

LA PENSÉE HOLISTIQUE DE JACQUES-YVAN MORIN : LA NÉCESSAIRE JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIOÉCONOMIQUES COMME FONDEMENT DE LA DÉMOCRATIE LIBÉRALE

David Robitaille

Numéro hors-série, juin 2015

Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1067977ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1067977ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)
2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Robitaille, D. (2015). LA PENSÉE HOLISTIQUE DE JACQUES-YVAN MORIN : LA NÉCESSAIRE JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIOÉCONOMIQUES COMME FONDEMENT DE LA DÉMOCRATIE LIBÉRALE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 81–107. <https://doi.org/10.7202/1067977ar>

Résumé de l'article

Lorsqu'il proposait « [u]ne charte des droits de l'homme pour le Québec » en 1963, le professeur Jacques-Yvan Morin contribuait de manière significative à l'édification des bases matérielles et idéologiques de l'éventuelle Charte des droits et libertés de la personne de 1975. Dans son texte de 1963, puis dans celui paru en 1987 dans lequel il a poursuivi sa réflexion sur « [l]a constitutionnalisation progressive de la Charte », le professeur Morin proposa trois idées dont il se fit le précurseur dans le contexte de la Charte québécoise : (1) les libertés individuelles et la justice sociale sont indissociables ; (2) une charte destinée à consacrer solennellement les valeurs fondamentales d'une société doit non seulement garantir des libertés, mais également certains droits économiques et sociaux justiciables ; (3) l'État ne saurait, sans justification raisonnable et compte tenu de son niveau de développement, retirer aux citoyens les droits et les mesures socioéconomiques dont ils bénéficient. Nous défendrons et développerons ci-dessous l'importance et le contenu de ces trois idées eu égard à la Charte québécoise.

LA PENSÉE HOLISTIQUE DE JACQUES-YVAN MORIN : LA NÉCESSAIRE JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIOÉCONOMIQUES COMME FONDEMENT DE LA DÉMOCRATIE LIBÉRALE

*David Robitaille**

Lorsqu'il proposait « [u]ne charte des droits de l'homme pour le Québec » en 1963, le professeur Jacques-Yvan Morin contribuait de manière significative à l'édification des bases matérielles et idéologiques de l'éventuelle Charte des droits et libertés de la personne de 1975. Dans son texte de 1963, puis dans celui paru en 1987 dans lequel il a poursuivi sa réflexion sur « [l]a constitutionnalisation progressive de la Charte », le professeur Morin proposa trois idées dont il se fit le précurseur dans le contexte de la Charte québécoise : (1) les libertés individuelles et la justice sociale sont indissociables ; (2) une charte destinée à consacrer solennellement les valeurs fondamentales d'une société doit non seulement garantir des libertés, mais également certains droits économiques et sociaux justiciables ; (3) l'État ne saurait, sans justification raisonnable et compte tenu de son niveau de développement, retirer aux citoyens les droits et les mesures socioéconomiques dont ils bénéficient. Nous défendrons et développerons ci-dessous l'importance et le contenu de ces trois idées eu égard à la Charte québécoise.

When he proposed “[a] human rights bill for Quebec [translation]” in 1963, Professor Jacques-Yvan Morin significantly contributed to the material and ideological foundations of the 1975 Quebec Charter of Human Rights and Freedoms. In his article published in 1963, and in another published in 1987 in which he continued his reflection on “[t]he gradual entrenchment of the Charter [translation]”, Professor Morin proposed three ideas for which he has been the precursor in the context of the Quebec Charter: (1) Individual freedom and social justice are interdependent; (2) A charter entrenching the core values of a society must not only guarantee individual freedoms but also some justiciable economic and social rights; (3) The State cannot, without reasonable justification and given its level of development, remove socioeconomic rights and social protection that citizens already benefit from. We will defend and develop below the significance and content of these three ideas with regard to the Quebec Charter.

* Professeur agrégé, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa; Membre du Barreau du Québec et du Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa.

Par la publication de son article phare en 1963 proposant une « charte des droits de l'homme pour le Québec »¹, le professeur Jacques-Yvan Morin jetait les bases philosophiques et juridiques de ce qui allait devenir la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* de 1975. Il se fit alors visionnaire, au Canada et au Québec, d'une conception globale des besoins fondamentaux de l'être humain et des garanties juridiques conséquentes qu'une charte devrait contenir. Le professeur Morin voyait juste lorsqu'il écrivait que l'adoption d'une charte ou d'une constitution protégeant les droits et libertés constitue un moment clé de l'histoire politique d'une société :

À l'heure où prennent forme dans le Québec une société industrielle et un État moderne, la nécessité se fait de plus en plus sentir d'une définition des buts sociaux de la collectivité et de la place qu'y occupe l'individu. [...] Il est donc temps que soient déterminés par le législateur, à la lumière des idées que l'Occident répand dans le monde depuis plus d'un siècle, les droits politiques, sociaux, économiques et culturels du citoyen québécois, ainsi que ses libertés fondamentales.²

En proposant de consacrer à la fois les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels des citoyens, le professeur Morin s'inscrivait dans une tendance encore émergente sur la scène internationale qui a donné lieu à l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 et à l'adoption, en 1966, du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*.

Si dans son projet de charte le professeur Morin proposait au Québec de reconnaître ce vaste ensemble de droits, il opinait cependant, en 1963, que les droits économiques et sociaux ne devraient pas être justiciables devant les tribunaux comme le sont les droits civils et politiques. Ayant compris que cette position ne pouvait que contribuer à nier l'appartenance des droits socioéconomiques à la grande famille des droits humains, le professeur Morin revenait sur cette réserve lorsqu'il suggéra, dans son texte de 1987 sur la « progressive constitutionnalisation » des droits au Québec, de renforcer la portée et la justiciabilité des droits économiques et sociaux³.

Dans ses textes de 1963 et 1987, le professeur Morin proposa ainsi trois idées clés sur lesquelles nous reviendrons dans ce texte, à savoir : en premier lieu, les droits socioéconomiques et les libertés fondamentales sont interdépendants et constituent, chacun, des piliers nécessaires à la démocratie; en deuxième lieu, les droits économiques et sociaux doivent être constitutionnalisés et justiciables devant les tribunaux; et en troisième lieu, l'État ne saurait, sans justification raisonnable et compte tenu de son niveau de développement, retirer aux citoyens les droits et les mesures socioéconomiques dont ils bénéficient. Nous soutiendrons d'abord, à la lumière de la pensée du professeur Morin et des travaux de certains philosophes

¹ Jacques-Yvan Morin, « Une charte des droits de l'homme pour le Québec » (1963) 9 RD McGill 273 à la p 273 [Morin, « Une charte »].

² *Ibid.*

³ Jacques-Yvan Morin, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne » (1987) 21 RJT 25 aux pp 37, 42-45, 53-54 [Morin, « La constitutionnalisation »].

tenants du libéralisme égalitaire, que la liberté réelle et le plein exercice de la citoyenneté de toute personne nécessite non seulement le respect des libertés fondamentales, mais également la protection des besoins essentiels. Nous proposerons ensuite, toujours à la lumière des suggestions du professeur Morin, mais aussi des Observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies et de la littérature juridique internationale et comparée, une méthode de la justiciabilité des droits économiques et sociaux fondée sur le concept de noyau essentiel relatif de ces droits. Cette méthode nous semble respectueuse du principe de la séparation des pouvoirs entre les fonctions judiciaire et législative de l'État et suffisamment équilibrée entre le besoin de prendre ces droits au sérieux et la flexibilité nécessaire dont le gouvernement doit bénéficier dans la gestion des fonds publics.

I. Les droits socioéconomiques comme fondement de la démocratie

Nous avancerons ci-dessous l'idée que le professeur Morin proposait de transposer dans une charte des droits pour le Québec, selon laquelle la reconnaissance des droits socioéconomiques et la protection des besoins essentiels à une vie décente font partie des assises nécessaires à une démocratie libérale, sans lesquelles la protection des libertés ne serait que formelle. Nous émettrons ensuite l'hypothèse selon laquelle la dichotomie opérée entre les libertés fondamentales et les droits économiques et sociaux en droit canadien et québécois et le biais favorable aux droits civils et politiques sont le fruit d'un choix idéologique et d'une survalorisation des libertés au détriment de la justice sociale, plusieurs tenant probablement pour acquis la sécurité économique dans laquelle vivent une majorité de citoyens dans un pays riche comme le Canada.

A. L'interdépendance des libertés et de la solidarité

Contrairement au discours néolibéral dominant en vogue dans les démocraties libérales occidentales⁴, et comme le soulignent plusieurs auteurs en philosophie politique, le libéralisme classique reconnaît l'importance de la solidarité sociale et la nécessaire protection des besoins essentiels⁵. La liberté réelle exige en effet non seulement la protection des libertés fondamentales, mais également celle d'une sécurité matérielle de base sans laquelle les premières ne sauraient assurer, dans

⁴ Jean-Christophe Merle, « Libéralisme, égalitarisme et droits sociaux. De l'égalité des revenus à une réelle égalité des chances » dans Anne-Marie Dillens *et al.*, dir, *Questions au libéralisme*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1998, 87 à la p 87 [Merle].

⁵ *Ibid* aux pp 87-88, 92; Peter Schneider, « Social Rights and the Concept of Human Rights » dans David D. Raphaël, dir, *Political Theory and the Rights of Man*, Londres, MacMillan, 1967, 81 aux pp 82-85 [Schneider]; Jeremy Waldron, *Liberal Rights : Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993 à la p 14 [Waldron].

leur globalité, les besoins fondamentaux de la personne humaine⁶. C'est ce principe structurant qui inspira le professeur Morin en 1963 :

il importe que les activités de l'État soient orientées vers le progrès social, sans lequel il ne saurait exister de démocratie politique.⁷ [...] Il n'existe pas de véritable démocratie politique qui ne soit, dans une large mesure, une démocratie économique. Sans le droit au travail, sans la liberté de former des associations syndicales, sans un niveau de vie minimum et le droit d'occuper un emploi en l'absence de [discrimination], les « droits politiques » ne seraient qu'une expression vide de sens.⁸

Défendre la reconnaissance des besoins essentiels de toute personne en se fondant, comme l'a plus tard fait John Rawls en philosophie politique⁹, sur une conception globale de l'autonomie et de la liberté individuelles – notions qui constituent aussi le fondement des droits civils et politiques et qui ont historiquement servies à nier la fundamentalité des droits socioéconomiques –, constituerait « la justification philosophiquement la plus forte des droits sociaux »¹⁰. Le libéralisme égalitaire reconnaît en effet que les atteintes aux libertés et à l'autonomie individuelles peuvent non seulement survenir lorsque des limites y sont imposées par l'État, mais aussi en cas d'inaction face aux inégalités structurelles qui entraînent ou maintiennent certains groupes ou individus dans des conditions de vie difficiles. Comme l'écrivait en effet Jeremy Waldron, « [a]bove all, a commitment to the liberal ideal involves a sensitivity to the variety of ways in which it can be frustrated in a person's life »¹¹. Dans le même sens, Isaiah Berlin suggérerait que sans l'assurance de conditions économiques suffisantes pour tous, les libertés et l'autonomie individuelles ne parviennent pas à dépasser le stade d'une égalité purement formelle entre individus :

*Men who live in conditions where there is not sufficient food, warmth, shelter, and the minimum degree of security can scarcely be expected to concern themselves with freedom of contract or of the press.*¹²

What is freedom to those who cannot make use of it? Without adequate conditions for the use of freedom, what is the value of freedom? First things come first: there are situations [...] in which boots are superior to the

⁶ Philippe Van Parijs, *Real Freedom for All: What (if Anything) Can Justify Capitalism?*, Oxford, Clarendon Press, 1995 à la p 5 [Van Parijs]; Henry Shue, *Basic Rights : Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980 à la p ix (préface) [Shue].

