrêt *Andrews*⁵². «En effet, l'idée d'un traitement différentiel rendu nécessaire par les exigences de l'égalité, idée qui sous-tend l'accommodement raisonnable, procède d'une conception de l'égalité, conception qui tranche avec celle qui veut que l'égalité signifie un traitement identique. En ce sens, l'accommodement raisonnable est une construction intellectuelle. L'accommodement raisonnable fait aussi appel à l'imagination pratique, car une fois l'idée d'un traitement différentiel admise, il faut en tirer les conséquences concrètes. Ici, les juristes laissent la place aux spécialistes de la gestion des ressources humaines, aux enseignants, aux intervenants de la santé ou encore aux administrateurs publics. Enfin, l'accommodement raisonnable fait appel à l'esprit éthique : il suppose le respect d'autrui tel qu'il est, mais tient aussi compte d'un tissu social sans lequel il ne saurait exister de communauté humaine.»⁵³

On peut aussi référer à l'affaire *Bergevin* où la Cour suprême a confirmé la reconnaissance de l'obligation d'accommodement dans le droit à l'égalité :

Il peut être approprié de commencer par une question : pourquoi devrait-il y avoir un accommodement raisonnable dans les cas où des règles, des normes ou des procédures en matière d'emploi, apparemment neutres, lèsent néanmoins un employé ou groupe d'employés identifiable? La réponse à cette question doit émaner de l'objet même des lois en matière de droits de la personne. Ces lois cherchent, dans la mesure où il est raisonnable de le faire, à garantir l'équité ou la justice en milieu de travail aux

51. *O'Malley*, *supra* note 1 au par. 22.

52. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

53. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 à la p. 5.

personnes de toutes religions, races et nationalités. Pour la vaste majorité des Canadiens, leur travail et leur lieu de travail sont des questions d'importance fondamentale. L'équité en milieu de travail est souhaitée par tous. C'est un objectif magnifique qu'il vaut la peine de s'efforcer d'atteindre. Une fois qu'il est établi que des règles, procédures ou normes en matière d'emploi sont sources de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur doit tenter raisonnablement de s'entendre avec les employés lésés qui appartiennent presque toujours à un groupe minoritaire. Pour qu'il y ait égalité et équité véritables en milieu de travail, quelles que soient les croyances religieuses des employés, il va de soi que l'employeur doit être tenu de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec les employés lésés par les règles en matière d'emploi. Cela est essentiel à la réalisation de l'objet des lois en matière de droits de la personne. Toute mesure moindre frustre l'objet de ces lois et en fait des textes creux de peu de valeur dans le milieu de travail.

Ce principe est si important que le juge McIntyre a indiqué, au nom de notre Cour à l'unanimité, dans l'arrêt *O'Malley*, précité, qu'une mesure d'accommodement raisonnable fait partie intégrante du droit à l'égalité. On peut donc considérer que l'obligation d'accommodement est un aspect fondamentalement important des lois en matière de droits de la personne et une partie intégrante du droit à l'égalité en milieu de travail.⁵⁴

L'obligation d'accommodement raisonnable ne s'applique évidemment pas que dans les cas de discrimination fondée sur la religion. Les autres critères de distinction illicite, tels le handicap et le sexe, bénéficient également de cette notion. De plus, l'obligation d'accommodement raisonnable s'étend à différents secteurs d'activités dans le domaine des biens et services. Ainsi, il peut s'agir, par exemple :

54. *Commission régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 aux pp. 544-545.

- «pour le propriétaire d'un hôtel⁵⁵, d'un restaurant⁵⁶ ou d'un bar⁵⁷, de permettre l'accès à une personne se déplaçant en fauteuil roulant ou encore accompagnée d'un chien guide;
- pour un tribunal, de fournir à un justiciable sourd les services d'un interprète en langue des signes⁵⁸;
- pour une école privée, de ne pas refuser l'admission à une élève handicapée qui est en mesure de suivre le programme académique de l'établissement⁵⁹;
- pour une commission scolaire, d'autoriser un élève à porter un vêtement requis par sa religion, tant que sont respectées les exigences normales de sécurité;
- pour un cégep, de tenir compte des difficultés particulières à produire certains documents officiels, éprouvées par les immigrants⁶⁰;
- etc.»⁶¹

Évidemment, l'obligation d'accommodement n'est pas illimitée. L'obligation dans le cas de la discrimination religieuse «consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs.»⁶² Il convient de noter que la jurispru-

55. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Hôtel Villa de France*, T.D.P., 1998 IIJCan 43.

56. *Commission des droits de la personne du Québec c. Restaurant Scampinata*, (1996) 23 C.H.R.R. D/392 (T.D.P.).

57. *Commission des droit de la personne du Québec c. Bar La Divergence*, [1994] R.J.Q. 847 (T.D.P.).

58. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776 (T.D.P.).

59. *Commission des droits de la personne du Québec c. Collège Notre-Dame du Sacré-Coeur*, [2002] R.J.Q. 5 (C.A.Q.).

60. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Collège Montmorency* (17 mars 2004), Laval 540-53-000018-030, J.E. 2004-966 (T.D.P.).

61. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 aux pp. 16-17.

62. O'Malley, *supra* note 1 au par. 23.

dence plus récente de la Cour suprême ne fait plus la distinction entre les types de discrimination : qu'il s'agisse de discrimination par suite d'un effet préjudiciable (discrimination indirecte) ou de discrimination directe n'importe plus, car depuis l'arrêt *Meiorin*, l'obligation d'accommodement raisonnable peut naître dans toutes les situations de discrimination⁶³.

Les moyens de défense opposables à l'obligation d'accommodement raisonnable, peuvent aussi bien consister à démontrer le caractère rationnel de la politique, de la règle ou de la norme contestée. Afin d'apprécier le caractère excessif de l'accommodement, l'on considérera l'effort d'accommodement, le caractère excessif de la contrainte, le coût de l'accommodement recherché⁶⁴, l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise ou au bon fonctionnement du service (la nature de la clientèle), les droits des co-employés ou, plus généralement, d'autrui⁶⁵.

Contrairement à ce que semblent croire les co-présidents de la commission sur les accommodements raisonnables, différentes questions continuent ainsi de se poser concernant cette notion juridique. En d'autres termes, le droit n'a pas tout dit⁶⁶. Dépouillé de ses fondements juridiques, l'accommodement raisonnable «pourrait risquer de se voir consacrer, dans l'esprit populaire, le statut d'un *droit*, ayant sa propre autonomie, générant sa propre dynamique et qui se développerait au gré des revendications collectives, culturelles et identitaires.»⁶⁷ Il existe une certaine confusion quant au sens de la notion d'accommodement raisonnable :

63. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3.

64. Pour un exemple récent de l'utilisation de ce critère, voir l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650.

65. Sur ces moyens de défense, voir Woehrling, «L'obligation», *supra* note 6 aux pp. 340-357.

66. Pierre Bosset, «Limites de l'accommodement : le droit a-t-il tout dit?» (2007) 9 *Éthique publique* 165.

67. Rivet, «L'accommodement», *supra* note 19 aux pp. 377-378.

Il importe donc d'éviter la confusion entre, d'une part, le concept d'accommodement raisonnable en tant que composante inhérente du droit à l'égalité, qui nécessite la gestion individualisée de mesures discriminatoires et, d'autre part, les manifestations de compromis, de tolérance, de conciliation, de fraternité ou de savoir-faire, qui favorisent le règlement des conflits et des frictions inévitables de la vie en société par des mesures d'adaptations volontaires.⁶⁸

Pour le dire autrement, plusieurs cas présentés comme des demandes d'accommodements raisonnables sont en fait des situations de gestion de la diversité culturelle. Il importe par conséquent de distinguer «les conflits de droits, qui font appel à l'obligation d'accommodement et les conflits de valeurs, qui font l'objet de mesures d'adaptation volontaires de la part des organisations.»⁶⁹ En fait, il faut insister sur l'idée qu'il n'y a d'obligation d'accommodement raisonnable que lorsqu'il y a atteinte au droit à l'égalité ou discrimination. Il faut préciser les balises juridiques pour la gestion de la diversité religieuse.

