La solution n'est pas du côté des tribunaux ! Les chartes, la branche judiciaire et la « remarchandisation » de la société

Cory Verbauwhede[1]

Le débat sur le rôle des tribunaux dans les démocraties date d'avant l'État social moderne. Depuis l'émergence de la question sociale dans le giron public, les tribunaux, de par leur rôle de contre-pouvoir vis-à-vis du pouvoir législatif, mais aussi de par leur nature conservatrice inhérente, ont souvent invalidé des lois sociales, s'autorisant de diverses doctrines, dont la liberté contractuelle, le partage des compétences entre différents niveaux de gouvernement et les libertés fondamentales. Les chartes québécoise et canadienne s'inscrivent directement dans cette tendance, mais malgré cela, plusieurs acteurs de gauche continuent à croire en leur potentiel émancipateur. Ce texte rappellera dans un premier temps le débat opposant des juristes progressistes s'identifiant comme « pro » ou « anti » chartes, pour ensuite les replacer dans le contexte plus large des désaccords historiques concernant le rôle du pouvoir judiciaire. Il finira par lancer un appel au renouveau d'intérêt en la démocratie sociale et en nos institutions représentatives, et plus particulièrement à un renforcement des structures qui ont le mandat de transformer les lois de lettres mortes en réalité vécue, un aspect trop négligé par les penseurs du progrès social aujourd'hui.

Les romantiques, les détracteurs et les optimistes

Il n'y a pas de consensus à gauche quant à la valeur ultime des chartes. Du côté des « romantiques », on trouve notamment Peter Hogg, constitutionnaliste influent, et Roland Penner, ancien ministre de la Justice et ministre responsable des Affaires constitutionnelles du Manitoba, qui a fait adopter la première législation manitobaine en matière de droits de la personne[2]. Ces juristes croient généralement en un « dialogue » salutaire entre les tribunaux et le Parlement, au terme duquel la société est censée trouver un juste milieu[3]. Ainsi, dans une défense typique des chartes, Penner fait valoir :

---

1 Avocat, doctorant en histoire à l'UQAM.

2 C'est d'un texte de ce dernier que sont tirées les désignations quelque peu désobligeantes de « détracteurs » (« *crits* ») et de « romantiques ». Voir Roland Penner, « Just words : constitutional rights and social wrongs », note de lecture, *Manitoba Law Journal*, vol. 25, nº 3, 1998.

3 La notion de dialogue vient de Peter Hogg et a été pleinement adoptée par la Cour suprême.

- qu'elles ont été adoptées avec un large appui démocratique;
- que plusieurs droits ont été renforcés grâce à elles;
- qu'elles ont fourni une « niche constitutionnelle » à plusieurs groupes minoritaires et historiquement désavantagés;
- qu'elles sont un « puissant symbole d'égalité » au sein d'un monde de plus en plus polarisé.

En outre, face à la critique selon laquelle les chartes affaibliraient les droits collectifs en permettant aux droits individuels de primer, les romantiques répondent que ce ne sont pas les chartes qui défont l'État-providence, mais bien la « puissante révolution de droite qui mène son combat sous la clinquante bannière de la retenue fiscale »[4]. Ainsi, si Penner reconnaît volontiers qu'il faut « un manifeste pour un projet de transformation sociale orientée à gauche », il nie que les chartes aient cette vocation et estime que ses collègues sceptiques font preuve de « défaitisme » et de « manque d'équilibre » en rejetant d'emblée leurs effets bénéfiques potentiels[5].

Les « détracteurs », pour leur part, comptent parmi leur nombre : Andrew Petter, ex-ministre de la Justice sous un gouvernement du Nouveau Parti démocratique (NPD) en Colombie-Britannique, Michael Mandel, un professeur de droit à Osgoode Hall récemment décédé, et Terence Ison, un avocat spécialisé en droit des accidents du travail[6]. Selon ces critiques, les tribunaux défendent fidèlement « le principe marchand oligarchique d'"un dollar, un vote" contre la menace démocratique d'"une personne, un vote"»[7]. Les critiques des chartes sont nombreuses :

- qu'elles n'interviennent que pour limiter l'intervention publique et non pour la stimuler, alors que la plupart des situations d'injustice requièrent une intervention renforcée de la part des autorités publiques;

4 Penner, *op. cit.*, p. 568-569. Tout au long de ce texte, les traductions de l'anglais sont les nôtres.

5 *Ibid*.

