

---

# *Non-universalité, illégitimité et sur-complexité des droits économiques et sociaux ? Des préoccupations légitimes mais hypertrophiées : regard sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine*

---

David Robitaille\*

---

Les tribunaux canadiens ont traditionnellement été réticents à imposer à l'État des obligations financières sur la base de droits économiques et sociaux, à proprement dit, ou de droits qui pourraient comporter une dimension «positive», tels ceux découlant des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui reconnaissent respectivement à toute personne les droits à la sécurité et à l'égalité. Cette hésitation des instances judiciaires face à des droits «positifs» repose essentiellement sur deux motifs : l'illégitimité de l'intervention judiciaire dans les affaires économiques de l'État ainsi que la sur-complexité des droits économiques et sociaux pour la mise en œuvre et la sanction desquels le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois ne serait pas adapté. Or, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud tend à démontrer que ces doutes, justifiés dans une certaine mesure, ont cependant été hypertrophiés. Ce texte, sans ignorer les contextes historique et politique différents du Canada et de l'Afrique du Sud, entend ainsi démontrer qu'il serait *possible*—et non pas *souhaitable*, cette question différente méritant d'autres développements—pour les tribunaux canadiens d'intervenir de façon mesurée pour sanctionner les violations des droits économiques et sociaux au Canada.

Canadian courts have traditionally been reluctant to impose financial obligations on the State on the basis of economic and social rights, or any rights that could import “positive” obligations, such as those arising from articles 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which respectively recognize the rights of all individuals to security and equality. This hesitation by the courts to recognize “positive” rights essentially rests on two rationales: the illegitimacy of judicial intervention in the economic affairs of the State, and the over-complexity of economic and social rights, rendering judicial control over the constitutionality of laws ill-adapted to ensuring their enforcement and regulation. Jurisprudence from the Constitutional Court of South Africa demonstrates however that these doubts, though justifiable to a certain degree, have nevertheless been exaggerated. While recognizing the different historical and political contexts of Canada and South Africa, this article aims to demonstrate the extent to which it would be *possible*—not *desirable*, as this is a different question meriting further inquiry—for Canadian courts to engage in measured judicial intervention to sanction violations of economic and social rights in Canada.

---

\* Professeur adjoint, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa. Une version antérieure de ce texte a d'abord fait l'objet d'une présentation au colloque *Diversité, fédéralisme et droits fondamentaux*, organisé conjointement par la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa et la Faculté de droit de l'Université de Barcelone, tenu à Ottawa les 14 et 15 septembre 2007. Ce texte résume par ailleurs brièvement certains sous-chapitres de ma thèse de doctorat. Je remercie mon directeur de thèse, le professeur Sébastien Grammond, pour sa grande disponibilité et ses commentaires toujours éclairants. Mes remerciements vont également aux évaluateurs anonymes de ce texte pour le temps qu'ils ont consacré à son évaluation ainsi que pour leurs suggestions. Les opinions qui sont ici exprimées n'engagent toutefois que moi. Je reconnais enfin le soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada dans le cadre des mes études doctorales.

© David Robitaille 2008

Mode de référence : (2008) 53 R.D. McGill 243

To be cited as: (2008) 53 McGill L.J. 243

---

<b>Introduction</b>	245
<b>I. Non-universalité, illégitimité et sur-complexité des droits économiques et sociaux</b>	249
<b>II. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud : la recherche d’un équilibre entre la protection efficace des droits et la déférence nécessaire envers l’État</b>	253
A. <i>L’arrêt Grootboom : l’obligation générale de raisonabilité qu’imposent les droits économiques et sociaux</i>	254
B. <i>L’arrêt Treatment Action Campaign : la sanction contraignante à la violation des droits économiques et sociaux</i>	257
C. <i>La distinction essentielle entre l’élaboration et la gestion des programmes sociaux par l’État et l’évaluation de leur raisonabilité par les tribunaux</i>	260
<b>Conclusion</b>	263

---

## Introduction

De manière générale, la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> ne contient pas de droits économiques et sociaux, par exemple, le droit au logement, le droit à un niveau de vie suffisant ou le droit à la santé. Dans la mesure où, tel que l'a démontré William Schabas, le Canada s'est opposé à l'inclusion de ce type de droits dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948<sup>2</sup>, il ne faut pas nécessairement s'étonner qu'on ait délibérément omis de les intégrer dans la *Charte canadienne*. Malgré cette absence de droits économiques et sociaux, certains universitaires, juristes et défenseurs des droits de la personne se sont néanmoins adressés aux tribunaux afin de faire sanctionner, sur la base de droits et libertés déjà reconnus dans la *Charte canadienne*, certaines inégalités socioéconomiques<sup>3</sup>. Les articles 7 et 15, qui garantissent respectivement les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité et le droit à l'égalité, ont ainsi été invoqués afin de faire constater et réparer des violations de ces droits, notamment en matière de santé et de pauvreté, et faire reconnaître, indirectement, les droits à la santé et à un niveau de vie suffisant.

La *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>4</sup> du Québec reconnaît pour sa part, en plus des droits civils et politiques classiques (expression, religion, égalité, etc.), certains droits économiques et sociaux, tels le droit à l'instruction publique gratuite<sup>5</sup> et le droit à un niveau de vie décent<sup>6</sup>. Par cette double reconnaissance de droits, la *Charte québécoise* véhicule ainsi une conception de la société et de la justice qui s'apparente au libéralisme égalitaire<sup>7</sup>. Puisqu'elle ne reconnaît pas de droits économiques et sociaux, la *Charte canadienne*, comme l'a fait remarquer Guy Rocher, en proposerait quant à elle une vision plutôt libérale<sup>8</sup>.

Au grand dam de plusieurs, cependant, les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne* et l'article 45 de la *Charte québécoise* se sont à ce jour avérés des outils juridiques plus ou moins utiles à l'amélioration des conditions de vie matérielles des

---

<sup>1</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U.), 1982, c.11 [*Charte canadienne*].

<sup>2</sup> William A. Schabas, «Canada and the Adoption of the *Universal Declaration of Human Rights*» (1998) 43 R.D. McGill 403.

<sup>3</sup> Ce phénomène, par lequel des droits inexistantes sont reconnus par une interprétation large et libérale de droits existants, est appelé la «perméabilité» des droits dans Craig Scott, «The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights» (1989) 27 Osgoode Hall L.J. 769.

<sup>4</sup> L.R.Q., c. C-12 [*Charte québécoise*].

<sup>5</sup> *Ibid.*, art. 40.

<sup>6</sup> *Ibid.*, art. 45.

<sup>7</sup> Voir David Robitaille, «La Charte québécoise des droits ou la consécration du libéralisme égalitaire de John Rawls» (2004) 34 R.G.D. 473.

<sup>8</sup> Guy Rocher, «Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes» dans Rodrigue Blouin *et al.*, dir., *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, 1 à la p. 13.

citoyens les plus démunis<sup>9</sup>. Les tribunaux se sont en effet montrés hésitants à intervenir dans des litiges dans le cadre desquels on leur demandait d'évaluer la conformité constitutionnelle ou quasi constitutionnelle de programmes gouvernementaux impliquant des dépenses budgétaires importantes et des choix sociopolitiques effectués entre différents intérêts en jeu.

La décision la plus célèbre en ce domaine est sans doute celle rendue par la Cour suprême du Canada dans *Gosselin c. Québec (P.G.)*<sup>10</sup>. La majorité conclut que les

---

<sup>9</sup> Pour un résumé critique de la jurisprudence pertinente des tribunaux inférieurs et/ou de la Cour suprême en matière socioéconomique, voir notamment Pierre Bosset, «Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte ?» dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans : La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, Québec, Direction de la recherche et de la planification, 2003, 229 ; Pierre Bosset, «Les droits économiques et sociaux : parents pauvres de la Charte québécoise ?» (1996) 75 R. du B. can. 583 ; Jamie Cameron, «Positive Obligations Under Sections 15 and 7 of the Charter : A Comment on *Gosselin v. Québec*» (2003) 20 Sup. Ct. L. Rev. (2<sup>e</sup>) 65 ; Angus Gibbon, «Social Rights, Money Matters and Institutional Capacity» (2002-2003) 14 R.N.D.C. 353 ; Martha Jackman, «Charter Equality at Twenty : Reflections of a Card-carrying Member of the Court Party» (2006-2007) 20 R.N.D.C. 115 [Jackman, «Charter Equality»] ; Martha Jackman, «“The Last Line of Defence for [Which?] Citizens” : Accountability, Equality and the Right to Health in *Chaoulli*» (2006) 44 Osgoode Hall L.J. 349 ; Martha Jackman, «Misdiagnosis or Cure ? Charter Review of the Health Care System» dans Colleen M. Flood, dir., *Just Medicare : What's In, What's Out, How We Decide*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, 58 ; Martha Jackman, «What's Wrong With Social and Economic Rights ?» (1999-2000) 11 R.N.D.C. 235 [Jackman, «What's Wrong?»] ; Martha Jackman, «From National Standards to Justiciable Rights : Enforcing International Social and Economic Guarantees through *Charter of Rights* Review» (1999) 14 J.L. & Soc. Pol'y 69 [Jackman, «National Standards»] ; Martha Jackman, «Poor Rights : Using the *Charter* to Support Social Welfare Claims» (1993) 19 Queen's L.J. 65 [Jackman, «Poor Rights»] ; Natasha Kim et Tina Piper, «*Gosselin v. Québec* : Back to the Poorhouse ... », Commentaire de *Gosselin c. Québec*, (2003) 48 R.D. McGill 749 ; Dan Murdoch, «Welfare Rights in a Modern State : A Theoretical Approach to *Gosselin v. Québec*» (2002) 1 J.L. & Equality 25 ; Debra Parkes, «Baby Steps on the Way to a Grown-up *Charter* : Reflections on 20 Years of Social and Economic Rights Claims» (2003) 52 R.D. U.N.-B. 279 ; Bruce Porter, «Judging Poverty : Using International Human Rights Law to Refine the Scope of *Charter* Rights» (2000) 15 J.L. & Soc. Pol'y 117 ; David Robitaille, «Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ?» (2006) numéro thématique hors série R. du B. 455 [Robitaille, «Relations État-particuliers»] ; Hélène Tessier, «Pauvreté et droit à l'égalité : égalité de principe ou égalité de fait ?» dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1998)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 45 ; David Wiseman, «The *Charter* and Poverty : Beyond Injusticiability» (2001) 51 U.T.L.J. 425 [Wiseman, «Beyond Injusticiability»] ; Margot Young, «Section 7 and the Politics of Social Justice» (2005) 38 U.B.C. L. Rev. 539.

