

Compte rendu

David ROBITAILLE, *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et Droit International, 2011, 323 p.*

1. Aperçu de l'ouvrage *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*¹

Dans son excellent ouvrage *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*² qui est issu de sa thèse de doctorat, David Robitaille nous invite à saisir comment des dispositions constitutionnelles que l'auteur qualifie de symboliques, telles que celles consacrant les droits économiques et sociaux, peuvent, par le « pouvoir transformateur du juge », devenir de véritables normes juridiques.

L'ouvrage ici soumis à recension se situe à l'intersection d'une analyse positiviste et d'une étude en théorie du droit. Bien que le livre soit composé de quatre chapitres, il nous semble que la thèse proprement dite se déroule plutôt en deux temps. L'auteur commence – notre premier temps – par construire le cadre théorique qui permet au lecteur de saisir comment le juge, par le jeu de l'interprétation, est en mesure de transformer des énoncés déclaratifs en normes juridiques produisant des effets obligatoires et susceptibles d'être sanctionnées (chapitre I). Ce cadre théorique est ensuite – et c'est notre deuxième temps – appliqué aux jurisprudences québécoise et sud-africaine afin, premièrement, d'en faire une analyse critique et, deuxièmement, de suggérer une approche renouvelée des « droits à » au Québec

* Je tiens à remercier Daniel Dumont et Annemie Schaus pour leur relecture de cette recension et les précieuses remarques qu'ils m'ont faites. Les éventuelles erreurs restent néanmoins miennes.

¹ Pour le lecteur ou la lectrice pressé(e), une version beaucoup plus courte de cette recension sera publiée dans la revue *Droit & Société* (à paraître).

² D. ROBITAILLE, *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

(chapitre III). Deux autres chapitres s'intercalent dans cette démonstration et dessinent l'horizon dans lequel s'inscrit la thèse proprement dite (un chapitre préliminaire et un chapitre II). Le premier chapitre de l'ouvrage, dit préliminaire, retrace l'historique de l'émergence des droits économiques et sociaux au niveau international avant de discuter la traditionnelle distinction entre ces « droits à » et les droits civils et politiques, alors que le chapitre II nous emmène sur les terrains de la psychologie, de la philosophie politique et de la théorie du droit afin de justifier la « nécessaire constitutionalisation des droits économiques et sociaux pour assurer les besoins matériels essentiels »³.

A. Construction du cadre théorique comme premier temps de la thèse

Afin de « démontrer comment (...) des énoncés juridiques déclaratoires ou recommandatoires dépourvus d'effets juridiques directs – et donc non normatifs sur le plan juridique – peuvent, par un interventionnisme judiciaire modéré (...) devenir de véritables normes juridiques contraignantes susceptibles de sanction par le juge » – proposition au cœur de la thèse – il est proposé de distinguer, définir et discuter les notions de *juridicité* et de *normativité*.

David Robitaille définit la juridicité comme la caractéristique des règles « rattachées, directement ou indirectement, à l'ordre juridique »⁴ alors qu'il propose de comprendre la normativité juridique comme nécessitant « qu'une sanction juridique soit prévue et qu'elle puisse être imposée lorsque les individus ne se comportent pas conformément à la norme »⁵ ; la sanction étant entendue comme une « juxtaposition des notions de sanction-réparation [c'est-à-dire la punition ou la conséquence juridique qu'un tribunal impose à la suite de la violation d'une norme] et de sanction-contrainte [c'est-à-dire la contrainte qui intervient après que le tribunal ait rendu son

³ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 117.

⁴ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 38. L'auteur parle de rattachement direct lorsque la règle est reconnue par voie législative ou réglementaire et de rattachement indirect lorsque l'intervention d'une juridiction est nécessaire pour fonder le rattachement de la règle à l'ordre juridique. Ainsi en va-t-il, par exemple, des règles coutumières ou des principes généraux de droit (D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 41).

