

# L'insoutenable légèreté des droits économiques sociaux et culturels au Québec et au Canada ou le temps d'une mobilisation accrue

Christine Vézina\*

<b>I. Les résistances à l'égard des droits économiques sociaux et culturels .....</b>	<b>242</b>
<b>II. Les mesures d'austérité: un « cas opportun » pour développer les droits économiques sociaux et culturels dans l'arène judiciaire .....</b>	<b>248</b>
<b>III. Le développement des droits économiques sociaux et culturels au Québec et au Canada: le besoin d'un continuum de stratégies plurielles .....</b>	<b>251</b>
A. Les stratégies de judiciarisation.....	251
B. Les stratégies de mobilisation politique .....	253
C. Les approches programmatiques basées sur les droits économiques sociaux et culturels .....	255
<b>Conclusion .....</b>	<b>258</b>

---

\* Professeure, Université Laval.



Les études et la littérature en santé publique documentent depuis la fin des années 1970 l'impact des déterminants sociaux et économiques sur la santé des populations<sup>1</sup>. Ces travaux démontrent que des déterminants structurels sont sous-jacents aux inégalités de santé, tels la pauvreté, l'éducation, le logement, l'emploi, les services de santé, l'insécurité alimentaire<sup>2</sup> et donc, que les inégalités sociales se traduisent en inégalités de santé<sup>3</sup>. Dans cette perspective, la marginalisation et l'exclusion sociale constituent des processus ayant pour effet d'accroître les inégalités de santé<sup>4</sup>. Alors que la construction de l'État-providence sur le modèle keynésien entretenait, bien qu'avec certaines imperfections, une certaine convergence des politiques publiques et du droit vers la satisfaction des déterminants de la santé<sup>5</sup>, une mutation tranquille de l'État a pris forme au Québec et au Canada. Cette mutation transforme les institutions de l'État en les appauvrissant au bénéfice du secteur privé<sup>6</sup>, contribue à

<sup>1</sup> Marie-France RAYNAULT, «Les inégalités sociales de santé: une loi universelle», dans Alain NOËL et Miriam FAHMY (dir.), *Miser sur l'égalité. L'argent, le pouvoir, le bien-être et la liberté*, Anjou, Fides, 2014, p. 163.

<sup>2</sup> COMMISSION SUR LES DÉTERMINANTS SOCIAUX DE LA SANTÉ, *Comblant les fossés en une génération: instaurer l'équité en santé en agissant sur les déterminants sociaux de la santé*, Genève, Organisation mondiale de la santé, 2009; Juha MIKKONEN et Dennis RAPHAEL, *Déterminants sociaux de la santé: réalités canadiennes*, Toronto, École de gestion et de politiques de santé de l'Université York, 2011; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *La santé et ses déterminants: Mieux comprendre pour mieux agir*, Gouvernement du Québec, 2012.

<sup>3</sup> Martha JACKMAN, «Law as a tool for Addressing Social Determinants of Health», dans Nola M. RIES, Tracey BAILEY et Timothy CAULFIELD (dir.), *Public Health Law & Policy in Canada*, 3<sup>e</sup> éd., 2013, p. 91.

<sup>4</sup> Grace Edward GALABUZI, «Social Exclusion», dans Dennis RAPHAEL (dir.), *Social Determinants of Health: Canadian Perspectives*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Canadian Scholars' Press, 2009, p. 252.

<sup>5</sup> Dans le sens où une distribution de la richesse était l'objectif poursuivi par l'État-providence. Voir Vincent GREASON, «Poverty as a Human Rights Violation (Except in Governmental Anti-Poverty Strategy)», dans Martha JACKMAN et Bruce PORTER (dir.), *Advancing Social Rights in Canada*, Toronto, Irwin Law, 2014. Version pré-publiée accessible en ligne: <http://socialrightscura.ca/eng/Advancing-social-rights.html> (consultée le 18 décembre 2015).

<sup>6</sup> Ianick MARCIL, «La privatisation tranquille», dans Ianick MARCIL (dir.), *11 brefs essais contre l'austérité pour stopper le saccage planifié de l'État*, Montréal, Éditions Somme Toute, 2015, p. 7.

l'accroissement des inégalités<sup>7</sup>, survalorise le secteur caritatif<sup>8</sup>, les notions de responsabilité, de choix et de mérite individuels<sup>9</sup> tout en délégitimant la contestation sociale<sup>10</sup>.

Face à ce tableau, un corpus de normes juridiques est particulièrement pertinent pour réactiver la responsabilité et l'imputabilité de l'État en matière de justice sociale. Ce corpus, protégé par le *Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels*<sup>11</sup>, impose aux États des obligations positives et négatives<sup>12</sup>, à réalisation immédiate et progressive, au maximum des ressources disponibles, destinées à assurer l'accès aux déterminants de la santé tels le logement, la nourriture, un niveau de vie suffisant, l'éducation, les soins de santé, le travail, le tout sans discrimination, en accordant une priorité aux personnes vulnérables et en favorisant la participation des personnes concernées aux décisions qui les concernent<sup>13</sup>. Dans un texte remarquable, la professeure Martha Jackman a démontré que les droits économiques sociaux et culturels sont des

<sup>7</sup> David ROBICHAUD et Patrick TURMEL, *La juste part*, Montréal, Atelier 10, 2012; Alain NOËL, «Les vertus de l'égalité», dans A. NOËL et M. FAHMY (dir.), préc., note 1, p. 19.

<sup>8</sup> Alors qu'il était marginalisé pendant la création de l'État-providence, le phénomène a commencé à ressurgir vers la fin des années 1970. Éric PINEAULT, «Le retour de la charité. La solidarité saisie par la main invisible», (1997) 29 *Cahiers de recherche sociologique* 79.

<sup>9</sup> *Id.*; A. NOËL, préc., note 7; David ROBITAILLE, «La pensée holistique de Jacques-Yvan Morin : La nécessaire justiciabilité des droits socioéconomiques comme fondement de la démocratie libérale», (2015) (hors série) *R.Q.D.I.* 92.

<sup>10</sup> Céline BELLOT, «Répression et profilage politique», (2015) 79 *Relations* 5.

<sup>11</sup> 16 décembre 1966, (1976) 993 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976, adhésion par le Canada le 19 août 1976) (ci-après le «PIDESC»).

<sup>12</sup> Tout comme pour les droits civils et politiques qui eux aussi exigent la réalisation d'obligations négatives et positives pour pouvoir être mis en œuvre. Voir D. ROBITAILLE, préc., note 9, 88 et suiv.