⁷ Morin, « Une charte », *supra* note 1 à la p 273.

⁸ *Ibid* à la p 292. Le professeur Morin réaffirma ce principe en 1987 : Morin, « La constitutionnalisation », *supra* note 3 à la p 44.

⁹ John Rawls, *La justice comme équité : une reformulation de Théorie de la justice*, traduit par Bertrand Guillaume, Montréal, Boréal, 2004 [Rawls, « La justice comme équité »]; John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1997 [Rawls, « Théorie »].

¹⁰ Merle, *supra* note 4 à la p 87. Voir également Shue, *supra* note 6 à la p 9.

¹¹ Waldron, *supra* note 5 à la p 14. Voir également Cécile Fabre, *Social Rights Under the Constitution: Government and Decent Life*, Oxford, Clarendon Press, 2000 à la p 18 [Fabre].

¹² Isaiah Berlin, *Four Essays On Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969 à la p xlii (introduction) [Berlin].

works of Shakespeare.¹³

Dans cette perspective, les libertés et la solidarité ne s'opposent donc pas. Elles sont plutôt complémentaires¹⁴ et, comme le soulignait à juste titre Rawls dont la force des travaux aura été de « fonder philosophiquement [...] la notion de juste répartition des biens »¹⁵, elles constituent deux facettes essentielles d'une même théorie de la justice. Le libéralisme égalitaire comme conception de la justice a ainsi l'avantage de pouvoir concilier rationnellement la liberté, d'une part, et, d'autre part, les notions d'égalité des chances et de redistribution de la richesse¹⁶. Comme l'affirme en effet Henry Shue, « [t]he parallel with liberty is especially important, because the defenders of liberty usually neglect subsistence and the defenders of subsistence often neglect liberty »¹⁷.

Si Rawls accorde une priorité quasi absolue à la protection constitutionnelle des libertés fondamentales¹⁸, il admet toutefois que celles-ci puissent faire l'objet de limites ayant pour effet d'accroître la valeur de ces libertés pour certains groupes de personnes au bénéfice, conséquemment – dans une conception collectiviste de la société – de l'ensemble des citoyens. Bien que les libertés soient formellement reconnues à toute personne, il n'en demeure pas moins, en effet, qu'elles n'ont pas nécessairement la même valeur pour tous, selon les conditions socioéconomiques favorables ou défavorables dans lesquelles vit chaque personne¹⁹. Rawls soutient ainsi qu'en augmentant la valeur de la liberté des personnes ou groupes vivant dans une situation économique précaire, on renforce ainsi « le système total de la liberté que tous partagent »²⁰. La liberté ne peut donc être limitée qu'en faveur de la liberté elle-même²¹ dans la mesure où « [s]a réalisation peut exiger certaines conditions sociales et un certain degré de satisfaction des besoins matériels »²². C'est également, en

¹³ *Ibid* à la p 124. C'est aussi l'opinion d'autres auteurs : Fabre, *supra* note 11 aux pp 11-12, 18-20; Robert E. Goodin, *Reasons for Welfare: The Political Theory of the Welfare State*, Princeton, Princeton University Press, 1988 aux pp 308-309, 327 [Goodin]; Raymond Plant, « Needs, Agency, and Welfare Rights » dans J. Donald Moon, dir, *Responsibility, Rights, and Welfare: The Theory of the Welfare State*, Boulder, Westview Press, 1988, 55 à la p 71; David D. Raphael, « Human Rights, Old and New » dans David D. Raphael, dir, *Political Theory and the Rights of Man*, Londres, MacMillan, 1967 54 à la p 63; Shue, *supra* note 6 à la p 19; Van Parijs, *supra* note 6 aux pp 5, 22-23, 30, 32-33; Waldron, *supra* note 5 aux pp 8, 22.

¹⁴ Goodin, *supra* note 13 à la p 307; Schneider, *supra* note 5 à la p 92; Berlin, *supra* note 12 aux pp liv-iv (introduction), 132-133. Voir aussi en ce sens Van Parijs, *supra* note 6 aux pp 10, 12.

¹⁵ Voir Michel Meyer, « Justice distributive et égalité, la pensée de John Rawls et son paradoxe fondamental » dans René Dekkers, Paul Fories et Chaim Perelman, dir, *L'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 260 à la p 261.

¹⁶ Rawls, « La justice comme équité », *supra* note 9 aux pp 19, 22, 112-113.

¹⁷ Shue, *supra* note 6 à la p 9.

¹⁸ Rawls, « Théorie », *supra* note 9 aux pp 53-54, 94; Rawls, « La justice comme équité », *supra* note 9 à la p 74. Voir également Jacques Bidet, *John Rawls et la théorie de la justice*, Paris, Presses universitaires de France, 1995 à la p 21; Véronique Munoz-Dardé, *La justice sociale : le libéralisme égalitaire de John Rawls*, Paris, Nathan, 2000 aux pp 85, 88.

¹⁹ Rawls, « Théorie », *supra* note 9 à la p 240; Rawls, « La justice comme équité », *supra* note 9 aux pp 204-205.

²⁰ Rawls, « Théorie », *supra* note 9 à la p 287. Voir aussi les pp 584-586.

²¹ *Ibid* aux pp 239, 280; Rawls, « La justice comme équité », *supra* note 9 à la p 156.

²² Rawls, « Théorie », *supra* note 9 à la p 585.

d'autres termes, ce qu'affirmait Abraham Maslow, le père du mouvement humaniste en psychologie :

Une personne qui manque de nourriture, de sécurité, d'amour et d'estime aura vraisemblablement davantage faim de nourriture que 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 inexistants ou soient relégués au second plan. Pour l'homme qui a très faim et dont la vie est mise en danger par ce manque [...] [l]a vie elle-même ne se définit plus qu'à travers ce but unique qui est de manger.²³

Selon Rawls, une constitution juste devrait ainsi reconnaître le droit de toute personne à ce que ses besoins essentiels soient assurés par l'État²⁴, le défaut de ce faire devant faire l'objet d'un contrôle judiciaire²⁵. Dans sa proposition initiale d'une charte des droits pour le Québec, le professeur Morin estimait préférable, sur ce point, de ne pas permettre aux tribunaux de juger de la constitutionnalité des politiques publiques sur la base des droits économiques et sociaux qu'il qualifiait alors de « principes [...] qui constituent des objectifs pour l'action des gouvernants et possèdent une valeur éducative pour les gouvernés »²⁶. Sa réflexion a toutefois clairement évolué lorsqu'en 1987, il critique le relativisme avec lequel le législateur a consacré les droits économiques et sociaux dans la *Charte québécoise* :

Au Canada, la législation sociale ne manque pas, mais ses principes n'ont pu s'élever jusqu'au niveau constitutionnel. Le Québec, seul, a tenté, mais bien modestement, de regrouper un certain nombre de droits économiques et sociaux [...] [dans] la Charte des droits et libertés [...]. Ces droits ne font l'objet d'aucune préséance et l'énoncé même en restreint souvent la portée en précisant qu'ils ne peuvent être exercés que « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi ».²⁷ [...]

Les droits limités de la sorte sont donc sujets à des restrictions absolues, en ce sens qu'aucun critère de « raisonabilité » ne permet de circonscrire la discrétion, voire l'arbitraire, du législateur. [...] [L]a question est de savoir si le législateur, qui a estimé opportun de les consacrer solennellement, peut en quelque sorte reprendre ce qu'il a accordé, sans autre forme de procès.²⁸

²³ Abraham Maslow, *L'accomplissement de soi : de la motivation à la plénitude*, traduit par Emily Borgeaud, Paris, Eyrolles, 2004 aux pp 22-23 [Maslow, « L'accomplissement »]. Si les travaux de Maslow ont fait l'objet de critiques, notamment sur le plan méthodologique, ils sont encore 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*, 5e éd, Boston, Pearson Education, 2006 à la p 237; Michael Daniels, *Shadow, Self, Spirit : Essays in Transpersonal Psychology*, Exeter, Imprint Academic, 2005 à la p 115; Duane P. Schultz et Sydney Ellen Schultz, *Theories of Personality*, 8e éd, Belmont, Thomson, 2005 aux pp 305, 328 [Schultz et Schultz].

²⁴ Rawls, « La justice comme équité », *supra* note 9 à la p 180. Pour une analyse plus approfondie de la théorie de la justice de John Rawls dans le contexte de la Charte québécoise, voir David Robitaille, « La Charte québécoise des droits ou la consécration du libéralisme égalitaire de John Rawls » (2004) 34 RGD 473.

²⁵ Rawls, « La justice comme équité », *supra* note 9 aux pp 221-222.

²⁶ Morin, « Une charte », *supra* note 1 à la p 308, note 165.

²⁷ Morin, « La constitutionnalisation », *supra* note 3 aux pp 42-43.

²⁸ *Ibid* à la p 53. Voir également à la p 54.

C'est pourquoi le professeur Morin proposait alors que les droits socioéconomiques soient constitutionnalisés sous forme de principes imposant à l'État l'obligation de moyen d'assurer « un minimum de garanties, comme [dans] le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 »²⁹.

Sur la question des garanties minimales, la théorie des « basic rights » d'Henry Shue est probablement celle qui a eu le rayonnement le plus important; du moins, elle a fortement influencé les travaux du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, selon lequel les droits économiques et sociaux consacrés au PIDESC exigent la protection publique des besoins essentiels ou une protection sociale minimale³⁰ ainsi que des recours efficaces pour faire valoir ces droits économiques et sociaux contre l'État qui en négligerait la protection³¹. Dans un système légitimant, par le droit de propriété, l'appropriation des ressources par ceux qui en ont les moyens, il est en effet nécessaire, selon Shue, d'assurer les besoins essentiels permettant aux groupes ou personnes marginalisées ou défavorisées de vivre plus décemment, voire plus librement³².

Si la justice exige bien sûr davantage que la protection des besoins de base des personnes, Rawls estime cependant que la matérialisation de ce qui va au-delà des besoins essentiels appartient plutôt au domaine des politiques publiques, lesquelles sont plus appropriées pour embrasser globalement la problématique complexe des inégalités sociales³³. L'intervention des tribunaux se limiterait donc, dans la théorie de Rawls, à vérifier que les besoins essentiels de la personne soient assurés, alors qu'une égalisation plus poussée des ressources pourrait « être acceptée comme l'une des aspirations politiques de la société dans un préambule sans force légale »³⁴.

²⁹ *Ibid* à la p 43. Voir également aux pp 44-45.