⁵ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 53.

jugement]»⁶. Cette distinction entre juridicité et normativité permet de penser qu'une disposition peut être juridique sans nécessairement être normative.

S'il existe donc une frontière entre le juridique et le normatif, Robitaille refuse de la considérer comme étanche. Au contraire, il démontre que le juge peut, « par le pouvoir ou le jeu de l'interprétation »⁷, amener une règle juridique à franchir la frontière de la normativité. Cette démonstration nécessitait que l'auteur nous montre que ce que les juges « *font* réellement en pratique »⁸, c'est de co-écrire la norme, et non pas simplement d'en découvrir le sens ; sens qui aurait été entièrement prédéterminé par le législateur. Robitaille refuse, en effet, de ne voir dans l'interprétation qu'une découverte ou un acte de connaissance. Au contraire, l'auteur comprend le processus interprétatif nécessairement comme une construction dans lequel le juge entre en dialogue avec le législateur afin d'élaborer le sens de la disposition interprétée. En cela, Robitaille s'inscrit, et l'assume, dans le courant herméneutique développé, notamment, par François Ost et Michel van de Kerchove, pour qui l'interprétation oscille « *entre* la lettre et l'esprit »⁹ ; entre le texte auquel on « ne peut tout simplement pas échapper »¹⁰, mais qu'il est « nécessaire (...) de dépasser, indétermination et texture ouverte du droit nous y obligeant »¹¹, et le contexte qui « encadre l'interprète et les solutions possibles qu'il peut faire ressortir du texte »¹². Ainsi, l'interprète est co-auteur de la norme, même lorsqu'il ne le reconnaît pas et qu'il, pour reprendre l'image de François Ost, refoule l'interprétation opérée¹³. C'est parce que le sens d'un texte n'est jamais entièrement déterminé par son auteur et qu'il doit donc

⁶ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 52.

⁷ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 116.

⁸ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 77 (italique de l'auteur).

⁹ F. OST et M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 9 (italique de Ost et Van de Kerchove), cité par D. ROBITAILLE, *op. cit.*, p. 107.

¹⁰ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 107.

¹¹ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 107.

¹² D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 107.

¹³ F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in M. van de Kerchove (ed.), *L'interprétation en droit – Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1978.

nécessairement être co-déterminé par son interprète que le juge peut participer à donner un contenu normatif au texte dont il construit la signification, quand bien même celui-ci apparaissait à l'origine comme une simple déclaration symbolique.

B. Application du cadre théorique aux jurisprudences sud-africaine et québécoise comme deuxième temps de la thèse

Comme annoncé, Robitaille applique ensuite ce cadre théorique aux jurisprudences québécoise et sud-africaine en matière de « droits à » pour, d'une part, en faire une lecture critique et pour, d'autre part, proposer une approche renouvelée des droits économiques et sociaux au Québec.

B.1. L'absence de normativité actuelle de l'article 45 de la Charte québécoise

L'analyse commence par un aperçu général de la jurisprudence québécoise relative aux droits économiques et sociaux. L'auteur poursuit par une longue discussion de la célèbre « saga » *Gosselin*. Pour celles et ceux qui ne seraient pas familiers avec les faits de la cause, l'auteur nous en rappelle les grandes lignes : la loi québécoise sur l'aide sociale disposait que pour recevoir la pleine prestation à laquelle avaient droit les autres bénéficiaires, les jeunes de moins de 30 ans devaient participer aux programmes mis sur pied par la loi, soit un stage en milieu de travail, un retour à l'école ou des travaux communautaires – à défaut de quoi, les jeunes ne pouvaient bénéficier que d'à peu près un tiers du montant alloué aux autres bénéficiaires, soit 170 \$. Or, en raison du manque de places disponibles dans le cadre de ces programmes, une grande majorité des jeunes bénéficiant de l'aide sociale n'a pas pu toucher une aide complète ; ce qui fut le cas notamment de Louise Gosselin. Cette dernière introduisit alors une action devant la Cour supérieure, tribunal de première instance, et « prétendit que les prestations moins élevées pour les assistés sociaux de son groupe (...) portaient atteinte (...) [notamment] au droit prévu à l'article 45 de la *Charte québécoise* »¹⁴ qui dispose que « toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent ». La Cour supérieure rejeta sa demande au motif, mis en avant par Robitaille,