<sup>13</sup> Cette définition sommaire s'appuie sur le texte du PIDESC et sur les Observations générales n<sup>os</sup> 3 et 14 du Comité des droits économiques sociaux et culturels. CDESC, *Observation générale no. 3 : La nature des obligations des États parties*, Doc. off. CES N.U., 5<sup>e</sup> sess., Doc. N.U. E/1991/23 (1990); CDESC, *Observation générale n<sup>o</sup> 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 N.U., 22<sup>e</sup> sess., Doc. N.U. E/C.12/2000/4 (2000).

leviers importants pour protéger et mettre en œuvre les déterminants de la santé<sup>14</sup>.

Ces droits ont connu des développements importants en droit international et en droit comparé<sup>15</sup> au cours des 20 dernières années<sup>16</sup>. L'entrée en vigueur du Protocole facultatif au PIDESC en 2013<sup>17</sup>, qui instaure un mécanisme de communication individuelle<sup>18</sup>, a affirmé la justiciabilité des droits économiques sociaux et culturels à l'échelle internationale, laquelle est aussi reconnue dans de nombreuses juridictions<sup>19</sup>. En dépit de ces avancées notoires, les droits économiques sociaux et culturels demeurent stigmatisés au Canada et au Québec. Cette situation est critiquable notamment du point de vue de la santé des populations, puisque les droits visent précisément à exiger de l'État qu'il soit imputable de ses décisions d'agir ou de ne pas agir lorsque celles-ci accroissent les inégalités et affectent les personnes les plus vulnérables de la société.

<sup>14</sup> M. JACKMAN, préc., note 3.

<sup>15</sup> Voir pour un portrait quantitatif de l'incorporation des droits économiques et sociaux dans les constitutions des États, Courtney JUNG et Evan ROSEVEAR, « Economic and Social Rights Across Time, Regions and Legal Traditions. A Preliminary Report of the TIESR Dataset », (2012) 30-3 *NJHR* 372.

<sup>16</sup> Voir Christine VÉZINA, *Les pratiques communautaires de lutte au VIH-sida et le droit à la santé : une exploration de l'effectivité internormative du droit*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2013, chap. 2, section 2.

<sup>17</sup> Le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a été adopté par l'Assemblée générale en 2008. *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Rés. AG. 63/117, Doc. off. A.G. N.U., 63<sup>e</sup> sess., suppl. n<sup>o</sup> 53, Doc. N.U. A/RES/63/117 (2008) (ci-après le « Protocole facultatif au PIDESC »).

<sup>18</sup> Catarina DE ALBUQUERQUE, « Chronicle of an Announced Birth: The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The Missing Piece of the International Bill of Human Rights », (2010) 32-1 *Hum. Rts Q.* 144; Gregor T. CHATTON, *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques sociaux et culturels*, Genève, Schulthess, 2013, p 460 à 490.

<sup>19</sup> Malcolm LANGFORD, « The Justiciability of Social Rights : From Practice to Theory », dans Malcolm LANGFORD (dir.), *Social Rights Jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 3; Christian COURTIS, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights : Comparative Experiences of Justiciability*, International Commission of Jurists, 2008.

Cette «légèreté» des droits économiques sociaux et culturels est attribuable à des résistances protéiformes qui s'interinfluencent (I). Nous suggérons, dans le présent texte, que les mesures d'austérité mises de l'avant par le gouvernement libéral, notamment en 2015, offrent une occasion de dépasser certaines de ces résistances pour faire évoluer l'état actuel du droit (II), laquelle doit être saisie par divers acteurs, dans un continuum de stratégies plurielles (III).

### I. Les résistances à l'égard des droits économiques sociaux et culturels

Le gouvernement canadien a maintes fois été pointé du doigt par le Comité sur les droits économiques sociaux et culturels dans le contexte du suivi périodique de l'application du PIDESC au Canada pour le non-respect des obligations que lui impose le Pacte<sup>20</sup>, dont celle de prévoir des recours utiles en cas de violation<sup>21</sup>. Les positions défendues par les

<sup>20</sup> *Observation finale du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels : Canada*, Doc. off. CES N.U., 36<sup>e</sup> sess., Doc. N.U. E/C.12/CAN/CO/5 (2006); *Observation finale du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels : Canada*, Doc. off. CES N.U., 19<sup>e</sup> sess., Doc. N.U. E/C.12/1/Add.31 (1998); *Observation finale du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels : Canada*, Doc. off. CES N.U., 8<sup>e</sup> sess., Doc. N.U. E/C.12/1993/5 (1993). Voir aussi la réponse du gouvernement canadien à l'endroit du rapport du rapporteur spécial au droit à l'alimentation. CANADA, *Débats de la chambre des communes*, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> légis., 18 mai 2012), 11 h 55 (Deepak Obhrai), tel que rapporté par Bruce PORTER et Martha JACKMAN, « Introduction », dans M. JACKMAN et B. PORTER (dir.), préc., note 5, version prépubliée en ligne : <http://socialrightscura.ca/eng/Advancing-social-rights.html> (consulté le 18 décembre 2015), à la p. 2. Voir aussi l'opposition du Canada à l'idée de développer une procédure de plainte individuelle à l'égard des droits économiques sociaux et culturels : Bruce PORTER, « The Reasonableness of Article 8(4) – Adjudicating Claims From The Margins », (2009) 27-1 *Nordic Journal of Human Rights* 39.

<sup>21</sup> Obligation détaillée dans CDESC, *Observation générale No 9, Application du Pacte au niveau national*, Doc. off. CES N.U., 9<sup>e</sup> sess., Doc. N.U. E/C.12/1998/24 (1998). Voir les critiques du comité des droits économiques, sociaux et culturels à l'égard des positions défendues par le procureur général du Canada dans des recours judiciaires s'opposant à toute reconnaissance des obligations positives de l'État pour donner effet aux droits économiques sociaux et culturels, CESCR, *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Articles 16 and 17 of the Covenant : Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights : Canada*, Doc. N.U. E/C.12/1993/5 (1993), par. 21 ; CESCR, *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Articles 16 and 17 of the Covenant : Concluding*

procureurs canadiens dans les litiges impliquant des droits économiques sociaux et culturels, fondées sur le caractère strictement programmatique de ces droits, ont aussi été critiquées par le Comité des droits économiques sociaux et culturels<sup>22</sup>. Sous le régime de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux ont reconnu une protection à certains aspects des droits économiques sociaux et culturels,<sup>23</sup> mais leur entêtement à s'enfermer dans une analyse dichotomique opposant obligations négatives et obligations positives nuit considérablement à l'avancement du droit canadien en la matière<sup>24</sup>. Cette posture des tribunaux est en contradiction complète avec la théorie générale des droits de la personne qui est fondée sur le principe de l'indivisibilité des droits civils et politiques et des droits économiques sociaux et culturels, qui repose sur une typologie

---

*Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Canada*, Doc. N.U. E/C.12/CAN/CO/4 & E/C.12/CAN/CO/5 (2006), par. 11 (b), rapportés dans M. JACKMAN, préc., note 3, à la page 129.

