

COUR SUPRÊME DU CANADA
(En appel de la Cour d'appel du Québec)

E N T R E : JACQUES CHAOULLI et GEORGE ZELIOTIS

Appelants (Appelants)

E T : PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

Intimé (Intimé)

E T : PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

Intimé (Mis en cause)

- et -

**PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO,
PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK,
PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN,
SENATOR MICHAEL KIRBY, SENATOR MARJORY LEBRETON,
SENATOR CATHERINE CALLBECK, SENATOR JOAN COOK,
SENATOR JANE CORDY, SENATOR JOYCE FAIRBAIRN,
SENATOR WILBERT KEON, SÉNATEUR LUCIE PÉPIN,
SENATOR BRENDA ROBERTSON and SENATOR DOUGLAS ROCHE,
THE CANADIAN MEDICAL ASSOCIATION AND THE
CANADIAN ORTHOPAEDIC ASSOCIATION, AUGUSTIN ROY,
CAMBIE SURGERIES CORPORATION, FALSE CREEK SURGICAL CENTRE,
DELBROOK SURGICAL CENTRE, OKANAGAN PLASTIC SURGERY CENTRE,
SPECIALTY MRI CLINICS INC., FRASER VALLEY MRI LTD.,
IMAGE ONE MRI CLINIC, McCALLUM SURGICAL CENTRE LTD.,
4111044 CANADA INC., SOUTH FRASER SURGICAL CENTRE INC.,
VICTORIA SURGERY LTD., KAMLOOPS SURGERY CENTRE LTD.,
VALLEY COSMETIC SURGERY ASSOCIATES INC., SURGICAL CENTRES,
THE BRITISH COLUMBIA ORTHOPAEDIC ASSOCIATION AND
THE BRITISH COLUMBIA ANESTHESIOLOGISTS SOCIETY,
CHARTER COMMITTEE ON POVERTY ISSUES AND
THE CANADIAN HEALTH COALITION, and
THE CANADIAN LABOUR CONGRESS**

Intervenants, Interveniers

TRANSCRIPTION DES CASSETTES

**Le mardi 8 juin 2004
09:01 heures**

JACQUES CHAOULLI

21, avenue Jasper
Montréal, QC
H3P 1J8

Téléphone : (514) 738-2377
Télécopieur : (514) 738-5440
Courriel :

Appelant

M^e PHILIPPE TRUDEL

M^e BRUCE W. JOHNSTON

TRUDEL & JOHNSTON
85, rue de la Commune est, 3^e étage
Montréal, QC H2Y 1J1

Téléphone : (514) 871-8385
Télécopieur : (514) 871-8800

**Procureurs de l'Appelant,
George Zeliotis**

M^e ROBERT MONETTE

M^e PATRICE CLAUDE

M^e DOMINIQUE A. JOBIN

M^e ARIEL G. BOILEAU

M^e MANON DES ORMEAUX

BERNARD, ROY ET ASSOCIÉS

1, rue Notre-Dame est, 8^e étage
Montréal, QC H2Y 1B6

Téléphone : (514) 393-2336
Télécopieur : (514) 873-7074

**Procureurs de l'Intimé,
Procureur général du Québec**

M^e RICHARD GAUDREAU

BERGERON, GAUDREAU,
LAPORTE

167, Notre-Dame-de-l'Île
Gatineau, QC J8X 3T3

Téléphone : (819) 770-7928
Télécopieur : (819) 770-1424
bergeron.gaudreau@qc.aira.com

Correspondant de l'Appelant

M^e COLIN S. BAXTER

McCARTHY TETRAULT
40, rue Elgin, suite 1400
Ottawa, ON
K1P 5K6

Téléphone : (613) 238-2000
Télécopieur : (613) 563-9386

Correspondant de l'Appelant

M^e SYLVIE ROUSSEL

NOËL ET ASSOCIÉS

111, rue Champlain
Gatineau, QC
J8X 3R1

Téléphone : (819) 771-7393
Télécopieur : (819) 771-5397

Correspondant de l'Intimé

M^e JEAN-MARC AUBRY, c.r.
M^e RENÉ LeBLANC
D'AURAY, AUBRY, LeBLANC ET ASSOCIÉS
275, rue Sparks
Ottawa, Ontario
K1A 0H8

Téléphone : (613) 957-4663
Télécopieur : (613) 952-6006

**Procureurs de l'Intimé,
Procureur général du Canada**

GUY PRATTE
FREYA KRISTJANSON
CAROLE LUCOCK
JEAN NELSON
BORDEN LADNER GERVAIS LLP
World Exchange Plaza
1100 - 100 Queen Street
Ottawa, ON
K1P 1J9

Telephone: (613) 237-5160 (G. Pratte)
Fax: (613) 230-8842
Telephone: (416) 367-6388 (F. Kristjanson)
Fax: (416) 361-7053
Email: gpratte/fkristjanson@blgcanada.com

**Counsel for the Interveners,
The Canadian Medical Association and
The Canadian Orthopaedic Association**

MARVIN R.V. STORROW, Q.C.
PETER W. HOGG, Q.C.
BLAKE, CASSELS & GRAYDON, LLP
Barristers and Solicitors
Suite 2600, Three Bentall Centre
595 Burrard Street, P.O. Box 49314
Vancouver, BC
V7X 1L3

Telephone: (604) 631-3300
Fax: (604) 631-3309

**Counsel for the Interveners,
Cambie Surgeries Corp., et al.**

GORDON CAMERON
BLAKE, CASSELS &
GRAYDON, LLP
Barristers and Solicitors
World Exchange Tower
45 O'Connor Street, 20th Floor
Ottawa, ON
K1P 1A4

Telephone: (613) 788-2200
Fax: (613) 788-2247

Ottawa Agent for the Interveners

EARL A. CHERNIAK, Q.C.
STANLEY H. HARTT, Q.C.
PATRICK J. MONAHAN
VALERIE D. WISE
LERNERS, LLP
Barristers and Solicitors
130 Adelaide Street West
Suite 2400, Box 95
Toronto, ON M5H 3P5

Telephone: (416) 867-3076
Fax: (416) 867-9192
Email: echerniak@lerner.ca
Email: vwise@lerner.ca

**Counsel for the Interveners,
Senator Michael Kirby, et al.**

EDUARD J. VAN BEMMEL
GOWLING, LAFLEUR,
HENDERSON, LLP
Barristers and Solicitors
2600 - 160 Elgin Street
P.O. Box 466, Stn D
Ottawa, ON
K1P 1C3

Telephone: (613) 233-0212
Fax: (613) 369-7250
Ed.VanBemmel@gowlings.com

Ottawa Agent for the Interveners

AUGUSTIN ROY
4935, avenue Roslyn
Montréal, QC
H3W 2L5

Téléphone : (514) 739-5758
Télécopieur : (514) 738-8552
Courriel :

Intervenant

JANET E. MINOR
SHAUN NAKATSURU
LAUREL MONTROSE
MINISTRY OF THE ATTORNEY GENERAL
Constitutional Law Branch
720 Bay Street, 4th Floor
Toronto, ON M5G 2K1

Telephone: (416) 326-4137 (J.E. Minor)
Telephone: (416) 326-4473 (S. Nakatsuru)
Fax: (416) 326-4015
Email: janet.minor@jus.gov.on.ca
Email: shaun.nakatsuru@jus.gov.on.ca

**Counsel for the Intervener,
Attorney General of Ontario**

M^e GABRIEL BOURGEOIS, c.r.
CABINET DU PROCUREUR GÉNÉRAL
Édifce du Centenaire
670, rue King, Boîte 6000
Fredericton, NB
E3B 5H1

Téléphone : (506) 453-3606
Télécopieur : (506) 453-3275

**Procureur de l'Intervenant,
Procureur général du Nouveau-Brunswick**

M^e RICHARD GAUDREAU
BERGERON, GAUDREAU,
LAPORTE
167, Notre-Dame-de-l'Île
Gatineau, QC J8X 3T3

Téléphone : (819) 770-7928
Télécopieur : (819) 770-1424
bergeron.gaudreau@qc.aira.com

Correspondant de l'Intervenant

ROBERT E. HOUSTON, Q.C.
BURKE-ROBERTSON
70 Gloucester Street
Ottawa, ON
K2P 0A2

Telephone: (613) 236-9665
Fax: (613) 235-4430
Email: rhouston@burkerobertson.com

Ottawa Agent for the Intervener

M^e HENRY S. BROWN, Q.C.
GOWLING, LAFLEUR,
HENDERSON
2600 - 160 rue Elgin
Ottawa, ON
K1P 1C3

Téléphone : (613) 233-1781
Télécopieur : (613) 563-9869

Correspondant de l'Intervenant

GRAEME G. MITCHELL, Q.C.
DEPARTMENT OF JUSTICE
Constitutional Law Branch
8th Floor - Scarth Street
Regina, SK
S4P 3V7

Telephone: (306) 787-8385
Fax: (306) 787-9111

**Counsel for the Intervener,
Attorney General of Saskatchewan**

PROFESSOR MARTHA JACKMAN
UNIVERSITY OF OTTAWA
Faculty of Law
Visitor, Faculty of Law, University of Victoria
P.O. Box 2400 - Station CSC
Victoria, BC V8W 3H7

Telephone: (250) 721-8181
Fax: (250) 721-8146
Email:

**Counsel for the Interveners,
The Charter Committee on Poverty Issues
and The Canadian Health Coalition**

STEVEN BARRETT
STEVEN SHRYBMAN
ETHAN POSKANZER
VANESSA PAYNE
SACK, GOLBLATT, MITCHELL
20 Dundas Street West, Suite 1130
Toronto, ON M5G 2G8

Telephone: (416) 977-6070
Fax: (416) 591-7333

**Counsel for the Intervener,
The Canadian Labour of Congress**

HENRY S. BROWN, Q.C.
GOWLING, LAFLEUR,
HENDERSON, LLP
2600 - 160 Elgin Street
P.O. Box 466, Stn D
Ottawa, ON K1P 1C3

Telephone: (613) 233-1781
Fax: (613) 563-9869

Ottawa Agent for the Intervener

MARIE-FRANCE MAJOR
LANG MICHENER
300 - 50 O'Connor Street
Ottawa, ON
K1P 6L2

Telephone: (613) 232-7171, ext. 131
Fax: (613) 231-3191
mmajor@langmichener.ca

Ottawa Agent for the Interveners,

ROBERT J. HOUSTON, Q.C.
BURKE-ROBERTSON
70 Gloucester Street
Ottawa, ON
K1P 1A2

Telephone: (613) 236-9665
Fax: (613) 235-4430

Ottawa Agent for the Intervener

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
Argumentation de l'Appelant <i>Jacques Chaoulli</i>	1
Argumentation de l'Appelant, <i>George Zeliotis</i> , par maître Philippe Trudel	24
Argumentation de l'Appelant, <i>George Zeliotis</i> , par maître Bruce W. Johnston	33
Argument of the Interveners, The Canadian Medical Association, et al., by Mr. Guy Pratte	41
Argument of the Interveners, The Cambie Surgeries Corporation, et al., by Mr. Marvin R.V. Storrow, Q.C.	47
Argument of the Interveners, Senator Michael Kirby, et al., by Mr. Earl A. Cherniak, Q.C.	54
Argumentation de l'Intimé, <i>Procureur général du Québec</i> , par maître Patrice Claude	62
Argumentation de l'Intimé, <i>Procureur général du Québec</i> , par maître Robert Monette	78
Argumentation de l'Intimé, <i>Procureur général du Canada</i> , par maître Jean-Marc Aubry, c.r.	88
Argument of the Intervener, Attorney General of Ontario, by Miss Janet E. Minor	98

	<u>Page</u>
Argument of the Interveners, The Charter Committee on Poverty Issues, et al., by Miss Martha Jackman	103
 Sans comparution pour l'Intervenant, Procureur général du Nouveau-Brunswick, Soumission écrite par maître Gabriel Bourgeois, c.r.	
 No one appearing for the Intervener, Attorney General of Saskatchewan, Written submission by Mr. Graeme G. Mitchell, Q.C.	
 No one appearing for the Intervener, The Canadian Labour of Congress, Written submission by Mr. Steven Barrett, Mr. Steven Shrybman, Mr. Ethan Poskanzer and Miss Vanessa Payne	
Réplique de l'Appelant <i>Jacques Chaoulli</i>	110
Réply of the Respondent, <i>George Zeliotis</i> , by Mr. Bruce W. Johnston	112

Ottawa (Ontario)

--- La séance débute à 09:01 heures

MR. JUSTICE MAJOR : In the absence of the Chief Justice having a voice this morning, I'm going to introduce the case. *Jacques Chaoulli and George Zeliotis versus the Attorney General of Quebec and the Attorney General of Canada*; Jacques Chaoulli appearing in person; Philippe Trudel and Bruce W. Johnston for the Appellant, *Zeliotis*; Guy Pratte, Freya Kristjanson, Carole Lucock and Jean Nelson appearing for the Canadian Medical Association, et al.; Marvin R.V. Storrow, Q.C. and Peter W. Hogg, Q.C. for the Interveners, Cambie Surgeries Corporation, et al.; Earl A. Cherniak, Q.C., Stanley H. Hartt, Q.C., Patrick J. Monahan and Valerie D. Wise for the Interveners, Senator Michael Kirby, et al.; Robert Monette, Patrice Claude, Dominique A. Jobin, Ariel G. Boileau and Manon Des Ormeaux for the Respondent, *Attorney General of Quebec*; Jean-Marc Aubry, c.r. and René LeBlanc for the Respondent, *Attorney General of Canada*; Janet E. Minor, Shaun Nakatsuru and Laurel Montrose for the Intervener, Attorney General of Ontario; no one appearing for the Interveners, Attorneys General of New Brunswick and Saskatchewan; Martha Jackman for the Interveners, the Charter Committee on Poverty Issues and the Canadian Health Coalition; and no one appearing for the Intervener, Canadian Labour of Congress.

We will begin with Jacques Chaoulli.

ARGUMENTATION DE L'APPELANT, JACQUES CHAOULLI

M. CHAOULLI : Bonjour, Messieurs et mesdames les juges, devant les instances inférieures, c'était dans un hôpital privé non conventionné et auprès d'un médecin non participant que monsieur Zeliotis et moi-même demandions le droit d'utiliser nos propres ressources financières, aux onglets 1 et 2. Je souscris aux arguments exposés

1 par l'Intervenant, Augustin Roy, dans son mémoire. Concernant le partage des compétences,
2 Augustin Roy a écrit que, dans la perspective d'une suppression d'un système privé parallèle
3 au moyen de 15 *LAM*, l'article 24 de la loi de 1970 devenait totalement inutile. Il a raison
4 mais il faut se placer ici du point de vue du législateur qui cherchait à mettre sur pied un
5 régime public universel gratuit et, dans ce sens, c'était l'article 24 qui s'inscrivait
6 logiquement dans ce cadre alors que 15 *LAM* faisait figure d'intrus comme nous allons voir
7 tout à l'heure.

8 Le Procureur général de Saskatchewan a invoqué une jurisprudence
9 de cette Cour qui appelle à la prudence avant de déclarer *ultra vires* une loi provinciale, et
10 lorsqu'une province ... et le fédéral est d'accord, effectivement, cette Cour a déjà rappelé la
11 nécessité d'une stabilité dans les relations fédérales-provinciales. Je soumets que l'arrêt
12 (inaudible) ne trouve pas application ici parce que, dans l'espèce, le fondement factuel est
13 convaincant selon la prépondérance des probabilités et d'autant plus que non seulement les
14 Intimés n'ont pas réfuté ce fondement factuel mais leurs témoins experts l'ont corroboré.

15 Ce pourvoi concerne toutes les provinces et territoires. Or, sept
16 provinces et trois territoires n'ont pas exprimé d'opposition à mon argument sur le partage
17 des compétences puisqu'ils n'ont pas intervenu ou déposé de mémoire ce qui, je le soumets,
18 réduit la portée de l'accord entre le Procureur général du Québec et le Procureur général du
19 Canada.

20 Alors même que des Canadiens souffrent ou meurent suite aux
21 déficiences du système de santé, le Comité Kirby, dans le recueil de sources du Procureur
22 général du Canada, Volume II, page 2322, a rapporté que la question d'un financement privé
23 dans les services médicaux a souvent constitué une discorde entre le gouvernement fédéral
24 et certaines provinces qui ont d'ailleurs décidé de ne pas intervenir dans ce pourvoi ou qu'ils

se sont retirés, étant la Colombie-Britannique, l'Alberta, le Manitoba, Terre-Neuve et la Nouvelle-Écosse.

Or, aucune loi fédérale n'interdit un système privé parallèle totalement dissocié du régime public, et la *Loi canadienne sur la santé* ne pose pas comme condition l'absence d'un système privé parallèle, comme l'a exposé l'intervenant Roy dans son mémoire au paragraphe 34.1.

Les Intimés ont affirmé avec rigueur que la société canadienne a recherché un consensus national sur les orientations fondamentales du système de santé au Canada. Notamment, pour ce motif, je soumets que la question d'un financement privé volontaire dans les services médicaux en dehors du régime public n'est pas de nature purement locale et privée dans la province de Québec. Par ailleurs, monsieur Claude Forget, ancien ministre de la Santé du Québec et successeur du ministre Claude Castonguay, a dit au comité Kirby que c'est pour des raisons idéologiques que le système de santé canadien avait du mal à évoluer, à l'onglet 3, page 1450.

Dans la mesure où quatre provinces sont favorables à une place accrue du secteur privé dans les services médicaux, comme l'a rappelé l'intervenant Roy au paragraphe 26 de son mémoire, une déclaration *ultra vires* répondrait aux besoins des Canadiens qui aspirent à ce que, sur la question d'un financement privé dans les services médicaux, les provinces et le fédéral cessent de se renvoyer la balle.

Au contraire, je soumets respectueusement qu'advenant une déclaration *intra vires* et une invalidation au regard de la *Charte canadienne*, le recours possible de certaines provinces à l'article 33 de la *Charte* accompagné d'une autorisation d'un système privé parallèle dans d'autres provinces conduirait à une instabilité dans les

1 relations fédérale-provinciales. Pour tous ces motifs, je sou mets que dans l'espèce, une
2 déclaration *ultra vires* servirait à une stabilité dans les relations fédérale-provinciales.

3 Par ailleurs, en matière de santé, chaque palier d'un gouvernement
4 continuerait d'exercer ses compétences respectives. De plus, il est utile d'identifier l'objet
5 véritable des dispositions attaquées en ce que c'est la première étape dans l'analyse, soit
6 l'article premier de la *Charte canadienne*, en ce que, sous l'article premier de la *Charte*
7 *canadienne*, l'appelant Zeliotis n'a pas décidé quel est l'objet et en ce que les instances
8 inférieures et les Intimés sous la *Charte* ont implicitement invoqué deux objets des
9 dispositions attaquées.

10 Je vais préciser deux de mes arguments. Le premier étant la
11 perception par le législateur du caractère socialement indésirable des hôpitaux privés non
12 conventionnés et d'un désengagement des médecins, ces deux éléments étant évidemment
13 liés. Le deuxième étant mon argument selon lequel en vue de la viabilité d'un régime public
14 universel gratuit, le législateur ne considérerait pas la suppression des hôpitaux privés non
15 conventionnés et la suppression du désengagement des médecins comme nécessaire de sorte
16 que les dispositions attaquées ne s'inscrivaient pas logiquement dans le cadre de leurs lois
17 respectives.

18 Sur la preuve du caractère socialement indésirable, entre 1960 et 1964,
19 sous le gouvernement Lesage, avec l'article 10(1) de *LAH* de 1960, l'intention du législateur
20 n'était pas d'empêcher un résident de contracter à titre onéreux avec un médecin pour des
21 services médicalement requis. En effet, tout médecin pouvait facturer un montant libre à un
22 résident pour ses honoraires professionnels en vertu de l'article 10(3)(b) de *LAH* et un
23 résident pouvait acheter une assurance privée pour en couvrir des frais. Pour le coût

1 hospitalier, aucun hôpital ne pouvait recevoir une rémunération supplémentaire de la part
2 d'un résident.

3 Concernant le coût hospitalier, je vous invite à aller à l'onglet 4 de
4 mon recueil condensé ... les autres onglets que j'ai cités sont, bien entendu, dans le recueil
5 condensé, à l'onglet 4, à la page 87, en vertu de l'article 13 où c'est le règlement
6 d'application de *LAH*, tous les hôpitaux, donc incluant tous les hôpitaux privés, devaient être
7 conventionnés en vertu de cet article 13. On est en 1960, là.

8 En 1964, toujours sous le gouvernement Lesage, le législateur refondit
9 la loi des hôpitaux privés autorisant un hôpital privé non conventionné cette fois en vertu de
10 l'article 2.1 à l'onglet 8. Et dans la loi refondue en 1964, le législateur avait omis d'inclure
11 le règlement d'application dont cet article 13 de sorte qu'il n'obligeait plus tous les hôpitaux
12 privés à être conventionnés contrairement à la situation en 1960.

13 Il est raisonnable d'en déduire qu'en 1964, le gouvernement s'était
14 rendu compte que le conventionnement obligatoire de tous les hôpitaux privés n'était plus
15 nécessaire à la viabilité d'un régime public universel d'assurance-hospitalisation. Pour ces
16 motifs, je soumets que l'article 10.1(a) de la *LAH* inchangé en 1964 ne s'appliquait plus
17 qu'aux hôpitaux publics et qu'aux hôpitaux privés conventionnés dans lesquels le législateur
18 cherchait à garantir la gratuité. C'est à partir de 1966 que les hôpitaux privés non
19 conventionnés et le désengagement de médecins furent considérés comme socialement
20 indésirables comme l'a aussi exposé l'intervenant Roy.

21 Je vous invite à aller à l'onglet 5, à la dernière page, 1872. Je souligne
22 qu'en 1966, le président de la Commission, monsieur Claude Castonguay, fut celui-là même
23 qui fit adopter 15 *LAM* en 1970 et qui fit abolir la *Loi des hôpitaux privés* en 1971. Au
24 milieu de la page, la Commission Castonguay décrivait la réalité québécoise que, quatre ans

1 plus tard, le député Camille Laurin qualifiera de nouvelle réalité québécoise, comme je l'ai
2 exposé dans mon mémoire. Au paragraphe commençant par "D'abord il faut noter", la
3 Commission constatait déjà l'opposition des consommateurs, un ticket modérateur considéré
4 comme une mesure antisociale à la note (3) de bas de page, ce qui conduisit à une opposition
5 au principe même du désengagement.

6 À la page 1870, la Commission constatait que les consommateurs,
7 c'est-à-dire la société civile, seraient représentés par les unions ouvrières et constatait que
8 l'action de ces dernières était déterminante partout au Canada. Ce fait explique bien la
9 perception par le législateur dès lors du caractère socialement indésirable. En 1970, le
10 ministre Castonguay avait rappelé que quatre ans auparavant, donc, en 1966, alors qu'il
11 présidait la Commission du même nom, la *Loi de l'assistance médicale* avait déjà été
12 critiquée comme étant une demi-mesure autorisant le désengagement, à l'onglet 5, page
13 1857.

14 L'ex-ministre Cloutier avait dit que le principe du désengagement
15 autorisé dans son *Bill 8* était annulé en pratique par l'absence de tout remboursement, à
16 l'onglet 10, page 3713. D'ailleurs, au sujet de son *Bill 8*, et je vous invite à aller à l'onglet
17 5 à la page 1861, à la colonne de gauche, le ministre Castonguay avait dit, et je cite :

18 "Les analyses qui ont été faites de ce *bill* ... signifiaient en définitive
19 que les médecins ... n'avaient qu'un pouvoir théorique de se
20 désengager. C'est l'argument majeur qui était apporté, ce pouvoir de
21 se désengager. On disait: Signifie au plan économique, en fait, est
22 annulé au plan économique."

23 Ainsi, le ministre Castonguay avait confirmé l'analyse de son
24 prédécesseur. En 1970, la Commission avait aussi exprimé le caractère socialement

1 indésirable des profits réalisés par les établissements à but lucratif, à l'onglet 6, pages 1908
2 à 1910.

3 Je vous invite, Messieurs et Mesdames les juges, à aller à l'onglet 11
4 de mon recueil. Il s'agit d'un contre-interrogatoire mené par maître Bruce Johnston. À la
5 page 1256, il demandait à l'expert Wright si le système actuel est basé sur des valeurs qui
6 furent énoncées au moment même de la mise sur pied du système, ce à quoi l'expert répondit
7 dans l'affirmative. À la page 1299, l'expert répondit à maître Johnston que c'était sur la
8 base des valeurs qui avait été exprimées au Canada qu'il fut nécessaire d'interdire
9 l'assurance privée. Et à la page 1302, l'expert précisait que les valeurs en question
10 consistaient à empêcher un résident d'obtenir un meilleur accès à des soins de santé en
11 utilisant ses propres ressources financières.

12 Ainsi, je sou mets que, notamment, ce contre-interrogatoire ainsi que
13 celui mené par maître Philippe Trudel et que j'ai cité dans mon mémoire au paragraphe 80
14 corroborent la preuve extrinsèque montrant le caractère socialement indésirable dans les
15 années 70 d'un système privé parallèle. Pourtant la loi a toujours autorisé un médecin non
16 participant et un hôpital privé non conventionné lequel peut encore exister et vendre des
17 services non couverts par le régime public, peu importe que les médecins y soient
18 participants ou non, comme c'est le cas de l'intervenant Cambie Surgeries de Vancouver.

19 En réalité, c'est de trois manières détournées que le législateur a
20 empêché les hôpitaux privés non conventionnés. Premièrement, en 1970, au moyen de
21 l'interdiction des assurances privées, deuxièmement, en 1971, au moyen de l'abrogation de
22 la *Loi des hôpitaux privés* tout en maintenant l'article 10(1)(a) *LAH* et tout en autorisant un
23 hôpital privé non conventionné avec les articles 8 et 12 de la *Loi sur les services de santé et*
24 *services sociaux* de 1971. Troisièmement, en 1992, au moyen de l'abrogation de l'article

1 11.3(b) de la *LAH* ayant pour effet juridique d'interdire à un médecin non participant, cette
2 fois en vertu de 10.1(a) de vendre dans un hôpital privé non conventionné un service déjà
3 couvert par le régime public.

4 Concernant mon deuxième argument selon lequel les dispositions
5 attaquées ne s'inscrivaient pas logiquement dans le cadre de leurs lois respectives, d'abord,
6 sur le caractère non nécessaire de la suppression des hôpitaux privés non conventionnés,
7 entre 1970 et 1992, en vue de la viabilité du régime public universel de l'assurance-
8 hospitalisation, le législateur ne considérait pas que la suppression des hôpitaux privés non
9 conventionnés était nécessaire car il savait qu'il n'y avait pas de risque, qu'une partie
10 substantielle des ressources soit détournée vers des hôpitaux privés non conventionnés,
11 notamment, pour les quatre motifs suivants.

12 Premièrement, je vous invite à aller à l'onglet 6, à la dernière page, la
13 Commission Castonguay, en 1970, l'examen critique du secteur à but lucratif, et de lire avec
14 moi au paragraphe 52 :

15 "Si, par contre, il se trouve des personnes qui veulent acheter
16 d'entrepreneurs privés des services de toutes sortes et en payer le
17 coût, nous ne voyons pas pourquoi l'État s'y opposerait."