³⁰ Voir les Observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Observation générale n° 18: *Le droit au travail* (Article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Doc off CES NU, 2006, 35e sess, Doc NU E/C.12/GC/18, aux para 23-28; Observation générale n° 17: *Le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* (par. 1 c de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Doc off CES NU, 2006), 35e sess, Doc NU, E/C.12/GC/17 aux para 30-34), [Observation générale n° 18]; Observation générale n° 16: *Droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels* (art. 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) Doc off CES NU, 2005, 34e sess, Doc NU E/C.12/2005/4, aux para 17-21; Observation générale n° 15: *Le droit à l'eau* (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) Doc off CES NU, 2002, 29e sess, Doc NU E/C.12/2002/11 aux para 20-29; Observation générale 14: *Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint* (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) Doc off CES NU, 2000, 22e sess, Doc NU E/C.12/2000/4 aux para 33-37; Observation générale 13: *Le droit à l'éducation* (art. 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Doc off CES NU, 1999, 21e sess, Doc UN E/C.12/1999/10, aux para 46 et s; Observation générale 12: *Le droit à une nourriture suffisante* (art. 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) Doc off CES NU, 1999, 20e sess, Doc NU E/C.12/1999/5, aux para 15 et s.

³¹ Conseil économique et social, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte*, Doc off CES NU, 36e sess, Doc NU E/C.12/CAN/CO/5, (2006) aux para 11 a) à c), 35 et 40.

³² *Shue, supra* note 6 aux pp 18, 24, 30.

³³ Rawls, « La justice comme équité », *supra* note 9 à la p 221.

³⁴ *Ibid.*

La complémentarité que le libéralisme égalitaire voit entre la liberté et la justice sociale en philosophie politique implique nécessairement, selon nous, que dans la sphère juridique, les libertés fondamentales et les droits économiques et sociaux sont interdépendants et doivent tous deux être garantis, comme le souligne Rawls. C'est là d'ailleurs un principe défendu par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels et l'Assemblée générale des Nations Unies afin de contrer l'idée inexacte selon laquelle les libertés, dites « négatives », ne nécessitent l'adoption d'aucune mesure étatique alors que les droits socioéconomiques, dits « positifs », nécessiteraient au contraire l'adoption de nombreuses mesures publiques coûteuses³⁵. Au contraire, comme l'ont bien démontré Stephen Holmes et Cass R. Sunstein, tous les droits ont un coût³⁶. La mise en œuvre des droits civils et politiques exige elle aussi l'adoption et la mise en œuvre de mesures étatiques³⁷. C'est notamment le cas du droit à la sécurité physique qui se concrétise, par exemple, par des mesures de prévention, une certaine présence policière, des tribunaux et d'autres interventions qui nécessitent, bien entendu, des investissements importants³⁸. Il en va de même du droit à un procès équitable dont la réalisation exige un système de justice fonctionnel impliquant, entre autres, le paiement de magistrats et de greffiers, la fourniture d'une

³⁵ Observation générale n° 9: *Application du Pacte au niveau national*, Doc off CES NU, 1998, 19^e sess, E/C.12/1998/24, au para 10 : « [...] Il est parfois affirmé que les questions d'allocation de ressources sont du ressort des autorités politiques et non des tribunaux. Il faut, bien sûr, respecter les compétences respectives des différentes branches de l'État, mais il y a lieu de reconnaître que, généralement, les tribunaux s'occupent déjà d'un vaste éventail de questions qui ont d'importantes incidences financières. L'adoption d'une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction des tribunaux serait, par conséquent, arbitraire et incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de droits de l'homme. Elle aurait en outre pour effet de réduire considérablement la capacité des tribunaux de protéger les droits des groupes les plus vulnérables et les plus défavorisés de la société »; Martha Jackman, « What's Wrong with Social and Economic Rights ? » (1999-2000) 11 NJCL 235 aux pp 242-246; 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 LJ 769 à la p 786; Henry J. Steiner et Philip Alston, *International Human Rights in Context : Law, Politics, Morals*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2000 à la p 247; Didier Têtévi Agbodjan, « La problématique internationale des droits économiques, sociaux et culturels : quelques perspectives » dans *Terre des Hommes France*, dir, *Les droits économiques, sociaux et culturels : exigences de la société civile, responsabilité de l'État*, Paris, Karthala, 2003, 31 aux pp 31-32. Certaines conventions ou constitutions plus récentes consacrent d'ailleurs tant les droits civils que les droits sociaux, notamment la Convention relative aux droits de l'enfant de 1992, la Constitution Sud-Africaine de 1996 et la *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* de 2000.

³⁶ Stephen Holmes et Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York, W.W. Norton, 1999 [Holmes et Sunstein].

³⁷ Cass R. Sunstein, « Social and Economic Rights? Lessons from South Africa », (2000/2001) 11 Forum constitutionnel 123 à la p 124; Holmes et Sunstein, *supra* note 36. Voir également Ghislain Otis, « La Charte et la modification des programmes gouvernementaux : l'exemple de l'injonction structurelle en droit américain » (1991) 36 RD McGill 1348 à la p 1350, selon qui la distinction évoquée ci-dessus est « parfois trompeuse »; David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 à la p 156. Le juge Robert, dissident dans l'arrêt *Gosselin c Québec* (Procureur général), [1999] RJQ 1033 (CA) à la p 1097 [Gosselin, (QCCA)], remet lui aussi en question la justesse de cette dichotomie.

³⁸ Shue, *supra* note 6 aux pp 37-38. Voir également Kitty Arambulo, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Theoretical and Procedural Aspects*, Antwerpen, Intersentia, 1999 aux pp 117-118 [Arambulo].

aide juridique aux personnes dans le besoin, des services d'interprètes etc.³⁹ Il en va de même de la tenue d'élections et de référendums consultatifs dans les pays démocratiques qui investissent des sommes colossales permettant la participation citoyenne. Voilà autant de situations qui démontrent que tous les droits ne peuvent se matérialiser sans que des mesures politiques, juridiques et économiques soient mises en place. En distinguant les droits sociaux des droits civils par une prétendue différence de nature positive ou négative, plusieurs ignorent ainsi ou occultent le choix qu'ont fait les pays occidentaux de poursuivre prioritairement la réalisation des droits civils par la mise sur pied d'institutions permettant leur exercice⁴⁰. Ayant historiquement et collectivement choisi de consacrer les plus grands efforts au développement de ces droits, nous sommes évidemment plus familiers avec ceux-ci et, par conséquent, nous pourrions être portés à prendre leur réalisation pour acquis. Nous constaterons en effet ci-dessous que certains auteurs remarquent, à juste titre, que les sociétés occidentales industrialisées, comme le Canada, survalorisent les libertés fondamentales au détriment des mesures publiques destinées à protéger les droits socioéconomiques. Il ne s'agit pas, évidemment, de remettre en question la constitutionnalisation essentielle des libertés fondamentales, mais de souligner que celle-ci aurait dû être accompagnée de celle des droits économiques et sociaux, que ce soit par leur reconnaissance formelle dans le texte constitutionnel ou par interprétation judiciaire large, libérale et téléologique subséquente.

B. La survalorisation des libertés dans les sociétés industrialisées

Si les libertés et la justice sociale sont interdépendantes, tous n'accordent toutefois pas nécessairement la même valeur à ces deux intérêts⁴¹. 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 :

³⁹ *Ibid* à la p 73; Matthew CR Craven, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights : A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995 à la p 15 [Craven]; Sandra Liebenberg, « The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal System » dans Ashbjorn Eide, Catarina Krause et Allan Rosas, dir, *Economic, Social and Cultural Rights : A Textbook*, 2e éd., Boston, Martinus Nijhoff, 2001, 55 à la p 58; Chisanga Puta-Chekwe et Nora Flood, « From Division to Integration : Economic, Social, and Cultural Rights as Basic Human Rights » dans Isafhan Merali et Valerie Oosterveld, dir, *Giving Meaning to Economic, Social, and Cultural Rights*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2001, 39 à la p 42; William A. Schabas, « Freedom from Want : How Can We Make Indivisibility More Than a Mere Slogan ? » (1999-2000) 11 NJCL 189 à la p 202; G.J.H. Van Hoof, « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : A Rebuttal of Some Traditional Views » dans Philip Alston et Katarina Tomasevski, dir, *The Right to Food*, Boston, Martinus Nijhoff, 1984, 97 à la p 103.

⁴⁰ Voir en ce sens Ida Elizabeth Koch, « The Justiciability of Indivisible Rights » (2003) 72 Nordic J Int'l L 3 à la p 7 [Koch].

⁴¹ Cette sous-section du texte reprend, avec certaines adaptations, une portion d'un texte que nous avons précédemment publié : David Robitaille, « 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 », (2011) 26 RCDS 1 aux pp 6-11.

Un[e] 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 autres⁴².

Deux auteurs suggèrent que cette inversion de la hiérarchie des besoins serait caractéristique des sociétés occidentales industriellement avancées dans lesquelles les besoins de plusieurs personnes sont excessivement satisfaits⁴³. Selon les politologues américains Ronald Inglehart et Christian Welzel, les valeurs politiques et sociales et les rapports individuels et collectifs d'une société sont en effet inextricablement liées à son niveau de développement économique⁴⁴. Selon ceux-ci, les 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 vie⁴⁵. Le bonheur individuel serait lié à la possibilité 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 bonne⁴⁶.

L'émergence de ce paradigme aurait notamment été engendrée par l'industrialisation et la croissance économique de nombreuses sociétés occidentales⁴⁷ qui, bien que n'ayant pas enrayé la pauvreté⁴⁸, a tout de même eu pour effet d'augmenter le pouvoir socioéconomique de plusieurs citoyens⁴⁹. Alors que la

⁴² Maslow, « L'accomplissement », *supra* note 23 à la p 39. Voir aussi Abraham Maslow, *Motivation and Personality*, New York, Harper & Row, 1954 à la p 149.

⁴³ Schultz et Schultz, *supra* note 23 à la p 313.

⁴⁴ Ronald Inglehart et Christian Welzel, *Modernization, Cultural Change, and Democracy – The Human Development Sequence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 aux pp 1-5 [Inglehart et Welzel]. Voir également 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, Économica, 1993.

⁴⁵ Inglehart et Welzel, *supra* note 44 aux pp 1-8, 135-137. Pour en arriver à leurs conclusions, Inglehart et Welzel, ont étudié des statistiques provenant de 81 pays représentant 85 % de la population mondiale entre 1980 et 2001, et se sont appuyés sur d'autres travaux similaires menés en psychologie : 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/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*, SagePublications, 1994, 85; Harry C. Triandis, « Dimensions of Culture beyond Hofstede » dans Henk Vinken, Joseph Soeters et Peter Ester, dir, *Comparing Cultures. Dimensions of Culture in a Comparative Perspective*, Leiden, Brill, 2004, 28.

⁴⁶ Inglehart et Welzel, *supra* note 44. Voir également 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 aux pp 7-8 [Fournier et Coutu]

⁴⁷ Inglehart et Welzel, *supra* note 44 aux pp 2, 5, 138.

⁴⁸ Neil Nevitte, « Introduction – Nouvelles valeurs et réorganisation des relations citoyen-État » dans Neil Nevitte, dir, *Nouvelles valeurs et gouvernance*, Montréal, Presses de l'Université Montréal, 2002, 9 à la p 11 [Nevitte].