<sup>10</sup> 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, 221 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 257 [*Gosselin* (C.S.C.)]. Parmi les arrêts critiqués, voir aussi *Masse v. Ontario (Ministry of Community & Social Services)* (1996), 634 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 20, 89 O.A.C. 81, 40 Admin. L.R. (2<sup>e</sup>) 87 (Div. gén. Ont.) [*Masse* avec renvois aux D.L.R.], autorisation de pourvoi à la C.A. refusée, M17794 (30 avril 1996), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 25462 (4 septembre 1996). Dans cette affaire, un tribunal de première instance ontarien a rejeté la prétention selon laquelle les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne* obligent l'État à offrir des prestations sociales minimales. Voir aussi *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. Newfoundland and*

prestations d'aide sociale nettement plus basses prévues pour les personnes âgées de moins de trente ans ne constituaient pas une atteinte au droit à la sécurité — puisque la sécurité économique n'est pas protégée par l'article 7<sup>11</sup> — ni au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la *Charte canadienne*. Quant à la partie de la plainte fondée sur la *Charte québécoise*, la majorité de la Cour jugea que les prestations dérisoires prévues par la loi ne portaient pas atteinte à l'article 45, qui reconnaît un droit symbolique ou moral à un niveau de vie décent<sup>12</sup>. Face à cette interprétation restrictive, la différence de philosophie évoquée ci-dessus entre la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne*, caractérisée par la protection que la première accorde aux droits économiques et sociaux mais qui sont exclus de la seconde, devient ainsi plus théorique que réelle.

Malgré leur réticence, les magistrats ne sont pas nécessairement opposés par principe aux droits économiques et sociaux<sup>13</sup> mais semblent plutôt désespérément chercher une approche leur permettant d'agir de façon prudente et légitime. Une analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud pourrait être révélatrice et permettrait peut-être de répondre de façon satisfaisante à cet «appel» des tribunaux canadiens. La pertinence de ce recours à l'Afrique du Sud tient

---

*Labrador Association of Public and Private Employees*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, 244 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 294 ; *Auton (Tutrice à l'instance) c. Colombie-Britannique (P.G.)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657, 245 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1 ; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357, 244 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 257 ; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703, 186 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1 ; *Re Fernandes et Director of Social Services (Winnipeg Central)* (1992), 93 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 402, 78 Man. R. (2<sup>e</sup>) 172, 7 Admin. L.R. (2<sup>e</sup>) 153 (C.A.) [*Fernandes*] ; *Re Clark et Peterborough Utilities Commission* (1995), 24 O.R. (3<sup>e</sup>) 7 (Div. gén.) [*Clark*] ; *Conrad v. Halifax (County of)* (1993), 124 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 251 (S.C.(T.D.)) [*Conrad*], conf. par (1994), 130 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 305, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24191 (6 juin 1994) ; *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [1992] R.J.Q. 1647 (C.S.) [*Gosselin* (C.S.)]. Bien entendu, tel que noté dans Jackman, «Charter Equality», *ibid.* aux pp. 118-19, les art. 7 et 15 ont connu certains succès jurisprudentiels. Ainsi, dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, 177 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 124, la Cour suprême a jugé, sur la base de l'art. 7, que l'État avait l'obligation de fournir une aide juridique aux parents d'enfants qui faisaient l'objet de procédures en matière de garde. Mentionnons également *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 151 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577 [*Eldridge*], dans lequel la Cour suprême a jugé discriminatoire et injustifié le refus d'un hôpital de payer des services d'interprètes gestuels pour des patients malentendants.

<sup>11</sup> Voir *Gosselin* (C.S.C.), *ibid.* au para. 81, juge en chef McLachlin. Voir aussi *Clark*, *ibid.* ; *Conrad*, *ibid.* ; *Fernandes*, *ibid.*

<sup>12</sup> *Charte québécoise*, *supra* note 4, art. 45 : «Toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent». Pour une critique de l'arrêt *Gosselin* concernant l'interprétation de l'art. 45, voir Robitaille, «Relations État-particuliers», *supra* note 9.

<sup>13</sup> Voir *Gosselin* (C.S.C.), *supra* note 10 au para. 82, juge en chef McLachlin. Voir généralement les motifs de la juge Deschamps dans *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, 254 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577 [*Chaoulli*]. Selon notre interprétation, la Cour a reconnu que, dans certaines circonstances, l'art. 7 impose une obligation positive d'accès à des soins de santé de qualité dans des délais raisonnables (*ibid.*). Voir la discussion plus approfondie de cet arrêt aux pp. 264-65, ci-dessous.

d'abord au fait que ce pays, comme l'ont fait le Canada en 1982 et le Québec en 1975, s'est engagé en 1996 sur la voie du «constitutionnalisme moderne» post-Seconde Guerre mondiale, faisant de la primauté du droit et du respect des droits et libertés de la personne les assises de la démocratie<sup>14</sup>. Ensuite, il importe de souligner que la *Charte canadienne* et les arrêts de la Cour suprême du Canada subséquents à son adoption ont joué un rôle significatif dans l'adoption et l'interprétation de la *Constitution of the Republic of South Africa 1996*<sup>15</sup>. On ne saurait non plus ignorer, comme le soulignent Craig Scott et Philip Alston, le «dialogue transnational» auquel participent les juges de différents systèmes juridiques, que ce soit, par exemple, par le biais de colloques scientifiques, de visites intertribunales ou d'arrêts qu'ils rendent<sup>16</sup>.

L'utilisation de l'Afrique du Sud comme système témoin est non seulement pertinente, mais également originale. Selon certains<sup>17</sup>, la *Constitution sud-africaine* serait en effet l'une des premières lois supralégislatives au monde — n'oublions pas la *Charte québécoise* — à reconnaître, en plus des droits et libertés traditionnels (expression, religion, etc.), certains droits économiques et sociaux, notamment les droits au logement<sup>18</sup>, à des soins de santé<sup>19</sup>, à la sécurité sociale<sup>20</sup> et à l'éducation<sup>21</sup>. La *Constitution sud-africaine* prévoit en outre que l'État, sous réserve de contraintes excessives liées à une insuffisance de ressources financières<sup>22</sup>, doit prendre des mesures, entre autres législatives, afin de donner effet à ces droits dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances<sup>23</sup>. Notons également que les droits économiques et sociaux, au même titre que les droits civils et politiques, y bénéficient

---

<sup>14</sup> Voir Lorraine E. Weinrib, «Constitutionalism in the Age of Rights — A Prolegomenon» (2004) 121 S.A.L.J. 278 aux pp. 278-80, 283-87. Voir aussi François Fournier et Michel Coutu, «Le Québec et le monde 1975-2000 : mutations et enjeux» dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *supra* note 9, 1 aux pp. 48-49.

<sup>15</sup> N° 108 de 1996, en ligne : <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>> [*Constitution sud-africaine*]. Voir aussi Weinrib, *ibid.* à la p. 284.

<sup>16</sup> Craig Scott et Philip Alston, «Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context : A Comment on *Soobramoney's* Legacy and *Grootboom's* Promise» (2000) 16 S.A.J.H.R. 206 aux pp. 211-14.

<sup>17</sup> Voir David Bilchitz, «Giving Socio-economic Rights Teeth : The Minimum Core and its Importance», Commentaire de *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, (2002) 119 S.A.L.J. 484 à la p. 501 [Bilchitz, «Minimum Core»] ; Kevin Iles, «Limiting Socio-economic Rights : Beyond the Internal Limitations Clauses» (2004) 20 S.A.J.H.R. 448 à la p. 449.

<sup>18</sup> *Constitution sud-africaine*, *supra* note 15, art. 26(1) : «Everyone has the right to have access to adequate housing».

<sup>19</sup> *Ibid.*, art. 27(1) : «Everyone has the right to have access to (a) health care services, including reproductive health care ; (b) sufficient food and water; and (c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance».

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*, art. 29.

<sup>22</sup> *Ibid.*, art. 26(2), 27(2). Ces paragraphes énoncent tous deux que «[t]he state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right» («these rights» dans le cas de l'art. 27(2)).

<sup>23</sup> *Ibid.*, art. 7(2), 7(3), 26(2), 27(2).

d'un statut constitutionnel et prioritaire par rapport à la législation ordinaire<sup>24</sup>. Enfin, bien qu'il existe de nombreuses études sur la problématique des droits socioéconomiques tant en Afrique du Sud qu'au Canada, très peu d'auteurs se sont intéressés aux deux systèmes à la fois.

La jurisprudence sud-africaine et le droit comparé serviront donc à nourrir une réflexion critique portant sur une problématique canadienne, soit la justiciabilité, l'interprétation et la sanction des droits économiques et sociaux dans le contexte de la *Charte canadienne* et de la *Charte québécoise*. Pour ce faire, nous rappellerons d'abord les principaux arguments philosophiques invoqués à l'encontre de ces droits. Nous observerons par la même occasion que les tribunaux canadiens, de manière générale, se les ont appropriés pour justifier leur hésitation à constater et/ou à sanctionner la violation des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne*, ainsi que de l'article 45 de la *Charte québécoise*. Nous constaterons ensuite, à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, qui a développé une approche innovatrice<sup>25</sup> et éclairante sur le sens et la portée des droits économiques et sociaux<sup>26</sup>, que les difficultés qu'ils soulèvent ne sont pas nécessairement insolubles.

## I. Non-universalité, illégitimité et sur-complexité des droits économiques et sociaux

La stratégie la plus souvent déployée pour dénier aux droits économiques et sociaux le caractère de droits juridiques fondamentaux consiste à les opposer aux droits civils et politiques, qui seraient les seuls «vrais» droits. Ainsi, on met plus spécifiquement en doute leur universalité, leur légitimité morale et juridique, ainsi que la compétence des tribunaux à en déterminer le sens et à en sanctionner les violations.

Alors que le droit à la vie, le droit à la liberté d'expression et les autres droits et libertés traditionnels seraient intrinsèques à la nature humaine et n'exigeraient aucune

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, art. 8(1).

<sup>25</sup> Voir Cass R. Sunstein, «Social and Economic Rights ? Lessons from South Africa» (2000-2001) 11 Const. Forum Const. 123. Voir aussi Eric C. Christiansen, «Adjudicating Non-justiciable Rights : Socio-economic Rights and the South African Constitutional Court» (2007) 38 Colum. H.R.L. Rev. 321.