Juridiquement, il existe donc un certain nombre de questions qui continuent de se poser en matière d'accommodement raisonnable. Le droit n'est pas aussi précis que l'on voudrait bien le laisser entendre parfois. C'est pourquoi la commission Bouchard-Taylor devrait aussi examiner les aspects juridiques des accommodements raisonnables. Examinons brièvement certaines question non-entièrement théorisée en matière d'obligation d'accommodement raisonnable.

Une première question irrésolue consiste à déterminer si les valeurs – telle celle exprimée par le principe de l'égalité des sexes – peuvent être des limites raisonnables aux demandes d'accommodements religieux. La question a été soulevée récemment alors que le Conseil du statut de la femme du Québec a pro-

68. *Ibid.* à la p. 378.

69. Azdouz, «Les conflits», *supra* note 13 à la p. 353.

posé que le droit à l'égalité ait priorité sur la liberté de religion⁷⁰. Le gouvernement s'est d'ailleurs empressé d'annoncer qu'il acceptait de modifier la Charte québécoise en ce sens, sans même attendre les recommandations de la commission Bouchard-Taylor. Le Tribunal des droits de la personne et la Cour suprême du Canada ont récemment rendu des décisions importantes concernant les rapports entre le droit à l'égalité et la liberté de religion⁷¹.

Concernant cette question de savoir si les valeurs peuvent servir de contrainte excessive, Pierre Bosset écrit : «Bien que des considérations fonctionnelles permettent déjà de limiter la portée de cette obligation (à travers la notion de contrainte excessive), rarement les limites de l'obligation sont-elles définies en se référant de façon explicite aux valeurs qu'expriment les droits fondamentaux. La légitimité des solutions juridiques fondées sur l'accommodement raisonnable est parfois remise en question sur cette base – particulièrement, en matière religieuse, sous l'angle de l'égalité des sexes. [...] Ordre public, valeurs démocratiques et bien-être général apparaissent donc comme autant de limites possibles à l'obligation d'accommodement raisonnable.»⁷²

Une autre question qui demeure en suspens est celle de savoir si l'application de la logique de l'accommodement raisonnable peut s'étendre à d'autres droits. Sur ce point, les avis sont partagés. D'un côté, Christian Brunelle et José Woehrling soutiennent que l'atteinte à la liberté de religion peut créer une obligation d'accommodement raisonnable⁷³. Dans l'arrêt *Amselem*, les juges minoritaires ont cependant expliqué pourquoi l'accommodement raisonnable ne peut être importé à d'autres droits :

70. Conseil du statut de la femme, «Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté de religion», 2007.

71. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Smith et Bennett) c. Hôpital Général Juif Sir Mortimer B. Davis*, 2007 QCTDP 29 (CanLII); *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54.

72. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 à la p. 167.

73. Christian Brunelle, «La sécurité et l'égalité en conflit» dans *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 343 aux pp. 357-359. Woehrling, «L'obligation», *supra* note 6 aux pp. 357 et suiv.

C'est d'ailleurs pour cette raison que notre Cour faisait valoir dans l'arrêt *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 818, que l'art. 10 de la *Charte québécoise*, qui fait intervenir le devoir d'accommodement, ne peut servir à contourner l'application de l'art. 9.1 et à ainsi éviter de déterminer l'étendue du droit fondamental en cause conformément aux limites prescrites par l'art. 9.1.⁷⁴

Dans *Devine*, la Cour suprême a ainsi justifié pourquoi, dans le cadre de la *Charte québécoise*, les principes du droit à l'égalité ne constituent pas une façon de «contourner» la disposition limitative :

Bien qu'il soit exact que l'art. 9.1 ne s'applique pas au principe d'égalité enchâssé à l'art. 10, il s'applique à la garantie de liberté d'expression enchâssée à l'art. 3. Chaque fois qu'il est allégué qu'une distinction fondée sur un motif interdit par l'art. 10 a pour effet de compromettre ou de détruire un droit que prévoit l'art. 3, la portée de cet article doit être déterminée à la lumière de l'art. 9.1. Lorsque, comme en l'espèce, l'art. 9.1 a pour effet de limiter la portée de la liberté d'expression que garantit l'art. 3, l'art. 10 ne peut être invoqué pour contourner les limites raisonnables à cette liberté et y substituer une garantie absolue de liberté d'expression.⁷⁵

Dans un récent article, la juge Rivet pose la question suivante : «si tant est que l'obligation d'accommodement raisonnable, propre à l'article 10, ne peut servir à contourner l'application de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, comment pourrait-on en toute logique, lorsque dans un litige où le droit à l'égalité n'est même pas l'enjeu premier, vouloir appliquer l'obligation d'accommodement raisonnable à un autre droit par ailleurs soumis à l'article 9.1?»⁷⁶ Au surplus, la liberté de religion reçoit une interprétation subjective plus large qui pourrait entraîner des ac-

74. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 au par. 154 [Amselem].

75. *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790 à la p. 818.

76. Rivet, «L'accommodement», *supra* note 19 à la p. 384.

commode dans des contextes où les conditions d'atteinte au droit à l'égalité ne sont pas satisfaites.

D'ailleurs, à la lecture des arrêts *Amselem* et *Multani*⁷⁷, il est frappant de constater que la Cour suprême n'a pas abordé la question en litige sous l'angle du droit à l'égalité et de l'obligation d'accommodement raisonnable, mais plutôt à partir de la liberté de religion. Pourtant, dans les deux cas, des accommodements raisonnables avaient été au départ proposés par le syndicat de propriétaires (une souccah commune dans les jardins – les résidents juifs orthodoxes ont cependant refusé cette mesure d'accommodement) et par la commission scolaire (visant à sceller le kirpan à l'intérieur des vêtements - le conseil d'établissement de l'école a par la suite refusé d'entériner l'entente acceptée par l'élève et ses parents). Contrairement à ce qui est bien souvent véhiculé, ces affaires *Amselem* et *Multani* ne portent donc pas, à tout le moins selon les termes des décisions de la Cour suprême du Canada, sur le principe de l'obligation d'accommodement raisonnable. Dans *Amselem*, il s'agit plutôt d'une question de liberté de religion, définie selon une approche subjective (c'est-à-dire le critère de la croyance sincère). En ne traitant pas des articles 10 et 13 de la *Charte québécoise*⁷⁸, les juges n'entrent donc pas dans la logique des moyens de défense que l'on peut faire valoir pour démontrer que l'obligation d'accommodement a été remplie. Une telle approche aurait pu permettre de considérer autrement l'effort d'accommodement qu'avait fait le syndicat de copropriétaires en offrant une souccah commune. Dans *Multani*, le port du kirpan à

77. *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256 au par. 132 [*Multani*]. Cet arrêt soulève au surplus la question de savoir s'il faut appliquer la *Charte québécoise* ou la *Charte canadienne*, ce qui peut être particulièrement pertinent dans le cas du droit à l'égalité qui ne reçoit pas la même interprétation dans les deux cas : Daniel Proulx, «Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles», *Revue du Barreau du Québec*, numéro spécial (2003), 485.

78. Sylvie Gagnon, «Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la Charte des droits et libertés de la personne», dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, supra note 73, p. 261 à la p. 272.

l'école est érigé en un droit fondamental des enfants à leur liberté de religion. Une telle conception heurte la tradition libérale⁷⁹.

L'application de l'analyse juridique de l'accommodement raisonnable dans le contexte constitutionnel est une autre question qui demeure irrésolue à ce jour. Tant la doctrine que la jurisprudence se sont parfois prononcées en faveur du déplacement de la logique développée dans le contexte individuel du droit à l'égalité dans le cadre des lois relatives aux droits de la personne vers la logique plus globale du droit constitutionnel. Il s'agit alors de s'interroger notamment sur «la transposition d'un concept né et élaboré dans le domaine des relations de travail et de la fourniture de services à celui de l'activité législative et réglementaire»⁸⁰. La Cour suprême a elle-même posé directement le problème récemment dans l'affaire *Multani* qui concerne le port du kirpan à l'école. Les juges se sont divisés sur cette question de savoir si le cadre juridique de l'accommodement raisonnable peut être reproduit au niveau de l'atteinte minimale et de la limitation des droits. Dans *Amsalem*, les seuls juges qui s'étaient prononcés sur la disposition justificative ou limitative, soit les juges minoritaires, ont exprimé l'avis que «l'accommodement raisonnable n'a pas sa place dans l'analyse fondée sur l'article 9.1»⁸¹. Dans *Multani*, d'un côté, les juges Deschamps et Abella écrivent que, malgré leurs similitudes, les concepts d'atteinte minimale et d'accommodement raisonnable «appartiennent à deux catégories d'analyse distinctes.»⁸² De l'autre côté, la juge Charron, écrivant au nom de ses collègues McLachlin, Bastarache, Binnie et Fish, considère que le critère de l'atteinte minimale est analogue à l'obligation d'atteinte minimale⁸³.