¹⁴ D. ROBITAILLE, *op. cit.*, p. 199.

que l'obligation instituée par l'article 45 est « purement facultative »¹⁵. La majorité de la Cour d'appel – interprétant l'article 45 comme ne consacrant pas « un droit positif d'obtenir des sommes d'argent de l'État mais plutôt un droit, plus limité, qui garantit à toute personne un 'accès' égal et sans discrimination qu'il [ndlr : l'État] choisit de mettre en place »¹⁶ – n'a pas réformé cette décision. Enfin, la majorité de la Cour suprême du Canada ne jugea pas autrement au motif, notamment, que « l'article 45 n'est pas contraignant dans la mesure où le législateur aurait clairement indiqué qu'il souhaitait conserver le contrôle sur l'étendue de la protection à laquelle il s'est obligé »¹⁷.

Après avoir brièvement rappelé les faits ainsi que les différents jugements rendus dans le cadre de cette affaire, Robitaille montre que l'interprétation actuelle de l'article 45 de la Charte québécoise ne permet pas de qualifier cette disposition de normative, même si une majorité des juges ayant rendu une décision dans le cadre de cette affaire en affirment la normativité. Si la majorité des juges affirment que cet article crée une obligation à charge de l'État, ils y « apportent [en effet] tellement de nuances et d'exceptions qu'on en vient à réduire à néant l'obligation préalablement reconnue »¹⁸. Avec la disparition de toute obligation juridique, la normativité potentielle de la disposition supralégislative s'évapore. De plus, « l'absence totale de sanction contraignante à sa violation » constitue un « autre élément qui fait défaut à la caractérisation de l'article 45 comme norme juridique et droit fondamental »¹⁹.

Si Robitaille analyse l'actuelle jurisprudence relative à l'article 45 comme dénuant à cette disposition toute normativité, l'auteur entend dévoiler les failles sur lesquelles se fonde cette interprétation. Par exemple, l'auteur soulève l'incohérence des juges qui prétendent s'appuyer sur la clarté du texte, qui en prédéterminerait le sens, tout en en reconnaissant en même temps « le caractère ambigu »²⁰. Ainsi, les juges refoulent leur interprétation « en laissant entendre que le législateur aurait prédéterminé complètement le sens de l'article 45

¹⁵ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 199.

¹⁶ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 200 (italiques de l'auteur).

¹⁷ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 203.

¹⁸ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 208.

¹⁹ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 209.

²⁰ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 217.

par la simple utilisation des termes précités »²¹ alors même que ce que font réellement les juges, lorsqu'ils interprètent, c'est nécessairement participer à la création du sens de la disposition. Les juges, en se cachant derrière la clarté du texte, semblent refuser d'assumer la responsabilité qui est la leur dans tout processus interprétatif, et n'aboutit pas, au contraire, de ce que la doctrine classique laisserait entendre, à une interprétation qui soit plus fidèle au texte.

Après avoir mis en lumière les failles de l'interprétation actuelle de l'article 45, Robitaille souhaite nous démontrer qu'« une interprétation différente de [cet] article est (...) possible »²² ; et il réussit à nous en convaincre. Cependant, l'auteur ne va pas jusqu'à construire un régime juridique opératoire pour cet article 45, tel qu'il propose de l'interpréter. Des pistes très prometteuses – certaines inspirées de la jurisprudence constitutionnelle sud-africaine – sont néanmoins avancées, telles que le standard de « raisonabilité » par lequel les magistrats seraient en mesure de juger si le législateur a rempli ses obligations constitutionnelles²³.

