40 R.D.U.S. 1

Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
2009-2010

Colloque sur le Risque et la Marginalité en Santé
Article

Risques de santé et populations marginalisées : réflexion interdisciplinaire sur la centralité des droits de la personne dans le statut citoyen

Christine Vézina[a1] Emmanuelle Bernheim[aa1] Emmanuelle Bédard[aaa1] Éric Ahern[aaaa1] Pierre Noreau[aaaaa1] Henri Dorvil[aaaaaa1]

Copyright © 2011 by RDUS; Christine Vézina, Emmanuelle Bernheim, Emmanuelle Bédard, Éric Ahern, Pierre Noreau, Henri Dorvil

Although risk management strategies adopted by the State and its agents are aimed theoretically at sheltering them from liability, it is noted that when these strategies are applied to those who are marginalized, they often have the effect of exacerbating and multiplying risks otherwise normally assumed by citizens. This situation violates the fundamental rights of marginalized persons and in fact, may increase their vulnerability to certain risks. The writers postulate that practices grounded on the rights of persons -- in a ≪ bottom up≫ perspective -- could constitute a counterweight to the law and to social and health policies that may, in fact, encourage the emergence of certain risks. In order to favor empowerment, it is suggested that there emerge a socialization process relating to human rights according to which the status of citizen would be viewed as an interface between the individual and society.

SOMMAIRE

I. Le droit des exclus: à l'interface de la marginalité et de la citoyenneté 5

A. La gestion des risques par le droit: reproduction de la marginalité et statut citoyen fragilisé 5
a. Les risques liés au maintien de la sécurité et de l'ordre public 6
b. Les risques de santé publique 8

B. La gestion de la marginalité par le droit: induction du risque et atteintes formalisées à la citoyenneté 9
a. Les risques de santé 10
b. Le risque démocratique 12

II. De la marge à l'inclusion: vers une approche de la marginalité basée sur les droits de la personne 14

A. Droits de la personne et marginalité 15
a. La vulnérabilité: une voie de passage entre le risque et les droits 15
b. De l'international au local: les droits de la personne en action 20

B. Les droits de la personne comme fondement légitime de l'inclusion 24

Conclusion 29

***3** L'identification des risques auxquels sont confrontées nos sociétés contemporaines, tels les risques sociaux, sanitaires, environnementaux, existants et émergents, et leur gestion par l'État et ses mandataires, est une entreprise théoriquement destinée à assurer la sécurité des populations, dans un contexte donné, compte tenu des connaissances scientifiques disponibles. L'objectivation du concept de risque repose sur des analyses causales fondées sur des données probantes qui assurent notamment une distance avec l'irrationalité que peuvent engendrer la peur et les préjugés à l'égard desdits risques et de leurs causes. Les résultats de ces approches techniques et scientifiques du risque guident, en principe, les choix des

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

politiques publiques et des interventions collectives ou individuelles. L'observation empirique de certaines approches contemporaines de gestion des risques, dans des contextes impliquant des populations dites ⩽ marginales⩾, nous mène à nous interroger sur l'étanchéité du lien qui existe entre les données scientifiques et les choix réalisés dans une perspective de prévention et de protection. En effet, les fondements des décisions, des interventions et des pratiques semblent ancrés dans des dilemmes moraux opposant individu et société, liberté et conformité, détresse et sécurité. Et puis, inversement, certaines pratiques, décisions, politiques qui sont *a priori* destinées à enrayer les risques, ou du moins à les contenir, tendent à participer à leur accroissement et à leur multiplication notamment chez les groupes marginalisés.

La marginalité, conceptualisée ici comme une manifestation des inégalités sociales attribuables, entre autres, au droit et aux politiques sociales et sanitaires, devient dans ce cadre un véritable marqueur des inégalités sociales de santé et vice versa.[1] Le ***4** risque associé au mode de vie des personnes marginalisées ainsi que sa gestion constitueraient la pierre angulaire d'un mécanisme par lequel les inégalités sociales se traduisent en inégalités sociales de santé et tendent, par le fait même, à entretenir la marginalité et l'exclusion.
Nous verrons en première partie comment le droit conditionne le rapport social au risque, soit en le gérant *a priori*, soit en l'induisant, ainsi que son impact sur le statut citoyen des personnes marginales (I. Le droit des exclus: à l'interface de la marginalité et de la citoyenneté). Puis, nous proposerons en seconde partie une approche basée sur les droits de la personne[2] où la socialisation, en tant que processus de concrétisation des droits, permettra l'effectivité du statut citoyen[3] (II. De la marge à l'inclusion: vers une approche de la marginalité basée sur les droits de la personne).[4]

***5 I. Le droit des exclus: à l'interface de la marginalité et de la citoyenneté**

L'existence de risques de santé a autorisé la mise en place de politiques de gestion visant la sécurité et le maintien de la santé des populations marginales, mais également de la population générale. Ainsi, la gestion des risques peut mener à la création de régulations brimant les droits fondamentaux des marginaux au profit du bien-être général (A. La gestion des risques par le droit: contraintes sécuritaires et financières). Par ailleurs, il est avéré que des politiques concernant des populations marginalisées peuvent générer, de manière collatérale, des risques de santé, mais également des risques démocratiques, entraînant une stigmatisation structurelle dont les conséquences dépassent largement les frontières du juridique (B. L'induction du risque par le droit: des atteintes formalisées à la citoyenneté). Nous tenterons de mettre en lumière le fait que, par ces politiques gestionnaires, s'opère un certain renversement du fardeau de la responsabilité du risque, de la collectivité vers l'individu, résultant en un véritable déni des droits des marginaux.

A. La gestion des risques par le droit: reproduction de la marginalité et statut citoyen fragilisé

L'intervention de l'État auprès des populations marginalisées en raison de leur état de santé ne date pas d'hier. En effet, dès la mise en place d'une forme de *contrat social*, le détenteur de l'autorité a été légitimé -- voire exhorté -- de réguler ***6** les rapports sociaux.[5] Cette régulation, aux contours divers selon les sociétés et les époques, vise principalement la sauvegarde de la sécurité et de l'équilibre financier d'une société plus ou moins tolérante vis-à-vis le risque.

Dans le cadre de ces activités de gouvernance, le rôle de l'État diffère considérablement -- à la fois gestionnaire,[6] protecteur,[7] punitif et dissuasif[8] -- le droit et les politiques sociales et sanitaires doivent maintenir l'équilibre fragile entre la protection de l'individu vulnérable et celle de la société et de ses valeurs. C'est ainsi que la présence d'un risque pour la santé ou la sécurité autorise une intervention en amont et en aval de son éventuelle survenance, dans un souci de bien-être général, bien souvent au détriment des droits les plus fondamentaux des concernés.

a. Les risques liés au maintien de la sécurité et de l'ordre public

Le maintien de la sécurité et de l'ordre public vise à assurer aux citoyens non seulement la paix et la tranquillité, mais également, plus largement, le respect des bonnes moeurs et de la moralité.[9] Si le droit pénal est l'outil de prédilection de répression ***7** de la criminalité,[10] et donc de l'acte ouvertement attentatoire, il en va tout autrement de l'acte anticipé, soit le risque.
Comment les risques liés au maintien de la sécurité et de l'ordre public sont-ils gérés par une société de plus en plus médicalisée[11] et médicalisante?[12] Nous verrons, à la lecture de l'article d'Emmanuelle Bernheim, qu'un lien sera rapidement établi entre maladie mentale et dangerosité et que très rapidement les psychiatres ont revendiqué le statut d'expert nécessaire à la reconnaissance de leur opinion sur la dangerosité d'un individu diagnostiqué comme souffrant de maladie mentale.[13]

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

L'internement psychiatrique,[14] donc, est une mesure légale et médicale de nature préventive permettant éventuellement de gérer les risques en amont et d'éviter le recours aux institutions pénales. Mais on remarque que les gardes en établissement ne visent plus uniquement des personnes souffrant de maladie mentale.[15] Ainsi, des problématiques sociales diverses sont ***8** susceptibles d'être passées à la moulinette de la santé mentale; un voisin, par exemple, nouvellement divorcé et démontrant des signes d'agressivité. Dopé par la presse à sensation, qui s'opposerait à ce genre d'intervention?