79. John Locke, *Second Traité du gouvernement civil*, Paris, PUF, 1994 aux par. 52 et 63.

80. Woehrling, «L'obligation», *supra* note 6 à la p. 357.

81. *Amsalem*, *supra* note 74 au par. 154 (juges Bastarache, LeBel et Deschamps).

82. *Multani*, *supra* note 77 au par. 129. Voir les paragraphes 130 à 134.

83. *Ibid.* aux par. 52 et 53.

Selon Jean-François Gaudreault-Desbiens, «les juges Deschamps et Abella se montrent à bon droit conscientes de la différence qualitative existant entre les deux processus de justification s'agissant de contribuer à la solution d'un différend dont les enjeux ne sont tout simplement pas les mêmes. Alors que, dans les cas de demandes d'accommodement raisonnable, il est dans l'intérêt des parties d'atteindre, après une *négociation raisonnée et balisée par le droit*, une solution juste sur le plan intersubjectif mais aussi concrètement vivable, l'abstraction qui caractérise l'arbitrage des droits et des valeurs dans le cadre constitutionnel *stricto sensu* permet difficilement d'en arriver à ce type de solution. Par ailleurs, ce cadre constitutionnel a la propriété de maximiser les attentes des revendicateurs de droits alors que, sans les minimiser, le cadre de l'accommodement raisonnable les relativise, ou du moins tend à faire échec à l'application systématique et indifférenciée d'une conception dworkinienne des droits comme atouts («rights as trumps»).»⁸⁴

Cette dernière citation soulève directement la question qu'il convient maintenant d'aborder, soit celle du droit comme problème d'action collective.

II. L'écart entre le droit et le monde vécu

Comme la première partie l'illustre, le problème autour de l'accommodement raisonnable semble notamment reposer dans cet écart qui s'est creusé entre le droit et le monde vécu. Pour poser le problème du droit comme action collective, prenons l'exemple du port du kirpan à l'école. Voici ce qu'en disait Gaudreault-Desbiens avant même que la Cour d'appel du Québec n'entende l'affaire : «[...] aussi épineuse que cette affaire ait pu s'avérer sur les plans social et politique, elle était, sous l'angle du droit, plutôt simple à régler. D'une part, les faits ne présentaient

84. Jean-François Gaudreault-Desbiens, «Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port de signes religieux à l'école publique : réflexions en forme de points d'interrogation», dans M. Jézéquel, *supra* note 12, 241 à la p. 272. [Gaudreault-Desbiens, «Quelques angles»].

aucune complexité particulière. [...] D'autre part, le cadre juridique applicable n'était pas lui non plus des plus complexes.»⁸⁵. Les difficultés sociales auxquelles fait référence l'auteur, concernent largement la réaction très forte de plusieurs autres parents de l'école fréquentée par le jeune *Multani* à l'époque. Dès lors, comment expliquer qu'une question juridique simple suscite une telle contestation sociale? La philosophie politique (A.) et la théorie du droit (B.) peuvent servir à poser la question du droit comme problème d'action collective.

A. La philosophie politique

Certains ont cherché à expliquer cette situation en référant directement aux limites du droit. Dans son ouvrage *La force de conviction*, Guillebaud écrit :

[...] une société pluraliste ne l'est *que jusqu'à un certain point*. Quant à la neutralité de l'État, en réalité, elle ne peut faire l'économie d'une croyance commune. Elle aussi réclame d'être posée sur des *fondements*. Pour garder sa cohérence et sa solidité, elle doit obtenir de tous ses membres, au-delà des particularités qui les séparent, un *assentiment* commun. (Toutes les difficultés liées à l'intégration des immigrés viennent de là.) Pour le dire en d'autres termes, une croyance commune est toujours nécessaire pour *faire société*. Quand celle-ci s'étiole, la société en fait autant. Or, nos sociétés développées en sont là; elles se situent dans cet entre-deux. Ce qui les ressemble malgré tout demeure implicite, rarement énoncé de façon claire, et donc peu mobilisateur. Elles bivouaquent dans le flou et le tacite, pourrait-on dire. Elles hésitent entre un multiculturalisme assumé et une *doxa* inexprimée.⁸⁶

85. Jean-François Gaudreault-Desbiens, «Du crucifix au kirpan : quelques remarques sur l'exercice de la liberté de religion dans les établissements scolaires» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de l'éducation*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 89 aux pp. 92 et 93.

86. Jean-Claude Guillebaud, *La force de conviction. À quoi pouvons-nous croire?*, Paris, Seuil, 2005 à la p. 305.

Il poursuit :

La règle de droit, à elle seule, n'est pas capable de remédier à ce flou. Le juridisme contemporain, qui prétend remplacer la croyance et la morale par le droit conçu comme pure technique, est une naïveté. [...] Une société, pour exister, réclame donc un lien d'une nature tout autre que strictement juridique.⁸⁷

On peut utiliser l'analyse habermassienne fondée sur la place du droit dans le monde vécu pour mieux comprendre le problème dont il est question ici⁸⁸. Le développement social de l'État a amené ce dernier «à régler des conflits liés au monde vécu, c'est-à-dire des conflits relatifs à des zones d'action traditionnellement régulées par le médium du langage et de la discussion.»⁸⁹

On voit le droit utilisé de plus en plus pour satisfaire des revendications sans doute à certains égards justifiées. Au nom d'exigences morales pratiques légitimes, telle celle de l'égalité de l'homme et de la femme, l'État se trouve amené à intervenir à travers le médium du droit dans des zones d'activité qui sont celles du monde vécu. Cette quatrième forme contemporaine d'extension du droit, note Habermas, est critiquable : elle risque d'engendrer une perte de liberté parce qu'elle substitue la régulation systémique propre au discours juridique à la régulation par le langage ordinaire propre au "monde vécu".⁹⁰

87. *Ibid.*

88. Présentation faite à partir de Jacques Lenoble, «Droit et communication: Jürgen Habermas» dans Pierre Bouretz, dir., *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991 à la p. 163.

89. *Ibid.* à la p. 182. Il ajoute: «Habermas reprend les deux exemples classiques qu'analyse la sociologie juridique allemande: celui de l'intervention croissante du droit et du juge dans les domaines familial et scolaire. On voit de plus en plus l'État intervenir par le médium du droit dans ces zones d'activité.»

90. *Ibid.* à la p. 184.

Selon Habermas, c'est le caractère systémique du droit qui l'empêche d'intervenir de façon adéquate dans les problèmes liés à la famille ou à l'école⁹¹.

À la place du droit utilisé comme "médium" devrait au contraire intervenir ici des procédures de règlement des conflits qui soient adaptées aux structures de l'agir orienté vers l'intercompréhension. Il faudrait avoir recours ici à "des processus discursifs de formation de la volonté et [à] des procédures de négociation et de décision" permettant de prendre en compte les contextes individualisés. Pour cette raison, Habermas note que l'utilisation du droit et du juge est inadéquate dans ces contentieux. Cette extension du rôle du droit qui s'accomplit à notre époque aboutit à une "perte de liberté" : elle marque une évolution critiquable de nos sociétés modernes liée à l'interventionnisme croissant de l'État social. Elle provoque une "colonialisation du monde vécu", c'est-à-dire une emprise croissante et indue des mécanismes systémiques au dépend des contextes normatifs de l'agir orienté vers l'intercompréhension. A l'encontre d'une telle emprise, J. Habermas suggère de développer au sein de la société civile un espace public autonome, assurant ainsi une préservation de lieux garantissant le maintien et le développement des zones d'activités médiatisées par le langage ordinaire.⁹²

Dans une tentative de dépassement de l'éthique argumentative à la Habermas, Jean-Marc Ferry prône une éthique reconstructive. La reconstruction, selon ce dernier, est plus

91. *Ibid.* aux pp. 183-185. L'intervention du droit serait inadéquate, selon Habermas, lorsqu'il s'agit de «prendre en compte les spécificités les plus individuelles propres aux conflits pédagogiques ou familiaux» - plutôt que de viser à assurer «le respect des principes d'égalité et de liberté» ou «le respect des exigences qu'impose le principe d'universalisation de la Raison pratique». «Pour J. Habermas en effet, "les normes du droit valent sans que soient prises en compte les personnes concernées, avec leurs besoins et leurs intérêts; leurs expériences sont absentes et leurs contextes vécus écartés". En ce sens le recours au droit et au juge méconnaît les exigences propres à ces contextes conflictuels.» Voir Jürgen Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, t. II, Paris, Fayard, 1987 aux pp. 403 et suiv.

