



L'influence du contexte économique et idéologique sur la conception de l'être humain par le droit et le juge constitutionnels : les cas canadien, indien et sud-africain

David Robitaille*

Introduction

Il est notoire que les tribunaux canadiens hésitent à sanctionner constitutionnellement les insuffisances ou les effets d'exclusion des programmes sociaux en se fondant sur les droits à la sécurité et à l'égalité reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ et sur les droits économiques et sociaux consacrés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*² du Québec³. Comme nous l'avons énoncé dans un autre article⁴, cette hésitation ne nous semble

* La réalisation de ce texte a été rendue possible grâce à l'appui financier de la Fondation du Barreau du Québec que nous remercions vivement. Nos remerciements vont également au doyen Sébastien Grammond, aux professeurs Graham Mayeda et Sophie Thériault, ainsi qu'aux évaluateurs externes pour le temps qu'ils ont consacré à la lecture d'une version antérieure de cet article et dont les commentaires éclairés ont contribué à son amélioration. Nous remercions également nos assistantes de recherche, Véronique St-Amand, Gabrielle Géliveau et Camille Provencher. Les opinions exprimées ci-dessous n'engagent bien sûr que l'auteur.

¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c.11)] [*Charte ou Charte canadienne*].

² L.R.Q., c. C-12 [*Charte québécoise*].

³ Saluons néanmoins les efforts entrepris par certains magistrats visant à faire progresser la réflexion sur les droits économiques et sociaux, notamment le juge Robert de la Cour d'appel du Québec et les juges Arbour et L'Heureux-Dubé de la Cour suprême dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 [*Gosselin (Cour suprême)*]. Pour des analyses critiques de la jurisprudence canadienne, 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 des droits et libertés*, vol. 2 : Étude n°5, 2003, 229; Nathalie Des Rosiers, « Liberté, pour l'instant, Égalité, de temps en temps, Fraternité, ... pas encore : les 25 ans de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (2009) 45 S.C.L.R. (2d) 123, p. 139-148; Martha Jackman, « Sommes-nous dignes? L'égalité et l'arrêt *Gosselin* », (2005) 17 R.F.D. 161 [Jackman, « Sommes-nous dignes? »]; Martha Jackman, « Charter Equality at Twenty: Reflections of a Card-carrying Member of the Court Party », (2006) 20 R.N.D.C. 115 [Jackman, « Charter Equality at Twenty »]; Natasha Kim et Tina Piper, « Case Comment. *Gosselin v. Quebec*: Back to the Poorhouse... », (2003-2004) 48 R.D. McGill 749; 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; David Wiseman, « Competence Concerns in Charter Adjudication: Countering the Anti-Poverty Incompetence Argument », (2006) 51 R.D. McGill 503; David Wiseman, « The Charter and Poverty: Beyond Injusticiability », (2001) 51 U.T.L.J. 425.

⁴ David Robitaille, « Non-universalité, illégitimité et sur-complexité des droits économiques et sociaux : des préoccupations légitimes, mais hypertrophiées. Regard sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine », (2008) 53 R.D. McGill 243.

pas nécessairement reposer sur un refus de principe catégorique quant à la justiciabilité de droits susceptibles d'imposer des obligations positives à l'État, mais plutôt sur la recherche d'une méthode appropriée pour y parvenir tout en respectant à la fois l'importance d'assurer la sécurité matérielle individuelle et la fine ligne de démarcation entre les pouvoirs judiciaire et législatif. Nous avons alors suggéré que la jurisprudence canadienne s'inspire, par exemple, de celle de la Cour constitutionnelle sud-africaine qui a reconnu la justiciabilité des droits économiques et sociaux consacrés dans la *Constitution of the Republic of South Africa Act*⁵. Le présent texte peut être considéré comme la suite du précédent dans la mesure où cette fois, plutôt que de démontrer la possibilité que les droits économiques et sociaux puissent être justiciables au Canada en nous appuyant sur le droit constitutionnel comparé, nous nous sommes plutôt interrogés sur les raisons susceptibles d'expliquer la pauvreté de la jurisprudence canadienne à ce sujet, en regard de la richesse de celles développées par la Cour suprême indienne et la Cour constitutionnelle sud-africaine.

Pour expliquer ce phénomène normatif, nous avancerons une hypothèse que nous n'avons fait qu'évoquer dans notre thèse de doctorat⁶, selon laquelle les conditions socioéconomiques, le niveau de développement d'un pays, ainsi que le contexte idéologique dans lequel la norme constitutionnelle a été adoptée et est interprétée, constituent des facteurs qui influencent nécessairement l'interprète et la conception qu'il se fait de l'être humain, ce dernier étant soucieux de la légitimité que lui accorde le respect des valeurs de la majorité⁷. La Cour suprême indienne et la Cour constitutionnelle sud-africaine ont en effet ceci en commun qu'elles ont élaboré des approches novatrices des droits économiques et sociaux dans des pays dont l'indice de développement humain est inférieur à celui du Canada⁸ et où un grand nombre de personnes vivent encore dans une grande pauvreté⁹, contre

⁵ No 108 de 1996, en ligne : <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>> [*Constitution sud-africaine*].

⁶ David Robitaille, *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africains*, à paraître aux Éditions Bruylant, Belgique.

⁷ Dans un autre contexte, la majorité de la Cour suprême reconnaît l'importance de l'opinion de la majorité de la population dans son interprétation de l'article 7 de la *Charte canadienne* : « La condition requérant que les principes » [de justice fondamentale] soient « généralement acceptés parmi les personnes raisonnables » accroît la légitimité du contrôle judiciaire d'une mesure de l'État et fait en sorte que les valeurs au regard desquelles la mesure de l'État est appréciée ne sont pas fondamentales « aux yeux de l'intéressé seulement » [la majorité de la Cour souligne] : *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, para. 113, la majorité de la Cour citant le juge Sopinka dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590, 607.

⁸ Selon les plus récentes données du Programme des Nations Unies pour le développement, le Canada, l'Afrique du Sud et l'Inde figurent respectivement aux 4^e, 129^e et 134^e rangs en ce qui concerne l'indice de développement humain, en ligne : <<http://hdr.undp.org/fr/statistiques>> (site consulté le 31 août 2010).

⁹ Selon le dernier rapport du Programme des Nations Unies pour le développement, en moyenne annuelle entre 2000 et 2007, 26,2 % des Sud-Africains survivaient avec 1,25 \$ ou moins par jour et 42,9 % avec 2 \$ ou moins par jour. Par ailleurs, les 10 % les plus pauvres de la population disposent de 1,3 % des revenus/dépenses, alors que les 10 % les plus riches en disposent de 44,9 %. En Inde, ces taux étaient respectivement de 41,6

laquelle il avait été décidé de lutter par l'adoption, notamment, de constitutions progressistes. Pour faire notre démonstration, nous nous inspirerons du constat fait par le sociologue américain Ronald Inglehart, entre autres, et suggéré par le psychologue Abraham Maslow selon lequel le développement économique accru entraînerait la survalorisation des libertés et de l'autonomie individuelles au détriment de la sécurité matérielle¹⁰ maintenant acquise par de nombreux citoyens dans les sociétés développées. Ainsi, plus directement, nous croyons qu'une partie de la jurisprudence canadienne sous-estime l'effet négatif de la pauvreté dans la vie d'une personne et surestime la capacité qu'a cette dernière de surmonter individuellement et « rationnellement » cette grande difficulté. Inversement, dans des pays où règne une pauvreté massive, les juges de la Cour suprême indienne et de la Cour constitutionnelle sud-africaine semblent clairement plus préoccupés par la menace que posent la pauvreté et l'insécurité matérielle à la dignité humaine. Dans la première partie de ce texte, nous mettrons ainsi en lumière la conception formelle de la personne que se fait généralement le juge constitutionnel canadien en survalorisant l'autonomie individuelle dans l'interprétation des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne*. Nous constaterons ensuite, dans la seconde partie, que dans deux pays marqués par une grande pauvreté, la jurisprudence en matière socioéconomique est plus florissante, les juges des hautes cours indienne et sud-africaine reconnaissant la personne humaine dans l'intégralité de ses dimensions.

Bien entendu, il est difficile de percer la psyché judiciaire et plusieurs facteurs sont susceptibles d'expliquer les raisonnements des tribunaux dans l'interprétation et la création des normes constitutionnelles¹¹. L'explication

% (1,25 \$ ou moins/jour) et 75,6 % (moins de 2 \$/jour). Les 10 % les plus pauvres reçoivent 3,6 % de l'assiette revenus/dépenses, alors que les 10 % les plus riches en disposent de 31,1 %. Voir Programme des Nations Unies pour le développement, *Rapport mondial sur le développement humain 2009 - Lever les barrières : mobilité et développement humain*, New York, 2009, p. 195, 215.

¹⁰ Ronald Inglehart et Christian Welzel, *Modernization, Cultural Change, and Democracy - The Human Development Sequence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 1; Ronald Inglehart, dir., *Human Values and Social Changes, Findings from the Values Surveys*, Leiden, Brill, 2003; Ronald Inglehart, *La transition culturelle dans les sociétés industrielles avancées*, Paris, Economica, 1993. Voir également Abraham Maslow, *L'accomplissement de soi : de la motivation à la plénitude*, trad. par Emily Borgeaud, Paris, Eyrolles, 2004 [Maslow (2004)]; Abraham Maslow, *Motivation and Personality*, New York, Harper & Row, 1954 [Maslow (1954)]. Si les travaux de Maslow ont fait l'objet de critiques, notamment sur le plan méthodologique, ils sont encore très influents aujourd'hui et certains auteurs considèrent qu'ils sont toujours valables et pertinents. Voir notamment Bem P. Allen, *Personality Theories : Development, Growth, and Diversity*, 5^e éd., Boston, Pearson Education, 2006, p. 237; Michael Daniels, *Shadow, Self, Spirit : Essays in Transpersonal Psychology*, Exeter, Imprint Academic, 2005, p. 115; Duane P. Schultz et Sydney Ellen Schultz, *Theories of Personality*, 8^e éd., Belmont, Thomson, 2005, p. 305, 328.

