

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

L'AVÈNEMENT DU NATIONALISME CONSTITUTIONNEL AU CANADA :
UNE ANALYSE SOCIO-HISTORIQUE DES CHAMPS JURIDIQUE ET
ÉTATIQUE CANADIENS

THÈSE
PRÉSENTÉE
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DU DOCTORAT EN SCIENCE POLITIQUE

PAR
DAVID SANSCHAGRIN

DÉCEMBRE 2021

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de cette thèse se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.10-2015). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

L'écriture d'une thèse est une aventure ambitieuse, anxiogène, chronophage, énergivore et onéreuse. Une personne seule ne peut passer à travers cette épreuve.

Je remercie donc mon comité de lecture rapproché, qui a su m'encourager à persévérer par leurs commentaires : Amélie Vaillancourt Chartrand et Félix Mathieu.

Merci aussi à Aïna et Marius pour leur patience.

Je remercie aussi mon directeur de thèse, le professeur Alain-G. Gagnon, qui a cru en mon projet, l'a généreusement commenté tout au long et m'a fourni le soutien matériel nécessaire pour aller jusqu'au bout de l'aventure. Si ce n'était du hasard d'une rencontre dans un mariage, cette thèse n'aurait tout simplement pas vu le jour.

Je remercie tout spécialement ma directrice au ministère de l'Immigration, de la Francisation et de l'Intégration, Danièle Boudreau, qui m'a encouragé depuis le début à terminer ma thèse et qui ne m'a jamais refusé un congé pour que je puisse y parvenir.

Je remercie enfin deux vieux amis qui m'ont toujours encouragé et m'ont appris à mieux apprécier ma valeur en tant que chercheur, Jérémie Cornut et Jacques Jourdain.

Un dernier mot, pour remercier Marc Chevrier, qui m'a appris à prendre le droit au sérieux.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I	
LE NATIONALISME CONSTITUTIONNEL CANADIEN.....	39
1.1. Les nationalistes constitutionnels canadiens.....	42
1.2. L'histoire nationaliste canadienne.....	48
1.3. Le droit comme discours et instrument de pouvoir.....	53
1.3.1. Patriotisme constitutionnel et domination nationale.....	54
1.3.2. L'égalité des chances dans le marché linguistique canadien.....	56
1.3.3. L'universel et le particulier.....	65
1.3.4. Un métadiscours de pouvoir.....	72
1.3.5. Libéralisme des droits, individualisme et inégalités.....	79
1.3.6. La gouvernance judiciaire au sein du champ étatique.....	90
CHAPITRE II	
DEUX CRITIQUES DE LA RÉVOLUTION DES DROITS.....	93
2.1. Les critiques libérales nationalistes québécoises.....	97
2.1.1. Épistémologie libérale.....	97
2.1.2. Responsabilité et domination.....	102
2.1.3. Le déficit fédératif.....	104
2.1.4. Constitutionnalisation de la nation canadienne.....	109
2.1.5. Une entreprise délibérée de domination.....	113
2.1.6. Judicialisation du politique.....	115
2.2. Les critiques marxistes canadiennes-anglaises.....	119
2.2.1. Épistémologie structuraliste.....	119
2.2.2. Démocratie, libéralisme et légitimité.....	123
2.2.3. Stratégie, judicialisation et hégémonie.....	129
2.2.4. La sphère privée, la propriété et la magistrature.....	132
CHAPITRE 3	
CRITIQUE DES CRITIQUES.....	142
3.1. Le caractère paradoxal et contingent des faits sociopolitiques.....	143
3.1.1. État, nation et légitimité.....	145
3.1.2. L'État moderne, la royauté et le droit.....	146
3.1.3. La révolution des droits au Canada.....	149
3.2. L'opposition agent/structure.....	154
3.2.1 Le structuralisme marxiste.....	155
3.2.2. L'individualisme libéral.....	158
3.3. Domination et rationalité instrumentale.....	168

CHAPITRE 4

LES CHAMPS SOCIAUX ET LE POUVOIR SYMBOLIQUE.....	178
4.1. La théorie des champs sociaux.....	181
4.2. Le pouvoir symbolique de l'État.....	190
4.3. Droit et violence symbolique.....	194
4.4. Le rôle du droit dans la genèse de l'État.....	199

CHAPITRE 5

L'ÉVOLUTION DU CHAMP JURIDIQUE VERS LE CENTRE DE L'ÉTAT CANADIEN : L'ASCENSION DES JURISTES RÉFORMATEURS.....	223
5.1. John Alexander Macdonald.....	228
5.2. Macdonald et le proto-champ juridique.....	239
5.3. Francis Reginald Scott.....	241
5.4. L'enseignement constitutionnel de Scott.....	259
5.4.1. Gerald Eric Le Dain.....	260
5.4.2. Peter Michael Pitfield.....	263
5.4.3. Pierre Elliott Trudeau.....	265
5.5. Le nationalisme constitutionnel scottien.....	273

CHAPITRE 6

LA COUR SUPRÊME DU CANADA : DE LA SUBORDINATION À L'AUTONOMIE.....	290
6.1. Les débuts d'une Cour d'appel hétéronome.....	292
6.2. L'autonomisation et la montée en puissance de la Cour.....	302
6.2.1. Des juges plus savants.....	303
6.2.2. Le contrôle du registre des causes à entendre.....	304
6.2.3. L'intérêt à agir.....	305
6.2.4. Le droit d'intervenir.....	306
6.2.5. La recevabilité des preuves extrinsèques.....	306
6.2.6. L'autonomie administrative.....	311
6.2.7. Le <i>Programme de contestation judiciaire</i>	312
6.2.8. La Constitution comme arbre vivant et la fin du <i>stare decisis</i>	314
6.2.9. L'influence du juge en chef Bora Laskin.....	317
6.3. La Cour : actrice et gardienne de la <i>révolution des droits</i> au Canada.....	319
6.3.1. Le Renvoi sur le rapatriement.....	319
6.3.1.1. L'opinion majoritaire : un projet légal, mais inconstitutionnel.....	319
6.3.1.2. L'opinion minoritaire : un projet légal et constitutionnel.....	324
6.3.1.3. Une jurisprudence instrumentale douteuse.....	326
6.3.2. Le Renvoi sur le droit de veto du Québec.....	341
6.3.3. Le nouveau droit constitutionnel de la nation canadienne.....	344

CHAPITRE 7

LA MONTÉE DU PROJET NATIONALISTE CONSTITUTIONNEL – I : DE LA PREMIÈRE GUERRE MONDIALE À LA GRANDE DÉPRESSION.....	358
7.1. La grève générale de Winnipeg et les années 1920.....	361
7.2. J. S. Woodsworth, précurseur du nationalisme constitutionnel canadien.....	375
7.3. La Grande Dépression et la défense des libertés civiles.....	392
7.3.1. Rowell-Sirois et la genèse de l'État-providence canadien	398
7.3.2. L'Ontario et le Québec : autonomisme et antisindicalisme.....	408
7.3.2.1. Mitchell Hepburn.....	410
7.3.2.2. Maurice Duplessis.....	413

