LES DROITS SOCIAUX ET LA *CHARTE* : REPRENDRE LE CHEMIN DU POLITIQUE

RÉSUMÉ

Les groupes et les experts ayant milité en faveur de la formulation définitive de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* avaient en tête une conception de l'égalité destinée à assurer la sauvegarde de l'agenda social canadien, tel qu'on le concevait à l'époque. Il faut toutefois constater l'entrée en scène concomitante de la Charte et de la transformation du modèle de l'état social au profit d'un modèle de régulation du social. La première partie de cet article explique pourquoi il faut voir un lien entre ce double phénomène et les récentes décisions de la Cour suprême du Canada concernant la distribution des biens sociaux et l'allocation de mesures de protection sociale. La deuxième partie de l'article explore les chemins de l'identité afin de démontrer comment, peu à peu, les garanties d'égalité prévues par la *Charte* ont été asservies au paradigme des préférences individuelles. L'article, en conclusion, propose que lorsqu'il s'agit des droits sociaux, la *Charte canadienne des droits et libertés* est un tissu poreux fait de valeurs nationales fragilisées et qu'il faut reprendre le chemin du dialogue démocratique *sans a priori* pour redonner aux droits sociaux la place qu'ils doivent occuper dans une société gouvernée par la règle de droit.

LUCIE LAMARCHE

Lucie Lamarche est professeure à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa et titulaire de la Chaire Gordon F. Henderson en droits de la personne. Précédemment, elle a été professeure à la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal.

Il y a quelque chose d'ironique dans le fait de revisiter le thème des droits sociaux et de la *Charte canadienne*, cinq années après les célébrations du XX[e] Anniversaire de celle-ci. 1982 fut en effet l'année de la décision de la Cour suprême dans *Gosselin*[1], un véritable *Tsunami* jurisprudentiel pour les tenants de la thèse du potentiel redistributif et de l'agenda de justice sociale dont la *Charte* assurerait la promotion.

Je me propose de soulever ici quelques pistes destinées à situer la *Charte* dans le contexte de son adoption, tout autant que dans celui de son évolution récente. Je conclurai par une proposition résolument interdisciplinaire, laquelle fait appel au besoin de re-politiser la *Charte canadienne* dans une perspective sociale plutôt qu'individualisante.

Le contexte d'adoption de la *Charte* : tout a-t-il été dit ?

On le sait, la *Charte* canadienne est muette en ce qui concerne la protection explicite des droits sociaux. Les intellectuels canadiens qui militent en faveur de la justice sociale prétendent que ce silence importe peu et qu'il est vain d'arguer sur la question de savoir si la protection effective des droits sociaux repose nécessairement sur leur enchâssement dans un paradigme d'égalité, ou encore sur l'inverse. Dans le cadre des événements entourant la célébration des 20 années de la *Charte canadienne*, mon collègue Bruce Porter[2] a procédé à une recension exhaustive et très attentive des espoirs ayant entouré sa venue. Cette recension révèle de manière convaincante deux choses : d'une part, que les groupes et les experts ayant milité en faveur de la formulation définitive de l'article 15 de la *Charte* avaient en tête une conception de l'égalité assurant la sauvegarde de l'agenda social canadien et des programmes sociaux, tels qu'on les concevait à l'époque. D'autre part, que l'on avait tout mis en œuvre pour que la protection relative à l'égalité permette le passage conceptuel et juridique d'un droit négatif à l'égalité (l'interdiction de la discrimination) vers un droit positif (incluant le devoir de l'État d'agir à cette fin). Porter ajoute que cette victoire constitue le principal élément permettant d'inscrire la Charte dans l'agenda international des droits de la personne plutôt que dans la tradition américaine du *Bill of Rights*. Il précise néanmoins que rares sont les traces de l'expression d'une préoccupation explicite eu égard à ce qui était à l'époque le plus récent

instrument destiné à la protection des droits économiques sociaux et culturels de la personne, soit le Pacte international des Nations Unies du même nom. On sait que le Québec a pris un chemin totalement différent à cet effet et que les travaux préparatoires de la *Charte des droits et libertés* du Québec révèlent une volonté de s'inspirer et de s'inscrire dans la tradition des deux Pactes des Nations Unies.[3]