¹¹ Certains pourraient notamment avancer que les juges de la Cour suprême indienne et de la Cour constitutionnelle sud-africaine, que l'on peut présumer appartenir à une classe économiquement bien nantie, osent élaborer une jurisprudence plus progressiste dans la mesure où, compte tenu du manque d'application concrète de leurs jugements par l'État (voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Articles 16 and 17 of the Covenant - Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights - India*, E/C.12/

que nous proposons ne constitue donc qu'une hypothèse parmi d'autres. Par ailleurs, la *Charte canadienne* et les constitutions indienne et sud-africaine n'ont pas été adoptées dans les mêmes contextes. Bien qu'elle ait eu pour objectif, entre autres, d'assurer une meilleure justice sociale, du moins selon certains¹², la première ne dispose pas nécessairement d'un programme social aussi vaste que les deux autres¹³. Tandis que les chartes canadienne et québécoise visaient surtout la préservation de l'autonomie individuelle par la reconnaissance des libertés classiques¹⁴, ainsi que la pleine appartenance socioculturelle et politique des minorités anglophones et francophones ainsi que des autochtones dans le cadre de la *L.C. 1982* dont fait partie la *Charte canadienne*, les constitutions indienne et sud-africaine marquaient une rupture importante avec des régimes profondément inégalitaires fondés sur l'exclusion politique, économique et sociale de certains groupes marginalisés. Aussi, il faut tenir compte du fait que les textes des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne* qui reconnaissent les droits à la sécurité et à l'égalité diffèrent de la formulation des droits économiques et sociaux reconnus dans la *Charte québécoise* et les constitutions indienne et sud-africaine en raison des contextes historiques et des valeurs différentes ayant justifié leur adoption. Alors que la *Charte canadienne* ne reconnaît pas de droits socioéconomiques, mais garantit les droits à la sécurité et à l'égalité, la *Charte québécoise* et la *Constitution indienne*¹⁵ consacrent des droits socioéconomiques dans des chapitres distincts ne faisant pas partie des droits et libertés fondamentaux. Pour sa part, la *Constitution sud-africaine* ne hiérarchise pas les droits civils, politiques, économiques et sociaux, et leur accorde tous un statut constitutionnel ayant préséance sur les lois ordinaires. Ainsi, selon la clarté du langage utilisé par le constituant, reflet de sa volonté apparente, il pourrait évidemment être plus ou moins difficile pour un tribunal de reconnaître la justiciabilité des droits économiques et sociaux.

IND/CO/5, par. 9), cela ne serait pas très compromettant pour eux sur le plan de la séparation des pouvoirs. Comme l'hypothèse que nous soulevons nous-mêmes, cela ne constitue aussi... qu'une hypothèse. On pourrait aussi avancer que ce n'est pas tant le développement économique d'un pays qui influence l'interprète, mais plutôt la classe sociale à laquelle il appartient. Toutefois, cela n'expliquerait pas nécessairement pourquoi les juges de la Cour suprême indienne et de la Cour constitutionnelle sud-africaine, probablement aisés financièrement, rendent des jugements plus favorables aux droits socioéconomiques que leurs homologues canadiens.

¹² Jackman, « Sommes-nous dignes? », *supra* note 3, p. 163 – 165; Bruce Porter, « Twenty Years of Equality Rights: Reclaiming Expectations » (2005) 23 Windsor Y.B. Access Just. 145.

¹³ Voir Lorraine E. Weinrib, « Constitutionalism in the Age of Rights – A Prolegomenon » (2004) 121 South African Law Journal 279, p. 284, en ce qui concerne la *Charte canadienne* et la *Constitution sud-africaine*.

¹⁴ 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, p. 1, p. 13. En ce qui concerne la *Charte québécoise*, voir 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, *Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, Étude n°1, 1, p. 45–46.

¹⁵ En ligne : <http://india.gov.in/govt/constitutions_of_india.php> (site consulté le 31 août 2010).

Cela dit, et comme le suppose l'hypothèse énoncée ci-dessus, l'interprétation se fait dans un contexte idéologique et est nécessairement influencée par ce qu'Andrée Lajoie et Gérard Timsit qualifient de « surdétermination »¹⁶, c'est-à-dire les valeurs et principes qui n'apparaissent pas nécessairement de manière explicite dans la décision judiciaire, mais qui en ont néanmoins influencé le raisonnement. Ainsi, bien que pertinent, le texte, surtout lorsqu'il est vague et indéterminé, ne constitue pas le seul élément sur lequel repose le raisonnement judiciaire dans le domaine des droits et libertés de la personne; celui-ci est également tributaire du contexte idéologique ou philosophique où évolue l'interprète¹⁷. C'est dans ce cadre théorique que nous tenterons de mettre en lumière ce que nous observons comme étant une inversion de la hiérarchie des valeurs ou des besoins dans la jurisprudence de *certain*s tribunaux canadiens qui, faisant partie d'un système de valeurs plus grand qu'eux et dont ils constituent parfois, consciemment ou non, un rouage, accordent une importance excessive à des objectifs individuels se situant au sommet de la hiérarchie des besoins sur le plan du développement humain, au détriment des besoins physiologiques et matériels de base¹⁸.

1. La conception formelle de l'être humain ou la survalorisation de l'autonomie individuelle par le droit et le juge constitutionnels canadiens

Dans les années 1950, Abraham Maslow, considéré comme le père du mouvement humaniste en psychologie¹⁹, s'est intéressé aux besoins, aux motivations et aux valeurs humaines fondamentales dans le cadre d'une approche globale du développement de la personne²⁰. Il a élaboré ce que l'on appelle communément la *pyramide des besoins*, qui propose une typologie des conditions essentielles permettant à la personne de se réaliser pleinement et ainsi d'atteindre le plus haut niveau de bonheur. Maslow formulait l'hypothèse selon laquelle la satisfaction des besoins physiologiques conditionne celle d'autres besoins comme la sécurité physique et psychologique, l'amour et l'appartenance, l'estime de soi et l'autonomie personnelle ou le besoin individuel de s'accomplir :

Une personne qui manque de nourriture, de sécurité, d'amour et d'estime aura vraisemblablement davantage faim de nourriture que

¹⁶ Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 151–178. Voir également les travaux d'Andrée Lajoie, notamment : Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002; Andrée Lajoie et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998; Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

¹⁷ Pour des développements plus approfondis, voir David Robitaille, « L'interprétation judiciaire en théorie du droit comparée : entre la lettre et l'esprit. Discussion autour d'auteurs américains, anglais, belges, canadiens et français », (2007) 119 *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* 1145.

¹⁸ Voir à ce sujet l'intéressante analyse de Nathalie Des Rosiers, *supra* note 3, qui témoigne de la place nettement prépondérante de la valeur « liberté » dans la jurisprudence de la Cour suprême par rapport aux valeurs « égalité » et « fraternité ».

¹⁹ Schultz et Schultz, *supra* note 10, p. 305–306, 308, 328.

²⁰ Maslow (1954), *supra* note 10; Schultz et Schultz, *ibid.*, p. 305–306, 310.

de quoi que ce soit d'autre. Si tous les besoins sont insatisfaits, et que l'organisme est alors dominé par les besoins physiologiques, on peut concevoir que tous les autres besoins deviennent tout simplement inexistantes ou soient relégués au second plan. Pour l'homme qui a très faim et dont la vie est mise en danger par ce manque [... la] vie elle-même ne se définit plus qu'à travers ce but unique qui est de manger.²¹

Le scientifique notait cependant que tous n'accordent pas nécessairement une importance égale aux besoins physiologiques. Certaines personnes dont la subsistance a toujours été comblée et dont le quotidien n'est pas caractérisé par l'insécurité alimentaire pourraient en effet sous-estimer l'importance des besoins essentiels :

Un autre cas d'inversion de la hiérarchie intervient lorsqu'un besoin ayant été satisfait pendant longtemps, il peut être sous-évalué. Les individus qui n'ont jamais connu la famine ou la faim chronique ont tendance à sous-estimer ses effets et à considérer la nourriture comme une chose relativement peu importante. S'ils sont dominés par un besoin supérieur, ce besoin supérieur leur semblera plus important que tous les autres.²²

Plus récemment, deux auteurs suggéraient que cette inversion de la hiérarchie des besoins serait caractéristique des sociétés occidentales industriellement avancées dans lesquelles les besoins de plusieurs personnes sont excessivement satisfaits²³. Ce phénomène d'inversion a d'ailleurs fait l'objet des travaux du sociologue américain Inglehart²⁴, considéré comme l'un des piliers de la recherche sur le développement humain et sur les changements de valeurs sociales²⁵. Selon Inglehart et Welzel, les valeurs politiques et sociales d'une société dépendent en grande partie de son niveau de développement économique²⁶. Une augmentation marquée et globale de la richesse provoquerait en effet d'importants changements sociaux, culturels et politiques, ainsi qu'une redéfinition des rapports individuels et collectifs²⁷.

Après avoir étudié des statistiques de 81 pays représentant 85 % de la population mondiale entre 1980 et 2001²⁸, et en s'appuyant sur d'autres travaux similaires menés en psychologie²⁹, les auteurs notent que les sociétés

²¹ Maslow (2004), *supra* note 10, p. 22–23.

²² Maslow (2004), *ibid.*, p. 39. Voir aussi Maslow (1954), *supra* note 10, p. 149.

²³ Schultz et Schultz, *supra* note 10, p. 313.

²⁴ *Supra* note 10.

²⁵ Peter Ester, Peter Mohler et Henk Vinken, « Values and the Social Sciences: A Global World of Global Values? », dans Peter Ester, Michael Braun et Peter Mohler, dir., *Globalization, Value Change, and Generations, A Cross-National and Intergenerational Perspective*, Brill, Leiden, 2006, 3, p. 10–11.

²⁶ *Ibid.*, p. 1, 5.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, p. 1.

²⁹ Voir, entre autres, Peter Schmuck, Tim Kasser et Richard M. Ryan, « Intrinsic and Extrinsic Goals » (2000) 50 *Social Indicators Research* 225; Shalom H. Schwartz, « Mapping and Interpreting Cultural Differences around the World », dans Henk Vinken, Joseph Soeters et Peter Ester, dir., *Comparing Cultures, Dimensions of Culture in a Comparative Perspective*, Leiden, Brill, 2004, 43; Shalom H. Schwartz, « Beyond Individualism/

avancées, ou sociétés du savoir, valorisent de plus en plus l'autonomisation de la personne et le pouvoir de faire des choix dans tous les aspects de sa vie³⁰. Bref, le bonheur serait lié à la possibilité pour l'individu de laisser libre cours à sa créativité, à son expression personnelle et à sa faculté d'orienter sa vie en fonction de sa définition propre ou subjective de la vie bonne³¹.