<sup>22</sup> CESCR, *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Articles 16 and 17 of the Covenant: Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Canada*, Doc. N.U. E/C.12/1993/5 (1993), par. 21 ; CESCR *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Articles 16 and 17 of the Covenant: Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Canada*, Doc. N.U. E/C.12/CAN/CO/4 & E/C.12/CAN/CO/5 (2006), par. 11 (b), rapportés dans M. JACKMAN, préc., note 3.

<sup>23</sup> Sur la base de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, voir *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44 ; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 SCC 72. Sur la base de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne, voir *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 79, par. 38 à 43. Nous ayons de sérieuses réserves à l'égard de cette décision qui n'est pas exempte de critiques dans la perspective de l'accès pour tous aux déterminants de la santé. Nous souhaitons toutefois ici attirer l'attention sur le fait que la Cour suprême du Canada a reconnu que les délais d'attente déraisonnables dans le système de santé québécois « accroissent les risques de santé pour les individus concernés » et vont même jusqu'à « toucher » au droit à la vie (par. 40). Ces constats méritent d'être explorés dans la perspective de la justiciabilité des droits sociaux. Voir à ce sujet, 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 en chantier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 49, à la page 88.

<sup>24</sup> M. JACKMAN, préc., note 3. Voir notamment, la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852 (ci-après « *Tanudjaja* »).

commune d'obligations (respect, protection et mise en œuvre) où les obligations d'agir et de s'abstenir d'agir s'entrecroisent indistinctement<sup>25</sup>. Elle est aussi contraire à la promesse d'égalité réelle consacrée à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>26</sup> et plus globalement, à l'intention des rédacteurs de la *Charte canadienne* qui, en favorisant une définition large du droit à l'égalité, visaient à protéger de manière transversale les droits économiques, sociaux et culturels à la *Charte*<sup>27</sup>.

Sous le champ d'application de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* qui dispose d'un chapitre entièrement consacré aux droits économiques sociaux et culturels<sup>28</sup>, on observe aussi des résistances à l'égard des droits économiques sociaux et culturels qui tirent, quant à elles, leur fondement, dans l'interprétation du libellé de certaines dispositions. La première, limite substantiellement la justiciabilité des droits économiques sociaux et culturels en restreignant leur portée normative, en cas de violation par l'État, au seul jugement déclaratoire. Cette limite a trouvé appui dans l'article 52 de la *Charte* québécoise qui accorde une prépondérance exclusive aux articles 1 à 38 de la *Charte*, à l'exclusion des articles prévus au chapitre IV. C'est sur cette base que la Cour suprême a précisé, dans l'arrêt *Gosselin* que le droit à des mesures susceptibles d'assurer un niveau de vie décent protégé par l'article 45 de la *Charte québécoise* ne pouvait servir de « fondement à l'invalidation d'autres lois ni à une action en dommages-intérêts »<sup>29</sup> et que, dans ces circonstances, le jugement déclaratoire constituait le remède juridique approprié. Or, tel que le propose Brunelle et Samson<sup>30</sup>, il n'est pas exclu qu'en raison des

<sup>25</sup> G.T. CHATTON, préc., note 18, p. 274 à 284.

<sup>26</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.S.C. 143.

<sup>27</sup> Bruce PORTER et Martha JACKMAN, *International Human Rights and Strategies to Address Homelessness and Poverty in Canada: Making the Connection*, Ottawa, University of Ottawa Institute for Population Health/Social Rights Advocacy Centre, 2011, en ligne : <http://www.socialrights.ca/documents/Porter-Jackman%20making%20the%20connection-can.pdf> (consulté le 18 décembre 2015), p. 2; Bruce PORTER, « Expectations of Equality », (2006) 33 *Sup. Ct. L. Rev.* 23, 23-35. Sur la portée de l'article 36 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour donner effet aux déterminants de la santé, voir M. JACKMAN, préc., note 3, aux pages 107 et suiv.

<sup>28</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, chapitre IV.

<sup>29</sup> *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, par. 96, (ci-après « *Gosselin* »).

<sup>30</sup> Voir sur cette question, Christian Brunelle et Mélanie Samson qui s'appuient sur le raisonnement développé par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2005] R.J.Q.



valeurs fondamentales protégées par les droits économiques sociaux et culturels, les tribunaux puissent leur reconnaître un statut *quasi constitutionnel* intrinsèque et ainsi, leur permettre de jouir d'une prépondérance. Une telle interprétation large et évolutive s'accorderait davantage avec la nature de la *Charte québécoise* et avec l'interprétation des tribunaux de la notion de *quasi-constitutionnalité* qui s'avère être, d'abord, une caractéristique substantielle et non formelle<sup>31</sup>.

La seconde résistance trouve appui dans les limites intrinsèques prévues dans le libellé des droits économiques sociaux et culturels qui offre un levier aux plaideurs et aux tribunaux souhaitant faire prévaloir la complète souveraineté législative au détriment du contrôle *quasi constitutionnel* du respect de ces mesures. Selon Bosset et Lamarche, ces mentions peuvent aussi être interprétées comme étant un engagement de mise en œuvre de la part du législateur<sup>32</sup>. Enfin, la troisième résistance réside quant à elle, dans le silence de la *Charte québécoise* relativement au droit à la santé<sup>33</sup>. Dans la perspective d'une réflexion sur l'impact des droits économiques sociaux et culturels sur les déterminants de la santé, on ne peut omettre de critiquer cette absence qui nuit au dialogue entre le droit international et le droit interne. Cela étant les alliages normatifs entre le droit à la dignité protégé à l'article 4, le droit à la vie et à la sécurité, protégé à l'article 1<sup>er</sup>, la clause de non-discrimination et les droits protégés au chapitre IV semblent offrir des moyens pour pallier, du moins à certains égards, cette lacune<sup>34</sup>. Les effets susceptibles de découler de ces possibles alliages méritent d'ailleurs de plus amples réflexions puisqu'ils

---

961 (C.A.). Christian BRUNELLE et Mélanie SAMSON « Nature et portée des droits économiques, sociaux et culturels dans la Charte québécoise : ceinture législative et bretelles judiciaires », dans P. BOSSET et L. LAMARCHE (dir.), préc., note 23, p. 19.

<sup>31</sup> *Winnipeg School Division No 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, par. 8. La Cour rattache la *quasi constitutionnalité* de la loi manitobaine de protection des droits de la personne à sa nature spéciale et fondamentale.

<sup>32</sup> Pierre BOSSET et Lucie LAMARCHE, « Introduction », dans P. BOSSET et L. LAMARCHE (dir.), préc., note 23, à la page 10.

<sup>33</sup> Alors pourtant que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en réclame l'incorporation depuis de nombreuses années. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans. La Charte québécoise des droits et libertés, Bilan et recommandations*, 2003, p. 28.

