

L'interprétation des droits socioéconomiques en Inde et en Afrique du Sud : par-delà le texte, la volonté judiciaire

David Robitaille

Volume 41, numéro 2, 2011

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026931ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1026931ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Robitaille, D. (2011). L'interprétation des droits socioéconomiques en Inde et en Afrique du Sud : par-delà le texte, la volonté judiciaire. *Revue générale de droit*, 41(2), 497–530. <https://doi.org/10.7202/1026931ar>

Résumé de l'article

Dans ce texte, l'auteur cherche à démontrer qu'au-delà du texte, l'interprétation des droits économiques et sociaux relève souvent du choix exercé par le juge et de sa volonté à participer au changement socioéconomique. Pour faire cette démonstration, l'auteur mobilisera d'abord la jurisprudence de la Cour suprême indienne, puis dans une seconde partie, celle de la Cour constitutionnelle sud-africaine. Il en ressortira qu'une constitution qui limite les droits socioéconomiques au rang de principes d'interprétation non justiciables ne constitue pas nécessairement un obstacle à la reconnaissance judiciaire de véritables droits économiques et sociaux constitutionnels. Inversement, une constitution qui consacre le même statut normatif à tous les droits et libertés, n'est pas gage d'une jurisprudence si progressiste. Tout dépend, en effet, de l'interprétation que choisissent d'en faire les juges, et de l'interprétation qu'ils font du contexte.

**L'interprétation
des droits socioéconomiques
en Inde et en Afrique du Sud :
par-delà le texte, la volonté judiciaire**

DAVID ROBITAILLE

Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Dans ce texte, l'auteur cherche à démontrer qu'au-delà du texte, l'interprétation des droits économiques et sociaux relève souvent du choix exercé par le juge et de sa volonté à participer au changement socioéconomique. Pour faire cette démonstration, l'auteur mobilisera d'abord la jurisprudence de la Cour suprême indienne, puis dans une seconde partie, celle de la Cour constitutionnelle sud-africaine. Il en ressortira qu'une constitution qui limite les droits socioéconomiques au rang de principes d'interprétation non justiciables ne constitue pas nécessairement un obstacle à la reconnaissance judiciaire de véritables droits économiques et sociaux constitutionnels. Inversement, une constitution qui consacre

ABSTRACT

In this text, the author tries to demonstrate that beyond the text, the interpretation of economic and social rights often depends on the choices made by judges and on their will to participate to socioeconomic change. To demonstrate this, the author will first mobilize the case law of the Indian Supreme Court; secondly that of the South African Constitutional Court. It will emerge that a constitution which limits socioeconomic rights to mere principles of interpretation does not necessarily constitute an obstacle to the judicial recognition of real economic and social constitutional rights. On the other hand, a clearly progressive constitution, in which all rights have the same normative status, is not

le même statut normatif à tous les droits et libertés, n'est pas gage d'une jurisprudence si progressiste. Tout dépend, en effet, de l'interprétation que choisissent d'en faire les juges, et de l'interprétation qu'ils font du contexte.

a guarantee of a very progressive case law. Indeed, everything depends on the interpretation that judges choose to give to these rights and the interpretation they make of the context.

Mots-clés : *Droits économiques et sociaux, interprétation, séparation des pouvoirs, contrôle de constitutionnalité, Inde, Afrique du Sud.*

Key-words : *Economic and social rights, interpretation, separation of powers, judicial review, India, South Africa.*

SOMMAIRE

Introduction.....	499
I. L'interprétation des droits économiques et sociaux en Inde : tributaire d'une lutte politique entre la Cour suprême et le gouvernement	501
A. L'interprétation restrictive des principes socioéconomiques au profit du droit à la propriété	503
B. La mobilisation des principes socioéconomiques en réaction au néolibéralisme.....	506
II. L'Afrique du Sud : une constitution progressiste, une jurisprudence flasque.....	513
A. La <i>rationalité</i> : un faible standard de constitutionnalité des politiques publiques	514
B. Le standard de <i>raisonnabilité</i> : un départ prometteur, une approche de compromis	515
C. Les critiques du standard de raisonabilité : une approche essentiellement processuelle.....	519
Conclusion : par-delà le texte, la volonté judiciaire.....	524

INTRODUCTION

1. La majorité des constitutions démocratiques adoptées au XX^e siècle présentent des traits communs¹, prévoyant une séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, reconnaissant les libertés fondamentales et montrant un certain souci pour la justice sociale. C'est notamment le cas de la *Constitution of India*² de 1949 et de la *Constitution of the Republic of South Africa*³ de 1996, qui marquent une rupture avec le modèle purement libéral, sans pour autant le rejeter complètement. Elles consacrent toutes deux plusieurs droits et libertés civils et politiques, ainsi que, respectivement, des principes socioéconomiques déclaratoires et des droits économiques et sociaux. Destinées à affranchir le peuple indien d'un passé colonial et discriminatoire et à mettre un terme au régime inégalitaire de l'apartheid, et plus fondamentalement à jeter les bases de sociétés justes, ces constitutions étaient porteuses d'un vent de transformation socioéconomique auquel les tribunaux ont été appelés à contribuer.

2. L'efficacité d'une constitution à insuffler ce vent de changement dépend en effet en partie, en particulier lorsque le gouvernement se complaît dans le *statu quo*, de l'interprétation que *choisissent* d'en faire les juges⁴. Les tribunaux

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

2. [En ligne]. http://india.gov.in/govt/constitutions_india.php (ci-après *Constitution indienne*). La jurisprudence de la Cour suprême indienne est disponible sur le site Internet de la Cour : [En ligne]. <http://judis.nic.in/supremecourt/chejudis.asp>. Il est à noter que les adresses de tous les sites Internet auxquels il est fait référence dans ce texte ont été vérifiées une dernière fois le 8 mars 2011.

3. N° 108 de 1996, [En ligne]. <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf> (ci-après *Constitution sud-africaine*). La jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine est disponible sur le site Internet de la Cour, [En ligne]. <http://www.constitutionalcourt.org.za>.

4. Bien entendu, l'interventionnisme judiciaire est loin d'être suffisant pour assurer une meilleure justice sociale, même les jugements les plus progressistes n'ayant pas nécessairement un impact direct ou majeur sur les conditions de vie des personnes et groupes qui en ont fait l'objet. Voir notamment Ran HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004; R. SUDARSHAN, « Courts and Social Transformation in India », dans Roberto GARGARELLA, Pilar DOMINGO, Theunis ROUX (dir.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Éditions Ashgate, 2006, 153.

s'appuient pourtant généralement avec insistance sur l'intention du constituant que le texte et le contexte, historique, politique, économique, juridique et social duquel est issue la constitution et dans lequel elle est interprétée, leur permettraient de découvrir. Ils en arriveraient ainsi à une réponse objective à un litige donné, assurant par la même occasion l'apparence de légitimité et la neutralité idéologique et morale de leurs décisions. Si le texte et le contexte entourant la norme constitutionnelle peuvent évidemment servir de repères pour contribuer à la détermination de sens, il n'en demeure pas moins que le premier est souvent libellé de manière vague et indéterminée, alors que le second nécessite lui-même d'être interprété, ce qui fait nécessairement place à une part de subjectivité chez l'interprète, l'interprétation de l'histoire étant une activité idéologiquement chargée⁵.

3. C'est dans cette perspective que nous situerons notre analyse de la jurisprudence de la Cour suprême indienne et de la Cour constitutionnelle sud-africaine portant sur les droits économiques et sociaux. Nous constaterons que l'interprétation de ces droits par la Cour suprême indienne, d'abord restrictive, mais plus progressiste par la suite, a été, en partie, tributaire d'une lutte politique entre la Cour et le gouvernement, ainsi que du contexte de libéralisation de l'économie et de ses conséquences sur les personnes les plus marginalisées. En Afrique du Sud, malgré un mandat constitutionnel plus clair en faveur de la justice sociale que celui dont bénéficient les juges indiens, la Cour constitutionnelle sud-africaine a développé une jurisprudence qui a fait l'objet d'éloges, en raison de sa contribution à la théorie de la justiciabilité des droits économiques et sociaux, mais aussi de critiques, en raison de la grande déférence dont la Cour témoigne à l'endroit des politiques publiques.

4. Plusieurs raisons expliquent le choix des deux systèmes juridiques faisant l'objet de ce texte. D'abord, les constitutions indienne et sud-africaine sont issues de régimes profondément inégalitaires et visent à jeter les bases de sociétés justes. Pour ce faire, elles donnent notamment aux juges le

5. Voir notamment le juge Ian BINNIE, « Constitutional Interpretation and Original Intent », (2004) 23 *Sup. Ct. L. Rev.* 345, 372-373; Pierre DE VOS, « A Bridge Too Far? History as Context in the Interpretation of the South African Constitution », (2001) 17 *S.A.J.H.R.* 1.

mandat de faire respecter les principes qui y sont consacrés, parmi lesquels se trouvent des droits socioéconomiques, que peu de constitutions, textuellement ou par interprétation judiciaire subséquente, consacrent sur le même pied que les droits civils et politiques. Ces constitutions sont également les normes supérieures de systèmes de common law fondés sur la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. La jurisprudence de la Cour suprême indienne et de la Cour constitutionnelle sud-africaine permet ainsi d'apprécier comment les magistrats conçoivent leur fonction d'interprétation et de création du droit et dans quelle mesure ils choisissent de contribuer au changement social. Enfin, cette analyse permettra incidemment de jeter un regard critique sur la jurisprudence canadienne. La majorité des juges canadiens se sont en effet montrés conservateurs dans les litiges socioéconomiques fondés sur les articles 7 et 15 de la Charte canadienne et sur le Chapitre IV de la Charte québécoise. La plupart du temps, on s'appuie en particulier sur le texte de ces dispositions et sur une conception stricte de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire pour en arriver à la conclusion que le constituant ou le législateur n'a pas voulu conférer aux tribunaux une mission de changement social⁶. La jurisprudence indienne et sud-africaine nous apprendra toutefois que le texte et le contexte ne constituent pas nécessairement les seuls éléments dans la détermination du sens des droits et libertés et que la réponse se trouve parfois ailleurs, soit dans la volonté du juge de contribuer à une meilleure justice sociale.