18 Ainsi, il appert que la Commission ne recommandait pas la
19 suppression des hôpitaux privés non conventionnés bien qu'elle exposa aux pages
20 précédentes qui sont dans le recueil le caractère socialement indésirable du profit dans la
21 santé, corroboré par le contre-interrogatoire de l'expert Turcotte, aux paragraphes 80 et 81
22 de mon mémoire.

23 Nous pouvons en déduire qu'en 1970, dans le contexte du caractère
24 socialement indésirable du désengagement, la Commission, tout comme le législateur en

1 1964, ne considérait pas la suppression des hôpitaux privés non conventionnés comme
2 nécessaire à la viabilité d'un régime public universel d'assurance-hospitalisation, mais
3 qu'elle considérait souhaitable cette suppression afin d'empêcher une activité lucrative
4 socialement indésirable.

5 Deuxièmement, la loi donnait ...

6 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE :** Pourquoi est-ce qu'on
7 disait que c'était socialement indésirable ? Est-ce que c'est uniquement à cause de la notion
8 de profit que vous invoquez ou est-ce, justement, à cause des deux autres arguments qu'on
9 retrouve dans les mémoires ici, soit celui au terme duquel on voudrait un accès égal à des
10 services médicaux pour toute la population, le principe d'égalité absolue, et ensuite, ce
11 dernier argument à l'effet justement que les services médicaux accessibles à tout le monde
12 ne devraient pas créer de différentes classes sociales et ainsi de suite ?

13 **MONSIEUR CHAOULLI :** Oui, Monsieur le juge Bastarache ...

14 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE :** Il y a peut-être aussi
15 l'impact sur le régime public qui est argumenté maintenant, on dit qu'il y aurait un transfert
16 de spécialistes en particulier vers le secteur privé, ce qui appauvrirait le système public.

17 **MONSIEUR CHAOULLI :** Oui, Monsieur le juge Bastarache, si je
18 peux me permettre de faire un tri dans les différents points que vous avez soulevés, pour
19 répondre au premier point que vous avez soulevé, c'était un tout, c'est-à-dire la notion de
20 profit à caractère socialement indésirable allait ... c'était comme un 'package deal' ... à
21 l'époque, ce qui était considéré comme socialement indésirable, c'était à la fois le profit dans
22 la santé et à la fois qu'une personne, avec son argent, ait un accès meilleur qu'un autre en

1 dehors du régime public, ce qui va dans le sens du concept d'égalité absolue que vous avez
2 mentionné et non pas dans le concept actuel, du concept d'égalité dans et devant la loi.

3 Donc, à mon avis, c'est dans ce sens qu'il faut comprendre ... analyser
4 l'esprit du législateur à l'époque. C'était le caractère indésirable non pas en vue de la
5 viabilité, c'est un autre point que vous avez mentionné, Monsieur le juge Bastarache, vous
6 avez demandé, est-ce que ce n'était pas en vue d'assurer la viabilité justement ? Ma réponse
7 est non. C'est que la preuve au dossier, l'analyse contextuelle de la preuve extrinsèque,
8 indique qu'il n'y avait aucune préoccupation de cet ordre. Au contraire, Monsieur le
9 ministre Castonguay avait dit, vous le verrez dans le recueil condensé, il avait assuré avec
10 l'ex-ministre Cloutier, ils avaient assuré qu'avec l'article 24, il n'y aurait aucun risque de
11 nuire à la viabilité qui n'est pas d'accès aux soins pour les Québécois, et la preuve est
12 extrêmement convaincante, je vous le soumets respectueusement.

13 **MADAME LA JUGE DESCHAMPS :** Cet article-là, 24, c'est le
14 même article qui est devenu l'article 30 maintenant ?

15 **MONSIEUR CHAOULLI :** Oui, Madame la juge.

16 **MADAME LA JUGE DESCHAMPS :** Bon, alors ... mais est-ce que
17 cet article-là n'est pas justement une indication qu'il fallait quand même ... il y avait un souci
18 de protéger l'intégrité du système public.

19 **MONSIEUR CHAOULLI :** Tout à fait, Madame la juge Deschamps.
20 Il y avait ce souci, ce souci était manifeste et il a été comblé à la satisfaction du législateur,
21 comme vous le verrez dans la preuve extrinsèque par, justement, l'ajout de l'article 24 et les
22 articles 17, 18 et 19 de la *Loi* de 1970 qui interdisaient la surfacturation aux médecins

participants, c'est-à-dire, 17, 18 et 19, et 24 de la *Loi* de 1970 garantissaient l'accès aux soins
...

MADAME LA JUGE DESCHAMPS : Mais lorsqu'on analyse l'objectif de la *Loi* dans son ensemble, on peut voir un souci d'égalité mais on décèle aussi un souci de protection de l'intégrité du système.

MONSIEUR CHAOULLI : Oui, Madame la juge. Oui, Madame la juge, alors, ça me donne l'occasion de préciser ce point, c'est que la loi dans son ensemble, l'objectif de la loi dans son ensemble est un objectif valide d'assurer l'égalité devant et dans la loi à tous des services médicaux, oui, bien sûr, et cet objectif-là n'est pas contesté, mais à l'intérieur de la loi de la *LAM*, il y a cet article 15 *LAM* qui, je vous le soumets respectueusement, fait pignon d'intrus en ce qu'il ne s'inscrivait pas logiquement dans le cadre de l'atteinte de cet objectif, 15 *LAM* n'était pas destiné à assurer cette égalité de tous devant la loi. L'article 15 de la *LAM* avait un autre objectif qui était caché, je vous le soumets, qui était d'empêcher un système privé parallèle au motif du caractère socialement indésirable d'un accès en dehors du régime public à des gens qui utiliseraient leurs propres ressources financières.

C'est un peu dans le même principe que la déclaration *ultra vires* des 'free-standing abortion clinics' dans l'arrêt *Morgentaler*, qu'on va voir tantôt, où le législateur de Nova Scotia avait considéré que c'était socialement indésirable des 'free-standing abortion clinics'. Ici, on considérait que c'était socialement indésirable qu'il y ait des hôpitaux privés non conventionnés. Je vous fais cette analogie parce que je crois qu'elle est pertinente.

À mon avis, il faut distinguer l'objet qui est valide du reste de la *LAM* de faire un régime public universel viable et que tout le monde ait accès au régime public

1 universel gratuit, il y a ça d'un côté; et il y a de l'autre côté, un autre objectif qui est
2 l'objectif 15 *LAM*. Est-ce que 15 *LAM* cherchait à garantir un système viable ? Non. Rien
3 dans le dossier ne démontre ça et, au contraire, tout va dans le sens d'une recherche
4 d'empêcher ...

5 **MADAME LA JUGE DESCHAMPS :** Lorsque vous dites, rien dans
6 le dossier ne démontre ça, peut-être que le débat à l'Assemblée nationale ou en commission
7 parlementaire ne font pas état des préoccupations dont parlait le docteur Marmor ou dont
8 parlait monsieur ... je pense que c'est monsieur Bergman, dans leurs témoignages, mais ces
9 préoccupations-là sont peut-être un peu plus en détail ce qui pourrait survenir s'il n'y avait
10 pas cet article 15.

11 **MONSIEUR CHAOULLI :** Je vous soumets que l'article 15 ...
12 d'ailleurs, dans la preuve, ça apparaît clairement et dans le haut-procès, les experts des
13 parties adverses l'ont dit, ils l'ont corroboré, 15 *LAM* était destiné à empêcher un système
14 privé parallèle totalement dissocié du régime public, c'est tout. D'aucune façon 15 *LAM* n'a
15 été invoqué pour favoriser la viabilité du régime public universel à l'époque, aux époques
16 considérées.

17 **MADAME LA JUGE DESCHAMPS :** Peut-être pas à l'époque mais
18 si on doit évaluer un système, on doit l'évaluer avec les conséquences potentielles de notre
19 décision.

20 **MONSIEUR CHAOULLI :** Les conséquences potentielles de la
21 décision à l'époque vous voulez dire ?

MADAME LA JUGE DESCHAMPS : On doit l'évaluer parce que les témoins ont analysé la solution que vous proposiez, et les témoins ont fait état de conséquences potentielles d'une telle proposition s'il n'y avait pas cette interdiction.

MONSIEUR CHAOULLI : Mais, Madame la juge Deschamps, je sou mets respectueusement que dans le cas d'une analyse du partage des compétences, il faut se reporter à la perception du législateur. Quelle était l'intention du législateur à l'époque au moment où la disposition contestée a été adoptée ? Et je vous sou mets que la preuve au dossier sur la prépondérance des probabilités démontre que l'intention du législateur avec 15 *LAM* était d'empêcher un système privé parallèle au motif du caractère socialement indésirable de cette activité et qu'il n'y avait pas d'autres considérations dans l'esprit du législateur à l'époque, et tout dans la preuve extrinsèque, je vous le sou mets, corrobore cette interprétation.

MADAME LA JUGE DESCHAMPS : Bien sûr, cette théorie qu'on ne peut pas empêcher ... on ne peut pas évaluer une loi en fonction d'un but qui est complètement nouveau mais est-ce qu'on peut vraiment dire que le but est complètement nouveau, compte tenu du fait qu'il y avait déjà cet article 24 qui est maintenant notre article 30? Vous dites que 15 n'est pas nécessaire, que 24 est suffisant, mais si on évalue le but ...

MONSIEUR CHAOULLI : Les articles 24, 17, 18 et 19 de la *Loi* de 1970.

MADAME LA JUGE DESCHAMPS : Mais si vous évaluez le but, et puis là, moi, je croyais que vous en étiez un peu déjà à l'article 1, mais si vous l'évaluez en terme de partage des compétences, pas évaluer le but dans son ensemble, puis on revient à ce souci de protéger le système qui est quand même mis en relief par l'article 24.

MONSIEUR CHAOULLI : Madame la juge Deschamps, ce que je vous soumetts respectueusement, c'est que l'analyse de l'ensemble de l'objectif de la *LAM* en 1970 est bien sûr utile dans l'analyse du partage de compétences, avoir un régime viable, public universel gratuit, bien entendu. Mais il faut continuer l'analyse en cherchant à déterminer si, à l'époque, l'intention du législateur avec 15 *LAM* était de contribuer à la viabilité du régime public universel ou il y avait un autre objet, objet véritable, et moi, je vous soumetts qu'il y avait un autre objet véritable qui n'avait rien à voir avec le premier et qui était un objet de vouloir supprimer une activité socialement indésirable et qu'elle ne s'inscrivait pas logiquement dans le cadre de la loi, et je vous réfère à mon mémoire pour l'ensemble de mes arguments à cet égard.

Il y a une dissociation claire et nette. Vous voyez l'historique législatif ... je prends de mon temps, si vous voyez l'historique législatif des autres provinces, ça corrobore. La Saskatchewan, pendant 35 ans, n'avait pas d'interdiction des assurances privées, ça n'a jamais empêché la viabilité du régime public universel, et les exemples se multiplient à travers le Canada dans différentes provinces. Il y a une dissociation très nette, Madame la juge Deschamps, je vous soumetts. Dissociation très nette, à mon avis.

J'en étais donc ... je ne sais plus où j'en étais, je m'excuse ...

MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE : Le même argument que vous faites est transposable à l'analyse que vous faites en vertu de ... ou sous le régime de l'article 7 parce que, vraiment, dans le cas de l'article 7, quand on arrive au ...

MONSIEUR CHAOULLI : De la *Charte* vous voulez dire ?

MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE : De la *Charte*, oui, on arrive encore à l'analyse évidemment des objets véritables de la *Loi*, la justification au terme

de l'article 1, et même quand on considère les principes de justice fondamentale, il ne faut pas non plus passer pardessus cette étape-là dans l'analyse.

MONSIEUR CHAOULLI : Oui, effectivement, Monsieur le juge Bastarache. Je dois vous avouer que j'ai perdu le fil de ... je ne sais plus où j'en suis. Ok, j'en étais à l'onglet 6 effectivement et j'avais lu ce passage-là, je disais que nous pouvons en déduire qu'en 1970, dans le contexte du caractère socialement indésirable du désengagement, la Commission, tout comme le législateur en 1964, ne considérait pas la suppression des hôpitaux privés non conventionnés comme nécessaire à la viabilité d'un régime public universel d'assurance-hospitalisation, mais qu'elle considérait souhaitable cette suppression afin d'empêcher une activité lucrative socialement indésirable. Je l'avais déjà dit.

Deuxièmement, la *Loi* donnait au gouvernement le pouvoir de refuser une demande de permis d'hôpital privé non conventionné et de révoquer un tel permis, onglet 7, article 13.1 et .4 et onglet 8, article 3. Troisièmement, l'interdiction des assurances privées décourageait en pratique un hôpital privé non conventionné. Et quatrièmement, la *LAM* de 1970 donnait pouvoir au ministre d'obliger un médecin non participant à se soumettre au régime public, à l'onglet 9, articles 24 et 56(a).

Ensuite, concernant le caractère non nécessaire de la suppression du désengagement, là encore, le législateur savait qu'en vue de garantir la viabilité du régime public universel d'assurance-maladie gratuit, la suppression du désengagement n'était pas nécessaire. En effet, le ministre rappelait qu'en Saskatchewan, il ne fut pas nécessaire de supprimer le désengagement, le ministre Castonguay en 1970, et en cas de désengagement individuel, il affirmait avoir des moyens assez impressionnants pour protéger l'accès aux soins, à l'onglet 5, pages 1857 et 1858.

1 Le ministre assurait que le simple retrait d'un petit groupe de
2 professionnels ne pourrait pas priver la population de soins, à l'onglet 5, page 1861. Il
3 affirmait qu'en cas de manque d'accès aux soins, il devrait prendre des mesures pour rétablir
4 cet accès et qu'il aurait aussi des moyens négatifs qu'il pourrait utiliser pour établir cet accès,
5 à l'onglet 10, page 3711 et à l'onglet 11, page 1346. Et l'ex-ministre Cloutier soulignait que
6 l'article 24 permettait d'empêcher un désengagement individuel, à l'onglet 11, pages 1347
7 et 1359.

8 La réponse du gouvernement à la contestation des spécialistes fut
9 l'interdiction totale faite aux médecins participants de surfacturer aux articles 17, 18 et 19
10 de la *Loi* de 1970. C'était ces articles, Madame la juge Deschamps, qui s'inscrivaient
11 logiquement dans le cadre d'une instauration d'un régime public universel gratuit et non
12 l'interdiction des assurances privées. L'historique législatif des autres provinces, dans mon
13 mémoire, confirme le caractère non nécessaire des interdictions visées aux fins de la viabilité
14 d'un régime public universel gratuit.

15 En particulier, le Procureur général de la Saskatchewan n'a pas réfuté
16 mon argument, au paragraphe 129 de mon mémoire, selon lequel durant 35 ans et non 25
17 comme je l'ai écrit par erreur dans mon mémoire, entre 1961 et 1966, l'autorisation d'un
18 système privé en Saskatchewan totalement dissocié du régime public n'avait pas menacé la
19 viabilité du régime public universel, c'est-à-dire jusqu'à la *Loi* adoptée sous le gouvernement
20 du Premier ministre Romanow, auteur du rapport du même nom.

21 Pour ces motifs et pour ceux que j'ai invoqués dans mon mémoire, je
22 soumets que la juge a erré en statuant que les articles n'avaient pas pour finalité d'interdire
23 un comportement répréhensible en soi, à l'onglet 12, page 95, et en statuant que le législateur
24 avait adopté ces dispositions parce qu'il craignait que l'établissement d'un système privé

1 parallèle ne subtilise une partie substantielle des ressources au détriment du secteur public,
2 à l'onglet 12, page 142.

3 Je vous invite à aller à l'onglet 13, c'est l'arrêt *Morgentaler*, page 512.

4 Le juge Sopinka pour la Cour a fondé sa conclusion du caractère socialement indésirable des
5 free-standing abortion clinics notamment, et je cite :

6 "... sur l'absence de preuve que la privatisation et le coût et la qualité
7 des services de santé étaient davantage que des préoccupations
8 accessoires."

9 J'en déduis que cette Cour avait placé sur la Couronne un fardeau de
10 contre-preuve. Dans l'espèce, les Intimés devaient en contre-preuve démontrer qu'aux
11 époques considérées, le législateur considérerait cette tentative de supprimer des hôpitaux
12 privés non conventionnés et de supprimer le désengagement comme central en vue de
13 garantir la viabilité du régime public universel gratuit. Je soumets que les Intimés n'ont pas
14 fait cette contre-preuve, comme l'a aussi exposé l'intervenant Roy au paragraphe 6 de son
15 mémoire.

16 Au sujet de la *Règle Canadian Indemnity* invoquée par la juge du
17 procès et par le Procureur général de la Saskatchewan, au paragraphe 26 de son mémoire,
18 je vous réfère à l'argument de l'intervenant Roy au paragraphe 31 de son mémoire. Au
19 regard de l'article 7 de la *Charte canadienne*, les dispositions attaquées interdisent
20 expressément aux personnes visées, physiques et morales, de faire des contrats à titre
21 onéreux. Il va de soi que la liberté de choisir des services payants signifie la liberté de les
22 acheter, donc, la liberté de contracter.

23 Pour ces motifs, je soumets que la question de la liberté de contracter
24 est essentielle. Mes adversaires ont cité des écrits du professeur Peter Hogg selon lesquels

la liberté de contracter ne serait pas protégée par l'article 7. En suivant l'extrait de l'arrêt *Rollinson* reproduit par la juge du procès à l'onglet 12, page 124, je soumets que la liberté des trois co-contractants de contracter avec une personne physique en vue d'un service médicalement requis se rapporte directement à la vie et à la sécurité de la personne physique.

Au soutien de mon argument, je vous invite à aller à l'onglet 14, il s'agit de l'arrêt *Hitzig* de la Cour d'appel de l'Ontario de 2003. À la page 9, la *Loi* interdisait au Toronto Compassion Centre de vendre de la marijuana à des patients qui en avaient besoin. Il s'agissait d'un service médicalement requis. À la page 27, je cite :

"Hence the right to liberty in this broader sense is also implicated by the *MMAR*. ... By putting these regulatory constraints on that access, the *MMAR* can be said to implicate the right to security of the person. ... Those sanctions also apply to anyone who would supply marijuana to them ..."

Page 29, la *Loi* prévoyait une sanction à l'encontre de quiconque ferait une telle vente. Page 44 :

"These barriers effectively prevent the emergence of lawfully sanctioned 'compassion clubs' or any other efficient form of supply to ATP (authorization to possess) holders."

Il est raisonnable d'en déduire que cette Cour d'appel a aussi protégé le droit à la liberté d'un club, étant une compagnie, de contracter à titre onéreux que l'on peut qualifier, je vous le soumets, de droit incident au droit à la sécurité d'une personne.

Dans la mesure où le Procureur général du Canada a décidé de ne pas en appeler de cet arrêt devant vous, il ne peut valablement au stade de l'analyse du droit à la liberté à la fois admettre la liberté d'un club de vendre de la marijuana étant un service

médicalement requis et ne pas reconnaître la liberté des trois co-contractants visés dans ce pourvoi. Par ailleurs, le préambule de la *Loi consitutionnelle* de 1867 encore en vigueur stipule que la *Constitution du Canada* repose sur les mêmes principes que celle des Royaumes-Unis. Or, depuis longtemps, celle-ci reconnaît la liberté de contracter.

Quand à la preuve de l'atteinte, c'est à tort que mes adversaires m'ont imposé un fardeau de preuve supplémentaire. La juge du procès a retenu la démonstration que j'avais faite du lien de causalité entre les articles contestés et l'atteinte à mes droits. J'ajoute que c'est précisément en raison de l'existence même de ce lien entre l'absence d'une assurance-maladie et la souffrance ou le décès d'une personne malade que l'État avait mis sur pied une assurance-maladie publique.

La décision de la juge du procès concluant à une atteinte sous 7 soutenue par le juge Forget et qui repose sur une question mixte de fait et de droit n'est pas entaché d'erreurs et devrait prévaloir. Pour ces motifs, avec égard, les juges Delisle et Brossard ont erré en se fiant qu'une démonstration n'a pas été faite, que l'atteinte au droit de faire les contrats visés met en péril le droit à la santé et à la vie de l'Appelant.

Concernant la liberté de choisir la provenance des soins et indépendamment de la question des délais d'attente, la professeure Martha Jackman a cité l'arrêt *Collin* de la Cour fédérale dans lequel l'article 7 protège la liberté d'avoir accès à des soins adéquats, à l'onglet 15, pages 5 et 21. Et un auteur, Marco Laverdière, s'est exprimé dans le même sens, à l'onglet 16, pages 189 et 192. Par exemple, advenant que je souffre du coeur, je soumets que l'article 7 protège mon droit de choisir un hôpital privé non conventionné qui me poserait une andoprothèse qu'on appelle un 'stant' de meilleure qualité que celle que je recevrais dans un hôpital public pour dilater mes artères coronaires.

Concernant mon intérêt à agir en qualité de médecin, il s'agit là d'une question mixte de droit et de fait, et je soumets que sur ce point, avec égard, la juge du procès a fait une erreur grave et dominante. En effet, devant les obstacles érigés par les autorités publiques et par la Fédération des médecins et des omnipraticiens du Québec, à l'accomplissement des visites à domicile dans le régime public, obstacle décrit par elle à l'onglet 12, page 32, mon témoignage en qualité de médecin reflétait mon souci d'améliorer, à l'intérieur du régime public, l'accès aux visites à domicile tel qu'il appert de la lettre du professeur Léon Schwarzenberg, ex-ministre de la Santé de France, à l'onglet 25, et à défaut d'améliorer l'équité de l'accès à ces services privés, tel qu'il appert de mon témoignage à l'onglet 24.

Concernant le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, si nous suivions l'analyse du Procureur général du Canada et de l'intervenant, Charter Committee, ce serait la suppression de tout financement privé volontaire dans les services médicalement requis qui serait conforme au *Pacte*. Cela voudrait dire que toutes les sociétés libres et démocratiques qui autorisent un tel financement en marge d'un régime public universel porteraient atteinte au *Pacte* et que pour s'y conformer, elles devraient toutes à l'instar du Canada et de Cuba supprimer un système privé parallèle.

Avec égard, je soumets que cette interprétation du *Pacte* est erronée et contredite par le Rapport de l'OMS 2000 que j'ai cité dans mon mémoire au paragraphe 140 sur lequel une approche unique envers le secteur privé ne serait convenir, et par plusieurs rapports de l'OCDE, c'était dans le cadre de ce pourvoi.

L'intervenant, Charter Committee, au paragraphe 37 de son mémoire, invoque que l'ONU a porté une appréciation favorable sur le système de santé canadien. Or,

comme je l'ai montré dans mon mémoire au paragraphe 189, les gouvernements provinciaux et fédéral ont toujours failli à leur engagement de rapporter à l'ONU la législation pertinente étant en l'espèce les interdictions visées dans ce pourvoi et ont omis de rapporter à l'ONU que des Canadiens souffrent ou meurent sur des listes d'attente du régime public et ces omissions sont assez graves pour être soulignées.

En effet, comment, dans ces conditions, s'attendre à ce que l'ONU porte une appréciation éclairée sur la conformité du Canada au *Pacte international* et sur la situation des droits de l'homme au Canada dans le domaine de la santé ? La position exposée en 1959 par le professeur Frederick Hayek, docteur en droit et prix Nobel d'économie, était sage et prémonitoire. Il ne préconisait pas un retour en arrière. Il était favorable à une intervention de l'État conduisant à une assurance-maladie obligatoire mais il mettait déjà en garde contre les effets néfastes d'un monopole de l'État conduisant à une atteinte aux droits à la liberté, à l'onglet 17.

Au sujet de la deuxième partie de l'article 7, je soumets respectueusement qu'il est possible et utile de réconcilier les versions anglaise et française. En effet, dans la mesure où la *Charte* régit des rapports entre l'État et une personne, dans la version française, le mot 'il', pronom impersonnel, signifie nécessairement que l'État ne peut pas porter atteinte aux droits sauf en conformité. Or, dire cela équivaut à dire, le droit d'une personne d'être à l'abri d'une atteinte par l'État à moins que l'État ait porté atteinte en conformité, de sorte que la version française protège, je vous le soumets, un droit distinct tout comme la version anglaise.

Je soumets respectueusement que conclure autrement reviendrait à prétendre qu'en matière civile, la *Charte* accorderait une protection moindre aux droits à la vie et à la sécurité que celle qu'elle accorde aux droits protégés par les articles 2 et 6. Cela

1 dit, il est clair que la personne qui décide d'invoquer ce droit distinct a le fardeau de la
2 preuve. Je vais dans ce sens dans l'opinion de la juge Louise Arbour qui était dissidente
3 dans l'arrêt que l'intervenant Augustin Roy a mentionné dans son mémoire.

4 Au regard de l'article 15 de la *Charte*, il ne protège pas seulement
5 contre des stéréotypes et des préjugés, il protège aussi contre un désavantage ou un fardeau
6 tel qu'il appert de l'arrêt *Law* au paragraphe 88. La réclamation du même bénéfice de la loi
7 protégé par la *Charte* est ici le bénéfice de ...

8 **MR. JUSTICE MAJOR:** Mr. Chaoulli, I should point out to you,
9 your orange light has gone on which means you have five more minutes.

10 **MR. CHAOULLI:** Okay. I'm sorry --

11 **MR. JUSTICE MAJOR:** So you have to pick and choose what you
12 think your best arguments are.

13 **MR. CHAOULLI:** Okay, Mr. Justice Major. Au regard de l'article
14 premier de la *Charte canadienne*, je soumets que la juge du procès a erré en appliquant la
15 théorie de l'objet changeant en ce que cette Cour a rejeté cette théorie dans l'arrêt *Big M*, à
16 l'onglet 18. En effet, dans son analyse du partage des compétences, la juge du procès a
17 statué que l'objet était le bon fonctionnement du régime public, alors que sous la *Charte*, elle
18 a implicitement ajouté un objet supplémentaire étant d'empêcher un système privé parallèle
19 qualifié par elle de discriminatoire, à l'onglet 12, page 143. La Cour d'appel a fait de même.

20 Je soumets que le seul objet valable est la viabilité du régime public
21 universel et, à cet égard, les Intimés n'ont pas rencontré leur fardeau de preuve. Tel qu'il
22 apparaît aussi à l'onglet 20, étant une étude comparative de l'OCDE de 2003 où il appert que
23 des pays interdisent les médecins spécialistes de facturer un résident dans un hôpital public,

ce qui montre qu'un État peut réglementer. On le verra aussi à l'onglet 22, l'article 30 *LAM* qui permet aussi de réglementer. Je sou mets également que les interdictions visées sont contraires à l'intérêt public.

Par exemple, le Rapport Kirby a montré que dans les hôpitaux publics au Canada, des clients des Commissions des accidents au travail passent plus vite que les autres alors que s'il y avait des hôpitaux privés non conventionnés avec des médecins non participants, ces clients seraient traités dans ces hôpitaux-là et ça réduirait les délais d'attente dans les hôpitaux publics. On pourrait, par exemple, utiliser des médecins canadiens expatriés qui seraient possiblement très heureux de revenir au pays.

MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE : Vous dites qu'on n'a pas satisfait au fardeau de la preuve mais la preuve d'expert qui est présentée ici concernant les effets néfastes d'un réseau parallèle privé, est-ce qu'il y a une autre preuve pour contredire celle-là ?

MONSIEUR CHAOULLI : Oui, il y a une contre-preuve à l'onglet 19 ici, notamment, dans le recueil condensé; également, je vous sou mets que cette preuve, Monsieur le juge Bastarache, ne rencontre pas leur fardeau. Leur fardeau était de démontrer qu'il n'y avait pas d'autres moyens moins drastiques, d'abord, irrationnel avec l'objectif valable, ils ne l'ont pas fait, ils n'ont pas démontré qu'il y avait une irrationnel avec l'objectif valable, ils ont montré qu'il y avait un lien avec la suppression d'un système privé parallèle. Là, oui, il y a une irrationnel mais ce n'était pas le test, l'irrationnel.

L'atteinte minimal, ils n'ont pas démontré que c'était le moyen le moins drastique, d'autant plus que les rapports écrits ne font pas preuve, comme je le dis dans mon mémoire, et les témoignages verbaux ont été contredits, démolis en quelque sorte par le contre-interrogatoire, comme vous verrez à l'onglet 9, et l'effet proportionnel non plus

1 n'a pas été démontré. Encore une fois, avec l'objet valable, il faut tenir à l'esprit dans la
2 *Charte*, l'objet valable, le seul objet valable, c'est la viabilité d'un régime public universel.
3 L'égalité absolue entre les résidents, là, ce n'est pas un objet valable sous la *Charte* alors ils
4 n'ont pas fait leur fardeau de preuve.

5 Vous verrez également à l'onglet 21 une étude de 2003 sur les
6 assurances privées en Australie, qui démontre qu'un système privé parallèle est favorable
7 sous un régime public ce qui va à l'encontre de l'opinion exposée par le Procureur général
8 du Canada à son ongle 19, dans son recueil de sources. La Suède a des meilleurs résultats
9 tout en ayant un système privé parallèle, comme vous le verrez dans les onglets qui sont dans
10 le recueil condensé. Concernant la *Loi canadienne sur la santé*, je soumetts que cette loi n'est
11 pas juridiquement opposable aux co-contractants visés dans ce pourvoi.

12 Je voudrais dire également que l'argument principal de mes
13 adversaires repose sur des valeurs. Ils prétendent que la suppression d'un système privé
14 parallèle serait conforme à leur valeur d'égalité. Autrement dit, selon eux, la liberté
15 individuelle serait incompatible avec leur valeur d'égalité, mais leur valeur d'égalité n'est
16 pas une égalité devant et dans la loi mais une égalité absolue entre les résidents devant les
17 services médicaux. Dans ce contexte, l'expression d'une différence entre des individus au
18 moyen de la liberté est effectivement incompatible avec une égalité absolue entre des
19 résidents.

20 Je vois que la lumière rouge est allumée, alors je vous remercie,
21 Messieurs et Mesdames les juges.

22 **ARGUMENTATION DE L'APPELANT, GEORGE ZELIOTIS, maître Philippe Trudel**

23 **MAÎTRE TRUDEL :** Madame la juge en chef, Madame et Messieurs
24 les juges, mon nom est Philippe Trudel, je suis un des procureurs de l'Appelant, George

1 Zeliotis. On vous a remis un recueil d'appel que j'hésite à qualifier de condensé, sauf si on
2 le compare à celui du Procureur général du Québec, mais vous allez pouvoir suivre ma
3 présentation à partir de ce recueil-là.

4 Le débat qui est devant vous aujourd'hui, selon nous, peut se résumer
5 à une question, somme toute, fort simple. Peut-on utiliser ses propres ressources pour se
6 procurer des soins médicaux à l'extérieur du régime public si ce dernier n'est pas en mesure
7 de nous donner ces soins médicaux dans un délai acceptable et si, en ce faisant, on ne prive
8 pas le système public des ressources dont il a besoin ? J'ai dit que la question étant simple,
9 il y a plusieurs (inaudible), on peut la simplifier encore plus en simplement posant la
10 question également, tout simplement, est-ce que l'État peut pas empêcher les individus de
11 se procurer des ressources médicales dont l'État n'a pas besoin ? Selon nous, c'est là le
12 débat.

13 Maintenant, il y a deux propositions fondamentales que nous voulons
14 d'emblée mettre devant cette Cour et qui vont revenir tout au long de notre exposé. La
15 première proposition, en fait, c'est que nous reconnaissons qu'il est tout à fait légitime pour
16 l'État de s'assurer que le régime public dispose en priorité de toutes les ressources dont il
17 a besoin pour fonctionner. Or, nous le concédons, si ce n'est pas possible effectivement,
18 nous ne devrions pas gagner cet appel. Maintenant, la deuxième proposition qui est
19 intimement liée à la première, c'est que l'État ne peut pas prétendre avoir besoin de toutes
20 les ressources disponibles et, en même temps, les rationner, en limiter l'offre, il y a un non-
21 sens dans une telle proposition.

22 Par exemple, on parlait d'aller chercher des ressources à l'intérieur du
23 système, de pirater des ressources du système public, et cette proposition-là ne tient pas.
24 Prenons l'exemple d'un chirurgien orthopédiste, comment l'État peut-il dire, j'ai besoin de

1 tout ce que ce chirurgien-là peut faire alors que je limite le nombre d'actes qu'il peut offrir
2 à ses patients et que je limite en même temps aussi le temps opératoire ?

3 Alors, notre présentation devant vous aujourd'hui va porter en premier
4 lieu sur l'intérêt pour agir brièvement. Je vais aborder ensuite la question de l'étendue de
5 la protection offerte par l'article 7 dans le contexte de la nécessité ou non d'un lien avec le
6 système de justice, avec les principes ... avec le système judiciaire. Je vais ensuite aborder
7 un à un les droits garantis par la *Charte*, l'article 7, c'est-à-dire le droit, en premier, à la vie,
8 à la sécurité et à la liberté en illustrant à l'aide de quelques exemples l'atteinte à ces droits-là
9 spécifiquement.

10 Maître Johnston poursuivra et abordera la question des principes de
11 justice fondamentale et vous convaincra que l'atteinte n'est pas conforme avec ces principes-
12 là. Et maître Johnston abordera également les questions de l'article 1 de la *Charte* et de la
13 justification sur l'article 1 et de l'article 1 de la *Charte québécoise* puisque ce sont aussi des
14 questions qui sont devant cette Cour.

15 Alors, brièvement, sur l'atteinte, je l'aborde parce qu'à la lecture des
16 mémoires des Procureurs généraux, il appert ... on insiste beaucoup sur le fait que notre
17 client, monsieur George Zeliotis, n'est pas dans une situation actuellement où son état de
18 santé requiert des soins médicaux. Avec respect, ce n'est pas la bonne question. Le débat
19 qui a eu lieu devant la Cour supérieure n'était pas concentré sur les faits propres à monsieur
20 Zeliotis. On a fait entendre ... il y a beaucoup d'experts qui ont été entendus, des médecins
21 qui n'étaient pas les médecins traitants de monsieur Zeliotis, il y a un contexte factuel
22 amplement suffisant pour décider des questions qui sont devant vous aujourd'hui.

23 En fait, il ne faut pas confondre, et je vous sou mets que mes confrères,
24 avec respect, le font, la question de l'intérêt pour agir en matière constitutionnelle. Cette

1 Cour a déjà décidé quels étaient les critères à rencontrer pour que la discrétion soit accordée
2 et je vous soumets que ...

3 **MONSIEUR LE JUGE LeBEL :** Maître Trudel, certains des faits qui
4 ont été allégués qui ont quand même fait l'objet de prétention propre de monsieur Zeliotis
5 quant à son cas ont été jugés, en somme, non établis ou méritant un certain nombre de
6 nuances, notamment, quant à la disponibilité de services, quant aux raisons de certains
7 retards dans son cas particulier.

8 **MAÎTRE TRUDEL :** C'est exact, la première juge, la juge Piché, a
9 conclu qu'on ne pouvait pas conclure que les délais avaient été uniquement causés par le
10 système public de santé, mais ce que je vous dis à cet égard-là, c'est qu'on peut certainement
11 dire que certains des délais lui ont été causés par cette attente-là, et ce qu'on peut dire à cet
12 égard-là aussi, c'est que, dans les faits, il a attendu et l'attente en elle-même et les effets de
13 l'attente, peu importe la raison, démontrent les effets sur sa santé : la douleur, la détresse
14 psychologique, le fait de devenir dépendant des médicaments pour la douleur, alors tout ça,
15 même si on évacue la responsabilité de l'État là-dedans, il n'en demeure pas moins que c'est
16 une démonstration que le délai porte atteinte à sa sécurité.

17 **MONSIEUR LE JUGE LeBEL :** Est-ce que c'est tous délais, est-ce
18 que c'est un délai raisonnable ? Comment définissez-vous un délai raisonnable dans un
19 pareil contexte ?

20 **MAÎTRE TRUDEL :** Nous avons produit certains documents, par
21 exemple, du Collège des médecins qui établit le délai maximum d'attente en matière de
22 chirurgie cardiaque à trois mois. Le docteur Doyle quand il a témoigné, a dit qu'il ne devrait
23 pas y avoir de tel délai, on est assis sur une bombe, alors, non, il n'y a pas de délai sur toutes

1 les procédures qu'un patient peut revendiquer, et ce n'est pas notre fardeau, je vous le
2 sou mets ... ce n'était pas notre fardeau d'établir quel était le délai acceptable ou non. Notre
3 fardeau était d'établir que les délais étaient trop longs et le premier juge a conclu que, devant
4 la preuve de l'étendue ... de l'ampleur des délais, les citoyens québécois ne recevaient pas
5 les soins de santé auxquels ils avaient droit.

6 Maintenant, ce que je vous sou mets aussi, dans la preuve, il y avait le
7 docteur Nabid, un radio-oncologue qui a dit, tout délai en cette matière-là est inacceptable,
8 alors il y a de la preuve. Maintenant, est-ce que le délai acceptable en matière de
9 remplacement d'une hanche ou d'un genou, c'est six mois, un an ou trois mois ? Je vous
10 sou mets que dès qu'il y a de la douleur, dès qu'il y a de l'angoisse, ce délai-là est déjà trop
11 long.

12 **MONSIEUR LE JUGE LeBEL :** En somme, si je me fie à ce que
13 vous nous dites, en principe, toute attente serait, dans votre perspective, inconstitutionnelle
14 si le patient en ressent un inconfort, une certaine douleur, un angoisse.

15 **MAÎTRE TRUDEL :** Non, elle ne serait pas inconstitutionnelle en
16 soi, elle pourrait être justifiée si elle est livrée dans un délai raisonnable. Maintenant,
17 qu'est-ce que sera un délai raisonnable ? Je pense que c'est le fardeau de l'État de l'établir
18 parce que, présentement, effectivement, il n'y a pas de norme précise et, effectivement,
19 l'atteinte réside en soi dans les risques de détérioration de la santé.

20 **MONSIEUR LE JUGE LeBEL :** Est-ce que les tribunaux devront
21 prendre la charge dans cette analyse en vertu de l'article 7 de définir eux-mêmes les délais
22 raisonnables, de définir des standards pour les différentes catégories de traitements de soins
23 ?

1 **MAÎTRE TRUDEL** : Absolument pas. Absolument pas, la seule
2 chose que nous demandons, c'est de constater que les articles qui interdisent les gens d'avoir
3 accès à des soins médicaux, de payer pour des soins hospitaliers ou de s'assurer pour une
4 couverture de ces soins-là briment notre droit à la vie et à la sécurité. Alors, ça n'a rien à
5 voir avec une définition de délai dès que la preuve qui est devant vous est que les délais sont
6 excessifs.

7 Et manifestement, il y a eu une preuve abondante de déposée que le
8 système public actuellement ne donne pas, même s'il n'y a pas de standard défini par les
9 associations professionnelles précis sauf l'état, je vous ai dit, de chirurgie cardiaque et de
10 radio-oncologie, même s'il n'y a pas ces standards-là, il est manifeste que les patients
11 attendent et risquent de décéder ... décèdent, le docteur Doyle l'a dit, les patients décèdent
12 sur les listes d'attente et dès que cette preuve-là est devant vous et dès qu'il y a un risque et
13 une menace d'atteinte, je vous sou mets que les citoyens doivent avoir le choix d'utiliser leurs
14 propres ressources pour pouvoir sauver leur vie ou améliorer leur sort.

15 Maintenant, évidemment, il faut regarder ce droit-là, je ne dis pas que
16 c'est un droit ... ce n'est pas une liberté 'at large', il y a des circonstances, je crois que
17 l'atteinte serait justifiée justement si les soins étaient délivrés dans les délais acceptables
18 mais il ne le sont clairement pas selon la preuve qui est devant vous. En fait, sur l'atteinte,
19 c'est important, le droit à la vie, il n'y a pas beaucoup de décisions de cette Cour sur le droit
20 à la vie, mais ce que je vous sou mets, c'est que c'est une valeur fondamentale. La vie est
21 sacrée, vous l'avez déjà décidé dans l'affaire *Morgentaler*, vous l'avez décidé dans l'affaire
22 *Burns* et, en fait, on l'a érigé même en principe de justice fondamentale.

23 Alors, est-ce qu'une interdiction qui me prive de la possibilité
24 d'obtenir des soins de santé qui peuvent sauver ma vie porte atteinte à ce droit ? Je vous

1 soumets que c'est le cas. J'ai mentionné le témoignage du docteur Doyle sur le droit à la vie,
2 c'est non contredit que tout délai en cette matière-là est inacceptable. C'est non contredit.
3 Il a dit que chaque mois, le premier mois, on a une augmentation de .45 % de risque de
4 décéder et, par la suite, au deuxième mois, ça devient 2 %. Alors, cette preuve-là est devant
5 vous.

6 La preuve aussi que les gens qui attendaient des procédures sont
7 décédés. La preuve également pour le docteur Doyle que le temps pour obtenir ... les délais,
8 les tests diagnostiques, la preuve, c'est que c'était de quatre à six mois à ce moment-là, alors
9 imaginez quatre à six mois plus le deux à trois mois pour être traité, ça fait neuf mois. Alors
10 je vous soumets dans ces circonstances que le droit à la vie est clairement ... on porte
11 clairement atteinte au droit à la vie.

12 Et sur la sécurité, évidemment, cette Cour a reconnu que le traitement
13 médical, de forcer quelqu'un à obtenir un traitement médical ou de le priver, portait atteinte
14 au droit à la sécurité. Je vous ai mis, et c'est à l'onglet ... je ne me référerai pas à toute la
15 preuve sur cette question-là, c'est à l'onglet 2, il y a eu les témoignages du radio-oncologue,
16 il y a eu les témoignages du Dr. Lenczner en matière de chirurgie orthopédique qui nous dit,
17 des listes d'attente d'un an, de deux ans pour avoir des procédures et, dans certains cas, des
18 patients qui, en attendant ... leur condition se détériore à un point tel que des dommages
19 irréparables sont causés à leur condition.

20 Alors, la preuve, elle est là que les délais sont inacceptables. La
21 preuve du délai idéal, nous l'avons en matière de radio-oncologie, nous l'avons en matière
22 de chirurgie cardiaque. Nous ne l'avons pas, il est vrai, dans toutes les sphères d'activités
23 mais je vous soumets que c'est suffisant.

Enfin, le droit à la liberté ... et peut-être qu'avant d'aborder cette question-là, je vais revenir sur la question de la protection offerte par l'article de cette Cour et c'est peut-être cette cause-ci qui va vous amener à raffiner ou à préciser la portée de la protection parce qu'effectivement, cette Cour n'a jamais fermé la porte à donner une protection lorsque le système d'administration de la justice n'était pas en cause. Ici, il n'est pas en cause. Il n'est pas en cause. Monsieur Zeliotis n'est pas dans des procédures judiciaires pour obtenir un soin, ça serait illusoire qu'il le soit, mais je vous soumetts que si on n'accorde pas de protection à des cas comme ça, ça peut mener à des situations tout à fait non souhaitables.

Par exemple, on peut imaginer, dans l'affaire *B. contre Children's Aid*, imaginons que la loi avait conféré une discrétion au médecin sans audition, sans processus de révision, d'imposer le traitement à l'enfant, de faire la transfusion sanguine sans le consentement des parents, est-ce qu'on aurait pu prétendre que ça viole le droit à la liberté des parents sans qu'il y ait de procédure de prévu pour faire cette contestation ?

MONSIEUR LE JUGE LeBEL : Je vais peut-être vous ramener à une question que vous avez abordée, très vite, la question d'une ouverture de l'article 7 sur les problèmes autres que ceux qui sont rattachés à l'administration de la justice. Vous nous avez dit que notre Cour avait jusqu'à présent laissé cette question ouverte ou, du moins, n'y avait pas répondu expressément. Vous réferez sans doute à certaines remarques de la juge en chef dans l'affaire *Gosselin*.

Maintenant, si nous prenions pour acquis que tel est le cas, quels arguments de texte, quels arguments de principe nous justifieraient d'interpréter l'article 7 de façon à l'appliquer dans des situations qui n'ont aucun lien avec l'administration de la justice?

1 **MAÎTRE TRUDEL** : Deux arguments, Monsieur le juge LeBel. Le
2 premier argument, c'est que le texte même de l'article 7 ne limite pas la protection à des
3 situations liées au système d'administration de la justice et l'évolution des décisions sur cette
4 question-là appuie clairement cette prétention-là. Si ce n'était pas ouvert, on aurait fermé
5 la porte depuis longtemps, et le texte ne dit pas que la porte doit être fermée et
6 l'interprétation libérale en matière de *Charte* doit vous guider dans cette direction-là, je vous
7 le soumets respectueusement.

8 Maintenant, restreindre à des situations qui n'ont pas de lien avec
9 l'administration de la justice mènerait à des situations qui sont, selon moi, un peu plus
10 irrélles. On peut imaginer des exemples de ça où une loi qui dirait à un médecin, voici,
11 l'État déciderait pour des mesures d'économie ... je ne sais pas si c'est un bon exemple, mais
12 de dire, on va limiter le nombre de pontages coronariens par patient à (inaudible), c'est dans
13 la loi et le médecin, évidemment, pourrait avoir une amende s'il les performe mais le patient,
14 quel serait son recours pour dire, non, j'ai un droit à la vie, je veux le faire respecter, je veux
15 attaquer, cette disposition-là est inconstitutionnelle.

16 Dans l'affaire, je le répète, *B. c. (R)* si les parents ... si le médecin avait
17 pu décider unilatéralement sans processus de révision de dire, votre enfant va avoir cette
18 transfusion sanguine, alors, sans aucun lien, sans d'audition prévue, est-ce que le parent
19 n'aurait pas pu soumettre à cette Cour la même question qu'il a soumis il y a quelques
20 années ? Je vous soumets que poser la question, c'est y répondre.

21 Si on restreignait, si on ferme la porte aujourd'hui à cette interprétation
22 libérale, ça va soustraire la conduite de l'État à des situations qui vont mener à une réduction
23 du droit à la liberté, à la vie et à la sécurité qui, dans le fond, le droit à la vie, c'est la mère
24 de tous les droits si je peux m'exprimer ainsi, c'est du droit à la vie que dépendent tous les

1 autres droits, et comment ne pas lui offrir une protection moindre que les autres droits ?
2 Selon moi, ce n'est pas un résultat souhaitable et acceptable.

3 Alors, je vais aborder brièvement la question des droits économiques
4 incidents puisque c'était une autre question, et mon collègue va traiter de la question centrale
5 ici qui est ... questions justement qui ont été soulevées par le juge Deschamps et monsieur
6 le juge Bastarache, de la question des effets de l'introduction du système privé parallèle sur
7 le système public en général.

8 Mais avant d'aborder ça, on a beaucoup dit aussi, puis ça touche à
9 l'ouverture de la protection, on a dit ici que le droit dont on cherchait la protection était
10 économique et ne méritait pas de protection. Alors je vous soumetts sur cet aspect-là que
11 l'analyse de la juge Piché est très, très convaincante et elle doit être suivie, et c'est manifeste
12 à mon sens que le droit de payer pour avoir un soin dans un hôpital, ce n'est pas une activité
13 économique, ce n'est pas strictement une activité économique, même chose pour l'assurance,
14 c'est le but, et il faut voir le lien, le lien est évident avec la possibilité de sauver sa peau,
15 d'améliorer son sort, d'éviter des dommages irréparables, alors c'est intimement lié à la vie
16 et à la sécurité.

17 Alors, je vais conclure en vous disant que la preuve dans le présent
18 dossier est éloquente à l'effet que les Québécois ne reçoivent pas les soins de santé dans des
19 délais admissibles, raisonnables, que ce faisant, il y a atteinte au droit à la vie et à la sécurité
20 des personnes et que monsieur Zeliotis, même si la preuve n'est pas entièrement concluante,
21 comme l'a dit le premier juge, a sûrement l'intérêt, et le débat déborde de beaucoup l'effet
22 personnel de monsieur Zeliotis, a sûrement l'intérêt pour soumettre les questions qu'il pose
23 devant cette Cour. Je vous remercie de votre attention et je vais céder la parole à maître
24 Johnston.

1 **ARGUMENT OF THE APPELLANT, GEORGE ZELIOTIS, Mr. Bruce W. Johnston**

2 **MR. JOHNSTON:** May it please the Court. I will be addressing the
3 issues of the principles of fundamental justice, the section 1, *Oakes* test, as well as the
4 section 1 of the *Quebec Charter*. We are in a situation where there's a fundamental
5 imbalance which is really the reason which has brought us to this Court. The State has
6 erected itself as a monopoly payer and a sole payer for insured medical services and there's
7 no limit to the demand for those services. This is clear, it's in the evidence.

8 The only limit is the limit placed on the accessibility of care by the
9 State itself. It has clearly been shown in the evidence that the State uses rationing as a means
10 to control costs which is normal in the sense that there is no other way which it can limit the
11 expense which will be incurred by the healthcare system. This is not a problem that's likely
12 to go away anytime soon.

13 Costs are increasing, technology is increasing, population is aging, this
14 problem will only get worse, and therefore, we are in a situation where there's a statement
15 that care is available, it is not truly available because the fact that we have, for instance, an
16 insufficient number of certain pieces of equipment to provide a certain service means that
17 people have to wait for it. Well, that's an economic decision by the Government to say,
18 well, we can afford to buy this number of machines and, therefore, the service is available
19 in theory but in practice, people have to wait and that's how the State limits the cost of the
20 system.

1 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) -- being given a
2 preference -- (communication failure) -- in the line of getting ahead of the queue.

3 **MR. JOHNSTON:** There is evidence of that, Mr. Justice Major. It has
4 been shown in this trial at first instance, for instance that if you know the specialist in
5 question, you will not likely wait long on a queue. This is a form of preference which is not
6 subject to any form of control or standards, it's just left to the discretion of the specialist in
7 question. As well, there's no prohibition against going outside the country to receive care
8 for services, and --

9 **MR. JUSTICE MAJOR:** There is if you don't have the money.

10 **MR. JOHNSTON:** That's right, but there is no -- I mean, this is an
11 issue which I'll come to, but the object of this legislation, if it were to ensure that everyone
12 gets equal treatment meaning that regardless of how bad that treatment is, you were actually
13 preventing people from obtaining better treatment, I would submit to you, that would not be
14 a valid objective because it would be completely discordant with the object of the *Charter*
15 itself which is to confer rights, not to remove them. An ideal of equality inside the public
16 system is an ideal which we subscribe to wholeheartedly, however, to simply remove rights
17 from someone in order not to confer them on anyone else is, I submit to you, profoundly
18 unfair.

19 It is absolutely valid, as my partner has exposed to you, for the public
20 system to, in priority, obtain all of the resources that it needs in order to achieve its purpose.
21 But beyond the needs of the public sector, what possible justification is there for the public
22 system to say, no, no, I know you're waiting on a waiting list, you have a cancer inside you,
23 everyday that you wait, you will worry about this and your condition will potentially

1 deteriorate, and yet, you are not allowed to buy the service outside even though it could be
2 available without removing anything from the public sector. That's the issue of this case.

3 Is it fundamentally just or unjust to prevent someone from improving
4 their own health if it doesn't remove any resources from the public sector? That's why the
5 rationing is essential to our argument. The idea that the State has to ration, and does ration
6 in fact, establishes, according to us, without a shred of doubt, that the impairment is
7 excessive. It's overbroad and it could be done without limiting to the extent that they are
8 limited, the rights of Quebeckers.

9 Now, the principles of fundamental justice are, with respect for this
10 Court, a difficult concept to get your brain around, I though anyway. I believe that to the
11 extent that section 7 is evolving, its interpretation -- the interpretation of the birth and place
12 on the rights claimant must also evolve. It should not be that a rights claimant, if this Court
13 were to consider that the right to life, security and liberty protected under section 7 extends
14 to situations which are independent from the administration of justice, then, what possible
15 justification is there for imposing heavier burden on the rights claimant in those
16 circumstances for a right which is potentially the most fundamental, as my partner has
17 exposed?

18 What possible justification is there for imposing a greater burden on
19 the rights claimant in that situation than the rights claimant would have, if it had been one
20 of the fundamental freedoms which had been fringed, that is once an infringement is shown,
21 the burden shifts. This should be the result, we submit.

22 Now, regardless of how this Court concludes on that issue, we submit
23 to you that there are principles of fundamental justice which satisfy the criteria of the
24 *Malmo-Levine* case which have been breached and principally the question of overbreadth.

1 If it is shown, and simply the fundamental equation which I expose to you, we submit,
2 exposes without a shred of doubt that this could be done with a less stringent impairment of
3 the rights involved.

4 As well --

5 **MR. JUSTICE BASTARACHE:** That's a different argument, that's
6 section 1 argument, but here, you're dealing with the principles of fundamental justice. I
7 understand your position to be then that it's the overbreadth argument that is really relevant
8 and this is where, I suppose, are engaged which means that you have to establish as the
9 Appellant here that, basically, it is not necessary for the preservation or protection of the
10 public system that this rationing of -- well, not even the rationing but the impossibility of
11 having recourse to private services is required.

12 **MR. JOHNSTON:** The argument, Mr. Justice Bastarache, is the
13 following: the infraction of rights comes from the prohibition to purchase services combined
14 with the fact that the services are not available in a timely basis in the public sector. This
15 is the infraction. If you cannot guarantee me services such as to protect my life, then I
16 should be allowed to fend for myself basically.

17 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) -- funds to get the
18 treatment you need elsewhere, if you're right on the section-7 argument, it doesn't
19 necessarily mean to introduce a private possible system, you can satisfy the section-7
20 requirement if the Government ensures reasonable treatment within a reasonable time. They
21 have at least two ways of doing that, sending you to the Mayo Clinic or elsewhere or
22 permitting private care. It's a choice that the Government has, it surely doesn't fall on the
23 patient to have to establish that.

1 **MR. JOHNSTON:** I would submit to you, Mr. Justice Major, that the
2 choice of the Government is limited by public funds and you must distinguish in the fact of
3 --

4 **MR. JUSTICE MAJOR:** Let me interrupt you, if they are limited by
5 public funds, do they not have the obligation to say that they are so limited and that they
6 cannot deliver what they have promised to deliver?