B.2. La normativité des sections 26 et 27 de la Constitution sud-africaine

L'auteur choisit de contraster l'interprétation des droits économiques et sociaux au Québec avec celle qu'ils ont reçue en Afrique du Sud, où « la Cour constitutionnelle sud-africaine offre une interprétation des droits économiques et sociaux plus respectueuse de leur présence dans un document supralégislatif, tout en étant consciente des rôles respectifs des tribunaux et du législateur »²⁴. L'auteur établit un aperçu, à gros traits, de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine en matière de droits économiques et sociaux. Robitaille affirme qu'au contraire de l'approche québécoise, l'interprétation par la Cour constitutionnelle sud-africaine des sections 26 et 27 de la Constitution de 1996 – qui garantissent les droits de la seconde génération – aboutit à reconnaître ces dispositions comme de

²¹ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 216.

²² D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 223.

²³ Selon ce standard, ce ne serait que si le législateur adoptait des « mesures, qui ne tendraient pas, de manière raisonnable, eu égard aux circonstances, à l'atteinte d'un niveau de vie décent », qu'il violerait l'article 45 de la Charte québécoise (D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 226).

²⁴ D. ROBITAILLE, *ibid.*, pp. 12 et 13.

« véritables normes juridiques et des droits fondamentaux de la personne »²⁵. En effet, la Cour sud-africaine « a identifié l'obligation et les standards généraux que ces droits imposent à l'État et a reconnu la possibilité d'en sanctionner juridiquement la violation, ce qui suffit pour reconnaître la normativité de ces dispositions »²⁶.

Il est important de préciser que l'obligation découlant des sections 26 et 27 qui pèse sur les pouvoirs publics n'est pas tant de fournir un bien, tel un logement ou des soins de santé, mais plutôt d'« élaborer et de mettre sur pied des mesures *raisonnables* afin de réaliser *progressivement* ces droits, tout en tenant compte des besoins immédiats des plus pauvres »²⁷. L'État a, en effet, l'obligation « d'élaborer et de mettre en œuvre des programmes sociaux cohérents et raisonnables, contribuant à la réalisation progressive des droits économiques et sociaux »²⁸. Le critère de raisonabilité, plus sévère que celui de la rationalité, sera rencontré si le programme « est suffisamment *flexible* et *équilibré* entre les besoins urgents des plus défavorisés et la réalisation progressive, à moyen et à long termes, de besoins moins pressants »²⁹. Une telle approche est intéressante en ce qu'elle permet la définition précise de l'obligation, qui est la face cachée des « droits à », sans pour autant aboutir à ce que les juges jouent le rôle du gouvernement et du parlement en matière d'allocation des ressources. Ainsi, la Cour considère-t-elle « que l'élaboration dans les moindres détails des programmes sociaux ainsi que le choix des moyens spécifiques de leur mise en œuvre revient, avec raison, au législateur »³⁰. Cependant, même si la Cour laisse au législatif et à l'exécutif le soin de définir les contours et le contenu précis des programmes qui doivent être adoptés, elle ne s'est pas contentée de circonscrire l'obligation découlant des sections 26 et 27 de la Constitution. En effet, elle n'hésite pas non plus à sanctionner tout manquement de l'État à ses obligations constitutionnelles, y compris en rendant « des ordonnances susceptibles d'avoir des répercussions sur les pouvoirs législatifs et exécutifs »³¹. C'est dans

²⁵ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 263.

²⁶ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 267.

²⁷ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 262 (c'est nous qui soulignons).

²⁸ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 225.

²⁹ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 255 (italique de l'auteur).

³⁰ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 254.

³¹ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 260.

cette possibilité de sanction que se loge la normativité des dispositions constitutionnelles sud-africaines consacrant ces « droits à ».