<sup>26</sup> Voir notamment Lisa Forman, «Claiming Equity and Justice in Health : The Role of the South African Right to Health in Ensuring Access to HIV / AIDS Treatment» dans Flood, *supra* note 9, 80 aux pp. 80-81, 87-90, 95-98 ; Sandra Liebenberg, «South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-economic Rights : An Effective Tool in Challenging Poverty ?», en ligne : (2002) 6 Law, Democracy and Development 1 à la p. 21 <<http://www.communitylawcentre.org.za/Projects/Socio-Economic-Rights/research-project/2002-vol-6-law-democracy-and-development>> [Liebenberg, «Evolving Jurisprudence»] ; Sandra Liebenberg, «The Right to Social Assistance : The Implications of *Grootboom* for Policy Reform in South Africa» (2001) 17 S.A.J.H.R. 232 à la p. 256 [Liebenberg, «Implications of *Grootboom*»].

justification particulière de la part de l'individu<sup>27</sup>, il en irait autrement en ce qui concerne les droits économiques et sociaux. Ceux-ci n'existeraient pas concrètement à l'état originel et ne seraient pas universels, puisque seuls les individus méritants pourraient en bénéficier<sup>28</sup>. Tel que le note Martha Jackman, c'est d'ailleurs cette conception qui ressort de la jurisprudence canadienne, alors que la pauvreté semble être considérée comme un problème qui résulte de la «faute» ou des mauvais choix de vie de l'individu qui la subit<sup>29</sup>. C'est ce qu'illustre, selon nous, le passage suivant des motifs du juge Reeves de la Cour supérieure dans l'arrêt *Gosselin* :

À l'égard de la personne normale, l'État n'intervient qu'indirectement dans le jeu et l'interaction des causes intrinsèques de pauvreté. Il le fait par des programmes incitatifs. Son rôle est supplétif et persuasif mais non coercitif. L'État ne peut substituer sa volonté ou ses habiletés à celles de l'individu. Celui-ci reste le maître des causes intrinsèques de son état de pauvreté. [...] Les études démontrent que la majorité des pauvres le sont pour des raisons intrinsèques. Il s'agit de personnes sous-scolarisées ou psychologiquement vulnérables, ou chez qui l'éthique du travail n'est guère favorisée<sup>30</sup>.

N'étant pas inhérents à la nature humaine, les droits économiques et sociaux sont ainsi considérés comme des droits «positifs» dont la mise en œuvre nécessite une intervention de l'État<sup>31</sup>. Pour que toute personne ait un niveau de vie décent, il importe en effet, par exemple, que le législateur adopte une loi sur l'aide sociale prévoyant des prestations mensuelles au bénéfice des personnes dans le besoin. À l'opposé, puisqu'ils appartiennent en propre à toute personne, les droits civils et politiques ne nécessiteraient, sauf exceptions, aucune intervention de ce genre<sup>32</sup>. Ces

<sup>27</sup> Voir Marc Bossuyt, «La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels» (1975) 8 *Revue des droits de l'homme* 783 aux pp. 790-91, 802-03 ; Maurice Cranston, «Human Rights : A Reply to Professor Raphael» dans David D. Raphael, dir., *Political Theory and the Rights of Man*, Bloomington (Ind.), Indiana University Press, 1967, 95 à la p. 99 [Cranston, «Reply»] ; Peter Schneider, «Social Rights and the Concept of Human Rights» dans Raphael, *ibid.*, 81 aux pp. 92-93.

<sup>28</sup> Voir Bossuyt, *ibid.* à la p. 793 ; Cranston, «Reply», *ibid.* aux pp. 98-100.

<sup>29</sup> Voir Jackman, «Charter Equality», *supra* note 9 aux pp. 122, 124-25 ; Martha Jackman, «Sommes-nous dignes ? L'égalité et l'arrêt *Gosselin*» (2005) 17 *R.F.D.* 161 à la p. 172 [Jackman, «Sommes-nous dignes ?»] ; Martha Jackman, «Constitutional Contact with the Disparities in the World : Poverty as a Prohibited Ground of Discrimination Under the Canadian *Charter* and Human Rights Law» (1994) 2 *R. études const.* 76 aux pp. 90-92 ; Jackman, «Poor Rights», *supra* note 9 à la p. 85 ; Kim et Piper, *supra* note 9 aux pp. 777-78.

<sup>30</sup> *Gosselin* (C.S.), *supra* note 10 à la p. 1676.

<sup>31</sup> *Gosselin* (C.S.C.), *supra* note 10 aux para. 89, 92, juge en chef McLachlin, 301, juge Bastarache, 421, juge LeBel. Voir aussi Bossuyt, *supra* note 27 aux pp. 791-92.

<sup>32</sup> Voir *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village de)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650, 241 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 83, aux para. 76-77, juge LeBel, dissident ; *Dunmore c. Ontario (P.G.)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, 207 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 193 aux para 19-21, juge Bastarache ; *Delisle c. Canada (Sous-P.G.)*, [1999] 2 R.C.S. 989 aux para. 7, juge L'Heureux-Dubé, 33, juge Bastarache, 176 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 513 ; Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p. 879.



droits n'exigeraient donc de la part de l'État qu'une obligation d'abstention, c'est-à-dire celle de ne pas en empêcher le libre exercice individuel<sup>33</sup>.

À cette intervention législative et gouvernementale que nécessite la mise en œuvre effective des droits économiques et sociaux, il faut ajouter que ceux-ci impliquent pour l'État la dépense, parfois importante, de fonds publics<sup>34</sup>. Considérant la pression que cela exercerait sur les ressources étatiques, on considère ainsi illusoire, voire trompeur, de promettre aux citoyens, sous la forme de droits fondamentaux, la satisfaction de besoins dont la matérialisation pour tous serait pratiquement impossible<sup>35</sup>. Puisque l'État n'est pas responsable de toutes les inégalités socioéconomiques<sup>36</sup> et qu'il est souverain sur les questions budgétaires, il serait illégitime, au nom de la séparation des pouvoirs, que des juges non élus fassent de la «politique» en dictant au gouvernement comment dépenser son argent<sup>37</sup>.

On soutient par ailleurs que le «contenu obligationnel»<sup>38</sup> des droits économiques et sociaux est trop variable ou incertain pour qu'ils soient formulés et garantis dans des instruments juridiques constitutionnels reconnaissant des droits universels<sup>39</sup>. Le droit au logement, par exemple, implique-t-il que l'État doive construire des habitations à loyers modiques ou qu'il doive subventionner directement les personnes dans le besoin afin qu'elles puissent elles-mêmes se trouver un toit ? Aussi, quelles doivent être la qualité et les caractéristiques de l'immeuble qui fait l'objet du droit individuel ? Voilà le genre de questions spécifiques auxquelles la fonction judiciaire

---

<sup>33</sup> Pour une remise en question de cette catégorisation des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux, voir par ex. Robitaille, «Relations État-particuliers», *supra* note 9 aux pp. 483-86.

<sup>34</sup> Voir Bossuyt, *supra* note 27 aux pp. 790-93 ; *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [1999] R.J.Q. 1033 à la p. 1047 (C.A.), juge Baudouin [*Gosselin* (C.A.)] ; *Masse*, *supra* note 10 aux para. 42-43, juge O'Driscoll, 56, juge O'Brien ; *Gosselin* (C.S.), *supra* note 10 à la p. 1669 ; Brun et Tremblay, *supra* note 32 aux pp. 878-79, 913.

<sup>35</sup> Voir Bossuyt, *ibid.* aux pp. 792-93 ; Maurice Cranston, «Human Rights, Real and Supposed» dans Raphael, *supra* note 27, 43 à la p. 50 [Cranston, «Real and Supposed»] ; Cranston, «Reply», *supra* note 27 à la p. 96.

<sup>36</sup> Voir l'analyse jurisprudentielle dans Jackman, «Charter Equality», *supra* note 9 aux pp. 122-24 ; Jackman, «National Standards», *supra* note 9 à la p. 81.

<sup>37</sup> Voir *Masse*, *supra* note 10 aux para. 43, juge O'Driscoll, 58, juge O'Brien ; *Clark*, *supra* note 10 au para. 28 ; *Conrad*, *supra* note 10 aux para. 93, 95 ; *Gosselin* (C.S.), *supra* note 10 aux pp. 1669-70 ; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., Scarborough (Ont.), Thomson Carswell, 2007 à la p. 47.8. C'est également le constat que font d'autres auteurs à la lumière de la jurisprudence canadienne. Voir Gibbon, *supra* note 9 à la p. 380 ; Jackman, «Charter Equality», *ibid.* aux pp. 122-23 ; Jackman, «What's Wrong?», *supra* note 9 à la p. 239 ; Jackman, «National Standards», *ibid.* ; Jackman, «Poor Rights», *supra* note 9 à la p. 87 ; David Matas, *No More: The Battle Against Human Rights Violations*, Toronto, Dundurn Press, 1994 aux pp. 148-60 ; Parkes, *supra* note 9 aux pp. 284-87 ; Porter, *supra* note 9 aux pp. 144, 147.

<sup>38</sup> Nous empruntons cette expression au juge LeBel dans *Gosselin* (C.S.C.), *supra* note 10 au para. 429.

<sup>39</sup> Voir Bossuyt, *supra* note 27 à la p. 806 ; Brun et Tremblay, *supra* note 32 à la p. 913 ; Cranston, «Reply», *supra* note 27 à la p. 96.

ne serait pas nécessairement bien placée pour répondre. Les tribunaux estiment ainsi généralement que la branche politique de l'État, par son expertise sociale et économique, est mieux à même d'évaluer les besoins de la population et développer les programmes qui y répondent<sup>40</sup>.

En raison de ces préoccupations de légitimité et de compétence, les tribunaux canadiens ont généralement été réticents à accorder une protection constitutionnelle à la dimension économique des droits à la sécurité et à l'égalité reconnus aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne*<sup>41</sup>. En effet, que ce soit à l'étape consistant à vérifier s'il y a eu atteinte au droit constitutionnel invoqué, à celle de la justification de cette violation par l'État ou à celle de la détermination de la sanction appropriée, les tribunaux canadiens, sauf exceptions, font généralement obstacle à ce genre de revendications<sup>42</sup>. Il en va de même en ce qui concerne l'article 45 de la *Charte québécoise*, alors que la majorité de la Cour a concédé son caractère justiciable<sup>43</sup>, c'est-à-dire la possibilité pour les individus de saisir un tribunal, tout en refusant cependant d'autoriser des sanctions qui vont au-delà du jugement déclaratoire<sup>44</sup>. Or, dans la mesure où la Cour estime dans l'arrêt *Gosselin* que l'article 45 impose une «obligation» sujette à la discrétion de l'État<sup>45</sup> — autrement dit une «obligation» symbolique ou morale<sup>46</sup> —, nous avons en vain cherché un fondement juridique sérieux sur lequel pourrait reposer la plainte d'un justiciable qui trouve insuffisantes les prestations sociales dont il bénéficie.

Ajoutons enfin, en ce qui concerne le droit à l'égalité consacré dans la *Charte canadienne*, que l'exigence de démontrer qu'une situation discriminatoire engendre non seulement un préjudice mais porte également atteinte à la dignité humaine essentielle complique la tâche du demandeur<sup>47</sup>, diminue ses chances de succès et, par

---

<sup>40</sup> Voir *Clark*, *supra* note 10 au para. 28 ; *Conrad*, *supra* note 10 aux para. 93, 95 ; Patrice Garant, «Vie, liberté, sécurité et justice fondamentale» dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 4<sup>e</sup> éd., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2005, 457 à la p. 491. Pour un résumé de la jurisprudence canadienne sur ce point, voir notamment Gibbon, *supra* note 9 aux pp. 381-82 ; Jackman, «What's Wrong?», *supra* note 9 à la p. 239 ; Jackman, «National Standards», *supra* note 9 à la p. 81 ; Jackman, «Poor Rights», *supra* note 9 à la p. 86 ; Parkes, *supra* note 9 aux pp. 288-91 ; Porter, *supra* note 9 aux pp. 144, 147 ; David Wiseman, «Competence Concerns in Charter Adjudication : Countering the Anti-Poverty Incompetence Argument» (2006) 51 R.D. McGill 503 [Wiseman, «Competence Concerns»].