I. L'INTERPRÉTATION DES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX EN INDE : TRIBUTAIRE D'UNE LUTTE POLITIQUE ENTRE LA COUR SUPRÊME ET LE GOUVERNEMENT

5. Deux ans après son accession à l'indépendance de l'Angleterre le 15 août 1947, l'Inde adopte sa Constitution le 26 novembre 1949⁷. D'inspiration partiellement britannique,

6. L'exemple le plus clair étant l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429.

7. David ANNOUSSAMY, « La démocratie en Inde », (1997) 49 *R.I.D.C.* 679, 681; Holden FURBER, « Constitution-Making in India », (1949) 18 *Far Eastern Survey* 86.

celle-ci instaure une démocratie parlementaire, prévoit un partage des compétences législatives et consacre un large éventail de droits et libertés de la personne⁸. Qualifiée de « révolution sociale »⁹, l'adoption de la Constitution marquait ce que l'on espérait être le point de départ d'un nouvel ordre économique, social et politique¹⁰ et reflétait par ailleurs le fruit d'un compromis entre le libéralisme et le socialisme¹¹. Comme le souligne Bertus de Villiers, « la lutte pour l'indépendance était initialement motivée par le souci de protéger les citoyens contre l'arbitraire de l'État. Il a par la suite été réalisé, suivant les mots de Nehru, que les soi-disant libertés fondamentales seraient dénuées de sens et ne vaudraient que le papier sur lequel elles sont inscrites pour ceux dont les besoins essentiels ne sont pas comblés »¹². Dans ce contexte, la protection des libertés¹³ a été complétée par un chapitre formulant plusieurs principes économiques et sociaux déclaratoires dont la violation est clairement insusceptible de sanction judiciaire¹⁴.

6. Sur le plan politique, les principes ont vocation à sensibiliser les gouvernements successifs à l'importance de favoriser la liberté réelle et la dignité de leurs citoyens, et rappellent,

8. D. ANNOUSSAMY, « La démocratie en Inde », *id.*, 681-683; H. FURBER, *id.*, 86-88.

9. Jayna KOTHARI, « Social Rights and the Indian Constitution », (2004) 2 *Law, Social Justice & Global Development Journal*, [En ligne]. http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2004_2/Kothari, section 2.2 (comme le texte n'a pas de pagination officielle, il y sera fait référence par numéros de sections); Jagat NARAIN, « Judicial Law Making and the Place of Directive Principles in Indian Constitution », (1985) 27 *Journal of the Indian Law Institute* 198, 203 (notre traduction); R. SUDARSHAN, préc., note 4; Bertus DE VILLIERS, « Directives Principles of State Policy and Fundamental Rights: The Indian Experience », (1992) 8 *S.A.J.H.R.* 29, 32 (ci-après B. DE VILLIERS, « Directives Principles of State Policy »).

10. *Consumer Education & Research Centre and Others v. Union of India & Others*, (1995) SCC (3) 42, p. 661 (ci-après *Consumer Education & Research Centre*).

11. David ANNOUSSAMY, « Indépendance judiciaire : le cas de l'Inde », (1999) 51 *R.I.D.C.* 119, 120; Pratap Bhanu MEHTA, « India's Unlikely Democracy: The Rise of Judicial Sovereignty », (2007) 18 *Journal of Democracy* 70, 72-73.

12. B. DE VILLIERS, « Directives Principles of State Policy », préc., note 9, 30-31 (référence omise) (notre traduction).

13. Notamment, le droit à l'égalité, les droits à la vie et à la liberté et les libertés d'expression et de religion.

14. L'article 37 est clair sur ce point : « The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws » (nos italiques).

comme le préambule¹⁵, la fonction sociale de l'État¹⁶. Ils fournissent aussi à la population des critères sur la base desquels elle peut juger les politiques gouvernementales. C'est en ce sens qu'il est permis de considérer qu'une violation des principes engendre une violation de *l'esprit* de la Constitution, prise dans son sens large et politique¹⁷. Juridiquement, cependant, ces principes déclaratoires ne consacrent pas de véritables droits fondamentaux ni ne sont exécutoires ou contraignants, ce qui n'a pas empêché la Cour suprême indienne de leur donner une portée normative à intensité variable, en fonction du contexte, notamment la lutte de pouvoir qu'elle a livrée au gouvernement indien.

A. L'INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DES PRINCIPES SOCIOÉCONOMIQUES AU PROFIT DU DROIT À LA PROPRIÉTÉ

7. Bien que la Constitution indienne fasse expressément de la Cour suprême le dernier tribunal d'appel du pays, son rôle de gardienne des valeurs constitutionnelles n'a pas toujours été aussi bien établi qu'aujourd'hui. Puisque la Constitution reconnaissait clairement au Parlement le pouvoir de la modifier par le vote des deux tiers des voix, la Cour elle-même refusa d'exercer ce rôle de gardienne jusqu'en 1967¹⁸. Dans les années 1960 et 1970, la Cour affirmait toutefois sa place dans l'échiquier politique dans une lutte de pouvoir l'opposant

15. Le préambule affirme ainsi solennellement la nature socialiste de l'État et fait de la justice sociale, économique et politique, de la liberté et de la fraternité les valeurs phares censées orienter les politiques publiques et les tribunaux dans l'interprétation de la Constitution.

16. La Constitution exhorte en effet le gouvernement à tenir compte de ces principes dans l'élaboration de ses politiques : « 38. (1) The State shall strive to promote the welfare of the people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice, social, economic and political, shall inform all the institutions of the national life. (2) The State shall, in particular, strive to minimise the inequalities in income, and endeavour to eliminate inequalities in status, facilities and opportunities, not only amongst individuals but also amongst groups of people residing in different areas or engaged in different vocations ».

17. B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », préc., note 9, 33, n. 22.

18. Mesmin SAINT-HUBERT, « La Cour suprême de l'Inde, garante de la structure fondamentale de la Constitution : la construction d'une nouvelle doctrine visant à limiter le pouvoir constituant dérivé », (2000) 52 *R.I.D.C.* 631, 633.

à un gouvernement indien réfractaire au contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois¹⁹. Ainsi, lorsque le gouvernement s'appuya sur les principes socioéconomiques afin de favoriser des réformes agraires et nationaliser certaines entreprises ou activités économiques, la Cour fit primer le droit de propriété privé sur ces derniers et, du même coup, confirma son pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois pour non-respect des droits fondamentaux²⁰. Ce faisant, selon Mesmin Saint-Hubert, elle cantonna les principes dans un rôle purement déclaratoire et symbolique²¹. Le gouvernement réagit par des modifications successives à la Constitution afin de limiter le pouvoir de révision de la Cour suprême et notamment de faire en sorte qu'aucune loi destinée à mettre en œuvre les principes directeurs ne puisse être invalidée sur la base des droits individuels²². La Cour jugea inconstitutionnelles²³ les modifications tentées par le Parlement et limita la possibilité pour celui-ci de réviser la « structure de base » de la Constitution, c'est-à-dire ses aspects les plus importants qui ne peuvent être abrogés par le Parlement²⁴. Il faut dire que la Cour avait reçu l'appui indirect du peuple qui, à l'issue de cette longue crise de légitimité, chassa

19. P. B. MEHTA, préc., note 11, 79.

20. *Golakhnath v. State of Punjab*, (1967) 2 S.C.R. 762; D. ANNOUSSAMY, « Indépendance judiciaire : le cas de l'Inde », préc., note 11, 121-122; Jamie CASSELS, « Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible? », (1989) 37 *The American Journal of Comparative Law* 495, 510; P. B. METHA, *id.*, 73; M. SAINT-HUBERT, préc., note 18, 634.

21. M. SAINT-HUBERT, *id.* Voir aussi, plus généralement, D. ANNOUSSAMY, *id.*, 121; P. B. MEHTA, *id.* Bertus DE VILLIERS note cependant que dès les années 1950, la Cour considérait les droits fondamentaux comme étant supérieurs aux principes directeurs: B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », préc., note 9, 39 et suiv.

22. D. ANNOUSSAMY, *id.*, 121-122.

23. *Id.*; M. SAINT-HUBERT, préc., note 18, 634.

24. *His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalavarut v. Union of India*, (1973) Supp. S.C.R. 1; *Minerva Mills Ltd. and Others v. Union of India and Others*, (1980) 2 S.C.C. 591; D. ANNOUSSAMY, *id.*; M. SAINT-HUBERT, *id.* Si la Cour n'a pas défini de manière exhaustive les éléments qui composent la structure de base de la Constitution, ont été néanmoins cités l'égalité réelle, les droits fondamentaux, la primauté du droit, la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, le caractère séculier et démocratique de l'État indien, l'indépendance judiciaire, le contrôle de constitutionnalité des lois, ainsi que l'équilibre nécessaire entre les droits fondamentaux et les principes socioéconomiques directeurs.

le parti alors au pouvoir, contribuant conséquemment à la consolidation du rôle de la Cour à titre de garante des valeurs constitutionnelles²⁵. Il est à noter, toutefois, que la Cour s'est appuyée plus tard sur les principes directeurs dans l'évaluation de la constitutionnalité de normes législatives attentatoires aux libertés, mais justifiées par les objectifs socioéconomiques qu'elles poursuivaient. Selon la Cour, les libertés doivent en effet s'interpréter de manière harmonieuse avec ces principes²⁶, de sorte que ceux-ci ont par exemple servi à fonder la constitutionnalité de lois limitant la liberté commerciale en prévoyant, notamment, des prestations sociales minimales, la participation des employés à la gestion de l'entreprise, l'équité salariale et la fixation des prix pour garantir l'accès à certains biens²⁷.