<sup>34</sup> Cette question des alliages entre les droits méritent d'être analysée puisqu'elle n'a pas été, à ce jour, documentée par la doctrine québécoise P. BOSSET et L. LAMARCHE, préc., note 32, aux pages 16 et 17.

permettraient notamment de puiser à la force normative des articles 1 à 10 de la *Charte québécoise*.

Dans une perspective plus empirique, que ce soit sous le champ d'application de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise*, il faut aussi souligner le peu d'arrêts rendus par les tribunaux en matière de droits économiques sociaux et culturels. Cette situation peut s'expliquer par le rejet des recours en première instance<sup>35</sup> et par le refus d'autoriser des appels fondés sur les droits économiques sociaux et culturels<sup>36</sup>. Or, tel que le relève à juste titre la juge Feldman de la Cour d'appel d'Ontario, dissidente dans l'affaire *Tanudjaja*<sup>37</sup>, le caractère nouveau d'une cause d'action ne devrait pas permettre en soi le rejet d'une affaire. Ces résistances procédurales ferment la porte à toute possible application de la théorie de l'arbre vivant<sup>38</sup> qui invite à une interprétation évolutive des *Chartes* ainsi qu'à la constitutionnalisation progressive de la *Charte québécoise*<sup>39</sup> et nuisent considérablement à la reconnaissance de nouveaux cas « opportuns » susceptibles de permettre la reconnaissance judiciaire des droits économiques sociaux et culturels<sup>40</sup>. Jumelée aux difficultés d'accès à la justice, cette situation contribue certainement à nourrir la « timidité » des plaignants à revendiquer ces droits dans l'arène judiciaire<sup>41</sup>.

Deux éléments émergent de ce rapide survol des résistances à l'égard des droits économiques sociaux et culturels. Premièrement, les diverses formes de résistances à l'égard des droits économiques sociaux et culturels au Canada et au Québec sont interreliées et se nourrissent les unes et

<sup>35</sup> *Tanudjaja*.

<sup>36</sup> Sanda RODGERS, « Getting Heard: leave to Appel, Interveners and Procedural Barriers to Social Justice in the Supreme Court of Canada », (2010) 50 *Sup. Ct. L. Rev.* (2<sup>e</sup> éd.) 40. Voir par exemple, *Jennifer Tanudjaja, et al. c. Procureur général du Canada et al.*, 2015 CanLII 36780 (C.S.C.).

<sup>37</sup> *Tanudjaja*, en citant la Juge Wilson dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.

<sup>38</sup> *Edwards c. A.G. Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.).

<sup>39</sup> Jacques-Yvan MORIN, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 *R.J.T.* 25, 37, 42-45, 53-54. À ce sujet voir, D. ROBITAILLE, préc., note 9, 81.

<sup>40</sup> *Gosselin*, par. 96.

<sup>41</sup> Louise ARBOUR, « “Freedom from want” – from Charity to Entitlement », Conférence Lafontaine-Baldwin, présentée au Capitole de Québec, 4-5 mars 2005, p. 7, cité dans B. PORTER et M. JACKMAN, préc., note 27.

les autres en ayant pour effet de fermer le système de droit positif. Ce schéma nous semble répéter, à l'échelle canadienne, le scénario qui a maintenu le droit international des droits économiques sociaux et culturels dans son état de sous-développement construit de 1966 à 1985<sup>42</sup>. Deuxièmement, cette fermeture du système juridique a pour effet d'empêcher le développement du droit *constitutionnel* et *quasi constitutionnel* en faisant comme si la question de la justiciabilité des droits économiques sociaux et culturels, et notamment, des obligations positives qu'ils imposent, était définitivement réglée. Or, comme l'ont rappelé Bruce Porter et Martha Jackman, cette question est toujours en suspens au Canada<sup>43</sup>. En effet, la Cour suprême a laissé la porte ouverte au développement des obligations positives dans les cas où des « circonstances particulières » le justifieront<sup>44</sup> tout en affirmant que les individus pourront saisir les tribunaux en cas d'atteinte à leurs droits économiques sociaux et culturels dans les cas « opportuns »<sup>45</sup>, sans toutefois définir ces cas.

En réponse à cette ouverture créée par la Cour suprême, nous suggérons, dans le présent texte, que l'adoption de mesures d'austérité ayant « pour effet de faire reculer le filet social »<sup>46</sup> constitue, pour reprendre les termes de l'arrêt Gosselin, un « cas opportun » susceptible de justifier le développement des droits économiques sociaux et culturels et ce, tant sous le régime de la *Charte québécoise* que de la *Charte canadienne*, le cas échéant.

<sup>42</sup> « Théoriquement, les déséquilibres normatifs, institutionnels et procéduraux peuvent, en s'entretenant mutuellement, bloquer définitivement toute évolution des DESC. Ils se trouvent en effet à empêcher l'activation des trois fonctions propres au processus de supervision des droits de l'homme, à savoir, la fonction créatrice, la fonction de révision et la fonction corrective qui précisent et nourrissent le droit au contact des faits. » C. VÉZINA, préc., note 16, p. 36. De 1976 à 2013, les droits économiques, sociaux et culturels ont connu des développements normatifs, institutionnels et procéduraux qui leur ont permis d'acquérir une « pleine reconnaissance ». G.T. CHATTON, préc., note 18.

<sup>43</sup> B. PORTER et M. JACKMAN, préc., note 20. Cette porte fut ouverte dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 103, 136 et cette ouverture fut maintenue dans *Gosselin*.

<sup>44</sup> *Gosselin*, par. 83.

<sup>45</sup> *Gosselin*, par. 96.

<sup>46</sup> *Id.*, par. 95.

## II. Les mesures d'austérité : un « cas opportun » pour développer les droits économiques sociaux et culturels dans l'arène judiciaire

Comme l'explique avec clarté David Robitaille, le principe de non-régression<sup>47</sup> imposé par les droits économiques sociaux et culturels<sup>48</sup> ne permet pas à l'État d'abolir ou de remplacer les programmes qu'il a déjà mis en place dans le cadre de son obligation de réalisation progressive par des « mesures qui mettraient [directement ou indirectement<sup>49</sup>] en danger la santé et la sécurité individuelles ou porteraient atteinte à d'autres droits et libertés sans justification rigoureuse »<sup>50</sup>. Le gouvernement est libre dans la mise en œuvre des politiques publiques et la gestion des ressources publiques, mais son action devient soumise à contrôle si elle met « 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 besoin »<sup>51</sup>, sans prévoir de mesures équivalentes ou compensatoires<sup>52</sup>. Cette interdiction de mesures régressives ne vise pas à figer indéfiniment les politiques socioéconomiques. Elle permet une flexibilité et autorise les États à faire évoluer leurs politiques publiques en fonction des circonstances nouvelles<sup>53</sup>. Mais si ces mesures entraînent une baisse de protection des droits économiques sociaux et culturels, l'État doit en faire la justification.