<sup>41</sup> Voir Gibbon, *ibid.* à la p. 363 ; Porter, *ibid.* à la p. 144 ; Wiseman, «Competence Concerns», *ibid.*

<sup>42</sup> Voir Gibbon, *ibid.* aux pp. 382-83 ; Parkes, *supra* note 9 aux pp. 288-91 ; Porter, *ibid.* aux pp. 147, 156 ; Wiseman, «Competence Concerns», *ibid.* aux pp. 510 et s. ; Wiseman, «Beyond Injusticiability», *supra* note 9.

<sup>43</sup> Voir *Gosselin* (C.S.C.), *supra* note 10 au para. 96, juge en chef McLachlin.

<sup>44</sup> Voir *ibid.* aux para. 95-96, juge en chef McLachlin.

<sup>45</sup> *Ibid.* aux para. 88-93, juge en chef McLachlin, 420-21, juge LeBel.

<sup>46</sup> *Ibid.* aux para. 96, juge en chef McLachlin, 305, juge Bastarache, 396, juge Arbour.

<sup>47</sup> Voir notamment Michelle Boivin, «Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité» (2004) 45 C. de D. 327 ; Christopher D. Bredt et Adam M. Dodek, «Breaking the Law's Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15» (2003) 20 Sup. Ct. L. Rev. (2<sup>e</sup>) 33 ;

le fait même, est susceptible de constituer un obstacle à la reconnaissance indirecte des droits économiques et sociaux<sup>48</sup>. C'est d'ailleurs dans un contexte litigieux dans lequel on demandait un plus grand effort financier à l'État, soit dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>49</sup>, que le critère de l'atteinte à la dignité a fait son entrée officielle — le jugement était unanime — dans le cadre d'analyse de l'article 15<sup>50</sup>. Il en fut de même au Québec alors que la Cour d'appel du Québec fit une place décisive à la dignité comme critère de discrimination en vertu de l'article 10 de la *Charte québécoise* dans l'arrêt *Québec (P.G.) c. Lambert*<sup>51</sup>, alors que le plaignant réclamait l'accès égalitaire à des bénéfices économiques.

## II. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud : la recherche d'un équilibre entre la protection efficace des droits et la déférence nécessaire envers l'État

Malgré la présence de droits économiques et sociaux dans la *Constitution sud-africaine*, la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, pour des motifs similaires à ceux invoqués par les tribunaux canadiens, en fit une interprétation restrictive<sup>52</sup> dans la première décision sur la question rendue en 1997, *Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)*<sup>53</sup>. Dans cette affaire, un homme souffrant de problèmes

Jackman, «Sommes-nous dignes ?», *supra* note 29 ; Debra M. McAllister, «Section 15 — The Unpredictability of the *Law Test*» (2003-2004) 15 R.N.D.C. 35 ; Daniel Proulx, «Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law* : un pas en avant ou un pas en arrière ?» (2001) 61 R. du B. 185 ; David Robitaille, «Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve ? Bonne chance !» (2002) 62 R. du B. 319 aux pp. 331-36 ; Bruce Ryder, Cidalia C. Faria et Emily Lawrence, «What's *Law* Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Decisions» (2004) 24 Sup. Ct. L. Rev. (2<sup>e</sup>) 103.

<sup>48</sup> Voir Gibbon, *supra* note 9 aux pp. 375-76 ; Jackman, «Sommes-nous dignes ?», *ibid.* aux pp. 173-75.

<sup>49</sup> [1999] 1 R.C.S. 497, 170 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1.

<sup>50</sup> Pour des analyses critiques récentes sur la conception constitutionnelle de l'égalité dans la *Charte canadienne*, voir Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2006.

<sup>51</sup> [2002] R.J.Q. 599 au para. 79 (C.A.) [*Lambert*], autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 29227 (17 avril 2003). Il faut souligner que, deux ans auparavant, le test de l'atteinte à la dignité avait fait une percée dans la jurisprudence de la Cour d'appel (*Johnson c. Commission scolaire Lester B. Pearson/Lester B. Pearson School Board*, [2000] R.J.Q. 1961 aux para. 36-48 (C.A.)). Il est toutefois permis de considérer que l'arrêt *Lambert*, où la Cour d'appel du Québec fixe de manière plus affirmée et précise le cadre d'analyse de l'art. 10, constitue la décision dans laquelle le mariage entre le droit à l'égalité reconnu dans la *Charte québécoise* et la notion de dignité a été célébré.

<sup>52</sup> Voir Liebenberg, «Evolving Jurisprudence», *supra* note 26 à la p. 7 ; Marius Pieterse, «Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights : Contemplating the South African Experience» (2004) 26 Hum. Rts. Q. 882 à la p. 901 ; Scott et Alston, *supra* note 16 aux pp. 235 et s.

<sup>53</sup> [1998] 1 S. Afr. L.R. 765 (S. Afr. Const. Ct.) [*Soobramoney*]. Tous les arrêts de la Cour constitutionnelle auxquels nous ferons référence dans ce texte sont disponibles en ligne par le moteur

cardiaques et d'une insuffisance rénale irréversible s'adressa à la cour afin qu'elle oblige un hôpital, sur la base du droit à des soins de santé reconnu à l'article 27 de la *Constitution sud-africaine*, à lui prodiguer des traitements qu'on lui avait refusés en raison de l'équipement limité et vétuste dont disposait l'institution, ainsi que des nombreux autres patients à soigner<sup>54</sup>. La cour rejeta cette demande au motif, principalement, que la mise en œuvre des droits économiques et sociaux dépend des ressources limitées dont dispose l'État, qui finance les hôpitaux, et qu'il appartient à celui-ci, et non aux tribunaux, de faire des choix sociopolitiques complexes<sup>55</sup>:

*These choices involve difficult decisions to be taken at the political level in fixing the health budget, and at the functional level in deciding upon the priorities to be met. A court will be slow to interfere with rational decisions taken in good faith by the political organs and medical authorities whose responsibility it is to deal with such matters*<sup>56</sup>.

En soumettant les politiques législatives à un test justificatif peu rigoureux de rationalité et de bonne foi, la cour laissa ainsi au législateur la discrétion de fixer lui-même le contenu et les limites des droits économiques et sociaux.

#### **A. L'arrêt Grootboom : l'obligation générale de raisonabilité qu'imposent les droits économiques et sociaux**

Le raisonnement restrictif proposé dans l'arrêt *Soobramoney* constitue cependant une exception et ce dernier n'est plus considéré comme un jugement de principe<sup>57</sup>. Trois ans plus tard, la cour adopta en effet une approche innovatrice des droits économiques et sociaux dans *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*<sup>58</sup> et confirma par la même occasion qu'ils ne sont pas aussi complexes et illégitimes que ce qu'en pensent généralement leurs détracteurs.

Dans cette affaire, Irene Grootboom et d'autres plaignants contestaient, sur la base de l'article 26 de la *Constitution sud-africaine* qui protège le droit à un logement décent, la constitutionnalité d'un programme gouvernemental qui ne prévoyait aucune mesure particulière pour les besoins urgents de personnes sans-abri et qui visait plutôt des objectifs à moyen et à long termes. Plutôt que de reprendre la même rhétorique qu'en 1998, la cour adopta cette fois une conception moins rigide de la séparation des pouvoirs, comme elle l'avait d'ailleurs auparavant exigé dans ce passage important d'un arrêt antérieur qui semblait avoir été ignoré dans l'arrêt *Soobramoney* :

---

de recherche du site de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud : <<http://www.constitutionalcourt.org.za>>.

<sup>54</sup> *Ibid.* aux para. 1-5.

<sup>55</sup> *Ibid.* aux para. 10-11, 19-20, 22-36.

<sup>56</sup> *Ibid.* au para. 29.

<sup>57</sup> Voir Liebenberg, «Evolving Jurisprudence», *supra* note 26 à la p. 8 ; Scott et Alston, *supra* note 16 aux pp. 208, 243, 268.

<sup>58</sup> [2001] 1 S. Afr. L.R. 46 (S. Afr. Const. Ct.) [*Grootboom*].

*It is true that the inclusion of socio-economic rights may result in Courts making orders which have direct implications for budgetary matters. However, even when a court enforces civil and political rights such as equality, freedom of speech and the right to a fair trial, the order it makes will often have such implications. A court may require the provision of legal aid, or the extension of State benefits to a class of people who formerly were not beneficiaries of such benefits. In our view, it cannot be said that by including socio-economic rights within a bill of rights, a task is conferred upon the Courts so different from that ordinarily conferred upon them by a bill of rights that it results in a breach of the separation of powers<sup>59</sup>.*

Dans ce contexte, la cour estima que le droit au logement, de même que tous les droits économiques et sociaux, obligent le gouvernement à prendre des mesures concrètes et à mettre sur pied des programmes sociaux raisonnables<sup>60</sup>. Plutôt que de tenter de déterminer le contenu exact et détaillé du droit au logement ou de son «noyau dur», c'est-à-dire la base minimale que l'État doit nécessairement fournir, la cour développa plutôt un test général de raisonabilité, plus sévère qu'une simple exigence de rationalité<sup>61</sup>, auquel doivent satisfaire les mesures sociales étatiques. Un programme sera conforme à ce critère s'il est suffisamment flexible et qu'il permet de faire un équilibre entre les besoins urgents des plus défavorisés et la réalisation progressive, à moyen et à long termes, d'objectifs sociaux moins pressants<sup>62</sup>. Il ne serait donc pas obligatoire d'accorder la priorité à la satisfaction des besoins immédiats des plus pauvres<sup>63</sup>, contrairement à ce qu'exigerait le concept de «noyau dur» (ou «*minimum core content*») des droits économiques et sociaux. Selon cette notion, l'État serait obligé de faire tous les efforts nécessaires afin d'assurer d'abord les besoins humains essentiels<sup>64</sup>, sauf en cas de contrainte financière excessive<sup>65</sup>.

---

<sup>59</sup> Voir *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, [1996] 4 S. Afr. L.R. 744 (S. Afr. Const. Ct.) au para. 77. Dans l'arrêt *Soobramoney*, *supra* note 53, le juge Chaskalson ne fait aucunement mention de ce passage pourtant important de l'arrêt.