8. Un « duel »²⁸ aussi « fracassant »²⁹ entre la Cour suprême et le gouvernement indien n'a pas été sans laisser de traces. Ainsi, selon certains, les deux institutions sont en constante compétition et il est difficile de déterminer laquelle constitue l'autorité finale dans l'interprétation de la Constitution³⁰. Alors que certains pourraient considérer l'interventionnisme de la Cour et le pouvoir de contrôle qu'elle s'est donné durant les années 1960 à 1980 comme une atteinte aux principes de l'État de droit³¹, de la suprématie parlementaire ou de la séparation des pouvoirs, Saint-Hubert souligne le souci de la Cour de borner la souveraineté parlementaire et son pouvoir de révision de la Constitution³². Selon l'auteur, la Cour a ainsi mis à mal une version absolutiste de la théorie selon laquelle le Parlement représente la volonté de toute la

25. D. ANNOUSSAMY, *id.*, 122-123; M. SAINT-HUBERT, *id.*, 643.

26. Bertus DE VILLIERS, « The Socio-Economic Consequences of Directive Principles of State Policy : Limitations on Fundamental Rights », (1992) 8 *S.A.J.H.R.* 188, 189-199.

27. *Id.*; voir aussi B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », préc., note 9, 43-45.

28. D. ANNOUSSAMY, « Indépendance judiciaire : le cas de l'Inde », préc., note 11, 120, 123.

29. *Ibid.*

30. P. B. MEHTA, préc., note 11, 74-75.

31. Sur la question, voir notamment J. CASSELS, préc., note 20, 509.

32. *Id.*, 509-511; M. SAINT-HUBERT, préc., note 18, 639-640. Voir aussi D. ANNOUSSAMY, « La démocratie en Inde », préc., note 7, 693.

population et, ce faisant, a assoupli le principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire :

[...] il n'est pas possible de considérer que quel que soit le moment où le Parlement procède à une révision, cette révision doit être considérée comme voulue par le peuple. En outre, les juges rappellent que la Constitution indienne a été rédigée sur la base du consensus et non sur la base de la majorité des voix. [...]. Par conséquent, les juges considèrent inacceptable l'affirmation suivant laquelle les deux tiers des membres des deux chambres du Parlement parlent toujours au nom du peuple entier de l'Inde.³³

9. Comme nous le constaterons ci-dessous, cette conception par la Cour de son rôle politique se vérifie également dans sa jurisprudence des années 1980 à 2000.

B. LA MOBILISATION DES PRINCIPES SOCIOÉCONOMIQUES EN RÉACTION AU NÉOLIBÉRALISME

10. Dans le contexte de ce conflit de pouvoir avec le gouvernement, la Cour développa des mécanismes innovants destinés à faciliter l'accès à la justice pour la population et les groupes marginalisés, leur permettant par la même occasion de contester la constitutionnalité des politiques adoptées par le gouvernement. À partir de la fin des années 1970, dans la foulée de l'état d'urgence déclaré par le gouvernement, situation menant à d'importantes violations des droits et principes constitutionnels³⁴, la Cour se conçut comme le dernier rempart des citoyens en énonçant le concept de « litige d'intérêt public »³⁵ (en anglais : *Public Interest Litigation* ou *PIL*). Selon ce mécanisme novateur, toute personne qui s'estime lésée dans ses droits par le gouvernement a la possibilité de

33. M. SAINT-HUBERT, *id.*, 639. Voir aussi D. ANNOUSSAMY, *ibid.*

34. S. MURALIDHAR, « Caractère justiciable des droits ESC — Expérience de l'Inde », dans *Le cercle des droits — L'activisme en faveur des droits économiques, sociaux et culturels : un outil pour la formation*, [En ligne]. <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/ind.htm>, 3.

35. J. KOTHARI, préc., note 9, section 3.1; P. B. METHA, préc., note 11, 71, 73.

s'adresser à la Cour, dans le cadre d'une procédure très souple, afin que soient sanctionnées les violations établies³⁶. Des citoyens qui jusqu'alors n'avaient pas accès à la Cour, en raison de barrières socioéconomiques, en profitèrent pour demander à celle-ci de se prononcer sur des problématiques qui n'avaient jamais été soumises à son jugement³⁷. « En assouplissant les règles régissant la qualité du requérant et la procédure, au point d'accepter qu'une carte postale puisse servir d'instrument valable pour le dépôt d'une requête, les juges ouvraient une nouvelle ère d'activisme qui libère les plaideurs du carcan du droit formel et du juridisme »³⁸.

11. La Cour se dota aussi du pouvoir de nommer des commissions d'enquête chargées de colliger et vérifier les faits litigieux. Ce fût notamment le cas dans le contexte de l'affaire *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India and Ors*³⁹, dans lequel elle mandata deux commissaires afin qu'ils fassent enquête et rendent rapport sur la situation concernant les allégations de soixante-quinze travailleurs, qui affirmaient être forcés de travailler depuis dix ans dans des conditions de travail inhumaines dans des entreprises privées. Sur la base du rapport qui indiquait en effet que des travailleurs ne disposaient d'aucune eau potable ni de soins de santé, respiraient de l'air malsain et ne pouvaient quitter leur lieu de travail, la Cour ordonna au gouvernement de concevoir des programmes visant l'amélioration de la qualité de vie des travailleurs et de s'assurer que l'employeur respecte les droits socioéconomiques de ses employés. La Cour dispose également du pouvoir de surveiller le respect de ses jugements par le gouvernement et de la capacité de rendre des ordonnances exigeant la prise de mesures positives par ce dernier⁴⁰.

36. Brenda COSSMAN, Ratna KAPUR, « Women and Poverty in India: Law and Social Change », (1993) 6 *RCFD/CJWL* 278, p. 298. Les critères d'admissibilité à cette procédure se sont cependant resserrés, la Cour exigeant notamment que les plaignants soient eux-mêmes victimes de la violation alléguée, ce qui n'était pas le cas auparavant. Aussi, la *PIL* a eu des résultats concrets mitigés. Voir B. COSSMAN, R. KAPUR, *id.*; J. KOTHARI, *id.*; P. B. METHA, *id.*, 71; S. MURALIDHAR, *préc.*, note 34, 3; R. SUDARSHAN, *préc.*, note 4, 156.

37. S. MURALIDHAR, *id.*

38. *Id.* Voir aussi P. B. MEHTA, *préc.*, note 11, 71.

39. *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India and Ors.*, (1983) INSC 206.

40. B. COSSMAN, R. KAPUR, *préc.*, note 36, 298; J. KOTHARI, *préc.*, note 9, section 3.1.

12. La *PIL* a par ailleurs permis à la Cour d'insuffler un sens nouveau et plus substantiel aux principes directeurs — allant même jusqu'à contourner leur absence de justiciabilité — et de s'investir d'une mission de changement social⁴¹. Alors que les « droits » socioéconomiques avaient été consacrés dans un chapitre distinct par rapport aux libertés fondamentales et confinés au statut de principes directeurs non exécutoires, la Cour parvint en effet, par une jurisprudence novatrice et une conception globale du droit à la vie, à contourner cette limite⁴². Malgré l'intention clairement exprimée du constituant, la Cour objectiva cette réorientation constitutionnelle en soulignant, à la lumière du préambule et des principes directeurs, que les « pères fondateurs » avaient eu l'intention de faire de l'Inde une démocratie socialiste et n'étaient pas censés ignorer la pauvreté massive existante à l'époque de la constitutionnalisation des droits⁴³. Pourtant, comme nous l'avons observé, le constituant a expressément pris soin de préciser que ces principes n'étaient pas susceptibles de sanction judiciaire. Par delà cette rhétorique, il est possible toutefois que la Cour ait senti le besoin d'envoyer un message au gouvernement, dont les politiques de libéralisation et de privatisation allaient appauvrir les personnes les plus défavorisées⁴⁴. Comme nous le développons plus amplement ailleurs⁴⁵, marquée par une profonde crise économique au début des années 1990, l'Inde entama une libéralisation de son économie et mit sur pied, sous l'influence du FMI et de la Banque mondiale, d'importants programmes d'ajustements structurels⁴⁶. Des secteurs jusque-là publics furent ainsi privatisés, avec pour conséquence l'augmentation de la pauvreté

41. B. COSSMAN, R. KAPUR, *id.*; J. KOTHARI, *id.*; S. MURALIDHAR, préc., note 34, 3.

42. S. MURALIDHAR, *id.*, p. 2.

43. B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », préc., note 9, 45.

44. B. DE VILLIERS, *id.*, 46, souligne d'ailleurs que la nouvelle approche de la Cour a notamment pour but d'inciter le gouvernement à favoriser la réalisation des droits économiques et sociaux.

45. 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 / CJLS* 1.

46. Basudeb CHAUDHURI, « Les réformes économiques indiennes : éléments de bilan », (2001) 165 *Revue Tiers Monde* 17, 17 et suiv.

des personnes les plus vulnérables⁴⁷. C'est dans ce contexte de « rupture » avec le « modèle socialiste indien »⁴⁸ qu'il faut comprendre la jurisprudence interventionniste de la Cour suprême dans les années 1980 et 1990⁴⁹.

13. La Cour mobilisa ainsi les principes socioéconomiques au soutien d'une interprétation étendue du droit à la vie. Sans être exécutoires en eux-mêmes, ces principes disposent néanmoins d'une importante force normative dans l'interprétation des autres droits et libertés reconnus dans la Constitution⁵⁰. Cette lecture harmonieuse des valeurs libérales et socialistes présentes dans la Constitution mena la Cour à confirmer l'interdépendance et la complémentarité⁵¹ de tous les droits et libertés et l'indivisibilité des besoins de la personne humaine. Selon la Cour, le droit à la vie serait vain et superficiel s'il n'incluait pas au moins les éléments essentiels à une vie digne et au développement de la personne dans sa globalité⁵², notamment le logement, l'alimentation, la santé et l'éducation⁵³.

47. B. CHAUDHURI, *id.*, 19-20, 24, 26; Gérard HEUZÉ, « Les conséquences sociales de la libéralisation en Inde », (2001) 165 *Revue Tiers Monde* 33, 37-38, 57. Bien que l'économie indienne ait connu une croissance marquée par suite de ces politiques, ses effets ont surtout été ressentis par une classe moyenne émergente et non par les personnes défavorisées. Voir B. CHAUDHURI, *id.*, 17, 26; G. HEUZÉ, *id.*, 39-40; Isabelle MILBERT, « La persistance de la pauvreté urbaine en Inde », (1995) 142 *Revue Tiers Monde* 325, 179-180, 186-187.