En même temps que s'élaborait la *Charte canadienne*, le Canada s'inscrivait dans les réformes des politiques sociales promues par l'OCDE : la recherche accrue de solutions issues du marché, des mesures de soutien du revenu plus axées sur l'attachement au marché du travail, une préférence pour les bénéfices en argent plutôt que pour les services; et pour les dépenses plutôt que les transferts. C'est aussi l'époque qui a donné naissance aux politiques dites ciblées, dont notamment celles destinées à lutter contre la pauvreté des enfants. Rétrospectivement, et je m'inspire en cela des travaux européens récents, on ne peut que constater l'entrée en scène concomitante de la *Charte canadienne* et d'un nouvel État social. La littérature parle alors du nouveau paradigme de la régulation du social. Au-delà des techniques, ce nouveau paradigme s'analyse de diverses manières. Retenons le recours aux concepts d'état social d'activation ou encore de nouvelles régulations du social. Certains constatent que ces transformations vont de pair avec l'entrée de l'individu en politique sociale.[4] La morphologie citoyenne est donc toute autre sous le règne de l'État social d'activation, comme le révèle à merveille les travaux de Rosanvallon : de personne exposée à divers risques sociaux, le travailleur devient un individu détenteur de droits, détaché de son groupe d'appartenance et responsable de son destin.[5] Jean François Orianne a ce jeu de mot délicieux pour décrire le contexte : l'état social actif transforme les troubles de la personnalité en troubles de l'employabilité.[6]

En résumé, et lorsqu'il s'agit des droits sociaux, peut-être n'a-t-on pas pris suffisamment la mesure des transformations ambiantes dans les débats ayant mené à l'adoption de la *Charte canadienne*. Ainsi, ne pourrait-on pas aujourd'hui nourrir cette interrogation d'autres éléments contextuels, tel celui de la constitutionnalisation du Canada par l'externe (accords de commerce) ou encore celui du Deep Integration (par la voie du mystérieux Partenariat pour la sécurité et la prospérité) ?

Bref, on s'étonne de constater combien rares sont les études qui examinent conjointement la nouvelle question sociale et celle de la protection constzitutionnelle des droits sociaux. Au contraire, plusieurs études prennent comme point de départ la disparition du Welfare State, et en concluent qu'une version substantive de la règle de droit devrait raviver ce dernier de ses cendres. Cela semble assez circulaire et il est clair que la proposition tendant à amalgamer la protection fondamentale de l'égalité et la protection substantive des droits sociaux tient de plus en plus difficilement la route. Car l'essentialisme individuel consacré par les nouvelles régulations sociales ne peut à lui seul déterminer les contours moraux et politiques de la bonne société et du juste contrat social. Cette dernière aspiration, en effet, dépasse la technique juridique et les préférences individuelles et identitaires et exigent l'affirmation de l'autonomie et de la spécificité du droit social. Ce dernier est entendu comme une prise en compte par le droit positif des rapports de force au sein d'une société et du rééquilibrage que ces rapports exigent aux fins de la bonne société.

Ce débat n'est pas que théorique. La littérature qui milite en faveur d'une interprétation substantive et juste de l'article 15 de la *Charte* milite aussi en faveur d'une plus grande rigueur dans la recherche de l'essence et de l'intention législative à la source d'une loi sociale dont on revendique les bénéfices : le régime canadien de pensions, par exemple. Il n'est toutefois pas impensable que l'essence de ces législations ait muté depuis l'évanescence du Welfare State au Canada. Par exemple, dans un article qu'elle publiait en 2003, Gwen Brodsky reproche à la Cour suprême, dans la décision *Gosselin*, d'avoir erronément conclu que la Loi québécoise sur l'aide sociale de l'époque avait notamment pour objectif de favoriser l'insertion professionnelle et sociale des jeunes alors qu'à l'évidence, dit-elle, il s'agissait plutôt d'assurer le revenu de base de tous les plus démunis.[7] Les militants du Québec savent toutefois que nous avions dès lors perdu la bataille du droit à l'aide sociale[8], ce qui fait de l'argument de Brosdky un argument hautement décontextualisé.