⁴⁹ *Ibid.*

recherche de sécurité physique constituait auparavant la priorité quotidienne de nombreuses personnes, contexte dans lequel a émergé l'État providence⁵⁰, le sentiment de sécurité accru résultant de cette croissance économique aurait provoqué un changement important de valeurs dans la société⁵¹. Le niveau de vie minimal ou décent serait ainsi tenu pour acquis⁵², plusieurs occidentaux valorisant dorénavant l'atteinte d'objectifs personnels auxquelles ils ne rêvaient pas auparavant⁵³, « une plus grande prospérité nous détourn[ant] de nos besoins principaux comme manger et nous abriter, pour fixer notre attention sur le luxe, les loisirs et l'avoir »⁵⁴. 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 dorénavant davantage de leur qualité de vie individuelle⁵⁵. Dans ce contexte, « la sécurité, la maladie, la vieillesse, le chômage, sont [souvent considérées comme] des affaires individuelles »⁵⁶ ou une question de mérite. La pauvreté résulterait de facteurs intrinsèques comme l'alcoolisme, l'usage de drogues ou de problèmes psychologiques par exemple⁵⁷ ou, en d'autres termes, de la faute ou du libre choix de l'individu qui en souffre, lequel n'aurait pas eu le mérite de prendre les bonnes décisions afin de s'en sortir et demeurer compétitif dans un système qui lui assure pourtant la liberté d'y arriver⁵⁸.

Comme le soulignent Michel Coutu et François Fournier, ce phénomène d'individualisation des sociétés occidentales « est à la fois émancipateur et corrosif » : « [é]mancipateur, lorsqu'il conduit à l'épanouissement authentique de l'autonomie personnelle et au développement d'une citoyenneté responsable et engagée »⁵⁹, mais corrosif lorsqu'il mène à l'exclusion de certains citoyens défavorisés au nom de l'autonomie individuelle formelle plutôt que réelle⁶⁰.

⁵⁰ Riccardo Petrella, *Pour une nouvelle narration du monde*, Montréal, Écosociété, 2007 aux pp 42-44 [Petrella].

⁵¹ Inglehart et Welzel, *supra* note 44 aux pp 2, 5, 8.

⁵² 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 aux pp 9, 21 [Pieterse, « Beyond the Welfare State »].

⁵³ Inglehart et Welzel, *supra* note 44 aux pp 2, 5, 8.

⁵⁴ Neil J. Roese, « La confiance diminuée des Canadiens dans le gouvernement : causes et conséquences » dans Neil Nevitte, dir, *Nouvelles valeurs et gouvernance*, Montréal, Presses de l'Université Montréal, 2002, 145 à la p 156.

⁵⁵ Nevitte, *supra* note 48 à la p 14.

⁵⁶ Petrella, *supra* note 50 à la 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 à la p 298, citant avec approbation Brenda Cossman et Judy Fudge, « Introduction : Privatization, Law, and the Challenge to Feminism » dans Brenda Cossman et Judy Fudge, dir, *Privatization, Law, and the Challenge to Feminism*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, 3 à la p 4.

⁵⁷ *Gosselin c Québec (Procureur général)*, [2002] 4 RCS 429 au para 48, juge McLachlin [« *Gosselin* (CSC) »]; *Gosselin c Québec (Procureur général)*, [1992] RJQ 1647 aux pp 1675-1676 (C.S.Qué.) [« *Gosselin* (QCCS) »].

⁵⁸ Petrella, *supra* note 50 aux pp 14, 35.

⁵⁹ Fournier et Coutu, *supra* note 46 à la p 8.

⁶⁰ Comme nous l'avons observé dans la sous-section A de la première partie de ce texte, plusieurs auteurs considèrent en effet que la liberté réelle, plutôt que formelle, n'est possible que si certains besoins essentiels sont assurés.

Ce paradigme politique a connu son prolongement dans la sphère juridique canadienne⁶¹. 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'individu⁶², mais ne l'obligeant généralement pas, cependant, à favoriser de manière proactive la liberté et l'épanouissement individuel⁶³. Il en découle une interprétation restrictive, voire une dé-légitimation des droits économiques et sociaux susceptibles d'imposer des obligations positives à l'État⁶⁴, lesquels encourageraient la dépendance à la « charité » étatique plutôt que l'autosuffisance et l'autonomie individuelle⁶⁵ :

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 de travail n'est guère favorisée.⁶⁶

⁶¹ C'est aussi l'opinion de Lucie Lamarche dans « Les droits sociaux et la Charte canadienne : quelques réflexions indisciplinées et prospectives » (2009) 45 SCLR (2d) 347 aux pp 362, 375 [Lamarche]. Voir également Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004 aux pp 153 et s [Hirshl].

⁶² *Ibid* aux pp 12, 98, 214; Inglehart et Welzel, *supra* note 44 aux pp 2-3.

⁶³ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c Lafontaine (Village)*, [2004] 2 RCS 650 aux para 76-77, juge McLachlin; *Dunmore c Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 RCS 1016 aux para 19-21, juge Bastarache; *Delisle c Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 RCS 989 aux para 7, juge L'Heureux-Dubé, 33, juge Bastarache; *Dupuis c Canada (Procureur général)*, 2014 QCCS 3997, aux para 200-201; *J.A. c Tribunal administratif du Québec*, [2008] RJQ 1380, aux para 87-88, requête pour permission d'appeler accueillie (2008 QCCA 860), appel rejeté (2010 QCCA 1328).

⁶⁴ 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 Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir, *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham, Lexis Nexis, 2006, 213 aux pp 130-151; Hirschl, *supra* note 61 aux pp 14-15, 77-78, 80, 105-108, 118, 146-147, 153-168; Pieterse, « Beyond the Welfare State », *supra* note 52 à la p 16. Dans la jurisprudence, voir notamment *Gosselin (CSC)*, *supra* note 57; *Masse v Ontario (Ministry of Community & Social Services)*, [1996] OJ No. 363 (Ont. Div. Ct.) [*Masse* (1^{ère} instance)], permission d'en appeler à la Cour d'appel rejetée, *Masse v Ontario (Ministry of Community & Social Services)*, [1996] OJ No. 1526 (Ont. C.A.) permission d'en appeler à la Cour suprême rejetée, *Masse v Ontario (Minister of Community and Social Services)*, [1996] SCCA No. 373 (Quicklaw); *Clark v Peterborough Utilities Commission*, (1995), 24 OR (3d) 7 (Div. gén. Ont.); *Conrad v Halifax (County) et al.*, (1994), 124 NSR 251 [NSSC]; *Gosselin (QCCS)*, *supra* note 57.

⁶⁵ *Federated Anti-Poverty Groups of B.C. v Vancouver (City)*, (2002) 40 Admin. L.R. (3d) 159, [2002] BCJ No. 493 (Quicklaw) (CSC-B) aux para 282-285 [*Federated Anti-Poverty Groups*]; Petrella, *supra* note 50 à la p 48. Selon la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Gosselin (CSC)*, *supra* note 57 au 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 sur la base desquelles il est facile de faire des jugements de valeurs stéréotypés et non approfondis.

⁶⁶ *Gosselin (QCCS)*, *supra* note 57 aux pp 1675-1676, 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

Certains magistrats canadiens ont en effet jugé que la pauvreté, l'action de mendier ou encore le fait de vivre d'assistance sociale résultent souvent des choix ou des préférences individuelles d'une personne⁶⁷. À côté de cette tendance qui nous semble encore majoritaire, certains juges ont toutefois déjà reconnu que la pauvreté constitue plutôt une « situation dont la personne ne peut pas s'affranchir facilement qui n'est pas la conséquence d'un choix délibéré »⁶⁸ et qui affecte tous les aspects de la vie⁶⁹, notamment le bénéfice des autres droits et libertés⁷⁰. C'est ce que reconnaissaient, respectivement et chacun en dissidence, le juge en chef Robert de la Cour d'appel et la juge Arbour dans l'affaire Gosselin :

le caractère fondamental du droit prévu à l'article 45 et son interdépendance étroite avec d'autres droits rendent à notre avis d'autant plus délicates les limitations que l'État peut valablement y apporter. En effet, si un niveau de vie décent constitue un préalable indispensable à la capacité d'un individu d'exercer concrètement ses droits, libertés et responsabilités civiles, l'extrême pauvreté engendre à l'opposé une violation de la dignité humaine et fait échec à l'exercice concret et en pleine égalité de différents droits.⁷¹

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. [...] Le droit de ne pas être victime d'atteintes par l'État à leur intégrité physique ou psychologique est une bien mince consolation pour les personnes qui, comme les demandeurs en l'espèce, doivent quotidiennement lutter pour subvenir à leurs besoins physiques et

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 » [nos italiques] : *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority c Sparks* (1992), 112 NSR (2d) 389 à la p. 401, inf. par *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority c Sparks*, 101 D.L.R. (4th) 224, [1993] NSJ No. 97 (Quicklaw).

⁶⁷ *R v Banks*, (2007) 84 OR (3d) 1 (CA Ont.) aux para 99-104; *Federated Anti-Poverty Groups*, supra note 65 aux paras 68-69, 272-276. Voir également *Guzman v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 3 RCF 411, [2006] ACF no. 1443 (CF) (Quicklaw); *Masse* (1^{ère} instance, supra note 64 aux para 234, juge O'Brien, 374, juge O'Driscoll.

⁶⁸ *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c Québec (Procureur général)*, [2004] RJQ 1164, para 69 Voir également l'arrêt *Falkiner v Ontario (Ministry of Community and Social Services)*, (2002) 59 OR (3d) 481, [2002] OJ No 1771 (CA Ont.) (Quicklaw) au 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.

⁶⁹ Sonia Lawrence, « Choice, Equality and Tales of Racial Discrimination: Reading the Supreme Court on Section 15 », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham, Lexis Nexis, 2006, 117 à la 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 aux pp 685-686.

⁷⁰ *Gosselin (CSC)*, supra note 70 aux para 344, 346, juge Arbour; 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 Rev Const Stud aux pp 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 aux pp 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 aux pp 489 et s.

⁷¹ *Gosselin c Québec (Procureur général)*, [1999] JQ 1365 au para 390.

psychologiques les plus élémentaires. Pour eux, un tel droit purement négatif à la sécurité de la personne est essentiellement sans effet : dans leur monde, les menaces à la sécurité de leur personne ne viennent pas principalement d'autrui, mais bien des circonstances extrêmement difficiles dans lesquelles ils vivent.⁷²

II. La nécessaire justiciabilité des droits socioéconomiques

Si elle n'est pas allée jusqu'à reconnaître les liens indéniables entre les libertés et les droits économiques et sociaux comme l'ont fait les juges Robert et Arbour, la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt Gosselin a néanmoins clairement reconnue la justiciabilité des droits socioéconomiques devant les tribunaux :

Bien que les tribunaux n'aient pas le pouvoir d'invalider des lois qui sont incompatibles avec les droits sociaux et économiques [...], il ne s'ensuit pas que les tribunaux sont de ce fait dispensés de connaître des demandes fondées sur ces droits. La personne qui prétend avoir été victime d'une atteinte aux droits que lui garantit la Charte québécoise a le droit de s'adresser aux tribunaux dans les cas opportuns. La Charte québécoise est un document juridique, censé créer des droits sociaux et économiques. Ces droits sont peut-être symboliques en ce qu'ils ne peuvent servir de fondement à l'invalidation d'autres lois ni à une action en dommages-intérêts. Cependant, il existe une réparation pour les atteintes aux droits sociaux et économiques [...]. *En cas de violation de ces droits, un tribunal compétent peut prononcer un jugement déclaratoire constatant cette violation.*⁷³

Les Québécoises et les Québécois dans le besoin dont les droits socioéconomiques n'auraient pas été assurés ni respectés par l'État ont donc maintenant un recours devant les tribunaux pour faire reconnaître ces violations dans un jugement déclaratoire⁷⁴. Ce pas en avant effectué par la Cour suprême semble s'inscrire en droite ligne avec l'intention qu'avait le législateur en adoptant le Chapitre IV de la Charte, où sont consacrés les droits économiques et sociaux. Dans son discours à l'Assemblée nationale lors de la seconde lecture du projet de loi qu'était alors la Charte, le Ministre Jérôme Choquette s'exprimait ainsi :

Ces droits ont une portée importante. Certains diront peut-être [qu']il s'agit d'expressions de bonne volonté, mais je pense que le fait qu'ils soient reconnus dans un projet de loi comme celui-là va leur assurer un caractère important dans ce contexte des valeurs démocratiques dont je parlais tout à l'heure, c'est-à-dire qu'un certain nombre de ces droits socio-économiques résument d'une certaine façon certaines choses, certains principes, certaines

⁷² *Gosselin* (CSC), *supra* note 57 aux para 346 et 377, juge Arbour.