7 **MR. JOHNSTON:** Well, I would submit to you that would be basic
8 fairness but you have to conclude, if you're not able to provide the services, how can you
9 justify preventing me from accessing them on my own, and not only in the United States
10 which favours those who have very high means as compared to, if you had a sector -- bear
11 in mind, Canada is the only country in the OCDE which prevents private access to hospital
12 care and private health insurance. It is striking to us that the argument seems to be that we
13 are unable to accommodate that and a generous public health care coverage whereas
14 everyone else seems to be able to.

15 But to go back to your original question, if the State is incapable -- we
16 submit to you that the evidence in this case has shown that the State is not providing it and
17 it is a question of money and the funds of the State are limited and they will always be
18 limited. So, therefore, it seems profoundly unfair to not allow people to go outside if it is
19 not clear that they will be able to access the services inside.

20 And Mr. Justice Bastarache, I don't think I completed my answer to
21 you. The issue of overbreadth is one of the issues in terms of principles of fundamental
22 justice but there's an intimate link between overbreadth and the section 1. I don't believe
23 that this Court has ever found legislation to be overbroad and then justified it under section
24 1. It's the same argument. And what I was submitting to you is that if you interpret section

1 7 as extending beyond cases in which it involves the administration of justice, then I think
2 you have to go the next step and conclude that the principles of fundamental justice apply
3 only when there's an individual confronted with the penal or criminal justice system in
4 which case those principles are there to protect him, not to impose an additional burden on
5 him, in order to access rights which should be protected under the *Charter*.

6 Bear in mind that this case involves also the *Quebec Charter* section
7 1 which --

8 **MR. JUSTICE BASTARACHE:** But I think the question I wanted
9 to pose, I'm trying to understand why you're saying that if service were provided on a timely
10 basis, either inside the province or outside the province, as suggested by Justice Major,
11 wouldn't the overbreadth argument still be available? Because under your argument, I
12 understood it to be that the only way you could prevent a person from buying private
13 services is if the buying of services would jeopardize the public system.

14 **MR. JOHNSTON:** That's correct.

15 **MR. JUSTICE BASTARACHE:** So, basically, it becomes secondary
16 that the Government can provide timely services under the overbreadth argument. That's
17 what I was --

18 **MR. JOHNSTON:** Well, I think we probably wouldn't be here if the
19 services were being provided and probably it would be easier for the Government to justify
20 the freedom granted to society, people are not suffering. In this case, we have shown that
21 people are suffering as a result of the problems in the system and, therefore, obviously,
22 you're right, the argument is much easier, but in theory, no, it could be made without the
23 proof of an actual damage.

1 So, the question of overbreadth ties into section 1. As well, we submit
2 to you, it is manifestly unfair to prevent someone from taking measures to access medical
3 care within the definition of manifestly unfair as this Court adopted in the *Morgentaler* 1988
4 case. In that case, it was also a question of access to timely medical care for a woman
5 seeking abortion. We submit to you that the same principle applies here. If in a manner
6 which is excessive and it ties into the overbreadth argument, if in a manner that is excessive,
7 the Government creates an impediment to access to medical care which is needed, then, that
8 is manifestly unfair.

9 It is also compounded by the fact that someone who is the object of
10 a decision by a physician to say, well, you know, you will wait for this treatment, has no
11 recourse against that decision. There are no standards existent against which the patient can
12 gauge this decision and say, well, is this fair, is this normal, is it normal that I should have
13 to wait to receive cancer treatment when I know that the cancer is going to be developing
14 while I'm waiting? There are no standards against which to measure this and there is no
15 review possible. That is manifestly unfair.

16 And thirdly, the issue of the sanctity of human life, I mean, this Court
17 has decided in *United States versus Burns* that capital punishment was a port in Canada to
18 the extent that it would be a violation of a principle of fundamental justice, namely, the
19 sanctity of human life. In any measure, any measure, any government measure, which
20 detracts or deprives people of the right to protect their own life, I submit to you, is a
21 violation of that principle.

22 **MR. JUSTICE BINNIE:** Isn't your argument really more --
23 (communication failure) -- to arbitrariness than overbreadth? You're saying there's a
24 legitimate State interest in the public health plan, that the measures taken to protect it are so

grossly disproportionate to what is required. Disproportionality is what threatens the security of the person.

MR. JOHNSTON: I think this Court in *Clay* equated the overbreadth argument which had been made in *Haywood* to the grossly disproportionate which is the new standard, but one comment though, we are not challenging the decision of the legislator which, in this case, is not to prohibit private healthcare. Private healthcare isn't prohibited in Quebec. It is not and, therefore, it can't be the object of these attack provisions to prohibit private healthcare. It is not prohibited. So therefore, the only object which can be valid is to protect the public healthcare system.

So, to the extent that these measures are designed to ensure that the public sector has the resources it needs, then it's a valid objective clearly, but is it necessary to go that far? No, and in that sense, we submit to you, as opposed to the *Malmö-Levine*, *Kane* and *Clay* cases where the Appellants were challenging the very decision by the Government to outlaw marihuana, and I think this Court was well founded to consider, well, this is really challenging a political decision. We're not challenging a political decision, we're challenging the fact that the impairment which is unnecessary, that's what we're challenging.

In terms of section-1 analysis, obviously, the minimal impairment is the operative standard against which we consider that these provisions fail. And I will end on the discussion of the *Quebec Charter* and this ties into what I discussed with respect to the possible interpretation of section-7 rights. It's interesting to note that none of the Courts below have really decided the issue on section 1 of the *Quebec Charter*, we submit to you that that was an error because they had to. This had been argued, and we don't see how the fact-based inclusion of the trial judge that there was an infraction to protected rights under

1 section 7 would not automatically be as well an infraction to rights protected under section
2 1 of the *Quebec Charter*.

3 The terms are richly identical, and yet, the *Quebec Charter* is not
4 situated in a legal right section, it's situated in a fundamental right section so, therefore, the
5 burden is incurred automatically by the Government, considering that infraction, to show
6 that it satisfies the *Oakes* test which hasn't been done. There has been no evidence
7 whatsoever adduced before the Court at first instance that there was no lesser infraction
8 which would have met the objectives which were considered valid.

9 Now, we submit to you that there is no valid reason for considering
10 that a right to life, liberty and security protected under the *Canadian Charter* should have any
11 less content to it than the rights protected under section 1 of the *Quebec Charter*. So we
12 would urge you to grant this appeal, we thank you very much.

13 **MR. JUSTICE MAJOR:** Thank you.

14 Mr. Pratte.

15 **ARGUMENT OF THE INTERVENERS, THE CANADIAN MEDICAL ASSOCIATION**
16 **AND THE CANADIAN ORTHOPAEDIC ASSOCIATION, Mr. Guy Pratte**

17 **MR. PRATTE:** Madam Chief Justice, Justices, I have given this
18 morning a very, very modest condensed book which I will use to address hopefully a number
19 of the questions that have been raised with the Appellants so far, particularly in respect of
20 section 7, and I will turn to it in a moment. It has three tabs reflecting the three main
21 submissions that the Intervenors I represent, the Canadian Medical Association and the
22 Canadian Orthopaedic Association, wish to make.

1 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) -- these books to?

2 **MR. PRATTE:** To the clerk this morning, I believe that we were told
3 it was circulated, I think some of your colleagues may have it, Justice Major. Yes, it's
4 entitled Condensed Book of the CMA and COA. I'll turn to that in a couple of minutes, if
5 I might, Justices, as I say, to try to engage some of the questions that have been raised
6 particularly in respect of section 7, the rights protected therein, and whether the principles
7 of fundamental justice are engaged on the facts of this appeal.

8 But might I start, since I don't intend to repeat the argument in our
9 factum, to at least sum up the essence of the position of these interveners and then turn to
10 some of the specific arguments in question that have been raised. Physicians are
11 professionally bound to preserve lives, all lives equally. This professional obligation
12 informs these interveners from commitment to the public single healthcare system founded
13 on the principle of universal but real accessibility as the best means to discharge that
14 obligation.

15 But life and the quality of life must be a physician's ultimate concern
16 thus the prohibition inherent in a single-payer public health system to accessing alternative
17 of methods of healthcare delivery can only -- and that's the essence of our position, can only
18 be justified on the basis of a reciprocal and equally robust obligation to deliver timely access
19 to required healthcare within the public system.

20 In other words, the promise of universal accessibility to healthcare is
21 meaningless unless it means timely access. Healthcare delayed is healthcare denied. Indeed,
22 the promise of accessibility should not be a mere political best efforts promise, it should be
23 a legally enforceable promise since it is said to justify legally enforceable prohibitions
24 against alternative sources of healthcare delivery.

1 An enforceable monopoly may well be in the public interest, and in
2 the case of healthcare, these interveners strongly believe that it is. But any legislated public
3 interest monopoly carries with it a concomitant obligation to deliver the monopolized service
4 when required. If it's true in the case of electricity and public utilities, it ought to be, in our
5 respectful submission, in the case of healthcare.

6 Now, the fix -- and here, we disagree with the Appellants, the fix here
7 is not to legalize private healthcare. The fix is to tell the Governments that if they want to
8 enforce their monopoly, they can but only to the extent that their monopoly delivers timely
9 access. Recognizing timely access as a constitutional bright line will not, in any way,
10 undermine the current legislative public healthcare system. Quite the contrary, it will
11 legitimize it since the current system failure to ensure timely access is the biggest threat to
12 its credibility.

13 Now, let me turn to my condensed book to, hopefully, address some
14 of the questions that have been raised. It's divided into three tabs. The first tab is simply
15 a set of excerpts dealing with the life, security of the person and liberty interest that I say are
16 at stake, and if you look at page 2, we've excerpted a New Brunswick decision which clearly
17 makes plain that physical and psychological integrity are values protected by section 7, I
18 need not read them to you obviously. The liberty interest is covered by the *Rodriguez* case
19 and the *Blencoe* case that are cited at pages 5 to 6 of my brief.

20 In my respectful submission, there can't be no doubt that the interests
21 in this case are covered *prima facie* by section 7. I did want to address though very briefly
22 the question of whether or not these appellants have standing or whether the question is moot
23 and not right for adjudication, I simply wanted to point the Court, and that's the burden of
24 pages 9 and 10, the last paragraph at page 132 of the trial judgment and 133 where the trial

1 judge disposed of that saying, there's at least an imminent threat to health. And I don't want
2 to be fastidious about this but if we wait for the right case of a person narrowly defined to
3 have standing, the person may not be standing at the time that she, or he, has to come to
4 Court.

5 So I say, really, that's not the issue in this case. The real issue is
6 section 7, the principles of fundamental justice, are they engaged? That's the heart of this
7 case, and that is the burden of Tab 2 of my little book, and here, hopefully, I'll try to address
8 some of the questions that have been raised in particular by you, Justice Bastarache and
9 Justice LeBel and others.

10 The first point is, are principles of fundamental justice engaged outside
11 the criminal context? I have excerpted the passage from *Gosselin* from the Chief Justice that
12 defines circumstances outside the criminal process which this Court has agreed, for example,
13 in *Blencoe* where the principles may be engaged. And here, I differ with the Appellants. I
14 say the principles of justice or the judicial system are involved in this case for this reason:
15 in the province of Quebec, for example, if a person is denied medical services, that person
16 can appeal to the Tribunal administratif du Québec, and I'll take you to a case in a moment
17 called *Stein* which is a horror story showing the arbitrariness of that system.

18 So my submission on that point is you don't have to decide whether
19 completely absent an intervention of the justice system, section 7 or fundamental principles
20 of justice would be triggered. In this case, they are. And indeed, in my respectful
21 submission, that's the very defence offered by the Procureur général du Québec. They say,
22 if we can't provide the services, there are sections which allow you to apply for it and then
23 there's a revision mechanism, un Tribunal administratif, to assess your claim and that is, you
24 will see at page 13 of my little brief, it's the sections of the *Health Insurance Act* and the

1 *Regulations* which show that the Government will pay if, for example, in 3(a), the services
2 are medically required, and then, outside of Canada or the United States, is the *Regulation*,
3 again, if they're not available in Quebec, that's 23.1(2) but if they are required and 23.2
4 deals with outside of Canada altogether.

5 Now, the problem with these sections is that they say nothing about
6 timing, and if you think that's just a theoretical problem, I invite you now to turn to the
7 decision of *Stein* which is the next page. I've excerpted the entire case, it's short, obviously,
8 I won't read you all of it, I don't have the time, but I commend it to your reading because
9 this shows the very arbitrariness of the system in the Province of Quebec. Let me sum up
10 the facts very quickly.

11 Mr. Stein was a 41 year old person who had been diagnosed with
12 colon cancer. He was operated on once and it was discovered that there was more cancer
13 that needed to be taken out urgently. At paragraph 6, page 15, the Court says, 'it had to be
14 done within four to eight weeks as of January 1996'. He applied to the Régie to get
15 permission to go elsewhere after his operation, the second operation, had been cancelled
16 twice, if not three times, for lack of space in Quebec hospitals. His doctors -- you'll see this
17 at page 16 at the very last line prior to paragraph 14 of the decision, his doctors supported
18 his application and said 'time is a critical factor in this case'. The Régie turned it down and
19 they said, it's available in Canada, having no reference to time, but this kind of operation is
20 performed in Canada, please contact a doctor in Calgary, Ottawa and Toronto. No reference
21 to time.

22 Ultimately, he went to the United States to be operated on and, again,
23 the Régie turned down his request, and at page 20, you'll see what the Régie and the

1 Tribunal administratif du Québec, on revision, said about timeliness. They said basically,
2 we didn't take too long to deal with your complaint. That's paragraph 73 in brackets :

3 "Si le requérant invoque l'urgence de sa situation, l'Intimé, au
4 contraire, se défend d'avoir tardé à traiter sa demande."

5 That has absolutely nothing to do with what he was asking. He asked
6 to be treated promptly, timely, and the trial judge -- I've underlined paragraphs 31 and 32,
7 but shows how ridiculous an assessment this was. Now, he got (inaudible) remedy in the
8 end but in my respectful submission, had there been a timeliness requirement in the
9 legislation, he would never have needed to.

10 So, two points. This legislation engages the principles of fundamental
11 justice because it engages an administrative tribunal and it's arbitrary because it completely
12 denies the important requirement of timeliness. Second point, and I'll lead that point on that,
13 I've also excerpted -- because the Ontario Government also claims that it has a regime, and
14 that's at page 24, again, in Ontario, if you ask to go elsewhere, you might if it's not available
15 in Canada and it's reviewable by an Administrative Tribunal, I believe it's called the Ontario
16 Hospital Services Appeal Board, but there in Ontario, again, there's no mention of delay as
17 a criteria on the timeliness except in 28.4(ii), the last provisions, and there, you can go out
18 of Canada to avoid delay that would result in death or medically significant irreversible to
19 sue damage.

20 In other words, delay only counts if you're gonna die. That is such
21 a narrow definition as to basically completely destroy the interest that was protected in life
22 and security of the person, in my respectful submission, and such a denial, virtual complete
23 denial, you give access to medicine on the one hand and you basically completely take it out
24 on the other hand, that cannot be in conformity with the principles of fundamental justice.

1 It falls, in my respectful submission, and I've outlined in the last page
2 under that tab 25, this Court's jurisprudence as to what happens if there's a failure under
3 section 7, what the impact of that is on section 1, I won't address that other than to say that
4 it's virtually impossible, in my respectful submission, to justify a breach of fundamental
5 justice under section 1 and the Governments certainly haven't done that, it cannot be a
6 proportionate response to deny the right that you've promised. The only proportionate
7 response would be to guarantee timely access within the system or if you can't guarantee it
8 within the system, allow the person and pay for the person's services out of the system.
9 That's the only proportionate response.

10 I'll conclude on the issue of remedy. What I've said sounds too
11 simple to be true but the complexity does not excuse a government from *Charter* scrutiny
12 or compliance. It might though inform the remedy that we would grant. A declaration of
13 constitutionality is always a serious matter *a fortiori* when it regards the public healthcare
14 system, a cornerstone of our social political foundation. I've excerpted at Tab 3, and that's
15 my last point, one of many decisions, the *Eldridge* decision, that speaks to the Court's
16 discretion to grant declarations and give a delay or a suspension and allow the Government,
17 given the complexity, to work out the exact remedy. I say that's the overall approach you
18 should take to this case and stakeholders can work with the Government to come up with an
19 enforceable in guidelines about what timeliness means. I'll conclude with these points, if
20 I might.

21 Recognizing for the first time that accessibility means timeliness will
22 remove the uncertainty that has plagued the healthcare system for years. Until now,
23 accessibility has meant, when and where available. That makes accessibility, in my
24 respectful submission, as the *Stein* case shows, meaningless. If you grant the declaration of

1 constitutionality, it will focus the mind on the real problem, figure out what timely access
2 means and then provide it. If you can't provide it for all required services, then don't make
3 the promise that you can't keep. Fundamentally, all these interveners are seeking is a
4 declaration that if Governments legally promise accessible healthcare, they will be held
5 constitutionally accountable for that promise by making it meaningful. Those are my
6 submissions, Chief Justice, Justices.

7 **MR. JUSTICE MAJOR:** Thank you. The Court will take its morning
8 recess.

9 --- (RECESS) ---

10 **MR. JUSTICE MAJOR:** Mr. Storrow.

11 **ARGUMENT OF THE INTERVENERS, CAMBIE SURGERIES, ET AL.,**

12 **Mr. Marvin R.V. Storrow, Q.C.**

13 **MR. STORROW:** Thank you, My Lord. My Ladies and My Lords,
14 we filed and served last week a brief of our factum called 'Speaking Notes' and if it pleases
15 you, it might be helpful if you could obtain a copy of them because I'm going to try to use
16 those notes to articulate our position here and, hopefully, I can get to them all in a period of
17 15 minutes.

18 We're going to divide our argument into four areas: general remarks,
19 section 7, section 1 and some brief conclusions. The people that we act for here are 14
20 clinics from British Columbia, two of which are diagnostic, the other 12 are surgeries. We
21 act for the British Columbia Anaesthesiologists Society and the British Columbia
22 Orthopaedic Association. Between them, they perform about 30,000 procedures a year in
23 British Columbia. In British Columbia, we have about 80,000 people on our wait lists,
24 likely, a very high percentage of the procedures performed by our clients would be added

1 to the wait lists in British Columbia if our clients weren't doing what they're doing so, in a
2 sense, they're making the public system a bit easier.

3 We want to remind the Court of something that Dr. Chaoulli reminded
4 you of, and that is that, in our opinion, it's of interest to note that only three provinces have
5 intervened here; two others intervened and abandoned their interventions, that's British
6 Columbia and Manitoba, one, a Liberal government and the other, a NDP government. We
7 merely ask the question since medicare is a provincial matter, why aren't the provinces here
8 to defend what went on in the Quebec Courts in this case?

9 In our view -- in our clients' view, I should say, the medicare system
10 in Canada is in a very desperate condition at the present time. There isn't much time to fix
11 it, it's unfortunate in the sense that the record in this case is six or seven years old because
12 there's a lot that has happened since the record was developed in this particular appeal.

13 There is some evidence, and I wanted to bring to the attention of the
14 Court some evidence that is contained in the authorities of Dr. Rawl(Ph), and at Tab 11, that
15 is part of the OECD Report which was produced in 2003 and it demonstrates there that there
16 are about seven or eight countries who have universal medicare coverage along with the
17 private parallel system that don't have wait lists. These countries are Australia, Belgium,
18 France, Germany, Japan, Luxemburg and Switzerland and the United States, and so, it seems
19 that a parallel system can work and we suggest to you, and we will suggest this later, that
20 it's overdue in Canada to get the assistance of someone other than the Government to
21 attempt to fix this unfortunate condition that we see ourselves in.

22 So, if I could ask you to turn to paragraph 3 of our speaking notes, we
23 say the specific provisions which are the subject of this appeal must be considered within
24 their legislative and factual context as part of a public healthcare regime which: (a) limits or

1 rations medical care within the public healthcare regime itself; and (b) at the same time,
2 imposes a number of statutory prohibitions and regulations aimed at preventing or deterring
3 the development of alternative sources of funding for medical care, diagnosis and treatment.

4 The Respondents in effect admit that the healthcare system is broken
5 in Canada but argue that the Appellants have not shown that the system would be fixed by
6 allowing private funding of healthcare. Even if this is true, we suggest, it begs the question.
7 The correct question is: if individual Canadians are not receiving adequate care under the
8 public healthcare system, is the Government justified in preventing those individuals from
9 using their own resources to obtain necessary or required medical treatment in order to
10 protect their own health, alleviate pain, suffering, disability or disease, or perhaps even to
11 save their own lives?

12 It is not a question of whether allowing individuals to do so will fix
13 the system. Rather, it is a question of whether individuals can justifiably be prevented from
14 securing necessary and adequate healthcare for themselves.

15 If we take the Government's position and extend it to its logical
16 conclusion, the Government is essentially supporting the proposition that the one-payer
17 system can justify any surgical waiting time no matter how long that wait is. That, I think
18 is what the Government is driven to in terms of the position they have assumed. In essence,
19 Canada has tried to turn our system of providing medical care into a State-controlled
20 monopoly. We don't say that that's unprincipled, immoral or necessarily wrong even, but
21 that's what they have tried to do and it might be a nice theory to try to do that, but if the
22 theory isn't working, then something's got to give and we suggest, with respect, that this
23 case will help that giving.

1 We have other choices in our system of justice. Here, a patient doesn't
2 have a choice to receive surgery in a timely way but, for example, if a person is charged with
3 a criminal offense, even a minor one, under section 11(b) of the *Charter*, that person has a
4 right to a trial within a reasonable time and if the delay is pre-charged delay, then section 7,
5 I suggest, should apply, but a sick patient doesn't have the same rights, but the importance
6 of sickness and the importance of getting a trial within a reasonable time are two very
7 important things, perhaps equally important. We've seen in Canada that a person has a right
8 to counsel and perhaps a right to counsel of one's choice.

9 The medicare system seems to be depriving people of the right to a
10 doctor in a timely way certainly and, in addition, we can imagine a situation where one's
11 doctor has admitting privileges at one hospital and the wait there is 18 months, the person
12 might be able to get into another hospital in 12 months, but the person's doctor doesn't have
13 admitting privileges in the other hospital so that person might have to take another doctor
14 who the person may not have confidence in. So the system itself, we suggest, is in a
15 desperate condition.

16 So, I'd like to deal quickly with liberty and security of the person
17 under section 7, we do adopt the arguments of my learned friends that went before us, in our
18 submission, the right to take care of one's own body is an aspect of life in extreme cases and
19 of liberty and security of the person within the meaning of section 7 of the *Charter*. Liberty
20 includes physical health which is a matter of fundamental personal importance which falls
21 within the sphere of personal autonomy protected by section 7 of the *Charter*. In our
22 submission, the right to take reasonable measures to protect one's own health is an important
23 aspect of liberty.

1 Security of the person. In addition, State interference with bodily
2 integrity violates the security of the person which encompasses a notion of personal
3 autonomy involving, at the very least, control over one's bodily integrity free from State-
4 imposed psychological and emotional stress and the right to make choices concerning one's
5 own body, control over one's physical and psychological integrity, and basic human dignity.
6 In our submission, the State infringes upon the right to security of the person if it prevents
7 individuals from taking reasonable steps to protect their own life and health.

8 I'll deal with this briefly later, but I think it's relevant, I submit that
9 it's relevant that Canada is the only OECD country with a one-payer system of medicare.
10 Every other country has a parallel universal system. I don't think we can necessarily take
11 that notion to the bank but it certainly does say something about us or about them. They
12 have made it work. We have tried a system which, I suggest, on the evidence and in fact is
13 not working and something's got to be fixed here, in our submission.

14 In our submission, it is the nature and the seriousness of the individual
15 interest at stake which must be considered the most important factors in determining whether
16 section 7 is applicable. It would be contrary to the spirit of section 7 to read it as protecting
17 the individual from serious deprivations of life and liberty resulting from failures and
18 imperfections in the administration of justice, and not protecting the individual in a context
19 where there were no adjudicative or procedural protections in place whatsoever. Such an
20 interpretation would fail to protect the individual at exactly the point when the risk of
21 injustice and abuse of power was the greatest.

22 Certainly, in British Columbia, if a person has to wait two years to get
23 a hip replacement or any other surgery, there's nothing the person can do about it. You just

1 have to wait until the hospital or the Government is ready to do the job. There's no appeal
2 from that. You can't do anything about that and, with respect, we think that's --

3 **MR. JUSTICE BASTARACHE:** What principle of fundamental
4 justice do you say is engaged here?

5 **MR. STORROW:** In this case, My Lord, I think life and the security
6 of the person are the two perhaps main ones, I'm not sure about liberty, but certainly security
7 of the person is engaged with respect --

8 **MR. JUSTICE BASTARACHE:** This is not my question. My
9 question is, if they are engaged, then they would have to be jeopardized not according to a
10 principle of fundamental justice, so what is that --

11 **MR. STORROW:** The principle of fundamental justice is the principle
12 that lets us have bodily integrity, look after our own -- am I misunderstanding your question?
13 That's the way we see it. The principles of fundamental justice also include question of, can
14 a person do anything about this refusal to treat the person, and it's clear certainly in our
15 jurisdiction that we don't have that right. We've dealt with that starting at page 8 of our
16 brief, My Lord, and I wanted to bring your attention to some other facts at paragraph 14.

17 In British Columbia and elsewhere in Canada, and I'll just start with
18 paragraph 14, we say, in fact, the Canadian healthcare regime is replete with arbitrary and
19 irrational distinctions. In British Columbia, for example, a number of user groups are
20 exempted by regulation from the strictures of the public healthcare legislation and are free
21 to access care in Canada outside of the public system. These include injured workers who
22 are covered by the Workers Compensation Board and that is a form of insurance, the
23 Workers Compensation Plan is an insurance plan, workers can be insured by their employers
24 for injuries at work but not for injuries not at work.

1 In addition to that, there are persons injured in motor vehicle accidents
2 in British Columbia who are excluded, members of the RCMP, federal penitentiary inmates
3 are excluded under the *Canada Health Act* and foreign visitors. We have an example at
4 paragraph 15. We say, amazingly, persons from other jurisdictions are excluded from the
5 legislation with the result that foreign visitors may access treatment within Canada outside
6 of the public system. For example, if Canada's national women's soccer team is playing a
7 team from Mexico in British Columbia and a player from each team receives a knee injury,
8 the player from Mexico can get to the doctor and the hospital tomorrow and the Canadian
9 woman might have to wait many, many months.

10 In short, the legislation, we suggest, fails to provide meaningful
11 standards and procedures in order to safeguard the right of an individual to access adequate
12 medical care.

13 Under section 1, I'll try to conclude with this, I've already stated that
14 the OECD Report makes it very clear that Canada is unique. Canada is unique in that it has
15 a one-payer system whereas the other countries have universal systems just like we intend
16 to, but we do not permit others to pay for surgery in private facilities as the other countries
17 do. Oddly enough, the Government of Canada forces Canadians to pay for their own
18 healthcare in some areas and prohibits us from paying for healthcare in other areas. We can
19 buy prescription drugs in Canada, we can get home care, genetic tests, medical equipment,
20 and so on.

