

Section 3. La justiciabilité des droits sociaux en Inde et Afrique du Sud

David Robitaille



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/127>

DOI : [10.4000/revdh.127](https://doi.org/10.4000/revdh.127)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2012

Pagination : 158-175

Référence électronique

David Robitaille, « Section 3. La justiciabilité des droits sociaux en Inde et Afrique du Sud », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 1 | 2012, mis en ligne le 30 juin 2012, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/127> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.127>

SECTION 3 - LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN INDE ET EN AFRIQUE DU SUD : SÉPARATION DES POUVOIRS, MANQUE DE RESSOURCES ET PAUVRETÉ MASSIVE COMME FACTEURS D'INTERPRÉTATION DES DROITS SOCIAUX

DAVID ROBITAILLE

La majorité des constitutions démocratiques adoptées au XX^e siècle présentent des traits communs⁹⁶, prévoyant une séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, reconnaissant les libertés classiques et montrant un certain souci pour la justice sociale. C'est notamment le cas de la *Constitution of India*⁹⁷ de 1949, et de la *Constitution of the Republic of South Africa Act*⁹⁸ de 1996 qui marquent une rupture avec le modèle purement libéral, sans pour autant le rejeter complètement. Elles consacrent ainsi toutes deux plusieurs droits et libertés civils et politiques ainsi que, respectivement, des principes socioéconomiques déclaratoires et des droits économiques et sociaux (ci-après « DS »). Destinées respectivement à affranchir le peuple indien d'un passé colonial et discriminatoire et à mettre un terme au régime inégalitaire de l'apartheid, ces constitutions étaient porteuses d'un vent de transformation socioéconomique auquel les tribunaux ont été appelé à contribuer.

L'efficacité d'une constitution à insuffler ce vent de changement dépend en effet en partie, en particulier lorsque le gouvernement se complait dans le statu quo, de l'interprétation que *choisissent* d'en faire les juges⁹⁹. Les tribunaux

* L'auteur remercie vivement ses chercheurs, Véronique SAINT-AMAND, Gabrielle GÉLINEAU et Camille PROVENCHER, pour les recherches qu'elles ont effectuées dans la jurisprudence et la doctrine indienne

⁹⁶ Karl LOEWENSTEIN, « Réflexions sur la valeur des constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des constitutions », *Revue française de science politique*, 1952 (2), p. 5.

⁹⁷ En ligne : <http://india.gov.in/govt/constitutions_of_india.php> (ci-après Constitution indienne). La jurisprudence de la Cour suprême indienne est disponible sur le site Internet de la Cour : <<http://judis.nic.in/supremecourt/chejudis.asp>>.

⁹⁸ No 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>>.

⁹⁹ 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. V. 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 et Theunis

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 subjective chez l'interprète, l'interprétation de l'histoire étant une activité idéologiquement chargée¹⁰⁰.

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 sur les DS. Nous constaterons que l'interprétation de ces droits, d'abord restrictive puis très progressiste par la suite a été, en partie du moins, tributaire d'une lutte politique entre la Cour suprême et le gouvernement indien ainsi que du contexte de libéralisation de l'économie et de ses conséquences sur les populations 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 tant d'éloges, en raison de sa contribution à la théorie de la justiciabilité des DS, que de critiques, de par la trop grande déférence dont la Cour témoigne à l'endroit des politiques publiques.

I. L'interprétation des DS en Inde tributaire d'une lutte politique entre la Cour suprême et le gouvernement

A. L'interprétation restrictive des principes directeurs pour bloquer des réformes politiques nationalistes

Deux ans après son accession à l'indépendance de l'Angleterre le 15 août 1947, l'Inde adopte sa Constitution le 26 novembre 1949¹⁰¹. D'inspiration partiellement britannique, celle-ci instaure une démocratie parlementaire, prévoit un partage des compétences législatives et consacre un large éventail de droits et libertés de la personne¹⁰². Qualifiée de « révolution sociale »¹⁰³,

ROUX, dir., *Courts and Social Transformation in New Democracies : An institutional Voice for the Poor ?*, Aldershot, Ashgate, 2006, 153.

¹⁰⁰ V. notamment Justice Ian BINNIE, « Constitutional Interpretation and Original Intent », *Sup. Ct. L. Rev.*, 2004 (23), Toronto, 345, p. 372-373; Pierre DE VOS, « A Bridge Too Far ? History as Context in the Interpretation of the South African Constitution », *S.A.J.H.R.*, 2001 (17), Johannesburg, 1.

¹⁰¹ David ANNOUSSAMY, « La démocratie en Inde », *R.I.D.C.*, 1997, 679, p. 681; Holden FURBER, « Constitution-Making in India », *Far Eastern Survey*, 1949 (18), Berkeley, 86.

¹⁰² David ANNOUSSAMY, « La démocratie en Inde », *id.*, p. 681 à 683; H. FURBER, *id.*, p. 86-88.

l'adoption de la Constitution marquait ce que l'on espérait être le point de départ d'un nouvel ordre économique, social et politique¹⁰⁴ et reflétait par ailleurs le fruit d'un compromis entre le libéralisme et le socialisme¹⁰⁵. Suivant le mot de Nheru, selon qui « les soi-disant droits fondamentaux seraient dénués de sens et ne vaudraient que le papier sur lequel ils sont inscrits pour ceux dont les besoins essentiels ne sont pas comblés »¹⁰⁶, la protection des libertés¹⁰⁷ a été complétée par un chapitre formulant plusieurs principes économiques et sociaux déclaratoires expressément exclus de toute sanction judiciaire¹⁰⁸.