<sup>60</sup> *Grootboom*, *supra* note 58 aux para. 21, 24, 38-42, 93. Voir aussi *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, [2002] 5 S. Afr. L.R. 721 (S. Afr. Const. Ct.) aux para. 36, 38 [*Treatment Action Campaign*].

<sup>61</sup> Voir *contra* Forman, *supra* note 26 à la p. 88. L'auteure semble en effet considérer que l'exigence de rationalité et de bonne foi s'apparente au critère de raisonabilité. Dans *Khosa v. The Minister of Social Development*, [2004] 6 S. Afr. L.R. 505 au para. 67 (S. Afr. Const. Ct.) [*Khosa*], la Cour constitutionnelle estima cependant que le critère de raisonabilité est plus exigeant que celui de rationalité.

<sup>62</sup> *Grootboom*, *supra* note 58 au para. 43.

<sup>63</sup> *Ibid.* aux para. 43, 45.

<sup>64</sup> Voir CES NU, Commission des droits de l'Homme, *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 43<sup>e</sup> sess., Doc. NU E/CN.4/1987/17 (1987) [Miméo.], art. 71, reproduit dans (1987) 9 H. Rts. Q. 122, art. 25 ; Erika De Wet, «Recent Developments Concerning the Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights» (1997) 13 S.A.J.H.R. 514 à la p. 521 ; Centre pour les droits de l'homme des Nations Unies, *Fiche d'information n°16 : Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Genève, Centre pour les droits de l'homme des Nations Unies,

Ainsi, par exemple, le «noyau dur» du droit au logement viserait notamment à assurer la protection d'un espace de vie d'une grandeur suffisante, donnant accès à l'eau potable, à l'électricité et à des installations sanitaires, le tout à un coût correspondant à une fraction raisonnable du revenu de ses occupants<sup>66</sup>. L'intégration d'une telle approche dans la jurisprudence sud-africaine aurait donc nécessité que la cour hiérarchise les besoins et détermine lesquels devraient impérativement être assurés les premiers. Il s'agit d'une tâche que le plus haut tribunal refusa d'entreprendre, laissant plutôt à l'État une marge de manœuvre politique importante, en lui imposant tout de même l'obligation de justifier la raisonnable des programmes sociaux lorsqu'ils sont contestés par des justiciables.

Cela dit, s'il n'est pas nécessaire d'assurer la satisfaction des besoins immédiats des plus démunis, la cour estima néanmoins que l'État doit en tenir compte. Le tribunal était ainsi d'avis que la *Constitution sud-africaine* a pour but d'assurer la valeur égale de la liberté et de la dignité de tous par la protection de droits visant la satisfaction des besoins essentiels à la vie<sup>67</sup>. Dans ce contexte, il s'ensuit que des mesures intentionnellement régressives<sup>68</sup> ou un programme ne visant que l'atteinte d'objectifs futurs, en omettant de considérer les besoins immédiats des plus défavorisés, ne seraient pas raisonnables<sup>69</sup>. Bien entendu, la cour n'ignora pas le fait que la mise en œuvre des droits économiques et sociaux nécessite des ressources financières et reconnut que l'insuffisance budgétaire constitue un facteur important permettant de justifier, selon le cas, des manquements à cette obligation<sup>70</sup>.

---

1996 à la p. 11 ; Robert E. Robertson, «Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the "Maximum Available Resources" to Realizing Economic, Social, and Cultural Rights» (1994) 16 Hum. Rts. Q. 693 aux pp. 701-02.

<sup>65</sup> Voir *Observation générale 3, La nature des obligations des États parties*, art. 10 dans Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Report on the Fifth Session*, Doc. off. CES NU, 1991, supp. n° 3, Doc. NU E/1991/23 [*Observation générale 3*].

<sup>66</sup> Voir *Observation générale 4, Le droit à un logement suffisant*, art. 8 dans Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Report on the Sixth Session*, Doc. off. CES NU, 1992, supp. n° 3, Doc. NU E/1992/23.

<sup>67</sup> *Grootboom*, *supra* note 58 au para. 44.

<sup>68</sup> *Ibid.* au para. 45, alors que la Cour constitutionnelle cite avec approbation un passage de *Observation générale 3*, dans lequel on souligne le caractère suspect de toute mesure intentionnellement régressive (*supra* note 65). Voir Liebenberg, «Evolving Jurisprudence», *supra* note 26 à la p. 20.

<sup>69</sup> *Grootboom*, *ibid.* au para. 44.

<sup>70</sup> Voir *Constitution sud-africaine*, *supra* note 15 aux art. 26(2), 27(2) ; *Grootboom*, *ibid.* aux para. 45-46. Bien que l'art. 36(1) de la *Constitution sud-africaine* constitue la clause générale de limitation des droits et libertés, il semble que la Cour procède plutôt généralement à l'analyse du caractère justifié d'une violation des droits économiques et sociaux en vertu des art. 26(2) et 27(2). En effet, dans la mesure où les critères de raisonnable à évaluer selon l'art. 36 et les art. 26(2) et 27(2) sont similaires, tout se passe comme si le premier avait été intégré dans les seconds. Voir *Khosa*, *supra* note 61 aux para. 83, 107 ; *Iles*, *supra* note 17 aux pp. 462-63 ; Sandra Liebenberg, «The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-economic Rights» (2005) 21 S.A.J.H.R. 1 à la p. 27 ; Marius Pieterse, «Towards a Useful Role for Section 36 of the Constitution in Social Rights Cases ? Commentaire de

Contrairement à ce qui prévaut au Canada, le contenu et la portée des droits économiques et sociaux en Afrique du Sud ne dépendent donc pas uniquement de la discrétion politique de l'État, puisque la cour a reconnu le pouvoir des tribunaux de s'assurer du caractère approprié ou raisonnable des programmes sociaux et, comme nous le constaterons maintenant, de sanctionner juridiquement et de manière contraignante les violations de cette obligation.

### **B. L'arrêt *Treatment Action Campaign* : la sanction contraignante à la violation des droits économiques et sociaux**

Les tribunaux sud-africains disposent d'une grande discrétion pour sanctionner la violation des droits économiques et sociaux<sup>71</sup>. La *Constitution sud-africaine* leur reconnaît en effet le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'ils estiment juste et raisonnable<sup>72</sup>, ce que permet par ailleurs à nos tribunaux l'article 24(1) de la *Charte canadienne*<sup>73</sup>. Le jugement déclaratoire fait évidemment partie des remèdes possibles<sup>74</sup>, mais contrairement à la prétention du procureur de l'État dans *Treatment Action Campaign*<sup>75</sup>, la sanction de la violation des droits économiques et sociaux ne se limite pas à une telle constatation symbolique. Au nom de la suprématie de la *Constitution sud-africaine* et de la «*rule of law*»<sup>76</sup>, les tribunaux, dans les cas appropriés et lorsque nécessaire, peuvent ainsi rendre des ordonnances juridiquement obligatoires («*mandatory relief*»), similaires aux injonctions structurelles en droit américain<sup>77</sup>, et ainsi ordonner à l'État de prendre des mesures pour donner effet aux

*Southern Metropolitan Local Council*», Commentaire de *Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local Council*, (2003) 120 S.A.L.J. 41 à la p. 43. Néanmoins, la Cour n'a pas tranché définitivement la question (*Khosa, ibid.* au para. 84). Il existe en effet un débat à ce sujet dans la jurisprudence et la doctrine sud-africaine qu'il n'est pas nécessaire de régler ici.

<sup>71</sup> Voir *Treatment Action Campaign, supra* note 60 aux para. 101-02. Voir également Marius Pieterse, «Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-economic Rights» (2004) 20 S.A.J.H.R. 383 à la p. 411 [Pieterse, «Judicial Enforcement»].

<sup>72</sup> *Constitution sud-africaine, supra* note 15, art. 172(1).

<sup>73</sup> *Supra* note 1, art. 24(1). Cet article énonce que «[t]oute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances».

<sup>74</sup> Voir *Constitution sud-africaine, supra* note 15, art. 172(1)(a); *Grootboom, supra* note 58 aux para. 96, 99.

<sup>75</sup> *Supra* note 60 au para. 96.

<sup>76</sup> *Ibid.* au para. 103.

<sup>77</sup> L'arrêt généralement associé à l'injonction structurelle en droit américain est *Brown v. Board of Education II*, 349 U.S. 294 (1955), dans lequel la Cour suprême des États-Unis a jugé discriminatoire la ségrégation entre les Noirs et les Blancs dans les écoles américaines et a reconnu de larges pouvoirs de sanction aux tribunaux afin de vérifier la mise en œuvre par l'État des droits qu'il a omis d'assurer. Pour un résumé de cette question, voir Ghislain Otis, «La Charte et la modification des programmes gouvernementaux : l'exemple de l'injonction structurelle en droit américain» (1991) 36 R.D. McGill 1348 [Otis, «Injonction structurelle»].

droits économiques et sociaux<sup>78</sup>. Ils disposent aussi du pouvoir de prononcer des ordonnances de rendre compte, lesquelles permettent de «superviser» ou «vérifier», toutefois sans «gérer»<sup>79</sup>, la réalisation par l'État de ses engagements constitutionnels<sup>80</sup>. Cela n'est pas banal puisque l'ordonnance juridiquement obligatoire assortie d'un pouvoir de supervision permet à la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud de conserver la mainmise sur un dossier lorsque l'État omet de se conformer à une décision rendue<sup>81</sup>. Certains la considèrent ainsi généralement comme une sanction plus efficace que le jugement déclaratoire<sup>82</sup>, en particulier dans le contexte où l'État tarde à prendre des mesures afin de faciliter l'accès à des droits socioéconomiques dont la mise en œuvre dépend de l'action politique<sup>83</sup>. Aussi, contrairement à l'injonction, il n'est pas certain que le jugement déclaratoire lie formellement son destinataire sur le plan juridique puisqu'il constituerait plutôt un outil de pression politique, l'État ayant le devoir moral de se conformer à la *Constitution sud-africaine*<sup>84</sup>. Les Sud-Africains, plutôt que d'avoir à tenter de nouvelles poursuites, sont donc en mesure de s'adresser directement aux tribunaux en cas de non-respect d'une ordonnance d'agir assortie d'une obligation de rendre compte. Ce genre de

---

<sup>78</sup> *Treatment Action Campaign*, *supra* note 60 aux para. 104-07, 113, 129. Voir également Pieterse, «Judicial Enforcement», *supra* note 71 à la p. 413.

<sup>79</sup> Voir *Le nouveau Petit Robert*, 2008, s.v. «superviser» («Contrôler (un travail effectué par d'autres), sans entrer dans les détails» [nos italiques]), «vérifier» («Examiner la valeur de (qqch.), par une confrontation avec les faits ou par un contrôle de la cohérence interne» [nos italiques]), «gérer» («Administrer (les intérêts, les affaires d'un autre)» [nos italiques]).

<sup>80</sup> *Treatment Action Campaign*, *supra* note 60 aux para. 104, 107, 113, 129.