21 And recently, in Ontario, in the Ontario budget of this year, the
22 Ontario Government announced that it intends to delist certain things, physiotherapy,
23 chiropractic and optometry services. People now are going to have to pay themselves to get

1 those services. Why can't someone pay who isn't paying and can't get into a public hospital
2 pay to have his knee or shoulder or whatever injury fixed.

3 In other developed countries, a broader spectrum of services is
4 publicly provided and is provided in Canada but citizens have options outside of the public
5 healthcare system in those countries. In fact, Canadians pay more from their own purses for
6 medical services than do citizens of many of these countries. We don't have a system in
7 Canada where the Government isn't paying very much per capita, it's paying a lot. The
8 Canadian approach is no more obviously egalitarian and yet it violates fundamental rights
9 of personal autonomy and security to an extent which is unparalleled in any other developed
10 country.

11 There has been talk that a two-tier public system or a parallel system
12 is a system for the rich and a system for the poor. A very high percentage of the work done
13 by our clients is done for the Workers Compensation Board on persons who are members
14 of unions, working people, and they get their difficulties fixed quickly.

15 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) --

16 **MR. STORROW:** Sorry. Thank you.

17 **MR. JUSTICE MAJOR:** Mr. Cherniak.

18 **ARGUMENT OF THE INTERVENERS, SENATOR MICHAEL KIRBY, ET AL.,**

19 **Mr. Earl A. Cherniak, Q.C.**

20 **MR. CHERNIAK:** May it please the Court. I would ask only that the
21 Court have our factum before you and if you could turn to page 2, I am going to deal, in the
22 time I have, with a brief review of our position on the section 7, and then turn to the
23 healthcare option recommended by the Senate Report to rectify the constitutional defects in
24 the legislation.

1 The position of these interveners can be simply stated as set forth in
2 the Senate Report and our factum. If you look at paragraph 7 on page 2, the Senate Report
3 clearly support the single-payer publicly funded system but they say that Governments can
4 no longer have it both ways. They cannot fail to provide the service in the public system and
5 prevent Canadians from obtaining them through private means.

6 While there is no constitutional right to healthcare, the constitutional
7 issue in this case arises solely because Governments have legislated a monopoly on the
8 funding of medically necessary health services but have not ensured that medically necessary
9 healthcare will be available in a timely way. Waiting lists continue to grow and very greatly
10 across the country, thereby, violating on a daily basis the *Charter of Rights* of thousands of
11 Canadians who do not receive care until it's too late so that they suffer or die or must leave
12 the country to obtain it at their own expense beyond the means of most Canadians.

13 The Senate Report demonstrated the sorry existence of this state of
14 affairs beyond argument as did the Romanow Report. The Senators entirely adopt the
15 argument of those who preceded me on section 7. In many cases, the failure to provide
16 medically necessary services in a timely way involves the right to life and in all cases
17 involves the security of the person. In our submission, there's nothing more fundamental
18 to personal autonomy than the right to make decisions about one's health and treatment of
19 illness and disease because the right to life and security of the person is negated without the
20 ability to do so. To be constitutionally valid, in our submission, a single-payer publicly
21 funded system must provide for timely delivery of medically necessary health services, it's
22 part of the promise that is implicit within the legislation.

23 The Senators' position that we put before you is a much more nuance
24 than narrow review of section 7 rights that are advanced by the Appellants who would end

1 the Government's monopoly. The Senators' submission focuses on the constitutional
2 requirement that services be delivered, not on who delivers them. In other words, the focus
3 is on the individual patient's right to access to treatment in a timely way and not on a
4 particular delivery system or the right of any particular provider or the freedom of the
5 medical profession to privately bill viewed, as the Senators argue, the issue is not economic,
6 rather, it is about personal autonomy, the right to be treated in a timely way.

7 Now, there is, in effect, a prohibition here against the right to protect
8 one's life and security of the person with no adequate process to challenge, and that is why
9 section 7 is engaged.

10 **MR. JUSTICE LeBEL:** If we had no medicare system, would there
11 be a constitutional right to public money to access medical care?

12 **MR. CHERNIAK:** If there was no medicare system?

13 **MR. JUSTICE LeBEL:** Yes.

14 **MR. CHERNIAK:** No, I say there is no constitutional right to
15 healthcare but when the Government provides the publicly funded system and prevents
16 access for all practical purposes, as Mr. Pratte demonstrated, outside the system, that is what
17 engages section 7, and to answer Justice Bastarache's question, this is not an extension of
18 section 7, this is engaged because there is no adequate process to challenge the prohibition.
19 A healthcare system which we say -- a legislative healthcare system which does not deliver
20 medically necessary healthcare in a timely way and prohibits the individual from doing it
21 (inaudible) must be fundamentally flawed in contrary to the principles of the fundamental
22 justice.

23 If one focuses on the purpose of the legislation under review, to deliver
24 healthcare to Canadians which, in my submission, is the right focus, that purpose must mean

1 delivering that in a timely way and if this fails to do so, it cannot be meet the test of
2 fundamental justice. The Attorney General of Canada says, well, satisfactory access is what
3 it means. If it's not timely, it simply cannot be satisfactory.

4 **MR. JUSTICE BINNIE:** Just to clarify, the Appellants talk about the
5 arbitrariness of the system, you're suggesting that built into section 7, once the rights upfront
6 are engaged, the life and security of the person and so on, then, what section 7 means is there
7 must be a procedure, a fair procedure, to deal with threats.

8 **MR. CHERNIAK:** There must be a way to deal with it and there's
9 none here. For all practical purposes, there is none here and thus section 7 -- the
10 fundamental justice aspect of section 7 is engaged, otherwise, Governments could always
11 get around the premise of section 7 simply by not providing any way to deal with the
12 violation of life, liberty and security of the person. That can't be right. That can't be a
13 proper interpretation. In my submission, this is not an extension in any way of the
14 interpretation that this Court has always put on section 7. So, we say that the failure to
15 provide medically necessary healthcare in a timely way is a breach of the essential promise
16 and the premise of the healthcare system.

17 Now, let me turn to the healthcare guarantee. The proposition that the
18 Senators advance is that the choice for this Court and for Governments is not between a
19 single-payer publicly funded model and a parallel private system which is what the
20 Appellants appear to argue for. Rather, the work of the Senate Committee, very extensive
21 work, six volume work that extended over many, many months, and the Report demonstrates
22 that it is possible to provide medically necessary healthcare services in a timely way entirely
23 through the single-payer publicly funded system.

1 That is in a way that will pass constitutional and *Charter* scrutiny such
2 that section 7 rights are not violated, and that method recommended after careful study by
3 the Senate Committee is outlined in considerable details in our factum, starting at paragraph
4 19 and going right through to paragraph 29, and I have not the time to review it in detail, but
5 the premises is that this can be done entirely within the current structure and legislative
6 framework governing the publicly funded healthcare, and that premise was supported by
7 very substantial evidence before the Committee in the existence of two such guidelines in
8 Canada that are detailed in paragraphs 25 to 29 of our factum, and I urge the Court to
9 consider that out. The cardiac care network in Ontario and the western Canada waiting lists
10 cogent and the existence, the ability to create guidelines such as this is supported by the
11 Canadian Medical Association in their factum.

12 The important thing to note is that these guidelines are based on the
13 existing ones and the ones that we propose can be developed. They will be based on
14 objective clinical criteria that result in a URS, an urgency rating score, or its equivalent, for
15 each individual depending on the circumstances of that patient, but the guidelines themselves
16 will be clinically valid and objective. The healthcare guarantee, if it is implemented, will
17 develop similar guidelines for all medically necessary services and rationalize waiting lists
18 over the entire country.

19 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) -- interview process?

20 **MR. CHERNIAK:** -- (Communication failure) -- efficiencies?

21 **MR. JUSTICE MAJOR:** How will you bring the efficiencies?

22 **MR. CHERNIAK:** I say that the efficiencies will be inherent in that
23 system because to the extent that a province cannot provide those services in a timely way
24 in its own locale, it will be obligated under the healthcare guarantee to provide those services

1 to that individual in another province in Canada at its expense or, if necessary, if they're not
2 available in Canada in a timely way, outside the country. Provinces will then have an
3 incentive to so rationalize their services that that requirement will be minimize.

4 **MR. JUSTICE MAJOR:** I understand that, but what I'm curious
5 about is how do you get before this board or tribunal, it sounds like another (inaudible)
6 where there will be the usual lineups?

7 **MR. CHERNIAK:** Well, I say, one doesn't have to get before a
8 tribunal at all. One has to have a medical person evaluate the individual and if the individual
9 needs services in a particular time period based on those medically necessary guidelines,
10 those medical guidelines, that person will be entitled to those services and if he can't, or she
11 can't, get them in their own province, then, they go elsewhere. I'm not suggesting that the
12 healthcare guarantee doesn't involve a board, it involves the rights based on objective
13 clinically valid guidelines that will apply to each individual person and the province will
14 simply have to provide those services there or elsewhere.

15 The healthcare guarantee, as I understand it, does not involve a
16 bureaucracy. What it does envisage -- and this is expanded on in paragraph 20 in our factum
17 and in more details in the report itself, it envisages delivery elsewhere in Canada or in
18 another country, it's a self-defining system because it will be based on current clinical
19 expertise and the individual's scores that each patient under the urgency rating scale is
20 developed for that patient and it will preserve the principle of a single-payer public funding
21 in Canada.

22 **MR. JUSTICE BASTARACHE:** But does that suppose that all
23 provinces have to agree on those --

1 **MR. CHERNIAK:** Yes, I agree, because the provinces deliver the
2 system, the provinces would have to agree and, of course, that's why -- and I'll get to this
3 in a moment, that's why we say that if the Court accepts our submission and makes the
4 declaration of invalidity, that the Court should suspend that declaration for up to three years
5 in order that the Federal Government and the Provinces can come up with a scheme.

6 What's important is that Senator Kirby and his colleagues do not say
7 that their delineation of the healthcare guarantee is the only way this can be done. What they
8 say is -- and it's not the only way that the constitutional validity of the system can be saved,
9 what they say is, it's the one they recommended after extensive study. There may be others.
10 Governments may be able to devise that better method and they should be given this
11 reasonable opportunity to do so by means of the suspension.

12 What we say is that a system that shifts the burden of Governments
13 to meet their constitutional responsibilities on the backs of the most vulnerable of Canadians
14 which is what is happening today on the ground in every part of this country, those people
15 who are in need of medical services and cannot obtain them, that system cannot be
16 maintained, in our submission.

17 So let me conclude where I started. Governments cannot have it both
18 ways, at least not any longer. It can only constitutionally maintain the single-payer publicly
19 funded system if that system delivers the corollary, the promise implied to Canadians that
20 the single-payer system will provide for medically necessary services in a timely way.

21 **MR. JUSTICE BINNIE:** On the implied promises, it's difficult, all
22 kinds of Government programs you could say imply a promise and what you're saying is
23 that section 7 provides a guarantee that whatever promises you imply into the legislation, it
24 has to be performed and, you know, in the case of the health guarantee, the costs would be,

1 according to the estimates, quite staggering. Where do we get the authority to say, well,
2 you've got to have a guarantee and if you don't live up to it, then you have to pay somebody
3 else for those services?

4 **MR. CHERNIAK:** I'm not suggesting this Court declare that there
5 has to be a healthcare guarantee. My position is that the legislative system we have now is
6 flawed and this is a different kind of Government program because it deals with the life and
7 health of Canadians and it prevents them from doing anything about it except within that
8 system, so we're dealing with a different kind of (inaudible). This Court does not have the
9 right to make such a declaration that there be healthcare guarantee, I concede that, which is
10 why our position is, there should be a suspension for three years to let the Governments
11 come to grips with it.

12 But I say the system as it exist is constitutionally flawed because the
13 premise of the system, any mandatory publicly funded system that we prevents you from
14 going anywhere else must deliver those services in a timely way or it's no system worthy
15 of the name. The question of budgets, the Government, who knows, may have to restrict the
16 extent of those services. That will be for Governments to deal with but we say --

17 **MR. JUSTICE BINNIE:** But what you are saying is that the health
18 guarantee by whatever name and whatever particular becomes a positive duty under the
19 *Constitution* on the Government to fulfill in the way which you regard as satisfactory in terms
20 of timeliness and --

21 **MR. CHERNIAK:** If the single-payer system is to be preserved such
22 that one can't go outside the system, the Government could eliminate that. The Government
23 could say, you can't go outside the system, but if the system is to be preserved, and the
24 Senators say it should be, the Senators support the current single-payer publicly funded

1 system but if that's to be preserved, then it must be done in a constitutionally valid way and
2 the healthcare guarantee is one way to do it. It is not the only way, and that's why
3 Government should have three years to figure it out, so let me conclude in this way.

4 **MR. JUSTICE LEBEL:** Well, I would perhaps have just a short
5 question as to the remedy and the possible response to a declaration of invalidity. If we
6 assume, as you seem to assume, that there is no constitutional right to a public medicare
7 system, then I take it that a possible, perhaps a theoretical response from Governments
8 across Canada to a declaration of invalidity would perhaps be the repeal of the present
9 system and, after that, letting people fend for themselves as well as they could.

10 **MR. CHERNIAK:** Well, I suppose that's a possible response, it's not
11 a politically possible response. So if I can conclude in this way, this Court should not shrink
12 from declaring the system as it stands constitutionally flawed but Government should be
13 given the appropriate time frame to come up with a design of the system as this Court did
14 in cases like *Eldridge versus B.C.*, a case like this one where the Government had options
15 available to rectify the unconstitutionality. Thank you.

16 **MR. JUSTICE MAJOR:** Thank you.

17 Mr. Claude.

18 **ARGUMENTATION DE L'INTIMÉ, PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC,**

19 **maître Patrice Claude**

20 **MAÎTRE CLAUDE :** Madame la juge en chef, Madame et Messieurs
21 les juges, les représentations orales du Procureur général du Québec porteront sur l'article
22 7 de la *Charte canadienne*. En ce qui concerne les autres questions en litige, nous référons
23 la Cour aux paragraphes pertinents de notre mémoire sans plus de commentaires tout en
24 étant, bien sûr, disposés à répondre aux questions de la Cour, le cas échéant. Je ferai la

1 première partie des représentations du Procureur général du Québec et mon confrère, maître
2 Robert Monette, en fera la deuxième partie.

3 J'examinerai en ce qui me concerne le domaine d'application de
4 l'article 7 et l'absence d'atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des Appelants.
5 Maître Monette traitera, quant à lui, plus particulièrement de l'absence du lien de causalité
6 entre l'atteinte alléguée et les articles 15 et 11 des deux lois et de la conformité de l'atteinte
7 alléguée avec les principes de justice fondamentale.

8 L'article 7 de la *Charte canadienne* garantit-il aux Appelants l'accès
9 constitutionnel à un libre marché d'assurance privée et de services privés couvrant les
10 services médicaux et hospitaliers déjà assurés par le régime d'assurance-maladie et de
11 l'assurance- hospitalisation du Québec ? Les Appelants prétendent que c'est le cas et, à cette
12 fin, allèguent l'existence d'une liberté fondamentale d'utiliser leurs propres ressources
13 financières pour choisir d'acheter des soins de santé qu'ils estiment convenables.

14 En fait, ce qu'ils réclament, c'est la possibilité que soit mis sur pied
15 un régime d'assurance privée parallèle en marge du régime public qui permettrait à ceux qui
16 auront les moyens de se l'offrir d'obtenir un accès privilégié à des services de santé.
17 D'ailleurs, lors de l'audition devant le juge de première instance, le procureur de l'appelant
18 Zeliotis n'a pas caché la nature réelle de sa demande en affirmant, je plaide le droit des gens
19 plus fortunés à avoir accès à des services de santé parallèles.

20 Les Appelants demandent à cette Cour de revoir l'opportunité de
21 mesures visant à empêcher le développement d'un régime de santé privé parallèle en
22 l'absence d'un contexte factuel adéquat. Aucun des Appelants n'a établi que son état de
23 santé exigeait qu'il ait accès à des soins de santé requis du point de vue médical, ceux-ci
24 n'ont aucune demande de soins particuliers précis à faire valoir et ils ne font face à aucun

1 refus actuel ou imminent de services, n'ont établi aucune difficulté concrète d'accès à un
2 service médical.

3 Au contraire, même dans le cas de l'appelant Zeliotis, la preuve au
4 dossier indique que le système de santé lui a fourni les services d'urgence, les traitements
5 médicaux et des soins opératoires requis par son état de santé et les problèmes qu'il allègue
6 avoir subis n'ont pas été causés par des difficultés d'accès au service de santé mais plutôt
7 par plusieurs facteurs personnels. Quant à l'appelant Chaoulli, celui-ci n'a jamais prétendu
8 qu'il avait reçu des soins inadéquats ou que le système de santé au Québec n'avait pas
9 répondu à ses besoins personnels de santé.

10 En fait, ce que font les Appelants, c'est mettre l'hypothèse que s'ils
11 ont éventuellement besoin de soins de santé, le système de soins de santé québécois ne sera
12 pas en mesure de répondre à leur demande, du moins, dans un délai adéquat. Ils invitent la
13 Cour à faire cette hypothèse sans que l'on connaisse notamment la nature des services de
14 santé qui seraient requis, la disponibilité de ce service, les causes d'un éventuel retard à le
15 donner et les délais à partir desquels il pourrait y avoir un impact sur la santé des personnes.

16 Les Appelants demandent donc à la Cour d'analyser les impacts des
17 dispositions attaquées à partir d'un contexte factuel inadéquat et hautement hypothétique à
18 partir d'un contexte qui ne comprend pas les éléments permettant d'évaluer la nature de
19 l'atteinte, sa cause et le rôle de l'État de cette atteinte.

20 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE :** Je pense que le cas de
21 monsieur Stein n'était pas très hypothétique, il y a pas mal de preuve ici qu'il y a des listes
22 d'attente importantes, il y a plusieurs experts qui ont témoigné que leurs clients étaient mis
23 en danger par l'inaccessibilité aux services. Vous voulez qu'on ignore toute cette preuve-là
24 ?

1 **MR. CLAUDE** : En ce qui concerne le cas de monsieur Stein, la juge
2 a entendu monsieur Stein lui-même, a entendu aussi le médecin traitant de monsieur Stein
3 qui était le docteur André Roy et pour en conclure à la page 44 de sa décision ... en fait, à
4 la page 28 qui se retrouve à la page 44 du dossier conjoint des Appelants, et je vous cite :

5 “Par ailleurs, le docteur André Roy est le chirurgien de l’Hôpital St-
6 Luc. J’assume qu’il a vu monsieur Stein, et son témoignage n’a pas
7 été au même effet. Notons que le docteur Roy n’a pas été appelé
8 comme témoin lors du procès de maître Stein contre la Régie de
9 l’assurance-maladie du Québec. Le docteur Roy a raconté devant le
10 tribunal une histoire différente de celle racontée par maître Stein.
11 Selon lui, la chirurgien de maître Stein n’a dû être remise qu’une
12 seule fois et il l’aurait peut-être opéré dès la semaine suivante.
13 Docteur Roy a témoigné avec aplomb et sincérité en donnant de
14 nombreuses explications sur ce qui est arrivé à St-Luc avec maître
15 Stein, son patient. Que penser de ceci, le tribunal reste perplexe sur
16 ce qui est survenu réellement dans ce cas, l’histoire à tout le moins
17 n’est pas concluante.” (Comme lu)

18 Évidemment, le cas de monsieur Stein, comme celui de monsieur
19 Zeliotis, n’est pas révélateur du fait qu’un préjudice ait été subi par les délais qui ont été
20 causés en l’espèce.

21 **MONSIEUR LE JUGE LeBEL** : Mais enfin, maître Claude, puis là-
22 dessus, revenant un peu sur les problèmes soulevés par mon collègue, le juge Bastarache,
23 il semble qu’il y ait quand même dans le dossier des éléments de preuve quant à des
24 problèmes, disons, systémiques dans l’organisation des services à l’heure actuelle, et est-ce

1 qu'à ce moment-là, les Appelants ne peuvent pas faire, quant à leur qualité à agir,
2 l'hypothèse raisonnable que s'ils ont à recourir aux services de santé disponibles qu'ils
3 peuvent rencontrer des difficultés ? Et puis est-ce que ça ne suffirait pas à ce moment-là
4 pour établir sur le plan strictement constitutionnel leur intérêt à agir ?

5 **MAÎTRE CLAUDE :** Ce n'est pas tant une question d'intérêt à agir
6 comme une question d'avoir devant la Cour le contexte factuel pertinent et adéquat pour
7 faire une analyse dans le cadre de l'article 7, d'une part. Les Appelants, n'ayant démontré
8 aucune difficulté particulière d'accès à des soins de santé qui les concernent directement,
9 fondent leur argument sur une allégation effectivement d'atteinte généralisée en prétendant
10 que le système de santé québécois présente des carences si graves qu'il ne répond pas sur
11 une grande échelle au besoin de la population, qu'il met ainsi globalement en péril la sécurité
12 des québécois.

13 Je vous soumets respectueusement qu'ils n'ont pas fait la preuve de
14 cette allégation. Face à une loi qui assure à la population québécoise un accès gratuit aux
15 services médicaux et hospitaliers requis du point de vue médical, qui assure l'accès à
16 l'ensemble, au réseau d'établissements de santé organisés conformément à la loi et à l'accès
17 gratuit à la quasi totalité des médecins pratiquants au Québec.

18 Un système aussi dont la performance considérée à la lumière des
19 indicateurs sociaux sanitaires pertinents se compare favorablement à l'accès des autres pays
20 développés. Des bons résultats sont obtenus sur plusieurs éléments, une mortalité évitable,
21 le nombre d'années potentielles de vie perdue, taux de mortalité infantile, espérance de vie
22 à la naissance, et cetera. La preuve au dossier aussi établit que le régime de soins de santé
23 répond bien aux cas qui présentent un danger pour la vie ou l'intégrité physique des usagers.

1 C'est ce que les experts sont venus dire, il peut y exister certains délais dans la chirurgie
2 élective, mais les cas d'urgence sont traités promptement et efficacement.

3 Dans les autres situations, comme justement celle où les usagers sont
4 en attente d'une chirurgie élective, les professionnels impliqués évaluent la situation de
5 ceux-ci et les traitent de façon prioritaire si leur état de santé présente des signes particuliers
6 qui justifieraient une intervention plus rapide. C'est les témoignages de Doyle, du docteur
7 Doyle, du docteur Fortin également qui dit que les cas urgents sont vus, on les priorise, on
8 les passe avant. Ceux qui vont attendre, c'est des cas qui ne présentent pas ces
9 caractéristiques de nécessité d'urgence et de nécessité de soins immédiats.

10 Ce qui a au dossier en fait, c'est qu'on vous parle du phénomène des
11 listes d'attente pour vous amener à conclure et à poser un jugement sur l'état général du
12 système de santé québécois en se fondant sur ce sujet très médiatisé, par ailleurs, les listes
13 d'attente. Je vous soumets que ces listes d'attente ne nous fournissent pas d'informations
14 fiables parce qu'elles ne sont pas constituées à partir de données uniformes et normalisées.
15 C'est ce que la preuve indique au dossier. On estime généralement que plus du tiers des
16 patients qui se retrouvent sur ces listes sont comptabilisés à part, et ça, pour diverses raisons.

17 Un exemple de cela, le docteur Fortin, ophtalmologiste à Granby,
18 témoigne que sur les patients qui sont en attente à l'Hôpital de Granby pour une opération
19 de la cataracte, certains sur leur demandes d'admission, on voit la mention inscrit « Floride
20 » parce qu'ils sont en Floride une partie de l'hiver, ils ne sont pas disponibles pour
21 l'opération, mais ils sont quand même comptabilisés comme étant en attente et en temps
22 d'attente. Donc, il faut faire beaucoup attention avant de recourir à ce phénomène très
23 médiatisé.

De plus, je vous sou mets respectueusement qu'on ne peut pas établir l'existence d'un préjudice à la santé d'une personne sur le seul fait que celle-ci est placée sur une liste d'attente. Monsieur Stein est un exemple pas concluant. Monsieur Zeliotis prétendant avoir attendu, la Cour examine son cas et arrive à la conclusion qu'il n'a pas subi le préjudice qu'il allègue. Deux personnes qui auraient pu être comptabilisées sur une liste d'attente.

Par ailleurs, l'OCDE dans une étude qui est citée au paragraphe 125 de notre mémoire, l'étude qui s'intitule «Tackling Excessive Waiting Times for Elective Surgery: A Comparison of Policies in Twelve OECD Countries». L'OCDE dans cette étude, là, fait une revue des études sur la question des délais d'attente pour arriver à la conclusion qu'il n'y avait pas de preuve de détérioration de l'état de santé pendant l'attente. Pas de preuve concluante à cet égard-là, probablement, dit-elle, parce que les temps d'attente sont courts lorsque les situations sont graves et, d'autre part, parce que, justement, les médecins gèrent les listes d'attente et priorisent les cas qui nécessitent une intervention plus rapide.

Donc, il faut faire attention avant de conclure à la faillite du système en relation avec ces temps d'attente. En soi, une liste d'attente n'est pas un élément indésirable pour un système de santé, les caractéristiques des pays qui ne limitent pas l'accès aux soins de santé en fonction de leur capacité de payer les individus, ils jureront qu'il est nécessaire dans la distribution des services.

MONSIEUR LE JUGE LeBEL : Par contre, dans certains cas, même s'il n'y a pas, disons, de menace directe à la vie, attendre 12 mois ou deux ans comme on l'a dit dans certains cas pour un remplacement de hanche, peut fort bien rendre la vie impossible à une personne, de la rendre inapte, disons, à l'exercice de ses activités courantes

1 puis il semble y avoir certaines indications que le système génère à l'occasion de tels
2 problèmes.

3 **MAÎTRE CLAUDE :** Bien, nous ne prétendons pas au caractère
4 parfait du système. Effectivement, il y a certaines situations dans des domaines particuliers
5 qui peuvent être identifiées où certains problèmes de temps d'attente existent mais cette
6 situation-là ne peut pas permettre de conclure à la faillite généralisée du système et au fait
7 que sur une grande échelle, le système de santé québécois ne répond pas aux besoins de la
8 population.

9 Et c'est précisément le fardeau qui importe aux Appelants parce qu'ils
10 n'identifient pas de demandes particulières, font une attaque généralisée du système, bien,
11 ils devraient démontrer qu'effectivement c'est le cas et on ne peut pas présumer dans l'état
12 actuel du dossier que la situation est telle que le système est à ce point en faillite, qu'il ne
13 répond pas aux besoins de la population d'une façon généralisée. D'ailleurs, personne ne
14 prétend sérieusement que le système de santé est en faillite. Toutes les commissions et les
15 comités qui se sont penchés sur ce système croient à la nécessité de le préserver, de le
16 maintenir dans ses fondements actuels.