CHAPITRE 8

LA MONTÉE DU PROJET NATIONALISTE CONSTITUTIONNEL – II : DE LA DEUXIÈME GUERRE MONDIALE AU RAPATRIEMENT.....	424
8.1. L'État d'exception durant la Deuxième Guerre mondiale.....	426
8.1.1. La déportation des Canadiens japonais.....	430
8.1.2. La répression des communistes et l'affaire Gouzenko.....	440
8.1.2.1. La répression des communistes au Canada.....	440
8.1.2.2. L'affaire Gouzenko.....	444
8.1.2.3. Débat en Chambre sur l'affaire Gouzenko.....	450
8.1.2.4. Positions et prises de position sur la question des libertés civiles.....	452
8.2. Le débat d'après-guerre sur la protection constitutionnelle des libertés.....	456
8.2.1. John P. Humphrey et la <i>Déclaration universelle des droits de l'homme</i>	459
8.2.2. Les comités spéciaux sur les droits de la personne.....	471
8.2.2.1. Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales.....	471
8.2.2.2. Comité spécial sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales.....	480
8.3. L'arrivée au pouvoir d'un défenseur des libertés civiles : John Diefenbaker.....	488
8.3.1. Les libertés civiles arrivent au centre de l'État.....	491
8.3.2. Le débat en Chambre sur la Déclaration canadienne des droits.....	495
CONCLUSION.....	509
BIBLIOGRAPHIE.....	547

RÉSUMÉ

La *Loi constitutionnelle de 1982* enchâssa la *Charte canadienne des droits et libertés* et affirma la suprématie de la Constitution sur toutes autres règles de droit. Le régime canadien d'héritage britannique entra ainsi de plain-pied dans le constitutionnalisme moderne, ou nationalisme constitutionnel, pour lequel, sur un territoire, ne saurait exister qu'*un* peuple, qu'*une* culture et qu'*un* ensemble d'institutions et qu'*un* droit. La paternité de la Charte est attribuée à un *Grand législateur* : Pierre Elliott Trudeau. En garantissant les droits des individus, elle serait ainsi un instrument d'émancipation.

Or, l'origine de la Charte est dans le mouvement nationaliste constitutionnel, qui apparut avec la Grande Dépression, dont Trudeau est un continuateur. De plus, sans contester les progrès que permit la Charte, les critiques marxistes la voient comme un instrument de domination de classe, garantissant les droits individuels et protégeant la sphère privée de l'État. En outre, pour les critiques libéraux nationalistes, la Charte cristallisa la domination de la majorité nationale sur la nation minoritaire québécoise.

L'ordre constitutionnel de 1982 résulta à la fois d'un projet d'édification nationale et d'émancipation séculaire, portée par certains des plus éminents juristes canadiens (comme Frank R. Scott) qui, de groupe minoritaire au sein des champs juridique et étatique durant les années 1930, se hissèrent graduellement aux positions dominantes de ces champs sociaux au tournant des années 1960. Minoritaires et subordonnés dans les années 1930, leurs idées – le constitutionnalisme à l'américaine et la prépondérance de l'État central en matière sociale et linguistique – devinrent majoritaires à compter des années 1960. L'État comme monopole du pouvoir physique et symbolique s'en est trouvé changé : les logiques des droits de la personne et de l'union sociale sont devenues dès lors pratique et discours officiels, jouissant d'un fort appui populaire.

La refondation de 1982 relève donc d'une logique inextricablement émancipatrice et dominatrice : elle est à la fois discours et pratique de pouvoir face aux gouvernements provinciaux et aux nations minoritaires, comme elle est discours et pratique libertaires dans la relation des individus avec l'État. Les juristes réformateurs concevaient une révolution du droit à l'image de leur habitus d'hommes nantis et éduqués.

Les deux dimensions de la révolution des droits peuvent être pensées conjointement par une approche de sociologie historique et politique, inspirée des travaux du sociologue Pierre Bourdieu sur l'édification de l'État moderne.

À partir de cette perspective théorique, la thèse qui défendue est que la *Charte* est à la fois un instrument d'émancipation et de domination économique et nationale, et que sa genèse découle de l'action, sur le temps long, du mouvement nationaliste constitutionnel. La domination qu'elle instaure est donc plutôt structurelle, en tant que produit contingent de l'action sociale et de l'histoire.

Dans la pensée occidentale, les théories politiques qui envisagent un véritable pluralisme culturel ou sociétal se sont surtout distinguées par leur absence et, en outre, les alternatives à une politique ethnocentrique ont dans la plupart des cas été formulées en termes universalistes, fusionnistes, intégrationnistes ou assimilatoires.

Kenneth McRae, *The Plural Society and the Western Political Tradition*

Le langage du constitutionnalisme moderne est en partie une contrefaçon. Sous un air d'universalité, il est impérial à trois égards : en servant à justifier à la fois l'impérialisme européen, la règle impériale de vieilles colonies sur les populations indigènes et l'impérialisme culturel imposé aux divers citoyens des sociétés contemporaines.

James Tully, *Une étrange multiplicité*

Aussi bien dans les relations entre les nations qu'à l'intérieur de celles-ci, l'universalisme abstrait sert le plus souvent à justifier l'ordre établi, la distribution en vigueur des pouvoirs et des privilèges – c'est-à-dire la domination de l'homme, hétérosexuel, euroaméricain (blanc), bourgeois – au nom des exigences formelles d'un universel abstrait (la démocratie, les droits de l'homme, etc.) dissocié des conditions économiques et sociales de sa réalisation historique, ou pire, au nom de la condamnation ostentatoirement universaliste de toute revendication d'un particularisme et, du même coup, de toutes les « communautés » construites sur la base d'une particularité stigmatisée (femmes, gays, Noirs, etc.) et suspectes ou accusées de s'exclure des unités sociales plus englobantes (« nation », « humanité »).

Pierre Bourdieu, *Méditations pascaliennes*

INTRODUCTION

En 1982, le Canada modifia son régime politique¹ en constitutionnalisant un important catalogue de droits, la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte canadienne). Les ordres de gouvernements central² et provincial – déjà encadrés par la division constitutionnelle des pouvoirs (articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) – se voyaient davantage limités en devant se conformer à la Charte canadienne, pièce maîtresse de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette dernière, par son article 52³, affirmait aussi la suprématie des normes constitutionnelles sur toutes les autres règles de droit dans la fédération, même celles produites par les assemblées législatives.

En 1982, la rupture avec le régime canadien d'héritage britannique était multiple. (1) Le principe de la suprématie parlementaire, soit la primauté des normes législatives sur toutes les autres règles de droit, perdait sa prééminence devant celui de la suprématie constitutionnelle. (2) Le Parlement et les législatures voyaient leur rôle traditionnel de gardiens des libertés devenir largement l'apanage du judiciaire. (3) Les pouvoirs des États provinciaux, donc leur souveraineté, étaient réduits, tandis que le rôle de l'État central était magnifié, comme gardien des valeurs et normes communes. (4) Le contractualisme, le dualisme et le régionalisme cédaient du terrain devant le centralisme et le multiculturalisme. (5) La convention d'unanimité en matière de modification constitutionnelle était abolie, puis remplacée par des normes écrites et formelles. (6) Finalement, l'idéal d'un fédéralisme classique, plus hospitalier envers le

¹ Comprenant à la fois des institutions, une culture et un peuple.

² Dans cette thèse, ce qui est généralement appelé « État fédéral », « gouvernement fédéral » ou « Parlement fédéral », dans la littérature, sont remplacés par les concept d'« État central », de « gouvernement central » et de « Parlement central ». En effet, comme le Canada n'est pas encore un État unitaire, l'État fédéral renvoie à l'ensemble de la fédération, qui est composée de l'État central et des États provinciaux.

³ « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérante les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. »

pluralisme normatif et la diversité nationale, était déclassé par un fédéralisme moniste, qui ne reconnaît que le pluralisme culturel non-national.