L'émergence de ce « syndrome³² » libertaire aurait notamment été engendrée par l'industrialisation et la croissance économique de nombreuses sociétés occidentales³³ qui, bien que n'ayant pas enrayeré la pauvreté³⁴, loin de là, auraient tout de même eu pour effet d'augmenter les « ressources matérielles, cognitives et sociales »³⁵ d'un bon nombre de citoyens³⁶. Alors que la recherche de sécurité physique constituait auparavant la priorité quotidienne de nombreuses personnes, contexte dans lequel a émergé le *Welfare State*³⁷, le sentiment de sécurité accru résultant de cette croissance économique aurait provoqué un changement important de valeurs dans la société³⁸. Le niveau de vie minimal serait ainsi tenu pour acquis³⁹, plusieurs occidentaux valorisant dorénavant l'atteinte d'objectifs personnels auxquels ils ne rêvaient pas auparavant⁴⁰, car « une plus grande prospérité nous détourne de nos besoins principaux comme manger et nous abriter, pour fixer notre attention sur le luxe, les loisirs et l'avoir »⁴¹. Il en résulterait ce que le politologue Neil Nevitte perçoit comme un phénomène de désolidarisation sociale au profit de ces nouvelles valeurs, les citoyens étant moins favorables à la redistribution des richesses et se préoccupant davantage de leur qualité de vie individuelle⁴². Dans ce contexte, « la sécurité, la maladie, la vieillesse, le chômage, sont [souvent considérées comme] des affaires individuelles »⁴³ ou une question

Collectivism: New Cultural Dimensions of Values », dans Uichol Kim, Harry C. Triandis, Cigdem Kagitcibasi, Sang-Chin Choi et Gene Yoon, dir., *Individualism and Collectivism: Theory, Method and Applications*, Thousand Oaks, Sage Publications, 1994, 85; Harry C. Triandis, « Dimensions of Culture beyond Hofstede », dans Vinken, Soeters et Ester, *ibid.*, 28.

³⁰ Inglehart et Welzel, *supra* note 10, p. 1-8, 135-137.

³¹ *Ibid.*, p. 1-8, 135-137; voir également Fourmier et Coutu, *supra* note 14, p. 7-8.

³² Inglehart et Welzel, *ibid.*, p. 3.

³³ *Ibid.*, p. 2, 5, 138.

³⁴ Neil Nevitte, « Introduction - Nouvelles valeurs et réorganisation des relations citoyen-État », dans Neil Nevitte, dir., *Nouvelles valeurs et gouvernance*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2002, 9, p. 11.

³⁵ Inglehart et Welzel, *supra* note 10, p. 2 [notre traduction]; voir également *ibid.*, p. 138.

³⁶ Nevitte, *supra* note 34, p. 11.

³⁷ Riccardo Petrella, *Pour une nouvelle narration du monde*, Montréal, Écosociété, 2007, p. 42-44.

³⁸ Inglehart et Welzel, *supra* note 10, p. 2, 5, 8.

³⁹ Marius Pieterse, « Beyond the Welfare State: Globalisation of Neo-Liberal Culture and the Constitutional Protection of Social and Economic Rights in South Africa » (2003) 14 Stellenbosch L. Rev. 3, p. 9, 21 [Pieterse, « Beyond the Welfare State »].

⁴⁰ Inglehart et Welzel, *supra* note 10, p. 2, 5, 8.

⁴¹ Neil J. Roese, « La confiance diminuée des Canadiens dans le gouvernement : causes et conséquences », dans Nevitte, *supra* note 34, 145, p. 156.

⁴² Nevitte, *supra* note 34, p. 14.

⁴³ Petrella, *supra* note 37, p. 48; voir également Hester Lessard, « Charter Gridlock: Equality Formalism and Marriage Fundamentalism », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham, Lexis Nexis, 2006, 291, p. 298, citant avec approbation Brenda Cossman et Judy Fudge, « Introduction: Privatization, Law, and the Challenge to Feminism », dans

de mérite. Ainsi, la pauvreté résulterait de facteurs intrinsèques comme l'alcoolisme ou l'usage de drogues, ou encore de problèmes psychologiques⁴⁴; en d'autres termes, elle émanerait de la faute ou du libre choix de la personne qui en souffre parce que celle-ci n'aurait pas eu le mérite de prendre les bonnes décisions pour s'en sortir et demeurer compétitif dans un système qui lui assure pourtant la liberté d'y arriver⁴⁵.

Bien entendu, Inglehart et Welzel notent que ce changement de paradigme n'a pas été observé partout. L'émergence de l'autonomie ou du bonheur personnel comme valeur fondamentale aurait surtout été observée dans les pays développés⁴⁶. Comme le soulignent les auteurs, et sans vouloir généraliser à outrance, les sociétés les plus pauvres ne connaissent pas nécessairement le même changement de priorité puisque l'insécurité demeure le lot d'un grand nombre de citoyens qui y vivent⁴⁷. La pauvreté est en effet, selon ces auteurs, un des facteurs qui contraignent le plus la liberté individuelle de ceux qui la subissent; elle limite par conséquent la possibilité réelle de faire des choix⁴⁸, comme l'avancait Maslow cinquante ans auparavant :

The most fundamental external constraint on human choice is the extent to which physical survival is secure or insecure. Throughout most of history, survival has been precarious for most people. Most children did not survive to adulthood, and malnutrition and associated diseases were the leading cause of death. Although these conditions are remote from the experience of Western publics today, existential insecurity is still the dominant reality in most of the world. Under such conditions, survival values take top priority. Survival is such a fundamental goal that if it seems uncertain, one's entire life strategy is shaped by this fact.⁴⁹

C'est aussi ce que vivent, peut-être moins intensément et à une moins grande échelle, les personnes défavorisées dans les pays développés. En effet, la pauvreté ne se définit pas seulement par la comparaison « pays développés – pays en développement » : à l'intérieur même des sociétés dites avancées, des personnes vivent dans l'insécurité matérielle. Pour celles-ci, la thèse d'Inglehart et Welzel pourrait s'appliquer dans la mesure où la pauvreté affecte tous les aspects de la vie de ces personnes et constitue ainsi un obstacle de taille à la réalisation d'une vie digne, autonome et libre. Ainsi, comme le soulignent Michel Coutu et François Fournier, ce phénomène d'individualisation des sociétés occidentales « est à la fois émancipateur et corrosif » : «

Brenda Cossman et Judy Fudge, dir., *Privatization, Law, and the Challenge to Feminism*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, 3, p. 4.

⁴⁴ *Gosselin (Cour suprême)*, *supra* note 3, para. 48, juge McLachlin; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [1992] R.J.Q. 1647, p. 1675–1676 (C.S. Qué.) [*Gosselin (Cour supérieure)*].

⁴⁵ Petrella, *supra* note 37, p. 14, 35.

⁴⁶ Inglehart et Welzel, *supra* note 10, p. 4.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 138, 143–144.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 138.

[é]mancipateur, lorsqu'il conduit à l'épanouissement authentique de l'autonomie personnelle et au développement d'une citoyenneté responsable et engagée »⁵⁰, mais corrosif lorsqu'il mène à l'exclusion de certains citoyens défavorisés au nom de l'autonomie individuelle formelle plutôt que réelle⁵¹.

Ce paradigme politique a connu son prolongement dans la sphère juridique⁵². Il est en effet bien connu que les constitutions garantissent principalement des droits civils et politiques faisant l'objet d'une interprétation large et libérale et interdisant à l'État d'intervenir de manière trop marquée dans la vie privée et l'autonomie décisionnelle et identitaire fondamentales de l'individu⁵³, mais ne l'obligeant généralement pas, cependant, à favoriser de manière proactive la liberté réelle et l'épanouissement individuels⁵⁴. Il en découle une interprétation restrictive, voire une dé-légitimation des droits économiques et sociaux susceptibles d'imposer des obligations positives à l'État⁵⁵, lesquelles encourageraient la dépendance à la « charité » étatique plutôt que l'autosuffisance et l'autonomie individuelle⁵⁶. Il en va de même des droits à la sécurité et à l'égalité, ce dernier étant d'ailleurs parfois

⁵⁰ Fournier et Coutu, *supra* note 14, p. 8.

⁵¹ Plusieurs auteurs considèrent que la liberté réelle, plutôt que formelle, n'est possible que si certains besoins essentiels sont comblés. Voir notamment Isaiah Berlin, *Four Essays On Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969; John Rawls, *La justice comme équité : une reformulation de Théorie de la justice*, trad. par Bertrand Guillaume, Montréal, Boréal, 2004.

⁵² C'est aussi l'opinion de Lucie Lamarche, « Les droits sociaux et la Charte canadienne : quelques réflexions indisciplinées et prospectives », (2009) 45 S.C.L.R. (2d) 347, p. 362, 375. Voir également Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, p. 153 et s.

⁵³ Hirschl, *ibid.*, p. 12, 98, 214; Inglehart et Welzel, *supra* note 10, p. 2-3.

⁵⁴ C'est d'ailleurs l'interprétation que la Cour suprême fait souvent des droits civils et politiques reconnus dans la *Charte canadienne : Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650, para. 76-77, juge McLachlin; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, para. 19-21, juge Bastarache; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, para. 7, juge L'Heureux-Dubé, 33, juge Bastarache. Bien que des obligations positives soient progressivement reconnues sur la base des libertés classiques, ce n'est encore qu'à titre exceptionnel que la Cour suprême accepte d'imposer à l'État des obligations d'intervention pour en favoriser la réalisation concrète.

⁵⁵ *Ibid.* Voir également Des Rosiers, *supra* note 3, p. 130-151; Hirschl, *supra* note 52, p. 14-15, 77-78, 80, 105-108, 118, 146-147, 153-168; Pieterse, « Beyond the Welfare State », *supra* note 39, p. 16. Dans la jurisprudence, voir notamment *Gosselin (Cour suprême)*, *supra* note 3; *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Masse v. Ontario (Ministry of Community & Social Services)*, [1996] O.J. No. 363 (Ont. Div. Ct.) (Quicklaw) [*Masse*], permission d'en appeler à la Cour d'appel rejetée, *Masse v. Ontario (Ministry of Community & Social Services)*, [1996] O.J. No. 1526 (Ont. C.A.) (Quicklaw), permission d'en appeler à la Cour suprême rejetée, *Masse v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)*, [1996] S.C.C.A. No. 373 (Quicklaw); *Clark v. Peterborough Utilities Commission*, (1995), 24 O.R. (3d) 7 [Div. gén. Ont.]; *Conrad v. Halifax (County) et al.*, (1994), 124 N.S.R. 251 [N.S.S.C.].