Sur le plan politique, les principes ont vocation à sensibiliser les gouvernements successifs à l'importance de favoriser l'autonomie réelle et la dignité de leurs citoyens et rappellent, comme le préambule¹⁰⁹, la fonction sociale de l'État¹¹⁰. 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 politique¹¹¹. 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 de leur donner une portée normative à intensité variable, en fonction du contexte, notamment la lutte de pouvoir qu'elle a livré au gouvernement indien.

¹⁰³ Jayna KOTHARI, « Social Rights and the Indian Constitution », *Law, Social Justice & Global Development Journal*, 2004 (2), Warwick, en ligne : http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2004_2/KOTHARI, section 2.2 ; Jagat NARAIN, « Judicial Law Making and the Place of Directive Principles in Indian Constitution », *Journal of the Indian Law Institute*, 1985 (27), New Delhi, 198, p. 203 (notre traduction); R. SUDARSHAN, précité; Bertus DE VILLIERS, « Directives principles of State Policy and Fundamental Rights : The Indian Experience », *S.A.J.H.R.*, 1992 (8), Johannesburg, 29, p. 32 (ci-après B. DE VILLIERS, « Directives principles of State Policy »).

¹⁰⁴ *Inde, C.S., Consumer Education & Research Centre and Others v. Union of India & Others*, (1995) SCC (3) 42, p. 661 (ci-après *Consumer Education & Research Centre*).

¹⁰⁵ David ANNOUSSAMY, « Indépendance judiciaire : Le cas de l'Inde », *R.I.D.C.*, 1999, 119, p. 120; Pratap Bhanu MEHTA, « India's Unlikely Democracy : The Rise of Judicial Sovereignty », *Journal of Democracy*, 2007 (18), Washington, 70, p. 72-73.

¹⁰⁶ Cité par B. DE VILLIERS, « Directives principles of State Policy », précité, p. 30-31 (notre traduction) (référence omise).

¹⁰⁷ Notamment, le droit à l'égalité, les droits à la vie et à la liberté et les libertés d'expression et de religion.

¹⁰⁸ 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 ».

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ 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 ».

¹¹¹ B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 33, n. 22.

À cet égard, 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 jusqu'en 1967¹¹². Dans les années 1960 et 1970, la Cour affirmait toutefois sa place dans l'échiquier politique dans une lutte de pouvoir l'opposant à un gouvernement indien réfractaire au contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois¹¹³. 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, confirmait son pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois pour non-respect des droits fondamentaux¹¹⁴. Ce faisant, selon Saint-Hubert, elle cantonna les principes dans un rôle purement déclaratoire et symbolique¹¹⁵. Le gouvernement réagit par de nombreuses modifications 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 individuels¹¹⁶. La Cour a successivement jugé inconstitutionnelles¹¹⁷ 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 Parlement¹¹⁸. Il faut dire que la Cour eut l'appui indirect du peuple qui, à l'issue de cette longue crise de légitimité, chassa le parti alors au pouvoir, contribuant conséquemment à la consolidation du rôle de cette dernière comme garante des valeurs constitutionnelles¹¹⁹. Il est à noter, toutefois, que la Cour s'est appuyée plus tard sur les principes directeurs sociaux dans l'évaluation de la constitutionnalité de normes législatives attentatoires aux libertés classiques mais justifiées par les objectifs socioéconomiques qu'elles poursuivent. Selon la

¹¹² 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 », R.I.D.C., 2000, 631, p. 633.

¹¹³ P. B. MEHTA, « The Rise of Judicial Sovereignty », précité, p. 79.

¹¹⁴ Inde, C.S., Golaknath v. State of Punjab, (1967) 2 S.C.R. 762; D. ANNOUSSAMY, précité, p. 121-122; P. B. METHA, id., p. 73; M. SAINT-HUBERT, précité, p. 634.

¹¹⁵ M. SAINT-HUBERT, id., p. 634. V. aussi, plus généralement, D. ANNOUSSAMY, id., p. 121; P.B. MEHTA, id., p. 73. Bertus de Villiers note cependant que dès les années 1950, les droits fondamentaux étaient considérés supérieurs aux principes directeurs par la Cour : B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 39 et s.

¹¹⁶ D. ANNOUSSAMY, id., p. 121-122.

¹¹⁷ Id.; M. SAINT-HUBERT, précité, p. 634.

¹¹⁸ Inde, C.S., His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalavarut v. Union of India, (1973) Supp. S.C.R. 1; Inde, C.S., Minerva Mills Ltd. and Others v. Union of India and Others, (1980) 2 S.C.C. 591 (ci après Minerva Mills); D. ANNOUSSAMY, id.; M. SAINT-HUBERT, id. Si la Cour n'a pas identifié 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 directeurs.

¹¹⁹ Minerva MILLS, précité ; D. ANNOUSSAMY, id., p. 122-123 ; M. SAINT-HUBERT, id., p. 643.

Cour, les libertés doivent en effet s'interpréter de manière harmonieuse avec ces principes¹²⁰ 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 biens¹²¹.