La magistrature, pourtant réputée conservatrice, entendit l'appel de la Charte canadienne et adopta une approche plus interventionniste. Quant aux gouvernements, pour justifier leurs actions ou inactions, ils laissèrent les tribunaux trancher des questions morales et politiques épineuses (avortement, mariage gai, sécession, etc.). Une panoplie de groupes – allant des gais et lesbiennes jusqu'aux entreprises privées – utilisèrent la nouvelle arme judiciaire, afin de lutter contre les actions publiques attentatoires aux droits et libertés. Enfin, avec la Charte, le gouvernement libéral du premier ministre Pierre Elliott Trudeau voulut instaurer un patriotisme constitutionnel, prenant appui sur le partage des mêmes valeurs et de droits universels.

Toutefois, cette nouvelle nation imaginée⁴ de 1982 ne résulta pas de la seule volonté d'un « Grand législateur⁵ », soit Trudeau. La refondation de 1982 fut l'aboutissement du projet porté par le mouvement nationaliste (ou patriotique) constitutionnel, qui prit naissance dans le contexte de l'entre-deux-guerres et de la crise économique des années 1930, dont le précurseur était le pasteur J. S. Woodsworth et dont le chef de file était le constitutionnaliste F. R. Scott. La réforme de 1982 était une réponse politique plus immédiate à la concurrence du projet nationaliste québécois, qui menaçait l'unité canadienne. Elle fut aussi corolaire du virage néolibéral de l'État canadien, avec les travaux de la *Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada* qui, au nom de l'efficacité et de la flexibilité, recommanda notamment de signer un traité de libre-échange avec les États-Unis, de libéraliser les marchés, de privatiser les services publics et de réduire l'intervention de l'État.

En outre, la refonte de 1982 s'inscrivait dans un mouvement de fond de la modernité libérale, promouvant l'individualisme et les libertés économiques et politiques.

⁴ Le concept de nation imaginée renvoie aux travaux de l'historien Benedict Anderson (2002).

⁵ L'on trouve la figure du Grand Législateur, donnant sa Loi fondamentale à un nouveau régime politique, chez Jean-Jacques Rousseau, dans *Du contrat social*.

Mouvement qui s'est nourri du nouveau régime international des droits de la personne et des nouvelles valeurs postmatérialistes – comme l'autonomie individuelle et la défiance face à l'autorité – qui se sont mis en place après la Deuxième Guerre mondiale et ont transformé la relation entre les citoyens et l'État. Enfin, après la Première Guerre mondiale, l'intégration économique et culturelle grandissante du Canada avec les États-Unis, tout comme l'attrait des juristes canadiens pour les grandes universités américaines (notamment Harvard), contribua à modifier la culture juridique du Canada, qui devint moins britannique au tournant des années 1960, culminant avec l'adoption d'une charte des droits et d'un contrôle judiciaire à l'américaine en 1982.

Conséquemment, on assista à un approfondissement de la judiciarisation du politique, c'est-à-dire la transposition d'enjeux moraux et politiques fondamentaux dans le forum judiciaire et dans le langage juridique. Corollairement, il y eut centralisation de la vie politique, car un ensemble d'enjeux jadis provinciaux, comme l'éducation et la langue, prirent, dès lors, une dimension « nationale », en étant débattus devant un organe de l'État central, la Cour suprême du Canada, appliquant une charte canadienne et, ce faisant, uniformisant les normes dans la fédération (Woehrling, 2006 : 259-270).

L'origine de la Charte canadienne se trouve dans le mouvement nationaliste constitutionnel qui, depuis les années 1930, réclama sans relâche une protection constitutionnelle des droits inhérents à la citoyenneté canadienne. Lorsque le gouvernement de Pierre Trudeau – lui-même membre de ce mouvement – proposa d'enchâsser une charte constitutionnelle des droits, il la décrivit comme la « charte du peuple », émancipant les citoyens face au pouvoir de l'État (gouvernement du Canada, 1982). Toutefois, plusieurs voix se sont élevées pour critiquer cette réforme majeure⁶.

⁶ La critique libérale conservatrice (appelée aussi « École de Calgary »), portée notamment par Rainer Knopff et Frederick Lee Morton dans *The Charter Revolution and the Court Party* (2000), perçut la réforme constitutionnelle de 1982 comme de la réingénierie sociale antidémocratique et élitiste, mais aussi comme une rupture radicale avec le régime fédéral et parlementaire canadien (cf. Sanschagrin, 2015). La critique féministe québécoise, quant à elle, dénonça le paternalisme de la Charte canadienne et la façon dont la *Loi constitutionnelle de 1982* a été imposée au Québec, alors que ce dernier disposa déjà de sa propre *Charte des droits et libertés de la personne* (depuis 1975) et que les féministes

Sans remettre en question les avancées bien réelles que la Charte canadienne a permises pour les minorités discriminées par les pouvoirs publics, ces critiques ont argué qu'elle instituait de nouveaux rapports de domination. Deux critiques, en particulier, ont été retenues pour cette étude : la critique marxiste canadienne ainsi que la critique libérale nationaliste québécoise, reprochant que derrière la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'on retrouvait un projet délibéré de domination de classe et nationale.

Pour des juristes canadiens (comme Judy Fudge ou Ran Hirschl), la Charte canadienne institutionnalisait une domination de classe, en garantissant des droits individuels et en protégeant la sphère privée – où se reproduisent et se creusent les inégalités – de l'intervention de l'État. Leur perspective peut dès lors être qualifiée de marxiste.

Au Québec, des juristes (comme Eugénie Brouillet), des philosophes (comme André Burelle) et des politologues (comme Alain-G. Gagnon) ont surtout analysé la Charte comme la cristallisation de la domination de la majorité nationale canadienne sur la nation québécoise. Ces auteurs partagent une vision libérale nationaliste⁷, réconciliant l'affirmation collective de la nation minoritaire québécoise avec la reconnaissance des minorités et la protection des libertés individuelles.

Les critiques nationalistes ou marxistes, percevant la refondation constitutionnelle de 1982 comme un instrument de domination au service de la nation canadienne ou de la bourgeoisie, ont leur force et leur validité, car elles permettent une étude moins

québécoises réalisèrent des gains importants par la voie politique (Maillé, 2013). La critique « fonctionnelle » – au sein de laquelle on trouve notamment Charles Taylor et James Tully – ne rejeta pas l'importance des droits de la personne, mais jugea que la façon dont la réforme de 1982 fut instituée et le nationalisme libéral-individualiste qu'elle véhiculait ont miné la stabilité et le pluralisme du régime canadien (cf. Sanschagrin, 2015). Enfin, la critique autochtone dénonça l'impérialisme culturel derrière la refonte de 1982, qui soumit tous les peuples composant le Canada à un même ensemble normatif libéral individualiste et à une même appartenance nationale unifiée (Ladner et McCrossan, 2009).

⁷ Le « nationalisme libéral » renvoie aux travaux de Yael Tamir pour qui, le libéralisme et le nationalisme sont réconciliables. D'un côté, « [l]es libéraux peuvent reconnaître l'importance de l'appartenance, de l'adhésion et des affiliations culturelles ainsi que les engagements moraux particuliers qui en découlent. » (Tamir, 1993 : 6, traduction libre) De l'autre, « [l]es nationalistes peuvent apprécier la valeur de l'autonomie personnelle et des droits et libertés individuels, tout en s'engageant en faveur de la justice sociale entre les nations et au sein des nations. » (Tamir, 1993 : 6, traduction libre)

dithyrambique et plus analytique du phénomène. Car les idées politiques sont aussi des armes symboliques dans la lutte politique (Skinner, 2002). Toutefois, ces critiques tendent à ne concevoir la logique des nationalistes constitutionnels que sous l'angle de la rationalité instrumentale, faisant fi du projet émancipateur auquel croyaient ces derniers, et qui permit une émancipation relative pour les individus et les minorités.