<sup>81</sup> Voir Kameshni Pillay, «Implementing *Grootboom* : Implications for the Enforcement of Socio-economic Rights», en ligne : (2002) 6 Law, Democracy and Development 4 à la p. 16 <<http://www.communitylawcentre.org.za/Projects/Socio-Economic-Rights/research-project/2002-vol-6-law-democracy-and-development>> ; Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, feuilles mobiles, Aurora (Ont.), Canada Law Books, 2006 aux para. 12-30, 13-620.

<sup>82</sup> Voir Jacques Frémont, «Les tribunaux et la Charte : le pouvoir d'ordonner la dépense de fonds publics en matières sociales et économiques» (1991) 36 R.D. McGill 1323 à la p. 1335 ; Ghislain Otis, «La réparation pécuniaire pour la mise en œuvre tardive ou défectueuse des droits linguistiques scolaires des minorités francophones» dans Sylvie Léger, dir., «De violations à réparations» : *symposium national sur la réparation constitutionnelle (selon les articles 23 et 24 de la Charte canadienne des droits et libertés)*, Ottawa, Centre canadien des droits linguistiques, 1997, 87 à la p. 99 [Otis, «Réparation pécuniaire»] ; Otis, «Injonction structurelle», *supra* note 77 à la p. 1353 ; Mia Swart, «Left Out in the Cold ? Crafting Constitutional Remedies for the Poorest of the Poor» (2005) 21 S.A.J.H.R. 215 aux pp. 226-28 ; Murray Wesson, «*Grootboom* and Beyond : Reassessing the Socio-economic Jurisprudence of the South African Constitutional Court» (2004) 20 S.A.J.H.R. 284 à la p. 306.

<sup>83</sup> Voir Roach, *supra* note 81 aux para. 12-100, 12-475, 12-477, 12-478, 12-560-12-630. Voir aussi Mark Power et André Braën, «The Enforcement of Language Rights» dans Michel Bastarache, dir., *Language Rights in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004, 527 à la p. 561.

<sup>84</sup> Dans le contexte canadien, c'est en effet ce que l'on peut comprendre des motifs dissidents du juge Iacobucci (auxquels souscrivent les juges Arbour et LeBel) dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, 193 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 193 au para. 271.



sanctions pourrait alors favoriser — ou forcer — un dialogue dynamique entre le gouvernement et les tribunaux, ce que le jugement déclaratoire ne permet pas nécessairement d’accomplir, le tribunal, une fois la décision symbolique rendue, étant dessaisi du litige<sup>85</sup>.

Ainsi, sur la base de cette nouvelle approche fondée sur un critère général de raisonnable, la cour procéda, dans l’arrêt *Grootboom*, à l’analyse du caractère approprié de la stratégie et des mesures mises en place par l’État afin de réaliser le droit d’accès à un logement décent<sup>86</sup>. Or, le programme gouvernemental ne visait essentiellement que des objectifs à moyen et à long termes<sup>87</sup>, c’est-à-dire la construction de résidences permanentes<sup>88</sup>, et omettait d’accorder une attention particulière aux grandes difficultés auxquelles faisaient face les plaignants et à l’urgence de répondre à leurs besoins<sup>89</sup>. Bien que ces mesures poursuivaient un but louable, la cour conclut néanmoins à leur déraisonnable puisque, en ne prévoyant rien pour les personnes les plus vulnérables, elles ne satisfaisaient pas aux exigences de la *Constitution sud-africaine*<sup>90</sup>. Dans le cadre d’un jugement déclaratoire, la cour constata ainsi ce manquement constitutionnel mais exigea également, quoique peut-être symboliquement, que l’État prenne des mesures afin de corriger la situation<sup>91</sup>. Aussi, la cour accepta l’invitation de la Commission sud-africaine des droits de la personne de superviser ce processus et éventuellement, si nécessaire, de faire rapport des progrès ou des ratés constatés<sup>92</sup>.

Enfin, c’est cette même approche qui permit à la Cour, dans l’arrêt *Treatment Action Campaign*, de conclure à l’absence de raisonnable d’une politique par laquelle l’État refusait de fournir un médicament et en limitait de façon importante l’accessibilité dans le secteur public, alors qu’il était susceptible de prévenir la transmission du VIH des mères à leurs enfants<sup>93</sup>. Or, la preuve révélait que le remède était offert gratuitement par le fabricant, qu’il avait été éprouvé et que son utilisation permettait de prolonger la vie de personnes incapables de se le procurer elles-mêmes dans le secteur privé, faute d’avoir les moyens financiers nécessaires<sup>94</sup>. Dans ce contexte, la cour estima que les efforts entrepris par l’État pour réaliser le droit d’accès à des services de santé n’avaient pas été adéquatement déployés. Contrairement à la sanction prononcée dans l’arrêt *Grootboom*, la cour rendit cette fois une sanction juridiquement contraignante en ordonnant à l’État de corriger les

---

<sup>85</sup> Voir Pieterse, «Judicial Enforcement», *supra* note 71 à la p. 414.

<sup>86</sup> *Grootboom*, *supra* note 58 aux para. 47-69.

<sup>87</sup> *Ibid.* au para. 64.

<sup>88</sup> *Ibid.* au para. 51.

<sup>89</sup> *Ibid.* aux para. 52, 63-64.

<sup>90</sup> *Ibid.* aux para. 64-66.

<sup>91</sup> *Ibid.* aux para. 96, 99.

<sup>92</sup> *Ibid.* au para. 97.

<sup>93</sup> *Treatment Action Campaign*, *supra* note 60 aux para. 2-4.

<sup>94</sup> *Ibid.* aux para. 17, 19, 57, 70, 92-95, 135.

lacunes du programme en question<sup>95</sup>, ce qui constitue encore aujourd'hui un apport jurisprudentiel majeur en ce qui concerne la justiciabilité et la sanctionnabilité des droits économiques et sociaux<sup>96</sup>.

**C. La distinction essentielle entre l'élaboration et la gestion des programmes sociaux par l'État et l'évaluation de leur raisonnable par les tribunaux**

Plutôt que de simplement refuser la justiciabilité des droits économiques et sociaux ou d'être exagérément déférente envers l'État, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud démontre selon nous que les violations de ces droits peuvent faire l'objet d'une intervention judiciaire mesurée. Bien que certains auteurs soient toujours insatisfaits des développements résumés ci-dessus et aient critiqués la cour pour avoir omis de déterminer plus spécifiquement le contenu ou le «noyau dur» du droit au logement dans l'arrêt *Grootboom*<sup>97</sup>, l'hésitation de cette dernière s'explique en partie, à notre avis, par sa compréhension des rôles respectifs du législateur et des tribunaux. Le plus haut tribunal constitutionnel estima en effet que l'élaboration dans les moindres détails des programmes sociaux ainsi que le choix des moyens spécifiques pour leur mise en œuvre revient, avec raison, au gouvernement<sup>98</sup>. Ainsi, entre la définition de l'obligation générale qu'imposent les droits économiques et sociaux garantis et l'ingérence judiciaire dans le développement et la gestion des mesures pour assurer la mise en œuvre de ces droits, il y a un pas que la cour refusa de franchir. En effet, plus le contenu ou le «noyau dur» du droit est précisé, moins l'État dispose corrélativement de marge de manœuvre dans sa réalisation effective par des politiques socioéconomiques. La cour fit donc l'importante distinction entre, d'une part, la planification, l'élaboration et l'exécution des programmes sociaux, qui relèvent des fonctions législatives et administratives, et, d'autre part, la vérification du caractère raisonnable de ces mesures eu égard aux circonstances, tâche pour laquelle la machine judiciaire est déjà bien rodée, en

---

<sup>95</sup> *Ibid.* au para. 135.

<sup>96</sup> Voir Jonathan Klaaren, «A Remedial Interpretation of the *Treatment Action Campaign* Decision», Commentaire de *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, (2003) 19 S.A.J.H.R. 455 à la p. 461.

<sup>97</sup> Voir David Bilchitz, «Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-economic Rights Jurisprudence» (2003) 19 S.A.J.H.R. 1 [Bilchitz, «Reasonable Approach»]; Bilchitz, «Minimum Core», *supra* note 17; Iles, *supra* note 17 à la p. 454; Dennis M. Davis, «Adjudicating the Socio-economic Rights in the South African Constitution: Towards 'Deference Lite'» (2006) 22 S.A.J.H.R. 301 à la p. 311; Liebenberg, «Evolving Jurisprudence», *supra* note 26 aux pp. 15-19.

<sup>98</sup> *Grootboom*, *supra* note 58 au para. 41. Voir aussi *Treatment Action Campaign*, *supra* note 60 aux para. 37-38; Liebenberg, «Evolving Jurisprudence», *ibid.* à la p. 16; Liebenberg, «Implications of *Grootboom*», *supra* note 26 à la p. 250; Etienne Mureinik, «Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution» (1992) 8 S.A.J.H.R. 464 aux pp. 471-472; Wesson, *supra* note 82 aux pp. 294-95.

particulier grâce à l'imposante jurisprudence dans le contexte des droits civils et politiques.

En distinguant la mise en œuvre ou la matérialisation politique des droits économiques et sociaux de leur raisonnable constitutionnelle, la cour confirma par ailleurs, selon nous, que ces droits sont tout aussi universels que les droits civils et politiques. Comme nous l'avons constaté à la lumière des arrêts *Grootboom* et *Treatment Action Campaign*, la cour considéra que la *Constitution sud-africaine* oblige l'État à prendre des mesures raisonnables qui tiennent compte des besoins urgents ou essentiels des personnes les plus démunies afin de donner effet, le plus rapidement possible, aux droits économiques et sociaux garantis<sup>99</sup> : «*the goal of the Constitution is that the basic needs of all in our society be effectively met and the requirement of progressive realisation means that the State must take steps to achieve this goal*» [nos soulignés]<sup>100</sup>. Consciente que les besoins individuels et le caractère adéquat des mesures destinées à y répondre varient selon des facteurs géographiques, économiques, climatiques et sociaux, la cour confirma par ailleurs, dans *Jafftha v. Schoeman*<sup>101</sup>, que le droit au logement — et possiblement, par induction, tous les droits socioéconomiques reconnus dans la *Constitution sud-africaine* — protège certains éléments qui sont invariables<sup>102</sup> et donc universels. La cour sembla ainsi fonder l'universalité des droits économiques et sociaux sur le caractère commun à toute personne de certains besoins humains de base, tels le logement (*Grootboom*) ou la santé (*Treatment Action Campaign*)<sup>103</sup>. L'hésitation claire du tribunal à définir le contenu minimal des droits économiques et sociaux, dans les deux arrêts précités, semble donc s'amenuiser quelque peu. Bien entendu, il est improbable que la cour accepte un jour de délimiter très précisément le «noyau dur» de ces droits, ce qui ne

---

<sup>99</sup> Voir *supra* notes 58-70 ; Davis, *supra* note 97 à la p. 319 ; Pierre De Vos, «*Grootboom*, The Right of Access to Housing and Substantive Equality as Contextual Fairness» (2001) 17 S.A.J.H.R. 258 à la p. 273 ; Liebenberg, «Implications of *Grootboom*», *ibid.* aux pp. 251, 253, 257 ; Wesson, *ibid.* à la p. 293.