17 Alors dans ce contexte, la revendication des Appelants relève, je vous
18 soumets respectueusement, essentiellement de la disposition de ressources financières pour
19 se procurer des services médicaux hospitaliers déjà assurés par la loi, et accorder une
20 protection constitutionnelle à ce droit aurait pour conséquence d'élever au rang de droit
21 constitutionnel un droit qu'en réalité, seuls les gens les plus fortunés pourraient exercer. Je
22 vous soumets que l'article 7 ne permet pas de revendiquer ce droit lequel n'est pas protégé
23 au titre de la liberté ou de la sécurité de la personne. Je réfère la Cour, pour compléter mes
24 représentations sur cette question, notamment aux paragraphes 132 à 139.

Évidemment, tout ceci examiner dans le contexte où l'article 7 de la *Charte* serait applicable, en présence d'un contexte qui présenterait les éléments factuels et pertinents pour évaluer l'ensemble des éléments devant mener à une conclusion de la protection de l'article 7, la nature de l'atteinte, sa cause, parce que les causes d'un délai peuvent être multiples, et maître Monette y reviendra, ça peut être dû à un ensemble d'éléments qui ne sont pas imputables à l'État; ça peut être le professionnel lui-même, le médecin professionnel, qui, pour des raisons x, y, gère mal ses listes; ça peut être la pénurie de professionnels dans un secteur donné, une pénurie que connaît l'ensemble des pays industrialisés dans certains secteurs. Et est-ce que l'interdiction causée par ... l'interdiction de contracter une assurance privée causée par la loi est la cause de ces délais ? Tous les éléments qui ne sont pas démontrés en l'espèce.

Alors, ceci dit, le présent débat, je vous soumets respectueusement, ne relève pas du domaine d'application de l'article 7. Selon le courant jurisprudentiel dominant concernant cet article, cette disposition a pour effet d'empêcher certains types d'atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, soit celle qui résulte d'une interaction d'individus avec le système judiciaire et l'administration de la justice.

Les raisons qui sont invoquées pour limiter l'application de l'article 7 au domaine du système judiciaire et de l'administration de la justice ont été exposées par la Cour dans plusieurs décisions, et dernièrement par le juge Bastarache dans l'affaire *Gosselin*. Il n'est pas mon intention ici de les reprendre et j'y réfère sans plus de commentaires. Pour reconnaître toutefois que la majorité dans *Gosselin* n'a pas fermé définitivement la porte à l'application de l'article 7 en dehors de tout contexte de l'administration de la justice, la Cour n'a toutefois pas encore franchi ce pas et nous soumettons qu'il n'est pas opportun de le franchir ici dans le contexte du présent dossier.

En l'espèce les atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne alléguées ne résultent pas d'une interaction d'individus avec le système judiciaire et l'administration de la justice, ce qu'a reconnu maître Trudel dans le cadre de sa plaidoirie. Les mots et le système judiciaire à l'administration de la justice s'entendent du comportement de l'État en tant qu'il fera observer et appliquer la loi. Il doit y avoir, je vous soumetts respectueusement, une action initiale de l'État par le biais de l'administration de la justice qui porte directement atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Il faut que l'atteinte émane de l'État par l'application du système judiciaire par l'administration de la justice, or en l'espèce, il n'y a aucune mesure de l'État qui serait analogue à une instance judiciaire ou administrative emportant des conséquences juridiques pour les Appelants.

MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE : Il n'y a pas un régime de pénalité pour le médecin qui fournirait un service contrairement à la loi ?

MAÎTRE CLAUDE : Il y a une sanction pénale qui est l'amende qui viendrait sanctionner une contravention aux articles 15 et 11, 15 de la *Loi sur l'assurance-maladie* et 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*. Je vous soumetts que cette seule possibilité d'une amende ne permet pas de soumettre à l'article 7 la validité d'une disposition portant sur l'interdiction d'assurance privée en elle-même. Si la présence ...

MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE : C'est le système de justice qui entre en jeu.

MAÎTRE CLAUDE : Oui, mais la disposition contestée, les articles 11 et 15, n'impose aucun traitement par l'intervention du système judiciaire comme c'était le cas dans *B. (R)* par exemple. L'État ne prend aucun moyen coercitif pour restreindre l'accès à un traitement. Il ne peut pas intervenir, le système judiciaire, d'une façon telle que

1 c'est celui-ci qui cause la violation alléguée de la vie, de la liberté ou la sécurité des
2 Appelants, contrairement à *Morgentaler* ou à *Rodriguez*, par exemple. Les dispositions
3 contestées ne portent que sur un droit contractuel de nature économique, sur le mode de
4 financement des régimes d'assurance-maladie et d'assurance-hospitalisation. Elles visent
5 à assurer l'accès à tous à des services médicaux et hospitaliers de qualité et non pas à
6 restreindre cet accès.

7 Et si la seule présence d'une sanction pénale prévoyant l'imposition
8 d'une amende suffisait pour assujettir le régime dans l'application de l'article 7, bien, cet
9 article s'appliquerait, je vous soumetts respectueusement, à la quasi-totalité des régimes
10 législatifs de nature réglementaire. Il faut que la conduite qui fait l'objet de la disposition
11 pénale mette elle-même directement en jeu les droits garantis par l'article 7 pour être
12 assujettie à l'examen des tribunaux. Ce n'est pas le cas ici.

13 Un exemple de cela, dans le *Renvoi sur le Motor Vehicle Act*, ce n'est
14 pas l'interdiction de conduire durant la suspension du permis qui met en jeu l'article 7, mais
15 le fait que ce geste devenait par les dispositions du *Code criminel* une infraction de
16 responsabilité absolue passible d'emprisonnement. Je vous réfère à l'affaire *Rombault* aussi
17 de laquelle on cite plusieurs extraits dans le mémoire qui établit également ce principe.
18 Donc, à notre avis, il n'y a pas application du système d'administration de la justice en
19 l'espèce.

20 Par ailleurs, la grande difficulté pour les Appelants et les Intervenants
21 d'identifier un principe de justice fondamentale qui serait applicable au présent débat illustre
22 parfaitement que l'on tente d'appliquer l'article 7 dans un contexte où l'administration de
23 la justice n'est pas en cause. Mon confrère, maître Monette, reviendra sur le sujet des
24 principes de justice fondamentale.

1 Soulignons seulement ici que la façon dont les Appelants et les
2 Intervenants tentent de définir les principes de justice fondamentale illustre bien les dangers
3 et les conséquences de reconnaître un domaine d'application de l'article 7 pour protéger des
4 droits ou intérêts n'ayant aucun rapport avec l'administration de la justice. Les Appelants
5 et les Intervenants invoquent l'article 7 et les principes de justice fondamentale pour amener
6 la Cour à préciser comment devrait être organisé le système de soins de santé et pour revoir
7 les principes mêmes et les fondements de cette organisation. Ils les invoquent tantôt pour
8 donner ouverture à un système privé parallèle, comme les Appelants, puis tantôt pour
9 l'empêcher, comme le Charter Committee on Poverty, notamment.

10 On veut que la Cour examine notre mode de financement du réseau,
11 qu'elle revoie la pertinence d'un système de santé à payeur unique, qu'elle évalue les impacts
12 de l'introduction d'un régime privé parallèle sur la qualité et l'accessibilité des soins, qu'elle
13 compare différents systèmes entre eux, qu'elle détermine l'opportunité de prévoir une
14 garantie de soins ou détermine les délais selon lesquels les soins devraient être accordés, et
15 je vous soumets que ce n'est qu'un début. La plupart des décisions en matière de santé ayant
16 un effet sur l'ordre de services, voudra-t-on assujettir à la révision des tribunaux les
17 décisions relatives au choix des services assurés au titre de traitement privilégié, la gérance
18 des hôpitaux, et cetera.

19 Ces questions de politiques sociales et économiques sont d'une grande
20 complexité. Cela est particulièrement vrai dans le secteur de la santé comme en font foi
21 notamment les nombreux organismes et comités qui se penchent régulièrement sur celui-ci.
22 Or, les tribunaux ne disposent pas des ressources institutionnelles nécessaires pour réviser
23 les décisions prises en matière d'organisation du financement des services de santé alors que

celles-ci sont intimement reliées à d'autres paramètres organisationnels et d'autres paramètres budgétaires qui sont fort techniques.

Rappelons le texte de Donat Greschner(Ph) reproduit au paragraphe 104 de notre mémoire, le système de soins de santé étant d'une extrême complexité, on risque, en essayant d'apporter des solutions simples aux difficultés, par exemple, en autorisant l'assurance privée pour résoudre les problèmes des listes d'attente, peut causer des dommages considérables au système et porter atteinte aux lois constitutionnelles d'une catégorie de citoyens. Il est certain que le rôle des tribunaux serait considérablement élargi si on permettait à ceux-ci par le biais de l'article 7 de restituer sur les normes d'organisation du système de santé.

MADAME LA JUGE DESCHAMPS : Comment expliquez-vous que monsieur Castonguay, lors de la Commission parlementaire, ait pu faire des représentations à l'effet que le système pouvait offrir une garantie d'égalité et qu'il n'y avait pas de problème de drainage des ressources, compte tenu de l'article 24, ou de l'article 30, là, du 3 % qui était à l'époque et puis l'apparition de l'article -- (bris de communication) -- l'assurance privée ?

MAÎTRE CLAUDE : Ces deux mesures, y compris celle qui traitait de d'assurance privée, étaient déjà présentes dans les premiers projets de loi, y compris par celui qui avait été présenté au préalable par l'Assemblée nationale, il y avait l'Union nationale, et ça a toujours été deux mesures qui ont coexistées et qui visent toutes les deux à assurer les mêmes objectifs, c'est-à-dire les principes et les valeurs d'égalité sociale dans l'accessibilité aux soins et aussi visent à assurer la capacité du système de santé de répondre adéquatement ... le plus adéquatement possible aux besoins de l'ensemble de la population en s'accaparant de l'ensemble des ressources, en établissant un système à payeur unique qui

1 permet une meilleure planification de l'organisation du système de santé et des services
2 sociaux.

3 Or, il y a ces deux articles, l'article 15 qui vise à faire en sorte que ne
4 se développe pas un régime d'assurance privée parallèle qui mettrait en péril ces deux
5 objectifs-là, et l'article 30 qui vise à assurer le même objectif mais dans un contexte un peu
6 différent. L'article 30 vise la situation où il y aurait, par exemple, pour des fins de
7 négociations, parce que les médecins négocient les tarifs avec le gouvernement, un
8 désengagement massif en gage de protestation de ces médecins-là, mais à ce moment-là, le
9 gouvernement pourrait par le biais de l'article 30, la mécanique qui est prévue, l'adoption
10 d'un décret, et cetera, forcer la participation des médecins qui se seraient désengagés du
11 système. Alors, il n'y a pas incompatibilité entre ces deux objectifs-là et les deux
12 poursuivent les mêmes fins.

13 **MADAME LA JUGE DESCHAMPS :** Dans ses réponses à la
14 Commission parlementaire, monsieur Castonguay faisait uniquement référence à la limite
15 de
16 3 %, alors il y avait lieu de croire que la prohibition n'était pas présente ou importante à son
17 esprit à ce moment-là.

18 **MAÎTRE CLAUDE :** La prohibition, il est revenu par la suite, par
19 ailleurs et dans un temps subséquent ... malheureusement, je n'ai pas la référence exacte,
20 mais il est revenu sur les raisons qui expliquaient que le gouvernement avait abandonné la
21 question du 3 %. Il l'avait laissé de côté parce que, justement, il voyait avec ce 3 %, la
22 possibilité d'une équité et de faire en sorte qu'un accès privilégié puisse être obtenu par le
23 biais de la capacité de payer ce qui n'était pas dans l'intérêt du système.

1 Il y a une réponse à cette question-là, malheureusement ... et c'est
2 survenu, je pense que c'est la pièce ... c'est lors d'un débat justement qui portait sur une
3 motion subséquente du Crédit social qui visait à revoir et remettre en application cette règle
4 du 3 % et elle a été rejetée par le ministre et, à ce moment-là, parler de la question d'équité
5 et d'égalité. Je tenterai tantôt pendant que mon confrère, maître Monette, plaide, de vous
6 donner la référence exacte si vous me le permettez.

7 Alors, c'est la pièce R-30 du Journal des débats de l'Assemblée
8 nationale du 15 octobre 1970. Je cite le ministre Castonguay :

9 “Nous avons dit, lorsque la *Loi de l'assurance-maladie* a été présentée
10 au mois de juillet, qu'un des buts de cette loi est que la capacité
11 financière du patient ne soit pas une des raisons qui lui permettent
12 d'avoir un accès plus grand aux soins par rapport à un autre patient;
13 que l'accès aux soins devait être conditionné uniquement par la
14 disponibilité des services et non pas par la capacité de payer. Alors,
15 cette question a été tranchée, à mon avis, lors de l'adoption du projet
16 de loi no. 8.”

17 Et qu'il refuse en conséquence les amendements soumis et proposés
18 par ...

19 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE :** À ce moment-là,
20 l'interdiction, est-ce qu'elle ne visait pas simplement la surfacturation et les contrats
21 d'assurance privée mais ça n'empêchait pas de prendre un réseau parallèle ?

22 **MAÎTRE CLAUDE :** L'interdiction dont parle le ministre à ce
23 moment-là, c'est la même interdiction que celle qui se trouve à l'article 15 sur l'interdiction
24 des contrats d'assurance. C'est qu'il y a eu dans les débats en cours de route avant la

possibilité de prévoir qu'un médecin puisse être ... tout en étant désengagé, puisse se faire payer une certaine partie de ses services par le biais de l'assurance, et c'est ce débat-là et c'est ce dilemme-là qui a été rejeté ... cette proposition-là a été retirée du projet de loi pour en arriver à l'article 15.

MADAME LA JUGE DESCHAMPS : Mais pour des motifs d'égalité qu'on a qualifié d'absolue plutôt que des motifs de crainte quant à l'intégrité du système.

MAÎTRE CLAUDE : Il y avait ces motifs d'égalité que vous appelez égalité absolue, je constate que c'est une tentative de mettre en oeuvre les principes d'égalité sociale, il y avait cela de dit et de verbaliser par le ministre Castonguay à ce moment-là, je pense qu'il faut voir dans l'ensemble des dispositions et dans l'ensemble des débats qui ont été portés à l'Assemblée nationale, notamment, du Rapport de la Commission Castonguay, qu'il y avait cette nécessité d'accaparer l'ensemble des ressources, de ne pas avoir un système privé parallèle à côté qui nuirait à l'organisation du service, à la capacité de l'État à différentes mesures de l'organiser et de répartir régionalement, et cetera, ces ressources en question.

Alors si on revient ... je reviens à l'idée que je développais de la complexité des décisions à prendre en matière d'organisation d'un système de santé, bien, le présent dossier en est un bel exemple. La complexité de la question des effets d'un régime de santé privé parallèle sur les délais d'attente illustre bien que l'évaluation des politiques générales en cette matière relève davantage d'un débat public interdisciplinaire que d'un débat judiciaire. L'article 7 ne peut servir de moyen pour s'adresser aux tribunaux afin que ceux-ci gèrent à la pièce le réseau de la santé en fonction des recours que les mieux organisés de la société pourront intenter, et je vous soumets respectueusement que c'est pourtant là la thèse des Appelants et de plusieurs Intervenants au dossier.

1 Précisons enfin une règle de prudence et alors que les décisions qui
2 sont prises par l'administration en matière d'organisation des services de santé non
3 seulement sont importantes mais elles doivent également pouvoir évoluer pour répondre aux
4 besoins changeants de la clientèle et de la population. Il est dangereux de cristalliser
5 l'évolution du système de santé par l'établissement de règles obligatoires de financement qui
6 résulterait d'exigences constitutionnelles. On est sur un terrain très complexe, très
7 compliqué, et il faut éviter par l'imposition de règles constitutionnelles d'en figer
8 l'évolution.

9 Donc, plusieurs éléments militent à l'encontre d'une application de
10 l'article 7 au présent dossier, l'absence d'un contexte factuel adéquat en est un, l'absence
11 d'intervention directe de l'État par le biais du système judiciaire et l'administration de la
12 justice, la difficulté d'identifier un principe juridique qui soit applicable au domaine de la
13 santé et la complexité et la nature des enjeux socio-économiques soulevés par le dossier, le
14 fait que le débat relève davantage d'un réseau public en général. Or, tout ceci indique, nous
15 soumettons respectueusement, que nous sommes dans un dossier qui ne relève pas du
16 domaine de l'application de l'article 7.

17 J'ai déjà abordé la question de l'atteinte ...

18 **MONSIEUR LE JUGE LeBEL :** Est-ce que vous dites, en somme,
19 que la question est en un sens tellement politique qu'elle ne relève pas du domaine
20 d'intervention judiciaire ou est-ce que notre droit constitutionnel admet qu'il y a une telle
21 catégorie de questions définies comme politiques qui ne sont pas sujettes à examen judiciaire
22 au moins pour vérifier la conformité avec certaines valeurs de la *Charte* ?

23 **MAÎTRE CLAUDE :** Ce que je vous dis et vous soumetts, c'est que
24 dans le contexte dans lequel sont amenées les questions que l'on pose à la Cour dans ce

dossier, nous nous retrouvons à avoir à débattre des questions qui sont de nature politique et que le dossier ... je ne dis pas que jamais la Cour n'a examiné les questions qui sont de nature politique, la *Charte* a été une évolution importante à cet égard-là, mais ce que je vous dis, c'est que dans ce dossier-ci, en l'absence du contexte factuel, compte tenu de la nature des questions, le débat en est un essentiellement politique qui ne relève pas des tribunaux.

Alors, à ce stade-ci, je vais laisser la parole à mon collègue, maître Robert Monette. Je vous remercie.

ARGUMENTATION DE L'INTIMÉ, PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC,

maître Robert Monette

MAÎTRE MONETTE : Plaise à la Cour. Madame la juge Deschamps, pour compléter une réponse de mon collègue, maître Claude, sur la nécessité de la mise en commun des ressources, je pourrais vous référer à la page 3307 de notre recueil où la Commission Castonguay écrit :

“Même si l'assurance-maladie visait uniquement à éliminer la barrière financière vis-à-vis des soins, l'action collective en regard du champ d'application pourrait difficilement revêtir un caractère limité. La rationalisation de l'effort financier ainsi consenti par la société exige une mise en commun de toutes les ressources individuelles affectées à la protection contre la maladie.”

Alors, ça a toujours été un principe à l'instauration du régime d'assurance-maladie que le but recherché est de permettre à la disponibilité de l'ensemble de la population québécoise toutes les ressources dans le domaine de la santé.

MADAME LA JUGE DESCHAMPS : À ce moment-là, pourquoi imposer des limites, des limites de temps, des limites de nombres d'actes ?

MAÎTRE MONETTE : La gestion d'un système de santé à travers

le monde est la chose la plus difficile à faire. Dans l'étude de l'OCDE sur la tentative d'étudier les listes d'attente en matière de soins électifs uniquement, on nous dit que la moitié des pays de l'OCDE ont des problèmes de listes d'attente. Il y a des considérations qui interviennent où l'État doit juger dans quelles spécialités il doit intervenir, de quelle façon il doit intervenir.

Il se peut qu'à un moment donné, évidemment, qu'il y ait des moments de crises. Nous l'avons vécu au Québec en matière de réseau thérapie et la solution qui a été entreprise par le gouvernement, c'est de fournir à ces citoyens des soins des États-Unis, et je sais que c'est déjà arriver aussi en Colombie-Britannique et je pense en Ontario. Cette solution-là qui est efficace pour la population, il y a seulement un système public qui pourrait le faire. Il y a aucun système d'assurance privée qui pourrait se permettre de faire ça.

Alors, pour répondre à votre question, Madame la juge Deschamps, évidemment que nous tentons de faire le mieux avec les ressources disponibles, que la gestion des listes d'attente fait partie de cette tentative de résoudre tous les problèmes, que l'engagement de fournir les soins à toute la population est là, mais qu'elle fait partie aussi d'un problème intrinsèque, nous y allons par priorisation des cas et non pas par le fait que vous pouvez obtenir ce soin parce que vous avez la possibilité de vous le payer. C'est la priorisation des cas dans le système qui fait en sorte que vous allez obtenir le soin, et donc, c'est la condition de santé de l'individu qu'on étudie en premier lieu.

Dans le lien de causalité, ça peut relier, je pense, au lien de causalité au dossier. Il est le fardeau de la preuve des Appelants d'établir le lien, non pas un lien conjectural mais un lien direct et immédiat entre le préjudice allégué et l'interdiction, c'est-à-

1 dire dans ce cas-ci, les difficultés d'accès si elles existent et une intervention de l'État. Nous
2 soumettons que les Appelants avaient donc le fardeau ... le fardeau de preuve devait être
3 répondu de façon suivante : est-ce que les problèmes d'accès de soins sont reliés directement
4 à l'intervention dans un premier temps; et dans un deuxième temps, est-ce que la présence
5 de l'assurance privée éliminerait les problèmes d'accès ou encore garantirait la fourniture
6 des services de santé à toute la population ?

7 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE :** Je ne crois pas que c'est
8 ça la question. Au plan constitutionnel, je ne crois pas que les personnes qui disent que le
9 système privé serait supposé régler les problèmes du système public. Je crois que la
10 question, c'est de plutôt de savoir, est-ce que le système public a besoin d'interdire
11 complètement les services privés pour assurer sa propre intégrité ?

12 **MAÎTRE MONETTE :** Absolument, Votre Seigneurie. Absolument,
13 et la preuve est au dossier, quoiqu'on dise, qu'on intervienne dans les mémoire des
14 Appelants et des Intervenants en disant qu'il n'y a pas de preuve au dossier, c'est inexact.
15 Toute la preuve d'expertise qui a été déposée par les experts des deux Procureurs généraux
16 porte sur ce point-là, à l'effet de ... quand on parlait tantôt de la mise en commun des
17 ressources, un effet immédiat de l'intervention d'assurance privée, c'est de prendre des
18 ressources qui ne sont pas disponibles et de se les attribuer pour une seule partie de la
19 population et non pas pour l'ensemble de la population, c'est le premier effet néfaste.

20 **MADAME LA JUGE DESCHAMPS :** Si le gouvernement limite le
21 temps opératoire, c'est que les médecins ont plus de disponibilité que le temps qui leur est
22 alloué.

23 **MAÎTRE MONETTE :** La gestion des temps opératoires dans un
24 hôpital fait en sorte que la salle d'opération peut être utilisée par plusieurs spécialistes, pas

1 simplement par un spécialiste. Alors, ça doit être géré encore, c'est encore de la micro-
2 gestion de système et c'est ça qui arrive en pratique. D'ailleurs, vous avez une preuve au
3 dossier, quand on parle du docteur Doyle qui est chirurgien cardiaque qui, lui, se plaint
4 d'effectuer ... de travailler 12 heures par jour et d'en avoir son maximum d'opérations, de
5 chirurgies. Alors cet argument-là, je pense, encore une fois, on est en train d'évaluer la
6 gestion du système de santé, comment ça doit se faire, et comme vous l'avez remarqué, je
7 pense, et c'est peut-être ce besoin de déférence de la Cour vis-à-vis les choix politiques du
8 législateur ...

9 **MONSIEUR LE JUGE LeBEL :** Ça, ça nous ferait peut-être déborder
10 sur des questions de limitation des effectifs médicaux et de budgets de construction
11 d'hôpitaux, d'aménagement, et cetera.

12 **MAÎTRE MONETTE :** Monsieur le juge LeBel, encore une fois,
13 cette intention-là doit être étudiée ... cette intervention-là doit être étudiée dans le cadre où
14 elle pourrait être faite. Par exemple, on sait qu'il y a des hôpitaux qui vont être construits
15 à Montréal, deux centres hospitaliers, un à McGill et un ... à Montréal aussi, alors, il est
16 difficile de toujours réévaluer les décisions qui sont prises dans ces matières de santé-là et
17 il faut éviter aussi de faire, je vous le sou mets ... éviter de faire du cas par cas ou de
18 l'anecdote et dans ce cas-là, je ne veux pas le répéter mais il faut ... dans le cas de monsieur
19 Stein, ce qui est important de savoir, la chirurgie a été remise d'une semaine et la raison
20 pourquoi elle a été remise, et ça, le docteur Roy a témoigné devant la juge Piché, c'est qu'il
21 avait soit une urgence hépatique ou soit une transfusion de foie et le docteur Roy est un des
22 seuls spécialistes à l'est de Toronto qui peut effectuer ce genre de transplantation-là.

23 Alors, comment évaluer ou comment tenter de se fixer des bases qui
24 permettraient d'évaluer, de faire du cas par cas ou encore de tenter d'établir une garantie de

soins ? Je vous soumets que c'est impossible parce que chaque cas, ce qu'on vous demande, c'est la possibilité de réévaluer chaque évaluation médicale qui serait faite par un professionnel et cette réévaluation-là serait faite dans du cas par cas pour chaque citoyen qui croirait qu'il subit un retard indu.

Donc, vous avez deux cas au dossier où justement même si vous avez le citoyen qui se plaignait, ce n'était pas le cas. Vous avez le jugement de madame la juge Piché quant au dossier de monsieur Zeliotis et vous avez aussi l'affaire *Stein*, mais il reste que si cette application-là est une espèce de protection constitutionnelle, il faut voir l'embourbement du système de santé à ce moment-là de faire en sorte que tous les professionnels seraient obligés de défendre leurs décisions, de participer à des auditions, alors que leur temps serait beaucoup plus précieux justement à exercer leur profession dans les hôpitaux.

MONSIEUR LE JUGE LeBEL : Ce que vous nous suggérez, en somme, si je vous comprends bien, c'est quel que soit l'emballage juridique de la question, c'est que nous serions aux limites des capacités d'interventions utiles des tribunaux et que c'est un domaine dans lequel, autant que possible, les tribunaux devraient se garder d'intervenir.

MAÎTRE MONETTE : C'est l'argument qui sera retenu au bout de la ligne et sans oublier que les valeurs qui sont protégées par le système de santé public, ce sont des valeurs d'égalité et d'intégrité, ça, c'est important de faire valoir qu'elles ne sont pas encore contestées par la population, et je reviendrai ... je terminerai sur des extraits de Romanow.

Alors, quant au lien de causalité, je disais que les deux éléments qui devaient être mis en preuve ne l'ont pas été, à savoir, est-ce qu'il y a un lien direct entre

1 l'interdiction et le préjudice ? Nous soumettons que non. Dans tous les cas, ce sont des
2 facteurs inhérents à tous systèmes de santé. Prenez l'exemple de l'évolution continue des
3 nouvelles technologies qui permet d'avoir des opérations moins évasives et de soigner plus
4 rapidement. Ceci ouvre la porte évidemment à ce qu'une plus grande partie de la population
5 puisse avoir droit à ces soins-là.

6 La conséquence, qu'est-ce qui arrive des accès ? Bien, c'est une
7 conséquence avec laquelle les systèmes auront à faire face pour les années à venir parce que
8 dans le Rapport de l'OCDE sur ça encore une fois, et ce rapport-là est très important, on
9 nous dit que les évolutions technologiques contribuent à une augmentation permanente de
10 la demande. Nous ne sommes pas seuls à faire face à ça au Canada ou au Québec. Tous les
11 pays font face à ce problème-là. C'est un problème de politiques de santé et de gestion de
12 santé.