Il ne s'agit plus alors simplement, pour les gouvernements, d'invoquer l'urgence de rétablir l'équilibre budgétaire<sup>54</sup> pour justifier toute atteinte

<sup>47</sup> Voir D. ROBITAILLE, préc., note 23, aux pages 55 à 61 ; G.T. CHATTON, préc., note 18, p. 223 à 235.

<sup>48</sup> Le principe de non-régression découle *a contrario* de l'obligation de réalisation progressive imposée par le PIDESC (art. 2, par. 1). Voir CDESC, *Observation générale no 3 : La nature des obligations des États parties*, préc., note 13.

<sup>49</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, *Report of the High Commissioner on Human Rights on austerity measures and economic and social rights*, Geneva, en ligne : [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RightsCrisis/E-2013-82\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RightsCrisis/E-2013-82_en.pdf) (consulté le 18 décembre 2015), p. 18.

<sup>50</sup> David ROBITAILLE, préc., note 9, 96.

<sup>51</sup> *Id.*, 96.

<sup>52</sup> G.T. CHATTON, préc., note 18, p. 228.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> La Cour suprême a d'ailleurs déjà reconnu dans *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, par. 64 que les considérations budgétaires à elles seules ne

aux droits économiques et sociaux. Le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies s'est prononcé sur cette question en réponse aux politiques d'austérité adoptées dans les pays d'Europe suite à la crise économique de 2008<sup>55</sup> et le Comité sur les droits économiques sociaux et culturels a élaboré des critères normatifs destinés à exiger des États parties au PIDESC qu'ils justifient l'adoption de mesures régressives en contexte d'austérité<sup>56</sup> :

Premièrement, la politique en question doit être temporaire et ne rester en vigueur que le temps que durera la période de crise. Deuxièmement, elle doit être nécessaire et proportionnée à la situation, c'est-à-dire que l'adoption de toute autre politique, ou l'absence de mesures, aurait des effets encore plus néfastes sur les droits économiques, sociaux et culturels. Troisièmement, la politique ne doit pas être discriminatoire et doit comprendre toutes les mesures possibles, y compris sur le plan fiscal, pour favoriser les transferts sociaux afin d'atténuer les inégalités qui tendent à se creuser en période de crise, et faire en sorte que les droits des personnes et des groupes défavorisés et marginalisés ne soient pas touchés de façon disproportionnée. Quatrièmement, la politique en question doit prévoir un minimum indispensable de droits ou un seuil minimum de protection sociale, tel que défini par l'Organisation internationale du Travail, et les protéger en toutes circonstances.

Les tribunaux nationaux des pays européens ont été sensibles à ce corpus normatif et ils sont nombreux à avoir mis en place « les conditions

---

peuvent être invoquées en tant qu'objectif urgent et réel. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, préc., note 49.

<sup>55</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, préc., note 49.

<sup>56</sup> Le président du comité sur les droits économiques a transmis une lettre à tous les États parties au PIDESC pour les informer des critères à respecter en cas d'adoption de mesures régressives en contexte d'austérité. *Lettre du 16 mai 2012 adressée par le Président du Comité des droits économiques, sociaux et culturels aux États parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, en ligne : [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CESCR\\_SUS\\_6395\\_F.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CESCR_SUS_6395_F.pdf) (consulté le 15 décembre 2015). Ces critères sont utilisés par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels dans son analyse des rapports étatiques. Voir à ce sujet, Diane ROMAN, « La jurisprudence sociale des cours constitutionnelles en Europe : vers une jurisprudence de crise ? », (2014) 4-45 *Les nouveaux cahiers du socialisme* 63.

d'un contrôle plus strict des politiques nationales d'austérité»<sup>57</sup>. Cette «jurisprudence de crise»<sup>58</sup> repose principalement sur la préservation des garanties d'égalité dans la jouissance des droits et sur l'analyse de la proportionnalité des mesures par rapport aux situations particulières de chaque État. Il s'agit de notions avec lesquelles la jurisprudence constitutionnelle et *quasi constitutionnelle* sont familières. L'arrimage des concepts ne peut qu'être facilité par l'existence de ces affinités.

Ces critères qui exigent une plus grande imputabilité de l'État à l'égard de sa gestion budgétaire<sup>59</sup> en contexte d'austérité peuvent contribuer au développement des droits économiques sociaux et culturels au Québec et au Canada. Ils offrent des moyens d'accroître le dialogue entre le pouvoir judiciaire<sup>60</sup> et les pouvoirs exécutif et législatif aux fins d'une plus grande transparence de la gestion de l'État et ultimement, d'une participation accrue des citoyens aux prises de décisions qui les concernent. Pour initier ce dialogue nécessaire au sujet des droits économiques sociaux et culturels, il nous semble opportun, à ce stade-ci du sous-développement des droits économiques sociaux et culturels au Québec et au Canada de proposer quelques pistes de réflexion relative aux stratégies susceptibles de contribuer à leur évolution.

<sup>57</sup> *Id.*, 72.

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> Comme le rappelle à juste titre David Robitaille, il importe de distinguer les contraintes économiques des contraintes budgétaires. Seules les contraintes économiques peuvent permettre de justifier une régression des droits économiques, sociaux et culturels. Cela implique donc que les choix budgétaires soient effectués en prenant en compte l'obligation «de faire un effort soutenu dans la priorisation des ressources en faveur des personnes vivant dans la précarité». À défaut de quoi, le gouvernement pourrait aisément «violier 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». D. ROBITAILLE, préc., note 9.

<sup>60</sup> Dans une telle perspective, la légitimité des tribunaux se trouve complètement préservée. Son rôle consiste à identifier les «effets d'exclusion» des mesures et à s'assurer de leur raisonnable dans une société libre et démocratique. Sur la notion d'effets d'exclusion voir Lucie LAMARCHE, «Les droits sociaux et la Charte canadienne des droits et libertés: quelques réflexions indisciplinées et prospectives», dans Marc VERDUSSEN (dir.), *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, Bruxelles, Bruylant, p. 495.

### III. Le développement des droits économiques sociaux et culturels au Québec et au Canada : le besoin d'un continuum de stratégies plurielles

Nous avons, dans ce texte, effectué un bref survol des résistances à l'égard des droits économiques sociaux et culturels et démontré que le principe de l'interprétation évolutive des Chartes canadienne et québécoise laisse toutefois une opportunité aux juristes pour développer le droit des droits économiques sociaux et culturels qui en est encore à sa genèse, comparativement aux développements substantiels survenus en droit international et en droit comparé. Dans cette perspective, les compressions budgétaires imposées par les mesures d'austérité imposées par le gouvernement libéral, notamment en 2015, constituent une occasion de saisir l'ouverture cristallisée par la Cour suprême dans l'arrêt *Gosselin* pour renouveler l'effort de définition des droits économiques sociaux et culturels et des obligations qu'ils imposent au gouvernement.