Il existe donc un lien entre le contexte général d'adoption et d'évolution de la *Charte* et les récentes décisions de la Cour suprême du Canada concernant la distribution des biens sociaux et l'allocation de mesures de protection sociale. Mais ce n'est pas là la seule cause du *Tsunami*.

L'identité est le propre de l'humain. Le Welfare State avait ceci de particulier qu'il attribuait en fonction des situations de travail ou de non travail, avec tous les effets discriminatoires que l'on sait, un statut juridique à l'individu. L'État social actif brise ce processus de catégorisation et met en compétition des individus. Robert Castel propose l'image de l'escalier mobile pour décrire le dernier demi-siècle de l'état social contemporain.[9] Précédemment, tout le monde avait accès à la mobilité garantie par le mouvement de l'escalier mobile. Cependant, tous n'avaient pas le pied sur la même marche. L'escalier mobile évoque ici l'image d'un continuum des conditions sociales, lequel est aujourd'hui fracturé. Cette fracture remet en cause les gains d'égalité démocratique enregistrés précédemment par les plus vulnérables.

Ainsi, le modèle d'analyse construit en fonction des exigences de l'article 15 de la *Charte* et qui repose sur une comparaison inter-groupe (inclus-exclus) n'autoriserait dorénavant à se comparer que ceux et celles qui sont déjà dans l'escalier. Les autres peuvent toujours marcher … mais ce n'est pas l'affaire de la Cour dans l'éventualité où l'ordonnance recherchée aurait quelque incidence sur l'allocation des ressources publiques. Une abondante littérature experte décrit au Canada les hauts et les bas de la méthodologie d'analyse issue de l'article 15, mais aussi de la relation entre cet article et l'article premier de la *Charte*. Pour plusieurs, les plus récentes décisions de la Cour suprême, notamment, restreignent l'analyse comparative propre à l'article 15 à un enjeu compétitif et «inter-groupes» qui consiste à rechercher l'inclusion au sein du groupe privilégié, dit groupe de référence. D'autres ajoutent que non seulement cela constitue-t-il un recul qui consacre l'absence de volonté des tribunaux de s'aventurer sur les chemins des obligations positives de l'État au chapitre de l'égalité, mais en sus, que cette méthodologie a tendance à limiter à la lutte conte le stéréotype l'objet d'un droit positif à l'égalité, droit dont l'accomplissement devrait consister, disent-ils, à prévoir des mesures qui répondent aux besoins des membres des groupes les plus vulnérables. Il est du devoir des universitaires de porter une attention soutenue et critique aux décisions des tribunaux. Mais je crois qu'il est aussi de notre devoir de tenter de comprendre les récents reculs enregistrés au chapitre de l'article 15 dans une perspective multidisciplinaire.

> Quoi qu'il en soit, un fait demeure. Lorsqu'il s'agit des droits sociaux, la Charte canadienne des droits et libertés est un tissu poreux fait de valeurs nationales fragilisées.

Les identités compétitives et le champ du social : que peut-on en tirer ?

Chez les économistes alternatifs, il existe un courant qui se destine à mesurer le bien être en fonction de la participation sociale. A l'intérieur de ce courant, certains ont créé l'école du *Economics of Identity and Global Justice*. Pier Luigi Sacco, par exemple, propose ce qui suit : dans les sociétés riches, plusieurs n'ont aucune expérience de la rareté des biens de base. Ils sont riches. Conséquemment, le bien rare devient l'identité elle-même. Il ne s'agit plus tant de consommer que de consommer afin d'appartenir au groupe des identités privilégiées. Ainsi, la ressource ou le bien rare devient l'identité convoitée ou acquise. Dans cette foulée, l'individualisation et la privatisation des communs participent à la construction identitaire et au phénomène des identités compétitives. Sacco utilise un graphique saisissant. Ainsi, dès qu'un certain revenu est franchi, les tranches excédentaires de revenu par rapport à ce revenu de départ ne contribuent en rien à l'amélioration du bien être. Sacco propose que dans de telles conditions individualisées et captées par le marché de la consommation, il est vain d'espérer tirer quoi que ce soit de l'aspiration de justice sociale et encore moins de la justice globale. Il faut, dit-il, *a priori* déconstruire et reconstruire les identités en fonction de la valeur économique et de bien être de la participation sociale. Il faut donc disposer de l'identité à titre de bien économique rare.[10]