48. B. CHAUDHURI, *id.*, 29.

49. J. CASSELS, *préc.*, note 20, 510-511; D. ROBITAILLE, *préc.*, note 45, 15-18.

50. S. MURALIDHAR, *préc.*, note 34, 2.

51. *Unni Krishnan, J.P. and Ros v. State of Andhra Pradesh and Ors.*, (1993) INSC 60 (ci-après *Unni Krishnan*); J. KOTHARI, *préc.*, note 9, introduction.

52. Dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, *préc.*, note 6, par. 346, la juge Arbour, dissidente, est la seule à avoir fait le lien entre les droits socioéconomiques et le droit à la vie, ces derniers étant indissociables : « On ne devrait pas accepter d'emblée que le droit à la vie prévu à l'art. 7 soit virtuellement vide de sens. Tout d'abord, une telle conclusion est contraire aux principes d'interprétation les plus élémentaires, car elle laisse entendre que la disposition de la *Charte* sur ce droit fondamental est rédigée en termes essentiellement creux. Facteur plus important encore, cette interprétation risque de miner la cohérence et l'objet de la *Charte* dans son ensemble. Après tout, le droit à la vie constitue une condition préalable — *sine qua non* — à la possibilité même de jouir de tous les autres droits garantis par la *Charte* ».

53. Voir notamment *Paschim Banga Khet Mazdoorsamity of Ors. v. State of West Bengal & Anr.*, (1996) SCC (4) 37 (ci-après *Paschim Banga*); *Consumer Education & Research Centre*, *préc.*, note 10, 657 et suiv.; *Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan & Ors.*, (1997) 11 SCC 123 (ci-après *Ahmedabad Municipal Corporation*); *Francis Coralie Mullin v. The Administrator, Union Territory of Delhi & Ors.*, (1981) SCR (2) 516.

14. Sur la base d'une interprétation large du droit à la vie, inféodée aux principes socioéconomiques, la Cour ordonna au gouvernement de fournir des abris adéquats à des personnes ayant érigé des bidonvilles en bordure des autoroutes, après s'être déplacées des régions rurales vers la ville à la recherche de meilleures conditions de vie⁵⁴. Puisque la libéralisation économique avait surtout profité aux grands centres, occasionnant des mouvements de migration urbaine, et compte tenu de la nécessité du droit au logement pour le bénéfice réel du droit à la vie, la Cour obligea le gouvernement à fournir des abris aux plaignants⁵⁵.

15. Une interprétation large du droit à la vie permit aussi à la Cour de juger arbitraires des frais exorbitants que des collèges de médecine imposaient aux non-résidents de la province de Karnataka⁵⁶. Malgré la présence de limites intrinsèques dans le texte du « droit » à l'éducation⁵⁷, ce dernier servit de « levier »⁵⁸ à la Cour pour sanctionner cette privatisation de l'éducation dans un pays qui comptait à l'époque de la constitutionnalisation des droits et libertés plus de 70 % de personnes illettrées, situation que le constituant n'était pas sans ignorer. Et c'est justement à cette problématique que s'attaquait symboliquement ce dernier en consacrant le principe non exécutoire du droit à l'éducation, sans lequel, selon la Cour, l'exercice véritable du droit à la vie serait illusoire. Près de dix ans plus tard, la Cour a cependant nuancé la position prise dans cet arrêt en jugeant constitutionnels les frais supplémentaires exigés par les collèges de médecine privés par rapport aux établissements publics⁵⁹. Cette fois, la Cour

54. *Ahmedabad Municipal Corporation, id.*

55. *Id.*; *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, (1985) 3 SCC 545.

56. *Miss Mohini Jain v. State of Karnataka and Ors.*, (1992) SCR (3) 658.

57. Le droit à l'éducation énonce : « 41. The State shall, within the limits of its economic capacity and development, make effective provision for securing the right to work, to education and to public assistance in cases of unemployment, old age, sickness and disablement, and in other cases of undeserved want ».

58. L'expression est de 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, Sanda RODGERS (dir.), *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham, Éditions Lexis Nexis, 2006, 213.

59. *Unni Krishnan, préc.*, note 51.

estima que l'éducation postsecondaire s'éloigne du noyau essentiel du droit à l'éducation que l'État doit assurer gratuitement aux enfants jusqu'à l'âge de quatorze ans, protection minimale au-delà de laquelle il n'est tenu que dans la mesure de ses ressources⁶⁰. Le gouvernement amenda par la suite la Constitution afin d'y préciser son obligation constitutionnelle d'assurer l'éducation publique gratuite jusqu'à l'âge de quatorze ans⁶¹.

16. Dans une autre affaire, un homme poursuit avec succès le gouvernement pour l'absence de traitement dont il avait été victime dans le réseau public de soins de santé à la suite d'une grave blessure à la tête subie en chutant d'un train⁶². L'homme avait été transporté dans huit hôpitaux différents, certains ne disposant pas de l'équipement nécessaire, d'autres n'ayant pas suffisamment de lits disponibles, avant d'être soigné dans un hôpital privé où il a finalement été hospitalisé durant près de deux semaines, à ses frais. Dans la mesure où les « pères fondateurs » espéraient faire de l'Inde une démocratie socialiste, la Cour estima que le premier devoir de l'État est d'assurer la sécurité et le bien-être de sa population et que le défaut de prodiguer des soins de santé raisonnables dans un délai raisonnable à des personnes qui en ont urgemment besoin constitue une violation de la Constitution⁶³. Si la Cour reconnaît que la réalisation du droit à la santé, inclus dans le droit à la vie, nécessite la mobilisation de ressources, elle refuse d'ériger cet argument en dogme absolu et adopte une approche plus souple, soucieuse à la fois de la protection de la vie et de la sécurité de la personne et des difficultés économiques du pays⁶⁴. Dans cette affaire, l'argument des contraintes financières a donc été rejeté par la Cour compte tenu du caractère immédiat des

60. *Id.*, par. 45, 49, 50, 80. Cette interprétation a été confirmée dans l'arrêt *TMA Pai Foundation v. Union of India*, AIR 1996 SC 2652.

61. Le nouvel article 21A. énonce : « The State shall provide free and compulsory education to all children of the age of six to fourteen years in such manner as the State may, by law, determine ».

62. *Paschim Banga*, préc., note 53.

63. *Ibid.*

64. *Ibid.*

soins vitaux dont le patient avait besoin. La Cour accorda donc des dommages et intérêts au plaignant et spécifia au gouvernement les mesures à prendre afin de se conformer à la Constitution. L'argument des limites budgétaires eut plus de poids dans une autre affaire dans laquelle un plaignant, qui avait été soigné dans un hôpital privé à la suite d'une crise cardiaque, contestait la constitutionnalité de la politique de remboursement partiel du gouvernement provincial en ce qui concerne les soins obtenus dans un tel hôpital⁶⁵. L'ancienne politique consistait à rembourser l'intégralité de ces frais dans la mesure où les soins n'étaient pas disponibles dans le système public. Considérant que le gouvernement doit disposer d'une certaine marge de manœuvre dans l'allocation des ressources et compte tenu de la nature de l'obligation de l'État qui consiste à prendre des mesures raisonnables⁶⁶, la Cour estima que ce dernier avait, dans les circonstances, respecté ses obligations constitutionnelles. C'est également sur cette base que la Cour, dans une autre affaire, jugea raisonnable et constitutionnelle la cotisation exigée des anciens militaires pour bénéficier d'un régime de soins de santé une fois à la retraite⁶⁷.

17. La Constitution indienne oblige ainsi l'État à faire un effort maximal afin de réaliser le noyau essentiel de chacun des droits socioéconomiques compris dans le droit à la vie, protection au-delà de laquelle l'État pourra plus facilement justifier son inaction en invoquant ses ressources limitées⁶⁸. Les contraintes financières constituent ainsi un élément à considérer dans la détermination du caractère justifié de la violation du droit à la vie, mais l'importance de cet élément variera selon le contexte. Plus la violation se situe au cœur ou vers le centre du noyau essentiel de protection qu'accorde le droit à la vie, plus le fardeau de l'État sera lourd; inversement, plus la

65. *State of Punjab & Ors. v. Ram Lubhaya Bagga*, (1998) 4 SCC 117.

66. *Ibid.*

67. *Confederation of Ex-Servicement Association & Ors. v. Union of India & Ors.*, (2006) (8) SCC 399 (ci-après *Confederation of Ex-Servicement Association*).

68. *Paschim Banga*, préc., note 53; *Unni Krishnan*, préc., note 51.

violation s'éloigne de ce contenu, plus la Cour sera déférente et plus l'argument budgétaire aura de pertinence⁶⁹.

II. L'AFRIQUE DU SUD : UNE CONSTITUTION PROGRESSISTE, UNE JURISPRUDENCE FLASQUE

18. Faisant suite au régime de l'apartheid, lequel avait juridiquement légitimé des politiques publiques et une répartition des terres discriminatoires envers la majorité noire de la population, la Constitution sud-africaine de 1996 est l'une des plus progressistes au monde. Elle consacre en effet plusieurs droits économiques et sociaux et, surtout, leur accorde la même valeur juridique que les droits civils et politiques⁷⁰. Les droits socioéconomiques peuvent donc eux aussi servir de base au contrôle judiciaire de constitutionnalité des politiques publiques⁷¹. Compte tenu de la légitimité que leur accorde un texte clair et le contexte ayant précédé l'adoption de la Constitution⁷², les juges de la Cour constitutionnelle

69. Dans le contexte de la Charte canadienne, c'est aussi ce que semble affirmer la juge McLachlin dans l'arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 131 : « 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 ».

70. L'article 2 énonce : « This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled ». L'article 7(2) prévoit également que : « The State must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights ». Comme nous pouvons le constater, aucune de ces dispositions importantes ne fait de distinction entre les libertés et les droits économiques et sociaux qui seraient défavorables à ces derniers.