6 Michael Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, 2e éd., Toronto, Thompson Educational Publishing, 1994; Andrew Petter, *The Politics of the Charter. The Illusive Promise of Constitutional Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2010; Terence G. Ison, « The operational realities of the charter », *Canadian Journal of Administrative Law & Practice*, vol. 25, no 1, 2012, p. 1-23.

7 Michael Mandel, « Against constitutional law (populist or otherwise) », *University of Richmond Law Review*, vol. 34, 2000, p. 447.

- qu'elles encouragent la marchandisation de la société et découragent la socialisation de l'économie, notamment en donnant plusieurs nouvelles occasions de contestation par de puissants intérêts marchands[8];
- qu'elles augmentent l'importance des avocats et des tribunaux dans tout le processus législatif et décisionnel, même là où, comme en matière d'accidents du travail, un système spécialisé avait explicitement remplacé les tribunaux en raison de leur inefficacité à indemniser les victimes de façon juste et raisonnable et avec célérité;
- qu'elles encouragent une analyse et un débat tronqués en matière de choix de société fondamentaux et que cette analyse se substitue aux décisions démocratiques.

Plus généralement, les détracteurs reprochent aux chartes de mobiliser des ressources publiques considérables qui seraient mieux investies dans la mise en œuvre des programmes plutôt que de vérifier s'ils se conforment à de vagues principes abstraits dont l'étendue malléable ne peut être connue qu'au terme de longues batailles judiciaires, période pendant laquelle les autorités peuvent perdre le goût d'intervenir, notamment par l'effet du lobbying provenant d'intérêts qui s'y opposent. Le débat prend parfois un tournant hargneux et les romantiques n'hésitent pas à lever l'ultime insulte contre leurs adversaires, qui se rangeraient selon eux, par leur défaitisme complice, du côté de la « droite religieuse »[9].

Mais ce face-à-face ne fait pas le tour de la diversité des opinions à gauche, puisqu'il y a aussi une tendance intermédiaire, qui est sympathique aux critiques des détracteurs concernant les chartes telles qu'elles existent actuellement, mais qui partage l'optimisme des romantiques quant à leur potentiel futur. En effet, ces penseurs, qu'on appellera pour nos fins les « optimistes », voudraient enchâsser les droits sociaux dans les chartes afin de contrer les effets néfastes des droits individuels sur les droits collectifs. Les optimistes, dont des textes représentatifs peuvent être consultés dans une collection récente éditée par Martha Jackman et Bruce Porter[10], respectivement professeure de droit à l'Université d'Ottawa et président du Social Rights Advocacy Centre (Centre de promotion des droits

8 Ison relève ici l'exemple du NPD de l'Ontario qui, en 1991, a fait une volte-face spectaculaire sur sa promesse électorale d'étatiser l'assurance automobile par peur d'enfreindre le tout récent traité de libre-échange avec les États-Unis (ALE), mais aussi la Charte canadienne. Voir Ison, *op. cit.*, p. 10.

9 Penner, *op. cit*. p. 569

10 Martha Jackman et Bruce Porter (dir.), *Advancing Social Rights in Canada*. Toronto, Irwin Law, 2014. Voir également Pierre Bosset et Lucie Lamarche (dir.), *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels. La Charte québécoise en chantier*, Montréal, Yvon Blais, 2011.

sociaux), sont discrédités par les romantiques, à l'instar des détracteurs, comme étant naïfs[11].

Comme les romantiques, les optimistes critiquent durement les détracteurs. Ils leur reprochent de défendre le *statu quo* au lieu de vouloir réformer le droit afin d'inclure les droits sociaux et de tenter d'étendre l'action publique dans des domaines essentiels tels que la santé, l'éducation, le logement, le transport, etc. :

> [Malheureusement..., c]omme leurs pendants conservateurs, les détracteurs ont accepté que le paradigme juridique dominant sous la Charte soit individualiste et soit orienté vers les droits négatifs. Sur cette base, ils ont insisté pour que la poursuite de la justice sociale par les tribunaux soit illusoire et distraie les mouvements sociaux d'action politique plus prometteuse[12].

Selon cette lecture, l'échec du mouvement progressiste au niveau des chartes serait dû à la séparation erronée – avalisée par les détracteurs – entre droits civils et politiques (droits dits *négatifs*, puisqu'ils visent à arrêter certaines pratiques), déjà prévus aux chartes, et les droits sociaux et économiques (droits dits *positifs*, puisqu'ils incitent à mettre en œuvre certaines pratiques), à être inclus ultérieurement : si seulement les tribunaux pouvaient être convaincus de réconcilier les deux, la bataille serait en grande partie gagnée.