92. *Ibid.* aux pp. 183-184.

intersubjective que l'argumentation; elle est plus fortement éthique, moins strictement cognitiviste. «Cependant, la reconstruction appelle, au-delà de l'entente, la reconnaissance réciproque.»⁹³ Avec l'éthique reconstructive de Ferry, nous passons d'une pragmatique procédurale à une pragmatique contextuelle⁹⁴ : «Argumenter : d'un côté, on conteste, de l'autre, on défend en justifiant rationnellement. Reconstruire veut dire, d'une part, analyser, élucider, et, de l'autre, reconnaître.»⁹⁵ Comme l'écrit Marc Maesschalck, «ce passage repose sur l'élaboration du statut épistémologique du contexte du point de vue de l'application des normes»⁹⁶. La reconstruction fait appel à des éléments expérimentiels du monde de la vie. «En effet, la reconstruction permettra d'investiguer le sol de pertinence qui fait que les arguments donnés sont estimés plus ou moins forts. Cela nous renvoie à l'arrière-plan du monde vécu.»⁹⁷

Réfléchissant aux relations entre religions et espaces publiques démocratiques, Marc Maesschalck a cherché une solution aux limites des modèles libéral et délibératif proposés par Rawls et Habermas⁹⁸. Il s'agit en fait d'un dépassement du paradigme délibérativiste, inspiré par le tournant pragmatiste, «pour tenter de déterminer les arrangements institutionnels nécessaires pour mettre les acteurs concernés en capacité de participer aux processus de prise de décision»⁹⁹. Plus particulièrement, Maesschalck prétend que les critiques élaborées par les théories pragmatistes peuvent apporter d'importants éléments de réflexion pour sortir de l'impasse dans lequel se trouve la gouvernance démocratique des religions. Pour aller directement au cœur de son argumentation,

93. Jean-Marc Ferry, *L'éthique reconstructive*, Paris, Cerf, 1996 à la p. 59 [Ferry, «L'éthique»].

94. Jean-Marc Larouche et Guy Jobin, «Vers une «pragmatique contextuelle» : l'éthique reconstructive de Jean-Marc Ferry» (1997) 9 *Ethica* 181.

95. Ferry, «L'éthique», *supra* note 93 aux pp. 60-61.

96. Marc Maesschalck, *Normes et contextes*, Olms, Hildesheim, 2001 à la p. 3.

97. Ferry, «L'éthique», *supra* note 93 à la p. 60.

98. Marc Maesschalck, «Religions et démocratie délibérative. Comment sortir de l'impasse?» (2006) 8 *Éthique publique* 16 [Maesschalck, «Religions»].

99. *Ibid* à la p. 21.

voici ce qu'il écrit : «Le point crucial ne réside plus dans la mise en évidence de la contrainte rationnelle d'une discussion juste, mais dans les conditions rendant possible un apprentissage à partir de la confrontation réelle entre différents acteurs engagés, en fonction de leurs intérêts spécifiques, dans un domaine de gouvernance à niveaux multiples.»¹⁰⁰ C'est cette question de l'apprentissage social qui semble faire défaut dans la pratique de l'accommodement raisonnable.

L'éthique de discussion qui sous-tend la politique délibérative chez Habermas insiste sur le principe de participation de tous ceux qui sont en principe concernés, tendant même à prôner l'égalité des participants dans une situation idéale de parole. La critique pragmatiste insiste justement sur cette question de la capacité des acteurs à participer effectivement aux processus délibératif et décisionnel. Deux orientations se dégagent : «l'une cherche à mettre en capacité les acteurs par une réforme des structures participatives procédant en général d'un principe de décentralisation et de mise en réseau; l'autre cherche à obtenir cette mise en capacité en déterminant plus précisément des mécanismes d'apprentissage collectif susceptibles d'être intégrés dans les mécanismes existants de résolution de problèmes.»¹⁰¹

Selon Marcel Gauchet, la tâche de la philosophie politique ou d'une théorie de la politique démocratique consiste précisément à déterminer les conditions auxquelles les processus décisionnels peuvent être *appropriables* par la communauté politique autonome. Cela nécessite la participation des acteurs-citoyens dans ce pouvoir démocratique. Les communautés autonomes «s'appliquent à elles-mêmes, elles s'organisent elles-mêmes, non pas de manière délibérée et consciente, mais de manière processuelle. Le politique consiste dans les dimensions spécifiques par lesquelles passe cette autonomie processuelle»¹⁰². C'est ce caractère *appropriable* de la politique des accommodements raisonnables, comme mesure

100. *Ibid.* à la p. 23.

101. *Ibid.* à la p. 19.

102. Marcel Gauchet, «Les tâches de la philosophie politique» (2002) 19 Revue du MAUSS 275 aux pp. 302-303.

d'adaptation de la société québécoise à la diversité religieuse, qui semble faire partiellement défaut. Partiellement, car le principe de l'accommodement raisonnable serait mieux appropriée par ceux qui l'appliquent et le vivent dans différents milieux. Discutant de la discrimination fondée sur le handicap dans le milieu du travail, Me Linda Lavoie écrit :

Le système judiciaire, par les nombreux jugements et les nombreuses décisions qui ont constamment rappelé les parties à l'ordre, a donné au monde du travail une véritable leçon de vie. Les juges et les décideurs ont eu le courage de faire en sorte que les grands principes qui gouvernent notre société trouvent une application concrète dans un secteur de la vie aussi important que celui du travail.¹⁰³

Si l'accommodement raisonnable a dû aussi exiger de la part des syndicats qu'ils acceptent de s'éloigner de la logique de la négociation collective¹⁰⁴, cette notion a aussi servi à l'apprentissage des employeurs :

Les tribunaux ont agi en véritables chiens de garde de leur (les employés) droit à l'égalité si bien que les employeurs les plus réticents ont été amenés à combattre leurs préjugés, parfois tenaces à l'égard de certaines affections, pour faire preuve d'ouverture d'esprit, d'imagination et même, dans certains cas, d'ingéniosité. Ils ont été appelés à se dépasser et nous en sommes collectivement plus riches.¹⁰⁵

Dans sa théorie systémique des processus de légitimation, Niklas Luhmann recourt également à la notion d'apprentissage, liée à la nécessaire acceptation :

-
103. Linda Lavoie, «Discrimination fondée sur le handicap et stratégies d'accommodement» dans M. Jézéquel, *supra* note 12, 31 à la p. 34 [Lavoie, «Discrimination»].
104. Sur l'effet de l'obligation d'accommodement raisonnable sur les syndicats, voir Christian Brunelle, «Le droit à l'accommodement raisonnable dans les milieux de travail syndiqués : une invasion barbare?» dans M. Jézéquel, *supra* note 12, 51.
105. Lavoie, «Discrimination», *supra* note 102 à la p. 33.

Nous voulons dire par là que les personnes concernées adoptent la décision à titre de prémisses de leur propre comportement et restructurent en conséquence leurs attentes, quelles que soient leurs raisons. [...] Quoiqu'il en soit, au fondement de la reconnaissance se trouve un processus d'apprentissage, c'est-à-dire une modification des prémisses d'après lesquelles l'individu traitera par la suite ses expériences, choisira ses actions et se représentera lui-même. Ce processus d'apprentissage échoue lorsque la personne concernée tente de se conserver en protestant contre la décision, en résistant, en brandissant constamment son droit lésé, en nourrissant son propre malheur et en cherchant aide et approbation afin d'organiser une résistance face à la décision ; en un mot, lorsqu'elle n'apprend pas, mais se cantonne plutôt sur ses anciennes attentes déçues. Lorsque l'apprentissage est réussi, les attentes modifiées par la décision seront observées pour ainsi dire de manière automatique, de l'intérieur de l'individu, et seront traitées comme un fait (qu'il soit bienvenu ou non); lorsque l'apprentissage a échoué, il faut à chacune des situations de nouveaux stimuli spécifiques provenant de l'extérieur pour que puisse se produire un comportement conforme à la décision.¹⁰⁶

Définissant en cela la positivisation du droit, Luhmann écrit que «le droit dans son ensemble est le résultat de décisions»¹⁰⁷. La légitimité du droit sera assurée par «la reconnaissance des prémisses des décisions»¹⁰⁸. Cherchant à expliquer comment l'arbitrage de griefs s'est transformé pour intégrer les normes de discrimination contenues dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, Lapierre, Rocher et Vallée écrivent :

Or, toute décision juridique impose un apprentissage de la part des acteurs en cause, parce qu'un acte juridique vient toujours modifier une situation antérieure : il en va

106. Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, Paris/Ste-Foy, Cerf/P.U.L., 2001 aux pp. 25-26.