Au-delà des distinctions juridiques nécessaires et importantes qu'il conviendrait de faire dans la décision de la Cour suprême dans *Chaoulli*[11], je crois que le cadre d'analyse de la majorité de la Cour dans cette affaire fait écho aux thèses de Sacco. Ce qui compte, donc, c'est de pouvoir consommer des soins de santé selon ses besoins, et

non, de savoir jusqu'à quel point la sécurité physique et psychologique de l'appelant est compromise par un régime public et universel. Je lis en faisant le même constat le tout premier paragraphe du jugement de la Madame la juge en chef McLaughlin dans *Gosselin*. Louise Gosselin, une femme à l'identité désarticulée par un droit social qui a lâché prise, n'appartient pas au groupe des identités de luxe. Elle ne pouvait donc faire face à la compétition inter-groupe, contrairement, par exemple, à d'autres qui peuvent au moins prétendre posséder assez pour avoir été injustement privé d'un bien économique et ainsi participer au grand jeu de la compétition des identités individuelles. Je pense ici notamment, à titre illustratif, aux affaires *Hodge*[12] ou *Granovsky*[13] à titre de contre-exemple.

Que de chemin idéologique parcouru (dans le mauvais sens, probablement) entre l'évocation du contrat social canadien par M. le Juge Iacobucci dans Vriend[14] et la consécration du droit de consommer des soins de santé par Madame la Juge Deschamps dans Chaoulli.

Joseph Singer a récemment publié dans le cadre des cahiers de recherche de la Faculté de droit de Harvard un article intitulé « *Things That We Would Like to Take for Granted : Minimum Standards for the Legal Framework of a Free and Democratic Society* ».[15] Le professeur Singer conclut qu'il est inutile de s'enfermer dans la théorie juridique et économique, et notamment dans celle qui consiste à jauger les préférences individuelles à titre de droits, afin de définir les contours de la bonne société. Il en appelle plutôt au besoin de resituer le cadre juridique de la règle de droit dans un paradigme moral et politique commun.

A cette fin, la dernière question que je souhaite soulever aujourd'hui est délicate. Se peut-il que les défenseurs de la *Substantive Rule of Law* errent dans la définition du paradigme moral et politique qui serait aujourd'hui celui de la société canadienne ? Cette société est-elle plus intoxiquée qu'on ne souhaite le croire par *l'économie des identités* ? Ou encore, plus avancée qu'on ne le croit sur le chemin des nouveaux réseaux de participation sociale, lesquels, selon la théorie, ne sont constitués ni par l'État ni par le marché ? Le Canada vit-il une crise d'identité sociale et par voie de conséquence, une crise de solidarité ?

Où en est la société canadienne ?

Des collègues de l'Université de Toronto ont récemment publié un livre assez étonnant intitulé *Dilemmas of Solidarity*.[16] Ce livre prend prétexte du débat entourant le déséquilibre fiscal au Canada. En conclusion de l'ouvrage, les éditeurs prétendent que l'on prend souvent pour acquis que le Canada « social » repose sur une volonté et une pratique politique de solidarité. Toutefois, notent-ils, les communautés remettent de plus en plus en cause non pas la solidarité mais les lieux et les modes d'expression de cette dernière. Elles rejettent souvent l'idée des gouvernements centraux et se meuvent dans des communautés éphémères et mouvantes. C'est, et je cite, le *challenge to state centered identity* dont il s'agit. Pour reprendre l'analyse du philosophe français Bachelard, on pourrait dire que le fait de prendre pour acquis la solidarité devient un obstacle épistémologique à la consistance des idées fédératrices.