La marginalité, en tant qu'étiquette, se voit générée et entretenue -- voire cristallisée -- par la mise en place de politiques à visée sécuritaire, entretenant du même souffle la conviction de leur nécessité. Par le fait même, tout débat de fond sur la structure sociale rigide, où les inégalités sont mécaniquement reproduites, est étouffé.

b. Les risques de santé publique

Le même schéma semble se reproduire depuis peu en santé publique, avec l'apparition de maladies chroniques à déterminants socio-économiques évidents. Alors que les pouvoirs publics ont mis en place avec succès des mécanismes de prévention des maladies infectieuses visant directement l'empêchement de la propagation -- la quarantaine par exemple -- l'apparition de maladies liées à l'environnement socio-économique exige une réponse différente.

Les coûts de santé publique liés aux habitudes de vie dites malsaines sont explosifs et, de ce fait, semblent légitimer l'ingérence de la collectivité dans les choix personnels des citoyens *à risque*. Marie-Ève Couture-Ménard brosse le tableau d'un État qui promulgue des incitatifs financiers, entretenant l'illusion que les individus seront ensuite responsables de leur propre santé.[16] Le discours sur la responsabilité individuelle présente plusieurs avantages: d'abord, il conforte les citoyens dans leur aspiration à ***9** une liberté individuelle accrue, ensuite, il met en place un système de contrôle social informel,[17] finalement, il permet d'éluder subtilement les questions concernant les conditions de vie des plus démunis ainsi que la responsabilité collective les concernant.

Se développe donc un double discours par lequel la collectivité se défile en partie des responsabilités qui lui incombe en ce qui conceme les populations marginales. Il semblerait toutefois que, lorsqu'une population vit une problématique de santé lui permettant d'acquérir un certain statut de minorité, un nouveau rapport de force s'instaure. Ce statut lui permettra de disposer éventuellement d'une reconnaissance accrue -- notamment quant à la nécessité de protéger ses droits fondamentaux.[19] Mais pour ceux dont les difficultés de santé semblent être plutôt liées à un statut citoyen fragile, la gestion des risques qu'ils génèrent semble être pondérée à la lumière d'un calcul coûts-bénéfices. Dans ce cadre, seront mis en balance la sécurité des rapports sociaux et l'équilibre financier, d'une part, et les droits des personnes concernées, d'autre part. Il est évident que l'intérêt de la majorité sera très généralement prépondérant. Ainsi, certains risques pourront même être induits par un cadre juridique visant d'abord l'aménagement social de la marginalité.

B. La gestion de la marginalité par le droit: induction du risque et atteintes formalisées à la citoyenneté

Il apparaît d'entrée de jeu qu'il faut nuancer nos propos concernant la reconnaissance du statut de minorité. En effet, si ***10** elle semble permettre la mise en place d'une protection des droits accrue dans certains cas,[20] dans d'autres elle peut être à l'origine d'une exposition à un risque nouveau, généré par un modèle de gouvernance -- appliqué globalement à certains groupes marginaux -- où la participation citoyenne fait souvent défaut.

Aux fins de cette réflexion, nous avons retenu deux catégories de risques: les risques de santé et les risques démocratiques. Nous entendons par *risques de santé* ceux qui peuvent induire des effets néfastes sur la santé des individus et par *risques démocratiques* ceux qui peuvent entraîner des violations aux droits fondamentaux des individus et plus particulièrement influer sur leur participation citoyenne.[21] Nous distinguons les deux catégories à des fins heuristiques mais elles ne sont pas mutuellement exclusives et, dans les faits, s'entremêlent.[22] Si ces risques peuvent, à première vue, sembler être attribuables aux comportements des personnes marginalisées elles-mêmes, nous verrons qu'ils sont le plus souvent la conséquence de l'inadéquation des réponses collectives au vécu de ces personnes.

a. Les risques de santé

Les Autochtones bénéficient d'un statut spécifique qui leur a permis notamment de revendiquer des droits liés à leurs valeurs identitaires et à leur rapport à la terre. S'ils ont pu obtenir, entre autres par la voie judiciaire, la reconnaissance de certains droits découlant de ces valeurs, l'article de Doris Farget met en lumière que l'aménagement des politiques les concernant les

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

a finalement très peu inclus. Quant aux risques de santé, plus ***11** particulièrement, ils émergent à la fois en amont et en aval des interventions étatiques les concernant. En amont, d'abord, par une évaluation externe et objective des besoins -- en fonction de critères étrangers aux préoccupations autochtones -- qui ne tient pas toujours compte du point de vue des intéressés. En résulte un décalage entre les besoins effectifs et les mesures mises en place. Des conséquences palpables sur le mode de vie sont à l'origine par exemple d'un risque accru d'insalubrité et de détresse psychologique. En aval, ensuite, par une mise en oeuvre unilatérale des politiques adoptées en dehors des Autochtones eux-mêmes.[23] Quant à la santé plus particulièrement, l'offre de soins est souvent inadéquate, puisqu'elle n'inclut ni les valeurs autochtones ni la communauté à sa concrétisation,[24] ce qui va à l'encontre du but proclamé du régime de santé et de services sociaux[25] et du droit à la santé. En effet, dans ce contexte, les besoins restent inassouvis.

La stigmatisation à l'égard des personnes vulnérables au VIH est également un exemple frappant d'une induction des risques de santé par le droit. Alors qu'une véritable pandémie force les autorités de santé publique à agir en faveur de la collectivité, la négation par les États de leurs obligations internationales quant au respect des droits fondamentaux des ***12** personnes vulnérables au VIH met en péril la lutte au VIH dans certains pays du monde. Si une offre de soins et de services adaptée est indispensable à une gestion efficace de la pandémie, la prise en compte de l'ensemble des déterminants de la santé et la participation active des personnes concernées est essentielle quant à la prévention.[26] À ce titre, l'article de Christine Vézina permet de saisir l'impact négatif de la stigmatisation, telle qu'elle est cautionnée et nourrie par le droit, sur la mise en œuvre des facteurs déterminants de la santé pour les personnes marginalisées. On constate aussi, à la lecture de son texte, que la participation des personnes marginalisées à l'élaboration et à la mise en œuvre de réponses adaptées en matière de lutte au VIH est irréalisable en raison, principalement, de cette stigmatisation.

Les risques de santé auxquels sont exposés les Autochtones et les personnes vulnérables au VIH découlent directement de la mise en place de politiques inappropriées les concernant. Nous avons cependant pu constater que ces risques dépendent bien souvent de la violation d'autres droits qui ne touchent pas directement la santé, mais plutôt la citoyenneté. En effet, tous les articles de ce dossier spécial sur le risque se rejoignent ici et permettent de cerner le lien évident entre risque de santé et risque démocratique.

b. Le risque démocratique

Le concept de risque démocratique, interprété largement, permet de saisir l'impact social du droit et des politiques sociales et sanitaires concernant les marginaux. Des obstacles à la mise en oeuvre des droits fondamentaux résulte donc une double exclusion: d'abord, l'insatisfaction des droits eux-mêmes et ensuite le fait que le ≪droit d'exiger, en tant qu'être humains, que ceux-ci soient satisfaits [...] ne trouve pas de canaux ***13** appropriés≫.[27] Des atteintes aux droits fondamentaux déjà évoquées, découlant de la gestion juridique et politique du risque -- droits à la liberté, l'intégrité, l'autonomie et l'égalité -- ou de la marginalité elle-même -- droit à la santé -- émane une remise en question de la définition même du statut citoyen, puisque son fondement consiste en l'égalité dans et devant la loi. Faut-il conclure qu'il existe deux classes de citoyens?[28]