⁵⁶ *Federated Anti-Poverty Groups of B.C. v. Vancouver (City)*, (2002) 40 Admin. L.R. (3d) 159, [2002] B.C.J. No. 493 (Quicklaw) (C.S. C.-B.), para. 282-285; Petrella, *supra* note 37, p. 48. Selon la majorité de la Cour dans l'arrêt *Gosselin (Cour suprême)*, *supra* note 3, para. 65, les objectifs suivants sont au cœur de la garantie canadienne d'égalité : « autodétermination, autonomie personnelle, respect de soi, confiance en soi et prise en charge de sa destinée ». Bien que louables, ces objectifs n'en constituent pas moins des valeurs malléables à partir desquelles il est facile de faire des jugements non approfondis.

entendu comme le droit à une égale liberté décisionnelle en fonction de laquelle il est interdit de discriminer⁵⁷.

La liberté semble en effet constituer l'une des valeurs centrales de la notion canadienne d'égalité, notamment à l'étape de l'identification des motifs analogues en fonction desquels il est interdit de discriminer. Selon la Cour suprême, sont analogues à ceux déjà énumérés les motifs qui reposent sur des traits personnels immuables, c'est-à-dire sur lesquels la personne n'a aucun contrôle (l'origine nationale, la couleur ou l'âge, par exemple) ou les caractéristiques par lesquelles une personne se définit sur les plans identitaire et social⁵⁸. Bien qu'il soit possible de changer ces dernières caractéristiques, une telle opération ne saurait être la condition d'un traitement égalitaire par l'État⁵⁹, puisqu'il s'agirait d'un prix trop cher payé du point de vue de l'identité et de l'autonomie individuelles⁶⁰. En outre, l'utilisation d'une telle caractéristique pour distinguer des personnes ou groupes déjà défavorisés ou stéréotypés dans la société constitue un facteur que les tribunaux doivent considérer pour déterminer l'existence de motifs analogues⁶¹. Les notions de désavantages préexistants, d'autonomie décisionnelle et de mérite ou volonté individuels constituent ainsi les vecteurs de la reconnaissance de nouveaux motifs illicites de distinction⁶².

Puisque l'individu bénéficie d'une égale liberté ou d'une égalité de possibilités, il ne saurait donc ensuite faire reposer les conséquences économiques de ses choix sur le gouvernement par le truchement de l'article 15 de la *Charte canadienne* qui n'interdirait pas la discrimination à l'encontre de ceux qui se plaignent des choix qu'ils auraient faits⁶³ ou des personnes moins méritantes :

La pauvreté n'est pas une caractéristique discriminatoire conférant un droit à l'égalité. La pauvreté ou l'état d'insuffisance chronique de moyens de subsistance mettant en péril la survie résulte de causes diverses qu'il convient de rappeler. [...] L'État ne peut substituer sa

⁵⁷ Sonia Lawrence, « Choice, Equality and Tales of Racial Discrimination: Reading the Supreme Court on Section 15 », dans McIntyre et Rodgers, *supra* note 43, 115, p. 117–125.

⁵⁸ Voir *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, para. 13, juges McLachlin et Bastarache, 60, juge L'Heureux-Dubé; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, p. 1166; Dominique Goubau, Ghislain Otis, et David Robitaille, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses "dommages collatéraux" » (2003) 44 C. de D. 3, p. 25, n. 68.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Corbiere*, *supra* note 58, para. 60; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, para. 144–149, juge McLachlin.

⁶² *Corbiere*, *ibid.*, para. 13 : « Il nous semble que le point commun de ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu, mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. »

⁶³ Dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, la Cour suprême a fait primer la liberté individuelle d'ex-conjoints de fait, qui auraient rationnellement choisi de ne pas se marier – voir la dissidence de la juge L'Heureux-Dubé sur ce point, aux para. 151–157 –, sur la sécurité matérielle d'une femme et de ses enfants en refusant d'accorder à celle-ci les mêmes bénéfices patrimoniaux que ceux dont bénéficient les ex-conjointes qui étaient mariées ou unies civilement. La relation entre les deux ex-conjoints avait pourtant duré plus de dix ans.

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 de travail n'est guère favorisée.⁶⁴

C'est dans cet esprit que certains tribunaux ont jugé que la mendicité ne constitue pas un motif analogue puisqu'il s'agirait d'une « activité » ou d'une « préférence » librement choisie dans la manière de gagner sa vie⁶⁵, choix que d'autres personnes pauvres n'auraient vertueusement pas fait, comme on le suggère implicitement :

While there are some people who may prefer this manner of earning income to others, including social assistance programs, they are in a small minority [...] The evidence does not establish that they are not without other options available to them. [...] While it may be one of a number of strategies to which those in need may resort, there is nothing in the supporting material to suggest that it is the only strategy. That same material illustrates a plethora of others alternatives for providing necessities that do not involve panhandling.⁶⁶

La pauvreté et la mendicité ne constitueraient donc pas des aspects fondamentaux de l'identité personnelle⁶⁷ et puisque l'État aurait intérêt à ce que les personnes vivant dans ces situations s'en sortent, il ne s'agit pas de caractéristiques dont l'État ne pourrait exiger la renonciation individuelle comme condition à un traitement égalitaire⁶⁸. Il en va de même de l'assistance sociale qui, selon certains, constitue un motif à partir duquel il serait possible de discriminer en vertu de la *Charte* puisque cette situation ne correspondrait pas à une caractéristique personnelle identitaire échappant complètement au contrôle de la personne⁶⁹.

⁶⁴ *Gosselin (Cour supérieure)*, supra note 44, p. 1675–1676 (C.S. Qué.), juge Reeves. Dans une autre affaire, la Cour suprême de Nouvelle-Écosse faisait un raisonnement similaire en concluant au caractère non discriminatoire de dispositions législatives prévoyant un préavis d'éviction moindre pour les locataires de logements sociaux que pour les autres locataires en général : « Counsel for the Landlords submits that *what we are dealing with in this case is an individual's merits and capacities and not an individual's personal characteristics. With that submission I am in agreement.* The restrictions imposed by virtue of the sections in the Act are not imposed as a result of any characteristic of race or sex or source of income, but rather by virtue of having individually applied and individually been accepted for public housing » [notre italique] : *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority c. Sparks* (1992), 112 N.S.R. (2d) 389, p. 401, inf. par *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority c. Sparks*, 101 D.L.R. (4th) 224, [1993] N.S.J. No. 97 (Quicklaw).

⁶⁵ *R. v. Banks*, (2007) 84 O.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), para. 99–104; *Federated Anti-Poverty Groups*, supra note 56, para. 68–69, 272–276.

⁶⁶ *Federated Anti-Poverty Groups*, *ibid.*, para. 68, 273–274.

⁶⁷ Dans l'arrêt *Banks*, supra note 65, para. 101, la Cour d'appel de l'Ontario est claire sur ce point : « The appellants have not put forward their lack of fixed addresses and the fact that they beg as components of a culture that is important to their identity » [notre italique].

⁶⁸ *Federated Anti-Poverty Groups*, supra note 56, para. 283; *Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 3 R.C.F. 411, [2006] A.C.F. no. 1443 (C.F.) (Quicklaw), para. 19–20.

⁶⁹ *Guzman*, *ibid.*; *Masse*, supra note 55, para. 234, juge O'Brien, 374, juge O'Driscoll. Pour en arriver à cette conclusion dans l'affaire *Guzman*, la Cour fédérale insiste sur les faits

Il est évident que l'État a intérêt à ce que les personnes vivant dans la pauvreté soient libérées de cette condition et aient de quoi mieux vivre afin de participer pleinement à la société et vivre dignement. Le critère consistant à reconnaître comme immuables les caractéristiques en vertu desquelles les individus définissent leur identité ne reflète donc pas nécessairement de façon adéquate la situation des personnes vivant dans la pauvreté⁷⁰. Il importe, pour que la pauvreté soit reconnue comme une caractéristique immuable ou difficile à changer et comme motif analogue de distinction, que les tribunaux tiennent compte de la situation désavantageuse et vulnérable de ces personnes, laquelle constitue d'ailleurs un facteur pertinent dans la détermination de nouveaux motifs de distinction selon le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*. Autrement dit, l'immutabilité relative de la pauvreté ne découle pas du fait qu'il s'agit d'un choix fondamental dont l'État ne peut demander la renonciation pour offrir un traitement égalitaire, mais provient plutôt de la difficulté de sortir « d'une situation dont la personne ne peut pas s'affranchir facilement [,] qui n'est pas la conséquence d'un choix délibéré »⁷¹ et qui affecte tous les aspects de la vie⁷², notamment le bénéfice des autres droits et libertés⁷³.

L'analyse qui précède tend ainsi à confirmer la thèse de Ran Hirschl selon laquelle le potentiel des chartes et constitutions comme instruments de changement social est diminué par le contexte idéologique dans lequel elles sont interprétées dans les pays occidentaux. En effet, en élevant l'autonomie et la liberté individuelles formelles au rang de valeurs suprêmes et en contestant

particuliers de cette affaire, soit sur le jeune âge et la volonté apparente de la demanderesse de trouver du travail. Elle souligne toutefois, aux para. 10–21, que le statut d'assisté social pourrait constituer un motif analogue dans d'autres circonstances. Cette approche n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour suprême selon laquelle les motifs analogues, une fois reconnus à ce titre, ne varient pas selon les faits de chaque espèce : *Corbiere supra* note 58, para. 7–11. Un raisonnement similaire à celui de la Cour fédérale dans l'affaire *Guzman* a aussi été énoncé et appliqué dans l'affaire *Polewsky c. Home Hardware Stores Ltd.*, (2003) 66 O.R. (3d) 600, [2003] O.J. No. 2908 (C.S. Ont.) (Quicklaw), para. 24. C'est aussi l'opinion de Lawrence, *supra* note 57, p. 117.

⁷⁰ *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 1164, para. 69 (C.A. Qué.). La Cour discutait du motif de « condition sociale » énuméré à l'article 10 de la *Charte québécoise*. Voir également l'arrêt *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)*, (2002) 59 O.R. (3d) 481, [2002] O.J. No. 1771 (C.A. Ont.) (Quicklaw), para. 89, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu le statut d'assisté social comme motif analogue puisqu'il s'agit d'une condition difficile à changer.

⁷² Lawrence, *supra* note 57, p. 118, est également de cet avis. Voir aussi Henri Brun et André Binette, « L'interprétation judiciaire de la condition sociale, motif de discrimination prohibé par la Charte des droits du Québec », (1981) 22 C. de D., p. 685–686.

⁷³ *Gosselin (Cour suprême)*, *supra* note 3, para. 344, 346, juge Arbour (dissidente); 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., p. 83–95; 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*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 46–48, 60–67; Hélène Tessier, « Lutte contre la pauvreté : question de droits de la personne et mesure de prévention contre une violence à l'égard des enfants » (1996) 37 C. de D., p. 489 et s.

la fonction de redistribution de l'État⁷⁴, le néolibéralisme refuse en définitive le changement social⁷⁵.