Émancipation ou domination ? Tel est le puzzle concernant la Charte canadienne auquel cette thèse veut répondre en proposant une autre lecture de l'histoire juridico-politique canadienne, qui s'appuie sur la théorie des champs sociaux du sociologue Pierre Bourdieu. La démarche bourdieusienne permet une réinterprétation de l'histoire juridico-politique canadienne, en pensant conjointement, d'une part, les discours et les effets émancipateurs du projet nationaliste constitutionnel et de l'autre, l'instauration de nouveaux rapports de domination de classe et nationale plus subtils. À partir de cette perspective, la thèse qui est défendue est que la Charte est un produit de la contingence permettant, à la fois, l'émancipation périphérique des individus et des minorités non-nationales et la domination structurelle des nations minoritaires.

La théorie des champs permet d'avancer une autre conception de l'action sociale, qui est conflictuelle, relationnelle, dynamique et historique, tout en se situant au croisement des paradigmes structuraliste et individualiste. Ce qui veut dire que la structure sociale n'emprisonne pas l'agent, mais que la prise de l'agent sur cette structure demeure limitée. En outre, derrière son apparente permanence, l'ordre sociopolitique est en perpétuels changements. Ceux-ci découlent de la logique oppositionnelle du jeu social, où s'affrontent (dans les discours et les pratiques) les groupes dominants et les groupes dominés, mais aussi où peuvent s'imposer les élites montantes face aux élites au pouvoir. Ce pouvoir découle de discours légitimateurs (les idées, les normes, les valeurs et la vision du monde) et d'une base matérielle (administration, armée, finance, tribunaux) qui, tous deux, constituent la puissance étatique. Dans la lutte, les idées et les projets des uns et des autres évoluent et en viennent à produire un résultat imprévu, contingent, car l'on n'a pas pris en compte tous les facteurs influençant l'action, l'on a

voulu se concilier des alliés, l'on n'est jamais totalement conscient des intérêts et des motifs derrière un projet et, enfin, un changement de contexte peut bouleverser les rapports de pouvoirs dans l'espace social.

Les liens entre judiciarisation du politique, construction étatique, centralisation et domination rationnelle-légale ne sont ni nouveaux ni uniques au cas canadien. Ils sont inhérents à l'édification de l'État, depuis le Moyen Âge classique, où les clercs juristes établirent des pratiques et fournirent un discours légitimateur, favorisant la centralisation des pouvoirs dans les mains du « prince » (Kantorowicz, 1995). Elle se pose aussi dans le champ universitaire depuis les travaux de Weber (1991) qui a, le premier, théorisé un processus de rationalisation (de bureaucratisation, de formalisation et de judiciarisation des processus sociopolitiques) à l'œuvre dans les sociétés occidentales, en lien avec le développement de l'économie capitaliste et de l'État constitutionnel. Ce processus amènerait un déclin des modes de légitimation classiques de la domination, au profit de la domination légale-rationnelle, où le pouvoir trouverait sa justification dans le respect des normes et procédures légales (constitution, contrôle judiciaire, etc.). Enfin, le phénomène de la judiciarisation du politique en est un d'ampleur mondiale, à la fois au niveau étatique – avec l'adoption de chartes des droits, la multiplication de tribunaux administratifs, etc. – qu'international – avec les organes internationaux d'arbitrage du commerce, les tribunaux internationaux de protection des droits de la personne, etc. (Tate et Vallinder, 1995). Bref, étant donné l'ancienneté et la diffusion du phénomène de la judiciarisation du politique, l'analyse du cas canadien est une contribution à la compréhension d'un phénomène transhistorique et global.

1. La domination et l'émancipation

À partir du cas canadien, cette thèse porte donc sur la question de la domination. C'est-à-dire le pouvoir d'un groupe dominant (par le nombre, par la force, par le capital

économique, culturel, social ou symbolique) d'imposer puis de maintenir – intentionnellement ou non – un ordre sociopolitique qui l'avantage, et ce, au détriment des groupes dominés. Dans l'histoire, la domination est surtout le fait de la minorité des possédants – une élite détenant les ressources (financières, militaires, etc.), les hautes charges publiques et le prestige – sur la majorité des dépossédés (en termes d'accès au pouvoir, de ressources, etc.). Malgré plusieurs contre-exemples historiques – comme les cités États de la Renaissance italienne (Ascheri, 2005) –, la prépondérance de la domination oligarchique semble être constante. Cependant, la domination n'est pas que le fait d'une élite. Le pouvoir de la minorité sur la majorité au sein d'un groupe sociopolitique donné se transpose aussi dans la domination de ce groupe majoritaire sur d'autres groupes minoritaires (par le pouvoir et par le nombre).

Aux époques moderne et contemporaine, la domination oligarchique se conjugue à la domination nationale et impérialiste. À partir de la fin du Moyen Âge, on a pu observer les germes de ce qui allait devenir plus tard le nationalisme, notamment en Angleterre, en Espagne et en France, où la Couronne chercha à centraliser dans ses mains les pouvoirs fiscaux, juridiques et militaires, de façon à imposer sur leur territoire une autorité légitime, une force armée, un droit et, peu à peu, une langue administrative, officielle, et un peuple (Dieckhoff, 2002 ; Bourdieu, 2012). Durant l'ère des Grandes découvertes, les puissances européennes tissèrent une toile commerciale mondiale, pillèrent les ressources de peuples jugés inférieurs, qu'elles asservirent, enrichissant de la sorte les oligarchies européennes. L'ère du nationalisme fut ainsi liée avec l'impérialisme, la mondialisation capitaliste et la centralisation normative.

Le croisement de ces phénomènes fit naître une dynamique double : d'abord, d'édification coercitive des grandes nations (face aux autres peuples et aux autres pouvoirs aristocratiques), puis de construction des petites nations, qui cherchèrent à s'émanciper et à préserver leurs institutions, leurs lois, leur culture et, souvent, leur langue (Dieckhoff, 2002 ; Berger et Miller, 2015 ; Gellner, 1989). L'affirmation politique, militaire et économique de l'impérialisme a aussi sa contrepartie discursive,

idéologique et culturelle. Edward W. Saïd écrivit que la domination impériale est un processus à la fois matériel (contrôle du territoire et des ressources) et narratif (Saïd, 1994 : xii-xiii). Ce qui revient à dire que l'impérialisme et le colonialisme doivent légitimer moralement et justifier idéologiquement leur domination (Saïd, 1994 : 9).

Pour que la domination impériale soit vue comme légitime par les peuples qui la subissent, elle doit transformer la conquête initiale en consentement et la violence en droit, par un processus d'intégration normatif, où le nouveau régime imposé reprend des éléments du droit du conquis (comme le droit civil pour le Québec), tout en édifiant une nouvelle identité englobante (Chevrier, 2019 : 427). Bref, l'impérialisme est une domination coercitive et normative, nationale et de classe, culturelle et matérielle, qui est adoucie par le constitutionnalisme libéral, à l'époque contemporaine.

Pour durer, la domination ne peut s'appuyer que sur la seule force : elle nécessite la légitimité, qui elle découle de la conformité (réelle ou apparente) du pouvoir avec les valeurs et normes prépondérantes d'une société (Duverger, 1964). Le philosophe Jean-Jacques Rousseau (1943 : 67) écrivit d'ailleurs que « [l]e plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir. » Or, comme le souligne Bourdieu (2012) le fort ou le majoritaire est justement celui qui, au contrôle des institutions de pouvoir, produit l'univers normatif à partir duquel son action est jugée. Il y a donc un certain aspect circulaire à la domination.