Quelle meilleure illustration de cette réflexion que l'article que nous propose Virginie Mesguich! Le droit de vote, en effet, représente pour beaucoup la matérialisation de la citoyenneté;[29] il serait même un devoir, auquel le citoyen ne pourrait se soustraire.[30] Pourtant, jusqu'à assez récemment, des restrictions étaient imposées en raison notamment du sexe et de l'origine ethnique, mais également, jusqu'en 1993, à ≪toute personne restreinte dans sa liberté de mouvement ou privée de la gestion de ses biens pour cause de maladie mentale≫.[31] La Cour fédérale invalidera cette disposition, jugée inconstitutionnelle au regard de ***14** l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.[32] L'activation du statut citoyen passe donc effectivement par une reconnaissance de l'universalité des droits de la personne.
Nous avons pu constater, à la lumière des différentes situations évoquées, que la présence de risque, et notamment de risque démocratique, est la conséquence de politiques publiques concernant des groupes sociaux plus ou moins tolérés en société. Ainsi, d'un état de santé considéré comme problématique, ou d'une situation sociale jugée dérangeante, découle une exclusion dont le corollaire est un statut citoyen illusoire. En réponse à cette situation, les échanges interdisciplinaires nous ont permis de tracer les grandes lignes d'un processus d'activation de ce statut citoyen dont le fondement consiste en une mise en œuvre d'une approche de la marginalité basée sur les droits de la personne.[33]

II. De la marge à l'inclusion: vers une approche de la marginalité basée sur les droits de la personne

Le droit et les politiques publiques destinées à gérer les risques semblent marqués d'une tendance: celle d'une fermeture à l'égard du respect, de la protection et de la mise en œuvre des droits des personnes marginalisées. Or les articles du présent

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

numéro démontrent que cette prise en compte des droits fondamentaux des personnes marginalisées mérite une attention accrue. D'abord, parce que les droits de la personne offre un cadre analytique particulièrement adapté aux problématiques de marginalité et de risque (A. Droits de la personne et marginalité). Ensuite, parce qu'ils offrent un contrepoids à la domination et au ***15** contrôle social en rétablissant l'individu marginalisé dans son statut citoyen (B. Les droits de la personne comme fondement légitime de l'inclusion).

A. Droits de la personne et marginalité

Dans la perspective d'une réflexion sur les droits de la personne, la marginalité et le risque, la question de l'identité des titulaires de ces droits[34] semble essentielle. Qui est cette ⩽personne⩾ à qui notre société reconnaît un ensemble de droits fondamentaux? À une conception générique et abstraite de la personne humaine, nous préférons une vision concrète et matérielle de la personne qui permet de la situer historiquement et sociologiquement. Cette appréhension des sujets des droits de la personne permet de dépasser une lecture formelle de ceux-ci pour les envisager de manière dynamique (b. De l'international au local: les droits de la personne en action). Elle permet aussi de dépasser les frontières disciplinaires en reliant le concept de vulnérabilité aux risques à celui des droits de la personne, révélant dès lors des voies de passage encore sous-explorées (a. La vulnérabilité: une voie de passage entre le risque et les droits).

a. La vulnérabilité: une voie de passage entre le risque et les droits

Nous l'avons vu en première partie, le thème de la gestion du risque dans des contextes impliquant des personnes marginalisées nous mène à l'interface des responsabilités individuelles et collectives à l'égard du risque. Nous verrons en effet, à travers les articles de ce numéro, qu'il est fondamental, surtout si l'on considère la marginalité comme étant le résultat ***16** d'un processus collectif d'exclusion sociale,[35] de mettre en perspective le postulat d'une responsabilité individuelle à l'égard du risque en l'envisageant à travers la lorgnette de la responsabilité collective.

À l'égard de cette responsabilité collective, le concept de vulnérabilité au risque présente un intérêt particulier parce qu'il permet de scruter l'impact des déterminants sociaux, économiques et culturels sur la trajectoire de vie des individus.[36] Il offre ainsi un cadre conceptuel pertinent pour questionner les causes sociétales sous-jacentes à la vulnérabilité et pour proposer des actions visant la transformation sociale.[37]

Les auteurs qui ont contribué à la création du champ de recherche dédié aux liens existant entre la santé et les droits de la personne, désigné en langue anglaise sous le vocable *health and human rights*, ont démontré la pertinence de recourir au concept ***17** des droits de la personne pour développer des réponses à la vulnérabilité aux risques de santé.[38] Parce qu'il met en lumière l'influence des déterminants civils, politiques, sociaux, économiques et culturels sur la vulnérabilité au risque, le concept de vulnérabilité facilite la transition entre le champ de la santé et celui des droits de la personne.[39] Sur cette base, il apparaît clairement que la procédure judiciaire déficiente dans le cadre des requêtes pour ordonnance de garde en établissement, la pauvreté, la criminalisation de l'homosexualité, le peu de participation des personnes marginalisées aux décisions qui les concernent, l'absence d'une reconnaissance pleine et entière de l'identité autochtone créent des espaces de vulnérabilité ayant en commun de constituer des atteintes importantes aux droits fondamentaux de personnes marginalisées. Cela nous mène à constater empiriquement le haut niveau d'interdépendance et d'indivisibilité des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels, qui constituent en fait une forme de *traduction juridique* des déterminants du risque.[40]

Un certain courant de la littérature juridique tend à différencier ces deux catégories de droits, et donc à nier leur ***18** interdépendance et leur indivisibilité, sous prétexte que les obligations qu'ils créent à la charge de l'État sont fondamentalement incompatibles.[41] Cette incompatibilité s'expliquerait par une opposition entre obligation *négative* de l'État, n'entraînant *a priori* aucun coût, associée aux droits civils et politiques, et obligation *positive* de l'État, impliquant *a priori* des dépenses et une certaine ingérence du judiciaire dans un domaine réservé au législatif ou à l'exécutif, selon les circonstances, associé aux droits économiques, sociaux et culturels [*droits ESC*].[42] Nous ne partageons pas ce point de vue qui est de plus en plus dépassé dans la littérature contemporaine et qui repose davantage sur des fondements idéologiques que juridiques *stricto sensu*.[43] En effet, tant le respect, la protection et la mise en oeuvre des droits civils et politiques que des droits ESC peuvent requérir des interventions diverses, passives et actives de l'État, impliquant ou non des dépenses, en fonction des circonstances.[44]

***19** Le principe de l'indivisibilité des droits semble parfois plus aisément imposé aux États dits *en développement* qu'aux pays industrialisés. Or ces derniers sont tout autant visés par l'obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre, tant les droits civils et politiques que les droits ESC.[45] Comme le formule Lucie Lamarche:

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

> Les États industrialisés tendent à laisser croire que les garanties liées aux systèmes démocratiques suffisent à contrer les effets grandissants de l'exclusion sociale. Pourtant, selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels. la seule existence des phénomènes de chômage massif, d'accroissement des taux de mortalité infantile, d'itinérance et d'abandon scolaire chronique, au sein des sociétés, constituent en eux-mêmes des preuves *prima facie* de violations aux droits économiques et sociaux des groupes de personnes y vivant. L'humanité en péril ne serait done pas exclusivement constituée des populations dites du Sud, aux prises avec des contextes d'extrême pauvreté.[46]

Dans un contexte constitutionnel et quasi constitutionnel marqué, au Québec, par une sous-intégration des droits ESC, la réflexion relative à la vulnérabilité permet d'observer le pendant juridique des déterminants du risque et ouvre vers des pistes d'effectivité[47] des droits de la personne à explorer.

***20 b. De l'international au local: les droits de la personne en action**

Dans un contexte mondialisé, il nous semble nécessaire d'aborder les droits de la personne tels qu'ils sont posés dans l'ordre juridique interne et en interrelation avec les pôles internationaux et locaux qui les orientent et les surdéterminent, tant au plan normatif qu'opératoire. L'analyse des schémas contemporains de production et de mise en œuvre des droits révèle en effet l'existence de réseaux d'acteurs privés et publics qui contribuent à des formes nouvelles d'effectivité des droits de la personne, en marge des fonctions traditionnellement réservées à l'État souverain.