En refermant l'ouvrage de David Robitaille, le lecteur ne pourra qu'être convaincu que les droits économiques et sociaux ne sont pas condamnés à rester des énoncés juridiques symboliques « dont la violation n'est susceptible d'entraîner aucune sanction juridique, mais seulement des sanctions politiques ou symboliques »³². L'auteur réussit en effet à démontrer que, par le pouvoir de l'interprétation, le juge est en mesure de donner un contenu véritablement normatif aux droits de la deuxième génération sans « outrepasser le rôle des tribunaux et (...) envahir celui du législateur »³³. C'est pourquoi, il nous semble que le livre ici soumis à recension répond brillamment à l'appel lancé en 1997 par Pierre de Vos pour qui la consécration constitutionnelle des droits économiques et sociaux « will require judges, lawyers and academics to scrutinise and reject many of the accepted practices and assumptions in relation to judicial review »³⁴.

2. À propos de l'ouvrage *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain ...*

Dans le prolongement de cet aperçu de l'ouvrage sous-rubrique, nous voudrions faire part de trois réflexions. La première a trait à l'usage qui est fait de la comparaison, la deuxième à la filiation entre l'approche théorique développée par l'auteur et celle de la *Théorie pure* de Hans Kelsen, et la dernière à une mise en parallèle de la distinction normativité/juridicité avec celle établie par François Ost, en 1990, entre droit et intérêt.

A. Le recours au droit comparé

En premier lieu, on peut regretter que l'auteur n'explique pas réellement sa démarche comparative, ni ne justifie davantage le choix de l'Afrique du Sud. Si l'Afrique du Sud a été choisie c'est, semble-t-

³² D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 280.

³³ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 283.

³⁴ P. de VOS, « Pious wishes or directly enforceable Human rights: social and economic rights in the South Africa's 1996 Constitution », *SAJHR*, 1997, p. 67.

il, parce qu'au contraire des tribunaux canadiens, « la Cour constitutionnelle sud-africaine offre une interprétation des droits économiques et sociaux plus respectueuse de leur présence dans un document supralégislatif, tout en étant consciente des rôles respectifs des tribunaux et du législateur »³⁵. Il est vrai que l'auteur nous offre quelques éléments afin de motiver la pertinence de la comparaison entre les deux ordres juridiques étudiés : leur filiation commune avec la tradition juridique britannique³⁶, la consécration constitutionnelle des droits économiques et sociaux dans un même document supralégislatif dans les deux ordres juridiques³⁷, la similitude des valeurs fondant lesdits documents supralégislatifs³⁸ ainsi que l'application de ces documents aux relations entre particuliers³⁹. Cependant, ces raisons ne sont pas véritablement problématisées, ni encadrées par une approche théorique sur les conditions auxquelles une comparaison se justifie.

De surcroît, il nous semble que l'auteur superpose l'analyse des deux ordres juridiques étudiés plus qu'il ne s'engage dans une véritable comparaison. Ce n'est que dans les pages concluant le troisième et dernier chapitre que l'auteur « s'interroge sur les raisons susceptibles d'expliquer les interprétations fort différentes que la Cour suprême du Canada et la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud ont données des droits économiques et sociaux ».⁴⁰ Il nous fournit alors quelques pistes, mais sans s'y attarder.

B. Une influence assumée de la Théorie pure de Hans Kelsen

Comme nous l'annonçons, nous souhaitons discuter les liens qu'entretient l'ouvrage soumis ici à recension avec la *Théorie pure* de Hans Kelsen. Ce dernier ouvrage est certainement un des classiques à partir desquels Robitaille a construit son approche théorique, et cette filiation théorique est du reste revendiquée. Par exemple, la définition de la normativité juridique donnée par Robitaille est ancrée dans celle

³⁵ D. ROBITAILLE, *ibid.*, pp. 12 et 13.

³⁶ D. ROBITAILLE, *ibid.*, pp. 12 et 13.

³⁷ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 3.

³⁸ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 275.

³⁹ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 275.