Un « duel »¹²² aussi « fracassant »¹²³ 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 Constitution¹²⁴. Si certains pourraient considérer l'interventionnisme de la Cour et le pouvoir de contrôle qu'elle s'est donnée durant les années 1960 à 1980 comme une atteinte aux principes de l'État de droit¹²⁵, de la suprématie parlementaire et de la séparation des pouvoirs, d'autres ont souligné le souci de la Cour de borner la souveraineté parlementaire et son pouvoir de révision de la Constitution¹²⁶. 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 directeurs et le développement du noyau essentiel des DS en réaction au libéralisme sociopolitique

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 constitutionnels¹²⁷, la Cour se conçut comme le dernier rempart des citoyens en développant le concept de « Litige d'intérêt public »¹²⁸. Selon ce mécanisme novateur, toute personne qui s'estime lésée dans ses droits par le gouvernement a la possibilité de s'adresser à la Cour, dans le cadre d'une

¹²⁰ Bertus DE VILLIERS, « The Socio-Economic Consequences of Directive Principles of State Policy; Limitations on Fundamental Rights », S.A.J.H.R., 1992 (8), Johannesburg, 188, p. 189-199.

¹²¹ Id. ; v. aussi Bertus DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 43-45.

¹²² D. ANNOUSSAMY, précité, p. 120, 123.

¹²³ Id.

¹²⁴ P. B. MEHTA, précité, p. 74-75.

¹²⁵ Sur la question, v. notamment Jamie CASSELS, « Judicial Activism and Public Interest Litigation in India : Attempting the Impossible », *The American Journal of Comparative Law*, 1989 (37), 495, p. 509.

¹²⁶ M. SAINT-HUBERT, précité, p. 639-640. V. aussi D. ANNOUSSAMY, précité, p. 693.

¹²⁷ S. MURALIDHAR, « Caractère justiciable des droits ESC – Expérience de l'Inde », dans *Le cercle des droits – L'activisme en faveur des droits économiques, sociaux et culturels : Un outil pour la formation*, en ligne : <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/ind.htm>, p. 3.

¹²⁸ J. KOTHARI, précité, section 3.1; P. B. METHA, précité, p. 71, 73.

procédure très souple, afin que justice soit faite¹²⁹. 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 jugement¹³⁰. « [E]n 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 »¹³¹.

La Cour se dote 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*¹³², dans laquelle elle mandata deux commissaires afin qu'ils fassent enquête et rendent rapport sur la situation concernant les allégations de 75 travailleurs selon lesquels ils étaient forcés de travailler dans des conditions de travail inhumaines depuis dix ans 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 développer 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 de faire ou injonctions contre ce dernier¹³³.

Elle insuffle aussi un sens nouveau et plus substantiel aux principes directeurs – allant même jusqu'à contourner leur absence de justiciabilité – et s'investissant d'une mission de changement social¹³⁴. Alors que les « droits » socioéconomiques avaient été consacrés dans un chapitre distinct par rapport aux droits fondamentaux classiques et confinés au statut de principes directeurs non-exécutaires, la Cour parvient en effet, par une jurisprudence novatrice et une conception globale du droit à la vie, à contourner cette limite¹³⁵. 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

¹²⁹ Brenda COSSMAN et Ratna KAPUR, « Women and Poverty in India: Law and Social Change », *Revue canadienne Femmes et Droit*, 1993 (6), Toronto, 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. V. B. COSSMAN et R. KAPUR, *id.*; J. KOTHARI, *id.*; P. B. METHA, *id.*, p. 71; S. MURALIDHAR, *précité*, p. 3; R. SUDARSHAN, *précité*, p. 156.

¹³⁰ S. MURALIDHAR, *id.*

¹³¹ *Id.* V. aussi P. B. MEHTA, *précité*, p. 71.

¹³² *Inde, C.S., Bandhua Mukti Morcha v. Union of India and Ors.*, (1983) INSC 206.

¹³³ B. COSSMAN et R. KAPUR, *précité*, p. 298; J. KOTHARI, *précité*, section 3.1.

¹³⁴ *Id.*; S. MURALIDHAR, *précité*, p. 3.

¹³⁵ S. MURALIDHAR, *id.*, p. 2.

de l'Inde une démocratie socialiste et n'était pas censé ignorer la pauvreté massive existante à l'époque de la constitutionnalisation¹³⁶. 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 défavorisées¹³⁷. Comme nous le soulignons ailleurs¹³⁸, marqué 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 structurels¹³⁹. Des secteurs jusque-là publics furent ainsi privatisés avec pour conséquence l'augmentation de la pauvreté des personnes les plus vulnérables¹⁴⁰. C'est dans ce contexte de « rupture » avec le « modèle socialiste indien »¹⁴¹ qu'il faut comprendre la jurisprudence interventionniste de la Cour suprême dans les années 1980 et 1990¹⁴².

La Cour mobilisa ainsi les principes socioéconomiques au soutien d'une interprétation extensive 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 Constitution¹⁴³. Cette lecture harmonieuse des valeurs libérales et socialistes présentes dans la Constitution mena la Cour à confirmer l'interdépendance et la complémentarité¹⁴⁴ de tous les droits et libertés et l'indivisibilité de 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 globalité, notamment le logement, l'alimentation, la santé et l'éducation¹⁴⁵.

Interprété à la lumière des principes socioéconomiques, le droit à la vie sert de levier pour ordonner au gouvernement de fournir des abris adéquats à

¹³⁶ B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 45.