Si la jurisprudence canadienne dans les litiges portant sur la dimension socioéconomique des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne* survalorise la liberté individuelle formelle et sous-estime par le fait même les conséquences de la pauvreté sur la liberté réelle de la personne, nous constaterons ci-dessous que la Cour suprême indienne et la Cour constitutionnelle sud-africaine, appuyées par des constitutions progressistes, paraissent plus préoccupées par l'extrême pauvreté, laquelle semble alors constituer un facteur de légitimation des droits économiques et sociaux.

2. La pauvreté comme obstacle au plein épanouissement humain et la reconnaissance consécutive de l'interdépendance des libertés et des droits socioéconomiques par le droit et les juges constitutionnels indiens et sud-africains

Qualifiée de « révolution sociale »⁷⁶, l'adoption de la *Constitution indienne* marquait ce que plusieurs espéraient être le point de départ d'un nouvel ordre économique, social et politique. Cette constitution avait en effet pour vocation d'affranchir le pays de l'époque coloniale passée⁷⁷ notamment par la reconnaissance de libertés fondamentales⁷⁸, l'abolition de la caste des intouchables⁷⁹ et l'implantation d'une démocratie sociale. Elle exprimait aussi un compromis entre le libéralisme et le socialisme⁸⁰ et concevait du même coup la personne humaine comme un être aux besoins indivisibles⁸¹ :

Initially the independence struggle was characterized by claims for protection against arbitrary state action. Later it was realized that the fundamental rights would be without much meaning unless socioeconomic renewal occurred. This realization was formulated by Nehru as follows:

⁷⁴ Hirschl, *supra* note 52, p. 118, 127, 146, 154.

⁷⁵ Peter Gabel, « Symposium: A Critique of Rights: The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawal Selves » (1984) 62 *Tex. L. Rev.* 1563, p. 1588, cité par Marius Pieterse, « Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited » (2007) 29 *Hum. Rts Q.* 796, p. 797.

⁷⁶ Jayna Kothari, « Social Rights and the Indian Constitution » (2005) *Law, Social Justice & Global Development Journal*, en ligne : <http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2004_2/kothari>, à la section 2.2 (comme le texte ne contient aucun numéro de page, nous y ferons référence, au besoin, en indiquant la section de l'article où se trouve l'idée sur laquelle nous nous appuyons; site consulté le 31 août 2010); Jagat Narain, « Judicial Law Making and the Place of Directive Principles in Indian Constitution » (1985) 27 *Journal of the Indian Law Institute* 198, p. 203; Bertus de Villiers, « Directives principles of State Policy and Fundamental Rights: The Indian Experience » (1992) 8 *S. Afr. J. on Hum. Rts.* 29, p. 32.

⁷⁷ David Annonssamy, « Indépendance judiciaire : le cas de l'Inde » (1999) 51 *R.I.D.C.* 119, p. 120.

⁷⁸ *Ibid.*; *Constitution indienne*, art. 12–35.

⁷⁹ *Constitution indienne*, art. 17.

⁸⁰ Annonssamy, *supra* note 77, p. 120; Pratap Bhanu Mehta, « India's Unlikely Democracy: The Rise of Judicial Sovereignty » (2007) 18 *Journal of Democracy* 70, p. 72–73.

⁸¹ Narain, *supra* note 76, p. 220.

« India's immediate goal can only be considered in terms of the ending of the exploitation of her people. Politically, it must mean independence and cession of British connection, economically and socially, it must mean the ending of all special class privileges and vested interest. »

It was therefore realized by the founding fathers that « for those who suffer from want and hunger, the so-called fundamental rights would be meaningless and remain only paper rights ».⁸²

Le préambule affirme ainsi solennellement la nature socialiste de l'État indien, il fait de la justice sociale, économique et politique, ainsi que de la liberté et de la fraternité, les valeurs phares censées orienter le gouvernement dans l'élaboration des politiques publiques, et les tribunaux dans l'interprétation de la *Constitution*⁸³. Sont aussi reconnus à titre de droits fondamentaux le droit à l'égalité, le droit à la vie et à la liberté, et les libertés d'expression et de religion. Enfin, comme la *Charte québécoise*, la *Constitution indienne* prévoit dans un chapitre distinct certains principes socioéconomiques devant inspirer l'élaboration des politiques publiques, mais n'étant pas susceptibles de sanction judiciaire⁸⁴, comme l'a prévu explicitement le constituant⁸⁵.

Si la *Constitution indienne* a été adoptée dans l'espoir de voir s'atténuer les inégalités entre certains groupes, il n'en demeure pas moins, sachant bien entendu qu'il s'agit seulement d'un outil parmi d'autres⁸⁶, qu'elle ne saurait y parvenir que si les tribunaux participent eux aussi à cette volonté constituante de changement social⁸⁷. Ainsi, un peu comme la majorité de la Cour suprême du Canada le faisait dans le contexte du droit à l'instruction dans la langue de la minorité⁸⁸, l'une des pierres d'assises de la *Charte canadienne*, la majorité de la Cour suprême indienne invitait les tribunaux à faire preuve

⁸² De Villiers, *supra* note 76, p. 30–31 [référence omise].

⁸³ Le préambule de la *Constitution* énonce : "WE, THE PEOPLE OF INDIA, having solemnly resolved to constitute India into a SOVEREIGN DEMOCRATIC REPUBLIC and to secure to all its citizens: JUSTICE, social, economic and political; LIBERTY of thought, expression, belief, faith and worship; EQUALITY of status and of opportunity; and to promote among them all FRATERNITY assuring the dignity of the individual and the unity of the Nation [...]". Voir également Narain, *supra* note 76, p. 201–203.

⁸⁴ De Villiers, *supra* note 76, p. 34, 37, 40; S. Muralidhar, « Caractère justiciable des droits ESC – Expérience de l'Inde », dans *Le cercle des droits – L'activisme en faveur des droits économiques, sociaux et culturels : Un outil pour la formation*, en ligne : <<http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/ind.htm>>, p. 1–2 (site consulté le 31 août 2010).

⁸⁵ L'article 37 de la *Constitution indienne* énonce clairement : "The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws."

⁸⁶ S'il est évident que les tribunaux ne parviendront pas, à eux seuls, à changer la société, ils font néanmoins partie de l'équation et ont la possibilité de jouer un certain rôle en matière de justice sociale, à la condition bien sûr qu'ils soient disposés à le faire. Comme le souligne un auteur dans ce contexte, "power flows to those who choose to exercise it" : Mehta, *supra* note 80, p. 79.

⁸⁷ R. Sudarshan, « Courts and Social Transformation in India », dans Roberto Gargarella, Pilar Domingo et Theunis Roux, dir., *Courts and Social Transformation in New Democracies: An institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006, 153, p. 157, 161.

⁸⁸ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, [2003] 3 R.C.S. 3, para. 59, juges Iacobucci et Arbour.

d'innovation dans l'interprétation de la *Constitution indienne* et l'élaboration de méthodes de réparation :

What is necessary is to have Judges who are prepared to fashion new tools, forge new methods, innovate new strategies and evolve a new jurisprudence, who are judicial statesmen with a social vision and a creative faculty and who have, above all, a deep sense of commitment to the Constitution with an activist approach and obligation for accountability, not to any party in power nor to the opposition nor to the classes which are vociferous but to the half-hungry millions of Indians who are continually denied of Indian life [...].⁸⁹

Il semble que la Cour suprême indienne ait répondu à cet appel. Celle-ci estime en effet que les principes socioéconomiques ne sauraient être considérés comme de simples vœux pieux⁹⁰ et qu'ils disposent par conséquent d'une importante force normative dans l'interprétation des autres droits et libertés reconnus dans la *Constitution*⁹¹. Ainsi, considérant que les « pères fondateurs » n'étaient pas censés ignorer la pauvreté massive qui existait à l'époque de l'adoption de la *Constitution* et que ceux-ci avaient donc eu l'intention de faire de l'Inde une démocratie sociale⁹², la Cour fit une interprétation large et libérale du droit à la vie afin d'y inclure la protection de plusieurs droits socioéconomiques et des besoins essentiels⁹³. Bien qu'ils ne soient pas susceptibles de sanction judiciaire selon les termes même de la *Constitution*, les principes socioéconomiques constitutionnels, reconnus dans un chapitre distinct des droits fondamentaux, n'en sont donc pas moins devenus des droits véritables malgré l'intention clairement exprimée du constituant en sens contraire.

Dans la mesure où l'interprétation est nécessairement influencée par le contexte socioéconomique et idéologique⁹⁴, la portée extensive que la Cour a donnée au droit à la vie pourrait s'expliquer par l'extrême pauvreté dans laquelle vivent encore plusieurs Indiens et peut se comprendre comme une réaction judiciaire aux politiques néolibérales du gouvernement favorisant l'ouverture économique mais étant peu sensibles à la situation des plus pauvres. Ces deux éléments semblent en effet avoir été des facteurs de mobilisation judiciaire en faveur des droits économiques et sociaux⁹⁵.

⁸⁹ S.P. Gupta *c. Union of India and ors.*, [1981] Supp SCC 87, p. 222, juge Bhagwati, tel que cité par Sudarshan, *supra* note 84, p. 161. Voir également Kothari, *supra* note 76, « conclusion ».

⁹⁰ Unni Krishnan J.P. and ors. *c. State of Andhra Pradesh*, [1993] S.C.R. (1) 594, p. 656.

⁹¹ Muralidhar, *supra* note 84, p. 2.

⁹² Narain, *supra* note 76, p. 201–203. Voir le préambule de la *Constitution*, *supra* note 83.

⁹³ Voir notamment *Paschim Banga Khet Mazdoorsamity of Ors. c. State of West Bengal & Anr.*, [1996] SCC (4) 37 [*Paschim Banga*]; *Ahmedabad Municipal Corporation c. Nawab Khan Gulab Khan & Ors.*, [1997] AIR 152 [*Ahmedabad Municipal Corporation*]; *Francis Coralie Mullin c. The Administrator, Union Territory of Delhi & Ors.*, [1981] SCR (2) 516 [*Francis Coralie Mullin*].

⁹⁴ Hirschl, *supra* note 52, p. 147.