71. *Id.* Voir également l'article 38 : « Anyone listed in this section has the right to approach a competent court, alleging that a right in the Bill of Rights has been infringed or threatened, and the court may grant appropriate relief, including a declaration of rights. The persons who may approach a court are — a. anyone acting in their own interest; b. anyone acting on behalf of another person who cannot act in their own name; c. anyone acting as a member of, or in the interest of, a group or class of persons; d. anyone acting in the public interest; and e. an association acting in the interest of its members ».

72. Le préambule affirme clairement que la justice sociale et la transformation de la société sud-africaine figurent au rang des principaux objectifs de la Constitution : « We, the people of South Africa, Recognise the injustices of our past; Honour those who suffered for justice and freedom in our land; Respect those who have worked to build and develop our country; and Believe that South Africa belongs to all

sud-africaine n'en ont pas moins développé une approche plutôt molle des droits économiques et sociaux, encensée, mais aussi critiquée, comme nous le verrons, en raison de son caractère essentiellement processuel.

A. LA RATIONALITÉ : UN FAIBLE STANDARD DE CONSTITUTIONNALITÉ DES POLITIQUES PUBLIQUES

19. Dans le premier litige qu'elle a eu à trancher sur la base des droits économiques et sociaux reconnus dans la Constitution sud-africaine⁷³, la Cour constitutionnelle en fit une interprétation restrictive⁷⁴. Dans l'arrêt *Soobramoney*, un homme souffrant de problèmes cardiaques et d'une insuffisance rénale irréversible s'adressa à la Cour afin qu'elle oblige un hôpital, sur la base du droit à des soins de santé reconnu à l'article 27 de la Constitution, à lui prodiguer des traitements qu'on lui avait refusés en raison de l'équipement limité et vétuste dont disposait l'institution, ainsi que des nombreux autres patients à soigner⁷⁵. La Cour rejeta cette demande au motif, principalement, que la mise en œuvre des droits économiques et sociaux dépend des ressources limitées dont dispose l'État et qu'il appartient à celui-ci, et non aux

who live in it, united in our diversity. We therefore, through our freely elected representatives, adopt this Constitution as the supreme law of the Republic so as to [:] Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights; Lay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the will of the people and every citizen is equally protected by law; Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person; and Build a united and democratic South Africa able to take its rightful place as a sovereign State in the family of nations. May God protect our people ».

73. *Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)*, [1998] 1 S. Afr. L.R. 761 (ci-après *Soobramoney*).

74. Sandra LIEBENBERG, « South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-Economic Rights: An Effective Tool in Challenging Poverty? », (2002) 6 *Law, Democracy and Development* 1, [En ligne]. <http://www.communitylawcentre.org.za/clc-projects/socio-economic-rights/research/socio-economic-rights-transformation-in-sa/2002-vol-6-law-democracy-and-development/South%20Africas%20evolving%20jurisprudence.pdf>, 7; Marius PIETERSE, « Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights: Contemplating the South African Experience », (2004) 26 *Hum. Rts. Q.* 882, 901; Craig SCOTT, Philip ALSTON, « Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on *Soobramoney's* Legacy and *Grootboom's* Promise », (2000) 16 *S.A.J.H.R.* 206, 235 et suiv.

75. *Soobramoney*, préc., note 73, par. 1-5.

tribunaux, de faire des choix sociopolitiques et budgétaires complexes⁷⁶. Dans la mesure où les politiques sociales étaient rationnelles et avaient été adoptées de bonne foi, la Cour n'allait pas intervenir dans la gestion des fonds publics⁷⁷. L'obligation constitutionnelle de l'État se limitait alors à établir l'existence de mesures socioéconomiques sans que la Cour remette véritablement en question la suffisance de celles-ci⁷⁸. En soumettant les politiques publiques à un test aussi peu rigoureux, la Cour reconnut au législateur une grande discrétion dans la détermination du contenu effectif des droits économiques et sociaux. Il est probable cependant que les faits particuliers de cette affaire, notamment la nature irréversible de la maladie du plaignant et le nombre de patients à traiter avec de l'équipement limité, aient constitué un facteur dans le choix par la Cour d'un standard aussi faible.

B. LE STANDARD DE RAISONNABILITÉ : UN DÉPART PROMETTEUR, UNE APPROCHE DE COMPROMIS

20. Deux ans plus tard, dans un contexte factuel différent mettant en jeu le droit au logement de personnes vivant dans la misère extrême, la Cour s'est appuyée sur les valeurs de justice sociale qui ont été constitutionnalisées par suite de l'apartheid et mit de côté l'approche initialement préconisée. La Cour a cette fois adopté une conception moins rigide de la séparation des pouvoirs, comme elle l'exigeait d'ailleurs dans ce passage important d'un arrêt antérieur qui semble avoir été ignoré dans l'arrêt *Soobramoney* en 1997 :

L'inclusion de droits économiques et sociaux dans la Constitution peut effectivement paver la voie à des ordonnances

76. *Id.*, par. 10-11, 19-20, 22-36.

77. *Ibid.*

78. *Id.*, par. 24. C'est aussi la conclusion à laquelle semble en arriver la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gosselin*, préc., note 6, par. 88 et 92 à 96, en ce qui concerne l'article 45 de la Charte québécoise. Celui-ci imposerait à l'État l'obligation d'adopter des mesures socioéconomiques afin de « donner effet » au droit à un niveau de vie suffisant, mais ne permettrait pas aux tribunaux d'évaluer la suffisance ou la raisonnablement de ces mesures.

judiciaires ayant un impact direct sur le budget de l'État. Cela est aussi vrai, cependant, de la sanction judiciaire de droits civils et politiques tels le droit à l'égalité, la liberté d'expression ou le droit à un procès équitable. Les tribunaux ont effectivement déjà obligé le gouvernement à fournir de l'aide juridique ou à accorder la protection de programmes sociaux à des groupes qui en étaient exclus. Il est donc erroné de prétendre que la constitutionnalisation des droits socioéconomiques a modifié l'équilibre de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et conféré aux tribunaux des pouvoirs si différents de ceux qu'ils ont traditionnellement exercés.⁷⁹

21. Dans ce contexte, la Cour développa une méthode de justiciabilité fondée sur la *raisonnabilité* des politiques publiques, qu'elle considère plus exigeante que la norme de rationalité précédemment choisie⁸⁰. Dans l'arrêt *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*⁸¹, la Cour mit en effet sur pied ce que plusieurs considèrent comme une approche innovatrice⁸² inspirée du droit administratif⁸³, en vertu de laquelle le rôle du tribunal est de vérifier si les politiques publiques sont cohérentes, rationnelles et si elles

79. *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, [1996] 4 S. Afr. L.R. 744, par. 77 (notre traduction). Dans l'arrêt *Soobramoney*, préc., 73, le juge Chaskalson ne fait aucunement mention de ce passage si important de l'arrêt *In re Certification of the Constitution*.

80. *Khosa v. The Minister of Social Development*, [2004] 6 S. Afr. L.R. 505, par. 67 (ci-après *Khosa*).

81. [2001] 1 S. Afr. L.R. 46 (ci-après *Grootboom*).

82. Voir notamment Cass R. SUNSTEIN, « Social and Economic Rights? Lessons from South Africa », (2000-2001) 11 *Forum constitutionnel* 123.

83. David BILCHITZ, « Placing Basic Needs at the Centre of Socio-Economic Rights Jurisprudence », (2003) 4 *ESR Review* 2 (ci-après D. BILCHITZ, « Basic Needs »); Alana KLEIN, « Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights », (2007-2008) 39 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 351, 374-385; Marius PIETERSE, « Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights », (2004) 20 *S.A.J.H.R.* 383, 410 (ci-après M. PIETERSE, « Coming to Terms »); Kameshni PILLAY, « Making Social and Economic Rights Work: Justiciability, Reasonableness and Proportionality in South African and United Kingdom Courts », dans Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Theunis ROUX (dir.), *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, 203, p. 206.

distribuent équitablement les ressources entre les différents groupes qui en ont besoin à court, moyen et long terme⁸⁴.

22. Contrairement au concept de noyau essentiel que la Cour a rejeté⁸⁵, cette norme de raisonnabilité n'oblige pas l'État à satisfaire les besoins essentiels de tous avant de viser la réalisation d'autres objectifs à moyen ou à long terme. S'il est par ailleurs difficile de déterminer de manière précise et prévisible la mesure dans laquelle une politique doit tenir compte de la situation des groupes défavorisés pour être raisonnable, la Cour indique néanmoins que des programmes qui omettent de prioriser les besoins de base d'un trop grand nombre de personnes seront jugés inconstitutionnels⁸⁶. C'est sur la base de ce test que la Cour jugea arbitraire une politique en matière de logement dont les ressources étaient concentrées vers la construction de logements sociaux, un objectif à moyen sinon à long terme⁸⁷, et qui ne prévoyait aucune mesure pour alléger la misère des demandeurs qui, occupant des bidonvilles, vivaient dans des conditions extrêmement difficiles⁸⁸. C'est également en fonction de ce standard que la Cour jugea arbitraire une politique en vertu de laquelle l'État limitait de façon importante l'accessibilité publique à un médicament susceptible de prévenir la transmission du VIH entre une mère et son enfant et qui était offert gratuitement par le fabricant pour une période de cinq ans⁸⁹.

84. *Grootboom*, préc., note 81, par. 43.

85. *Id.*, par. 32, 35, 37. La Cour constitutionnelle a de nouveau confirmé sa position à cet égard dans son plus récent jugement portant sur les droits économiques et sociaux : *Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others (Centre on Housing Rights and Evictions as Amicus Curiae)*, CCT 39/09, par. 53-68 (ci-après *Mazibuko*). Pour une discussion plus approfondie sur le concept de noyau essentiel et son lien avec le standard de raisonnabilité, voir David ROBITAILLE, « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux », dans Pierre BOSSET, Lucie LAMARCHE (dir.), *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels — La Charte québécoise des droits et libertés en chantier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 49.

86. *Grootboom*, *id.*, par. 43, 52-69.

87. *Id.*, par. 51-52, 63-64.

88. *Id.*, par. 7, 52-69.

89. *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, [2002] 5 S. Afr. L.R. 721, par. 2-4, 17, 19, 57, 70, 92-95, 135 (ci-après *Treatment Action Campaign*).