¹³⁷ B. DE VILLIERS, id., p. 46, souligne d'ailleurs que la nouvelle approche de la Cour a notamment pour but d'inciter le gouvernement à favoriser la réalisation des DS.

¹³⁸ 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 », *Revue canadienne droit et société*, Toronto, à paraître.

¹³⁹ Basudeb CHAUDHURI, « Les réformes économiques indiennes : éléments de bilan », *Revue Tiers Monde*, 2001 (165), 17, p. 17 et s.

¹⁴⁰ B. CHAUDHURI, id., p. 19-20, 24, 26; Gérard HEUZÉ, « Les conséquences sociales de la libéralisation en Inde », *Revue Tiers Monde*, 2001 (165), 33, p. 37-38, 57. Bien que l'économie indienne ait connu une croissance économique remarquable par suite de ces politiques, ses effets ont surtout été ressentis par une classe moyenne émergente et non par les personnes défavorisées. V. B. CHAUDHURI, id., p. 17, 26; G. HEUZÉ, id., p. 39-40; Isabelle MILBERT, « La persistance de la pauvreté urbaine en Inde », *Revue Tiers Monde*, 1995 (142), 325, p. 179-180, 186-187.

¹⁴¹ B. CHAUDHURI, id., p. 29.

¹⁴² J. CASSELS, précité, p. 510-511.

¹⁴³ S. MURALIDHAR, précité, p. 2.

¹⁴⁴ *Inde, C.S., Unni Krishnan, J.P. and Ros v. State of Andhra Pradesh and Ors.*, (1993) INSC 60 (ci-après Unni Krishnan); J. KOTHARI, précité, introduction.

¹⁴⁵ V. notamment *Inde, C.S., Paschim Banga Khet Mazdoorsamity of Ors. v. State of West Bengal & Anr.*, (1996) SCC (4) 37 (ci-après Paschim Banga); *Consumer Education & Research Centre*, précité, p. 657 et s.; *Inde, C.S., Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan & Ors.*, (1997) 11 SCC 123 (ci-après Ahmedabad Municipal Corporation); *Inde, C.S., Francis Coralie Mullin v. The Administrator, Union Territory of Delhi & Ors.*, (1981) SCR (2) 516.

personnes ayant érigé des bidonvilles en bordure des autoroutes, après s'être déplacées de régions rurales vers la ville à la recherche de meilleures conditions de vie¹⁴⁶. 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 plaignants¹⁴⁷.

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 province¹⁴⁸. Malgré la présence de limites intrinsèques dans le texte du « droit » à l'éducation¹⁴⁹, ce dernier permit à la Cour de 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 ce dernier en consacrant le principe 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 publics¹⁵⁰. Cette fois, la Cour 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 ressources¹⁵¹. Le gouvernement amenda par la suite la Constitution afin d'y spécifier son obligation constitutionnelle d'assurer l'éducation publique gratuite jusqu'à l'âge de quatorze ans¹⁵².

Dans une autre affaire, un homme poursuivit 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 train¹⁵³. 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 sociale, la Cour estima que le premier devoir de l'État est d'assurer

¹⁴⁶ Ahmedabad Municipal Corporation, *id.*

¹⁴⁷ Ahmedabad Municipal Corporation, *id.*; Inde, C.S., *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, (1985) 3 SCC 545.

¹⁴⁸ Inde, C.S., *Miss Mohini Jain v. State of Karnataka and Ors.*, (1992) SCR (3) 658.

¹⁴⁹ 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 ».

¹⁵⁰ Unni Krishnan, précité.

¹⁵¹ *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.

¹⁵² 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 ».

¹⁵³ Paschim Banga, précité.

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 Constitution¹⁵⁴. 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 flexible, soucieuse à la fois de la protection de la vie et de la sécurité de la personne et des difficultés économiques de l'État¹⁵⁵. Dans cette affaire, l'argument des contraintes financières a donc été rejeté par la Cour compte tenu du caractère immédiat des soins vitaux nécessités par le patient. 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 hôpital¹⁵⁶. 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 raisonnables¹⁵⁷, 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 retraite¹⁵⁸.

La Constitution indienne fixe ainsi un plancher minimal imposant à l'État l'obligation de réaliser le noyau essentiel de chacun des droits socioéconomiques compris dans le droit à la vie – protection au delà de laquelle l'État n'est pas tenu sur le plan constitutionnel¹⁵⁹ – qui visent à assurer à tous les besoins essentiels nécessaire à l'exercice de tous les droits et libertés. Les contraintes financières constituent un élément à considérer dans la détermination du caractère justifié de la violation du droit à la vie, mais son importance 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 violation s'éloignera du contenu essentiel du droit à la vie, plus la Cour sera déférente et plus l'argument budgétaire aura de pertinence.

¹⁵⁴ Id.

¹⁵⁵ Id.

¹⁵⁶ Inde, C.S., State of Punjab & Ors. v. Ram Lubhaya Bagga, (1998), 4 SCC 117.

¹⁵⁷ Id.

¹⁵⁸ Inde, C.S., Confederation of Ex-Servicement Association & Ors. v. Union of India & Ors., (2006) (8) SCC 399 (ci-après Confederation of Ex-Servicement Association).

¹⁵⁹ Paschim Banga, précité; Unni Krishnan, précité.