⁷³ *Ibid* au para 96, juge McLachlin [nos italiques].

⁷⁴ Une avocate représentant le procureur général du Québec dans l'affaire Gosselin ne partageait pas cette lecture de l'arrêt que nous présentions il y a quelques années au premier colloque de l'Association québécoise de droit constitutionnel. Et, pourtant et avec respect, c'est bien en toutes lettres ce que la Cour suprême a confirmé : les droits économiques et sociaux sont justiciables et leurs violations peuvent faire l'objet d'un jugement déclaratoire.

valeurs auxquels nous sommes attachés au Québec.⁷⁵

[...]

le 20e siècle a vu l'écllosion d'une autre série de droits que l'on pourrait qualifier de créances du citoyen contre l'État. Tout le développement de la sécurité sociale, par exemple, fait partie de cette famille de droits. *La personne qui est dans le besoin non seulement peut dire à l'État : Abstenez-vous d'agir pour m'empêcher d'exercer ma liberté de parole, ma liberté d'expression, ma liberté d'association, enfin les libertés fondamentales [...], mais elle peut, en vertu de ce nouveau type de droit qui est de conception moderne, dire à l'État : Je suis dans le dénuement, j'ai le droit d'exiger des mesures de sécurité sociales pour me permettre de vivre décemment.*⁷⁶

Bien qu'un jugement déclaratoire ne soit pas techniquement contraignant en droit, cela représente tout de même un recours fort utile puisque, généralement, les gouvernements canadiens et provinciaux respectent les jugements de nos tribunaux et l'équilibre entre les pouvoirs judiciaire et législatif essentiels à la démocratie. Maintenant que le pas de la justiciabilité des droits économiques et sociaux a été franchi, reste maintenant à définir ce qu'il faut entendre par « dans les cas opportuns » ainsi que les obligations plus précises qu'imposent ces droits, ce que la majorité de la Cour n'a pas fait dans l'arrêt Gosselin.

Nous suggérerons ci-dessous, notamment à la lumière du droit et de la doctrine internationaux et comparés, que les droits socioéconomiques imposent deux obligations principales : l'obligation de non-régression, obligeant le gouvernement et le législateur québécois à justifier rigoureusement les mesures d'austérité qui ont pour effet de faire reculer le filet de protection sociale, et l'obligation positive de mettre en œuvre le contenu ou noyau essentiel de ces droits par des mesures positives⁷⁷.

A. L'obligation de non-régression

Reconnu dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁷⁸, ainsi qu'en droit belge⁷⁹, le principe de non-régression se déduit de

⁷⁵ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 30^e lég, 2^e sess, n^o 79, (12 novembre 1974) à la p 2744.

⁷⁶ *Ibid* à la p 2745 [nos italiques].

⁷⁷ Les sous-sections A et B de cette seconde partie constituent une synthèse, avec adaptations, de certains passages d'un texte que nous avons précédemment publié : David Robitaille, « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux », dans Pierre Bosset et Lucie Lamarche, dir, *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels - La Charte québécoise des droits et libertés en chantier*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, 49 aux pp 55-73.

⁷⁸ Voir l'Observation générale n^o3: La nature des obligations des États parties (art 2, para 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Doc off CES NU, 1990, 5^e sess, E/1991/23 au para 9 [Observation générale n^o3]: « toute mesure délibérément régressive dans ce domaine doit impérativement être examinée avec le plus grand soin, et pleinement justifiée par référence à la totalité des droits sur lesquels porte le Pacte, et ce en faisant usage de toutes les ressources disponibles ». L'article 4 du Pacte va également en ce sens: « Les États parties au présent Pacte reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent Pacte,

l'obligation pour le gouvernement de réaliser progressivement les droits économiques et sociaux⁸⁰. S'il était intégré à la Charte québécoise, ce principe exigerait que le gouvernement justifie les mesures d'austérité ou les mesures sociales régressives qui tendent à diminuer la protection effective des besoins essentiels ou ajoutent des barrières discriminatoires dans l'accès aux régimes publiques⁸¹. C'est ce que semblait proposer le professeur Morin lorsqu'il écrivait, à propos des droits socioéconomiques, que « la question est de savoir si le législateur, qui a estimé opportun de les consacrer solennellement, peut en quelque sorte reprendre ce qu'il a accordé, sans autre forme de procès »⁸².

Bien que l'exigence de non-régression n'oblige pas en soi le gouvernement à agir⁸³, les programmes que ce dernier a mis sur pied dans l'exécution de son obligation de réalisation progressive de mettre en œuvre les droits socioéconomiques ne pourraient cependant être abolis ou remplacés par des mesures qui mettraient en danger la santé et la sécurité individuelles ou porteraient atteinte à d'autres droits et libertés sans justification rigoureuse. Ici s'entrecroisent l'obligation de réaliser pleinement mais progressivement les droits économiques et sociaux⁸⁴, et celle exigeant que l'État respecte ces droits⁸⁵. L'obligation de respecter les droits individuels développée par la doctrine internationale s'oppose en effet à ce que le gouvernement mette en péril la santé et la sécurité individuelles en réduisant l'accès aux moyens de subsistance ou aux ressources dont bénéficient déjà les personnes dans le besoin⁸⁶:

l'Etat ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique ».

⁷⁹ Isabelle Hachez, « La reconnaissance jurisprudentielle du principe de Standstill en droit belge », dans Julia Iliopoulos-Strangas et Theunis Roux, dir, *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 185 à la p 185 [Hachez « La reconnaissance »], Voir également la thèse que l'auteure a consacrée au principe de *standstill* : Isabelle Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

⁸⁰ Hachez « La reconnaissance », *supra* note 79 aux pp 200, 336.

⁸¹ Observation générale n°19: *Le droit à la sécurité sociale* (art. 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Doc off CES NU, 2008, 39^e sess, Doc NU E/C.12/GC/19 au para 42; Observation générale n°18, *supra* note 30 au para 21; Observation générale 15, *supra* note 30; Observation générale n°3, *supra* note 78 au para 9; Laurence Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007 à la p 664 [Gay]. Voir également, dans le contexte des droits linguistiques au Canada, Pierre Foucher, « Qui peut le plus peut le moins : fédéralisme et droits linguistiques au Canada », dans André Braën, Pierre Foucher et Yves Le Bouthillier, dir, *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, Lexis Nexis/Butterworth, 2006 à la p 336.

⁸² Morin, « La constitutionnalisation », *supra* note 3 à la p 53.

⁸³ Mary Dowell-Jones, *Contextualising the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Assessing the Economic Deficit*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004 à la p 52 [Dowell-Jones].

⁸⁴ L'article 2(1) du *PIDESC* énonce : « Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ».

⁸⁵ Ces obligations sont interdépendantes. Voir Arambulo, *supra* note 38 à la p 120; Shue, *supra* note 6 aux pp 60, 64.

⁸⁶ Arambulo, *supra* note 38 à la p 119; Ashjorn Eide, « Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights », dans Eide, Krause et Rosas, dir, *Economic, Social and Cultural Rights : A Textbook*, 2e éd,

Or, à partir du moment où le législateur a mis en œuvre un devoir constitutionnel, le précepte cesse de n'être qu'une obligation positive pour devenir aussi une obligation négative. Autrement dit, les autorités ne peuvent lui porter atteinte par « action », en supprimant la concrétisation de ce précepte, dans la mesure où celui-ci ne constitue pas une norme programmatique mais impose une tâche concrète et définie à l'État, qui constitue le moyen de réalisation d'un droit fondamental.⁸⁷

L'encliquetage a ainsi pour effet de constitutionnaliser toute avancée dans la réalisation progressive des droits économiques et sociaux⁸⁸. Cette cristallisation n'est cependant que relative, permettant ainsi les régressions rigoureusement justifiées par l'État ainsi que les réaménagements ou remplacements de programmes sociaux, à la condition cependant que les nouvelles mesures soient équivalentes à celles qui préexistaient⁸⁹, ou nécessaires pour des raisons publiques impérieuses. Des modifications qui mettraient en danger la sécurité des personnes ne satisferaient pas cette exigence. Si l'État dispose de la marge de manœuvre nécessaire à la mise en œuvre et à la gestion des politiques et des ressources publiques⁹⁰, cela ne saurait en effet se faire au détriment de la sécurité des individus et des groupes affectés par la pauvreté et par les changements projetés aux programmes existants. La détermination des critères d'accès aux politiques sociales de même que du montant des bénéficiaires, de la durée et du type de mesures appropriés relèverait donc évidemment des élus⁹¹, mais les tribunaux devraient néanmoins disposer du pouvoir de contrôler la constitutionnalité, ou la raisonnable, de ces derniers, en particulier les effets d'exclusion qu'ils pourraient avoir sur les personnes dont les besoins essentiels ne sont pas comblés et qui, ce faisant, vivent dans l'insécurité quotidienne⁹². C'est aussi ce que nous semble avoir suggéré le professeur Morin lorsqu'il reprochait au législateur d'avoir soustrait les droits économiques et sociaux à un contrôle judiciaire de la « raisonnable » des mesures gouvernementales⁹³.

Si l'obligation de non-régression est au cœur des droits économiques et sociaux, on aurait tort cependant de la considérer comme l'obligation principale

Boston, Martinus Nijhoff, 2001 à la p 23; Koch *supra* note 40 aux pp 12 et 13; Scott Leckie, « Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights » (1998) 20 Human Rights Quarterly aux pp 98-100; Shue, *supra* note 6 à la p 55.

⁸⁷ Gay, *supra* note 81 à la p 698. Voir également Carlos Miguel Herrera, « La justiciabilité des droits sociaux : concept juridique et évolution jurisprudentielle », dans Diane Roman, dir, *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Éditions A Pedone, Paris, 2012, 103 aux pp 111-112.