La « remarchandisation » de la société

> [N]ous ne sommes pas d'accord avec les appelants pour dire que le régime de santé québécois compromet la « liberté » des Québécois. L'argument voulant que la notion de « liberté » inclue la liberté contractuelle (en l'espèce, la liberté de conclure un contrat d'assurance médicale privée) est nouveau au Canada, où les droits économiques ne sont pas inclus dans la Charte canadienne, et est discrédité aux États-Unis. Dans ce pays, la Cour suprême a, pendant les premières décennies du XX^{e} siècle, reconnu la liberté individuelle (principalement d'employeurs) de renoncer à l'application de programmes socioéconomiques, en vertu du postulat que les règles de droit interdisant aux employeurs la conclusion de contrats oppressifs avec leurs employés portaient atteinte à leur « liberté » contractuelle : voir, p. ex., l'arrêt *Lochner c. New York*[13].

Emblème des dangers que représentent les chartes pour la cause sociale, l'arrêt *Chaoulli*, décidé en 2005, est l'assaut récent le plus spectaculaire lancé par les tribunaux contre nos acquis sociaux. Dans une décision de quatre juges contre trois, la Cour suprême, face à ce qu'elle estimait être une attente trop longue pour une intervention non urgente au sein du système public de santé,

11 À la fin des années 1990, Penner critiquait déjà un article écrit sur le sujet par Jackman quelques années plus tôt. Voir Penner, *op. cit.*, p. 568.

12 Jackman et Porter, *op. cit.*, chapitre introductif, p. 15.

13 Les trois juges dissidents de la Cour suprême dans la cause *Chaoulli* : les juges Binnie, LeBel et Fish, *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 791, par. 201.

a invalidé un des outils qui avait été mis en place pour protéger les ressources allouées à l'assurance maladie publique, soit l'interdiction pour les patientes et les patients faisant appel à des médecins non payés par le système public de contracter une assurance pour ce faire. La logique derrière cette interdiction était simple et efficace : la mise en commun de ressources devait être réservée au système public, faute de quoi un système privé parallèle se développerait et l'affaiblirait.

Grâce à cette mesure et à d'autres qui partagent le même objectif, le nombre de médecins pratiquant hors régime public a longtemps été de moins de 1 %. Mais les juges majoritaires ne se préoccupaient pas de celles et de ceux qui, faute d'autres moyens, n'ont de choix que de faire appel au système public. La juge Deschamps et ses collègues n'avaient de considération que pour les patients et les patientes assez riches et en assez bonne forme pour se payer une assurance maladie privée, aux dépens des autres. Désormais, dès lors que quelqu'un démontre une défaillance du système public de santé, loin d'imposer un renforcement de ce système, toute mesure servant à le protéger pourrait tomber victime de l'intervention des tribunaux, affaiblissant le système public d'autant. Pourtant, l'arrêt *Chaoulli* a été décidé sur la base de la Charte québécoise, et plus particulièrement de son article premier, qui prévoit que « [t]out être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne ». À la lumière de cette décision, on peut conclure qu'aux yeux du plus haut tribunal du pays, certains êtres humains ont plus le droit à la vie et à l'intégrité de leur personne que d'autres.

Au-delà des implications pour le système public de santé, l'arrêt *Chaoulli* a recréé des espaces marchands pour les assurances privées en matière d'hospitalisation et de services médicaux, qui au Québec avaient été abolis en 1960 et en 1970, respectivement, après de nombreuses années de revendications de la part des travailleuses et des travailleurs. C'est dans le concept d'une « remarchandisation » de la société que la menace des tribunaux peut être appréhendée dans toute sa force et que tout le danger des chartes se révèle : actuellement, le docteur Brian Day, ex-président de l'Association médicale canadienne, propriétaire du Cambie Surgery Clinic à Vancouver et champion du privé en santé, compte utiliser ce précédent pour invalider un autre fondement des systèmes de santé au Canada, soit l'interdiction pour les médecins participant au régime public de facturer des montants aux patientes et aux patients pour des actes déjà payés par les fonds publics. S'il réussit, il aura eu raison de la Loi canadienne sur la santé, une loi adoptée en 1984 pour contrer les pratiques de surfacturation qui s'étaient répandues dans certaines provinces – contre l'esprit et parfois la lettre des lois provinciales en place – et que le gouvernement fédéral de l'époque voyait comme une grave menace au principe d'universalité sous-tendant les systèmes de santé canadiens[14].