II. La Constitution sud-africaine de 1996 : l'instauration d'une « culture de justification » post-apartheid

A. La *rationalité* comme standard de constitutionnalité des politiques publiques

Dans le premier litige qu'elle a eu à trancher sur la base des DS reconnus dans la Constitution sud-africaine¹⁶⁰, la Cour constitutionnelle en fit une interprétation restrictive¹⁶¹. 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 soigner¹⁶². La Cour rejeta cette demande au motif, principalement, que la mise en œuvre des DS dépend des ressources limitées dont dispose l'État et qu'il appartient à celui-ci, et non aux tribunaux, de faire des choix sociopolitiques et budgétaires complexes¹⁶³. Dans la mesure où les politiques sociales étaient rationnelles et avaient été adoptées de bonne foi, la Cour n'allait pas intervenir dans l'attribution et la gestion des fonds publics¹⁶⁴. L'obligation constitutionnelle de ce dernier se limitait alors à établir l'existence de mesures socioéconomiques sans que la Cour ne remette véritablement en question la suffisance de celles-ci¹⁶⁵. En soumettant les politiques publiques à un test aussi peu rigoureux, la Cour reconnut au législateur une grande discrétion dans la détermination du contenu effectifs des DS. Il est probable cependant que les faits particuliers de cette affaire, notamment la nature irréversible de la maladie de plaignant et le nombre de patients à traiter avec de l'équipement limité, aient constitué un facteur dans la détermination par la Cour du standard qu'imposaient ces droits.

¹⁶⁰ Afrique du Sud, C.C., *Soobramoney c. Minister of Health (KwaZulu-Natal)*, [1998] 1 S. Afr. L.R. 761 (ci-après *Soobramoney*).

¹⁶¹ Sandra LIEBENBERG, « South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-economic Rights : An Effective Tool in Challenging Poverty ? », *Law, Democracy and Development*, 2002 (6), Cape Town (Afrique du Sud), p. 1, en ligne : <http://www.communitylawcentre.org.za/clc-projects/socio-economic-rights/research/socio-economic-rights-transformation-in-sa/2002-vol-6-law-democracy-and-development/South%20Africa's%20evolving%20jurisprudence.pdf/>, p. 7 ; Marius PIETERSE, « Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights : Contemplating the South African Experience », *Hum. Rts. Q.*, 2004 (26), Baltimore (Maryland, États-Unis), 882 p. 901 ; Craig SCOTT et Philip ALSTON, « Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context : A Comment on *Soobramoney's* Legacy and *Grootboom's* promise », *S.A.J.H.R.*, 2000 (16), Johannesburg., 206 p. 235 et s.

¹⁶² *Soobramoney*, précité, par. 1-5.

¹⁶³ *Id.*, par. 10-11, 19-20, 22-36.

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Id.*, par. 24.

B. L'approche administrativiste : prendre les DS au sérieux sans outrepasser la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif

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'appuyait sur les valeurs de justice sociale qui ont été constitutionnalisées après l'apartheid et mit de côté l'approche initialement préconisée. La Cour adoptait cette fois 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 1998 : « L'inclusion de droits économiques et sociaux dans la Constitution peut effectivement paver la voix à des ordonnances 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 »¹⁶⁶. 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 choisie¹⁶⁷. Dans l'arrêt *Government of the Republic of South Africa c. Grootboom*¹⁶⁸, la Cour met en effet sur pied ce que plusieurs considèrent comme une approche innovatrice¹⁶⁹ inspirée du droit administratif¹⁷⁰, en vertu de laquelle le rôle du tribunal est de vérifier si les politiques publiques sont cohérentes, rationnelles et si elles distribuent équitablement les ressources entre les différents groupes qui en ont besoin¹⁷¹.

¹⁶⁶ Afrique du Sud, Cour const., 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*, précité, le juge Chaskalson ne fait aucunement mention de ce passage si important de l'arrêt *In re Certification of the Constitution*.

¹⁶⁷ *V. Khosa c. The Minister of Social Development*, [2004] 6 S. Afr. L.R. 505, par. 67 (ci-après *Khosa*).

¹⁶⁸ [2001] 1 S. Afr. L.R. 46 (ci-après *Grootboom*).

¹⁶⁹ V. notamment Cass R. SUNSTEIN, « Social and Economic Rights ? Lessons from South Africa », *Forum constitutionnel*, 2000-2001 (11), Edmonton (Canada), p. 123.

¹⁷⁰ David BILCHITZ, « Placing basic needs at the centre of socio-economic rights jurisprudence », *ESR Review*, 2003 (4), Cape Town (Afrique du Sud), 2, p. 2 (ci-après D. BILCHITZ, « Basic Needs ») ; Alana KLEIN, « Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights », *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 2007-2008 (39), New York, 351, p. 374-385 ; Marius PIETERSE, « Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-economic Rights », *S.A.J.H.R.*, 2004 (20), Johannesburg, 383, p. 410 (ci-après M. PIETERSE, « Coming to Terms ») ; Kameshni PILLAY, « Implementing *Grootboom* : Implications for the Enforcement of Socio-economic Rights » *Law, Democracy and Development*, 2002 (6), Cape Town (Afrique du Sud), (en ligne : <http://www.communitylawcentre.org.za/Projects/Socio-Economic-Rights/research-project/2002-vol-6-law-democracy-and-development>), p. 206.

¹⁷¹ *Grootboom*, précité, par. 43.