23. Plusieurs ont salué l'approche de la Cour constitutionnelle⁹⁰. L'obligation faite à l'État d'élaborer des programmes sociaux raisonnables confirme en effet la justiciabilité des droits économiques et sociaux, permet de mettre en lumière certaines failles des politiques publiques et pourrait instaurer un dialogue entre les tribunaux et le gouvernement⁹¹. La Constitution et la jurisprudence de la Cour participent ainsi à un effort de transformation sociale visant à réparer les injustices commises durant l'apartheid par l'instauration d'une « culture de justification » qui met l'accent sur le besoin d'une plus grande imputabilité des décisions et politiques publiques⁹². Elle vise en effet à sensibiliser l'État à l'importance de prévoir des mesures pour les individus et les groupes défavorisés et permet à ces derniers et aux tribunaux d'exiger des explications⁹³ par rapport aux choix et aux priorités de l'État dans la gestion des ressources publiques. Selon certains, cette approche reflète ainsi un compromis entre l'importance de prendre au sérieux les droits économiques et sociaux, tout en demeurant réaliste quant à leur faisabilité et en reconnaissant au gouvernement une marge de manœuvre nécessaire⁹⁴. Elle démontre, en définitive, que les droits économiques et sociaux sont justiciables et que les arguments défavorables au contrôle judiciaire fondé sur ces derniers ne

90. Voir notamment C. SUNSTEIN, préc., note 82. Voir également, ainsi que les sources auxquelles il est fait référence, David ROBITAILLE, « Non-universalité, illégitimité et sur-complexité des droits économiques et sociaux : des préoccupations légitimes mais hypertrophiées. Regard sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine », (2008) 53 *R.D. McGill* 243 (ci-après « Des préoccupations légitimes mais hypertrophiées »).

91. Bruce PORTER, « The Reasonableness of Article 8(4) — Adjudicating Claims From the Margins », (2009) 27 *Nordic Journal of Human Rights* 39. Selon Porter, la norme de raisonabilité élaborée par la Cour constitutionnelle sud-africaine et dont se sont inspirés les rédacteurs du Protocole facultatif au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* permettrait cet équilibre entre les fonctions législative et exécutive, d'une part, et judiciaire, d'autre part.

92. Etienne MUREINIK, « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », (1994) 10 *S.A.J.H.R.* 31, 32. Voir aussi A. KLEIN, préc., note 83, 376; S. LIEBENBERG, préc., note 74, 9; K. PILLAY, préc., note 83, 236-237; Murray WESSON, « *Grootboom* and Beyond: Reassessing the Socio-Economic Jurisprudence of the South African Constitutional Court », (2004) 2 *S.A.J.H.R.* 284, 293.

93. Dans le contexte de la Charte canadienne, voir N. DES ROSIERS, préc., note 58, 215, 219-220.

94. K. PILLAY, préc., note 83, 206, 207, 227; M. WESSON, préc., note 92, 303-305.

sont pas absolus⁹⁵, et que les tribunaux, dans le cadre d'approches mesurées⁹⁶, peuvent contribuer à leur effectivité.

C. LES CRITIQUES DU STANDARD DE RAISONNABILITÉ : UNE APPROCHE ESSENTIELLEMENT PROCESSUELLE

24. Malgré son apport indéniable à la théorie de la justiciabilité des droits économiques et sociaux, le concept de raisonnable n'en comporterait pas moins, selon certains, d'importantes lacunes qui sont principalement liées au fait qu'il fonde essentiellement un contrôle judiciaire de type processuel⁹⁷. Le test de raisonnable placerait en effet les politiques publiques au centre de l'analyse fondée sur les droits économiques et sociaux⁹⁸, plutôt que les besoins des individus et groupes affectés par la pauvreté⁹⁹, la tâche du tribunal consistant à vérifier si ces politiques sont cohérentes et rationnelles, sans que la Cour définisse plus amplement ces deux traits essentiels. Soucieuse de ne pas outrepasser ses fonctions et d'éviter d'imposer des obligations trop onéreuses au gouvernement¹⁰⁰, la Cour estime en effet que la définition des droits économiques et sociaux et la détermination des obligations qu'ils imposent sont indissociables de la question des ressources disponibles¹⁰¹, refusant conséquemment d'intégrer dans la Constitution le concept de noyau essentiel mis de l'avant en droit international¹⁰². Pour se justifier, la

95. D. ROBITAILLE, « Des préoccupations légitimes mais hypertrophiées », préc., note 90.

96. Pour un résumé exhaustif des approches empruntées par les tribunaux, voir A. KLEIN, préc., note 83.

97. D. BILCHITZ, « Basic Needs », préc., note 83, 4; Marius PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights : Constitutional Entitlements to Health Care Services », (2006) 22 *S.A.J.H.R.* 473, 487 (ci-après M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights »).

98. *Ibid.*

99. David BILCHITZ, « Towards a Theory of Content for Socio-Economic Rights », dans J. ILIOPOULOS-STRANGAS, T. ROUX, préc., note 83, 3, p. 8; M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », préc., note 97, 474; M. PIETERSE, « Coming to Terms », préc., note 83, 407.

100. Dennis M. DAVIS, « Adjudicating the Socio-Economic Rights in the South African Constitution : Towards 'Deference Lite' », (2006) 22 *S.A.J.H.R.* 301, 310-318, 323.

101. *Grootboom*, préc., note 81, par. 34-38.

102. M. PIETERSE, « Coming to Terms », préc., note 83, 410.

Cour souligne qu'il est impossible d'assurer immédiatement à tous les Sud-Africains l'accès aux besoins essentiels¹⁰³, que la détermination du contenu précis des droits économiques et sociaux ne relève pas de son expertise¹⁰⁴ et qu'il ne lui revient conséquemment pas, sur le plan démocratique, de définir en détail les politiques publiques¹⁰⁵.

25. En associant définition et mise en œuvre concrète du droit et en faisant du concept de raisonabilité *l'obligation même* qu'imposent les droits économiques et sociaux, la Cour s'est privée, selon David Bilchitz, d'un étalon de mesure lui permettant d'évaluer objectivement si le gouvernement satisfait raisonnablement ou non à son obligation constitutionnelle¹⁰⁶. Sans cette base objective extérieure à la question des limites budgétaires, le contrôle judiciaire de constitutionnalité des politiques publiques risque en effet d'être un exercice arbitraire pavant la voie à ce que le juge estime lui-même être raisonnable¹⁰⁷. L'approche administrativiste laisserait du même coup le champ libre au gouvernement pour définir lui-même le contenu de droits auxquels il est pourtant censé être assujetti¹⁰⁸. Il en résulterait un contrôle judiciaire affaibli dont la norme de contrôle s'apparenterait à celle de la rationalité, pourtant rejetée par la Cour. Malgré quelques affirmations en sens contraire¹⁰⁹, raisonabilité et rationalité sont en effet similaires dans la mesure où l'approche développée

103. *Mazibuko*, préc., note 85, par. 59; *Grootboom*, préc., note 81, par. 35; S. LIEBENBERG, préc., note 74, 8.

104. *Mazibuko*, *id.*, par. 61-62; *Grootboom*, *id.*, par. 32, 37-38; S. LIEBENBERG, *id.*

105. *Mazibuko*, *id.*, par. 57, 61, 65.

106. David BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 141-149, 222 (ci-après *Poverty and Fundamental Rights*); David BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence », (2003) 19 *S.A.J.H.R.* 1, 6, 8, 10, 12 (ci-après « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core »); D. BILCHITZ, « Basic Needs », préc., note 83, 3; David BILCHITZ, « Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and its Importance », (2002) 119 *S. Afr. Law J.* 484, 488, 496 (ci-après « The Minimum Core and its Importance »); M. PIETERSE, « Coming to Terms », préc., note 83, 408.

107. D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, *id.*, p. 222; D. BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », *id.*, 10. Voir également M. PIETERSE, « Coming to Terms », *id.*, 411, où l'auteur cite Bilchitz avec approbation.

108. A. KLEIN, préc., note 83, 377.

109. *Khosa*, préc., note 80, par. 67; S. LIEBENBERG, préc., note 74, 9.

dans l'arrêt *Grootboom* exige essentiellement que les politiques gouvernementales soient cohérentes et rationnellement liées à la promotion des droits économiques et sociaux. Comme le fait remarquer Marius Pieterse : « La raisonnablement est un standard essentiellement procédural n'exigeant pas la prise au sérieux du contenu du droit ni de ses limites. Cette norme ne reconnaît aucun véritable droit subjectif aux Sud-Africains et n'exige de l'État que la mise en place de mesures socioéconomiques respectant les principes de la bonne gouvernance »¹¹⁰.

26. Tels qu'interprétés par la Cour constitutionnelle, les droits économiques et sociaux viseraient donc au premier chef à protéger les Sud-Africains contre l'action gouvernementale arbitraire et incohérente dans le cadre d'une approche exigeant davantage d'imputabilité des politiques publiques¹¹¹ qui, ce faisant, exclurait l'individu et ses besoins essentiels des préoccupations fondamentales de l'analyse¹¹². Il importerait donc de développer le noyau essentiel autonome des droits économiques et sociaux qui devraient imposer non seulement la prise en compte de la situation des personnes démunies dans le processus législatif socioéconomique, mais également l'évaluation de la substance raisonnable des mesures destinées à les mettre en œuvre¹¹³. La Cour constitutionnelle admet d'ailleurs elle-même l'importance du concept de noyau essentiel¹¹⁴. Comme le souligne Bilchitz, pour en arriver à la conclusion que les programmes sociaux

110. M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », préc., note 97, 487 (notre traduction).

111. La Cour constitutionnelle a confirmé cette approche dans le récent arrêt *Mazibuko*, préc., note 85, par. 59, 70-71, 159-165.

112. D. BILCHITZ, « Towards a Theory of Content for Socio-Economic Rights », préc., note 99, p. 7; D. BILCHITZ, « Basic Needs », préc., note 83, 2 et 3; M. PIETERSE, « Coming to Terms », préc., note 83, 407; Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », (2004) 82 *Tex. L. Rev.* 1895, 1906.