La source de la légitimité, selon Max Weber (1995a), peut être charismatique (aura des chefs), traditionnelle (respect des us et coutumes), ou légale-rationnelle (conformité à un ensemble de règles et de procédures légales). À l'époque contemporaine, « [l]a forme de légitimité actuellement la plus courante consiste dans la croyance en la *légalité*, c'est-à-dire la soumission à des statuts *formellement* corrects et établis selon la procédure d'usage. » (Weber, 1995a : 73) La légitimation de la domination qui prévaut en politique prend la forme de l'État libéral constitutionnel. Le Canada, qui a consolidé le passage d'un régime de suprématie parlementaire à un régime de

suprématie constitutionnelle en 1982, offre un cas d'étude idéal pour comprendre la domination légale-rationnelle et l'impérialisme culturel, de type nationaliste libéral.

Weber (2013) percevait le droit comme un aspect du pouvoir *coercitif* de l'État. Bourdieu considérait plutôt la dimension symbolique du droit, en tant que pouvoir performatif, qui permet tout à la fois de construire et de légitimer le monde social. La domination est dès lors « naturalisée » : elle relève du sens commun, de la *doxa*. De plus, Bourdieu perçut le double aspect paradoxal du droit, qui contribue à l'affirmation du pouvoir des dominants (par la légitimité légale), mais aussi à la limitation de ce pouvoir et à l'émancipation relative (par la constitution et les droits). Enfin, pour lui, la domination découlait d'une lutte constante et multiforme au sein de l'espace social.

Dans l'Occident contemporain, où s'est imposé le modèle de la démocratie libérale et constitutionnelle, la domination serait ainsi davantage un effet des processus sociaux que l'œuvre délibérée d'un groupe d'agents cherchant à accroître leur pouvoir de manière instrumentale, indépendamment de leurs convictions. Il existe en effet un écart entre, d'un côté, les intentions derrière un projet juridico-politique (comme la constitutionnalisation d'une charte des droits) et, de l'autre, les limites et effets de sa réalisation institutionnelle (telle la perpétuation de formes subtiles de domination de classe et nationale, de pair avec des formes d'émancipation relative).

Le régime libéral constitutionnel découla d'un projet révolutionnaire, porteur d'un langage et d'une pratique de l'émancipation. Par exemple, au nom du droit de résistance d'un peuple face à un gouvernement tyrannique, les révolutionnaires américains (en 1776) et français (en 1789) affirmèrent l'égalité de tous les « hommes », dotés des mêmes droits inaliénables. Cependant, l'émancipation proposée fut relative ou périphérique. Elle laissa intacte les structures permettant de reproduire la domination symbolique et matérielle. Ces révolutions ont surtout libéré l'individu et les marchés du pouvoir arbitraire de l'État et garanti l'égalité juridique des citoyens. Elles ont créé un espace juridique national constitué de l'« ensemble des citoyens liés par des droits et des devoirs à l'égard de l'État et entre eux [...] ». » (Bourdieu, 2012 :

559) Il y a donc une logique d'intégration derrière ce mouvement historique : intégration des sujets devenus citoyens dotés de droits, qui participent à la vie publique et au marché.

Suivant cette logique, les citoyens pourraient tous prendre part, en principe, au jeu social et en retirer des avantages, même minimes. Pour accepter de continuer de participer à un jeu social inégalitaire, où certains groupes s'arrogent constamment les premières places, les joueurs doivent avoir un minimum de chances de gagner, d'en tirer des profits, comme des biens publics (Bourdieu, 2012 : 564). De la sorte, l'intégration a son côté positif : elle contribue au progrès de l'égalité ; elle est émancipation. Elle a aussi un revers plus sombre : elle soumet tous les citoyens à l'État, donc à un même ensemble de normes centralisées et à un pouvoir administratif grandissant, tout en légitimant la reproduction des inégalités ; elle est domination. Bref, l'émancipation relative participe de façon contingente à légitimer un ordre sociopolitique hiérarchique et inégalitaire (Bourdieu, 2012 : 561-571).

Bourdieu pratique un matérialisme symbolique et historique, qui se penche sur les éléments culturels, économiques, sociaux et symboliques de la domination, et la façon dont ils se reproduisent dans le temps, au sein des champs sociaux (définis plus bas). C'est par la mainmise sur ces quatre types de capitaux et la reproduction de leurs avantages, à chaque nouvelle génération (via les grandes universités, le réseau des contacts, l'héritage, le développement d'un *habitus*, etc.), que les élites au contrôle des principaux champs sociaux perpétuent l'ordre hiérarchique. Par *habitus*, on entend « le social incorporé [...] » (Bourdieu, 1992 : 103). Car la personne n'existe pas en dehors des processus de socialisation qui la font advenir. La personne est intégrée au jeu social, auquel elle ne peut que croire, car elle pense le jeu social et la place qu'elle y occupe dans les termes créés justement par l'espace social dans lequel elle s'insère.

Pour transposer l'analyse de Bourdieu dans un langage juridique, l'émancipation des structures de domination ne peut s'appuyer sur la seule égalité juridique accompagnée d'une égalité des chances minimale. Ceci ignore la capacité réelle des individus à

exercer leurs droits et à tirer leur épingle d'un jeu social, biaisé au départ en faveur des classes supérieures. L'émancipation, au sens fort du terme, englobe l'égalité juridique et l'égalité socioéconomique, sans laquelle les droits freinent le progrès social⁸.

Au jeu de pouvoir entre dominants et dominés dans les champs sociaux, cette thèse ajoute un autre élément, peu présent chez Bourdieu : les rapports de domination entre nations majoritaires et minoritaires, dans un État contrôlé par les représentants de la majorité. Ces questions sont secondaires pour un penseur français habitant un État-nation unitaire. Son analyse des rapports de domination trouve tout de même une application cohérente aux rapports de domination nationaux. L'émancipation concerne ici les droits collectifs ou le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Les grandes révolutions libérales – ayant instauré des États-nations – ont été suivies du Printemps des peuples, au milieu du XIX^e siècle, qui marqua l'apparition d'un troisième fondement de l'émancipation. La deuxième moitié du XIX^e siècle vit les nations minoritaires lever la tête devant les royaumes et les empires européens pour réclamer le droit de se gouverner elles-mêmes. Ces trois dimensions de l'émancipation – droits individuels ou fondamentaux, socioéconomiques et collectifs – font désormais partie du régime international des droits de la personne, depuis l'adoption, en 1948, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*.

Dans la plupart des pays occidentaux, l'on protège les droits fondamentaux (comme la liberté de religion) et l'on garantit l'État de droit (l'application uniforme et égalitaire du droit sur un territoire). Mais, les droits socioéconomiques et les droits collectifs sont les parents pauvres du régime libéral constitutionnel. Malgré des avancées socioéconomiques au XX^e siècle (assurance chômage, éducation pour tous, etc.), la liberté individuelle et le droit de propriété demeurent les principaux fondements des régimes libéraux constitutionnels et en limitent le progrès social. Les droits collectifs, malgré des accommodements périphériques (décentralisation, déconcentration, etc.),

⁸ Par exemple, en protégeant la propriété privée contre les revendications d'un salaire décent.

font face à une barrière insurmontable, soit la conception unitaire de la souveraineté, du peuple et des droits à l'ère du nationalisme libéral. Le seul nationalisme légitime serait celui des majorités, nommé patriotisme, qui serait moderne, inclusif et respectueux des droits des individus et des minorités non-nationales. Le nationalisme des minorités, appelés simplement nationalisme, serait, lui, rétrograde, exclusif et liberticide. Cette fausse dichotomie est propagée par les nations majoritaires, qui limitent l'autonomie institutionnelle et la légitimité des revendications des nations minoritaires, avec lesquelles elles partagent un territoire. Cette dynamique est à l'œuvre dans la fédération canadienne, qui nie institutionnellement sa dimension multinationale et se gouverne essentiellement comme une communauté nationale unifiée et uniforme.