Contrairement au concept de noyau essentiel que la Cour a rejeté¹⁷², cette norme de raisonnable 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 plus 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 inconstitutionnels¹⁷³. 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 terme¹⁷⁴, et qui ne prévoyait aucune mesure pour alléger la misère des demandeurs qui, occupant des bidonvilles, vivaient dans des conditions extrêmement difficiles¹⁷⁵. 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 ans¹⁷⁶.

Plusieurs ont salué l'approche de la Cour constitutionnelle. L'obligation faite à l'État d'élaborer des programmes sociaux raisonnables confirme en effet la justiciabilité des DS, permet de mettre en lumière certaines failles des politiques publiques et pourrait instaurer un dialogue entre les tribunaux et le gouvernement¹⁷⁷. 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 publiques¹⁷⁸. 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 explications¹⁷⁹ par rapport aux choix et

¹⁷² 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 DS : Afrique du Sud, C.C., Mazibuko and Others c. City of Johannesburg and Others (Centre on Housing Rights and Evictions as Amicus Curiae), CCT 39/09, par. 53-68 (ci-après Mazibuko).

¹⁷³ Grootboom, précité, par. 43, 52-69.

¹⁷⁴ Id., par. 51-52, 63-64.

¹⁷⁵ Id., par. 7, 52-69.

¹⁷⁶ Afrique du Sud, Cour const., Minister of Health c. 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).

¹⁷⁷ V. notamment Bruce PORTER, « The Reasonableness of Article 8(4) – Adjudicating Claims From the Margins », *Nordic Journal of Human Rights*, 2009 (27), Oslo, 39. Selon Porter, la norme de raisonnable développée par la Cour constitutionnelle sud-africaine et dont se sont inspirés les rédacteurs du Protocole facultatif au PIDESC, permettrait cet équilibre entre les fonctions législative et exécutive, d'une part, et judiciaire, d'autre part.

¹⁷⁸ Etienne MUREINIK, « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », (1994) 10 S.A.J.H.R., 1994 (10), Johannesburg, 31, p. 32. V. aussi A. KLEIN, précité, p. 376; S. LIEBENBERG, précité, p. 9; A. PILLAY, précité, p. 236-237; Murray WESSON, « Grootboom and Beyond: Reassessing the Socio-economic Jurisprudence of the South African Constitutional Court », S.A.J.H.R., 2004 (2), Johannesburg, 284, p. 293.

¹⁷⁹ Dans le contexte de la Charte canadienne, voir Nathalie DES ROSIERS, « Frein, moteur et levier: le droit à l'égalité, les droits sociaux et le développement des politiques publiques au Canada », dans Sheila MCINTYRE et Sanda RODGERS (dir.), *Diminishing Returns: Inequality*

aux priorités de celui-ci dans la gestion des ressources publiques. Cette approche établirait ainsi un juste compromis entre l'importance de prendre les DS au sérieux, sans toutefois manquer de réalisme en ignorant le manque de ressources pour en réaliser concrètement la promesse¹⁸⁰.

C. Les critiques de l'approche administrativiste : une analyse trop processuelle ?

Malgré son apport indéniable à la théorie de la justiciabilité des DS, le concept de raisonnabilité 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 processuel¹⁸¹. Le test de raisonnabilité placerait en effet les politiques publiques au centre de l'analyse fondée sur les DS¹⁸², plutôt que les besoins des individus et groupes affectés par la pauvreté¹⁸³, la tâche du tribunal consistant à vérifier si ces politiques sont cohérentes et rationnelles, sans que la Cour ne définisse plus amplement ces deux traits essentiels. Soucieuse de ne pas outrepasser ses fonctions et d'éviter d'imposer des obligations trop onéreuses au gouvernement¹⁸⁴, la Cour estime en effet que la définition des DS et la détermination des obligations qu'ils imposent est indissociable de la question des ressources disponibles, refusant conséquemment d'intégrer dans la Constitution le concept de noyau essentiel mis de l'avant en droit international¹⁸⁵. Pour se justifier, la Cour souligne qu'il est impossible d'assurer immédiatement à tous les Sud-Africains l'accès aux besoins essentiels¹⁸⁶, que la détermination du contenu précis des DS ne relève pas de son expertise¹⁸⁷ et qu'il ne lui revient conséquemment pas, sur le plan démocratique, de définir en détails les politiques publiques¹⁸⁸.

En associant définition et mise en œuvre concrète du droit et en faisant du concept de raisonnabilité *l'obligation même* qu'imposent les DS, la Cour s'est privée, selon Bilchitz, d'un étalon de mesure lui permettant d'évaluer objectivement si le gouvernement satisfait raisonnablement ou non à son

and the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Markham, Éditions Lexis Nexis, 2006, 213, p. 215, 219-220.

¹⁸⁰ A. PILLAY, précité, p. 206, 207, 227. V. aussi M. WESSON, précité, pp. 303-305.

¹⁸¹ David BILCHITZ, « Basic needs », précité, p. 4 ; M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », précité, p. 487.

¹⁸² Id.

¹⁸³ David BILCHITZ, « Towards a Theory of Content for Socio-Economic Rights », dans Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Theunis ROUX (dir.), Perspectives nationales et internationales des droits sociaux, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, 3, p. 8; Marius PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights: Constitutional Entitlements to Health Care Services », S.A.J.H.R., 2006 (22), Johannesburg, 473, p. 474; M. PIETERSE, « Coming to Terms », précité, p. 407.