⁴⁰ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 268.

qu'en avait donnée Kelsen dans sa *Théorie pure*⁴¹. À l'instar de Robitaille, le professeur autrichien considérait déjà que la sanction constitue l'élément caractéristique de la norme juridique, même si la sanction n'est pas définie à l'identique chez les deux auteurs.⁴²

Dans les lignes qui suivent, nous suggérons que si Robitaille assume ses inspirations kelsenniennes, il nous semble néanmoins que les liens qu'il a tissés avec l'œuvre du maître autrichien sont peut-être plus étroits que ce qu'il n'y paraît à la première lecture, et en particulier à l'égard de deux questions : (1) l'existence du droit au-delà des normes et (2) l'importance accordée à l'existence de l'obligation juridique.

B.1. De l'existence du droit au-delà des normes chez Kelsen : une relecture audacieuse de la *Théorie pure du droit* à l'aune de *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*

Certes, la normativité, chez Robitaille, a été définie en opposition et en complément à la juridicité – ces deux notions permettant d'appréhender au plus près la réalité de « l'empire du droit », pour reprendre la fameuse expression de Ronald Dworkin. Or, il semblerait, à première vue – et c'est d'ailleurs, semble-t-il, la lecture autorisée – que le maître autrichien ait refusé de voir du juridique au-delà du normatif, et donc de considérer que juridicité et normativité se distinguent. En effet, Kelsen écrit que, « pour qu'une norme juridique appartienne au domaine du droit, il faut qu'elle définisse la conduite qui est la condition d'une sanction et qu'elle détermine cette sanction »⁴³. Ainsi, une disposition « qui se bornerait à poser [une] obligation (...) serait incomplète, car elle n'indiquerait pas quelle est

⁴¹ La section sur la normativité s'ouvre sur une discussion de « la normativité juridique selon Kelsen », D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 47.

⁴² KELSEN définit la sanction, dans le cadre d'un droit étatique, comme « un acte de contrainte consistant dans le retrait de biens tels que la vie, la liberté ou quelque valeur économique ou autre » (H. KELSEN, *op. cit.*, p. 70) et ROBITAILLE définit la sanction comme une « juxtaposition des notions de sanction-réparation [c'est-à-dire la punition ou la conséquence juridique qu'un tribunal impose à la suite de la violation d'une norme] et de sanction-contrainte [c'est-à-dire la contrainte qui intervient après que le tribunal ait rendu son jugement] » (D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 52).

⁴³ H. KELSEN, *ibid.*, p. 76.

la sanction en cas de violation de cette obligation »⁴⁴. Une telle norme, continue l'auteur de la *Théorie pure*, « devrait donc être complétée pour devenir une véritable norme juridique »⁴⁵.

Bien qu'à la première lecture de la *Théorie pure*, il apparaît donc que le domaine du droit ne peut se penser au-delà de la normativité, définie par le critère de la sanction, on pourrait se demander si la distinction entre normativité et juridicité n'est pas déjà contenue en germe, en virtualité, dans l'œuvre de Kelsen. Certains, y compris Robitaille, voient dans la proposition kelsennienne que la sanction est « la réaction spécifique du droit contre les comportements qualifiés d'illicites ou contraires au droit » un signe « que la sanction est essentielle à la norme juridique idéale ou parfaite »⁴⁶. Sans doute. Mais ne peut-on pas également y voir, en reconnaissant l'audace de la démarche, un indice de ce que le droit n'est pas seulement fait de normes juridiques parfaites, mais également de normes incomplètes qu'il convient de compléter ? La question serait alors de déterminer qui est compétent pour transformer une norme incomplète en norme juridique pleine et entière ? Une lecture de la *Théorie pure* ne permet-elle pas de regarder le juge comme étant en mesure de jouer ce rôle, Kelsen refusant de voir l'interprétation judiciaire comme un acte de pure connaissance par lequel l'interprète découvrirait le véritable et unique sens de la norme, mais la définissant, au contraire, comme « un véritable acte créateur de droit »⁴⁷ ?