Les droits prévus, promus et protégés par la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*, forment l'assise juridique à partir de laquelle les droits des personnes marginalisées peuvent être conceptualisés en droit interne. Les lacunes des systèmes juridiques canadiens et québécois au plan des droits de la personne portent sur l'absence de reconnaissance du statut juridique des droits ESC.[48] La *Charte canadienne* est totalement ***21** silencieuse sur ces droits.[49] Quant à la *Charte québécoise*, souvent mise de l'avant pour l'originalité de son chapitre IV, exclusivement consacré aux droits économiques et sociaux,[50] elle fait défaut d'accorder à ces droits la valeur supra législative qu'elle reconnaît aux droits civils et politiques.[51] Ce déséquilibre en terme de portée quasi constitutionnelle des droits économiques et sociaux tend à les fixer dans des catégories qui ne leur assurent pas une parfaite interdépendance avec les droits civils et politiques, le tout en contradiction avec la théorie générale des droits fondamentaux selon laquelle l'ensemble des droits sont indivisibles et interdépendants.[52] Cette situation a un impact important sur le déficit d'effectivité des droits économiques et sociaux au sein de l'ordre juridique québécois, lesquels peuvent se trouver écartés par toute loi québécoise sans plus de formalités.

On pourrait croire que l'adhésion du Canada et du Québec au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et* ***22** *culturels*[55] palie à cette sous-reconnaissance des droits ECS dans l'ordre juridique interne. Or, dans un système dualiste comme celui du Canada, la réception du droit international en droit interne requiert de la part du législateur une mention expresse de son intention de donner effet à ces normes en droit interne. À défaut de telles mentions expresses par le législateur, la présomption de conformité du droit interne avec le droit international laisse certes au juge, à moins d'incompatibilité évidente avec le texte de loi, la possibilité de présumer que le législateur désire se conformer aux normes internationales,[56] mais ce dernier n'est pas lié par le droit international. Et bien que cette tendance semble trouver, via l'approche contextuelle d'interprétation, un certain élargissement depuis l'arrêt *Baker* c. *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,[57] qui ouvre le champ de la recherche de l'intention de donner effet au droit international vers diverses *traces étatiques indiquant une volonté de donner effet au droit international*,[58] cela ne suffit pas, du moins à ce jour, pour donner pleine effectivité aux droits ESC.

Dans un tel contexte juridique qui, de plus, est caractérisé par l'existence d'obstacles à l'accessibilité à la justice,[59] il est ***23** pertinent de constater les difficultés que rencontrent les personnes marginalisées dans la réalisation de leurs droits fondamentaux. C'est d'ailleurs souvent en réponse à ces lacunes que sont mis en place, dans certains milieux, des processus parallèles d'effectivité de leurs droits.

Le concept de l'effectivité du droit embrasse certes l'efficacité des voies de recours judiciaires et administratifs qui s'offrent aux citoyens mais le dépasse largement pour inclure tous les effets sociaux que peut engendrer le droit,[60] au contact des sous-systèmes sociaux qui cohabitent avec lui au sein de la société. Il s'agit donc d'un concept théorique tout indiqué pour étudier le droit *vivant*[61] des droits de la personne.

Sur ce terrain on observe d'ailleurs des phénomènes d'effectivité des droits de la personne qui se caractérisent par le

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

déploiement de stratégies originales de la part des acteurs de la société civile.[62] Ces derniers qui oeuvrent sur le terrain, au niveau local, auprès des personnes marginalisées développent une vision des problématiques marquée par les besoins impératifs des personnes en situation d'action. De ce fait, ils obéissent à ce que nous qualifions de *norme du terrain*, qui, prioritairement, oriente ***24** leurs actions.[63] Partant de là, ces acteurs peuvent par la suite avoir recours aux normes des droits de la personne pour exiger des changements au plan individuel, à travers des recours judiciaires, ou encore, au plan collectif, en mettant en œuvre des stratégies de plaidoyer. Ils peuvent aussi, en raison des limites inhérentes à notre système juridique, avoir recours aux normes du droit international des droits de la personne, telles qu'elle sont posées par le triptyque *Déclaration Universelle des droits de l'homme,*[64] *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[65] et au *Pacte international relatif aux droits ESC* et précisées par les nombreuses Conventions thématiques, observations générales, et rapports multiples, pour légitimer leurs revendications et même, orienter leurs pratiques.

Que ce genre de pratique se concrétise via une démarche réfléchie et consciente ou de manière intuitive et non formalisée, l'approche basée sur les droits de la personne mérite d'être étudiée afin d'en comprendre les rouages et d'en développer les processus aux fins de sa diffusion et de son appropriation. Nous croyons en effet qu'une réponse adaptée à la vulnérabilité au risque passe nécessairement par le développement d'une approche qui doit viser à mettre en œuvre *in concreto* les droits des personnes marginalisées dans une démarche d'inclusion véritable.

B. Les droits de la personne comme fondement légitime de l'inclusion

Comme le démontre l'ensemble des articles de ce dossier spécial, se trouve à la base des phénomènes de marginalité un ***25** déséquilibre des pouvoirs marqué par la domination d'un groupe à l'égard d'un autre.[66] C'est ce constat qui nous pousse à croire que l'inclusion des personnes marginalisées peut avoir un impact sur les déterminants du risque et en diminuer la portée.

L'approche basée sur les droits de la personne que nous envisageons ici à titre de contrepoids au droit et aux politiques sociales et sanitaires tendant à accroître la vulnérabilité aux risques des personnes marginalisées consiste en une *pratique* à développer par les acteurs impliqués sur le terrain. Il peut s'agir des acteurs institutionnels, tels les professionnels de la santé, les professionnels du droit, les administrateurs publics, et des acteurs de la société civile composés des organisations non gouvernementales, des leaders autochtones, etc. Nous entendons par *pratique*:

> a pattern of materially and symbolically oriented social action that agents undertake within organized politicial, cultural and socio-economic fields, and whose main features are recognizable across several temporal and spatial settings. A practice confronts certain perils (or obstacles) and must therefore enact a certain repertoire of social tasks, the whole forming what I am terming a mode of practice.[67]

***26** Ces pratiques, caracteristiques d'une effectivité des droits de la personne partant de la base (*bottom up*),[68] nous apparaissent pertinentes en ce qu'elles ont le pouvoir d'instituer un processus de socialisation des normes de droits de la personne[69] lequel se compose des étapes à travers lesquelles les normes sont intériorisées par les personnes marginalisées et l'ensemble de la société. Ce processus est pertinent aux fins de notre réflexion puisque nous croyons qu'il peut avoir un impact sur les rapports qu'entretiennent les personnes marginalisées avec les autres normes juridiques ou sociales intégrées dans les facteurs de risque.

L'analyse de la vulnérabilité au risque, telle qu'elle est exposée à travers les articles qui suivent, nous permet d'identifier cinq étapes fondamentales qui devraient marquer ce processus de socialisation, dans le but de mener à une possible reconstruction de la citoyenneté des personnes marginalisées. Il s'agit de la connaissance par les personnes marginalisées de leurs droits fondamentaux, de la revendication de ces droits, de la participation des personnes marginalisées aux prises de décisions collectives, de la socialité ≪militante≫ et de l'inclusion.

Les étapes du processus de socialisation des normes de droits de la personne

La **connaissance** de leurs droits par les personnes marginalisées constitue sans aucun doute le premier point d'ancrage à une démarche d'*empowerment* et au développement d'un point de vue critique à l'égard des situations de vulnérabilité ***27** qu'elles vivent.[70] Cette connaissance peut connaître de nombreux niveaux, allant d'une connaissance strictement formelle et générale des droits à une connaissance pragmatique et spécifiquement adaptée aux situations.