107. *Ibid.* à la p. 24.

108. *Ibid.*

ainsi d'une nouvelle loi, d'un nouveau règlement, d'un contrat, d'une décision judiciaire. Et cet apprentissage se produit tant chez le législateur qui doit lui-même apprendre pour changer la loi que chez les justiciables et les citoyens, tant chez le juge qui opère un changement dans une situation concrète ou dans l'interprétation de la loi que chez les parties impliquées dans un procès et leurs procureurs. Du même coup, cet apprentissage est la voie dynamique par laquelle s'engage le processus d'acceptation des décisions juridiques, judiciaires ou réglementaires et l'acceptation des décisions juridiques, judiciaires ou réglementaires et l'acceptation des conséquences contraignantes qui en découleront pour eux-mêmes et pour d'autres.¹⁰⁹

Il ne suffit cependant pas d'accroître l'incitation à la participation pour réaliser l'apprentissage collectif d'une nouvelle culture de la gouvernance¹¹⁰.

C'est en ce sens que la critique actuelle du délibérativisme peut elle-même paraître insuffisante. Certes, elle insiste sur l'apprentissage social à travers des mécanismes de participation. «Mais elle laisse en suspens la médiation collective par laquelle une structure d'incitation à la participation peut garantir d'elle-même un accroissement de rationalité de la part des acteurs qu'elle engage.»¹¹¹ Entre le délibérativisme et le pragmatisme, «il y a une construction possible d'apprentissages spécifiques qui permet de déterminer la manière dont peut progressivement se constituer un «nous» explicite doté d'une culture intermédiaire de son action et dès lors capable de donner aux individus de nouvelles compétences en fonction de leur interconnexion dans cette structure d'échange particulière.»¹¹² Maesschalck mentionne alors l'exemple

109. Jean Marcel Lapierre, Guy Rocher et Guylaine Vallée, «Légitimités et légitimations de l'arbitrage de griefs : la notion d'apprentissage chez Luhmann», dans Michel Coutu et Guy Rocher, dir., *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, P.U.L., 2005, 356 aux pp. 365-366.

110. Maesschalck, «Religion», *supra* note 98 à la p. 21.

111. *Ibid.* à la p. 23.

112. *Ibid.*

du concept de communautés de pratique développé par la théorie des systèmes organisationnels, selon lequel «on considère la participation à des processus collectifs comme une «collaboration active aux pratiques d'une communauté sociale et une construction d'identité en lien avec elle»¹¹³. Pour créer un tel contexte, le dispositif de réseau, propre au modèle systémique, peut servir de modèle. «Avec le temps, le réseau d'échange devient une histoire commune pour les participants, ce qui implique que les relations se constituent, que leur maintien devient une part de l'entreprise et qu'une nouvelle culture de l'action peut prendre consistance en fournissant un répertoire d'action nouveau.»¹¹⁴

Pour le dire autrement, la participation ne suffit pas pour former une nouvelle identité dans l'espace collectif. «Pour rendre appropriable une destination commune, il est nécessaire que les membres des sous-groupes religieux concernés puissent expérimenter la confiance dans un projet conçu comme une action conjointe, l'engagement au soutien mutuel dans la réalisation de ce projet et, à terme, assister à l'émergence de nouveaux porteparole intervenant dans les processus de décision et rendant la politique toujours plus accessible.»¹¹⁵

Lorsqu'il est question de l'écart entre le droit et le monde vécu, il importe de faire une distinction entre la société en général et les milieux pratiques (milieux du travail, scolaire, de la santé) où des demandes d'accommodement sont réellement formulées. S'il semble y avoir un écart important entre le droit et le monde vécu, c'est davantage au plan de la société. Car, au sein des milieux pratiques où l'accommodement raisonnable est mise en œuvre, l'approche fondée sur les accommodements raisonnables institue précisément une forme de médiation entre les acteurs : «[...] il est évident que l'introduction de l'obligation d'accommodement raisonnable, par les tribunaux, a considérablement changé la conception traditionnelle du droit du travail, notamment le droit de gérance de l'employeur, la responsabilité

113. *Ibid.*

114. *Ibid.*

115. *Ibid.* à la p. 26.

des autres salariés ainsi que la façon dont la convention collective doit être appliquée et interprétée. Dans les milieux syndiqués, il est clair que la recherche d'une égalité plus inclusive demande l'adaptation d'une culture de travail qui était auparavant essentiellement tournée vers une dynamique de droits collectifs.»¹¹⁶

Dans l'arrêt *Multani*, les juges Deschamps et Abella reconnaissent la fonction d'apprentissage jouée par la pratique de l'accommodement raisonnable :

Le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer et laisse place à la discussion entre ces derniers. Cette concertation leur permet de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins.¹¹⁷

La pratique de l'accommodement raisonnable s'inscrit alors dans ce que Marc Hunyadi appelle une pragmatique de la médiation¹¹⁸. La question se pose, dans les termes procéduraux, «d'une garantie assumée d'offrir la possibilité de s'accorder sur une règle. Il s'agit donc d'offrir, et même d'imposer les cadres juridiques d'une médiation équitable entre des aspirations qui ont au départ la présomption de légitimité ; il appartient ensuite aux concernés – c'est-à-dire au cercle de ceux qui aspirent à la reconnaissance, puis le cas échéant à la satisfaction de leurs revendications – de donner corps à cette médiation, en adoptant telle règle qui satisfasse leurs aspirations et, à travers d'elles, leur personne. Toute autre conception que procédurale réprime nécessairement et a priori certains intérêts (et donc : les personnes en tant qu'elles sont porteuses de ces intérêts), dont on ne peut pourtant pas simplement préjuger, sous les conditions de pluralisation qui prévalent aujourd'hui, qu'ils n'ont pas voix au chapitre.»¹¹⁹

116. Rivet, «L'accommodement», *supra* note 19 à la p. 376.

117. *Multani*, *supra* note 77 au par. 131.

118. Mark Hunyadi, *La vertu du conflit*, Paris, Cerf, 1995 à la p. 89.

119. *Ibid.* aux pp. 100-101.

Une telle approche favorise un mode de résolution des conflits en fonction du niveau de normativité approprié. «La pointe de la morale de la médiation consiste donc à définir la normativité d'une règle en fonction de l'aire d'intersubjectivité concrète au sein de laquelle les concernés peuvent faire valoir leurs aspirations, qui elles-mêmes renvoient à cette parcelle d'identité que définissent ces aspirations.»¹²⁰ «Concrètement, cela revient non à légiférer dans un sens substantiel, mais à requérir à chaque fois des procédures de médiation : de la sorte, la légitimité d'une décision ne résultera pas de son adéquation à une fin donnée d'avance, mais de l'établissement intersubjectif, cas par cas, d'une règle au niveau de normativité qui est le sien, c'est-à-dire par le cercle de tous les concernés.»¹²¹ À cet égard, l'erreur dans l'affaire *Multani*, a peut-être été, au moment d'en arriver à cet accommodement qui avait été initialement négocié (c'est-à-dire que certaines conditions visant à sceller le kirpan à l'intérieur de ses vêtements soient respectées), de ne pas y avoir dès lors associé les autres parents...