⁹⁵ La jurisprudence progressiste de la Cour suprême indienne en matière socioéconomique a surtout évolué dans les années 1980 et 1990. À titre illustratif, le *Rapport mondial de développement humain 1990* de l'ONU indiquait, en moyenne annuelle, que 352 millions

L'Inde fut marquée par une importante crise économique au début des années 1990, dans le contexte de laquelle le gouvernement a réagi en s'engageant « dans une réforme radicale de l'économie indienne ⁹⁶ » et en entreprenant de vastes projets de libéralisation des marchés ⁹⁷, mesures censées engendrer des bénéfices économiques et améliorer le niveau de vie de tous les citoyens ⁹⁸. Comme le souligne Gérard Heuzé, le libéralisme, « déjà à l'œuvre au début des années 1980 [...] pour] faire entrer l'Inde dans le ^{xxi}^e siècle ⁹⁹ », devait mener à l'augmentation de la consommation interne, à l'industrialisation de la campagne – et à la diminution corrélative de la pauvreté rurale – et à la venue de nouvelles entreprises par l'aplanissement de certaines barrières tarifaires et une baisse des coûts de production ¹⁰⁰. Appuyé par le Fonds monétaire international et la Banque mondiale ¹⁰¹, le gouvernement mit donc sur pied un « programme d'ajustement structurel » ¹⁰² destiné à favoriser la croissance économique annuelle, qui aurait d'ailleurs été de l'ordre de 6 % pour les années 1992–2000, une augmentation par rapport à la période 1980–1990 ¹⁰³ au cours de laquelle la croissance était tout de même à la hausse ¹⁰⁴. Mais cette croissance s'est faite au prix de ce que Riccardo Petrella nomme la « Sainte Trinité » de la « théologie universelle capitaliste » ¹⁰⁵ : (1) libéralisation et (2) privatisation de secteurs jusque-là essentiellement publics comme l'éducation et la santé ¹⁰⁶, (3) déréglementation et, conséquemment, effritement de l'État social ¹⁰⁷.

d'Indiens n'avaient pas accès à l'eau potable pour les années 1985–1987, que 394 millions d'Indiens vivaient sous le seuil de la pauvreté entre 1977 et 1986, et que la proportion de la population urbaine et rurale vivant sous le seuil de la pauvreté était respectivement de 40 % et 51 % entre 1977 et 1987. Voir Programme des Nations Unies pour le développement, *Rapport mondial sur le développement humain 1990*, Paris, Economica, 1990, p. 144, 170, en ligne : <<http://hdr.undp.org/fr/rapports/mondial/rmdh1990/chapitres/francais/>> (site consulté le 31 août 2010). Le rapport de l'an 2000 indiquait pour sa part, en moyenne annuelle, que 19 % et 26 % de la population indienne n'avait respectivement pas accès à l'eau potable et aux services de santé entre 1990 et 1998, et que 44,2 % de la population vivait avec moins de un dollar par jour entre 1989 et 1998. Voir Programme des Nations Unies pour le développement humain, *Rapport mondial sur le développement humain 2000*, Paris, De Boeck et Larcier, 2001, p. 170, en ligne : <<http://hdr.undp.org/fr/rapports/mondial/rmdh2000/chapitres/francais/>> (site consulté le 31 août 2010).

⁹⁶ Basudeb Chaudhuri, « Les réformes économiques indiennes : éléments de bilan » (2001) 165 *Revue Tiers Monde* 17, p. 18.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 17 et s.

⁹⁸ Gérard Heuzé, « Les conséquences sociales de la libéralisation en Inde » (2001) 165 *Revue Tiers Monde* 33, p. 34.

⁹⁹ Frédéric Landy, « La libéralisation économique en Inde : inflexion ou rupture? » (2001) 165 *Revue Tiers Monde* 9, p. 10 [référence omise].

¹⁰⁰ Heuzé, *supra* note 98, p. 48. Voir aussi Chaudhuri, *supra* note 96, p. 21.

¹⁰¹ Landy, *supra* note 99, p. 9.

¹⁰² Chaudhuri, *supra* note 96, p. 18; Raghav Gaiha et Vani Kulkarni, « Policy Reforms, Institutions and the Poor in Rural India » (1999) 8 *Contemporary South Asia* 7, p. 7; Landy, *supra* note 99, p. 9.

¹⁰³ Chaudhuri, *ibid.*, p. 17, 26.

¹⁰⁴ Landy, *supra* note 99, p. 11.

¹⁰⁵ Petrella, *supra* note 37, p. 26–40.

¹⁰⁶ Heuzé, *supra* note 98, p. 38, 57.

¹⁰⁷ Chaudhuri, *supra* note 96, p. 19–20, 24; Heuzé, *supra* note 98, p. 37–38, 57; Anand Kumar, « Paradoxes of Paradigm Shift: Indian Engagement with Liberalization and

Comme le souligne Basudeb Chaudhuri, il en résulte que l'Inde « a très peu investi dans le développement humain » et dans les secteurs socioéconomiques susceptibles de contribuer à l'amélioration du sort des plus défavorisés¹⁰⁸. Ainsi, malgré les espoirs suscités par un libéralisme qui aurait « naturellement » dû opérer une répartition des richesses par la création tout aussi naturelle d'emplois et l'augmentation conséquente de la richesse rurale, l'Inde connut au contraire une augmentation de la pauvreté¹⁰⁹ et des déplacements citoyens importants de la campagne vers les grandes villes¹¹⁰. Mis à part les individus les plus fortunés, la croissance qui a suivi la libéralisation économique a donc surtout profité à une classe moyenne émergente et non aux tranches plus pauvres de la société¹¹¹ :

La NEP [*New Economic Policy*] a souvent été introduite ou imposée au nom de l'amélioration des infrastructures. Cela ne semble pas avoir concerné les plus pauvres, sauf dans les provinces où existe une forte tradition d'interventionnisme social de l'État. [...] Les conditions de vie se sont fortement aggravées dans de nombreuses banlieues urbaines avec le manque d'eau, la surpopulation des logements, la chasse aux habitants du trottoir, et la pollution. Le surgissement de mégapoles ingérables et terribles à vivre était certes engagé avant qu'il ne soit question de NEP. L'insécurité croissante de la population vivant en bidonvilles peut cependant être rattachée, avec des nuances puisqu'elle s'est amorcée à partir de 1980, à la poussée néolibérale, aux obsessions sécuritaires et d'hygiène urbaine qui l'ont accompagnée, et à sa conception d'un État régalien.¹¹²

C'est dans ce contexte que la Cour suprême indienne a, dans une certaine mesure, tenu compte de la migration urbaine massive et de l'insécurité qui l'accompagne lorsque des citoyens, ayant migré vers la ville, mais survivant dans des bidonvilles construits en bordure des autoroutes, se sont adressés à elle¹¹³ afin d'empêcher la municipalité de détruire leurs

Globalization » (2008) 40 *Futures* 762, p. 763–766; Isabelle Milbert, « La persistance de la pauvreté urbaine en Inde » (1995) 142 *Revue Tiers Monde* 325, p. 338.

¹⁰⁸ Chaudhuri, *ibid.*, p. 26.

¹⁰⁹ Gaiha et Kulkarni, *supra* note 102, p. 9–14; Heuzé, *supra* note 96, p. 35–40, 53; Kumar, *supra* note 107, p. 764–766.

¹¹⁰ Heuzé, *ibid.*, p. 47.

¹¹¹ Kumar, *supra* note 107, p. 762–766; Isabelle Milbert, « Les villes indiennes au cœur de la libéralisation de l'économie » (2001) 165 *Revue Tiers Monde* 175, p. 179–180, 186–187.

¹¹² Heuzé, *supra* note 96, p. 39–40.

¹¹³ En Inde, les groupes défavorisés peuvent s'adresser directement à la Cour suprême par le mécanisme de la *PIL* (*Public Interest Litigation*), élaboré par la Cour dans les années 1970 afin de faciliter l'accès à la justice. Il s'agit d'une procédure allégée en vertu de laquelle, par exemple, une carte postale envoyée par un prisonnier afin de dénoncer les conditions inhumaines des détenus dans une prison a été acceptée par la Cour comme procédure judiciaire valable. La Cour dispose aussi du pouvoir de mettre sur pied des commissions d'enquête chargées de vérifier, sur le terrain, les faits litigieux. Ces dernières années, les critères d'admissibilité se sont cependant resserrés, la Cour exigeant notamment que les plaignants soient eux-mêmes victimes de la violation alléguée, ce qui n'était pas le cas auparavant. Aussi, la *PIL* a eu des résultats concrets mitigés. Voir Brenda Cossman et Ratna Kapur, « Women and Poverty in India: Law and Social Change » (1993) 6 *R.F.D.* 278, p. 298; Kothari, *supra* note 76, section 3.1; Metha, *supra* note 80, p. 71; Muralidhar, *supra* note 84, p. 3; Sudarshan, *supra* note 87, p. 156.

abris¹¹⁴. Étant donné que le bénéfice du droit à la vie serait dépourvu de sens sans l'accessibilité à un logement décent, comme le démontrent ces déplacements désespérés de citoyens en quête de ressources, la Cour obligea la municipalité à fournir un logement alternatif adéquat aux demandeurs¹¹⁵. Ainsi, selon la Cour, comme la juge Arbour le soulignait elle aussi, mais de manière plus générale dans le contexte de l'article 7 de la *Charte canadienne*¹¹⁶, le droit à la vie serait vide de sens s'il n'incluait pas au moins les éléments de base nécessaires à une vie digne et au développement humain, notamment le logement, l'alimentation, la santé et l'éducation¹¹⁷ :

The Concept of « social justice » which the Constitution of India engrafted consists of diverse principles essential for the orderly growth and development of personality of every citizen. [...] Social security, just and humane conditions of work and leisure to workman are part of his meaningful personality [...] The jurisprudence of personhood or philosophy of the right to life envisaged under Article 21, enlarges its sweep to encompass human personality in its full blossom [...].¹¹⁸

C'est aussi en se fondant sur cette conception globale et complémentaire des droits et libertés de la personne que la Cour suprême indienne a conclu, par exemple, à la violation du droit à la vie d'un patient gravement blessé qui a dû se faire soigner dans un hôpital privé, à ses frais, après que huit hôpitaux publics eurent refusé de le faire à cause de l'indisponibilité de lits ou du manque d'équipement¹¹⁹. Ainsi, le défaut de prodiguer des soins raisonnables dans un délai raisonnable à une personne dont l'état de santé nécessitait des soins d'urgence a entraîné une violation de la *Constitution*¹²⁰.

¹¹⁴ *Ahmedabad Municipal Corporation*, supra note 93, p. 11–12. Voir également l'arrêt *Olga Tellis & Ors. c. Bombay Municipal Corporation & Ors.*, [1985] (2) Supp. S.C.R. 51, p. 83 et s. [*Olga Tellis*].

¹¹⁵ *Ahmedabad Municipal Corporation*, supra note 93, p. 12–16.