14 Voir Monique Bégin, *L'assurance-santé. Plaidoyer pour le modèle canadien*, Montréal, Boréal, 1987.

Comme le notent avec perspicacité les juges dissidents, la cause *Chaoulli* n'est pas exceptionnelle dans l'histoire des interventions judiciaires néfastes dans le domaine social. Déjà férocement opposée à la moindre intervention dans le marché du travail[15], la Cour suprême des États-Unis a invalidé coup sur coup plusieurs lois phares du *New Deal* et n'a changé d'orientation que lorsque le président Roosevelt, fraîchement réélu avec un mandat fort en 1936, a menacé d'y nommer plusieurs juges progressistes afin de faire changer la majorité de côté. Au Canada, le Conseil privé de Londres[16] a invalidé dans les mêmes années des lois prévoyant un repos hebdomadaire, un nombre maximal d'heures travaillées et l'institution d'un régime national d'assurance-chômage. Qu'aux États-Unis le plus haut tribunal ait fait appel au quatorzième amendement de la Constitution américaine ayant trait aux droits procéduraux et qu'au Canada son pendant ait plutôt utilisé la division constitutionnelle des pouvoirs entre les niveaux fédéral et provincial ne devrait pas nous préoccuper : pour nos fins, l'essentiel est de comprendre que les chartes ne sont que les dernières venues dans un long débat concernant l'utilité sociale du pouvoir de surveillance des instances démocratiques par les tribunaux.

Tant les romantiques que les optimistes refusent d'admettre que, replacées dans leur contexte historique, les chartes peuvent être comprises comme des armes redoutables dans un arsenal impressionnant qu'une partie peut faire valoir contre des mesures sociales votées après des luttes épiques. Du côté judiciaire, cet arsenal comprend en outre le partage des compétences entre gouvernements fédéral et provinciaux et le contrôle par les tribunaux de l'action des instances administratives mises en place par ces lois[17]. Or, les détracteurs soulignent avec raison que l'histoire des acquis sociaux est aussi celle de l'universalisation du suffrage aux dépens des intérêts traditionnellement défendus par les tribunaux – un processus qui, le rappelle Mandel, n'a été largement achevé au Canada que dans les années 1960, lorsque les Autochtones vivant sur des réserves ont acquis le droit de vote[18]. Les romantiques répliqueront ici que la Charte canadienne a permis d'étendre le vote à des groupes encore exclus, tels les prisonniers, les juges et les personnes ayant une déficience mentale, mais outre le fait que ces développements

15 L'arrêt *Lochner* nommé dans la citation en exergue est une décision de 1905, la Cour suprême des États-Unis invalidant une limite de 10 heures de travail par jour au nom de la liberté contractuelle.

16 Le tribunal de dernière instance au Canada jusqu'en 1949.

17 Ces moyens s'ajoutent à la panoplie de pressions économiques et politiques pouvant être appliquées, à l'interne, sur la fiscalité et l'allocation des budgets publics et, à l'externe, par l'entremise des traités de libre-échange qui peuvent modifier substantiellement la portée et l'efficacité des lois adoptées.

18 Mandel, *op. cit.*, p. 5.

n'avaient probablement pas besoin des chartes[19], cette même charte a permis aux intérêts financiers de mettre en échec des règles limitant les dépenses électorales par de puissants lobbies pendant plusieurs élections[20]. De plus, Ison rappelle que la disparition de l'État en faveur de la mondialisation est aussi un affaiblissement du droit de vote contre lequel les chartes sont impuissantes et que le suffrage universel n'a de sens que si les résultats des votes peuvent mener à de réels changements[21]. Or, pour se rendre compte du rétrécissement des options démocratiques face à la mondialisation, il suffit d'évoquer le récent scandale démocratique en Grèce, où la « troïka », composée de la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le Fonds monétaire international, a réussi à faire plier un gouvernement élu sur une plateforme de changement radical et à le forcer à continuer d'appliquer des mesures d'austérité sans précédent.