113. Pour une discussion plus approfondie, voir D. ROBITAILLE, « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux », préc., note 85.

114. D. BILCHITZ, « The Minimum Core and its Importance », préc., note 106, 486, 496-499; Pierre DE VOS, « *Grootboom*. The Right of Access to Housing and Substantive Equality as Contextual Fairness », (2001) 17 *S.A.J.H.R.* 258, 273; M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », préc., note 97, 475.

contestés étaient déraisonnables dans l'arrêt *Grootboom*, il faut bien que la Cour se soit appuyée, au moins implicitement, sur un certain contenu « obligationnel » indépendant¹¹⁵. D'ailleurs, celle-ci n'a pas complètement fermé la porte à la notion de noyau essentiel dans l'arrêt *Grootboom*¹¹⁶ et a même indiqué qu'il constitue un indice pertinent de raisonnabilité¹¹⁷. Dans la récente affaire des compteurs d'eau¹¹⁸, malgré son refus de déterminer le nombre de litres précis qu'exigerait le droit constitutionnel à l'eau, la Cour n'en a pas moins laissé entendre que les appelants auraient pu soulever le caractère déraisonnable et insuffisant de la politique municipale, laquelle prévoyait l'accès à vingt-cinq litres d'eau par personne quotidiennement, s'ils avaient maintenu cet argument devant elle¹¹⁹. En se fondant notamment sur l'*Observation générale 15* du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, la Cour d'appel a d'ailleurs estimé que le droit à l'eau impose l'obligation de fournir une quantité d'eau suffisante à une vie digne, ce à quoi, sur la base de documents gouvernementaux et d'expertises¹²⁰, ne correspondaient pas vingt-cinq litres par jour par personne¹²¹. La Cour d'appel jugea en effet que la Constitution impose à l'État l'obligation de fournir au moins quarante-deux litres d'eau par jour par personne, conclusion qui a été infirmée par la Cour constitutionnelle.

27. L'obligation, dégagée par la Cour, de tenir compte des besoins essentiels et urgents des personnes défavorisées ne peut par ailleurs théoriquement et logiquement découler de l'obligation de raisonnabilité elle-même, mais s'apparente en effet davantage au contenu essentiel des droits au logement

115. D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, préc., note 106, p. 141-149; D. BILCHITZ, « The Minimum Core and its Importance », *id.*

116. *Grootboom*, préc., note 81, par. 33; D. BILCHITZ, « The Minimum Core and its Importance », *id.*, 485; M. TUSHNET, préc., note 112, 1905, n. 62.

117. *Treatment Action Campaign*, préc., note 89, par. 34.

118. *Mazibuko*, préc., note 85.

119. *Id.*, par. 72-73, 76.

120. *Id.*, par. 19-24.

121. *City of Johannesburg and Others v. Mazibuko and Others (Centre on Housing Rights and Evictions as amicus curiae)*, 2009 (3) SA 592, par. 16-24, 28.

décent et à l'eau¹²². C'est d'ailleurs en raison de l'omission d'assurer les besoins vitaux d'un grand nombre de personnes que la Cour constitutionnelle sud-africaine est intervenue dans les arrêts *Grootboom* et *Treatment Action Campaign*¹²³, ce qui tend à confirmer la thèse selon laquelle elle s'est bien appuyée sur une norme indépendante pour évaluer la raisonnable des politiques publiques¹²⁴. Dans un arrêt subséquent, la Cour a d'ailleurs précisé que le droit au logement protège certains éléments invariables¹²⁵ et universels, ce qui tend à amenuiser l'hésitation du tribunal, préalablement exprimée dans l'arrêt *Grootboom*, à définir le contenu essentiel des droits sociaux.

28. Une approche accordant davantage d'importance à la définition des droits économiques et sociaux aurait enfin l'avantage de mieux répartir le fardeau de preuve très lourd que l'approche administrativiste impose aux demandeurs. Dans la mesure où l'obligation pour l'État d'adopter des programmes sociaux raisonnables a pour corollaire le droit individuel d'être traité raisonnablement par ceux-ci, il en découle que le demandeur a le fardeau de démontrer leur déraisonnabilité, tâche complexe qui peut exiger une analyse globale des mesures et des ressources publiques¹²⁶. Sandra Liebenberg et Matthew Craven proposent ainsi qu'une présomption de violation du droit soit établie dès que les demandeurs démontrent que leurs besoins essentiels sont insatisfaits¹²⁷. Cette

122. D. BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », préc., note 106, 9; S. LIEBENBERG, préc., note 74, 9. C'est d'ailleurs, comme nous l'avons observé, l'approche de la Cour suprême indienne qui développe au cas par cas le contenu essentiel des droits économiques et sociaux dans l'interprétation du droit à la vie.

123. D. BILCHITZ, « Towards a Theory of Content for Socio-Economic Rights », préc., note 99, 18, n. 33; D. BILCHITZ, « The Minimum Core and its Importance », préc., note 106, 497.

124. *Grootboom*, préc., note 81, par. 35.

125. *Khosa*, préc., note 80, par. 24. La Cour ne spécifie pas cependant quelles sont ces composantes invariables.

126. Jackie DUGARD, Theunis ROUX, « The Record of the South African Constitutional Court in Providing an Institutional Voice for the Poor: 1995-2004 », dans R. GARGARELLA, P. DOMINGO, T. ROUX, préc., note 4, 107, 113, 119; S. LIEBENBERG, préc., note 74, 10.

127. Matthew C. R. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford, Éditions Clarendon Press, 1995, p. 143; S. LIEBENBERG, *id.*

présomption, combinée à la possibilité d'en justifier rigoureusement les violations, répartirait plus équitablement le fardeau de la preuve et obligerait l'État à expliquer pourquoi il est incapable de réaliser ne serait-ce que le noyau essentiel de ces droits et la raison pour laquelle il laisse en conséquence certaines personnes et certains groupes vivre dans la misère. Le fardeau justificatif devrait en outre être beaucoup plus sévère lorsque l'État omet d'assurer le contenu essentiel des droits économiques et sociaux compte tenu de leur importance pour la vie et la sécurité des personnes dont les besoins essentiels ne sont pas comblés¹²⁸.

29. Bien qu'elle ait confirmé la justiciabilité des droits économiques et sociaux, l'approche de la Cour constitutionnelle sud-africaine, faisant de la raisonnabilité le critère de définition et de limitation de ces droits, demeure à parfaire, entre prise à laquelle le texte de la Constitution donne toute sa légitimité.

CONCLUSION : PAR-DELÀ LE TEXTE, LA VOLONTÉ JUDICIAIRE

30. Les exemples indien et sud-africain démontrent que si le texte constitutionnel fournit aux juges des éléments sur lesquels s'appuyer dans l'interprétation des droits économiques et sociaux, il faut néanmoins chercher ailleurs les facteurs les plus déterminants du sens qu'ils choisissent de donner à ces droits. La *Constitution indienne* de 1949 ne consacre formellement aucun droit socioéconomique. Le constituant a plutôt choisi d'affirmer des principes déclaratoires non susceptibles de sanction judiciaire. Lorsque le gouvernement a voulu mettre de l'avant des politiques sociales nationalistes en s'appuyant sur ces principes, la Cour suprême en fit une interprétation restrictive et accorda préséance au droit de propriété privé auquel ces réformes portaient atteinte. Cela n'a pas empêché la Cour, quelque année plus tard, de reconnaître, sur la base d'une acception globale du droit à la vie, une panoplie de droits économiques et sociaux permettant le contrôle judiciaire de constitutionnalité des politiques

128. S. LIEBENBERG, *id.*, 11.

publiques. Face à la montée du néolibéralisme, la Cour mobilise ainsi les principes à la faveur d'une interprétation large du droit à la vie, dont le bénéfice serait vain s'il n'incluait pas les éléments essentiels à une vie digne. La Cour a beau vouloir masquer cet interventionnisme en insistant sur le contexte d'adoption de la Constitution et sur la volonté du constituant de faire de l'Inde une démocratie sociale, cette tentative d'objectivation ne réussit pas à occulter le *choix* délibéré, et selon nous souhaitable, qu'elle a fait dans sa jurisprudence progressiste. Comme l'affirmait un ancien juge en chef de la Cour suprême indienne :

Les juges en Inde se sont posé la question : peuvent-ils vraiment se permettre de ne pas se prononcer sur des enjeux fondamentaux de justice sociale? Peuvent-ils simplement se limiter à appliquer la lettre de la loi lorsque, ce faisant, ils contribuent à perpétuer l'inégalité et l'injustice? Peuvent-ils limiter leur analyse du droit et son application concrète dans le cadre restreint d'un principe aussi restreint de primauté du droit?¹²⁹

31. Poser la question, c'est y répondre. C'est ainsi que la Cour a repoussé les frontières de la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif, un auteur allant même jusqu'à affirmer que la Cour, en remplaçant ce concept par celui de la suprématie judiciaire, est devenue une institution de cogouvernance¹³⁰.

32. La Cour constitutionnelle sud-africaine dispose pour sa part de l'un des textes constitutionnels les plus progressistes au monde. Adoptée après la fin du régime discriminatoire de l'apartheid, la Constitution de 1996 garantit un catalogue détaillé de droits économiques et sociaux qui ne souffrent d'aucune infériorité hiérarchique par rapport aux droits et libertés civils et politiques. La Constitution accorde aussi aux tribunaux un large pouvoir de sanction et de réparation de la violation des droits économiques et sociaux, en reconnaissant expressément la légitimité pour les juges de rendre toute

129. Prafullachandra N. BHAGWATI, « Bureaucrats? Phonographers? Creators? », dans *The Times of India*, septembre 1986, cité par J. CASSELS, préc., note 20, 502 (notre traduction).