2. La constitutionnalisation des droits au Canada

La constitutionnalisation des droits, réclamée par plusieurs juristes réformateurs depuis les années 1930, s'est institutionnalisée avec la Charte canadienne en 1982. Ses tenants s'identifièrent à une nation politique pancanadienne, qu'ils voulaient indépendante de Londres. Ils perçurent l'État central comme l'État national devant s'élever au-dessus des freins de la petite politique conservatrice et liberticide des États provinciaux. L'État central était appelé à garantir l'égalité des chances et des droits, grâce à une charte interprétée par une magistrature indépendante. Leur grand projet nationaliste constitutionnel se nourrit aux sources du socialisme protestant (du personnalisme chrétien pour Trudeau) et du constitutionnalisme américain. Ainsi, selon cette perspective, un catalogue de droits, comme la Charte canadienne, serait naturellement un vecteur d'émancipation des individus et des minorités.

La Charte et ses corollaires, le patriotisme constitutionnel, le providentialisme modéré, le multiculturalisme (pluralisme culturel non-national) et le bilinguisme institutionnel, sont devenus les principales normes et valeurs au sein du champ de l'État canadien

(McRoberts, 1999 ; Fournier *et al.*, 2011 ; Sinha, 2015). La réforme constitutionnelle de 1982 concrétisait la vision de la *société juste*, constituée d'individus égaux en droits, portée notamment par plusieurs juristes du mouvement nationaliste constitutionnel, de Scott à Trudeau. Ce dernier écrivit rétrospectivement que « la Charte canadienne constituait un nouveau départ pour la nation canadienne et cherchait à renforcer son unité en fondant la souveraineté du peuple canadien sur un ensemble de valeurs communes à tous, et notamment sur la notion d'égalité de tous les Canadiens entre eux » (Trudeau, 1990 : 386). L'existence de cette nation pancanadienne, englobant les autres entités nationales, relèverait de la *doxa* ; elle est prise pour une évidence par les acteurs politiques liés à l'État central⁹. La *Loi constitutionnelle de 1982*, qui institutionnalisa cette vision, fut aussi jugée valide par la Cour suprême, dans le *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution* (1981).

Bref, d'un côté, la constitutionnalisation des droits de la personne en 1982 serait un instrument de domination légale-rationnelle voulue consciemment par l'élite canadienne au contrôle des principaux leviers de l'État, servant ainsi les intérêts de la nation canadienne – pour les critiques libéraux nationalistes – ou ceux de la bourgeoisie – pour les critiques marxistes canadiens-anglais. De l'autre, elle serait une entreprise d'émancipation par le droit, selon les tenants du projet nationaliste constitutionnel. Comment concilier ces positions contradictoires à propos de la nature de la charte ?

⁹ Par exemple, dans la *Déclaration du premier ministre du Canada à l'occasion de la fête du Canada* (2016), Justin Trudeau affirma : « Aujourd'hui, nous célébrons le jour où, il y a exactement 149 ans, les gens de ce grand territoire se sont rassemblés et ont forgé une seule nation et un seul pays – le Canada. » À l'exception des médias québécois (comme *Le Devoir*, le *Journal de Montréal* ou *La Presse*), cette assertion du premier ministre n'a soulevé aucune controverse ailleurs au pays ; *elle allait de soi*.

3. Deux critiques du nationalisme constitutionnel canadien

Les critiques libérales nationalistes et marxistes mettent en lumière des rapports de domination au Canada, auxquels sont aveugles les continuateurs du projet nationaliste constitutionnel, comme l'historien des droits de la personne Michael Ignatieff. Par contre, ces critiques ont chacune leur angle mort épistémologique.

Les critiques libéraux nationalistes adoptent une épistémologie nationale et libérale pour analyser la Charte canadienne. Ils étudient l'effet de la Charte sur les rapports entre nation majoritaire et nations minoritaires, sous l'angle du contractualisme et du fédéralisme. Pour eux, la réforme de 1982 fut une entreprise d'édification nationale canadienne préjudiciable aux intérêts de la nation québécoise. Cette dernière fut intégrée, sans son consentement, dans une nouvelle nation pancanadienne et dans un ordre constitutionnel renouvelé, qui modifia en profondeur les termes du pacte original : l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867¹⁰. Ce patriotisme constitutionnel découla d'un projet de domination voulue par les élites canadiennes, sous le leadership du premier ministre Trudeau. Le gouvernement libéral voulut ainsi mater la nation québécoise, aspirant à l'autodétermination, et renforcer l'unité « nationale », en défendant la prépondérance de l'État central. Le nouveau régime juridico-politique donna la suprématie à la Constitution et à son interprète principal, la Cour suprême du Canada, soit l'organe de l'État central qui arbitre de manière partielle les litiges entre Québec et Ottawa. Les juges contribuèrent à sceller ce *coup de force* de 1982 par leurs arrêts, qui accrurent incidemment le pouvoir de l'État central – et favorisé la majorité nationale qui lui est liée – et qui soumirent la fédération à un ensemble de normes libérales individualistes. Enfin, l'épistémologie des libéraux nationalistes est davantage individualiste. Selon eux, l'action sociale découle des idées, des intentions et des décisions conscientes des acteurs politiques. En outre, selon eux,

¹⁰ Qui a été renommée *Loi constitutionnelle de 1867* lors du rapatriement de 1982.

la rationalité instrumentale est le principal moteur des phénomènes sociaux. L'action se comprendrait en termes de positionnement stratégique sur l'échiquier politique.

Les critiques marxistes empruntent, quant à eux, une épistémologie structuraliste, en ce sens que le tout – la structure sociale – explique les actions des agents. Le facteur déterminant ici est la lutte des classes, non pas la volonté consciente des agents politiques, des Grands législateurs. L'action des agents est déterminée par les rapports socioéconomiques et par leur positionnement de classe. Ces critiques s'inscrivent ainsi dans la continuité des analyses de Friedrich Engels et Karl Marx, pour qui l'État est le comité organisé au service de la bourgeoisie. Si l'État canadien agit nécessairement au nom des intérêts des classes possédantes, il s'ensuit qu'un de ses organes, la Cour suprême, défendra ces mêmes intérêts. En constitutionnalisant des aspects fondamentaux de l'ordre libéral canadien (les libertés individuelles), la réforme de 1982 mit aussi la sphère privée – marquée par l'accumulation capitaliste et la croissance des inégalités – à l'abri du pouvoir législatif, dont le peuple peut s'emparer pour aller à contresens des intérêts de la bourgeoisie. Bref, leur épistémologie structuraliste les amène à surdéterminer l'influence de la structure sociale sur l'action. Or, la structure économique n'explique pas complètement le comportement des acteurs, qui ne sont jamais parfaitement socialisés et n'acceptent pas tous passivement leur condition sociale. Le maintien du pouvoir des uns et de la dépossession des autres dépend aussi des idées dominantes, c'est-à-dire des discours officiels qui expliquent et justifient l'ordre des choses. Ce qui signifie que l'aspect symbolique du pouvoir est aussi fondamental que sa dimension matérielle. Enfin, ces critiques voient l'aspect instrumental derrière la Charte, qui découla d'une tactique *délibérée* de la bourgeoisie pour leurrer le peuple, afin qu'il accepte une perte de pouvoir en échange de droits individuels constitutionnalisés, favorables au maintien de privilèges des possédants.