<sup>100</sup> Voir *Grootboom*, *supra* note 58 au para. 45.

<sup>101</sup> [2005] 2 S. Afr. L.R. 140 (S. Afr. Const. Ct.) [*Jafftha*].

<sup>102</sup> *Ibid.* au para. 24. La Cour ne spécifie cependant pas quels sont ces composantes invariables.

<sup>103</sup> Il est intéressant de noter qu'Abraham Maslow, considéré comme le père du mouvement humaniste en psychologie et dont les travaux — lesquels seraient d'ailleurs toujours valables aujourd'hui — ont été critiqués mais aussi encensés, a soutenu que les êtres humains ont certains besoins essentiels en commun, notamment la subsistance et la sécurité physique et psychologique. Voir Abraham Maslow, *L'accomplissement de soi : de la motivation à la plénitude*, trad. par Emily Borgeaud, Paris, Eyrolles, 2004 ; Abraham Maslow, *Motivation and Personality*, New York, Harper & Row, 1970. Voir également Bem P. Allen, *Personality Theories: Development, Growth, and Diversity*, 5<sup>e</sup> éd., Boston, Pearson Education, 2006 aux pp. 221-44 ; Michael Daniels, *Shadow, Self, Spirit: Essays in Transpersonal Psychology*, Exeter (R.-U.), Imprint Academic, 2005 aux pp. 115-29 ; Frank G. Goble, *The Third Force: The Psychology of Abraham Maslow*, New York, Grossman, 1970 ; Edward Hoffman, *The Right to Be Human: A Biography of Abraham Maslow*, Los Angeles, Jeremy P. Tarcher, 1988 ; Xavier O. Monasterio, *To Be Human: An Introductory Experiment in Philosophy*, New York, Paulist Press, 1985 aux pp. 149-85 ; Duane P. Schultz et Sydney Ellen Schultz, *Theories of Personality*, 8<sup>e</sup> éd., Belmont (Cal.), Thomson, 2005 aux pp. 307-31.

l'empêcherait pas, comme tend à le démontrer l'arrêt *Jaftha*, d'être un peu plus précise quant aux obligations qu'ils imposent à l'État.

C'est donc sur la base de la notion de besoins essentiels qu'il faudrait fonder l'universalité des droits économiques et sociaux. Ainsi, puisque toute personne a faim, a soif et a besoin d'un toit, aussi modeste soit-il, et que nul n'est à l'abri du dénuement, les droits qui visent à protéger ces besoins seraient donc universels et intrinsèques à la nature humaine, comme le sont les droits civils et politiques. Selon nous, le besoin de s'exprimer n'est pas nécessairement plus inhérent à la personne que celui de se maintenir en vie en s'alimentant. Dans cette perspective, l'individu nécessiteux n'aurait donc pas à justifier le mérite de son «droit» économique fondamental, puisqu'il serait universel, mais devrait plutôt, ce qui est tout à fait justifié, démontrer que sa situation le rend admissible aux programmes mis en place. Il serait en effet incongru d'accorder des bénéfices, prélevés à même les impôts des autres citoyens, à des personnes qui disposent de moyens financiers amplement suffisants. Enfin, en réponse à Maurice Cranston et aux autres auteurs qui soulèvent l'impossibilité de satisfaire aux droits sociaux de tous<sup>104</sup>, on peut avancer l'idée que la réalisation de droits couvrant uniquement les besoins essentiels ne relèverait pas nécessairement de l'utopie, quoique des études plus approfondies en science économique seraient nécessaires pour le démontrer.

Ainsi, comme l'avance Henry Shue, les moyens de mise en œuvre des droits économiques et sociaux n'ont pas à être universels<sup>105</sup>, puisque l'universalité de ces droits reposerait plutôt, comme nous venons de le souligner, sur les besoins de base qu'ils cherchent à garantir. Voilà une distinction importante que ne font pas nécessairement les critiques des droits économiques et sociaux lorsqu'ils refusent de les assujettir au contrôle judiciaire de constitutionnalité pour le motif qu'il revient au législateur de les mettre en œuvre, comme en témoigne malheureusement ce passage d'un réputé ouvrage canadien de droit constitutionnel : «un droit à l'éducation, à un environnement sain ou à la santé par exemple postule [...] un vouloir politique qui s'exprime à l'aide de mesures normatives et financières qui ne peuvent être *le fait* des tribunaux» [nos italiques]<sup>106</sup>. Il est évident que les tribunaux ne sont pas l'institution appropriée pour élaborer et concrétiser des programmes sociaux. Il leur serait cependant possible, dans le cadre d'une approche modérée, d'en évaluer la conformité constitutionnelle. Il s'agit là de deux étapes bien distinctes dans la poursuite d'une meilleure justice sociale et qui font appel à des rôles tout aussi différents. C'est ce qu'a compris la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud en

---

<sup>104</sup> Voir Bossuyt, *supra* note 27 aux pp. 792-93 ; Cranston, «Real and Supposed», *supra* note 35 à la p. 50 ; Cranston, «Reply», *supra* note 27 à la p. 96.

<sup>105</sup> Henry Shue, *Basic Rights : Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1980 à la p. 17. Voir aussi Raymond Plant, «Needs, Agency, and Welfare Rights» dans J. Donald Moon, dir., *Responsibility, Rights, and Welfare: The Theory of the Welfare State*, Boulder (Colo.), Westview Press, 1988, 55 à la p. 66.

<sup>106</sup> Voir Brun et Tremblay, *supra* note 32 à la p. 879.

élaborant le standard général de raisonabilité auquel doivent satisfaire les programmes sociaux étatiques et en permettant aux tribunaux d'ordonner juridiquement à l'État de s'y conformer, tout en laissant toutefois à ce dernier la flexibilité dont il a nécessairement besoin dans le choix des moyens les plus appropriés pour y parvenir et dans la gestion des finances publiques.

## Conclusion

Pour conclure, il convient de s'interroger brièvement sur les raisons susceptibles d'expliquer le développement de cette approche par la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud. Il faut noter à cet égard que la démarche constitutionnelle sud-africaine fût précédée par un régime politique et social discriminatoire et attentatoire à la dignité humaine des Noirs, connu sous le nom d'Apartheid. L'adoption de la *Constitution sud-africaine*, et en particulier des droits économiques et sociaux, représentait ainsi une promesse de changements profonds que les juges du plus haut tribunal n'ont pas ignorée<sup>107</sup>. Au Canada, on peut faire un certain parallèle avec l'article 23 de la *Charte canadienne*, dont l'adoption constitue un moment fort de l'histoire constitutionnelle<sup>108</sup>. Or, le fait que ce droit fondamental à l'instruction dans la langue de la minorité francophone ou anglophone soit un «droit de créance»<sup>109</sup> nécessitant la dépense de fonds publics n'a pas empêché la majorité de la Cour suprême du Canada de reconnaître aux tribunaux, dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*<sup>110</sup>, un large pouvoir de sanction afin de remédier à sa violation, notamment en imposant des ordonnances juridiquement obligatoires et en enjoignant le gouvernement de rendre compte des succès ou des ratés des correctifs apportés<sup>111</sup>. Bien entendu, les Sud-Africains ont vécu et vivent toujours dans des conditions de pauvreté qui sont loin de représenter le quotidien de la majorité des Canadiens. Le parallèle établi entre l'article 23 de la *Charte canadienne*

---

<sup>107</sup> Voir *Grootboom*, *supra* note 58 au para. 1 ; Edwin Cameron, «Rights, Constitutionalism and The Rule of Law» (1997) S.A.L.J. 504 aux pp. 504-505 ; Karl E. Klare, «Legal Culture and Transformative Constitutionalism» (1998) 14 S.A.J.H.R. 146 à la p. 171 ; Pius Langa, «The Separation of Powers in the South African Constitution» (2006) 22 S.A.J.H.R. 2 à la p. 4 ; Pius Langa, «The Vision of the Constitution» (2003) S.A.L.J. 670 aux pp. 670-672 ; Weinrib, *supra* note 14 aux pp. 279, 284.

<sup>108</sup> Voir Claude Ryan, «L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les droits linguistiques au Québec» (2003) numéro spécial hors série R. du B. 545 aux pp. 547, 549-50, 569. Pour un bref historique du développement des droits linguistiques au Canada, voir Michel Bastarache, «Introduction» dans Bastarache, *supra* note 83, 1 aux pp. 20-23.

<sup>109</sup> Voir André Braën, «L'action en dommages et la violation des droits linguistiques» (1990) 21 R.G.D. 473 à la p. 474.

<sup>110</sup> 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, 232 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577.

<sup>111</sup> *Ibid.* aux para. 24-29, 55. Pour de plus amples développements sur la sanction de la violation des droits linguistiques, voir notamment Debra M. McAllister, «*Doucet-Boudreau and the Development of Effective Section 24(1) Remedies : Confrontation or Cooperation?*» (2004-2005) 16 R.N.D.C. 153 ; Otis, «Réparation pécuniaire», *supra* note 82 ; Power et Braën, *supra* note 83.

et la *Constitution sud-africaine* visait toutefois à illustrer que les tribunaux canadiens exercent déjà un certain contrôle constitutionnel des actions ou omissions de l'État sur la base d'un droit «positif» reconnu à l'article 23 de la *Charte canadienne* et que, conséquemment, les difficultés que posent ce même type de droit dans le contexte des articles 7 et 15 ne sont pas forcément insurmontables.