B.2. De l'importance de l'obligation juridique chez Kelsen et Robitaille

L'importance accordée à l'existence d'une obligation juridique, plutôt qu'à celle d'un droit, comme condition de la normativité juridique constituée, nous semble-t-il, une autre expression de la filiation silencieuse qu'entretient Robitaille avec Kelsen, même si celle-ci est plus diffuse que la précédente.

Dans sa *Théorie pure*, l'auteur autrichien rejette l'approche traditionnelle qui insiste « sur le caractère primaire des droits subjectifs et [qui] va jusqu'à les identifier avec le droit lui-même »⁴⁸.

⁴⁴ H. KELSEN, *ibid.*, p. 76.

⁴⁵ H. KELSEN, *ibid.*, p. 76.

⁴⁶ D. ROBITAILLE, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁷ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁸ H. KELSEN, *ibid.*, p. 108.

À contre-courant des théoriciens « classiques » du droit, Kelsen affirme que « l'obligation joue (...) dans le système de droit un rôle plus important que le droit subjectif »⁴⁹, puisque « le droit a pour fonction essentielle d'établir une relation normative entre le comportement d'un individu et un acte de contrainte destiné à sanctionner ce comportement et [que] c'est de cette relation que résulte l'obligation de se conduire de manière à éviter la sanction »⁵⁰. C'est à l'occasion de la discussion des jurisprudences québécoise et sud-africaine en matière de « droits à » que Robitaille laisse apparaître l'importance que joue l'obligation juridique dans sa définition de la normativité. En effet, ce qui est discuté ce n'est pas tant ce à quoi les individus auraient éventuellement droit⁵¹ en vertu de l'article 45 de la Charte québécoise, que la question de savoir si cet article oblige de quelque manière que ce soit l'État. C'est bien parce qu'en l'état actuel de la jurisprudence cet article « n'oblige en rien l'État d'un point de vue juridique » que l'auteur lui refuse une normativité – et non pas parce qu'il ne crée pas de droit individuel dont les individus pourraient se prévaloir. À l'inverse, bien que l'interprétation des sections 26 et 27 de la Constitution sud-africaine n'aboutisse pas à reconnaître « le droit individuel d'obtenir un bien sur demande »⁵², Robitaille leur reconnaît le statut des normes juridiques. Si elles relèvent de la normativité, c'est parce que, « contrairement à ce qui prévaut dans le cas de la Charte québécoise »⁵³, elles « impose[nt] une obligation qui n'est pas facultative d'un point de vue juridique »⁵⁴. On voit donc l'importance que porte Robitaille à l'existence d'une obligation juridique pour qualifier une disposition de « normative ».

C. Un parallèle entre les distinctions normativité/juridicité et droit/intérêt

Le troisième point que nous souhaitons aborder dans notre lecture critique a trait à une mise en parallèle – que l'auteur n'opère

⁴⁹ H. KELSEN, *ibid.*, p. 108.

⁵⁰ H. KELSEN, *ibid.*, p. 108.

⁵¹ L'auteur se réfère à la notion de « droit individuel » ou de « droit », sans autre précision, et non pas à celle de « droit subjectif » à l'instar de Kelsen; cette dernière notion n'existant pas en droit québécois.

⁵² D. ROBITAILLE, *op. cit.*, p. 257.

⁵³ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 257.

⁵⁴ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 257.

pas – entre sa prometteuse distinction juridicité/normativité et celle qu'avait déjà élaborée François Ost, en 1990, dans son ouvrage *Entre le droit et le non-droit : l'intérêt*.⁵⁵