⁸⁸ C'est notamment la raison pour laquelle la majorité de la Cour, dans l'arrêt *Baier c Alberta*, [2007] 2 RCS 673 aux para 38-42, a jugé que l'argument des appelants selon lequel des mesures interdisant l'accès à des postes de conseillers scolaires portaient atteinte à leur liberté d'expression, revenait à revendiquer l'accès à des mesures positives de l'État. Le juge Fish, dissident, jugeait au contraire, aux paras 95-98, qu'il s'agissait d'une mesure publique restrictive limitant la dimension « négative » de la liberté d'expression puisque les appelants avaient auparavant le droit de briguer ces postes de conseillers scolaires. Ils ne demandaient pas, dans cette perspective, un droit positif mais négatif dont l'État devait justifier la restriction. Cette position n'a toutefois pas été retenue par la majorité.

⁸⁹ Hachez « La reconnaissance », *supra* note 79 aux pp 191, 199 et 200.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Lamarche, *supra* note 61 aux pp 368, 373.

⁹³ Morin, « La constitutionnalisation », *supra* note 3 à la p 53.

imposée par ces derniers, ou encore comme une méthode d'analyse exclusive du contrôle judiciaire de constitutionnalité des politiques publiques. Il ne faut pas oublier, en effet, que cette obligation n'impose l'adoption d'aucune mesure progressive à l'État et constitue « une autre façon de rappeler le législateur au respect du contenu substantiel [c'est-à-dire du noyau essentiel⁹⁴] des droits à prestations matérielles »⁹⁵. D'où l'importance que le contenu des droits économiques et sociaux soit défini, comme l'ont été les libertés individuelles par la jurisprudence.

B. Le contenu essentiel relatif des droits socioéconomiques

Le contenu minimum est un concept juridique en vertu duquel les tribunaux sont appelés à identifier le noyau ou les éléments essentiels d'un droit⁹⁶. Cette notion correspond aux aspects fondamentaux du droit sans le bénéfice desquels celui-ci deviendrait illusoire⁹⁷, dans la mesure où la sécurité individuelle serait mise en péril. L'idée exprimée en philosophie par Rawls et Shue et en psychologie par Maslow, selon laquelle des conditions de vies décentes ou essentielles sont nécessaires pour que les libertés soient pleinement vécues et aient un sens, se verrait ainsi, de cette manière, transposée dans la sphère juridique. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec défendait une position similaire en s'inspirait notamment des travaux du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, selon lequel les États ont l'obligation fondamentale de garantir le niveau minimal des droits socioéconomiques afin d'assurer à tous les besoins essentiels à une vie digne et sécuritaire⁹⁸. Tout en laissant à l'État la tâche de déterminer la forme d'intervention souhaitable pour en réaliser le contenu, le Comité des droits économiques et sociaux a néanmoins, par exemple, déterminé les lignes directrices générales auxquelles doivent satisfaire les politiques publiques qui concernent le droit à un niveau de vie suffisant reconnu au paragraphe 11(1) du Pacte⁹⁹. Cette disposition précise en effet, notamment, que le droit à un niveau de vie

⁹⁴ Gay, *supra* note 81 à la p 664.

⁹⁵ *Ibid* à la p 661.

⁹⁶ Arambulo, *supra* note 38 aux pp 130, 131, 135, 136 et 143.

⁹⁷ *Ibid* à la p 144.

⁹⁸ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés, vol. 1: Bilan et recommandations*, sous la direction de Pierre Bosset, 2003 aux pp 17-23. Voir Observation générale n°19, *supra* note 81 au para 59; Observation générale n°18, *supra* note 30 au para 31; Observation générale n°17, *supra* note 30 au para 39; Observation générale n°15, *supra* note 16 au para 37; Observation générale n°14, *supra* note 30 aux para 43-44; Observation générale n°12, *supra* note 30 au para 17; Observation générale n°3, *supra* note 78 au para 10. Dans le contexte sud-africain, voir David Bilchitz, « Towards a Theory of Content for Socio-Economic Rights » dans Iliopoulos-Strangas et Roux, *supra* note 79 aux pp 15, 16, 18 et 21 [Bilchitz, « Towards a Theory of Content »]; David Bilchitz, « Giving socio-economic rights teeth: the minimum core and its importance » (2002) 119 SALJ aux pp 486, 490 [Bilchitz, « The minimum core and its importance »]; Murray Wesson, « Grootboom and Beyond: Reassessing the Socio-Economic Jurisprudence of the South African Constitutional Court » (2004) 20 SAJHR 284 à la p 298.

⁹⁹ Le paragraphe 11(1) énonce : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions

suffisant protège le droit à un logement décent, lequel doit notamment comprendre l'eau potable, l'électricité, les installations sanitaires et un espace suffisant¹⁰⁰, à un coût correspondant à une fraction raisonnable du revenu de ses habitants¹⁰¹, ainsi que le droit à une nourriture saine et propre à la consommation, à des prix raisonnables¹⁰².

Le concept de noyau essentiel n'exige donc pas des tribunaux la détermination « dans les moindres détails » du contenu des droits économiques et sociaux, comme le laissait entendre la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt Gosselin¹⁰³. Bien que telle tâche ne soit pas aisée¹⁰⁴, les instances judiciaires auraient plutôt pour mission de préciser, en s'inspirant des Observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels¹⁰⁵, le contenu minimum de ces droits, lequel devrait correspondre aux caractéristiques générales essentielles qu'ils doivent comporter afin d'assurer les besoins essentiels et la sécurité de leurs titulaires et ne pas être illusoire. Conçu ainsi, le concept de noyau essentiel s'avérerait suffisamment fonctionnel et précis pour que les tribunaux puissent l'appliquer dans l'évaluation de la conformité constitutionnelle des politiques publiques, tout en accordant une marge de manœuvre également importante à l'État dans la détermination des programmes ou du type de mesures appropriés aux fins du respect de ses obligations. Par exemple, le droit à un niveau de vie suffisant reconnu par le Pacte ne précise pas si les bénéficiaires doivent être propriétaires ou locataires. Il ne spécifie pas non plus si la concrétisation de ce droit passe par la garantie plus large d'un revenu minimal universel qui permettrait aux bénéficiaires de se procurer eux-mêmes la nourriture, un logement et des vêtements suffisants, par des programmes d'accès à la nourriture ou à un logement plus ciblés ou encore par des subventions à des organismes non gouvernementaux venant en aide aux personnes dans le besoin. Le concept de noyau essentiel a plutôt selon nous pour objectif d'assurer les besoins fondamentaux et la sécurité des personnes en situation de pauvreté en spécifiant les caractéristiques générales essentielles des droits économiques et sociaux et en permettant aux tribunaux d'apprécier de manière suffisamment objective l'impact et les effets d'exclusion des programmes sociaux et des mesures d'austérité sur ces droits et personnes¹⁰⁶. Le juge Robert, dissident dans l'arrêt Gosselin en Cour d'appel,

d'existence. Les États parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit ».

¹⁰⁰ *Ibid* aux paras 8(b), (d), (e).

¹⁰¹ *Ibid* au para 8(c).

¹⁰² Observation générale n°12, *supra* note 30 art. 8, 13

¹⁰³ *Gosselin* (CSC), *supra* note 57 au para 93.

¹⁰⁴ Céline Fercot, « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé », dans Diane Roman, dir, *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Éditions A Pedone, Paris, 2012, 49 aux pp 52 et s [Fercot]; Herrera, *supra* note 87 à la p 117.

¹⁰⁵ C'est aussi ce que suggèrent Victor Abramovich et Christian Courtis, « Le cadre conceptuel de l'exigibilité judiciaire des droits sociaux », dans Diane Roman, dir, *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Éditions A Pedone, Paris, 2012, 309 à la p 321.

¹⁰⁶ Lamarche, *supra* note 61 aux pp 366-374. Bruce Porter insiste lui aussi sur l'importance que la justiciabilité des droits économiques et sociaux soit centrée sur les effets des politiques publiques sur les personnes et groupes marginalisés : Bruce Porter, « Toward a Comprehensive Framework for ESC RightsPractice », à la p 12 en ligne:

affirmait d'ailleurs que, selon lui, l'article 45 de la Charte impose au gouvernement québécois l'obligation d'assurer aux personnes dans le besoin « [...] ce que la société canadienne considère, de façon objective, comme des moyens suffisants pour subvenir aux nécessités essentielles de la vie »¹⁰⁷.

Si, selon nous, les droits économiques et sociaux, comme tout autre droit ou liberté, sont universels par principe, leur mise en l'œuvre ne l'est certainement pas, que ce soit en raison de leur ineffectivité dans plusieurs pays ou de la variabilité des méthodes ou moyens par lesquels les législateurs et gouvernements peuvent les matérialiser. Ainsi, dans un pays à l'indice de développement élevé comme le Canada, les engagements constitutionnels de l'État, en application du principe selon lequel les droits économiques et sociaux imposent l'obligation continue et progressive d'améliorer la protection sociale effective dont bénéficient les citoyens, ne sauraient se limiter à protéger ces derniers contre la survie¹⁰⁸; ils devraient au moins, au bénéfice de la liberté réelle, assurer ce qui constitue un niveau de vie décent, sans quoi, comme l'avançaient Rawls, Shue, Berlin, Maslow et d'autres, les chartes garantissant les libertés fondamentales ne protégeraient qu'une facette des besoins humains fondamentaux.

Les auteurs ne s'entendent pas, toutefois, quant à savoir si le noyau essentiel ou le contenu minimum des droits socioéconomiques devrait ou non être susceptible de violations justifiées dans le cadre, notamment, d'une analyse de proportionnalité entre les objectifs et les moyens de la mesure attentatoire et les effets négatifs de celle-ci sur la sécurité de personnes ou groupes de personnes¹⁰⁹. Comme le notent Matthew Craven et Mary Dowell-Jones, la documentation onusienne n'est pas très claire non plus sur cette question¹¹⁰. Certaines Observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels indiquent que l'État partie omettant de garantir le noyau essentiel de chacun des droits doit justifier rigoureusement ce manquement en démontrant qu'il a fait tous les efforts possibles pour réaliser ses obligations¹¹¹. D'autres Observations générales ainsi que les Directives de

<www.socialrights.ca/Publications/porter_toward_a_comprehensive_framework_for_esc_rightspractic_e.pdf> [Porter, « Toward a Comprehensive Framework »].

¹⁰⁷ Gosselin (QCCA), *supra* note 37 à la p 1101.

¹⁰⁸ Voir également Fercot, *supra* note 104 à la p 65.

¹⁰⁹ Voir notamment Arambulo, *supra* note 38 à la p 132; Gay, *supra* note 81 aux pp 647, 652, 691, 701, 706-707, 738.

¹¹⁰ Craven, *supra* note 39 à la p 143; Dowell-Jones, *supra* note 83 aux pp 23-25.

¹¹¹ Le paragraphe 17 de l'Observation générale n° 12, *supra* note 30, énonce en effet : « Il y a violation du Pacte lorsqu'un État n'assure pas au moins le minimum essentiel requis pour que l'individu soit à l'abri de la faim. Pour déterminer quelles actions ou omissions constituent une violation du droit à l'alimentation, il est important de distinguer si l'État partie est dans l'incapacité de se conformer à cette obligation ou n'est pas enclin à le faire. Si un État partie fait valoir que des contraintes en matière de ressources le mettent dans l'impossibilité d'assurer l'accès à l'alimentation à ceux qui ne peuvent le faire par eux-mêmes, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimum ». D'autres Observations générales vont dans le même sens : Observation générale n°19, *supra* note 30 au para 60; Observation générale n°17, *supra* note 30 aux para 39, 41; Observation générale n°3, *supra* note 78 au para 10.