B. La théorie du droit

Analysons maintenant la situation sous l'angle, parallèle, de la théorie du droit¹²². La réflexion philosophique sur le droit s'est par moments concentrée sur le débat d'arrière-plan, soit le débat métathéorique de la réflexion épistémologique. C'est ainsi que Kelsen a fondé sa théorie pure du droit sur le positivisme logique et que, plus récemment, Hart a ouvert la porte à l'herméneutique par son emprunt à la philosophie du langage ordinaire. C'est le pragmatisme, non pas celui de Rorty, mais le renouveau pragmatiste dont parle Coleman, avec ses fondements chez Sellars, Quine, Davidson et Putnam, qui est intéressant pour le présent développement. Dans cette perspective, l'enjeu d'une théorie du jugement est le suivant :

120. *Ibid.* à la p. 107.

121. *Ibid.* à la p. 101.

122. Je suis ici le développement de Jacques Lenoble, «Les exigences du tournant pragmatiste et la redéfinition du concept de droit» (2006) 126 *Les Carnets du Centre de Philosophie du droit* (Université catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve, Belgique).

Élucider le phénomène juridique revient à comprendre cette pratique par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée. Cette compréhension présuppose donc nécessairement elle-même une certaine compréhension du processus par lequel se produit un effet de sens dans la réalité (sociale). Tel est bien l'enjeu d'une théorie du jugement : celle-ci vise à réfléchir les conditions de possibilité de l'opération (c'est-à-dire de l'action, de la pratique) par laquelle un jugement produit des effets de sens. En reconstruisant les conditions du processus d'effectuation (c'est-à-dire d'application) du jugement, la réflexion épistémologique fournit donc un accès nécessaire et privilégié pour mettre en évidence les conditions de possibilité de la pratique par laquelle un groupe social produit et «reconnaît» une autorité normative, c'est-à-dire les conditions de possibilité d'une gouvernance par la droit.¹²³

Le point de vue internaliste de Dworkin permet peu ou prou d'expliquer les conditions d'émergence d'une pratique sociale (future interprétative) d'adhésion à une signification normative partagée. C'est ainsi que le pragmatisme reformule la question de base de la théorie du droit. La théorie herméneutique permet néanmoins de présenter le droit comme science normative et non descriptive dans le cadre d'une pratique interprétative qui lie le droit et la morale. Poursuivant dans la voie ouverte par les critiques sociologiques et réalistes du positivisme juridique, l'herméneutique dworkinienne insiste sur le pouvoir créateur du juge. En complétant le modèle positiviste du système juridique, qui n'était formé que de règles (primaires et secondaires), la théorie de Dworkin explicite le rôle des principes. Ce dernier a également critiqué la règle de reconnaissance au cœur de la théorie de Hart.

Comment les Québécois peuvent-ils produire une signification normative partagée en matière d'obligation d'accommodement raisonnable? C'est ainsi que le pragmatisme reformule la question

123. *Ibid.* à la p. 5.

à la base de la théorie du droit. En se fondant sur les débats de théorie sociale et de philosophie de l'action, la théorie pragmatiste entend réaffirmer la règle de reconnaissance en référant à l'usage. «En effet, si l'on admet que l'intention partagée n'est pas «dans l'esprit des acteurs mais qu'elle doit s'incarner dans des dispositifs institutionnels qui la rendent possible, on peut reformuler cette même proposition dans la forme suivante : les ressources fournies par les capacités internes à la raison des acteurs ne sont pas suffisantes à assurer la réalisation de l'intentionnalité visée par l'action coopérative»¹²⁴.

Le processus judiciaire doit assurer une construction adéquate du contexte que le juge doit considérer afin de décider. La signification est fonction de l'usage, un usage qui est une pratique sociale partagée. D'où l'importance d'une certaine activité coopérative susceptible de créer des raisons communes. Il serait illusoire de croire que cette action coopérative est limitée à la formulation immédiate des intentions, intérêts et préférences des acteurs. La pragmatique contextuelle doit permettre un retour réflexif sur ces représentations d'arrière-plan. Comment, dès lors, instaurer cette culture coopérative? Tout comme la pratique des accommodements raisonnables, la commission Bouchard-Taylor pourrait avoir un tel effet.

Supposer que le seul jeu des contraintes formelles de l'éthique de la discussion, c'est-à-dire le seul jeu formel de la discussion publique, assurera de lui-même la réalisation de la culture coopérative qu'il nécessite pour faire sens, neutralise et méconnaît l'argument putnamien de l'impossible formalisation des procédures de fixation des croyances. Supposer que le seul jeu interne des contraintes formelles de l'échange argumenté assure l'auto-adaptation des croyances méconnaît que la possibilité de l'échange argumenté n'est elle-même rendue possible que par une croyance partagée motivant les participants à en faire usage.¹²⁵

124. *Ibid.* à la p. 20.

125. *Ibid.* à la p. 30.

Cette conception conventionnaliste fait place, contrairement à ce qu'y voyait Dworkin, à la pratique interprétative en raison de la nécessaire révisabilité des croyances. Si ce dernier a raison de lier signification et interprétation holistique de l'usage, la morale substantielle qu'il fait intervenir est supposée partagée par un groupe sociale et le juge herculéen serait capable d'en assurer la réinterprétation constante :

Le juge est censé capable de déduire la signification du droit des exigences internes à la «moralité institutionnelle» du groupe auquel il appartient. Son approche herméneutique présuppose données des *règles dans l'esprit du juge* lui permettant de subsumer la variété des situations particulières sous les catégories générales de la moralité institutionnelle (les principes). En ce sens, Dworkin *mentalise* l'approche du jugement normatif en inscrivant, dans les capacités mentales du juge, les règles permettant de déduire les significations normatives du droit des exigences de la morale institutionnelle et d'y traduire, pour reprendre l'expression de Paul Ricoeur, les injonctions du réel historique.¹²⁶

Le jugement d'application ne se limite pas à la seule question de l'application d'une norme supposée existante. Le contexte n'est pas donné, il est à construire. Ce qui impose d'organiser institutionnellement une possibilité de définir collectivement la perception du contexte. Cette exigence paraît nécessaire pour l'existence du droit dans un groupe social. La nécessaire prise en compte de la moralité institutionnelle n'est pas donnée, le juge ne peut simplement la dire et l'adapter. Les citoyens et les justiciables, en tant que destinataires finaux du droit, doivent être associés à l'élaboration de la norme. Sinon, la norme risque d'être inefficace car l'usage qui en sera fait ne correspondra pas aux attentes : «La signification donnée à la norme lors de son application dans le réel social (c'est-à-dire lors de sa production d'effets de sens) conduit à rendre la norme inopérante ou inefficace au regard de l'objectif normatif que l'autorité visait à atteindre.»¹²⁷ Les

126. *Ibid.* à la p. 34.

127. *Ibid.* à la p. 40.

effets d'une règle dépendent de l'usage qui en sera fait par ses destinataires.

Ce que révèle notamment cette réflexion actuelle est que, là où les dissensions entre les perceptions du problème que la norme juridique doit tenter de résoudre sont trop importantes, les procédures habituelles de construction et d'application des normes s'avèrent «inefficaces» pour garantir une résolution adéquate du problème. La «capacité» des autorités publiques à construire cette solution et à identifier la signification «attendue» de la norme est donc elle-même conditionnée par une «reconnaissance» de cette signification par les destinataires finaux de cette norme.¹²⁸

La théorie du droit nous enseigne donc l'importance de la contextualisation du jugement juridique dans la réalisation d'une raison commune. «C'est dire donc, comme l'ont bien mis en évidence L. Wittgenstein et H. Putnam, qu'ultimement la signification est fonction de l'usage et que celui-ci prend nécessairement la forme d'une pratique sociale partagée.»¹²⁹ La théorie pragmatiste permet donc de mieux comprendre le défi que rencontre, sur le plan du droit, la pratique des accommodements raisonnables. Il s'agit plus exactement de construire cette pratique par laquelle la société québécoise pourrait produire une signification normative partagée, ce qui exige d'examiner l'usage qui est fait de cette notion d'obligation d'accommodement raisonnable. Pour cela, il convient d'interroger l'efficacité de la gouvernance par le droit¹³⁰ et sa possible transformation vers une gouvernance réflexive¹³¹.

128. *Ibid.* à la p. 40.

129. *Ibid.* à la p. 37.

130. Jacques Lenoble, «L'efficacité de la gouvernance par le droit / Pour une procéduralisation contextuelle du droit» (2002-2003) 33 R.D.U.S. 13.