¹⁸⁴ D.M. DAVIS, « Adjudicating the Socio-Economic Rights in the South African Constitution: Towards 'Deference Lite' », S.A.J.H.R., 2006 (22), Johannesburg, 301, pp. 310-318, spéc. 323.

¹⁸⁵ M. PIETERSE, « Coming to terms », précité, p. 410.

¹⁸⁶ MAZIBUKO, précité, par. 59; Grootboom, précité, par. 35; S. LIEBENBERG, précité, p. 8.

¹⁸⁷ MAZIBUKO, id., par. 61-62; Grootboom, id., par. 32, 37-38; S. LIEBENBERG, id.

¹⁸⁸ MAZIBUKO, id., par. 57, 61, 65.

obligation constitutionnelle¹⁸⁹. 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 raisonnable¹⁹⁰. 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 assujéti¹⁹¹. 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 contraire¹⁹², raisonabilité et rationalité sont en effet similaires dans la mesure où l'approche développée dans l'arrêt *Grootboom* exige essentiellement que les politiques gouvernementales soient cohérentes et rationnellement liées à la promotion des DS¹⁹³. Comme le fait remarquer Marius Pieterse : « La raisonabilité 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 »¹⁹⁴.

Tels qu'interprétés par la Cour constitutionnelle, les DS 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 publiques¹⁹⁵ qui, ce faisant, exclurait l'individu et ses besoins essentiels des préoccupations fondamentales de l'analyse¹⁹⁶. Il importerait donc de développer le noyau essentiel autonome des DS 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

¹⁸⁹ 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*); D. BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence », S.A.J.H.R., Johannesburg, 2003 (19) 1, p. 6, 8, 10, 12 »; D. BILCHITZ, « Basic needs », précité, p. 3; David BILCHITZ, « Giving Socio-economic Rights Teeth : The Minimum Core and its Importance », S. Afr. Law J., 2002 (119), Claremont (Afrique du Sud), 484, p. 488 et 496; M. PIETERSE, « Coming to Terms », précité, p. 408.

¹⁹⁰ D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, id., p. 222; D. BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », id., p. 10. V. également M. PIETERSE, « Coming to Terms », id., p. 411, où l'auteure cite Bilchitz avec approbation.

¹⁹¹ A. KLEIN, précité, p. 377. Dans le contexte différent des DS au Québec, c'est aussi l'opinion de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 1: Bilan et recommandations, sous la direction de Pierre Bosset, 2003, p. 18.

¹⁹² Khosa, précité, par. 67; S. LIEBENBERG, précité, p. 9.

¹⁹³ A. KLEIN, précité, p. 376.

¹⁹⁴ M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », précité, p. 487.

¹⁹⁵ La Cour constitutionnelle a confirmé cette approche dans le récent arrêt *Mazibuko*, précité, par. 59, 70-71, 159-165.

¹⁹⁶ D. BILCHITZ, « Towards a Theory of Content », précité, p. 7; D. BILCHITZ, « Basic needs », précité, p. 2 et 3; M. PIETERSE, « Coming to Terms », précité, p. 407; Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », Tex. L. Rev., 2004 (82), Austin (Texas, États-Unis), 1895, p. 1906.

mettre en œuvre. La Cour constitutionnelle admet d'ailleurs elle-même l'importance du concept de noyau essentiel des DS¹⁹⁷. Comme le souligne Bilchitz, pour en arriver à la conclusion que les programmes sociaux contestés étaient déraisonnables l'arrêt *Grootboom*, il faut bien que la Cour se soit appuyée, au moins implicitement, sur un certain contenu « obligationnel » indépendant¹⁹⁸. D'ailleurs, celle-ci n'a pas complètement fermé la porte à la notion de noyau minimal dans l'arrêt *Grootboom*¹⁹⁹ et a même indiqué qu'il constitue un indice pertinent de raisonnabilité²⁰⁰. Dans la récente affaire des compteurs d'eau²⁰¹, 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 clairement 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 elle²⁰². En se fondant notamment sur l'*Observation générale 15* du Comité des DS des Nations Unies, la Cour d'appel estimait d'ailleurs 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'expertises²⁰³, ne correspondait pas vingt-cinq litres par jour par personne²⁰⁴. La Cour d'appel a ainsi jugé que la Constitution impose à l'État l'obligation de fournir précisément quarante-deux litres d'eau par jour par personne, conclusion qui a été infirmée par la Cour constitutionnelle.

L'obligation de tenir compte des besoins essentiels et urgents des plus défavorisés dégagée par la Cour 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 décent et à l'eau²⁰⁵. C'est d'ailleurs en raison de l'omission d'assurer les besoins vitaux d'un grand nombre de personnes défavorisées que la Cour constitutionnelle sud-africaine est intervenue dans les arrêts *Grootboom* et *Treatment Action Campaign*²⁰⁶, ce qui tend à confirmer la thèse selon laquelle

¹⁹⁷ D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », précité, p. 486, 496-499; Pierre DE VOS, « Grootboom, The Right of Access to Housing and Substantive Equality as Contextual Fairness », S.A.J.H.R., 2001 (17), Johannesburg, 258, p. 273; M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », précité, p. 475.

¹⁹⁸ D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, précité, p. 141-149; D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », id.

¹⁹⁹ *Grootboom*, précité, par. 33; D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », id., 485; M. TUSHNET, précité, p. 1905, n. 62.

²⁰⁰ *Treatment Action Campaign*, précité, par. 34.