La connaissance des droits est aussi un pré-requis à leur **revendication**[71] à travers les instances judiciaires ou administratives

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

(recours devant les tribunaux, processus de plainte), dans le cadre des relations avec les professionnels (médecins, psychiatres, avocats) et dans le cadre de revendications politiques plus larges. Ces revendications sont fondamentales puisqu'elles permettent de refuser, de contester, de questionner les normes et les pratiques qui augmentent la vulnérabilité au risque. C'est bien souvent à travers elles que l'opération de *codage* des facteurs du risque s'effectue dans le langage des droits de la personne.

La **participation** des personnes marginalisées, quant à elle, est un élément clé du processus de socialisation des normes de droits de la personne qui permet de freiner la propagation de réponses paternalistes et non adaptées à la vulnérabilité au risque qui semblent fortement présentes dans les sociétés contem-poraines. Nous verrons en effet, à travers l'analyse des incitatifs financiers relatifs aux maladies chroniques, de la ≪ norme de l'anormal≫ par les psychiatres cautionnée *de facto* par le système juridique, de l'interdiction du droit de vote aux personnes souffrant de maladie mentale, de la criminalisation de
***28** l'homosexualité et de la colonisation des peuples autochtones, des cas flagrants où paternalisme et contrôle social marquent les réponses à la marginalité.

Concrètement, la participation des personnes concernées exige la création de mécanismes assurant leur participation tant en amont du droit et des politiques publiques qu'en aval, dans le cadre des contrôles de mise en œuvre et du suivi-évaluation. Il s'agit d'une participation effective, matérielle et non strictement formelle se manifestant à travers des fictions juridiques. Nous croyons en effet que c'est à partir de la voie des personnes marginalisées que les concepts de marginalité, de santé, de risque et de vulnérabilité peuvent se redéfinir et évoluer dans l'imaginaire collectif pour dépasser les préjugés et les réponses paternalistes inadaptées qui souvent augmentent les risques ou en induisent des nouveaux.

Chronologiquement, il nous semble ardu de déterminer si ces trois étapes du processus de socialisation des droits de la personne découlent d'une **socialité**[72] ou si elles sont elles-mêmes induites par une certaine forme de socialité militante. Quoi qu'il en soit, les thèmes abordés dans ce numéro nous laisse croire que cette idée de socialité, de liens relationnels existant entre les personnes marginalisées elles-mêmes et entre elles et les acteurs engagés qui évoluent à leur côté, influence le processus de socialisation des normes de droits de la personne. Dans ce sens, les micros milieux, tels ceux que créent les organismes communautaires et les associations, semblent porteurs d'une créativité donnant du sens au tissu social. Ils apparaissent en fait comme une véritable courroie de réalisation des droits de la personne prenant la forme de réseaux souterrains capables de traverser les frontières. La socialité acquiert ainsi des dimensions locales, régionales, nationales et internationales et nous laisse croire qu'elle constitue une véritable condition de l'inclusion des personnes marginalisées.
***29** L'**inclusion** en tant qu'étape finale du processus de socialisation des normes de droits de la personne devrait en fait constituer l'ultime résultat souhaité par ce processus. Nous entendons par *inclusion* les actions qui ont un impact sur l'individu et sur la société et qui sont destinées à permettre à toutes personnes de participer pleinement à la collectivité et d'avoir accès aux services dont elles ont besoin.[73]

Conclusion

L'inclusion, qui consiste en une jouissance pleine et entière du statut citoyen par les personnes marginalisées, apparaît comme une forme d'aboutissement de l'effectivité des droits de la personne émergeant de l'articulation des normes et institutions nationales avec les normes internationales et les pratiques et cultures locales. Cette manière dynamique de conceptualiser la citoyenneté[74] permet d'envisager le statut citoyen comme une rencontre entre l'individuel et le collectif en reconnaissant aux droits de la personne toute la puissance d'*empowerment* qu'ils recèlent. En effet, ≪c'est souvent par le recours au droit qu'on créé du pouvoir, qu'on le distribue ou le re-distribue, qu'on le limite ou qu'on l'étend, par conséquent, qu'on modifie les rapports de pouvoir, qu'on établit, maintient et reproduit une domination≫.[75]
***30** La gestion des risques à la santé et à la sécurité des individus n'est pas une entreprise qui se déploie à l'extérieur du cadre juridique en vigueur au sein d'un État et n'est pas à l'abri des normes supra nationales qui pénètrent les ordres juridiques nationaux. Cela est aussi vrai lorsqu'il s'agit de gérer des risques en contexte de marginalité. À la différence de ce que peuvent laisser croire les programmes d'incitatifs financiers, les droits de la personne ne sont pas conditionnels à l'adoption d'un comportement, à un statut social ou à un niveau de vie. Chaque individu est titulaire des droits de la personne et ces derniers doivent connaître un respect, une protection, une mise en œuvre prioritaire lorsqu'ils concernent le sort des personnes les plus vulnérables et marginalisées de nos sociétés.[76]

Nous l'avons vu, l'analyse des facteurs socio-économiques sous-jacents à la vulnérabilité au risque nous permet d'identifier des zones de violation et de non-application des droits fondamentaux, confirmées ou induites par le droit et les politiques publiques. Ce qui est maintenant nécessaire, et c'est ce vers quoi la démarche interdisciplinaire nous pousse à reflechir, c'est

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

de penser les droits de la personne à travers le filtre de la marginalité et du risque dans le but de mieux cerner leur valeur à titre de déterminants de la santé et de la démocratie pour tous.

Notes de bas de page

[a1] Doctorante, Centre de recherche en droit public et avocate à la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte au VIH/sida.

[aa1] Doctorante, Centre de recherche en droit public et professeure au département de sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

[aaa1] Professeure, Département de sciences infirmières de l'Université du Québec à Rimouski.

[aaaa1] Professeur, Faculté de sciences infirmières de l'Université du Québec à Trois-Rivières et chercheur au Centre de recherche Fernand-Séguin.

[aaaaa1] Professeur, Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur au Centre de recherche en droit public.

[aaaaaa1] Professeur, École de travail social de l'Université du Québec à Montréal et chercheur au Groupe de recherche sur les aspects sociaux de la santé et de la prévention.

[1] Nous retenons aux fins de cette réflexion la définition d'≪ handicapé≫ proposée par Dorvil *et al.*: ≪si. depuis un quart de siècle. les sociétés occidentales déploient des efforts gigantesques pour intégrer les personnes handicapées dans la société [...] il faut se rendre à l'évidence que les normes sociales sont encore impitoyables même si elles sont différentes. Les exclus, ce ne sont plus seulement les "pauvres" [...], les fous, "les débiles"; ce sont tous ceux qui n'arrivent pas à s'insérer dans le circuit productif. Ce sont les tarés, les im-propres, les im-purs, les im-productifs, les in-disciplinés, les im-moraux, les in-cultes. etc., bref tous ceux qui enfreignent les normes de beauté, de santé physique, morale et mentale≫ dans Henri Dorvil, Marc Renaud et Louise Bouchard, ≪ L'exclusion des personnes handicapées≫ dans Fernand Dumont, Simon Langlois et Yves Martin, dir., *Traité des problèmes sociaux*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, 715 [Dorvil, Renaud et Bouchard].

[2] Nous utiliserons indistinctement dans ce texte les termes *droits fondamentaux* et *droits de la personne* pour désigner le corpus des droits reconnus à la personne humaine au niveau national, régional et international.

[3] Nous faisons référence à la conception tridimensionnelle de la citoyenneté de T. H. Marshall qui repose sur la reconnaissance des droits civils, politiques et sociaux dans une perspective d'égalité formelle et surtout matérielle. Sur la citoyenneté selon Marshall dans: Michel Coutu, ≪ Introduction: Droits fondamentaux et citoyenneté≫ dans Michel Coutu *et al.*, dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*. Montréal, Thémis, 1999, 1. Voir aussi Guy Rocher, ≪ Droits fondamentaux, citoyens minoritaires, citoyens majoritaires≫, dans Michel Coutu *et al.*, dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*. Montréal, Thémis, 1999, 23.