Les limites épistémologiques de la critique libérale nationaliste (individualiste et instrumentaliste) et de la critique marxiste (structuraliste et instrumentaliste) sont explicitées dans cette thèse, pour ensuite introduire une autre explication de la

domination légale-rationnelle au Canada. À partir des apports des critiques libérales nationalistes et marxistes, cette autre explication tient compte des intentions émancipatrices et des limites intrinsèques du projet nationaliste constitutionnel, qui s'inscrit dans un large mouvement sociopolitique favorable à la protection constitutionnelle des droits, qui naquit avec la Grande Dépression. En analysant la genèse et l'évolution du constitutionnalisme canadien au sein du champ juridique depuis les années 1930, et son influence grandissante sur le champ englobant de l'État, il est possible d'exposer en quoi le projet nationaliste constitutionnel est une réaction aux nombreux abus de pouvoir des autorités publiques. On peut aussi montrer que les membres du mouvement nationaliste constitutionnel étaient en même temps engagés dans une lutte de *prises de position* et de *positions sociales*. D'une part, ils opposaient le constitutionnalisme, la centralisation des pouvoirs et l'interventionnisme à la suprématie parlementaire, au fédéralisme et au gouvernement limité. De l'autre, ils occupaient les positions dominées des champs juridique, universitaire et étatique, en opposition aux détenteurs des postes de pouvoir. Leur projet est enfin doté d'une dimension nationaliste liée à l'édification de l'État central, à l'unité canadienne et à l'indépendance constitutionnelle du Canada envers Londres.

4. La thèse : une judiciarisation du politique dominatrice et émancipatrice

Empruntant une démarche basée sur la théorie des champs de Bourdieu, cette thèse suggère que la Charte canadienne est paradoxalement un instrument légal-rationnel de domination structurelle, et un mécanisme d'émancipation périphérique. En effet, l'idée et la pratique du constitutionnalisme moderne au Canada vont de pair avec la montée en puissance du champ juridique – de ses institutions, comme la Cour suprême du Canada, et de ses agents, des juristes réformateurs comme Frank Scott – au sein du champ englobant de l'État, entendu comme monopole du pouvoir matériel et

symbolique. Derrière ces transformations et au-delà des seuls juristes réformateurs, l'on trouve un mouvement, dont la genèse se trouve dans années 1930 et qui fut porteur d'un projet et d'un discours nationalistes (ou patriotiques) constitutionnels, qui allait contribuer à la refondation de l'État canadien en 1982.

Par champ social, on entend un espace social animé de sa logique propre et jouissant d'une autonomie relative par rapport aux autres champs. Par exemple, « la liberté académique » est la logique du champ universitaire, « l'art pour l'art » celle du champ artistique, « la maximisation des profits matériels » celle du champ économique. Au sein d'un champ social existent des positions dominantes (pour les agents et les institutions) qui soutiennent (et sont soutenues par) des discours hégémoniques. Les acteurs et les institutions se retrouvent en compétition avec les élites montantes et leurs contre-discours. Les dominants tendent vers des prises de positions conservatrices, tandis que les dominés ont des discours davantage contestataires. Enfin, le pouvoir d'un champ se mesure à son influence sur les autres champs sociaux. Le champ économique, depuis les années 1980 et la contre-révolution néolibérale, a par exemple une influence disproportionnée sur l'ensemble de la société.

Dans les champs sociaux se déroule une lutte pour le pouvoir symbolique et matériel, mais aussi entre les champs sociaux, dans le champ qui les englobe et dont les normes irradiant l'ensemble de la société : le métachamp de l'État. L'État est ainsi un espace social qui est l'aboutissement de la compétition entre plusieurs champs. L'État est donc le produit de la contingence. Les élites, au sein des champs sociaux dominants au centre de l'État (économique, juridique et politique, au Canada), cherchent à imposer la logique de leur champ à celle de l'État. Le champ prépondérant au sein de l'État est en position d'énoncer les valeurs et normes dominantes sur un territoire.

Si l'État revêt une dimension symbolique et matérielle, l'élément préalable et crucial est le pouvoir symbolique, car il permet de constituer le monde social (fait de normes, de pratiques, de valeurs) dans lequel un groupe pourra exercer en toute légitimité –

d'une manière qui relève de l'évidence, de la *doxa* – le pouvoir sur un peuple. Les agents sont donc liés au monde social par des effets de croyance (par l'*illusio*).

Le métachamp de l'État est constitué des monopoles sur la violence physique légitime – le contrôle et l'administration – et le pouvoir symbolique – la mise en récit justificatrice et explicative. Le long travail de construction de l'État à l'aide du droit a permis de développer un ensemble de normes et d'institutions, puis d'instaurer une langue officielle. Ce travail a contribué à faire advenir la « nation » (ou le « peuple ») sur un territoire aux frontières fixes, là où auparavant existaient une multitude de groupes ethnoculturels ayant chacun leur langue et leurs normes. Issu des luttes, le champ de l'État a poursuivi son évolution par la compétition entre diverses forces et espaces sociaux en son sein, comme celles opposant les parlements aux princes, d'où a émergé l'État libéral constitutionnel prenant appui sur une seule nation (l'État-nation moderne). Le champ de l'État libéral constitutionnel a atteint le plus grand degré de centralisation administrative et normative dans l'histoire.

La constitution du métachamp étatique chez Bourdieu s'inscrit ainsi dans une conception conflictuelle, historique, relationnelle et dynamique de la domination.

Face aux blocages et aux crises constitutionnelles, le champ juridique canadien – au sommet duquel trônent les juges et la Cour suprême – a déclassé le champ politique – en perte de légitimité – au sein du champ étatique, car il est seul en mesure de trancher les conflits fondamentaux et d'énoncer les raisons d'être du régime, de façon à lier les parties prenantes. Le droit, par la judiciarisation du politique (ou mégapolitique judiciarisée), est l'institution qui délimite la nature et le fonctionnement du régime canadien : une fédération libérale, démocratique et constitutionnelle, unie par la Couronne, par une Loi fondamentale et par un unique *demos* canadien¹¹.