Ce qui manque trop souvent dans les débats concernant les droits fondamentaux est le fait qu'au-delà des reculs ou des avancées ponctuels amenés par les chartes, c'est l'augmentation relative du pouvoir judiciaire qui est véritablement en cause – un phénomène que les détracteurs appellent la judiciarisation de la société (*legalization* en anglais) – les chartes n'étant qu'une façon parmi bien d'autres d'opérer un tel changement[22]. Pourtant, d'après Mandel :

> la critique selon laquelle la révision judiciaire était réactionnaire dans le sens marxiste du terme coulait de source pour la Gauche avant la Seconde Guerre mondiale [...] et remonte à très loin : à Charles Beard aux États-Unis, à Édouard Lambert en France, à Franz Neumann en Allemagne, et à la Gauche tout entière en Italie pendant l'Assemblée constitutive de 1946–1948 [...]. L'essence de cette critique est de voir la mission historique de la révision judiciaire comme étant un antidote à la démocratie, c.-à-d. un antidote au danger mortel posé par les institutions démocratiques représentatives à l'oligarchie de la propriété privée. [... Ce n'est que lorsque] les classes possédantes ont perdu le contrôle [... des institutions représentatives par l'extension du suffrage, qu'elles ont commencé] à s'inquiéter de la « tyrannie de la majorité » [... et à louanger] la révision judiciaire[23].

19 Par exemple, dans le cas des personnes ayant une déficience mentale, un comité de la Chambre des communes a recommandé en 1981 de leur étendre le droit de vote. Voir Diane R. Davidson et Miriam Lapp, « L'évolution du droit de vote des Canadiens handicapés aux élections fédérales », P*erspectives électorales,* vol. 6, nº 1, 2000, p. 18.

20 Voir Mandel, *op. cit.*, p. 207-209; Ison, *op. cit.*, p. 5-7.

21 Ison, *ibid*. Cette dilution de la signification des droits de citoyenneté à mesure que ces droits sont étendus rappelle un processus semblable qui a eu cours lors de la fin de l'époque romaine. Voir « The dilution of the civitas romana », dans Paul Magnette, *Citizenship. The History of an Idea,* Colchester (RU), ECPR Press, 2005, p. 26-28.

22 Par exemple, un récent article qui relève de façon exhaustive ces débats dans le contexte international ne fait pas ce lien. Voir Samuel Moyn, « A powerless companion. Human rights in the age of neoliberalism », *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, p. 147-169.

23 Mandel, *op. cit.*, p. 444-445.

De ce point de vue, la distinction entre droits *positifs* et *négatifs* est peu pertinente, puisque le problème de fond est le transfert de pouvoir vers les tribunaux. En outre, les droits positifs demeurent des régimes d'exception de lutte à la pauvreté et à la misère, plutôt que des régimes à visée universelle : ils garantissent un socle minimal d'accès aux biens et aux services essentiels, sans se soucier des inégalités par ailleurs. Le domaine de la santé est à cet égard emblématique : face aux régimes universels de soins de santé que les provinces canadiennes ont instaurés dans les années 1940 à 1970, sous impulsion fédérale pour la grande majorité, les forces réactionnaires qui s'y opposaient, notamment divers regroupements de médecins, appuyaient un régime à plusieurs vitesses qui aurait été entièrement compatible avec le paradigme des droits économiques et sociaux[24].

Au surplus, là où des droits collectifs ont été enchâssés dans une constitution, ils se déploient selon les « ressources disponibles », dont l'étendue échappe aux tribunaux, et mènent donc souvent au mieux à la redistribution plus équitable de montants déjà alloués, en déshabillant Pierre pour habiller Paul. À cet égard, beaucoup d'optimistes regardaient avec anticipation le cas de l'Afrique du Sud, qui avait enchâssé, entre autres, le droit à l'éducation, au logement et à la santé dans sa constitution postapartheid. Or, selon Samuel Moyn, un optimiste désillusionné :

> les résultats finaux ont été décevants : il s'avère que les tribunaux sud-africains, au lieu d'encourager l'action législative ou politique, ont poussé les branches démocratiques à l'inaction. Malheureusement, il est plausible de conclure que l'[enchâssement des droits sociaux] n'a pas réussi à faire une grande différence, tant en Afrique du Sud qu'ailleurs[25].

En effet, les droits sociaux doivent s'accommoder de cet autre droit économique qu'évoquent indirectement les juges dissidents de la cause *Chaoulli* dans la citation en exergue : le droit de propriété. Or, il n'y a pas d'adversaire plus redoutable à la socialisation des secteurs de l'économie jugés essentiels à une vie digne. Il n'est alors pas étonnant d'apprendre qu'il n'y a globalement pas de corrélation entre la constitutionnalisation des droits sociaux et économiques et la démocratie sociale[26].