[4] Cette réflexion sur les risques en santé et les populations marginalisées est le résultat d'échanges interdisciplinaires qui eurent lieu lors du colloque ≪Risques et populations marginalisées: une perspective de santé≫, organisé dans le cadre du congrès de l'Association francophone pour le savoir en 2009. Dans le cadre de ce colloque, six étudiantes au doctorat en droit furent invitées à présenter leurs travaux de recherche sur le thème. Trois professeurs issus de disciplines différentes -- sciences infirmières, santé communautaire et travail social -- émirent leurs commentaires sur ces présentations et la discussion qui s'en suivit permis de dégager de grandes pistes de réflexion. Plus particulièrement, ce texte rend compte de la réflexion inspirée des regards croisés que l'échange interdiscîplinaire permet.

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

5 Nous sommes conscients de l'extrême simplification de cette affirmation qui ne tient aucunement compte notamment de la complexité des échanges normatifs et des mutations actuelles concernant la gouvernance. Il est par ailleurs évident qu'une pluralité d'acteurs jouent un rôle de plus en plus important dans la régulation des rapports sociaux. Mais ceci n'est pas l'objet de cette réflexion puisque nous nous concentrerons principalement sur le droit et les politiques de nature étatiques.

6 Par le biais des activités de prévention, de promotion, de protection et de surveillance des autorités de santé publique, telles que prévues à *Loi sur la santé publique*, L.R.Q. c. S-2.2.

7 Dans le cadre de sa compétence *Parens Patriae*.

8 En vertu du droit criminel.

9 Voir, à ce sujet la définition de ≪l'ordre public≫ proposée par Cornu dans Gérard Cornu. *Vocabulaire juridique*, 8e éd., Paris, PUF, 2007 à la p. 644.

10 Il est à noter que figurent dans le *Code criminel* tant des actes menaçant la sécurité des citoyens que l'ordre public ainsi que des infractions contraires aux bonnes moeurs, dans *Code criminel*, L.R.C. 1985. c. C-46.

11 Sur le phénomène de médicalisation, lire par exemple Louise Bouchard et David Cohen, ≪Médicalisation et contrôle social≫ (1995) 84 *Les cahiers scientifiques*; Nicolas Moreau et Florence Vinit, ≪Empreintes de corps: éléments de repères dans l'histoire de la médicalisation≫ (2007) 19:2 *Nouvelles pratiques sociales* 34.

12 En effet, la réponse sociale à diverses problématiques est de plus en plus d'ordre médical, notamment quant à l'explosion de la consommation de médication à diverses fins comme la modulation de la tristesse ou de la colère, le soulagement de l'inhibition, voire l'adaptation de la personnalité. Lire par exemple Alain Ehrenberg, *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Lévy, 1995; Marcel Jaeger, ≪La médicalisation psychiatrique de la peine à vivre≫ dans Pierre Aïach et Daniel Delanoë, dir., *L'ère de la médicalisation*, Paris, Anthropos, 1998, 135.

13 Lire Wesley Cragg, *Autonomie personnelle: euthanasie et santé mentale*, Montréal, Thema, 1990 à la p. 56.

14 Au Québec, l'internement psychiatrique, ou *garde en établissement*, est ordonné par un juge en vertu du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 30.

15 Voir Marcelo Otero et Daphné Morin. ≪À la recherche de la dangerosité mentale -- Une nouvelle forme de régulation de la conflictualité et de la vulnérabilité psychosociale≫ dans Shirley Roy et Roch Hurtubise, dir., *L'itinérance en question*. Québec, Presses de l'Université du Québec, 2007, 129.

16 Lire Luc Berlivet. ≪Une biopolitique de l'éducation pour la santé -- La fabrique des campagnes de prévention≫ dans Didier Fassin et Daniel Memmi, dir., *Le gouvernement des corps*, Paris, École des hautes études en sciences sociales, 2004, 39 [Le gouvemement des corps].

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

17 Le récalcitrant sera en effet vite perçu comme étant négligent ou peu informé, dans Isabelle Queval, *Le corps aujourd'hui*, Paris, Gallimard, 2008 à la p. 131. Lire également Didier Fassin. ≪Le corps exposé: essai d'économie morale de l'illégitimité≫ dans *Le gouvernement des corps, supra* note 16 à la p. 240.

19 Andrée Lajoie explique que les minorités ont su faire entériner par le droit des valeurs dites *non-dominantes*; certaines de ces valeurs seraient cependant *propres à la Cour*, dans Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002 aux pp. 15 et 62 [Andrée Lajoie].

20 Parfois de manière uniquement symbolique, dans André Lajoie, *ibid.* à la p. 131 et ss.

21 La *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*] précise pourtant dans son préambule que ≪tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques et que tous ont droit à une égale protection de la loi≫.

22 En effet les risques de santé constituent à la fois des risques démocratiques puisqu'ils portent atteinte au droit à la santé des personnes marginalisées.

23 À ce titre, il faut savoir que les déterminants de la santé et les aspects socio-économiques sont des facteurs-clés de la santé des populations. À ce sujet, lire Robert G. Evans, Morris L. Barer et Theodore R. Marmor, *Être ou ne pas être en bonne santé: biologie et déterminants sociaux de la maladie*. Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1996; Ginette Paquet et Benoît Tellier, ≪Les facteurs sociaux de la santé≫ dans Vincent Lemieux *et al.*, dir., *Le système de santé au Québec, organisations, acteurs et enjeux*, Montréal, Les Presses de l'Université Laval, 2003, 65.

24 Concernant la participation active des populations au développement et au maintien de leur santé, lire Pierre-Gerlier Forest *et al.*, ≪ Participation et publics dans le système de santé du Québec≫ dans Vincent Lemieux *et al.*, dir., *Le système de santé au Québec, organisations, acteurs et enjeux*, Montréal, Les Presses de l'Université Laval, 2003, 175.

25 *Loi sur les services de santé et services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2, art. 1. Par ailleurs, l'article 5 reconnaît l'accès à des services de santé et de services sociaux adéquats comme un droit reconnu aux citoyens québécois.

26 Concernant les déterminants sociaux de la santé, lire Robert G. Evans et Greg L. Stoddart, ≪Produire de la santé, consommer des soins≫ dans Robert G. Evans. Morris L. Barer et Theodore R. Marmor, dir., *supra*, note 23 à la p. 37.

27 Maria De Los Angeles Yannuzzi, ≪Marginalisation sociale et perte des droits fondamentaux≫ dans Michel Coutu et al., dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté -- une citoyenneté fragmentée. limitée, illusoire*, Montréal, Thémis, 1999 à la p. 535.

28 C'est la conclusion à laquelle arrive Caroline Gendreau pour qui l'établissement d'≪une catégorie particulière de citoyens [...] a comme conséquence de déterminer l'étendue de leurs droits≫ dans Caroline Gendreau, ≪Nouvelles normes intemationales et droits fondamentaux: un problème d'effectivité du droit dans la création du droit≫ dans Michel Coutu et al., dir., *supra* note 27 à la p. 512.

29 En raison notamment de la lutte citoyenne pour le suffrage universel.

30 Voir par exemple les propos de l'analyste politique Renaud Gosselin qui parle de ≪vote obligatoire≫ permettant d'augmenter la

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

≪vie démocratique d'un pays≫: Renaud Gosselin. ≪Voter: un droit ou un devoir?≫ (juillet 2010), en ligne: USherbrooke.ca <http:// perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMAnalyse?codeAnalyse=274>; ainsi que ceux du journaliste André Sénécal suite à l'élection du 14 avril 2003: André Sénécal, ≪Lettres: Droit ou devoir de vote?≫ (juillet 2010), en ligne: Le Devoir <http://www.ledevoir.com/2003/04/26/26321.html>.