¹¹⁶ *Gosselin (Cour suprême)*, supra note 3, para. 344 et 346, juge Arbour (dissidente) : « Après tout, le droit à la vie constitue une condition préalable – *sine qua non* – à la possibilité même de jouir de tous les autres droits garantis par la *Charte* », para. 346.

¹¹⁷ Voir notamment *Ahmedabad Municipal Corporation*, supra note 93, p. 4–7; *Unni Krishnan, J.P. and Ros c. State of Andhra Pradesh and Ors.*, [1993] 1 S.C.R. 594, p. 647–652; *Miss Mohini Jain c. State of Karnataka and Ors.*, [1992] (3) S.C.R. 658, p. 8–9; *Olga Tellis*, supra note 114, p. 79–83; *Bandhua Mukti Morcha c. Union of India and Ors.*, [1984] (2) S.C.R. 67, p. 103; *Francis Coralie Mullin*, supra note 93, p. 528–529.

¹¹⁸ *Consumer Education & Research Centre and Others c. Union of India & Others*, [1995] (1) J.T. 636, p. 657–658.

¹¹⁹ *Paschim Banga*, supra note 93, p. 1–2.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 5 et s. Dans une autre affaire, la Cour suprême a obligé des écoles publiques financées par l'État à fournir des diners aux enfants et a rendu plusieurs ordonnances détaillées, allant jusqu'à déterminer le contenu de calories et de protéines que devaient contenir les repas et à obliger l'État à rendre compte de sa gestion des surplus de nourriture : *People's Union for Civil Liberties c. Union of India*, [2001] 5 SCALE 303, *People's Union for Civil Liberties c. Union of India*, [2001] 7 SCALE 484. Voir S. Muralidhar, « Economic, Social and Cultural Rights : An Indian Response to the Justiciability Debate », dans Yash Ghai et Jill Cottrell, dir., *Economic, Social and Cultural Rights in Practice: The Role of Judges in Implementing Economic, Social and Cultural Rights*, London, Interights, 2004, 23, p. 29–30; Sudarshan, supra note 87, p. 158–159.

L'adoption de la *Constitution sud-africaine* de 1996 correspondait aussi à un profond désir de changement social porté principalement par l'*African National Congress* (ANC), parti politique majoritairement composé de Sud-Africains noirs. Bien que plus nombreux que la minorité blanche, les Sud-Africains noirs avaient en effet vécu depuis plusieurs décennies dans un régime discriminatoire limitant leur participation à la vie économique, sociale et politique et attribuant aux blancs la presque totalité des ressources matérielles et des terres¹²¹. La *Constitution* devait sonner le glas de ce régime¹²² et instaurer une démocratie sociale fondée sur le principe de l'indivisibilité des besoins et des droits de la personne, afin que tout Sud-Africain puisse un jour vivre de manière digne, autonome, libre et à l'abri de la pauvreté¹²³. Pour sceller cet engagement, après une valse-hésitation durant laquelle il a jonglé avec l'idée de ne consacrer que des droits civils et politiques, le constituant choisit d'y inclure également des droits économiques et sociaux ayant un même statut hiérarchique¹²⁴. Bien entendu, le concept de « constituant » étant fictif, il faut préciser que, plus concrètement, le *National Party*, composé principalement de blancs craignant de perdre leurs privilèges, n'était pas en faveur de l'inclusion de droits économiques et sociaux, alors que l'ANC en souhaitait au contraire la reconnaissance¹²⁵. Et c'est à la suite de l'élection convaincante de l'ANC aux premières élections démocratiques depuis la fin officielle de l'apartheid que le vent a tourné en faveur de la seconde option et de la consécration des libertés individuelles et de plusieurs droits socioéconomiques. Il revenait ainsi au droit au logement¹²⁶, au droit à la santé, à l'alimentation et à la sécurité sociale¹²⁷ et au droit à l'éducation¹²⁸, notamment, de concrétiser la promesse de changement faite par l'adoption de

¹²¹ Hirschl, *supra* note 52, p. 89, 94–95.

¹²² Weinrib, *supra* note 13, p. 279.

¹²³ *Constitution sud-africaine*, préambule; D.M. Davis, « Adjudicating the Socio-economic Rights in the South African Constitution: Towards 'Deference Lite' » (2006) 22 S.A.J.H.R. 301, p. 302 [Davis, « Adjudicating the Socio-economic Rights »]; Pierre De Vos, « *Grootboom*, The Right of Access to Housing and Substantive Equality as Contextual Fairness » (2001) 17 S.A.J.H.R. 258, p. 260–261 [De Vos, « Access to Housing and Substantive Equality »]; Pierre De Vos, « Pious Wishes or Directly Enforceable Human Rights?: Social and Economic Rights in South Africa's 1996 Constitution » (1997) 13 S.A.J.H.R. 67, p. 70; Pius Langa, « The Vision of the Constitution » (2003) S. African L.J. 670, p. 670; Sandra Liebenberg, « South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-economic Rights: An Effective Tool in Challenging Poverty? » (2002) 6 Law, Democracy and Development, p. 1, en ligne : <<http://www.communitylawcentre.org.za/clc-projects/socio-economic-rights/research/socio-economic-rights-transformation-in-sa/2002-vol-6-law-democracy-and-development/South%20Africas%20evolving%20jurisprudence.pdf/>> (site consulté le 31 août 2010); Weinrib, *supra* note 13, p. 279.

¹²⁴ *Constitution sud-africaine*, art. 2: « This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled. »

¹²⁵ Eric C. Christiansen, « Adjudicating Non-justiciable Rights: Socio-economic Rights and the South African Constitutional Court » (2007) 38 Colum. H.R.L. Rev. 321, p. 330–334. *Constitution sud-africaine*, art. 26.

¹²⁷ *Ibid.*, art. 27.

¹²⁸ *Ibid.*, art. 29.

la nouvelle constitution afin d'assurer aux Sud-Africains une pleine participation à la vie sociopolitique et la satisfaction de leurs besoins essentiels.

La *Constitution sud-africaine*, l'une des premières lois supralégislatives au monde à reconnaître de véritables droits économiques et sociaux¹²⁹, marque donc le « rejet »¹³⁰ de l'apartheid et instaure en Afrique du Sud « une culture de justification »¹³¹, l'État se devant désormais de rendre compte à la population de ses actions et de ses omissions qui affectent négativement les droits et libertés fondamentaux. En attribuant aux droits économiques et sociaux un statut équivalent à celui des libertés¹³², le constituant reconnaissait par ailleurs du même coup que tous les droits, et tous les besoins qu'ils contribuent à satisfaire, sont interdépendants et d'égale importance pour la personne humaine¹³³. Sans l'assurance de certains besoins essentiels, la liberté n'aurait pas la même valeur pour tous :

Our Constitution entrenches both civil and political rights and social and economic rights. All the rights in our Bill of Rights are inter-related and mutually supporting. There can be no doubt that human dignity, freedom and equality, the foundational values of our society, are denied to those who have no food, clothing or shelter.¹³⁴

C'est dans ce contexte, et compte tenu de l'insécurité matérielle et de l'extrême pauvreté dont est encore victime la majorité noire¹³⁵, ainsi que de l'urgence d'agir par la prise de mesures politiques immédiates, qu'il faut comprendre l'intervention de la Cour constitutionnelle sud-africaine dans les arrêts *Government of the Republic of South Africa c. Grootboom*¹³⁶ et *Minister of Health c. Treatment Action Campaign*¹³⁷. Dans le premier, la stratégie publique en matière d'accès à un logement décent dirigeait toutes les ressources vers la construction de logements sans que des mesures soient

¹²⁹ David Bilchitz, « Giving Socio-economic Rights Teeth: The Minimum Core and its Importance » (2002) 119 S. African L.J. 484, p. 501; Kevin Iles, « Limiting Socio-economic Rights: Beyond the Internal Limitations Clauses » (2004) 20 S.A.J.H.R. 448, p. 449.

¹³⁰ Weinrib, *supra* note 13, p. 279.

¹³¹ Etienne Mureinik, « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights » (1994) 10 S.A.J.H.R. 31, p. 32 [notre traduction].

¹³² Contrairement aux droits économiques et sociaux reconnus dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, par exemple, qui ne sont pas quasi constitutionnels dans la mesure où ils ne priment pas sur les lois ordinaires (voir l'arrêt *Gosselin [Cour suprême]*, *supra* note 3), les droits reconnus dans la *Constitution sud-africaine* ont explicitement un statut hiérarchiquement plus élevé que la législation ordinaire (*Constitution sud-africaine*, art. 2) et les tribunaux, au premier chef la Cour constitutionnelle, peuvent en sanctionner juridiquement les violations.

¹³³ De Vos, « Pious Wishes or Directly Enforceable Human Rights? », *supra* note 123, p. 70. En 1992, Nicholas Haysom, considérant que les droits économiques et sociaux et les droits civils et politiques sont essentiels à leur bénéfice mutuel réel, plaideait d'ailleurs en faveur de l'adoption d'une constitution globale : Nicholas Haysom, « Constitutionalism, Majoritarian Democracy and Socio-economic Rights » (1992) 8 S.A.J.H.R. 451.

¹³⁴ *Government of the Republic of South Africa c. Grootboom*, [2001] 1 S. Afr. L.R. 46, para. 23 (S. Afr. Const. Ct.) [*Grootboom*]. Voir aussi para. 2.

¹³⁵ Marius Pieterse, « The Legitimizing / Insulating Effect of Socio-Economic Rights » (2007) 22 R.C.D.S. 1 p. 4-5.

¹³⁶ *Supra*, note 134.

¹³⁷ *Minister of Health c. Treatment Action Campaign*, [2002] 5 S. Afr. L.R. 721 (S. Afr. Const. Ct.) [*Treatment Action Campaign*].

prévues pour les sans-logis qui survivaient dans des bidonvilles¹³⁸. Dans le second, le gouvernement limitait l'accès public à un médicament dont il disposait pourtant et qui était susceptible de sauver des vies en empêchant la transmission du VIH entre une mère et son enfant¹³⁹. Ainsi, puisque ces politiques publiques menaçaient la vie et la sécurité des plus défavorisés, elles ont été jugées déraisonnables et inconstitutionnelles par la Cour, le but fondamental de la *Constitution* étant la satisfaction des besoins essentiels de tous¹⁴⁰.