13 Alors ça, c'est un seul des facteurs. Je vous en mentionne un seul, le
14 mémoire en mentionne d'autres facteurs qui sont inhérents à un système de santé et qui ne
15 sont pas reliés à l'interdiction. Ce que nous soumettons, c'est qu'en plus, les Appelants
16 devaient faire la preuve que la proposition qu'on met devant vous, elle est efficace, que
17 l'assurance privée garantira un soin de santé, on utilise le mot 'garantie' mais l'assurance
18 privée doit vous le garantir, à toute la population et ça, c'est moins évident.

19 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE :** Non, mais il n'y a
20 personne qui argumente de remplacer le système public par un système privé ici, alors le
21 système privé n'a pas à servir toute la population mais simplement servir ceux qui veulent
22 s'en prévaloir parce qu'ils ne veulent pas se prévaloir du système public. Je ne comprends
23 pas votre argument du tout là-dessus.

1 **MAÎTRE MONETTE** : Bien, c'est-à-dire que si on veut prouver que
2 l'atteinte ... que je subis une atteinte, je dois établir ... faire le fardeau de preuve entre
3 l'atteinte et la disposition. Or, la disposition interdit l'assurance privée. Nous avons établi
4 que ce n'est pas l'interdiction qui fait en sorte qu'il y a un problème d'accès.

5 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE** : Non, mais tout ce que ça
6 veut dire, c'est que si ma vie est menacée et que vous m'empêchez d'acheter des services
7 privés, votre restriction sur mes droits n'est pas justifiée, c'est tout ce que ça veut dire. Ça
8 ne veut pas dire que tout le monde dans la même situation que moi doit être capable de se
9 payer un service privé.

10 **MAÎTRE MONETTE** : Oui, mais on doit en faire la preuve à tout le
11 moins, Monsieur le juge Bastarache, que même dans ce cas-là, vous aurez droit à des soins
12 de santé par l'assurance privée et c'est là qu'est la difficulté. Il n'y a pas de garantie. Quand
13 vous regardez monsieur Zeliotis qui a subi trois opérations dans le système de santé,
14 cardiaque et deux arthroplastie, est-ce que cette personne-là aurait pu recevoir de l'assurance
15 quand il s'est plaint la première fois de retard ? C'est ça qu'on veut mettre en preuve. Vous
16 vous plaignez d'un retard, êtes-vous capable de faire la preuve que l'assurance privée
17 viendrait répondre ?

18 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE** : Je crois que ça n'a aucune
19 pertinence parce que ce qui est reproché au gouvernement ici, c'est d'interdire à quelqu'un
20 d'accéder à des services privés s'il est capable de s'en prévaloir. Pour des motifs de santé
21 peut-être qu'il ne peut pas, peut-être pour des motifs -- (bris de communication) -- mais
22 comment pouvez-vous justifier l'interdiction s'il y a une menace à la vie de cette personne-là
23 ? C'est ça la question.

MAÎTRE MONETTE : Je suis d'accord avec vous, Monsieur le juge

Bastarache mais, encore une fois, l'interdiction n'est pas ça. L'interdiction, c'est inexact et la juge Piché l'a dit, le but de l'interdiction n'est pas d'empêcher d'obtenir des soins. C'est d'empêcher un marché d'assurance privée. Le système de santé public n'a pas pour but de vous empêcher d'obtenir un soin.

Si, à un moment donné, dans le système de santé, il existe des cas où la limite entre le délai d'attente non préjudiciable et préjudiciable est atteint, les professionnels doivent intervenir et faire de la priorisation de dossiers. C'est ça qui est le 'blanket security' si vous voulez dans ces cas-là. Alors, c'est pour ça qu'il faut insister pour représenter à la population ... il faut être franc devant la population. Il ne faut pas dire qu'il y a une autre porte de sortie qui serait celle de l'assurance privée sans les informer que dans la même situation où vous ne pourriez peut-être pas obtenir le soin par le biais du public, vous l'auriez par l'assurance privée, c'est inexact. Il n'y en a pas de garantie en matière d'assurance privée.

MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE : Ça, c'est un autre argument parce que moi, je parlais de l'argument au niveau de la justification, là, votre réponse à vous, c'est, il n'y a pas d'atteinte au droit garanti par l'article 7. C'est une autre question.

MAÎTRE MONETTE : Exactement, Monsieur le juge Bastarache.

Si vous me permettez de terminer sur cette note quant au fardeau du lien de causalité, alors, en conséquence, les Appelants ... nous soumettons que les Appelants n'ont pas fait la preuve qu'il y avait un lien de causalité direct entre le préjudice allégué et toute intervention de l'État. Cet examen nous permet aussi de réaliser cependant que le Québec et le Canada ne font pas face à un défi singulier. Il est particulier dans son contexte

1 mais universel dans sa définition, à savoir, la gestion d'un système de santé à partir de
2 ressources disponibles. Une certitude existe cependant, l'instauration d'un régime privé
3 parallèle n'améliorerait pas l'accès à des soins pour l'ensemble de la population.

4 Quant au principe de justice fondamentale, je vais m'en tenir à une
5 proposition qui est celle de la garantie de soins. Évidemment que, et dans les mémoires et
6 dans les soumissions orales, il a été très difficile pour les Appelants et les Intervenants de
7 définir un principe de justice fondamentale et la raison en était bien qu'il faut répondre aux
8 trois caractéristiques du principe de la justice fondamentale. La première caractéristique,
9 c'est un principe juridique. La nécessité du principe juridique, c'est d'éviter justement que
10 la Cour ait à se prononcer sur des questions politiques. C'est pour ça qu'on ne peut pas
11 établir un principe juridique dans ces matières-là.

12 Vous aviez aussi établi comme deuxième principe, le caractère
13 primordial et fondamental de ce principe dans la notion de justice qui doit faire l'objet d'un
14 consensus. Un point extrêmement important en matière de santé, c'est la troisième condition
15 qui est celle de l'identification et de la précision de l'identification de ce principe pour en
16 faire une norme fonctionnelle et ne pas semer la controverse. En matière de santé, c'est ce
17 qu'il y a de plus difficile à réaliser. Vous n'avez qu'à prendre connaissance de tous les
18 rapports de l'OMS, de l'OCDE sur la quantité de recommandations, de réorientations de tous
19 les systèmes à travers le monde pour voir qu'il n'y a pas qu'une seule solution. Le troisième
20 caractéristique ne correspond pas à une exigence en matière de système d'un santé.

21 Je vais répondre principalement à la notion de garantie de soins. Il ne
22 s'agit pas de principe juridique. Je pense que ça va de soi. Il n'y a pas de consensus d'un
23 comité juridique sur ce point-là. Encore plus important, voyons les commentaires et de
24 monsieur Romanow et de l'OCDE sur ce choix. Monsieur Romanow écrit :

1 “Présentement, il n’y a pas de méthode fiable qui permette de
2 déterminer ce que devrait être des garanties appropriées. Les
3 garanties ne peuvent être arbitrairement définies et triomphalement
4 offertes aux Canadiens comme solution miracle. Les systèmes de
5 santé doivent demeurer flexibles si on veut une gestion efficace.
6 Cette flexibilité pourrait se perdre si les garanties de soins étaient
7 appliquées de façon rigide. C’est ce qui se passe au Canada, à travers
8 le monde, ce qu’on pense des garanties.” (Comme lu)

9 Dans l’article de l’OCDE, à la page 47, au paragraphe 163, je vous le

10 lis :

11 “In countries like Norway and Sweden, the guarantees have been
12 abandoned or reformed. To solve the clinical prioritisation issue,
13 mentioned above, an alternative formulation of the guarantee has also
14 been proposed which provides the guarantee only to the patients with
15 higher need. However, this formulation has also proved to be
16 unsuccessful as it is difficult to determine uniform criteria for need.”

17 Impossible de remplir la troisième caractéristique du principe de
18 justice fondamentale.

19 Quant au caractère disproportionné de la mesure, Vos Seigneuries,
20 nous avons ... je pense que le mémoire est complet sur ce sujet, nous avons fait valoir les
21 effets néfastes d’intervention de l’assurance privée vis-à-vis le système public ou qu’on
22 pense au problème de ressources, il n’y a aucune preuve au dossier évidemment qu’il y a un
23 surplus de ressources. Le Canada serait le seul pays de l’OCDE à avoir un surplus de

1 ressources. C'est presque mystique, c'est impossible de retrouver une preuve à l'effet qu'il
2 y a un surplus de ressources au Canada, et donc, la prémisse des Appelants ne tient pas.

3 Parmi les effets néfastes, j'en cite un encore, c'est celui du problème
4 des coûts, l'augmentation des coûts engendrée par deux systèmes, l'administration de deux
5 systèmes qui ferait en sorte que ça coûterait plus cher puis on en aurait encore moins pour
6 le public pour verser au patient directement et la désolidarisation aussi des gens auprès du
7 système. C'est important de savoir quand un système que les gens les plus influents de la
8 société sont là pour défendre le système et le forcer à se réaménager. Ce ne serait plus le
9 cas.

10 Je termine avec un extrait sur la proposition, la revendication des
11 Appelants. C'est un extrait de monsieur Romanow, du commissaire Romanow, à la page
12 248:

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

19 Il va beaucoup plus loin en disant :

20 "Se débarrasser des principes et des valeurs qui régissent notre
21 système de santé reviendrait à trahir la confiance de la population."

22 Et auparavant, il décrivait :

23 "Les Canadiens considèrent le régime d'assurance-santé comme une
24 entreprise, non pas commerciale mais morale." (Comme lu)

1 Merci.

2 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) --

3 --- (RECESS) ---

4 **MR. JUSTICE MAJOR:** Mr. Aubry.

5 **ARGUMENTATION DE L'INTIMÉ, PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA,**

6 **maître Jean-Marc Aubry, c.r.**

7 **MAÎTRE AUBRY :** Madame la Juge en chef, Madame la Juge,
8 Messieurs les Juges, nous avons préparé un plan d'argumentation, si je comprends bien, qui
9 est devant vous et auquel je pourrai me référer à l'occasion. La démarche des Appelants se
10 fait sous le couvert de l'article 7 au nom du droit des gens plus fortunés à utiliser leurs
11 ressources financières de manière à pouvoir se payer, lorsque cela leur convient mieux, des
12 services de soins de santé d'une source de services autre que le régime public.

13 Pourquoi s'en préoccuper ? La préoccupation fondamentale du
14 Procureur général du Canada face à ce discours se situe au niveau de ses effets néfastes,
15 quant à nous, inévitables, pour l'émergence d'un régime privé sur l'accessibilité de tous,
16 sans égard à la capacité de payer de chacun, à des soins de santé de qualité qui est un des
17 principes directeurs du régime public de soins de santé au Canada.

18 Plus particulièrement, le Procureur général du Canada s'inquiète, on
19 verra émerger deux régimes de santé parallèles, un régime de premier ordre, un régime privé,
20 accessible qu'à ceux qui peuvent se le payer et un régime de deuxième classe, le régime
21 public, pour tous les autres qui constituent la majorité qui ne pourront pas accéder ...

22 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) -- you have a publicly
23 funded system, and then, you develop a private system, normally you haven't taken anything

1 away from the public system. The private system is new, privately financed, so where does
2 the deterioration of the public sector occur?

3 **MR. AUBRY:** I will refer you to paragraphs 10 and 11 of our factum
4 because this is the key assumption to the arguments made by the Appellants that to permit
5 the emergence of a parallel private system will be beneficial to all and at paragraph 10, I
6 refer to a statement made by the only expert heard by the Appellants, Dr. Edwin Coffey, who
7 states:

8 “Finally, a two-speed two-tier system and even a multi-speed multi-
9 system is highly desirable as long as it would not have the effect of
10 lengthening the waiting time for people on the waiting lists in the
11 private sector.” (Comme lu)

12 L’expert Marmor qui a été entendu résume lui aussi cette prétention
13 que permettre un régime privé parallèle aura des effets bénéfiques autant pour le système
14 public que le système ... pour ceux qui peuvent souscrire au système privé, et voici comment
15 il résume cet argument-là, et ça, c’est cité au paragraphe 11 de notre mémoire :

16 “In its strongest form, the argument for permitting private insurance
17 for covered healthcare services is simply this, there are waiting lists
18 in Canada, if some of those waiting lists made private arrangements
19 for care at their expense but eased by insurance options and there
20 were no change in medicare, everyone would be better off. Those
21 who jump queues would be better off as would the healthcare
22 professionals who provided their care and received income. But even
23 those remaining on queues would benefit since the queues would be
24 shortened, and so, why not permit the change? The key assumption

1 here is that no change of consequence will take place in the public
2 system, Canada's medicare, if a parallel privately financed system is
3 allowed to develop." (Comme lu)

4 Or, justement, la preuve a révélé que si l'on permet à un système privé
5 parallèle de s'installer, ça aura comme conséquence irrémédiable, non seulement de
6 raccourcir les listes d'attente au public mais, en fait, de les allonger, de dégrader la qualité
7 des soins au niveau de ceux qui vont continuer à avoir accès au système public. Pourquoi
8 ? Les experts l'ont expliqué, essentiellement, les ressources sont limitées ...

9 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) --

10 **MR. AUBRY:** The resources now are limited and are used totally by
11 the private sector.

12 **MR. JUSTICE MAJOR:** I understand but the new system I would
13 build by the hospital, I'd use investors' money, how would that affect the public facilities?

14 **MR. AUBRY:** By taking away medical doctors, nurses, technicians,
15 where do you take them to staff a private hospital? Necessarily, from the private sector. It
16 is common ground that at the time being, there are limited resources in Canada in the public
17 sector which are used to the maximum and, therefore, necessarily, the resources you would
18 need to staff this private hospital, to use your example, would be by diverting those
19 resources from the public sector and there's why you hurt the public system by limiting the
20 already too-limited resources, therefore, deteriorating the quality of the care and also
21 remembering that private hospitals, and this also is clear from the evidence, would only
22 provide certain services, only those that are to be made for profit, for example, they don't
23 take on big cases, they don't take cancer, they don't take cardiac, nothing which private

1 insurance would cover. Private insurance which is also in the evidence covers only minimal
2 risk medical actions of course, and it only covers certain --

3 **MONSIEUR LE JUGE LeBEL :** Est-ce que je dois comprendre que
4 la preuve sur laquelle vous vous appuyez ou à laquelle vous renvoyez sur cette question de
5 l'impact de l'émergence d'un régime privé est celle que l'on trouve résumée aux paragraphes
6 63 et suivant de votre mémoire ?

7 **MAÎTRE AUBRY :** Entre autres, oui. Et aussi, le Procureur général
8 du Québec s'est adressé à cette question-là. Le Procureur général de l'Ontario aussi se réfère
9 à ...

10 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE :** Mais comment vous
11 expliquez le fait que ça existe dans d'autres pays et qu'on n'a pas des plus longues listes
12 d'attente que chez nous ? Il me semble aussi que c'est un argument très à court terme votre
13 affaire. On a contingenté les places dans les facultés de médecine depuis des années, on a
14 restreint l'accès à la profession pour les gens venant d'autres pays et vous, vous dites, ah oui,
15 mais ça va nécessairement tout tirer des gens du système public vers le secteur privé, mais
16 ça, c'est peut-être vrai pour cette année, mais il me semble que ce n'est pas un argument ...
17 je me pose même la question ici, à Gatineau, on a des MRI privés, comment ça se fait que
18 morceau par morceau, on peut avoir une concurrence du privé, mais plus général, on ne peut
19 pas ? Pourquoi est-ce que ça, ça ne détruit pas votre système ?

20 **MAÎTRE AUBRY :** Parce que présentement, les cliniques privées qui
21 existent ne couvrent pas les soins médicalement requis, ces soins assurés au sens du régime
22 privé.

23 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE :** Les machines à résonance
24 magnétique, là, MRI, c'est couvert, ça ?

1 **MAÎTRE AUBRY** : Oui, mais ça, ce n'est pas des soins ... ça, c'est
2 des soins diagnostiques, alors il ne faut pas entrer, là, dans ... là, je parle de ce qu'on appelle
3 les 'CORE'(Ph), okay, si l'on veut ...

4 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE** : Il me semble qu'ils se
5 servent de ça pour découvrir si on a un cancer ou quelque chose, mais ça, ce n'est pas
6 'CORE'(Ph), ça ?

7 **MAÎTRE AUBRY** : Je parle des soins qui sont médicalement couverts
8 et par l'assurance privée et l'assurance publique, et je ne veux pas trop ... je n'entrerai pas
9 dans l'administration ou la gestion du système de santé du Québec, le Procureur général du
10 Canada n'est pas à la fût de comment s'organise ...

11 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE** : Non, mais votre argument,
12 c'est quand même que l'accès à des services privés limités va avoir pour effet de détériorer
13 le système public.

14 **MAÎTRE AUBRY** : Ce n'est pas moi qui le dit.

15 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE** : Bien moi, je vous dis
16 simplement, dans la preuve, on a aussi des documents qui disent qu'il y a dans toute sorte
17 d'autres pays des systèmes parallèles qui ne détruisent pas le système public, alors comment
18 ça se fait que ça peut marcher là puis qu'ici, c'est irrémédiable, c'est totalement impossible,
19 puis moi, je vous dis qu'on le fait déjà partiellement, au moins avec l'exemple que je vous
20 donne, et vous dites, ah, ça, ça ne compte pas parce que c'est un service diagnostique, mais
21 ça fait partie du système des services couverts par l'assurance-maladie, non ?

22 **MAÎTRE AUBRY** : Ce qui se fait ailleurs au monde, et on a qu'à lire
23 les rapports de l'OCDE, de l'Organisation de la santé mondiale, du Rapport Romanow ou

1 du Rapport du Comité, il y a toutes sortes de combinaisons possibles qui se font mais il y
2 a une chose qui est certaine, il n'a pas été démontré que dans un régime où on permet ...
3 parce qu'on a d'autres valeurs sociales dans d'autres pays, notre système à nous, et si on
4 retourne 40 ans en arrière, il est basé sur certaines valeurs fondamentales qui nous sont
5 propres et qui ont mené à certains choix politiques qui sont les nôtres d'instituer un régime
6 public accessible à tous sur la base des besoins et non pas sur la capacité de payer et
7 d'assurer à tous et au plus grand nombre des soins de qualité, et pour ça, on a décidé qu'il
8 fallait mettre à la disposition du régime public toutes les ressources limitées du domaine pour
9 que toutes ces ressources-là servent à permettre à tous un accès de qualité égale, et c'est ça
10 les principes fondamentaux de notre système : accessibilité à tous pour des raisons d'équité
11 sociale, de justice, de compassion. C'est ce qui font que les ... c'est les valeurs qui sous-
12 tendent notre système.

13 Donc, on peut choisir un autre système parce qu'ils n'ont peut-être pas
14 voulu primer de la même façon ces valeurs fondamentales-là, c'est bien, c'est leur choix,
15 mais notre choix ici, c'est d'avoir un système accessible à tous avec des soins de qualité pour
16 tous avec mise en commun de toutes les ressources disponibles et dès, et c'est la preuve qui
17 le révèle, que vous permettez ... et ce n'est pas moi qui le prétend, c'est la preuve, vous
18 permettez l'émergence d'un système privé parallèle qui va non seulement prendre une partie
19 des ressources pour l'utiliser à des fins qui leur sont propres, c'est eux qui vont faire leur
20 propre choix de comment administrer leur système, il y a une question aussi de
21 dédoublement de réglementation, de coûts additionnels, c'est tout dans la preuve.

22 C'est clair que si la solution au problème des listes d'attente, c'était
23 de lever les barrières et de permettre l'émergence d'un système privé, si c'était prouvé, alors
24 comment on pourrait justifier de maintenir ces barrières-là ? Ça éviterait d'engloutir des

1 fortunes en financement. Si c'est ça la solution magique qui a été essayée ailleurs puis qui
2 est la solution à tous nos maux, bien c'est évident qu'on ne serait pas ici aujourd'hui parce
3 que ça serait la solution idéale et ça serait déraisonnable évidemment de maintenir ces
4 barrières-là. Si on les maintient, c'est parce que, non seulement les experts ici dans ce
5 dossier-là sont venus témoigner des effets néfastes, mais ceux qui ont examiné notre système
6 dans les dix dernières années ...

7 **MONSIEUR LE JUGE BINNIE** : Parlant de ceux qui ont examiné
8 notre système, je note que dans le factum du Sénateur Kirby et des autres qui ont fait une
9 grande étude là-dessus, il dit au paragraphe 54 :

10 "If the legislation were declared unconstitutional, it is an option that
11 would not destroy the publicly funded healthcare system nor
12 inevitably lead to a parallel privately funded healthcare system ..."

13 He's looking to preservation. Donc, c'est tout à fait le contraire des
14 soumissions, des prétentions du Procureur général.

15 **MAÎTRE AUBRY** : Oui, mais aussi ... c'est sa conclusion, mais ce
16 n'est pas conforme à la preuve qui a été déposée dans ce dossier-ci et c'est la preuve qui doit
17 guider la Cour ici, mais le Sénateur ou le comité Kirby, lui, déclare d'emblée qu'il veut le
18 maintien d'un système public, payeur unique fort, et s'il demande qu'on lève ces barrières
19 en question, et il est très candide à ce sujet-là, c'est pour que cette Cour donne un
20 électrochoc au législateur pour qu'il fasse quelque chose au sujet de ce qu'il considère des
21 listes d'attente trop longues qui potentiellement pourront, si on ne fait rien, mettre en danger
22 la vie et la sécurité de la population.

23 C'est pour ça qu'il ... et il le dit candidement, ça. Il n'est pas venu à
24 la conclusion, le comité, qu'actuellement, ces barrières-là ne devraient pas être maintenues,

1 il dit, au contraire, si on adopte les ‘healthcare guarantees’, par exemple, ou si on adopte une
2 autre option possible qui permettrait de ramener les listes d’attente à un niveau plus
3 raisonnable maintiendront ... il faut les maintenir ces barrières-là, et l’expérience qu’ils ont
4 examinée dans d’autres juridictions n’est pas concluante ...

5 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE :** Mais justement, vous avez
6 l’air, vous, de dire que l’OCDE, son étude est univoque mais on nous a cité ce matin, là,
7 c’est à l’onglet 21 du recueil condensé de monsieur Jacques Chaoulli :

8 “Private health cover in Australia promotes health system
9 responsiveness ...”

10 Et puis ça continue, et eux, ils disent justement, et ça, c’est un rapport
11 de l’OCDE. Vous, vous nous dites, pas concluant, les affaires dans les autres pays, puis on
12 nous a dit qu’en France où il y a un système parallèle qu’il n’y avait pas de liste d’attente
13 comparable à celles qu’on a au Canada, ni en Suède non plus. Alors, moi, je veux bien
14 croire qu’ils ont d’autres valeurs, mais ici, la question, c’est plutôt de savoir, est-ce que c’est
15 nécessaire d’interdire complètement l’accès à des services privés pour maintenir un système
16 public ? Alors, quelles que soient les valeurs, c’est une question ...

17 **MAÎTRE AUBRY :** Je ne dis pas que si on permet un régime privé
18 de s’installer, que le régime public va mourir ou disparaître. Ce n’est pas ça. Il peut très
19 bien exister deux régimes. Ce que je dis, c’est qu’on va détériorer la qualité des soins du
20 régime public pour ceux qui, à 90 %, ne peuvent pas se payer des soins sous un régime
21 privé, et j’ajouterai, il ne faut pas oublier non plus les limites du régime privé, et je sais que
22 ça a une importance moindre, c’est que ce régime-là a ses propres contingentements, ils sont
23 là pour faire du profit, c’est leur première préoccupation, donc, ils ne couvrent que certains
24 risques qui leur permettent de faire du profit, ils ne couvrent que certains services, ils ne

1 couvrent que certaines personnes qui ne sont pas à risque, justement ceux qui n'en ont pas
2 besoin du système de santé, les Zeliotis et autres ne sont jamais couverts par des régimes
3 d'assurance, mais ils vont utiliser ces ressources-là pour faire du gain pour couvrir certains
4 cas certains, des opérations à la hanche, et cetera, puis pendant ce temps-là, ces orthopédistes
5 qui sont là ne seront pas disponibles pour le restant de la population et ils seront disponibles
6 quand ils auront à remplir leurs obligations envers une clientèle en vertu d'une compagnie
7 d'assurance.

8 C'est ça. C'est à quoi mène un système parallèle, et tous les experts
9 qui sont venus témoigner l'ont dit, que c'est faux de prétendre que ça bénéficier à tout le
10 monde. Théoriquement, et c'est ce que Marmor, l'expert que je viens de vous citer, a dit :
11 "It's a key assumption, everybody thinks, oh yes, two systems and everybody is going to be
12 better off, those who go ... il y a moins de personnes qui sont dans les 'queues' du public
13 parce qu'ils vont être desservies au privé, c'est faux. C'est une prémisse qui est fausse. Elle
14 est fausse selon la preuve qui est ici, les cinq experts qui sont venus témoigner, et pas les
15 moindres, là, sont venus dire cela.

16 Les rapports de ce qui s'est passé dans d'autres juridictions, on pense
17 à l'Angleterre, par exemple, où on a cité des exemples en Angleterre où on a vu que
18 l'émergence d'un système privé a créé des listes d'attente encore plus longues.

19 **MONSIEUR LE JUGE BASTARACHE :** Vous savez comme moi
20 que c'est un système dans lequel les médecins pratiquent dans les deux systèmes à la fois.
21 Ce n'est pas du tout comparable.

22 **MAÎTRE AUBRY :** Bien, il va falloir qu'on permette aux médecins
23 de participer dans les deux régimes parce que, présentement, il y a tant de médecins et ils
24 pratiquent tous dans le régime public présentement. Alors, si on leur permet de prendre de

1 leur temps pour aller pratiquer dans un autre système, évidemment, ils seront moins
2 disponibles pour l'autre système, c'est aussi clair que ça, et je simplifie ce que les experts
3 sont venus dire, et il y a d'autres effets néfastes, là, qui ont été identifiés ...

4 **MR. JUSTICE MAJOR:** Mr. Aubry, we all practice within a system
5 and yours is 20 minutes, your time is up.

6 **MR. AUBRY :** I'm sorry I answered all your questions, I would have
7 --
8 --- (LAUGHTER) ---

9 **MR. JUSTICE MAJOR:** Well, if you have a point or two --

10 **MR. AUBRY:** Well, I guess -- just two, if I may be permitted, sur la
11 question du droit à la sécurité, sur la causalité, ces listes d'attente-là, là, il ne faut pas se le
12 cacher, la priorisation qui se fait de la clientèle se fait d'abord et avant tout par les médecins.
13 Ce n'est pas l'État qui détermine la priorisation. Tout le monde s'entend pour dire que les
14 cas des urgences sont traités par le système public d'une façon exemplaire; quant à la
15 priorisation, bien, c'est les médecins qui déterminent quels sont les besoins et dans quelles
16 mesures ... dans quels délais pourront se faire les traitements.

17 J'ai aussi le contingentement et la priorisation, c'est incontournable
18 dans le système actuel où la demande excède de beaucoup et de façon de plus en plus l'offre
19 des services et quant à nous, c'est une attaque ici d'un choix politique qui s'est faite il y a
20 une quarantaine d'années lorsqu'on a décidé d'instaurer le régime public, d'assurer un accès
21 équitable à tous, et je voudrais que vous vous rappeliez qu'on va mettre en danger, si l'on
22 veut, les valeurs qui sous-tendent le régime public, l'équité, l'accès sur les besoins et non
23 basé sur la capacité de payer et au mieux, un système privé va peut-être bénéficier à quelques
24 individus, mais inévitablement, va causer un effet néfaste au plus grand nombre. Merci.