Il ressort de ce court développement, comme nous l'avons évoqué plus haut, un constat de fermeture relative du système juridique à l'égard des droits économiques sociaux et culturels qui, en s'autoalimentant depuis plus ou moins 30 ans, nuit considérablement à toute avancée. Ce constat appelle au développement de stratégies destinées à accroître l'ouverture du système. Dans la mesure où les résistances aux droits économiques sociaux et culturels relèvent à la fois du politique et du juridique, nous suggérons ici trois types de stratégies de mobilisation des droits économiques sociaux et culturels – *révélatrices des multiples fonctions du droit* – qui méritent développement et qui s'inscrivent dans un continuum : les stratégies de judiciarisation, de mobilisation politique et les approches programmatiques.

#### A. Les stratégies de judiciarisation

Nous entendons par stratégies de judiciarisation l'ensemble des initiatives destinées à mobiliser les droits économiques sociaux et culturels dans l'arène judiciaire en tant que demandeur ou intervenant, selon le cas, par les individus lésés ou par des organisations de défense des droits<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> Qui depuis l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Violence Society*, 2012 CSC 45, peuvent se faire reconnaître plus aisément un intérêt pour agir. Cela étant, les coupures de financement aux organisations non gouvernementales de défense des droits ainsi que l'abolition du programme de contestation judiciaire financé par le gouvernement fédéral ont considérablement porté atteinte à

En s'appuyant sur les avancées du droit international et du droit comparé, ces stratégies doivent viser un arrimage parfait entre les normes, les faits et la preuve pour faire pénétrer dans le droit constitutionnel et/ou *quasi constitutionnel* des éléments nouveaux susceptibles d'accroître l'effectivité des droits économiques sociaux et culturels. À ce titre, les développements doctrinaux en droit canadien<sup>62</sup> et québécois<sup>63</sup> offrent des assises pour ancrer juridiquement les perspectives novatrices. En particulier, l'approche de justiciabilité substantive et processuelle des droits économiques sociaux et culturels proposée par David Robitaille<sup>64</sup> est incontournable. Elle offre une synthèse des approches juridiques les plus susceptibles de faire corps avec le droit constitutionnel et *quasi constitutionnel*.

Ces stratégies, aussi pertinentes qu'elles soient, font face à des obstacles importants. Les coûts de l'accès à la justice, les ressources limitées de l'aide juridique, les refus des cours supérieures d'entendre les appels en matière de droits économiques sociaux et culturels<sup>65</sup>, les risques d'une décision défavorable aux intérêts des individus lésés<sup>66</sup>, méritent d'être pris en compte. Mais comme le soulignent Martha Jackman et Louise Arbour, le peu de recours judiciaires en matière de droits économiques sociaux culturels nuit au développement du droit en la matière<sup>67</sup> et fait en sorte que ces droits demeurent non revendiqués<sup>68</sup>.

---

la capacité de ces organisations d'agir en justice. À cela s'ajoute les vérifications financières ciblées effectuées par Revenu Canada auprès des organisations non gouvernementales bénéficiant d'un statut d'organisme caritatif suspecté de dépenser plus de 10 % de leurs revenus en plaidoyer destiné à la promotion des changements de lois et de politiques publiques. Voir B. PORTER et M. JACKMAN, préc., note 20, p. 18. Voir aussi, Maria GERGIN, *Silencing Dissent: The Conservative Record*, Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives, 2011.

<sup>62</sup> Nous pensons notamment aux travaux de Martha Jackman, Bruce Porter, David Bilchitz, Lucie Lamarche et David Robitaille.

<sup>63</sup> Nous pensons notamment aux travaux de Christian Brunelle et Mélanie Samson, de Pierre Bosset, Lucie Lamarche et de David Robitaille.

<sup>64</sup> D. ROBITAILLE, préc., note 23.

<sup>65</sup> S. RODGERS, préc., note 36.

<sup>66</sup> B. PORTER et M. JACKMAN, préc., note 20, p. 15.

<sup>67</sup> L. ARBOUR, préc., note 41, p. 7, cité dans B. PORTER et M. JACKMAN, préc., note 27; Martha JACKMAN, « Charter Remedies for Socio-Economic Rights Violations: Sleeping Under a Box ? », dans Robert J. SHARPE et Kent ROACH (dir.), *Taking Remedies Seriously*, Montréal, Canadian Institute for the Administration of Justice, 2010, p. 279.

<sup>68</sup> « [U]nclaimed », B. PORTER et M. JACKMAN, préc., note 20, p. 15.



Pour pallier les limites du droit interne, et en particulier le refus des tribunaux d'entendre les appels fondés sur les droits économiques sociaux et culturels, le mécanisme de pétition individuelle de la Commission interaméricaine des droits de l'homme offre des voies à explorer<sup>69</sup> qui, à ce jour, ont été peu mobilisées.

### **B. Les stratégies de mobilisation politique**

La mobilisation politique du droit renvoie aux stratégies où le droit est utilisé par les organisations non gouvernementales sur une base individuelle, en regroupements provincial, national ou international, comme un outil destiné à entraîner des changements aux lois et aux politiques publiques aux paliers municipal, provincial, national ou international. À ce titre, la mobilisation des organisations est notamment requise pour exiger du Canada qu'il signe et ratifie le Protocole facultatif au PIDESC<sup>70</sup> dans les meilleurs délais afin de permettre l'accès au mécanisme de communication individuelle qu'il instaure et d'accroître la pression sur le système judiciaire.

Des stratégies de mobilisation ancrées dans le cadre normatif des droits économiques sociaux et culturels méritent aussi des développements. Par exemple, l'obligation de réalisation progressive des droits au maximum des ressources disponibles prévue à l'article 2, par. 1 du PIDESC peut avoir une portée plus opérationnelle si un suivi de cette réalisation reposant sur des indicateurs quantitatifs et qualitatifs ancrés dans le cadre normatif des droits économiques sociaux et culturels est effectué<sup>71</sup>. La mobilisation

<sup>69</sup> La *Déclaration des droits et devoirs de l'homme* est une source d'obligations pour tous les pays membres de l'OEA et ce, même si les pays en question ne sont pas parties à la Convention. Il est admis par la Cour interaméricaine que la Déclaration est une source d'obligations pour les États membres de l'OEA, voir *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, Avis consultatif OC-10/89, IACHR (*Série A*) n° 10. Sur le fait que la Déclaration génère des obligations à la charge de tous les États membres de l'OEA, voir Bernard DUHAIME, « Strengthening the Protection of Human Rights in the Americas: A Role for Canada ? », dans Monica SERRANO (dir.), *Human Rights Regime in the Americas*, Tokyo, United Nations University Press, 2010, p. 84.