130. P. B. METHA, préc., note 11, 72-73. Voir également R. SUDARSHAN, préc., note 4, 158-159.

ordonnance qu'ils estiment juste et convenable eu égard aux circonstances de chaque affaire¹³¹. Pourtant, cela n'a pas empêché la Cour de favoriser une approche molle des droits économiques et sociaux en 1998, en assujettissant les politiques publiques à un contrôle somme toute peu exigeant de rationalité. Bien que la Cour fit marche arrière dans le célèbre arrêt *Grootboom*, en choisissant cette fois la raisonnable comme norme de contrôle de constitutionnalité des programmes gouvernementaux, plusieurs observateurs ont néanmoins mis en lumière les lacunes de cette nouvelle approche qui serait trop favorable au gouvernement et similaire à l'exigence de rationalité pourtant rejetée¹³². Malgré l'appui d'une constitution fort progressiste, les juges de la Cour constitutionnelle sud-africaine ont ainsi conçu un standard plus ou moins exigeant de contrôle judiciaire en matière socioéconomique (la *raisonnabilité*)¹³³, se refusant corrélativement de développer le contenu essentiel des droits économiques et sociaux.

33. Plusieurs facteurs sont susceptibles d'expliquer la variabilité de l'intensité des approches indienne et sud-africaine, dont l'examen approfondi dépasse l'objet de ce texte. On notera en premier lieu que la *Constitution indienne* a été adoptée en 1949, tandis que la *Constitution sud-africaine* l'a été beaucoup plus récemment, soit en 1996, près de cinquante ans plus tard. La jurisprudence sud-africaine n'en est donc qu'à ses balbutiements et pourrait s'expliquer par — c'est un phénomène bien connu — l'attitude prudente qu'ont généralement les magistrats qui interprètent de

131. La Cour dispose notamment du pouvoir de rendre des ordonnances obligatoires au gouvernement lui enjoignant de rendre ses politiques conformes à la Constitution. Voir *Treatment Action Campaign*, préc., note 89, par. 104-107, 113, 129.

132. Il faut également noter que les sanctions choisies par la Cour constitutionnelle dans les arrêts *Grootboom* et *Treatment Action Campaign* ont fait l'objet de critiques. On a notamment reproché à la Cour le manque de précision de ses ordonnances et son refus d'imposer des ordonnances de rendre compte au gouvernement, ce qu'elle aurait légitimement pu faire en vertu de la Constitution. Cela aurait contribué à l'ineffectivité partielle de ces jugements. Pour un résumé de ces critiques, voir David ROBAILLE, *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux: les cas canadien et sud-africain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 263-265.

133. J. DUGARD, T. ROUX, *loc. cit.*, note 126, 109-116, 118-119. Voir *supra*, section II C.

nouvelles constitutions. Aussi, l'interventionnisme accru de la Cour suprême indienne a été une réponse politique à la montée en puissance du néolibéralisme et à l'appauvrissement corrélatif des personnes les plus défavorisées. Si l'Afrique du Sud n'échappe pas à ce courant de pensée, sa jurisprudence sur les droits socioéconomiques ne constitue pas une réponse au néolibéralisme et a été rendue dans un autre contexte. Il faut dire également que la jurisprudence indienne a été facilitée par la création de la *PIL*, destinée à alléger la procédure d'accès à la Cour, mécanisme qui n'a pas son équivalent en Afrique du Sud¹³⁴. Enfin, pour que le tableau soit complet, il faudrait analyser soigneusement l'enseigne idéologique à laquelle loge chacun des juges ayant siégé à la Cour suprême indienne et à la Cour constitutionnelle sud-africaine aux périodes de temps pertinentes, ce qui nécessiterait d'autres recherches.

34. Cela dit, on pourrait par ailleurs objecter non sans raison que les approches juridiques développées par les deux cours ne sont pas si fondamentalement différentes. L'analyse de la jurisprudence démontre en effet que les magistrats indiens et sud-africains ont généralement choisi d'intervenir lorsque les politiques publiques affectaient particulièrement les besoins et les droits de personnes vivant dans des conditions très difficiles. Au-delà de ce genre de circonstances, il semble en effet que les juges constitutionnels soient plus hésitants à remettre en question les choix politiques du gouvernement¹³⁵.

35. Cela dit, et c'est surtout ce qui nous a intéressés dans ce texte, les deux cours ne faisaient pas face aux mêmes limites textuelles, imposées par le constituant, dans l'interprétation des droits économiques et sociaux. Ainsi, le point que nous souhaitions démontrer est qu'une constitution accordant un

134. Le paragraphe 167(6) de la *Constitution sud-africaine* prévoit que la Cour constitutionnelle peut, dans l'intérêt public, permettre à un plaignant de s'adresser directement à elle sans suivre la procédure hiérarchique judiciaire normale. J. DUGARD, T. ROUX, *id.*, 109-113, soulignent cependant que la Cour a fait une interprétation restrictive de cette disposition de sorte que l'expérience sud-africaine en matière d'accès direct à la Cour constitutionnelle se situe aux antipodes de celle qu'a permise la création de la *PIL* par la Cour suprême indienne.

135. Selon K. PILLAY, *préc.*, note 83, 237, l'un des éléments qui aurait incité la Cour constitutionnelle sud-africaine à intervenir dans les arrêts *Grootboom* et *Treatment Action Campaign* était l'impact limité de ces affaires sur le budget de l'État.

statut symbolique aux droits économiques et sociaux ne représente pas nécessairement un obstacle à la reconnaissance de la justiciabilité et de l'opposabilité de ces droits et que, inversement, une constitution très progressiste ne conduit pas toujours à une jurisprudence très interventionniste dans les politiques publiques. Les tribunaux canadiens pourraient-ils donc être plus favorables aux droits économiques et sociaux et, conséquemment, moins « conservateurs » dans leur rapport à ces droits? Nous pensons que oui. Des juges se sont d'ailleurs montrés plus audacieux dans leur interprétation des articles 7 et 15 de la Charte canadienne et de l'article 45 de la Charte québécoise. Dans la saga *Gosselin*, la juge Arbour de la Cour suprême écrivait d'ailleurs :

On ne devrait pas accepter d'emblée que le droit à la vie prévu à l'art. 7 soit virtuellement vide de sens. Tout d'abord, une telle conclusion est contraire aux principes d'interprétation les plus élémentaires, car elle laisse entendre que la disposition de la *Charte* sur ce droit fondamental est rédigée en termes essentiellement creux. Facteur plus important encore, cette interprétation risque de miner la cohérence et l'objet de la *Charte* dans son ensemble. Après tout, le droit à la vie constitue une condition préalable — *sine qua non* — à la possibilité même de jouir de tous les autres droits garantis par la *Charte*.¹³⁶

36. S'inspirant largement du droit international, le juge Robert de la Cour d'appel offrit en dissidence l'interprétation la plus sérieuse que l'article 45 de la Charte québécoise ait connue en jurisprudence. Il proposait en effet que cette disposition reconnaît le droit de toute personne dans le besoin à ce que les politiques publiques lui assurent « [...] ce que la société canadienne considère, de façon objective, comme des moyens suffisants pour subvenir aux nécessités essentielles de la vie »¹³⁷. La juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême endossa les motifs de sa collègue Arbour et ceux du juge Robert de la Cour d'appel¹³⁸. Les juges majoritaires de la

136. *Supra*, note 52.

137. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1033, 1101 (j. Robert) (C.A.).

138. *Gosselin (Cour suprême)*, préc., note 6, par. 141-142, 146-148 (j. L'Heureux-Dubé).

Cour d'appel et de la Cour suprême sont toutefois arrivés à des conclusions différentes quant au sens et à la portée des dispositions précitées. Pourtant, tous ces juges, majoritaires ou dissidents, disposaient de la même preuve au dossier pour interpréter les mêmes textes constitutionnels et leur contexte. Ainsi, affirmer que les uns auraient interprété le droit de la bonne façon, et que les autres seraient dans l'erreur dans l'affaire *Gosselin* serait pour le moins simpliste et témoignerait à notre avis d'une mauvaise compréhension du droit constitutionnel, qui n'est souvent qu'affaire d'interprétation et de persuasion, pour ne pas dire de rhétorique. D'ailleurs, tout en s'appuyant sur le texte de l'article 7 pour conclure qu'il n'impose pas d'obligations positives au gouvernement¹³⁹, le juge McLachlin laissait ouverte la possibilité que les limites textuelles fixées par le constituant soient dépassées lorsque les circonstances l'exigeront¹⁴⁰. Dans un autre contexte, la Cour suprême fit en outre une interprétation restrictive des droits linguistiques sur la base du « compromis politique » qu'ils représentaient, pour plus tard rejeter cette théorie et consacrer le principe d'interprétation large et libérale de ces droits, notamment sous l'impulsion d'un juge engagé à la promotion de la langue française¹⁴¹.

37. Pour tout dire, il semble qu'un auteur ait bien cerné en quoi consiste l'interprétation des droits économiques et sociaux constitutionnels, et des droits et libertés plus généralement, lorsqu'il écrivait :

La Cour suprême indienne répète que toutes les fonctions de l'État sont soumises à la Constitution, suggérant que la légitimité du pouvoir tire sa source d'un ordre constitutionnel neutre régissant objectivement la conduite humaine. Mais qui décide au cas par cas du sens et de la portée de cet ordre constitutionnel, si ce n'est... un groupe d'hommes! Cela revient à dire qu'il n'existe aucune règle de droit qui n'est pas aussi une règle humaine à laquelle des humains donneront un sens.

139. *Id.*, par. 81 (j. McLachlin).

140. *Id.*, par. 82.

141. *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

Dans cette perspective, la doctrine de la séparation des pouvoirs impose : elle ne découle plus d'un ordre juridique métaphysique, mais de la volonté humaine ou, dit autrement, de la politique.¹⁴²

David Robitaille
Section de droit civil
Pavillon Fauteux
57, rue Louis-Pasteur, bureau 336
Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario) K1N 6N5
Téléphone : 613 562-5800, poste 2564
Télécopie : 613 562-5121
David.Robitaille@uOttawa.ca

Note de l'auteur : L'auteur tient à remercier ses assistantes de recherche, Gabrielle Gélinau, Camille Provencher et Véronique St-Amand, pour la recherche pertinente à la partie I du texte. La réalisation de ce texte a par ailleurs été permise grâce au soutien financier de la Fondation du Barreau du Québec.

142. P. B. MEHTA, préc., note 11, 78-79 (notre traduction).