31 *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1970, c. 14, art. 14(4).

32 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

33 Il est à noter que cette approche axée sur les droits de la personne est le fruit d'un consensus, et ce. malgré le fait que les différentes disciplines concernées travaillent différemment à l'inclusion des marginaux. Lire Robert Castel, ≪Intégration et nouveaux processus d'individuation≫ dans Jean Poupart. dir., *Au-delà du système pénal -- L'intégration sociale et professionnelle des groupes judiciarisés et marginalisés*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2004, 13.

34 L'évolution des contenus et des titulaires des droits fondamentaux s'inscrit, selon Bobbio, dans le processus de spécification des droits de la personne. Norberto Bobbio, ≪Derechos del Hombre y Filosofia de la Historia≫ (1988-89) 5 Anuario de Derechos Humanos 27 à la p. 37, tel que cité et explicité dans Gregorio Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*. coll. Droit et Société, Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004 à la p. 163.

35 Même si le raisonnement contraire est souvent mis de l'avant. ≪ Farmer approaches this idea when he describes the way "[...] social forces, ranging from political violence to racism, come to be embodied as individual pathology"≫, dans Elyssa B. Vasas, ≪Examining the Margins. A Concept Analysis of Marginalization≫ (2005) 28:3 *Advances in Nursing Science* 194, citant Paul Farmer, *Infections and Inequalities: The Modern Plagues*. Berkeley, University of California Press, 1999.

36 Hubert et Delor, proposent, dans le cadre d'une réflexion sur la vulnérabilité au VIH/sida, trois niveaux d'analyse pertinents pour comprendre le concept de vulnérabilité. Le premier niveau est formé de la trajectoire de vie d'un individu. de son parcours individuel, le second niveau se situe à l'intersection entre une ou plusieurs trajectoires de vie et, finalement, le troisième niveau est constitué du contexte social plus large au sein duquel les deux premiers niveaux se déploient. L'intersection de ces trois facettes forme un ≪espace de vulnérabilité≫. Ce concept nous semble pertinent aux fins d'une réflexion plus générale sur la vulnérabilité aux risques. Il permet en effet d'envisager les espaces communs de vulnérabilité aux risques auxquels sont confrontés les personnes marginalisées. François Delor et Michel Hubert, ≪Revisiting the concept of vulnerability≫ (2000) 50:11 *Social Science and Medicine* 1557.

37 Daniel Tarantola, ≪Reducing aid risk, impact and vulnerability≫ (2000) 78 *Bulletin of the World Health Organisation* 236 [Tarantola, ≪Reducing aid risk≫].

38 Voir Sofia Gruskin et Daniel Tarantola, ≪Health and Human Rights≫, dans Sofia Grsukin *et al., Perspectives on health and human rights*, New York, London, Routledge, 200. Il est aussi intéressant de noter que la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la nécessité de protéger les populations vulnérables notamment dans *Irwin Toy Ltd.* c. *Québec (P. G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Le passé de discrimination de certains groupes marginalisés fait même partie de la connaissance d'office des faits, dans *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484.

39 Cette réflexion, d'abord développée dans le domaine du VIH, nous paraît généralisable. Voir Jonathan Mann et Daniel Tarantola. ≪From epidemiology to vulnerability to human rights≫ dans Jonathan Mann et Daniel Tarantola, dir., *AIDS in the World II*, Oxford University Press, 1996, 427; Jeffrey O'Malley, Jonathan Mann et Daniel Tarantola, ≪Vulnerability and HIV prevention≫ (1993) 12 *Hygie*. 12.

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

40 Sur cette adéquation entre déterminants et droits économiques, sociaux et culturels, voir Christine Vézina, ≪Pour une réactivation de la promotion de la santé: une approche basée sur les droits économiques, sociaux et culturels≫ (2007) *Reviews of Health Promotion and Education Online*, 2 novembre 2010 en ligne: RHP et EO <http:// rhpeo.net/reviews/2007/indexfr.htm>.

41 Voir Asbjorn Eide et Allan Rosas, ≪Economic, Social and Cultural Rights: A Universel Challenge≫, dans Asbjorn Eide, *et al.*, dir., *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995 à la p. 16 [Asbjorn Eide]. Abdullahi A. An-Na'im, ≪ To Affirm the Full Human Rights Standing of Economic, Social & Cultural Rights≫. dans Yash Ghai et Jill Cottrell, dir., *Economic, Social & Cultural Rights in Practice: The Role of Judges in Implementing Economic, Social & Cultural Rights*, London, Interights, 2004, 7 [Abdullahi A. An-Na'im].

42 Dans cette perspective, la reconnaissance de droits comme ceux à la liberté ou à la dignité n'emportent pas d'obligation de légiférer, mais visent plutôt à restreindre l'action de l'État dans un champ donné. Le citoyen ne pourra les revendiquer qu'à la suite d' une atteinte. La reconnaissance de droits comme ceux à la santé ou à l'instruction représente au contraire l'obligation pour l'État de mettre en place les structures nécessaires à leur mise en œuvre.

43 Abdullahi A. An-Na'im, *supra* note 41 à la p. 14.

44 Lire Asbjorn Eide. *supra* note 41 à la p. 21; David Robitaille, ≪ Les droits économiques et sociaux dans les relations "État-particuliers après trente ans d'interprétation: normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques?"≫ dans Alain-Robert Nadeau, dir., *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives, Cowansville*, Yvon Blais, 2006 aux pp. 485 et 486 [David Robitaille]; Andrée Lajoie, ≪De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux≫ (1990-1991) 36 *McGill L.J.* 1338. Dans ce texte. l'auteure précise que l'interventionnisme judiciaire n'est pas propre aux droits sociaux. Les propos de la juge Arbour dans l'arrêt Gosselin vont aussi dans ce sens, dans *Gosselin* c. *Québec (P. G.)*, [2002] 4 R.C.S., 429 au par. 320.

45 Sur la remise en question de cette dichotomie ≪droits positifs-droits négatifs≫ au profit d'une ≪conception indivisible de la personne humaine et de tous les droits≫. voir David Robitaille, *ibid.* aux pp. 483-486. L'auteur précise notamment que même les tribunaux canadiens et québécois reconnaissent que les droits civils et politiques ne peuvent dans tous les cas être respectés que par un seul comportement d'abstention, *ibid.* à la p. 485.

46 Lucie Lamarche. *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 1995 à la p. 2.

47 Nous entendons par effectivité ≪le degré de réalisation, dans les pratiques sociales des règles énoncées par le droit≫, Pierre Lascoumes, *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, Paris, Librairie Générale de Jurisprudence, 1993 à la p. 130.

48 En raison de la nature des principaux déterminants évoqués dans les articles de ce numéro nous avons choisi de limiter notre réflexion aux droits dits de 1re et de 2e génération, soient les droits civils et politiques et économiques, sociaux et culturels et omettons intentionnellement toute référence aux droits des peuples dits de *3e génération*, tout en étant conscients qu'une analyse des déterminants du risque au sein des communautés autochtones pourrait être développée sur la base du droit des peuples et ce à plus forte raison depuis l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2007 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* à laquelle s'est opposée le Canada. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Rés. AG 61/295, Doc. off. AG NU, 68e sess., Doc. NU (A/61/L.67 et Add.1) (2007). Sur l'absence de reconnaissance du statut juridique des droits ESC voir *Gosselin* c. *Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S., 429 [Gosselin] et lire David Robitaille, *supra* note 44. Certains passages de la décision Gosselin laissent toutefois place à un certain optimisme pour l'avenir de la juridicité

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

droits ESC. Gosselin au par. 96. Voir Pierre Bosset, ≪Étude no 5 Les droits économiques et sociaux. parents pauvres de la Charte?≫ dans Pierre Bosset, dir., *Après 25 ans. La Charte des droits et libertés*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, à la p. 237 (18 août 2010). en ligne: <http://www2.cdpdj.qc.ca/Publications/documents/bilan_charte_etude_5.pdf>: Jane Matthews Glenn, ≪Enforceability of economic, social and cultural rights: room for cautious optimism≫ (2004) 83 *Can. Bar. Review* 929.