<sup>70</sup> Voir le Protocole facultatif au PIDESC.

<sup>71</sup> Le recours aux indicateurs pour évaluer la mise en œuvre des droits humains fait l'objet de critiques en raison notamment de la technicisation qu'ils imposent et de la

pourrait alors se déployer dans le temps autour de cette opération de suivi systématique encore insuffisamment exploitée dans la perspective de la mise en œuvre des droits économiques sociaux et culturels. Le langage juridique de ces droits peut aussi contribuer à structurer les revendications politiques. Ainsi, la mobilisation des organisations non gouvernementales à l'encontre des politiques d'austérité du gouvernement gagnerait à s'ancrer davantage dans les concepts juridiques de « mesure régressive », de « contenu minimal essentiel des droits économiques sociaux et culturels »<sup>72</sup> et de « ressources disponibles »<sup>73</sup>. Ces concepts permettent d'opposer au gouvernement des obligations à l'égard desquels il s'est engagé en ratifiant le PIDESC en 1976 et d'ajouter un argument de légitimité aux revendications exigeant l'imputabilité de l'État.

Le fait d'ancrer les revendications dans le langage et les concepts des droits économiques sociaux et culturels permet également d'accroître le réseau de mobilisation en créant des alliances avec des organisations poursuivant des objectifs communs à travers le monde, d'être présents dans les différents forums internationaux dont notamment la procédure de suivi périodique imposé par le PIDESC au Canada ainsi que le suivi des missions des rapporteurs spéciaux au pays<sup>74</sup>.

La mobilisation politique des droits économiques sociaux et culturels englobe aussi, selon notre perspective, les activités d'information, d'éducation et d'« autocalapacitation » (empowerment). Il s'agit alors d'accroître au sein même de la population, dans les mouvements sociaux et notamment chez les groupes vulnérables, la connaissance et la socialisa-

---

dépolitisation des enjeux qu'ils peuvent entraîner. LIGUE DES DROITS ET LIBERTÉS DU QUÉBEC et Lucie LAMARCHE, *Les indicateurs de droits humains : outils de mesure nécessaire ou technicisation des droits ?*, 2013. Bien que nous partagions ces préoccupations, nous sommes d'avis qu'il s'agit d'une approche qui, lorsque combinée à des analyses qualitatives, peut accroître le suivi de la mise en œuvre progressive des droits économiques sociaux et culturels. Voir plus globalement sur la question, Sally ENGLE MERRY, « Measuring the World: Indicators, Human Rights, and Global Governance. with CA comment by John M. Conley », (2011) 52-S3 *Current Anthropology* S83.

<sup>72</sup> Voir sur ce concept, D. ROBITAILLE, préc., note 23 ; D. ROBITAILLE, préc., note 9.

<sup>73</sup> Le concept de ressources disponibles réfère à l'ensemble des ressources disponibles et via l'aide internationale. PIDESC, art 2, par. 1, CDESC, *Observation générale no. 3 : La nature des obligations des États parties*, préc., note 13.

<sup>74</sup> Voir B. PORTER et M. JACKMAN, préc., note 20, p. 18.

tion<sup>75</sup> des droits économiques sociaux et culturels. La conscience d'être titulaire de ces droits<sup>76</sup> peut avoir un impact instrumental ou symbolique chez les personnes concernées susceptibles d'entraîner des effets, dont notamment la participation des personnes concernées aux prises de décisions qui les concernent. Ce qui importe alors, c'est de traduire dans le langage du droit les normes qui peuvent être davantage associées à la morale chez les profanes<sup>77</sup> afin, notamment, de les relier aux mécanismes juridiques de mise en œuvre qui leur sont propres et aux sanctions qu'ils imposent en cas de violation.

### **C. Les approches programmatiques basées sur les droits économiques sociaux et culturels**

Nous entendons par « approches programmatiques basées sur les droits économiques sociaux et culturels » les stratégies qui mobilisent le cadre normatif des droits économiques sociaux et culturels à titre de ligne directrice d'un programme ou d'une politique, dans le but d'arrimer les pratiques aux prescriptions des droits et ainsi, de favoriser la réalisation des droits en action. Ce type d'approche a été plus particulièrement développé en santé et a été conceptualisé par les écrits du mouvement *health and human rights*<sup>78</sup>. Bien que la pertinence de cette approche en santé soit

<sup>75</sup> Pour une approche de socialisation des droits économiques sociaux et culturels, voir Christine VÉZINA et Emmanuelle BERNHEIM, « Action collective et égalité réelle : contributions des droits économiques et sociaux à l'agir ensemble », (2011) 23-2 *Nouvelles pratiques sociales* 97. Sur le concept de socialisation, voir Pierre NOREAU, « La scolarité, la socialisation et la conception du droit : un point de vue sociologique », (1997) 38-4 *C. de D.* 741.

<sup>76</sup> Sur le concept de conscience du droit, voir Patricia EWICK et Susan SILBEY, *The Common Place of Law : Stories From Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1998 ; Jérôme PÉLISSE, « A-t-on conscience du droit ? Autour des Legal Consciousness Studies », (2005) 2-59 *Genèses* 114.

<sup>77</sup> La recherche empirique que nous avons réalisée dans le cadre de notre thèse de doctorat auprès des organismes communautaires de lutte au VIH/sida a démontré que le droit à la santé était principalement perçu comme une norme morale chez ces acteurs. Ainsi conceptualisée, la norme n'était pas rattachée aux mécanismes juridiques destinés à en assurer la mise en œuvre. C. VÉZINA, préc., note 16.

<sup>78</sup> Le courant « health and human rights » repose sur l'hypothèse fondamentale d'un lien entre les droits humains et la santé. Les domaines de la lutte au VIH et de la santé sexuelle et génésique des femmes ont largement contribué à son émergence qui s'étend maintenant à d'autres secteurs de la santé. Les travaux réalisés par François

frappante, elle a été développée dans d'autres secteurs, tels que la pauvreté et le développement international, et est mise de l'avant par les Nations Unies dans le développement de leurs programmes<sup>79</sup>. Dans cette perspective, le droit n'est plus pensé sous le schème de la pyramide, mais plutôt du réseau<sup>80</sup>. Il se trouve alors à pénétrer d'autres sous-systèmes sociaux par le biais des programmes et des pratiques. Dans le contexte de la présente réflexion, nous estimons que cette possible trajectoire pour les droits économiques sociaux et culturels mérite d'être explorée, en raison notamment de la fermeture relative du système juridique à leur égard. Elle permet une autre forme de diffusion des droits économiques sociaux et culturels dans le tissu social, voire une pénétration des valeurs dominantes, ce qui à terme, peut avoir un effet sur les jugements des tribunaux<sup>81</sup>. La pertinence de cette approche pour l'appareil administratif de l'État mérite d'être soulignée dans un contexte où les tribunaux font de plus en plus souvent le choix de sauvegarder la constitutionnalité des lois – en ayant recours à une interprétation qui en favorise la conformité constitutionnelle – pour plutôt invalider les décisions des décideurs administratifs<sup>82</sup>.