---

24 Voir Marie-Claude Prémont, « L'accès aux soins de santé et les droits économiques et sociaux : un face à face périlleux », dans Bosset et Lamarche (dir.), *op. cit.*, p. 235-271.

25 Moyn, *op. cit.*, p. 163.

26 Voir Evan Rosevear et Ran Hirschl, « Constitutional law meets comparative politics. Socio-economic rights and political realities », dans Tom Campbell, Keith D. Ewing et Adam Tomkins (dir.), *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2011, chapitre 10.

Conclusion : renforcer l'action publique

De notre point de vue, c'est précisément l'inaction publique que Moyn relève qui est au cœur du problème de l'État social aujourd'hui : à quoi bon une belle législation de protection sociale si elle n'est pas appliquée par les autorités ? Selon Ison, « Comme la *Charte* est conçue pour limiter et non pour inspirer l'action gouvernementale, elle augmentera nécessairement ces insuffisances du gouvernement »[27].

Des inquiétudes similaires avaient été émises par un juriste du gouvernement en 1968, dans un contexte pré-chartes, lorsqu'un rapport d'une commission d'enquête, écrit principalement par des avocats du secteur privé, s'inquiétait de la montée du pouvoir « arbitraire » de l'administration publique et proposait une contre-attaque de la part de la branche judiciaire[28]. Le débat concernant la sagesse d'avoir recours aux tribunaux – que ce soit par les chartes ou autrement – ne date donc pas d'hier et le véritable enjeu est de savoir laquelle des branches démocratique ou judiciaire aura le dernier mot.

Il n'y a pas de meilleure illustration de l'importance négligée des instances qui sont censées mettre en œuvre les programmes sociaux[29] que le contraste entre la façon dont la Régie de l'assurance maladie du Québec, d'une part, et le Medical Services Plan de la Colombie-Britannique, de l'autre, traitent la question de la facturation aux patientes et aux patients d'actes déjà assurés par le système public de santé. Dans les deux cas, cette facturation est formellement interdite. Au Québec, les autorités ont tellement laissé aller la pratique qu'elles ont été visées par deux recours collectifs pour non-intervention fautive[30]. En Colombie-Britannique, les autorités ont décidé d'agir avec courage et détermination, mais ce travail est mis en échec… par une demande de faire déclarer la loi contraire à la Charte canadienne des droits et libertés[31].

---

27 Ison, *op. cit.*, p. 17.

28 Voir John Willis, « The McRuer report. Lawyers' values and civil servants' values », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 18, nº 4, 1968, p. 351-360.

29 Ison affirme ainsi que « l'importance des gouvernements élus [et ainsi du droit de vote] a aussi été diminuée par la disparition du respect pour les serviteurs publics [et par le piètre état de leur formation] ». Voir Ison, *op. cit.*, p. 5.

30 Voir notamment *Lavoie c. Régie de l'assurance maladie du Québec,* 2013 QCCS 866 (CanLII). Ces causes, qui s'apparentent à des recours pour forcer le gouvernement à appliquer sa loi (des recours dits de *mandamus*), ont été menées en partie par l'auteur du présent article. Le paradoxe de cette position ne nous échappe pas, mais devra faire l'objet d'une réflexion ultérieure. Les intéressé-es se réfèreront à l'importante littérature américaine entourant la notion du procureur général privé *(private attorney general)* et les interactions entre les incitations financières et l'application des lois. Voir notamment Jeremy A. Rabkin, « The secret life of the private attorney general », *Law and Contemporary Problem*s, vol. 61, nº 2, 1998, p. 179-203 et Margaret H. Lemos et Max Minzner, « For-profit public enforcement », *Harvard Law Review,* vol. 127, nº 3, 2014, p. 853–913.

31 Il s'agit de la cause du Dr Brian Day évoquée plus haut.

Si tous les juristes progressistes considèrent, à des degrés variables, que les quelques gains sous les chartes viennent trop peu et trop tard, les romantiques et les optimistes, à la différence des détracteurs, ne sont pas prêts à dire qu'elles sont contreproductives. Or, à la lumière du risque élevé qui accompagne la légitimation des chartes par la gauche, ils semblent faire fausse piste : il faut cesser d'y voir autre chose qu'une menace à être contenue et il faut réinvestir avec vigueur les institutions démocratiques avec des projets qui dépassent la simple lutte à la pauvreté et à l'exclusion sociale pour aspirer à l'égalité réelle.