Maastricht¹¹² et les Principes de Limbourg¹¹³ prévoient au contraire que le contenu minimal des droits économiques et sociaux s'applique peu importe la situation économique des États parties et des ressources disponibles et ne semblent permettre aucune exception, même pour l'État qui de bonne foi et malgré tous ses efforts, incluant ceux déployés pour obtenir de l'aide internationale¹¹⁴, ne parvient pas à le satisfaire¹¹⁵. Comment interpréter ces divergences sur une question aussi importante que celle de la possibilité d'invoquer un manque de ressources comme justification à la non-réalisation de droits qui ont un impact sur le budget d'un État ? Laurence Gay capte très bien le paradoxe qui semble être au cœur de la question :

Cette notion de mesure minimale représente le véritable rempart contre le risque de « tailles » dans les budgets sociaux. Elle manifeste que les dispositions constitutionnelles consacrant des droits-créances obligent le législateur à établir ou maintenir une concrétisation, qui leur assure une protection effective. L'expérience italienne montre en définitive toute l'ambiguïté attachée au « critère » des disponibilités financières. Le propre des déclarations de droits fondamentaux est de soustraire ceux-ci à la volonté de la majorité politique du moment, malgré le coût que peut impliquer leur exercice effectif. En même temps, la compétence budgétaire du Parlement reste inscrite au cœur de la démocratie. Le contrôle des lois impliquant des dépenses est donc un terrain de friction entre le principe démocratique et le principe de constitutionnalité.¹¹⁶

Cette tension entre la protection effective des droits économiques et sociaux et la disponibilité des ressources pourrait expliquer la confusion entretenue par les Observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Toutefois, ces Observations qui font référence au concept de contenu minimal et dans lesquelles le Comité accepte que des justifications raisonnables y soient apportées

¹¹² Nations unies, Conseil économique et social, *Questions de fond concernant la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : journée de débat général organisée en coopération avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle*, 2000, 24e sess, Doc NU E/C.12/2000/13 [*Directives de Maastricht*].

¹¹³ Nations unies, Conseil économique et social, *Les principes de Limbourg concernant la mise en place du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 1987, 43ème Sess, Doc NU E/CN.4/1987/17 [*Principes de Limbourg*].

¹¹⁴ Comme le prévoit l'article 2(1) du *Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels*, il faut tenir compte de l'aide obtenue par la coopération internationale dans l'appréciation des efforts déployés par un pays dans la mise en œuvre des droits économiques et sociaux : « Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ».

¹¹⁵ *Principes de Limbourg*, *supra* note 113, art. 25 : « Les États parties ont l'obligation, quel que soit leur niveau de développement économique, d'assurer le respect du droit à un minimum vital pour tous ». Sur la portée de l'article 4 du Pacte, la clause qui en principe permet les restrictions raisonnablement justifiées des droits économiques et sociaux, l'article 47 des Principes de Limbourg prévoit que : « [L'article 4] n'avait pas pour but de limiter les droits touchant les moyens de subsistance ou la survie de l'individu, ou bien l'intégrité de la personne ». Voir aussi dans le même sens les *Directives de Maastricht*, *supra* note 112, aux para 9, 10; Observation générale n°15, *supra* note 30 au para 40; Observation générale n°14, *supra* note 30 au para 47.

¹¹⁶ Gay, *supra* note 81 aux pp 741-742.

sont plus nombreuses¹¹⁷ – et pour certaines plus récentes – que celles dans lesquelles il adopte une position contraire¹¹⁸, ce qui nous semble être à la faveur de la conception relativiste du noyau essentiel.

Face à cette ambiguïté, Craven propose de voir dans les Observations générales contradictoires du Comité une présomption de violation du Pacte exigeant que tout manquement au contenu essentiel des droits économiques et sociaux soit soigneusement justifié¹¹⁹. Cela s'appliquerait avec autant sinon plus d'acuité dans un pays riche comme le Canada où les tribunaux devraient exiger une preuve très solide pour justifier tout manquement au contenu essentiel de ces droits¹²⁰.

La question des ressources constituerait alors un facteur pertinent afin de déterminer si le gouvernement s'est conformé ou non à ses obligations socioéconomiques fondamentales¹²¹. Les contraintes budgétaires, souvent invoquées pour nier la fondamentalité des droits économiques et sociaux¹²², ne devraient pas entrer en jeu à l'étape de la détermination du contenu essentiel de ceux-ci mais plutôt, comme le suggèrent d'ailleurs plusieurs des Observations générales¹²³, à celle consistant à vérifier si le gouvernement était raisonnablement justifié de manquer à

¹¹⁷ Il s'agit des Observations générales n°19, 17, 12 et 3. Quant à elles, l'Observation générale n°18, *supra* note 30 au para 32 et l'Observation générale n°13: *Le droit à l'éducation* (article 13 du Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels), Doc Off CES NU, 1999, 21^e sess, Doc NU E/C.12/1999/10, au para 43, ne prévoient pas de dispositions spécifiques quant à la possibilité de justifier les manquements aux obligations fondamentales minimales, mais comportent une clause de justification générale qui semble a priori s'appliquer au contenu essentiel des droits au travail et à l'éducation. Ainsi, l'article 32 de l'Observation générale 18 énonce : « la pénurie de ressources pourrait expliquer les difficultés qu'un État partie peut éprouver pour garantir pleinement l'exercice du droit au travail, dans la mesure où cet État démontrerait qu'il a utilisé ses ressources disponibles au maximum pour s'acquitter, à titre prioritaire, des obligations susmentionnées ».

¹¹⁸ Il s'agit des Observations générales n°15 et 14.

¹¹⁹ Craven, *supra* note 39 à la p 143. Voir également David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007 à la p 234 [Bilchitz, « Poverty and Fundamental Rights »]; Bilchitz, « Towards a Theory of Content », *supra* note 98 aux pp 24-26; Sandra Liebenberg, « Basic rights claims: How responsive is 'reasonableness review' » (2004) 5 *Economic and Social Rights* 7 à la p 10.

¹²⁰ Bilchitz, « Towards a Theory of Content », *supra* note 98 à la p 28; David Bilchitz, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence » (2003) 19 *SHJR* 1 aux pp 16, 18 [Bilchitz, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core »]; Gay, *supra* note 81 à la p 738. Sur ce point, comme nous l'avons vu, Bilchitz estime que le premier palier du contenu minimal ne vise pas à assurer un niveau de vie décent, mais plutôt la survie individuelle. Il faut noter cependant que les travaux de Bilchitz s'inscrivent dans le contexte sud-africain. Or, dans un pays dont le niveau de développement humain est élevé, l'État ne satisferait pas, selon nous, ses obligations constitutionnelles en se limitant à assurer la survie de tous les citoyens. L'obligation de réaliser les droits socioéconomiques est en effet progressive et exige d'un État riche davantage que la simple réalisation du premier niveau du concept de contenu essentiel.

¹²¹ Craven, *supra* note 39 à la p 143.

¹²² Pour de plus amples développements, voir David Robitaille, « Non-universalité, illégitimité et surcomplexité des droits économiques et sociaux : des préoccupations légitimes mais hypertrophiées. Regard sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine » (2008) 53 *RD McGill* 243, 249-253; David Wiseman, « Competence Concerns in Charter Adjudication: Countering the Anti-Poverty Incompetence Argument », (2006) 51 *RD McGill* 503; David Wiseman, « The Charter and Poverty: Beyond Injusticiability » (2001) 51 *UTLJ* 425 [Wiseman, « Beyond Injusticiability »].

¹²³ Gay, *supra* note 81.

son obligation ou encore dans le choix des remèdes appropriés¹²⁴. Il en va de même de la déférence dont doivent faire preuve les tribunaux envers l'État et de la flexibilité corollaire dont ce dernier doit nécessairement bénéficier : il s'agit d'un élément pertinent dans l'évaluation de la raisonnable des politiques publiques et non de la définition des droits par rapport auxquels sont évaluées ces dernières¹²⁵. Tout en plaidant pour une constitutionnalisation accrue des droits économiques et sociaux, le professeur Morin reconnaissait lui aussi, par la même occasion, les liens inextricables entre ces derniers et les ressources dont dispose l'État, lorsqu'il affirmait que « [l]a reconnaissance des droits de l'homme [...] suppose [...] l'existence d'un niveau minimum de développement économique »¹²⁶.

Ainsi conçu, le noyau essentiel nous semble moins sujet aux critiques dont il est l'objet et qui sont généralement fondées sur une acception rigide ou absolue de la notion. Interprété comme une norme exigeant que des efforts réels soient consacrés à la priorisation relative des ressources publiques là où les besoins sont les plus criants¹²⁷ et à la « prise en compte » des effets que les politiques publiques ont sur la sécurité et les besoins essentiels individuels¹²⁸, le contenu minimal des droits économiques et sociaux a aussi l'avantage de préciser les obligations imparties aux États¹²⁹. Du même coup, cela tendrait à écarter l'argument selon lequel ces droits ne sont pas de véritables droits humains et ne sont pas universels puisqu'ils seraient trop vagues et variables. Le concept de contenu essentiel est également susceptible d'amenuiser les préoccupations de ceux qui craignent le « gouvernement des juges » dans la mesure où les tribunaux n'auraient pas nécessairement à s'immiscer largement dans les choix budgétaires effectués par le gouvernement. L'étendue du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, politiques ou programmes sociaux serait en effet centré sur les effets de ces derniers sur la santé et la sécurité des personnes défavorisées, ce qui ne devrait pas exiger un chambardement excessif des choix politiques de l'État, d'où l'atténuation de l'argument fondé sur le manque de légitimité des juges en ce domaine¹³⁰.

Cette méthode fait en outre des droits économiques et sociaux des droits individuels véritables et exigibles, et non seulement symboliques, dans la mesure où l'obligation d'en assurer le contenu essentiel est immédiate. Une fois cette base

¹²⁴ Bilchitz, « Poverty and Fundamental Rights », *supra* note 119 aux pp 215-225; Gay, *supra* note 81 à la p 654.

¹²⁵ Bilchitz, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », *supra* note 120 aux pp 22-23; Bilchitz, « The minimum core and its importance », *supra* note 98 à la p. 496; Gay, *ibid*; Marius Pieterse, « Resuscitating Socio-Economic Rights: Constitutional Entitlements to Health Care Services » (2006) 22 SAJHR 473 à la p 480; Wiseman, « Beyond Injusticiability », *supra* note 12 aux pp 449-452.

¹²⁶ Morin, « Une charte », *supra* note 1 à la p 278.

¹²⁷ Wesson, *supra* note 98 à la p 299.

¹²⁸ Lamarche », *supra* note 61 à la p 374.

¹²⁹ Bilchitz, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », *supra* note 120 à la p 10; Alana Klein, « Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights » (2007-2008) 39 Colum HRL Rev 351, à la p 373; Wesson, *supra* note 98 à la p 299.