131. Louise Lalonde, «L'application de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu» *Revue du Barreau*, Numéro thématique hors série (2006) 321.

Conclusion

Le présent texte entendait démontrer en quoi le problème des accommodements raisonnables relève aussi du droit. Prônant un retour aux sources juridiques de la notion d'obligation d'accommodement raisonnable, nous avons cherché à montrer que les concepts ne sont pas entièrement théorisés, que l'application témoigne d'une certaine confusion conceptuelle et que la théorie du droit et la philosophie politique permettent d'analyser l'écart qui s'est accentué entre le monde vécu et le droit en matière d'accommodement raisonnable.

[...] la compréhension du concept d'accommodement raisonnable n'est pas entièrement achevée tant en ce qui concerne la portée de ses effets que l'application de son cadre juridique.¹³²

Dans ces circonstances, il importe que la commission Bouchard-Taylor s'intéresse aux aspects juridiques de l'obligation d'accommodement raisonnable (par exemple, en organisant un colloque scientifique sur cette notion juridique). Sur la base pragmatiste qui a été décrite ci-haut, la commission Bouchard-Taylor doit faire ressortir les contextes particuliers d'application de l'accommodement raisonnable et permettre à la population de participer à l'élaboration de la norme. Notamment, il faut préciser les notions de discrimination fondée sur la religion (de liberté de religion, diraient aussi certains) et de contrainte excessive. Sur ce dernier point, il importe de préciser les moyens de défense que l'on peut faire valoir à l'encontre d'une telle obligation : les droits d'autrui, les valeurs jugées fondamentales, les coûts excessifs, etc. Évidemment, il ne s'agit pas de prétendre que la commission Bouchard-Taylor doit trancher ces questions juridiques, cette responsabilité relevant de la compétence des tribunaux. Néanmoins, l'examen juridique de l'obligation d'accommodements raisonnables

132. Rivet, «L'accommodement», *supra*, note 19 à la p. 381. La juge Rivet analyse alors l'arrêt *Multani* dans lequel les juges majoritaires et minoritaires ne s'entendent pas sur l'intégration du concept d'accommodement raisonnable à l'article premier de la *Charte canadienne*.

pourrait permettre de mieux comprendre pourquoi il existe un débat sur les accommodements raisonnables et, surtout, de préciser certaines balises juridiques en la matière au bénéfice des décideurs qui sont aux prises avec ces demandes de plus en plus nombreuses. À supposer que la commission ait des prétentions quant à la modification de la charte québécoise (à ce stade-ci il est certes prématuré de penser que des recommandations seront faites en ce sens au gouvernement considérant la nature des travaux – du moins les travaux publics), il importerait alors d'étudier le droit.

De plus, par son étude de la notion juridique d'obligation d'accommodement raisonnable, la commission pourrait favoriser l'apprentissage social nécessaire à l'acceptation pratique du droit. En adoptant une approche juridique, la commission Bouchard-Taylor suivrait la voie tracée par la commission Stasi, sur l'application du principe de laïcité en France, et, au Québec, par la commission Proulx sur la place de la religion à l'école publique.

Pour expliquer pourquoi la commission semble accorder peu de place au droit, tentons une dernière hypothèse. Dans ses intéressants écrits qui ont fait sa renommée, Charles Taylor a néanmoins entretenu une conception insuffisante du droit, ce qui pourrait justifier qu'il ne perçoive pas l'intérêt d'adopter une approche juridique dans l'étude du problème des accommodements raisonnables. D'une part, dans *Grandeur et misère de la modernité*, Taylor a critiqué l'atomisation d'une société fondée sur les droits. S'intéressant à ce phénomène américain selon lequel «[d]es questions que la législation détermine dans d'autres sociétés, après des débats et parfois des compromis entre des opinions différentes, sont déferées à une décision judiciaire à la lumière de la Constitution», Taylor critique la logique juridique :

Il y aurait beaucoup à dire pour ou contre ce système bancal. On pourrait s'interroger sur sa stabilité à long terme, se demander notamment si l'énergie des groupes de pression arrivera à compenser l'aliénation engendrée chez les citoyens par un système représentatif de moins en moins fonctionnel. On a aussi fait remarquer que ce style

politique rend les problèmes plus difficiles à résoudre. Les solutions judiciaires se font d'habitude aux dépens d'une des deux parties : il faut gagner ou perdre. En particulier, les jugements concernant les droits sont conçus de plus en plus comme des absolus. Le concept même de droit semble demander satisfaction intégrale; c'est réellement un droit ou bien ce n'est rien. L'avortement peut encore une fois servir d'exemple. Si vous mettez en balance les droits du fœtus contre les droits de la mère, il reste une marge bien étroite entre l'immunité totale de l'un et la liberté irréductible de l'autre. La tendance à confier les solutions au système judiciaire, après que les débats aient en outre été polarisés par les campagnes des groupes de pression, abolit pratiquement toute possibilité de compromis.¹³³

À l'encontre d'une telle vision aussi réductrice du droit, ne pourrait-on pas plutôt considérer que l'arrêt *Roe v. Wade*¹³⁴ n'a pas tellement eu pour effet de régler définitivement la question de l'avortement, comme en témoigne la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême des États-Unis, mais qu'il a plutôt servi à lancer un vaste débat public sur la question¹³⁵? De plus, le raisonnement juridique tend davantage à concilier les droits et les intérêts (en l'espèce droit de la femme vs intérêt de l'État dans la protection du fœtus), qu'à affirmer la primauté de l'un sur l'autre. Cette logique de conciliation s'applique également au concept d'accommodement raisonnable, alors qu'il s'agit de soupeser le droit à l'égalité et, notamment, les droits d'autrui.

Dans une étude réalisée pour le compte de la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (commission Macdonald), Taylor distingue deux modèles de société : la société fondée sur les droits individuels et la société fondée sur la participation. Il y analyse

133. Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992 aux pp. 142 et 144.

134. 410 U.S. 113 (1973).

135. Barry Friedman, «Dialogue and Judicial Review» (1993) 91 Mich. L. Rev. 577 aux p. 658-671; Neal Devins, *Shaping Constitutional Values: The Supreme Court, Elected Government, and the Abortion Dispute*, Baltimore, Johns Hopkins U. Press, 1996.

l'évolution de la société canadienne vers un modèle américain où les tribunaux «sont, depuis quelques décennies, de plus en plus considérés comme des instruments de changement politique»¹³⁶. Sa préférence communautarienne va bien sûr au modèle de participation dans lequel «la liberté et l'efficacité du citoyen résident dans le fait qu'il peut participer au processus de la prise de décisions à la majorité, car il dispose d'une voix, reconnue, qui lui permet d'influer sur la détermination de la «volonté générale»¹³⁷. En fait, Taylor s'est déjà à ce point inquiété de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* qu'il se demandait si le Canada allait survivre à une telle transformation constitutionnelle¹³⁸. Dans ce modèle de société fondée sur les droits, «la dignité de l'individu réside dans sa qualité de titulaire de droit, droits qu'il peut au besoin faire respecter même s'ils sont contraires aux décisions collectives de la société, à la volonté de la majorité ou au consensus qui prévaut. Les droits du citoyen américain sont semblables à des «atouts», selon l'image inoubliable de Ronald Dworkin : en les invoquant il peut dépasser la volonté de la majorité qui s'est exprimée grâce au processus législatif»¹³⁹.

Ces réflexions pourraient s'appliquer, à première vue, à la logique des accommodements raisonnables. Toutefois, comme nous l'avons vu dans la seconde partie, il est possible d'inscrire cette question des accommodements raisonnables dans la logique de l'action collective. Alors qu'il compare le raisonnement juridique propre aux accommodements raisonnables à celui de la limitation constitutionnelle des droits, Jean-François Gaudreault-Desbiens est d'avis que «les juges Deschamps et Abella se montrent à bon droit conscientes de la différence qualitative existant entre les

136. Charles Taylor, «Des avenir possibles: la légitimité, l'identité et l'aliénation au Canada à la fin du XX^e siècle» dans Alan C. Cairns et Cynthia Williams (éd.), *Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada*, vol. 33 des annexes du Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 207 à la p. 234. [Taylor, «Des avenir»]

137. *Ibid.* à la p. 235.