49 Rien n'empêche toutefois les tribunaux d'interpréter les dispositions de ce texte d'une manière à donner effet aux droits ESC. Voir David Wiseman, ≪Methods of Protection of Social and Economic Rights in Canada≫ dans Fons Coomans, dir., *Justiciability of Economic and Social Rights. Expreriences from Domestic Systems*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006, 173.

50 Selon Bosset, il s'agit d'un document unique en Amérique du Nord, parce qu'il est le seul texte législatif à consacrer ≪les droits économiques et sociaux comme des droits de la personne à part entière≫, dans Pierre Bosset, ≪La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois: Évolution et perspectives≫, *Conférence de lancement de l'Association québécoise de droit constitutionnel*, 2005 (9 juin 2009), en ligne: <http://www.cdpdj.qc.ca/fr/publications/docs/Charte_ordre_constitutionnel.pdf>.

51 *Charte québécoise. supra* note 21, art. 52.

52 *Déclaration et Programme d'action de Vienne de la* Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Doc. off. AG NU, 48e sess., 1993, Doc. N.U., A/CONF. 157/323 (1993).

55 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, R.T. Can. no 46 (entrée en vigueur: 3 janvier 1976, accession du Canada: 19 août 1976) [*Pacte international relatif aux droits ESC*].

56 France Houle, ≪La légitimité constitutionnelle de la réception directe des normes de droit international des droits de la personne en droit interne canadien≫ (2004) 45 *C. de D.* 295 à la p. 298 [France Houle].

57 [1999] 2 R.C.S. 817 [*Baker*], tel que cité dans *ibid.* à la p. 300.

58 France Houle, *supra* note 56 à la p. 306. Comme le souligne l'auteure à la page 311, depuis la décision *Baker*, ≪deux grandes perspectives théoriques d'application du droit international en droit interne ont émergé dans la doctrine canadienne. Le point de convergence entre les auteurs est qu'ils accordent une place plus importante à une conception pluraliste des ordres juridiques, sans complètement délaisser l'idée d'une certaine prépondérance de l'ordre juridique interne.≫ Voir aussi, dans une perspective critique, Stéphane Beaulac. ≪Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont "liés" par le droit international≫ (2004) 38 *R.J.T.* 359.

59 Pierre Noreau, ≪Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté≫, dans Michel Coutu *et al.*, dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Thémis, 1999, 322 à la p. 356.

60 Guy Rocher, ≪L'effectivité du droit≫ dans Andrée Lajoie *et al.*, *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998 à la p. 134.

61 Le droit vivant est ≪le droit en train de se faire dans le milieu ambiant de la société, souvent à l'insu des juristes≫ dans Jean-Guy Belley. dir., *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'înternormativité*, Paris, LGDJ, 1996 à la p. 9.

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

62 Nous pensons aux organismes communautaires, aux organisations non gouvernementales et aussi à certains professionnels qui peuvent adopter de telles stratégies. À titre d'exemple, l'ordre des travailleurs sociaux adopte aisément des positions basées sur les droits de la personne lorsqu'il présente ses positions en Commission parlementaire, (10 juin 2009), en ligne: Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec <http://www.optsq.org/fr/index_communication_communiques-archives.cfm>.

63 Cette norme est évoquée en référant aux données préliminaires recueillies par Christine Vézina dans le cadre des entrevues qu'elle mène auprès des organismes communautaires québécois de lutte contre le VIH/sida aux fins de sa thèse de doctorat sur l'effectivité du droit à la santé.

64 *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3e sess., supp. no 13, Doc. NU A/810 (1948) 71 (10 décembre 1948).

65 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can 1976 no 47 (entrée en vigueur: 23 mars 1976, accession du Canada: 19 mai 1976).

66 Sur les liens entre pouvoir et domination voir Guy Rocher, ≪Droit, pouvoir et domination≫ (1986) 18:1 *Sociologie et Société* 33 aux pp. 39 et 40. En empruntant aux catégories élaborées par Serge Moscovici, Pierre Noreau qualifie les contextes d'objectivation dans une démocratie formelle et institutionnelle comme supposant l'imposition d'un modèle culturel qui est celui de la majorité. ≪En contexte d'objectivation le groupe dominant oppose une grande résistance à la reconnaissance de l'altérité dans les rapports sociaux.≫. Nous croyons que les rapports entre la majorité et les personnes marginalisées s'inscrit dans ce contexte par opposition à un contexte de tolérance en vertu duquel ≪la majorité accepte l'existence de spécificités bien circonscrites socialement ou territorialement≫, dans Pierre Noreau, *supra* note 59 aux pp. 353 et 354.

67 Fuyuki Kurasawa, *The Work of Global Justice. Human Rights as Practices*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 à la p. 11. Selon l'auteur, en s'appuyant sur Bourdieu et Giddens, le concept de ≪pratique≫ est à la fois structuré par des déterminants structurels et structurant, via le subjectivisme des acteurs aux pp. 11 et 12.

68 Permettant de dépasser une vision formaliste des droits de la personne les limitant aux instruments juridiques et institutionnels se trouvant au sommet de la pyramide.

69 Nous nous inspirons ici de l'idée de *socialisation des normes de droits de la personne* développée par Thomas Risse et Kathryn Sikkink, et notamment de leur modèle (the *spiral model*) destiné à expliciter le processus par lequel les normes Internationales de droits de la personne influencent les actions de l'État, dans Thomas Riss, Stephen C. Ropp et Kathryn Sikkink, *The Power of Human Rights, International Norms and Domestic Change*, Cambridge. Cambridge University Press. 1999.

70 Concemant l'*empowerment*, lire Yann Le Bossé, ≪De l'≪habilitation au pouvoir d'agir≫: vers une appréhension plus circonscrite de la notion d'empowerment≫ (2003) 16:2 *Nouvelles pratiques sociales* 30; William A. Ninacs. *Types et processus d'empowerment dans les initiatives de développement économique communautaire au Québec*, thèse de doctorat, Université Laval, 2002 [non publié] et Nina Wallerstein, ≪Powerlessness. empowerment, and health: Implications for health promotion programs≫ (2002) 6:3 *American Journal of Health Promotion* 197.

71 Lire Emmanuelle Bernheim, ≪Le droit à l'information des patients gardés en établissement: un instrument essentiel de promotion des valeurs et des principes démocratiques≫ (2009) 54:3 *R.D. McGill* 547.

 © 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

72 Pour une conception de la socialité du quotidien lire Michel Mafessoli, *La connaissance ordinaire: précis de sociologie compréhensive*, Paris, Librairle des méridiens, 1985.

73 Nous nous inspirons de la terminologie développée dans le cadre des travaux de la COPHAN pour l'*inclusion* des personnes vivant avec un handicap dans la société québécoise qu'on distingue du terme *intégration*. ≪ L'intégration consiste à introduire un nouvel individu ou un nouveau groupe à une collectivité. La collectivité est déjà formée et l'individu qui cherche à s'intégrer doit s'y adapter. L'inclusion vise à former dès le départ la collectivité afin que tout le monde puisse y participer et avoir un libre accès à toutes ses activités en fonction des besoins de chacun≫ (9 juin 2009), en ligne: *Le Cophan. pour et par ses membres* <http://www.cophan.org/cophan.htm>.

74 En nous inspirant fortement du texte de Rocher qui présente une ≪ conception dynamique de la citoyenneté≫, dans Guy Rocher, *supra* note 3 aux pp. 34 et ss.

75 Guy Rocher, *supra* note 66 à la p. 44.

76 Voir à titre d'exemple, l'*Observation générale no 14: Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint*, Doc. off. CES NU, 22e sess., Doc. NU E/C. 12/2000/4 (2000) aux par. 35, 37.

40 R.D.U.S. 1

Fin du document

© 2014 Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.