Nous avons débuté ce texte en appuyant sur les affinités naturelles qui existent entre les déterminants de la santé et les droits économiques sociaux et culturels. Partant de cette prémisse, nous suggérons que le dé-

---

Xavier Bagnoud Center de l'Université Harvard contribuent à documenter et à développer ce nouveau paradigme. Voir en ligne: François Xavier Bagnoud Center, <http://www.fxcenter.org/> (consulté le 23 décembre 2015) ainsi que la revue *Health and Human Rights*, en ligne: <http://www.hhrjournal.org/> (consulté le 23 décembre 2015). Voir à ce sujet Sofia GRUSKIN, Edward J. MILLS et Daniel TARANTOLA, « History, principles, and practice of health and human rights », (2007) 370 *The Lancet* 449; Leslie LONDON, « What is a Human Rights Based Approach to health and does it matter? », (2008) 10-1 *Health and Human Rights. An International Journal*, en ligne: [http://hmb.utoronto.ca/HMB303H/weekly\\_supp/week-02/London-Right\\_to\\_Health.pdf](http://hmb.utoronto.ca/HMB303H/weekly_supp/week-02/London-Right_to_Health.pdf) (consulté le 23 décembre 2015).

<sup>79</sup> Voir le UN Practioner's Portal on Human Rights Based Approach to Programming, en ligne: <http://hrbportal.org/#footer> (consulté le 24 décembre 2015).

<sup>80</sup> François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

<sup>81</sup> Andrée LAJOIE, *Jugement de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, 1997.

<sup>82</sup> Voir par exemple, les arrêts *Eldridge* et *PHS Community*. Voir si je peux aussi ajouter Caron.

veloppement d'actions de santé publique destinées à valoriser les déterminants de la santé basées sur le cadre normatif des droits économiques sociaux et culturels (appuyées par des collaborations entre juristes et acteurs de santé publique, le cas échéant) pourrait constituer une avenue intéressante à explorer pour la diffusion horizontale (*mainstreaming*) des droits. Il s'agirait alors d'orienter les pratiques et les politiques de santé publique en suivant les lignes directrices imposées par le cadre normatif des droits économiques sociaux et culturels<sup>83</sup>. Par exemple, en étant intégré aux études prospectives d'impact imposées par l'article 54 de la *Loi sur la santé publique*<sup>84</sup>, ce type d'approche pourrait éventuellement rejaillir sur l'administration publique et les autres ministères<sup>85</sup>. La même démarche pourrait d'ailleurs être envisagée en matière de lutte contre la pauvreté et d'environnement, où des études prospectives d'impact sont aussi prévues par les lois<sup>86</sup>.

Nous pouvons aussi penser que le développement d'une approche de révision des programmes basée sur les droits économiques sociaux et culturels constituerait une avancée importante dans le développement de ces droits. En transmettant à la Commission de révision permanente des programmes un avis destiné à faire en sorte que la révision des programmes soit faite de manière à respecter les droits économiques sociaux et culturels, c'est implicitement à cette démarche que se livrait la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ) en 2014<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Qui imposent des obligations substantives et processuelles, telles notamment, la non-discrimination, la participation des personnes concernées et la priorité aux personnes vulnérables. Voir par ex. : C. VÉZINA, préc., note 16.

<sup>84</sup> RLRQ, c. S-2.2.

<sup>85</sup> Nous avançons cette idée tout en reconnaissant qu'à ce jour, les résultats sont mitigés par rapport à l'effectivité des clauses d'impact. France GAGNON, « Les enjeux de la prise en compte des déterminants de la santé lors de l'élaboration des politiques publiques : réflexion à partir de la mise en œuvre de l'article 54 de la Loi sur la santé publique », Communication prononcée au Colloque no. 413 Droits économiques, sociaux et culturels de la santé : rencontre entre le social et le juridique, Congrès annuel de l'ACFAS, Sherbrooke, 2012.

<sup>86</sup> *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*, RLRQ, c. L-7, art. 19 et 20; *Loi sur le développement durable*, RLRQ c. D-8.1.1, art. 15.

<sup>87</sup> CDPDJ, *Avis à la Commission de révision permanente des programmes*, Montréal, CDPDJ, 2014.

C'est dans un continuum que nous devons penser l'ensemble de ces stratégies en raison de leur complémentarité : chacune des stratégies pouvant pallier les limites des unes et des autres.

## Conclusion

La légèreté des droits économiques sociaux et culturels en droit *constitutionnel et quasi constitutionnel* est une réalité qui caractérise le droit canadien et québécois, et qui laisse les personnes les plus vulnérables sans recours lorsque leurs besoins les plus fondamentaux ne sont pas comblés en raison de l'action ou de l'inaction de l'État. Cette situation, attribuable à diverses tensions qui s'inter alimentent et qui créent une fermeture relative du droit n'est toutefois pas intrinsèquement immuable. Le droit international des droits économiques sociaux et culturels a connu ce sous-développement en raison de limites normatives, procédurales et institutionnelles qui ont eu pour effet de créer un verrou sur l'avancement des droits. Pour se développer en droit québécois et canadien, les droits économiques sociaux et culturels doivent être mobilisés par des acteurs qui assumeront le rôle de *passeurs* et qui auront comme mission de faire pénétrer dans le droit de nouvelles interprétations. Les développements doctrinaux en droit canadien et québécois sont riches et peuvent nourrir les stratégies de ces passeurs. Les développements importants du droit international et du droit comparé sont aussi des leviers susceptibles de faire évoluer la Charte canadienne des droits et libertés, cet arbre vivant, ou de contribuer à la constitutionnalisation progressive de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne. Les politiques d'austérité ayant pour effet de faire régresser la jouissance des droits économiques sociaux et culturels créent, dans l'espace-temps, un moment opportun susceptible d'entraîner un défrichage plus soutenu des droits économiques sociaux et culturels. Ces politiques sont une invitation à explorer le concept de mesures régressives en droit interne. Mais puisque la voie judiciaire ne constitue qu'une dimension de la vie des droits, il importe en parallèle, de multiplier les passeurs et les stratégies de mobilisation, pour que se développent, un continuum d'actions qui en diffusant les droits dans le tissu juridique, social et politique pourront remédier à l'insoutenable légèreté des droits économiques sociaux et culturels. Accompagnées d'études empiriques documentant les obstacles à la mise en œuvre de ces stratégies et de projets de transfert et de mobilisation des connaissances, ces stratégies gagneront en réflexivité et en pertinence. C'est à cet agenda que le présent texte nous convie.