138. Charles Taylor, «Can Canada Survive the Charter? » (1992) 30 *Alberta Law Review* 427.

139. Taylor, «Des avenir», *supra*, note 136 à la p. 235.

deux processus de justification s'agissant de contribuer à la solution d'un différend dont les enjeux ne sont tout simplement pas les mêmes. Alors que, dans les cas de demandes d'accommodement raisonnable, il est dans l'intérêt des parties d'atteindre, après une *négociation raisonnée et balisée par le droit*, une solution juste sur le plan intersubjectif mais aussi concrètement vivable, l'abstraction qui caractérise l'arbitrage des droits et des valeurs dans le cadre constitutionnel *stricto sensu* permet difficilement d'en arriver à ce type de solution. Par ailleurs, ce cadre constitutionnel a la propriété de maximiser les attentes des revendicateurs de droits alors que, sans les minimiser, le cadre de l'accommodement raisonnable les relativise, ou du moins tend à faire échec à l'application systématique et indifférenciée d'une conception dworkinienne des droits comme atouts («rights as trumps»).¹⁴⁰ Ainsi, il faudrait nuancer la position taylorienne en matière d'accommodements raisonnables, car même s'il s'agit alors de la mise en oeuvre du droit à l'égalité, la pratique ne se limite pas à invoquer des atouts. Ou du moins, c'est lorsqu'elle prétend le faire que surgit le débat sur les accommodements raisonnables. C'est peut-être cet excès qu'il faut corriger.

Enfin, il reste à examiner comment la gouvernance de la diversité religieuse doit évoluer à la fois dans ses dimensions réflexive et critique. Fernand Dumont parlait jadis de cette réflexivité dans le cadre du processus de dédoublement de la culture, c'est-à-dire cette distanciation critique nécessaire afin que sa signification apparaisse¹⁴¹. À cet égard, les droits et libertés jouent un rôle systémique fondamental, ce qu'exprime comme suit le philosophe Lukas Sosoe lorsqu'il explique que les cultures occidentales «ont réussi l'institutionnalisation de la critique, sont critiques d'elles-mêmes et – la plupart du temps cette critique se fait sur fond des principes des droits de l'homme, notamment de l'égalité entre les hommes au plan politique et social, ce qui constitue un puissant

140. Gaudreault-Desbiens, «Quelques angles», *supra*, note 83 à la p. 272.

141. Fernand Dumont, *Le lieu de l'Homme. La culture comme distance et mémoire*, Montréal, BQ, 1994. L'ouvrage est d'abord paru en 1968 aux Éditions HMH.

moteur de leur transformation continue endogène, mais aussi exogène.»¹⁴²

142. Lukas K. Sosoe, «Éloge de la colonisation?» dans Pierre Laberge, Guy Lafrance et Denis Dumas, dir., *L'année 1795 – Kant. Essai sur la paix*, Paris, Vrin, 1997, 264 à la p. 270.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : HISTOIRE DES INSTITUTIONS JUDICIAIRES DU CANADA

Auteur(s) : Marie-Pierre ROBERT

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 1

Pages : **287-289**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11558>

Page vide laissée intentionnellement.

NOTE BIBLIOGRAPHIQUE

HISTOIRE DES INSTITUTIONS JUDICIAIRES DU CANADA*

par Marie-Pierre ROBERT**

Cette œuvre majeure retrace l'histoire des multiples institutions judiciaires du Canada depuis 1496, en analysant d'abord l'historique de la magistrature de la Nouvelle-France, puis celle des diverses colonies britanniques de l'Amérique du Nord, pour en venir à examiner l'évolution du pouvoir judiciaire au Canada, tant au fédéral que dans les différentes provinces. Transcendant les époques, les juridictions et les tribunaux, l'auteur réussit à dresser un portrait global des institutions judiciaires canadiennes, dont l'évolution est habilement rendue. Cet ouvrage constitue donc un apport doctrinal important, tant par la qualité de sa rédaction, par la variété de ses sources, que par l'ambition du sujet traité.

Ce livre d'histoire est rédigé non pas par un historien, mais par un juriste. L'auteur, un avocat québécois qui est aussi docteur en droit, est confronté dans sa pratique de tous les jours à ce système judiciaire dont il retrace l'histoire. Son analyse permet de faire ressortir de l'évolution des structures judiciaires canadiennes certains principes juridiques, dont, en tête de lice, celui de l'indépendance de la magistrature. De son exposé, il ressort un parallèle entre deux autonomies gagnées progressivement : d'une part, celle du Canada par rapport à sa mère patrie et, d'autre part, celle du pouvoir judiciaire face aux autres pouvoirs, dont celui de l'exécutif. Le chemin vers l'indépendance judiciaire est cependant plus long que celui vers la souveraineté du Canada, il se poursuit jusqu'à nos jours.

À travers les différentes périodes de notre histoire, diverses questions relatives au pouvoir judiciaire sont analysées : la

* Luc Huppé, *Histoire des institutions judiciaires du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007.

** Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

rémunération et l'inamovibilité des juges, la déontologie et le bilinguisme judiciaire en constituent des exemples. L'intérêt que l'auteur porte à la magistrature, qui s'était déjà manifesté par sa monographie précédente¹, est exprimé à nouveau dans celle-ci. Il se traduit d'ailleurs jusque dans sa préface, rédigée par le juge en chef du Québec.

Me Huppé a subdivisé son ouvrage en huit sections correspondant à huit périodes de notre histoire. Pour chacune d'entre elles, l'évolution de la structure judiciaire de l'époque est retracée, suivie d'une analyse du statut de la magistrature. Une bibliographie suit chacune des sections, de sorte qu'il n'existe pas de bibliographie générale, ni d'ailleurs d'index ou de table quelconque, ce qui est étonnant pour un tel ouvrage de référence. Cette lacune est cependant compensée par la clarté et la logique de la table des matières.

Le premier chapitre, visant la période de 1496 à 1783, expose l'implantation des institutions judiciaires au pays, tant sous le régime français que dans les différentes colonies britanniques. Les rôles du Conseil souverain du Québec ainsi que les implications de la concession de la Nouvelle-France à des sociétés commerciales sont étudiés dans le contexte seigneurial. Puis, l'établissement de la Nouvelle-Écosse et les débuts du régime anglais sont expliqués, par le biais de l'étude de la *Proclamation royale* de 1763 et de l'*Acte de Québec* de 1774. Le chapitre second relate le développement des institutions judiciaires pré-confédératives, tout d'abord dans la logique de l'expansion coloniale – au Nouveau-Brunswick, à Terre-Neuve et dans le Nord-Ouest –, puis de l'avènement du gouvernement responsable. Sont étudiées les nombreuses réformes apportées aux structures judiciaires pendant cette période, au cours de laquelle l'*Acte d'Union* a été adopté. Ces deux chapitres forment la première partie de l'ouvrage, sa seconde partie étant plutôt dévolue à l'étude de la magistrature dans le contexte de la fédération canadienne.

1. Luc Huppé, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000.

Le premier chapitre de cette seconde partie porte sur l'accession du système judiciaire canadien à l'autonomie et vise la période de 1867 à 1949. La *Loi constitutionnelle de 1867*, la création de la Cour suprême du Canada, l'ajout de provinces supplémentaires ainsi que la fin des appels au Comité judiciaire du Conseil privé y sont entre autres étudiés. Le chapitre second sur l'apprentissage du pouvoir judiciaire s'intéresse aux années 1949 à 2005, qui ont vu naître, entre autres, la Cour fédérale, puis la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle, en plus de jeter les nouvelles bases du contrôle de constitutionnalité des lois, prévoit une garantie additionnelle d'indépendance judiciaire, figurant au sein de sa *Charte canadienne des droits et libertés*. Le rôle des juges, gardiens non seulement de la constitution, mais des droits et libertés qui y figurent dorénavant, s'est vu substantiellement modifié à cette occasion.

L'auteur conclut que cette histoire commune aux diverses institutions judiciaires du pays démontre une quête sans relâche vers une légitimité toujours plus grande, légitimité nécessaire au respect de la primauté du droit au sein de notre démocratie.

L'ampleur du sujet, notamment à cause de la période de temps très importante qui est embrassée, ne permet pas à Me Huppé de couvrir en détails chacun des aspects de la question, mais tel n'est pas non plus le but qu'il s'est fixé. Son ouvrage, déjà volumineux, sera d'une utilité certaine. Bref, son pari de faire ressortir la globalité de l'évolution de la magistrature au Canada est plus que réussi.