²⁰¹ MAZIBUKO, précité.

²⁰² Id., par. 72-73, 76.

²⁰³ Id., par. 19-24.

²⁰⁴ Afrique du Sud, C.S.A., *City of Johannesburg and Others c. Mazibuko and Others* (Centre on Housing Rights and Evictions as amicus curiae), 2009 (3) SA 592, par. 16-24, 28.

²⁰⁵ D. BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », précité, p. 9; S. LIEBENBERG, précité, p. 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 DS dans l'évaluation de la raisonnabilité des politiques publiques affectant le droit à la vie.

²⁰⁶ D. BILCHITZ, « Towards a Theory of Content », précité, p. 18, n. 33; D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », précité, p. 497.

elle s'est bien appuyée sur une norme indépendante pour évaluer la raisonnable des politiques publiques²⁰⁷. Dans un arrêt subséquent, la Cour précisait d'ailleurs que le droit au logement – et possiblement, par induction, tous les DS – protègent certains éléments invariables²⁰⁸ et universels, ce qui tend à amenuiser l'hésitation du tribunal, préalablement exprimée dans l'arrêt *Grootboom*, à définir le contenu essentiel de ces droits.

Une approche accordant davantage d'importance à la définition des DS 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 publiques²⁰⁹. Liebenberg et Craven proposent ainsi qu'une présomption de violation du droit soit établie dès que les demandeurs démontrent que leurs besoins essentiels sont insatisfaits²¹⁰. Cette 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 minimal de ces droits et qu'il laisse en conséquence certaines personnes et groupes vivre dans la misère. Le fardeau justificatif devrait en outre être plus sévère lorsque l'État omet d'assurer le contenu essentiel des DS compte tenu de leur importance pour la vie et la sécurité des personnes dont les besoins essentiels ne sont pas comblés²¹¹. Comme le suggère Liebenberg, le test de raisonnable devrait aussi inclure une exigence plus poussée de proportionnalité ou de nécessité qui obligerait l'État à démontrer que l'omission d'assurer à tous le minimum vital était le seul moyen de réaliser ses autres objectifs²¹².

Conclusion

Les exemples indien et sud-africain démontrent que si le texte constitutionnel fourni aux juges des éléments sur lesquels s'appuyer dans l'interprétation des droits 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 justiciables ni susceptibles de sanction judiciaire. Lorsque le gouvernement a voulu mettre de l'avant des politiques sociales nationalistes en

²⁰⁷ *Grootboom*, précité, par. 35 (nous soulignons).

²⁰⁸ *Id.*, par. 24. La Cour ne spécifie pas cependant quelles sont ces composantes invariables.

²⁰⁹ S. LIEBENBERG, précité, p. 10.

²¹⁰ Matthew C.R. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 143 ; S. LIEBENBERG, *id.*, p. 10.

²¹¹ S. LIEBENBERG, *id.*, p. 11.

²¹² *Id.*

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, sur la base d'une acception globale du droit à la vie, de reconnaître une panoplie de DS permettant le contrôle judiciaire de constitutionnalité des politiques publiques. Face à la montée du néolibéralisme, la Cour mobilise ainsi les principes à la faveur d'une interprétation extensive du droit à la vie dont le bénéficiaire serait vain s'il n'incluait pas les éléments de base à une vie digne. La Cour a beau vouloir masquer cet interventionnisme en insistant sur le contexte d'adoption de la Constitution et la volonté du constituant de faire de l'Inde une démocratie sociale, cette tentative d'objectivation ne réussit pas à occulter le choix délibéré qu'elle a fait dans sa jurisprudence progressiste. C'est ainsi qu'elle 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 co-gouvernance²¹³.

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 DS 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 DS en reconnaissant expressément la légitimité pour les juges de rendre toute ordonnance qu'ils estiment justes et convenables eu égard aux circonstances de chaque affaire²¹⁴. Pourtant, cela n'a pas empêché la Cour de favoriser une approche molle des DS 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 rejetée, d'autres la saluant toutefois pour son réalisme et son respect de la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif.

Pour tout dire, il semble qu'un auteur ait bien cerné en quoi consiste l'interprétation des DS 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 de personnes ! Cela

²¹³ P. B. METHA, précité, p. 72-73. V. également R. SUDARSHAN, précité, p. 158-159.

²¹⁴ La Cour dispose notamment du pouvoir de rendre des ordonnances obligatoires au gouvernement lui enjoignant de rendre ses politiques conformes à la Constitution. V. Treatment Action Campaign, précité, par. 104-107, 113, 129.

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. Dans cette perspective, la doctrine de la séparation des pouvoirs implose : elle ne découle plus d'un ordre juridique métaphysique mais de la volonté humaine ou, dit autrement, de la politique »²¹⁵. Et comme nous l'avons constaté, la Cour suprême indienne et la Cour constitutionnelle sud-africaine ont 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 que les juges constitutionnels ne soient pas prêts à remettre en question les choix politiques du législateur.

Pour citer cet article

David Robitaille, « La justiciabilité des droits sociaux en Inde et en Afrique du Sud : séparation des pouvoirs, manque de ressources et pauvreté massive comme facteurs d'interprétation des droits sociaux », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilite3a9-des-droits-sociaux-en-inde-et-en-afrique-du-sud1.pdf>

²¹⁵ P. B. MEHTA, précité, p. 78-79 (notre traduction).