1 **MR. JUSTICE MAJOR:** Thank you.

2 Miss Minor.

3 **ARGUMENT OF THE INTERVENER, ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO,**

4 **Miss Janet E. Minor**

5 **MISS MINOR:** Thank you. Ontario agrees with the submission of
6 counsel on behalf of Quebec and Canada. The Quebec's prohibition of the obtaining of
7 private health insurance for publicly insured services does not infringe section 7 or 15 of the
8 *Charter*. We submit that the facts of this case raise no issue of a denial of access to
9 healthcare, rather, the interest asserted is an economic interest, assurgent by the Appellants
10 to permit them to order their economic affairs to obtain healthcare in the manner they desire.

11 The effect of accepting their argument and imposing a constitutional
12 requirement to permit persons to obtain private healthcare for publicly insured services
13 would establish a parallel private healthcare system which would jeopardize the quality and
14 viability of the public system. The reasons for this conclusion are detailed in the evidence
15 below, before the lower Court, they have been summarized in the factums of Quebec,
16 Canada, and also in our factum commencing at approximately paragraph 20, and counsel
17 for Canada just dealt with many of those points.

18 Contrary to the assertion of the Appellants that a private healthcare
19 system would either assist the public system generally or address the issue of waiting care
20 lists, the evidence appears to be that a two-tier system does have the beneficial effect of
21 reducing waiting lists in the public sector.

22 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) --

23 **MISS MINOR:** I would refer you to paragraph 23 of our factum and
24 this is a study, the McDonald-Lewis Report of 1998, Health Canada, which studied waiting

1 lists in Canada, the UK, Sweden, Australia and New Zealand. The Report concluded there
2 is no evidence to suggest the private sector healthcare will result in shorter waiting lists and
3 waiting times in the public sector. Providing access to private care for those who can afford
4 and choose to pay has, if anything, perverse effects on waiting lists and waiting times in the
5 public sector. Greater access to private care appears to be generally associated with longer
6 public sector queues.

7 **MR. JUSTICE BINNIE:** I'm not sure that that really meets the point
8 though, what's being said is, well, even if it does have an adverse effect, you can't, at the
9 same time, claim a monopoly on provision of medical services but, at the same time, under-
10 fund it. So, whether it has a good or a bad effect on the public care system, Government
11 intervention to cut people off from being able to pay for private care is the knob of the
12 constitutional question. So, really, this is a kind of a sideshow, I suppose, part of the
13 rationale is to say, well, it wouldn't hurt anybody, but even if it does hurt somebody, they're
14 still saying, well, either fund it or let us buy our own care.

15 **MISS MINOR:** And that takes us to the submission of Ontario that
16 there has been no infringement made out here, that government action has, in fact, infringed
17 the rights of the Appellants in particular or anyone else in general.

18 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) -- that there are
19 increasing wait lists in Ontario, that people are being sent to Sudbury and to Buffalo, or am
20 I living in another world?

21 **MISS MINOR:** There are examples of remedies being taken by
22 provinces to address the concern about waiting lists, and that concern is certainly
23 acknowledged and responded to in the Romanow Commission Report. No one is arguing
24 that the system is perfect. However, with respect, the Appellants have not made out any

1 infringement of a *Charter* right which would permit the Court in this case to grant some sort
2 of remedy in an attempt to address this particular issue. And in fact, as Justice Binnie has
3 just referred to, what the case has -- has given the opportunity to many to raise what we
4 submit are essentially political issues and which are most properly or most helpfully dealt
5 with by the Legislature who has the unique competence to deal with the multiplicity and
6 myriad of concerns that must be taken into account when designing a healthcare system.

7 **MR. JUSTICE MAJOR:** You discount the possibility of any section
8 7 involvement in the healthcare system?

9 **MISS MINOR:** I don't discount any, with respect, certainly, this
10 Court has already granted some remedy with respect to healthcare in *Morgentaler*. There
11 may be issues raised in individual circumstances with compulsory treatment for instance,
12 there are certainly issues where the *Charter* may come into play. However, with respect, we
13 caution this Court in assuming that they too easily or too quickly in a case which doesn't
14 really raise the issue directly as to what extent they would come into play when the issue
15 involves the distribution of resources and the design of the public healthcare system.

16 We certainly have a number of questions which, we submit, should
17 at least be in the background to our submission that the Court exercise some caution. That
18 is, what is the Government action in waiting lists? Is it funding or anything more? Are there
19 not other responsibilities of other groups who contribute to the issue of waiting lists? What
20 are the impact of waiting lists on patients? And that is just the waiting lists question alone.
21 How does the waiting lists fit in with the distribution of other scarce resources with respect
22 to healthcare funding?

23 **MR. JUSTICE MAJOR:** Let me ask you a question, how do you
24 respond to the patient who says, I need medical treatment and I can't get it, I can afford to

1 buy it, the Government has promised me reasonable care within a reasonable time, they're
2 not delivering, it's an offence if I go and see a doctor privately, it seems to me that those are
3 essential issues that are more than policy.

4 **MISS MINOR:** The answer of Ontario to that particular question lies
5 in the regulation which provides for funding by Ontario if a service is required outside
6 Canada, to avoid a delay in receiving services which would result in death or medically
7 significant, irreversible tissue damage.

8 **MR. JUSTICE MAJOR:** What is it to get treatment for irreversible
9 tissue damage?

10 **MISS MINOR:** It's to prevent it, with respect.

11 **MR. JUSTICE MAJOR:** It's irreversible, but isn't it already gone?

12 **MISS MINOR:** No, the situation arises where a medical practitioner
13 would advise that, without this particular treatment, that would happen and that's when
14 Ontario will fund the provision of services outside of Canada.

15 **MR. JUSTICE MAJOR:** It's the potential of being irreversible.

16 **MISS MINOR:** Yes. So, that is a safety valve so to speak in the
17 Ontario system. But again, with respect to funding of healthcare, funding is forever being
18 enlarged and being requested to be enlarged, it is currently approximately 40% of Ontario's
19 budget. Costs ever increase through multiple reasons, from technology to increased services
20 to problems of demographics and geography. Healthcare services in a public healthcare
21 system must be rationed and the basis on which they are rationed involves a very complex
22 weighing and evaluating of the effects and the effects on the rest of the system, and --

1 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) -- exercising privilege,
2 so-called jumping the queue.

3 **MISS MINOR:** There may well be mechanisms which could be
4 established to address that issue.

5 **MR. JUSTICE MAJOR:** Well, aren't they?

6 **MISS MINOR:** Well, I can't comment on the degree to which they
7 are or aren't.

8 **MR. JUSTICE MAJOR:** But that is a fact in Ontario or elsewhere
9 in Canada, isn't it, from what we're told constantly?

10 **MISS MINOR:** The Romanow Commission refers to some further
11 steps that Ontario has taken to rationalize, for instance, the cardiac care in the Province, and
12 certainly, the Romanow Commission recommends further steps to address those issues, and
13 those rationalizing the provision of care do not necessarily involve huge new expenditures
14 of resources. Some may, some don't.

15 But just in our authorities, we have included the comments of the
16 Commission on the potential public policy remedies for waiting lists, and that's found at Tab
17 9 of our authorities and it starts at approximately page 138 going to 145 and, in fact, the
18 Romanow Commission has some reservations about the care guaranteed proposed by the
19 Kirby Report, so it's an illustration of the complexity, the problems in trying to formulate
20 solutions which are both efficient and, with respect, equitable and which continue the greater
21 accessibility to the healthcare system for all Canadians.

22 The request to the Court to impose some type of constitutional
23 standard for the provision of medical services inevitably would involve the Court in
24 assessing what that reasonable standard is and wing any standard which has been imposed

1 by the Provinces, and it is a very delicate and complex question indeed. We simply urge at
2 this point the Court to exercise the same caution it displayed in the *Gosselin* case with
3 respect to addressing novel, albeit important issues in cases where there is an insufficient
4 factual background and, in this particular case, no infringement of section 7 whatsoever on
5 the facts. Those are our submissions.

6 **MR. JUSTICE MAJOR:** Thank you.

7 Miss Jackman.

8 **ARGUMENT OF THE INTERVENERS, THE CHARTER COMMITTEE ON**
9 **POVERTY ISSUES AND THE CANADIAN HEALTH COALITION.**

10 **Miss Martha Jackman**

11 **MISS JACKMAN:** At issue in this case is the social right that
12 Canadians consider a defining feature of our society. As Health Commissioner Roy
13 Romanow phrased it, the right to equal access to healthcare on the basis of need as a right
14 of citizenship, not as a privilege, a status or wealth. What is the Court being asked to do in
15 this case? The Court is being asked to strike down legislative provisions which the evidence
16 shows ensure the integrity of the publicly funded system.

17 On what basis are you being asked to do this? You're being asked to
18 do this based on evidence rejected by the Trial Court that no harm will befall the public
19 system if the impugned provisions are struck down, and based on a right's claim, also
20 rejected by the Courts below which relies on a discriminatory and under inclusive reading
21 of section 7, one which we submit is incompatible with fundamental *Charter* equality rights
22 principles and international human rights norms. One that says that there is no section right
23 to healthcare per say, that only a right to buy healthcare if you have the means.

1 Based on the evidence at trial, Justice Piché found that striking down
2 the impugned provisions would have serious negative consequences for the public system.
3 This evidence was outlined by the Respondents, accepted by the trial judge, as we describe
4 at paragraph 11 of our factum, confirmed by the Romanow Commission, as we describe at
5 paragraph 13 of our factum, more recently confirmed by health economists from the
6 University of Toronto in a report which is found at Tab 28 of our book of authorities, and
7 at page 40 of that report in particular, Tuohy et al. conclude that allowing parallel private
8 financing does not reduce pressures on the public system but rather makes things worst, and
9 this based on a recent review of comparative evidence from OECD Nations including
10 Britain, New Zealand, et cetera. And finally, this evidence was confirmed by experts that
11 wrote for the Romanow Commission, in particular, by Canadian health economist Bob
12 Evans whose evidence is at Tab 15 of our book of authorities.

13 This evidence which the trial judge accepted contradicts the
14 Appellants' claim and contradicts Senator Kirby's claim that granting the remedy they seek
15 would not adversely affect the publicly funded system or the healthcare rights of those who
16 rely on frequent access to healthcare. While disputing the evidence, the Appellants and
17 supporting Interveners also claim, as Justice Binnie has noted, that the evidence is to the
18 harmful impact on the public system is striking down the impugned provisions is irrelevant
19 from a *Charter* point of view, that this Court must not take into account such utilitarian
20 considerations as the integrity of the public system or the interests of those who rely on it.
21 Rather, the Appellants have claimed that this Court must focus on the interference with the
22 Appellants' *Charter* rights.

23 The real issue in this case, the Appellants say, is that the State is
24 depriving them of the right to choose the private healthcare they want, or may, when they

1 need, and that this deprivation amounts to a violation of the section 7 rights. In fact,
2 however, as the Appellants all acknowledge, they are already and have always been free in
3 Canada to choose private care. Canadians are absolutely free to use their own resources to
4 purchase private healthcare for themselves or for their family members.

5 Neither the Quebec legislation challenged in this case or the *Canada*
6 *Health Act* prohibits in any way the provision of private care, nor are Canadians statutorily
7 precluded from choosing private healthcare. A person in the position of monsieur Zeliotis
8 or actually Mr. Stein could obtain the treatment that they want through the private system
9 including from the Intervener clinics in this case.

10 What the Appellants are in fact claiming in this case is not a right to
11 choose private care which they already possess. Rather, the Appellants are confounding
12 private care which is absolutely allowed in Canada and private insurance funding which is
13 not. The Appellants are arguing that section 7 of the *Charter* prevents Governments from
14 legislating in a way that makes the provision and sale a private healthcare economically
15 unattractive for profit providers operating in a public market. In other words, the Appellants
16 are proposing that section 7 guarantees the right of private healthcare providers to sell private
17 health insurance in the most favourable possible market conditions, that is, with direct and
18 hidden subsidies from the public system.

19 As the Attorney General of Quebec pointed out, the particular irony
20 in this case is that, were the impugned provisions struck down, it's hardly unlikely that Mr.
21 Zeliotis, elderly and self-employed, could in fact obtain what he's seeking, that is, private
22 health insurance, either because it would be prohibitively expensive for him or because no
23 private insurer would be willing to offer it to him. Is this what section 7 of the *Charter*
24 guarantees, a right to healthcare not for everyone but only for those who can afford to buy

1 it or, in fact, a right to healthcare that primarily benefits private for profit healthcare insurers
2 and providers? We say no.

3 CCPI and the Canadian Health Coalition submit that the section 7 right
4 to life, liberty and security of the person, under section 7 of the *Charter*, guarantees an
5 inclusive right to healthcare rather than a discriminatory and under inclusive one that is being
6 argued by the Appellants and its supporting Interveners today. A right to healthcare based
7 on need, not means, a right to healthcare which is consistent with fundamental equality and
8 international human rights principles.

9 We submit that the section 7 rights to life, liberty and security
10 guarantees an equal right to healthcare for those who can't afford to buy private insurance.
11 A right to healthcare for those who, by the very fact of their illness, their disability or, in
12 fact, their need for care would be considered a bad and uninsurable risk by the private market
13 were the impugned provisions struck down.

14 In short, we submit that rather than violating the section 7 right to life,
15 liberty and security of the person or section 15, equality guarantees, the impugned
16 prohibitions on private health insurance are a positive measure required by section 7 of the
17 *Charter* and consistent with the principles of fundamental justice. In particular, we submit
18 that the impugned provisions are in accordance with the principles of fundamental justice
19 because they ensure that access to healthcare is based on need rather than on the arbitrary
20 and irrational criteria of ability to pay.

21 And here, I'd like to refer to the evidence, at Tab 34 of our book of
22 authorities on the issue of queue jumping which was raised by the Justices today, and the
23 evidence there suggests that within the public system, there is no systemic problem of queue
24 jumping: poor people receive care in the same amount of time as the wealthy; rural residents

1 receive care in the same amount of time as urban residents; women receive care in the same
2 amount of time as men, and this certainly is not the situation in a healthcare system like we
3 see in the United States which allows private insurance funding where rationing occurs based
4 on ability to pay and where poor people don't merely wait a little while for care but
5 absolutely wait forever in many cases.

6 **MR. JUSTICE MAJOR:** What are you relying on -- (Off
7 microphone) -- statements?

8 **MISS JACKMAN:** In relation to?

9 **MR. JUSTICE MAJOR:** Well, the queue jumping, rich people are
10 served in the same time as poor people, country people get the same service as city people.

11 **MISS JACKMAN:** Absolutely. If I can refer to Federal Government
12 --

13 **MR. JUSTICE MAJOR:** What you're saying in effect is that there's
14 no problem in the health system --

15 **MISS JACKMAN:** I'm sorry, I'm not suggesting at all that the
16 publicly funded healthcare system is perfect especially from the perspective of people living
17 in poverty. What I'm suggesting is that the problem of queue jumping which has been -- is
18 a legitimate concern is not a systemic problem within the publicly funded system and that,
19 the evidence, as I said, at Tab 34 of our materials, has a Federal Government report to the
20 UN Committee on economic rights.

21 **MR. JUSTICE MAJOR:** But you've got to catch queue jumpers, do
22 they police it?

1 **MISS JACKMAN:** This conclusion was based on a careful study done
2 in Manitoba that actually looked at waiting times and concluded that queue jumping was not
3 occurring, and I'm sorry, I'm not a health economist, I'm relying, as many of my fellow
4 counsel, on the evidence that has been provided by the health economists.

5 **MR. JUSTICE MAJOR:** -- (Off microphone) -- ask you whether you
6 are aware of any queue jumping?

7 **MISS JACKMAN:** I actually have a very -- I do have a very real
8 concern about queue jumping because even within the existing publicly funded system, if
9 you're living in poverty, you're not the person jumping the queue, but I think the issue
10 before the Court today, if we're talking merely about the right to healthcare as an issue of
11 queue jumping, who gets it first, the publicly funded system is the one that I would -- the
12 basket I'd put my eggs in rather than in a privately funded system simply on the issue of
13 queue jumping.

14 On the issue of access period, access to care, there's absolutely no
15 question and the evidence accepted by the trial judge makes clear that from the perspective
16 of access, the right to access to healthcare generally and not simply the right to access for
17 poor people, the public system is to be preferred because by definition, private healthcare
18 doesn't work. It's not economic to provide insurance to somebody who might actually get
19 sick.

20 The Appellants have submitted that the current publicly funded
21 healthcare system suffers from a lack of fundamental justice. If their submission is that there
22 must be greater guarantees of fundamental justice in healthcare decision-making which I
23 readily and absolutely agree with, the remedy is hardly to strike down the publicly funded
24 system and to introduce a new layer of irrationality based on ability to pay.

1 Rather, the remedy for any defectiveness in terms of principles of
2 fundamental justice in access to healthcare is to enhance participation and accountability
3 within the public system. The Romanow Commission, Senator Kirby's Committee and
4 many other of the publicly commissioned healthcare reports in recent years have made
5 numerous recommendations about how this can be done, how accountability and
6 participation in healthcare decision-making can be enhanced and Governments across
7 Canada are beginning to implement these recommendations.

8 We submit that a remedy is not to strike down the impugned
9 provisions which would simply introduce greater arbitrariness in terms of ration of care
10 based on ability to pay. As I said already, we agree with the Appellants that the publicly
11 funded healthcare system is far from perfect including in its failure to adequately address the
12 healthcare needs of aboriginal people and his disproportionate focus on acute healthcare
13 relative to poverty and other broader determinants of health.

14 We also agree with Professor Colleen Flood's recent assessment that
15 the remedy proposed by the Appellants and supporting Interveners is akin to euthanising a
16 patient with the flue. The evidence accepted by Justice Piché at trial shows that healthcare
17 waiting lists and delays that the Appellants are complaining of are not attributable to the sole
18 and simple fact of public funding, nor does the evidence show that the problem of waiting
19 lists and the problem of timely access be solved by the introduction of parallel private
20 insurance funding. The evidence accepted at trial and confirmed by the Romanow
21 Commission shows that the remedy called for by the Appellants will in fact make things
22 worse.

23 We submit that, as the evidence at trial makes clear, the remedy
24 proposed by the Appellants and supporting Interveners in the present case represents bad

1 healthcare policy but more importantly, we submit that the proposed remedy represents bad
2 constitutional law. In his decision in *Edwards Book*, Justice Dickson warned against this
3 very case, that's to say, the use of the *Charter* to roll back legislative measures that have
4 been introduced to protect the *Charter* interests of the disadvantaged.

5 In your recent decision -- dans votre décision récente dans l'affaire
6 *Harper*, ce tribunal a bien reconnu que le droit de vote à l'article 3 de la *Charte canadienne*
7 appartient à tous les Canadiens et Canadiennes. Dans ce pourvoi, nous espérons et nous
8 vous demandons de trouver que dans le contexte des soins à la santé, le droit à la vie, la
9 liberté et la sécurité de la personne est un droit qui appartient à tous et à chacun, non un droit
10 qui appartient seulement et exclusivement à ceux et celles qui sont les plus économiquement
11 favorisés. Sur ce, nous vous demandons de rejeter le présent pourvoi. Merci bien.

12 **MR. JUSTICE MAJOR:** Thank you.

13 Réplique.

14 **RÉPLIQUE DE L'APPELANT, JACQUES CHAOULLI**

15 **MONSIEUR CHAOULLI :** Alors, ce qui ressort, je vous le soumetts,
16 de toutes les interventions de mes adversaires, c'est le caractère socialement indésirable qui
17 date de 40 ans en arrière, pour reprendre les paroles de maître Aubry. Alors, on revient à la
18 case départ dans l'argument des partages des compétences qui était le motif réel des
19 interdictions.

20 Maître Claude a dit que la possibilité de surfacturer a été rejetée pour
21 en arriver à 15 *LAM*, je soumetts que c'est inexact. L'article 15 *LAM* n'a rien à voir avec les
22 articles 17, 18 et 19 et 24 de la loi de 1970, il était déjà inclus dans le *Bill 8* du ministre
23 Cloutier, bien avant la contestation du spécialiste.

1 Maître Monette a dit qu'il fallait mettre toutes les ressources en
2 commun. L'intervenant Roy a bien exposé au paragraphe 6 de son mémoire qu'il s'agissait
3 de toutes les ressources à collecter par le biais des impôts et rien d'autre. Je vous soumetts
4 que l'arrêt *Gosselin* s'inscrivait dans un contexte de droit positif seulement.

5 Pour les principes de justice fondamentale, par exemple, dans
6 *Godbout*, il y a eu atteinte non conforme au principe de justice fondamentale et on était en
7 dehors d'un contexte d'administration de la justice. Le critère du manifestement injuste de
8 la portée excessive et le caractère arbitraire répondent, je vous le soumetts, au critère énoncé
9 dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children*.

10 Le Procureur général du Canada a invoqué des coûts additionnels. Je
11 vous soumetts respectueusement que la plupart des pays de l'OCDE et, en particulier, tous
12 ceux qui ont un système privé parallèle, dépensent moins en pourcentage du produit intérieur
13 brut que le Canada et font mieux à tous égards.

14 Maître Monette a invoqué une désolidarisation et je vous réfère à cet
15 égard qu'aucune preuve n'a été faite par les experts adversaires, et vous le retrouvez dans
16 mon recueil condensé à l'onglet 19, aux pages 300 et 803. Le motif invoqué en faveur d'une
17 suspension de trois ans, je vous soumetts respectueusement, n'est pas pertinente pour les
18 motifs que j'ai invoqués dans mon mémoire aux paragraphes 200 à 202.

19 Je me permets de rappeler qu'il y a ici une atteinte potentielle et
20 éminente au droit à la vie, alors que viendrait faire une suspension de trois ans dans ce
21 contexte, d'autant plus que je vous ai déjà soumis, et vous l'avez dans mon mémoire, que
22 tous les gouvernements ont les moyens présentement de réglementer pour protéger l'accès
23 aux soins, alors je ne vois pas la pertinence ici d'une suspension.

1 Contrairement à la prétention du Procureur général du Québec, je
2 soumets que le Canada n'a pas un système à payeur unique. Les accidentés du travail, les
3 policiers, les résidents étrangers et les prisonniers fédéraux sont exemptés du système à
4 payeur unique dans notre pays et en accueillant ce pourvoi, vous donnerez aux Canadiens
5 ordinaires le même droit qu'aux autres. Je vous remercie.

6 **REPLY OF THE APPELLANT, GEORGE ZELIOTIS, Mr. Bruce W. Johnston**

7 **MR. JOHNSTON:** May it please the Court. The key assumption was
8 hit on the nail by maître Aubry when he said, the resources are totally used, but that's not
9 what the evidence demonstrates. They are not totally used and that's why we're here.
10 That's our thesis. If you don't use all the resources, it's unfair to prevent us from using what
11 you're not using. That's the key.

12 We happen to be in an election year, in fact, in an election campaign
13 right now, and we've all heard many politicians promising more money for health, what are
14 they gonna do with that money? What are they gonna do with it, if the resources are being
15 completely used, what's this money gonna go for? If it's not going to provide more health,
16 more buildings, more equipment or more medical services, what is it going to be used for?
17 If you put more money into the system, it's absolutely incontrovertible, we submit to you,
18 that you will provide more services and if the Government isn't willing to do it, then people
19 should be allowed to do it individually.

20 The experts which were heard in the trial in this case all founded their
21 expertise on one fundamental premise which was false and I submit to you with respect for
22 Madam Justice Piché, she also relied on the same premise, that is that whatever would be
23 put into a private sector would be taken out, as if it's a zero sum gain, there's nothing that

1 you can put into a private sector without taking it out of the public sector. That's just not the
2 case.

3 In response to a question by Mr. Justice LeBel, maître Aubry said yes,
4 the expert reports which we are relying upon are at paragraphs 63 and following of the
5 factum, these facts are legal facts. I submit to you, there's little deference which must be
6 paid to a finding based on expert reports hired by the Government to protect the status quo
7 when, in fact, you should be looking at documents which are objective and which compare
8 to what's going on in the rest of the world.

9 Now, one example -- I can give you many example of this, but if you
10 look at the factums, you really have mostly references to these expert reports but I would
11 encourage you to read what was actually said at trial because we asked those questions: do
12 you have any evidence to show that, for instance, people would stop supporting the public
13 sector? Well, no, there is no evidence. And how could there be any evidence because it
14 happens everywhere else in the world. Do you think that in a country like Sweden that
15 there's no support for a public sector? I mean, that's ludicrous assertion.

16 One of the experts, Dr. Wright, quoted and this is just an example to
17 show you the danger of relying upon this kind of expertise to decide a case such as this one,
18 he mentions in his report, and this is cited at paragraph 63 of the Attorney General of
19 Canada's factum:

20 "A recent in-depth investigative report in Britain reveals that the
21 extent to which physicians progressively favour the private system
22 and divert their commitment into it and away from the public
23 system." (As read)

1 Well, in cross-examination, Dr. Wright -- because we had checked up
2 on his sources, and in cross-examination, it turns out that this in-depth report was in fact a
3 letter to the editor of the British Medical Journal talking about a TV show that the expert
4 witness had not seen, so I think it's dangerous to this Court to rely solely on this, especially
5 when the premise is false.

6 We submit to you that it's counterintuitive to suppose that adding
7 resources would do anything but alleviate the stress on the public sector. However, it's not
8 our burden to show, and many of the people who have spoken to you against our appeal have
9 assumed that we haven't demonstrated that we would solve the problems of the public
10 sector, it's not our burden to show that we would solve the problems of the public sector, we
11 hope that it would, but the issue of this appeal is not that. There's a fundamental difference,
12 we submit to you, between forcing someone to pay. When we refer to the battle days when
13 someone could be bankrupted by illness, that's because they were forced to pay when they
14 became ill.

15 There's a fundamental difference between forcing someone to pay and
16 allowing him to pay, and the thought I would like to leave you on is, I think, tomorrow,
17 you'll be hearing a case, *Auton*, in which parents of autistic children were paying for a
18 service that the Government refused to provide. The Government, I'm sure, will tell you that
19 they have limited resources, this is probably what they will tell you tomorrow, they have
20 limited resources and, therefore, they cannot provide that, but imagine the following
21 scenario.

22 Imagine the Government decides to cover the service but then affects
23 so few resources to it that it won't be possible to -- you will have a three-year waiting list
24 to get into the program, and then imagine that you prohibit those parents from paying

1 themselves if they want the service even though it's not available, and then, you have the
2 facts of our case, and I urge you to grant our appeal. Thank you very much.

3 **MR. JUSTICE MAJOR:** The Court will take this case under reserve
4 and the Court stands adjourned.

5 --- La Cour est ajournée à 15:08 heures

6 Transcription produite à partir des cassettes
7 audio provenant de la Cour suprême du Canada

8 par : _____
9 DENISE LAUBER, Transcripteur
10 VIVA VOCE REPORTING LTD.

11 Quality Control
12 Dept.:.....