Ces scénarii, toutefois, sied-ils aux plus faibles ? Hélas non. Peut-on en conséquence condamner les exclus à une quête compétitive de l'identité protégée par les droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité? Non plus, me semble-t-il.

Que faire? Dans un commentaire que ma collègue Martha Jackman publiait récemment dans la revue *Options politiques*, elle en appelait aux politologues afin qu'ils imaginent des arrangements institutionnels propres à la fédération canadienne et qui rendraient les acteurs publics réellement imputables au titre d'une redistribution de la richesse destinée à corriger la pauvreté grandissante des Canadiens.[17] Patrick Macklem, dans un article qu'il publiait en 2006 et intitulé « *Social Rights in Canada* », précisait pour sa part qu'on n'a jamais vu des arrangements de gouvernance se substituer à un projet de société.[18] Alain Noel tire de ses recherches comparatives le même verdict dans sa contribution à l'ouvrage *Dilemmas of Solidarity.*

Quoi qu'il en soit, un fait demeure. Lorsqu'il s'agit des droits sociaux, la *Charte canadienne des droits et libertés* est un tissu poreux fait de valeurs nationales fragilisées. La fibre de ce tissu sera-t-elle dorénavant décrite comme un produit sans nom, confectionné quelque part et assemblé ailleurs, ou comme un produit artisanal porté par les nostalgiques, comme une fleur dans les cheveux ? A l'ère du déficit démocratique, je ne vois pas comment les tribunaux peuvent répondre à ces questions à notre place sinon pour faire écho aux valeurs ambiantes. J'en conclus qu'il faut reprendre le chemin du dialogue démocratique *sans a priori* pour redonner aux droits sociaux la place qu'ils doivent occuper dans une société gouvernée par la

règle de droit. Cette démarche ne relève pas de la compétence exclusive des politologues, mais bien plutôt du travail et de l'engagement de tous les citoyens.

Notes

[1] [2002] 4 RCS 429.

[2] Bruce Porter, *Twenty Years of Equality Rights: Reclaiming Expectations,* in 2005 23 Windsor Yearbook of Access to Justice, 145.

[3] Voir les articles 39 et suiv. de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec.*

[4] Jean Michel Bonvin et Pascale Vielle, *Activation Policies : A Capabilities Perspective,* 2002, à : http://www.havenscenter.org/VSP/readings2sort/pdf/vielle bonvin.PDF

[5] Pierre Rosanvallon, *Le nouvel âge des inégalités*, Seuil, 1996, p. 217.

[6] Jean François Orianne, *Troubles de l'employabilité et traitement clinique du chômage*, Association Internationale de Sociologie, Comité de recherche 52, Sociologie des Groupes Professionnels, Conférence Intermédiaire 22-24, Septembre 2004 : « Savoirs, travail et organisation », à : http://www.printemps.uvsq.fr/Com_oria.htm

[7] Gwen Brosdky, « Autonomy with a Vengeance » (2003) 15 *Revue Femmes et Droit* 194.

[8] Lamarche, Lucie, « La nouvelle loi sur la sécurité du revenu au Québec: quel¬ques réflexions d'actualité », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 21 (1991), no 2, 335-372.

[9] Robert Castel, *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi,* Fayard, 2000.

[10] Consulter notamment la retransmission d'une conférence de P. L. Sacco en ligne sur : CBC Ideas, *Economics and Social Justice*, 13 octobre 2006.

[11] [2005[1 RCS 791.

[12] [2004] 3 S.C.R. 357.

[13] [2000] 1 S.C.R. 703.

[14] [1998]1 RCS 493.

[15] Disponible en ligne à : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946108

[16] *Dilemmas of Solidarity*: *Rethinking Distribution in the Canadian Federation*, S. Choudhry, J.F. Gaudreault-Desbiens et L. Sossin (éds.). University of Toronto Press, 2006, 224 p.

[17] Martha Jackman, « Canadian Charter Equality at 20: Reflections of a Card-Carrying Member of the Court Party » (Dec. 2005 - Jan. 2006) 27:1 *Policy Options* 72-77.

[18] Disponible en ligne à : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894327