L'auteur belge nous invitait alors à substituer à la dichotomie droit/non-droit, un « continuum de normativité »^{56,57} sur lequel se situeraient les notions d'intérêt et de droit subjectif. Aux côtés des droits subjectifs, le champ du droit serait également composé d'intérêts, qui « [exerceraient] tantôt des effets créateurs de droit, tantôt, au contraire, comme dans la théorie de l'abus de droit, un rôle de contrôle et de limitation des droits subjectifs »⁵⁸. Cette distinction droit/intérêt avait pour ambition de fournir des outils analytiques permettant une description plus adéquate de la réalité juridique, qui ne peut pas (plus ?) être comprise comme étant composée exclusivement de droits subjectifs, ou pour reprendre la terminologie de l'auteur de Robitaille, de dispositions *normatives*.^{59,60} C'est, semble-t-il, également ce qui a animé Robitaille, quand il nous invite à distinguer normativité et juridicité afin d'éviter de devoir « effectuer de la

⁵⁵ F. OST, « Entre droit et non-droit : l'intérêt », in Ph. Gérard, M. van de Kerchove, F. Ost (dir.) *Droit et intérêt*, vol. 2, Bruxelles, Publication FUSL, 1990. Nous attirons donc l'attention du lecteur sur ce que cet ouvrage, à moins d'une erreur de notre part, n'apparaît pas dans la bibliographie de l'ouvrage ici soumis à recension, même si d'autres ouvrages de François Ost semblent avoir nourri la réflexion de l'auteur.

⁵⁶ F. OST, « Entre droit et non-droit : l'intérêt », *ibid.*, p. 36.

⁵⁷ La notion de normativité utilisée par François Ost ne doit pas être confondue avec la notion de normativité, telle que définie par David Robitaille. Au sens « ostien », la normativité renvoie plutôt à l'idée de juridicité, telle que celle-ci est développée par Robitaille.

⁵⁸ François OST, « Les frontières de la juridicité : dialectique ou autopoïèse ? », in Ph. Robert, F. Soubiran-Paillet, M. van de Kerchove (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t. 1, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 273.

⁵⁹ F. OST, « Entre droit et non-droit : l'intérêt », *op. cit.*, p. 9.

⁶⁰ Il sort du cadre de cette recension d'analyser la mesure dans laquelle une *disposition normative* équivaut « purement et simplement » à un *droit subjectif*. Mais, quoi qu'il en soit, ces deux notions partagent certaines caractéristiques, telles que leur précision et la possibilité de la contrainte juridique pour en imposer le respect (au contraire de la disposition juridique non normative et de l'intérêt). C'est pourquoi nous nous autorisons à rapprocher ces différentes notions ici.

gymnastique intellectuelle et de la contorsion conceptuelle »⁶¹ pour réconcilier l'être (l'existence de dispositions juridiques programmatiques) avec le devoir-être (le droit ne serait composé que d'énoncés normatifs).

Comment dès lors ne pas entendre dans la notion de *juridicité*, telle que développée par Robitaille, un écho de l'*intérêt*, tel qu'il a été conceptualisé par Ost ? Et de même, comment ne pas voir se dessiner une similitude entre la *normativité*, telle que définie par l'auteur canadien, et le *droit subjectif*, tel qu'il a été appréhendé par le philosophe belge dans son « rapport de solidarité conflictuel »⁶² avec l'intérêt ? S'il est vrai que, tout comme François Ost, David Robitaille considère la frontière entre juridicité et normativité comme poreuse, on peut néanmoins se demander si l'auteur canadien pense cette distinction en termes dichotomiques ou si à l'instar du philosophe belge, il nous invite à la penser le long d'un *continuum* ?

Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain est donc un admirable ouvrage à mettre en les mains de celles et ceux – et des autres ... – qui ne veulent pas perdre espoir et désirent « [continuer] leurs efforts en vue de faire progresser l'interprétation des droits économiques et sociaux devant les tribunaux »⁶³.

Adélaïde REMICHE
Assistante au Centre de droit public de
l'Université libre de Bruxelles

⁶¹ D. ROBITAILLE, *op. cit.*, p. 281.

⁶² F. OST, « Entre droit et non-droit : l'intérêt », *op. cit.*, p. 194.

⁶³ D. ROBITAILLE, *ibid.*, p. 286.