Clairement préoccupées par l'extrême pauvreté dans laquelle vivent la majorité des Indiens et des Sud-Africains, et soutenues par des constitutions élevant la justice sociale au rang de ses valeurs les plus importantes, la Cour suprême indienne et la Cour constitutionnelle sud-africaine, comme le démontre l'analyse qui précède, ont élaboré une jurisprudence aussi florissante qu'innovatrice en matière de droits économiques et sociaux.¹⁴¹

Conclusion

Comme on nous l'a fait remarquer lors d'un congrès où nous avons évoqué l'hypothèse développée dans cet article, il se peut que les constatations qui en découlent servent à renforcer l'injusticiabilité des droits socioéconomiques au Canada, sous prétexte que les conditions matérielles dans lesquelles vivent les Canadiens n'ont rien de comparable à celles des Indiens et des Sud-Africains. Ce n'est pourtant pas notre souhait. Nous avons plutôt pour objectif de comprendre, au-delà du libellé parfois vague et indéterminé des normes constitutionnelles et de la méthodologie juridique « pure », pourquoi certains tribunaux refusent de contrôler la constitutionnalité des mesures socioéconomiques étatiques, alors que d'autres acceptent de le faire, dans des pays qui sont tous, en partie, de tradition britannique sur les plans politique et juridique, et dont le système repose sur la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et juridique. Nous avons ainsi observé, comme piste d'explication, que certains tribunaux canadiens survalorisent la liberté et l'autonomie individuelles formelles au détriment des besoins essentiels et des droits économiques et sociaux. Nous croyons par ailleurs que certains juges canadiens ne sont pas nécessairement toujours conscients des choix idéologiques qu'ils font et de leur participation au renforcement d'une conception « responsabilisante »

¹³⁸ *Grootboom*, *supra* note 134, para. 51–52, 63–64.

¹³⁹ *Treatment Action Campaign*, *supra* note 137 aux para. 2–4, 17, 19, 57, 70, 92–95, 135.

¹⁴⁰ *Grootboom*, *supra* note 134, para. 45.

¹⁴¹ Il convient néanmoins de souligner que si la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine est plus progressiste que celle des tribunaux canadiens, et que l'arrêt *Grootboom* a au départ suscité un grand intérêt, celle-ci n'est pas exempte de toute critique. L'approche fondée sur la raisonnable des politiques publiques est, en effet, essentiellement processuelle et ne s'intéresse pas directement au contenu essentiel des droits socioéconomiques. Voir David Robitaille, « L'interprétation des droits socioéconomiques en Inde et en Afrique du Sud : par delà le texte, la volonté judiciaire », à paraître au vol. 41-2 de la *Revue générale de droit* et David Robitaille, « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux », à paraître dans Lucie Lamarche et Pierre Bosset, dir., *Donner droit de cité aux droits économiques, sociaux et culturels – La Charte québécoise des droits et libertés en chantier*, Cowansville, Yvon Blais.

de la pauvreté. Dans la mesure où une constitution ne peut contribuer au changement social sans que les tribunaux s'engagent eux aussi à y participer, nous souhaitons que la mise en lumière de la conception judiciaire canadienne de la pauvreté soit l'amorce d'une considération plus sérieuse des droits socioéconomiques au Canada.

Bien entendu, pris isolément, le droit et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois sont des outils de transformation sociale nettement insuffisants, l'expérience montrant d'ailleurs que l'interventionnisme judiciaire donne des résultats mitigés¹⁴². Il serait en effet naïf de croire qu'une constitution pourrait d'elle-même réussir à transformer la société et à faire disparaître les inégalités entre certains groupes¹⁴³. Comme le soulignait un auteur, « [l]iberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it »¹⁴⁴. Ceci ne veut pas dire pour autant que les tribunaux n'ont aucun rôle à jouer en matière de justice sociale. Au contraire, dans les régimes fondés essentiellement sur la primauté du droit et l'apparence d'objectivité et de vérité attachée à la règle juridique, la constitution a une double nature, soit juridique et politique, et cette dimension politique est peut-être la plus importante d'un point de vue collectif. Elle autorise et donne de la crédibilité à certaines revendications et mouvements sociaux, et constitue en définitive un instrument rhétorique additionnel dont les personnes et groupes défavorisés peuvent se saisir publiquement pour dénoncer l'injustice et donner une plus grande légitimité à leur désir, et leur droit, d'accéder à une plus grande justice sociale. Les tribunaux pourraient constituer un forum où cette voix, lorsqu'elle n'est pas écoutée par les gouvernements, est susceptible de se faire entendre et d'influer sur les politiques publiques¹⁴⁵. À cet égard, un appui citoyen plus fort en faveur de la sécurité des plus démunis et de la redistribution des richesses atténuerait peut-être le sentiment d'illégitimité des magistrats dans les litiges où une plus grande égalité socioéconomique est réclamée.

Certains pourraient rétorquer que la magistrature n'a pas pour rôle de faire de la politique et qu'il faut respecter la séparation des pouvoirs. Certes, mais ce faisant, sous le couvert d'une objectivité qui n'est qu'apparente – et alors qu'il a été démontré que les tribunaux peuvent développer

¹⁴² Cossman et Kapur, *supra* note 113, p. 298–299; Jackie Dugard et Theunis Roux, « The Record of the South African Constitutional Court in Providing an Institutional Voice for the Poor: 1995–2004 », dans Roberto Gargarella, Pilar Domingo et Theunis Roux, dir., *Courts and Social Transformation in New Democracies: An institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006, 107, p. 109–116; Sudarshan, *supra* note 87, p. 154–157, 163.

¹⁴³ Karl Loewenstein, « Réflexions sur la valeur des constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des constitutions » (1952) 2 *Revue française de science politique* 5, p. 10.

¹⁴⁴ Mehta, *supra* note 80, p. 82, reprenant avec approbation les propos classiques du juge Learned Hand, « The Spirit of Liberty », dans Irving Dillard, *The Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand*, New York, Vintage Books, 1959, 143, p. 144.

¹⁴⁵ 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 43, p. 213.

des approches respectant ce principe et, surtout, que les droits civils et politiques sont eux aussi susceptibles d'avoir un impact budgétaire et politique important¹⁴⁶ –, ils porteraient selon nous, consciemment ou non, un jugement de valeur¹⁴⁷. Comme le souligne d'ailleurs la professeure Lajoie, les tribunaux font bien de la politique lorsqu'ils contrôlent et sanctionnent les violations des droits civils et politiques, et que l'État doit réagir en prenant certaines mesures pour se conformer aux chartes : « la Cour semble entretenir l'illusion qu'elle ne dépense pas de fonds public à moins d'en attribuer des espèces sonnantes, comme si elle ne dépensait pas lorsque, sans la moindre hésitation, elle émet une sentence d'emprisonnement ou une injonction empêchant la construction de lignes de transmission électrique »¹⁴⁸.

L'interprétation judiciaire des droits et libertés constitutionnels revient ainsi selon nous, du moins en partie, à des choix idéologiques effectués par des personnes dont l'activité interprétative est, en définitive, une science... humaine, comme l'affirmait un auteur en ce qui concerne la Cour suprême indienne :

In more prosaic legal terms, the Supreme Court of India is given to pronouncements that all the branches of government are « under the Constitution », suggesting that all legitimate power has its source in a legal constitutional order that somehow regulates the conduct of men. But who decides what this legal and constitutional order requires in any given case? The answer is: some group of men! This is a way of saying that there is no such thing as a rule of law which is not also a rule of men, for men will decide what law is. If this is the case, then, the separation-of-powers doctrine implodes. It is not something that can be deduced from a formal legal order. Instead, it will be subject to the vagaries of the contending wills of men, or in short, politics.¹⁴⁹

À moins que les chartes canadienne et québécoise n'aient pour objectif la préservation des libertés de ceux pour qui, vivant dans des conditions économiques suffisantes, elles ont vraiment un sens, il faudra bien que les tribunaux prennent plus au sérieux les droits à l'égalité et à la sécurité, de même que les droits économiques et sociaux.

¹⁴⁶ Stephen Holmes et Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York, W.W. Norton, 1999.

¹⁴⁷ David Wiseman souligne d'ailleurs qu'à la suite des arrêts *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177 et *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, dans lesquels la Cour suprême a respectivement constaté une violation de l'article 7 et de l'article 11b) de la *Charte canadienne*, des dépenses publiques de 50 et 39 millions de dollars ont été effectuées afin de se conformer aux jugements : Wiseman, « Competence Concerns in Charter Adjudication: Countering the Anti-Poverty Incompetence Argument », *supra* note 3, p. 530 – 531.

¹⁴⁸ Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, *supra* note 16, p. 135.

¹⁴⁹ Mehta, *supra* note 80 aux pp. 78 – 79. Voir également, dans le même sens, Robert Vandycke, « La Charte constitutionnelle et les droits économiques, sociaux et culturels » (1989 – 1990) 6 A.C.D.P. 167 à la p. 169.

Résumé

Contrairement à ce qui prévaut dans le contexte des chartes canadienne et québécoise, les juges constitutionnels indiens et sud-africains ont clairement reconnu la justiciabilité et l'opposabilité des droits économiques et sociaux. Pour expliquer ce phénomène normatif, nous avancerons l'hypothèse selon laquelle les conditions socioéconomiques, le niveau de développement d'un pays et le contexte idéologique dans lequel a été adoptée et est interprétée la norme constitutionnelle constituent des facteurs qui influencent nécessairement l'interprète et la conception qu'il se fait de l'être humain. Nous mettrons ainsi en lumière la conception formelle de la personne que se fait généralement le juge constitutionnel canadien en survalorisant l'autonomie individuelle dans l'interprétation des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne*. Nous constaterons ensuite que, dans des pays marqués par une grande pauvreté, la jurisprudence en matière socioéconomique est plus florissante, les constitutions et les cours suprêmes indiennes et sud-africaines reconnaissant la personne humaine dans l'intégralité de ses dimensions.

Mots clés: droits économiques et sociaux, pauvreté, libéralisme économique et politique, contrôle judiciaire, Canada, Inde, Afrique du Sud

Abstract

Contrary to what prevails in the context of the Canadian and Quebec charters of rights, constitutional judges in India and South Africa have clearly recognized the justiciability and enforceability of social and economic rights. To explain this normative phenomenon, the author advance a hypothesis according to which the socio-economic conditions and the level of development of a country and the ideological context in which constitutional standards were adopted and are interpreted constitute factors that inevitably influence the courts and the conception judges have of human beings. The author therefore bring to light the formal conception of the person that Canadian judges promote by over-valuing individual autonomy in the interpretation of sections 7 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, and note that in countries marked by extreme poverty, the case law on socio-economic rights is more vibrant, since the Indian and South African supreme courts recognize human beings in all their dimensions.

Keywords: social and economic rights, poverty, economic and political liberalism, judicial review, Canada, India, South Africa

David Robitaille
Section de droit civil
Faculté de droit
Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario)
Canada
david.robitaille@uottawa.ca