Si la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud s'appuie régulièrement sur les arrêts de la Cour suprême du Canada, nous invitons très respectueusement notre plus haut tribunal à s'inspirer de la jurisprudence sud-africaine en matière socioéconomique. Nulle part dans l'arrêt *Gosselin* ne trouve-t-on une référence à l'arrêt *Grootboom*, pourtant rendu deux ans plus tôt. Le jour n'est cependant peut-être pas si loin où la Cour acceptera de donner une portée plus large aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne* ou à l'article 45 de la *Charte québécoise*<sup>112</sup>. Dans l'arrêt *Gosselin*, la juge en chef McLachlin laissa ainsi la porte entrouverte à une éventuelle protection de la sécurité économique en vertu de l'article 7 : «Il est possible qu'on juge un jour que l'art. 7 a pour effet de créer des obligations positives»<sup>113</sup>. Cette porte a par la suite été poussée davantage dans l'arrêt *Chaoulli*, alors que la majorité de la Cour jugea attentatoire à la sécurité humaine l'interdiction législative de souscrire à des assurances-santé privées dans un contexte où le régime public de soins de santé québécois paraissait connaître des difficultés sur le plan de l'accessibilité<sup>114</sup>. Selon notre interprétation de ce jugement controversé — et sans que nous ne nous prononcions ici sur la justesse du raisonnement de la Cour —, le droit à la santé et l'importance de la santé comme besoin essentiel pourraient avoir joué, en tant que valeurs «surdéterminantes»<sup>115</sup>, un rôle important dans les motifs de la juge

---

<sup>112</sup> Il faut ici reconnaître que l'art. 52 de la *Charte québécoise*, *supra* note 4, n'accorde pas expressément un statut supérieur aux droits économiques et sociaux par rapport à la législation ordinaire. À notre avis, cela ne constitue pas nécessairement un obstacle insurmontable à la reconnaissance de la quasi-constitutionnalité de ces droits. En effet, la Cour d'appel du Québec a déjà accolé cette caractéristique à l'art. 48 de la *Charte québécoise*, lequel est pourtant exclu de l'art. 52 (voir *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 316, [2005] R.J.Q. 961 aux para. 26 et s., juge Thibault ; *Coutu c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [1998] J.Q. n° 2779 aux para. 11-42 (C.A.) (QL)). Aussi, tel que rappelé dans Michel Coutu et Pierre Bosset, «La dynamique juridique de la Charte» dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, *supra* note 9, 247 aux pp. 267 et s., la Cour suprême a déjà reconnu la quasi-constitutionnalité de lois sur les droits de la personne qui ne comportaient aucune disposition leur accordant préséance sur les lois ordinaires. Le caractère fondamental des droits et libertés que protègent ces lois, incluant la *Charte québécoise*, devrait suffire à la reconnaissance de leur statut particulier dans l'ordre juridique. Enfin, l'art. 49 de la *Charte québécoise*, qui reconnaît le droit fondamental à une réparation (voir Ghislain Otis, «Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise» (1991) 51 R. du B. 561 à la p. 574), n'exclut pas d'emblée les art. 39 à 48.

<sup>113</sup> *Gosselin* (C.S.C.), *supra* note 10 au para. 82, juge en chef McLachlin.

<sup>114</sup> *Chaoulli*, *supra* note 13. Bien entendu, tous ne s'entendent pas sur le fait de savoir si le système de santé public connaissait réellement les ratés évoqués dans la «saga» *Chaoulli*.

<sup>115</sup> À propos de la «surdétermination» de la jurisprudence par les valeurs dominantes de la société, voir Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002 ;

Deschamps<sup>116</sup>. Bien entendu, cet arrêt laisse beaucoup d'espace à l'interprétation. En effet, la Cour a-t-elle reconnu le droit d'acheter des assurances-santé privées ou a-t-elle plutôt, par une interprétation large et libérale de l'article 7, reconnu un droit socioéconomique à des soins de santé de qualité dans des délais raisonnables ? Bien que cette question soit loin d'être résolue, il semble que cette dernière interprétation devrait prévaloir pour l'instant, puisqu'une majorité composée de six juges de la Cour a récemment affirmé, dans *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Association v. Colombie-Britannique*<sup>117</sup>, que l'arrêt *Chaoulli* imposait à l'État «l'obligation constitutionnelle de fournir des soins de santé publics de qualité raisonnable dans un délai raisonnable, du moins dans certaines circonstances»<sup>118</sup>.

Une ouverture aux droits économiques et sociaux semble ainsi se créer progressivement dans la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada. Comme le souligne David Wiseman, la structure de la *Charte canadienne* permettrait d'ailleurs aux tribunaux de jouer un rôle plus important dans les litiges socioéconomiques sans empiéter sur celui du législateur<sup>119</sup>. Plutôt que d'affirmer l'injusticiabilité des droits économiques et sociaux avant même le début de l'analyse, comme ils le font parfois, les magistrats pourraient en effet considérer l'insuffisance des ressources comme un critère permettant de justifier, selon le cas, une violation du droit dans le contexte de l'article 1<sup>120</sup> ou des sanctions contraignantes mais permettant au législateur de déterminer les moyens les plus appropriés pour se conformer à la *Charte canadienne*<sup>121</sup>. Ce faisant, et en s'inspirant de la jurisprudence sud-africaine, les tribunaux canadiens deviendraient «un lieu d'échanges et d'explications»<sup>122</sup> avec le gouvernement, dans le cadre duquel ce dernier aurait à justifier, dans l'éventualité d'une contestation par un justiciable, la raisonnable des mesures qu'il met sur pied. Les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne* agiraient ainsi comme des «leviers»<sup>123</sup> sur les politiques publiques, sans pour autant freiner ou paralyser l'action législative. Enfin, si le gouvernement était vraiment insatisfait d'une décision judiciaire fondée sur les articles 7 ou 15 en matière socioéconomique, il lui resterait la possibilité

---

Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997 ; Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

<sup>116</sup> L'importance de la santé et de la vie est palpable tout au long des motifs de la juge, mais particulièrement au début : «En ce début de 21<sup>e</sup> siècle, la santé est une préoccupation constante» (*Chaoulli*, *supra* note 13 au para. 2).

<sup>117</sup> 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, 283 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 40.

<sup>118</sup> *Ibid.* au para. 144.

<sup>119</sup> Wiseman, «Beyond Injusticiability», *supra* note 9 aux pp. 449-454.

<sup>120</sup> *Ibid.* aux pp. 449-52. Ce fut notamment le cas dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, 171 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577 ; *Eldridge*, *supra* note 10 ; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, 124 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 609 ; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 58 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577.

<sup>121</sup> Wiseman, «Beyond Injusticiability», *ibid.* aux pp. 452-53.

<sup>122</sup> Voir Nathalie Des Rosiers, «Frein, moteur et levier : le droit à l'égalité, les droits économiques et sociaux et le développement des politiques publiques au Canada» dans McIntyre et Rodgers, *supra* note 50, 213 à la p. 223.

<sup>123</sup> Voir *ibid.* aux pp. 225-26.

d'avoir recours à la disposition de dérogation prévue à l'article 33. Comme l'affirmait Peter W. Hogg lors d'un récent colloque<sup>124</sup>, cet article, malgré la réticence gouvernementale actuelle à l'utiliser, fait partie de la structure de la *Charte canadienne* et le Parlement ou les législatures pourraient toujours y avoir recours afin de préserver leur souveraineté. Il est un peu injuste d'accuser les tribunaux d'activisme judiciaire alors que le législateur dispose du pouvoir final de décision sur les articles 7 et 15 mais hésite à assumer cette importante responsabilité.

Bien entendu, la voie juridique est loin d'être la seule, voire même la plus importante, voie à suivre pour que la pauvreté et les autres problèmes socioéconomiques diminuent de façon tangible. Comme le démontre la situation sud-africaine, une interprétation judiciaire moins restrictive des droits économiques et sociaux n'est pas la réponse à tous les maux, puisque les arrêts de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud ont eu des résultats concrets mitigés<sup>125</sup>. Ainsi, bien qu'innovatrice, la jurisprudence sud-africaine n'est pas exempte de tout reproche. On critique notamment le manque de précision quant au contenu minimal obligatoire des droits économiques et sociaux<sup>126</sup> et la généralité de l'obligation de raisonabilité, quoique, comme nous l'avons observé, cela peut se justifier par le souci de la cour de ne pas outrepasser ses fonctions<sup>127</sup>. On souligne également le manque de clarté des ordonnances rendues dans les arrêts *Grootboom* et *Treatment Action Campaign*, ainsi que, dans le dernier cas, l'absence d'imposition d'une limite de temps à l'État pour se conformer à l'injonction rendue<sup>128</sup>. Selon certains, ces manquements auraient occasionné le retard, si ce n'est l'omission, à mettre sur pied les mesures réparatrices appropriées<sup>129</sup>.

La voie politique demeure donc celle qu'il faut privilégier pour lutter contre les inégalités socioéconomiques, mais lorsque la volonté des élus fait manifestement

---

<sup>124</sup> Peter W. Hogg, «Constitutional Dialogue Under a Bill of Rights», *6<sup>th</sup> Annual Charter Conference : The Charter at 25*, Association du Barreau de l'Ontario, Toronto, 28 septembre 2007 [communication non publiée].

<sup>125</sup> Voir Bilchitz, «Reasonable Approach», *supra* note 97 à la p. 25 ; Davis, *supra* note 97 aux pp. 313-14 ; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2004 aux pp. 131, 158, 219 ; Pieterse, «Judicial Enforcement», *supra* note 71 à la p. 415 ; Pillay, *supra* note 81 aux pp. 10-13 ; Swart, *supra* note 82 aux pp. 215-16, 224 ; Wesson, *supra* note 82 à la p. 306.

<sup>126</sup> Voir Bilchitz, «Reasonable Approach», *ibid.* ; Bilchitz, «Minimum Core», *supra* note 17 ; Iles, *supra* note 17 à la p. 454 ; Davis, *ibid.* à la p. 311 ; Liebenberg, «Evolving Jurisprudence», *supra* note 26 aux pp. 15-19.

<sup>127</sup> Voir la partie II.C, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>128</sup> Voir Bilchitz, «Reasonable Approach», *supra* note 97 aux pp. 23-25 ; Bilchitz, «Minimum Core», *supra* note 17 aux pp. 500-01 ; Davis, *supra* note 97 aux pp. 313-14 ; Pieterse, «Judicial Enforcement», *supra* note 71 à la p. 415 ; Pillay, *supra* note 81 aux pp. 8, 16 ; Swart, *supra* note 82 aux pp. 220-221, 225-26, 240 (cette auteure estime au surplus que, dans les cas appropriés, les tribunaux devraient accorder des dommages-intérêts).

<sup>129</sup> Voir Bilchitz, «Reasonable Approach», *ibid.* à la p. 25 ; Pillay, *ibid.* aux pp. 10-13 ; Swart, *ibid.* aux pp. 215-16, 224 ; Wesson, *supra* note 82 à la p. 306.



défaut, il importe que les tribunaux soient aux aguets en contrôlant les actions ou omissions du gouvernement et du législateur et jouent ainsi l'un des rôles qui leur est imparti dans une démocratie constitutionnelle, c'est-à-dire veiller au respect et à la mise en œuvre adéquate par l'État des droits fondamentaux, notamment ceux des individus les plus vulnérables<sup>130</sup>. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud démontre à cet égard que les droits économiques et sociaux universels n'exigent pas un interventionnisme judiciaire abusif et ne sont pas aussi complexes que les préoccupations canadiennes légitimes mais hypertrophiées le laissent croire. Enfin, en exigeant que l'État justifie la raisonnable des programmes qu'il met sur pied, les tribunaux canadiens élargiraient la portée du «dialogue» qu'ils entretiennent avec le législateur depuis 1982 eu égard aux droits civils et politiques, en incluant, dans cette importante «discussion», la voix des personnes les plus défavorisées sur le plan économique.

---

---

<sup>130</sup> C'est aussi l'opinion exprimée dans Jackman, «Charter Equality», *supra* note 9 aux pp. 118, 125.