¹³⁰ Bilchitz, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », *supra* note 120; Klein, *supra* note 129 aux pp 372-373; Lamarche, *supra* note 61 à la p 373.

essentielle assurée et constitutionnellement garantie, entrerait alors en jeu l'obligation progressive d'en réaliser pleinement le contenu en assurant une plus grande qualité de vie aux citoyens¹³¹. Le gouvernement devrait en outre, eu égard à cette obligation de progressivité et une fois un niveau de vie décent assuré à tous les citoyens, bénéficier d'une plus grande marge de manœuvre. Comme l'affirmait Rawls, si la protection du noyau essentiel des droits est une question constitutionnelle et justiciable, des mesures allant au-delà de ce seuil relèveraient davantage de la sphère politique que judiciaire¹³². La déférence des tribunaux à l'égard du gouvernement devrait ainsi être, selon nous, proportionnelle à la qualité et à l'universalité des mesures de protection socioéconomiques mises en place par l'État et au niveau de satisfaction des besoins essentiels qu'elles procurent aux citoyens.

Le contenu des droits économiques, sociaux et culturels et les obligations imparties à l'État devraient donc d'abord être définis indépendamment de la question des ressources; c'est ensuite à l'aune de ce contenu autonome que les tribunaux pourront évaluer la raisonnable des programmes sociaux et considérer les arguments fondés sur la flexibilité nécessaire à la gestion des ressources publiques et sur les contraintes économiques¹³³.

Dans le contexte de la Charte canadienne et sans aborder précisément la notion de contenu minimal, les propos de la professeure Nathalie Des Rosiers nous semblent néanmoins favorables à une telle approche:

Les concepteurs de politiques publiques doivent donc expliquer pourquoi leurs choix sont économiquement raisonnables, que ces choix sont « justes » et cohérents en regard des objectifs, que les effets d'exclusion ne sont pas trop onéreux, que la solution retenue est la meilleure dans les circonstances, compte tenu des besoins de tous les citoyens et les citoyennes et ainsi de suite. Toutes ces questions font partie de l'analyse juridique en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés.¹³⁴

Cette méthode nous paraît en effet compatible avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur les articles 1^{er} de la Charte canadienne et 9.1 de la Charte québécoise¹³⁵. Les tribunaux canadiens se sont généralement montrés sceptiques, sans pour autant les exclure, face aux arguments de l'État fondés sur la commodité administrative et le manque de ressources dans le cadre de la

¹³¹ Bilchitz, « Towards a Theory of Content », *supra* note 98 à la p 21; David Bilchitz, « Placing basic needs at the centre of socio-economic rights jurisprudence » (2003) 4 ESR Rev 2 à la p 3; Bilchitz, « The minimum core and its importance », *supra* note 98 aux pp 493-494; Wesson, *supra* note 98 à la p 298.

¹³² Rawls « La justice comme équité », *supra* note 9 à la p 221.

¹³³ Bilchitz, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », *supra* note 120 aux pp 22-23; Bilchitz, « The minimum core and its importance », *supra* note 98 à la p 496.

¹³⁴ Des Rosiers, *supra* note 64 à la p 219.

¹³⁵ Dans son application à l'État, le test de l'article 9.1 de la Charte québécoise est similaire à celui développé en vertu de l'article premier de la Charte canadienne. Voir notamment *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 aux pp 769-770.

démonstration de la raisonnable de ses politiques¹³⁶. Les contraintes financières sont en effet un élément pertinent de cette analyse mais constituent rarement, à elles seules, un motif légitime de suppression d'un droit fondamental¹³⁷. Si ces considérations peuvent *a contrario* s'avérer déterminantes dans certains cas particuliers¹³⁸, il faudrait prendre soin cependant de distinguer les contraintes économiques des contraintes budgétaires. Si les premières devraient être considérées comme un élément central de l'analyse, les secondes ne devraient pas disposer du même poids justificatif. Les droits socioéconomiques imposent en effet à l'État l'obligation d'assurer les besoins essentiels individuels et de faire un effort soutenu dans la priorisation des ressources en faveur des personnes vivant dans la précarité. Il serait trop facile pour le gouvernement de violer indirectement ces droits en s'appuyant sur des choix socioéconomiques discrétionnaires (et « populaires ») et en prétextant que, par suite de l'allocation des deniers publics aux différents titres du budget, il ne reste plus assez de fonds pour assurer la sécurité économique des personnes qui en ont le plus besoin. L'analyse de la raisonnable de politiques publiques devrait ainsi prendre en considération la situation économique de l'État indépendamment du budget établi par le gouvernement. Ceci dit, les tribunaux devront continuer de se montrer sceptiques lorsque l'État invoquera des considérations financières pour justifier les limites au noyau essentiel des droits économiques et sociaux et devraient, dans ce contexte, exiger une démonstration très rigoureuse de sa part. Il n'est pas tout de dire que l'État dispose d'une discrétion dans la gestion des ressources publiques et dans la mise en œuvre des programmes sociaux. Encore faudra-t-il, lorsque la portée des droits socioéconomiques sera plus amplement définie par les tribunaux du Québec, qu'il en dispose de manière à en réaliser la promesse.

La jurisprudence canadienne suggère en outre que plus l'atteinte au droit individuel se situe près de ce que le juge considère comme le cœur ou le noyau essentiel du droit invoqué, plus le fardeau justificatif de l'État sera important. Dans l'arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, par exemple, compte tenu de l'impact négatif des délais d'attente sur la santé physique et psychologique des patients¹³⁹, les juges majoritaires ont imposé à l'État le lourd fardeau de démontrer la nécessité de

¹³⁶ Voir notamment *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 RCS 381 aux para 63-72; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 RCS 868 au para 41; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 RCS 46 au para 100, juge Lamer; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624 au para 87; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.-É.)*, [1997] 3 RCS 3 aux para 283-284, juge Lamer; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 RCS 177 aux para 70-73, juge Wilson.

¹³⁷ *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, *supra* note 136. Comme le soulignent Bruce Porter et Martha Jackman, la Cour suprême a reconnu qu'un coût excessif ou des circonstances économiques très difficiles pourraient justifier la violation de la dimension positive du droit à l'égalité : Bruce Porter et Martha Jackman, « Socio-Economic Rights Under the Canadian Charter », dans Malcolm Langford, dir., *Socio-Economic Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 209, à la p 219 [Porter et Jackman].

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 791 aux para 37-45, 96, juge Deschamps, aux para 124, 158, juge McLachlin et Major.

l'interdiction d'acheter des assurances santé privées dans le but de préserver le système de santé public¹⁴⁰. Que l'on soit d'accord ou non avec le fondement néolibéral et le résultat de cet arrêt¹⁴¹ ne change rien à notre démonstration quant à la variabilité du fardeau de la preuve de l'État lorsque l'atteinte au droit se situe près de son noyau jugé essentiel. Les juges McLachlin et Major confirmaient ainsi l'intensité variable du fardeau justificatif de l'État en fonction de l'importance de la violation du droit fondamental, dans ces propos qui ne sont pas sans rappeler la notion de noyau essentiel des droits ci-dessus explicitée :

Dans chaque cas, il faut se demander si la mesure est arbitraire au sens de n'avoir aucun lien véritable avec l'objectif visé et d'être, de ce fait, manifestement injuste. *Plus l'atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne est grave, plus le lien doit être clair. Lorsque c'est la vie même de quelqu'un qui est compromise, la personne raisonnable s'attendrait à ce qu'il existe, en théorie et en fait, un lien clair entre la mesure qui met la vie en danger et les objectifs du législateur.*¹⁴²

Lorsque le professeur Morin proposa sa charte des droits pour le Québec, il était clair, dès le départ, que celle-ci devait nécessairement inclure non seulement les libertés fondamentales et d'autres droits civils et politiques, mais également un ensemble de droits économiques et sociaux. S'inscrivant dans la mouvance internationale qui a vu naître les deux pactes internationaux de 1966, le professeur comprenait que la démocratie ne serait pas complète si une charte, destinée à établir les principes structurants de la société québécoise, se limitait à ne consacrer que les libertés fondamentales. De manière similaire au contexte dans lequel la négociation des deux pactes a eu lieu, la pensée du professeur Morin n'alla toutefois pas jusqu'à reconnaître, en 1963, un statut égal aux droits civils et aux droits sociaux. Ces derniers ne devaient pas être justiciables puisqu'ils relevaient de la sphère politique et de la gestion publique. Lorsqu'il fit un bilan des douze premières années d'application et d'interprétation de la Charte québécoise en 1987, le professeur Morin avait clairement changé d'idée sur ce point : il plaida alors pour une constitutionnalisation accrue des droits économiques et sociaux afin de permettre aux tribunaux de juger de la raisonnable des politiques publiques et des moyens entrepris par l'État pour en assurer le contenu essentiel ou minimum. Il critiquait alors la manière dont le législateur de 1975 avait consacré ces droits, en ne prévoyant pas leur suprématie sur les lois ordinaires contraires à l'article 52 et en utilisant des termes limitatifs dans le libellé même de certains des articles 39 à 48 (« dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi »).

¹⁴⁰ *Ibid* aux para 68, 74, 83, 98, juge Deschamps, aux para 140, juge McLachlin et Major.

¹⁴¹ Il est en effet problématique, selon nous, que la majorité de la Cour ait fait primer l'intérêt individuel des personnes aisées à la santé sur le droit à un système de santé universel fondé sur le besoin.

¹⁴² *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, *supra* note 139 au para 131, juge McLachlin et Major [nos italiques].

Si ces limites ont longtemps permises aux tribunaux de ne voir dans les droits socioéconomiques garantis dans la Charte québécoise que des droits symboliques, la majorité de la Cour suprême a jugé du contraire dans l'arrêt Gosselin en 2002. Si l'article 52 exclu clairement une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi prévoyant des mesures ne satisfaisant pas aux droits économiques et sociaux, la juge McLachlin estimait cependant que ces droits ne sont pas purement symboliques. Au contraire, selon la juge en chef, « [l]a Charte québécoise est un document juridique, censé créer des droits sociaux et économiques »¹⁴³ et, « dans les cas opportuns »¹⁴⁴, « un tribunal compétent peut prononcer un jugement déclaratoire constatant [leur] violation »¹⁴⁵.

Si la Cour a clairement reconnu la justiciabilité des droits économiques et sociaux et la possibilité que leur violation fasse l'objet d'un jugement déclaratoire, elle a toutefois omis de préciser ce qui constitue un « cas opportun » pour ce faire. À notre avis, il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une invitation pour les plaideurs et les défenseurs des droits économiques et sociaux de proposer des analyses ou des méthodes aux tribunaux afin de circonscrire davantage les obligations de moyen qui s'imposent au législateur et au gouvernement du Québec en vertu du Chapitre IV de la Charte québécoise. Le droit international, mais aussi le droit comparé, pourraient à cet égard être instructifs dans la détermination d'une théorie de la justiciabilité qui serait bien sûr soucieuse de respecter le principe de la séparation des pouvoirs entre les fonctions judiciaire et législative, mais permettant également de donner un sens à la consécration des droits économiques et sociaux dans un « document unique »¹⁴⁶ comme la Charte. Comme le proposait le professeur Morin, dont la pensée holistique aura profondément influencé l'adoption de la Charte, les principes démocratiques modernes ne peuvent en effet accepter que des mesures publiques d'austérité, souvent adoptées sur des bases purement idéologiques et sans égard au bien commun par des politiciens bien-pensant, ne fassent l'objet d'aucun contrôle de « raisonabilité » par les tribunaux lorsqu'elles heurtent, de plein fouet, les droits et besoins fondamentaux des citoyens.

¹⁴³ *Ibid* au para 96, juge McLachlin.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ André Morel, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne » (1987) 21 RJT 1.