Au plan théorique, l'État fédéral canadien comprend à la fois l'État central et les États provinciaux, chacun souverain dans leurs champs de compétence. Toutefois, dans les

¹¹ Le *Renvoi sur la sécession du Québec* (1998) constitue le paroxysme de la méga-politique judiciarisée.

faits, l'État central est prépondérant au sein de l'État fédéral. L'État central en vient même à se confondre avec l'entièreté de l'État fédéral. La *doxa* canadienne perçoit l'État fédéral (ou l'État canadien) et l'État central comme des synonymes. La conception fédérale classique – défendue notamment par le juge Thomas-Jean-Jacques Loranger – voulant que l'État fédéral canadien soit composé de l'État central et des États provinciaux, est tombée en désuétude. En effet, la logique patriotique constitutionnelle, qui est dominante dans l'État central, irradie désormais l'ensemble de l'espace social canadien et traverse les principaux champs sociaux. Ensuite, les juristes réformateurs, issus du mouvement nationaliste constitutionnel, ont promu la logique nationaliste constitutionnelle au sein de l'État central. Ce groupe percevait les États provinciaux comme étant des petites communautés davantage liberticides. De plus, ses acteurs, comme Arthur Lower, ne concevaient pas le Canada comme un régime à souveraineté partagé. Pour eux, l'État central correspondait à l'État canadien (ou l'État fédéral) et les provinces n'étaient pas des États dotés de leur souveraineté propre, mais des entités administratives et des créatures de l'État central. L'État central était l'unique détenteur légitime de la souveraineté, car, en plus d'être doté des grands attributs de la souveraineté (défense, monnaie, tribunaux supérieurs, etc.), il jouissait d'un ensemble de pouvoirs unilatéraux (de désaveu, d'urgence, etc.). Enfin, la question de la protection constitutionnelle des libertés relevait exclusivement, selon eux, du pouvoir central. À cet État central, résumant à lui seul l'État fédéral, correspondraient une nation unifiée et un droit uniforme ; ce qui est conforme à la logique universaliste et unitaire du constitutionnalisme moderne. La refonte de 1982 a formalisé leur vision centralisatrice. Le concept de champ étatique évoqué dans cette thèse renvoie donc à celui d'État central, vu comme équivalence de l'État fédéral (ou État canadien).

Bref, cette thèse ne se penche pas sur la compétition entre les États provinciaux et l'État central dans le métachamp de l'État canadien, pour en déterminer les normes et les principes prépondérants. Elle analyse plutôt les transformations qui eurent lieu au sein du champ étatique central, qui se confond désormais avec le champ étatique canadien.

Ces changements sont : (1) la montée en puissance des juristes réformateurs et de la Cour suprême du Canada dans le champ juridique canadien, puis (2) l'influence grandissante de ce champ au sein du champ étatique, jusqu'à en déterminer la logique.

La démonstration s'appuie sur une analyse de la genèse de la Charte canadienne et du nationalisme constitutionnel à travers l'évolution du champ juridique canadien, des années 1930 jusqu'au rapatriement de 1982, qui paracheva l'intégration de la logique nationaliste constitutionnelle dans le champ de l'État. L'analyse sociohistorique permet de prendre en compte : (1) les prises de position et l'*habitus* des juristes réformateurs (Scott, Trudeau, Lower, Laskin, etc.) ; (2) les institutions et les champs sociaux dans lesquels ils évoluent ; (3) l'influence grandissante de ces derniers au sein du champ étatique. Les juristes réformateurs s'inscrivent dans un large mouvement, comprenant des associations de défense des libertés civiles, des médias, des syndicats, des groupes religieux et ethnoculturels. Leurs opposants incluent ceux qui occupaient une position dominante au sein des champs juridique (juges des tribunaux supérieurs), politique (sous-ministres, ministres et premiers ministres) et universitaire (doyens de faculté de droit) et qui défendaient une conception libérale et traditionnelle du régime juridico-politique (la suprématie parlementaire, la souveraineté partagée, etc.).

Si les intentions des juristes réformateurs au sein du mouvement nationaliste constitutionnel étaient émancipatrices, toutefois, la portée de leur projet était influencée et limitée par leur situation sociale. C'est-à-dire qu'ils dessinèrent un projet surtout axé sur les libertés fondamentales – qui mettait au second plan les droits collectifs et socioéconomiques – correspondant à leurs valeurs, à leurs normes et à leur vision davantage libérale individualiste du monde. Ils portèrent une vision du monde et contribuèrent à une refondation constitutionnelle à l'image de leur *habitus*. C'est-à-dire qu'ils furent des hommes blancs, cultivés et éduqués dans les grandes universités anglo-saxonnes (comme Harvard ou Oxford), proches des idées constitutionnelles américaines et du socialisme chrétien, s'identifiant à l'État central comme État-nation, anglophones et bilingues pour la plupart, qui sont issus et qui appartiennent aux

couches supérieures de leur société et qui vinrent à occuper les postes de pouvoir à partir des années 1960. De plus, ces hommes étaient des nationalistes canadiens, qui aspiraient à la pleine émancipation de la tutelle londonienne sur le Canada, qui serait composé que d'un seul *demos* politique, d'une seule nation.

L'élite politique derrière la réforme de 1982 ne visa pas à ancrer un pur projet de domination. Ces effets de domination découlent plutôt du jeu social, car il y a toujours un écart entre un projet politique et sa réalisation, entre un discours et les intérêts qu'il recouvre inconsciemment. Un projet émancipateur, comme la protection des libertés civiles, s'appuie sur un *habitus* et une vision du monde qui rendent aveugle à certaines réalités sociales et, de la sorte, en vient à masquer et à reproduire des inégalités structurelles de pouvoir social et politique. En effet, l'occultation inconsciente de sa position sociale est caractéristique de l'éthos des agents (Bourdieu, 2003).

La constitutionnalisation des libertés fondamentales et leur application par des tribunaux indépendants contribuent évidemment à une plus grande égalité juridique et à la préservation de l'État de droit. L'enjeu réside plutôt dans la limitation d'un projet d'émancipation à une conception négative et individualiste de la liberté, réduisant dès lors la portée de l'égalité des conditions à la seule égalité formelle des individus. Le libéralisme des « droits de l'homme » donne la primauté à la liberté privée de l'individu appartenant à une société unifiée, au détriment des droits collectifs des nations composant une société et des droits socioéconomiques, sans lesquels les libertés formelles ne sont que des coquilles vides. Ce processus fige de la sorte la hiérarchie et les inégalités, tout en leur donnant une nouvelle légitimité, plutôt que de les aplanir. La judiciarisation du politique, qui a découlé de l'adoption de la Charte canadienne, serait ainsi un vecteur à la fois d'émancipation périphérique et de domination structurelle.

5. Le cadre canadien du débat sur les droits constitutionnalisés

Cette longue lutte dans les champs juridique et étatique est avant tout un débat canadien, car le mouvement nationaliste constitutionnel cherchait à avancer son projet au sein de l'État central, contribuant de la sorte à une centralisation accrue du Canada. Au Québec, depuis la fin des années 1930, des intellectuels, comme Guy Frégault, proposaient plutôt un projet politique inspiré par le nationalisme républicain et personnaliste, cherchant à équilibrer libertés et devoirs. Ces auteurs prônaient la subsidiarité et le fédéralisme classique, tout en se méfiant du libéralisme et du socialisme (*cf.* Frégault, 1937 : 232-234). Ils ne proposèrent pas non plus de charte des droits à l'américaine. Leur vision s'opposait au libéralisme constitutionnel des juristes réformateurs et du mouvement nationaliste constitutionnel. Ces intellectuels québécois se situaient dans un espace social axé sur l'État du Québec, dont la logique était marquée par l'autonomisme défensif et le gouvernement limité. Au même moment, les élites politiques canadiennes étaient réceptives à l'influence du nationalisme réformateur, avec les travaux de la Commission Rowell-Sirois (Owram, 1986).

Il fallait plutôt attendre la fin des années 1950 pour voir un débat québécois sur l'adoption d'une déclaration explicite des droits (Arès, 1958 ; Colas, 1958 ; Des Ormeaux, 1959). Ce débat était une réponse au projet nationaliste de la *Déclaration canadienne des droits* et s'inscrivait dans la montée du néonationalisme, qui marqua les débuts du mouvement de modernisation politique débouchant sur la *Révolution tranquille* (Bosset, 2013 ; Rainville, 2013 ; Morin, 1963).

6. Une sociologie historique, matérialiste et symbolique

Il ne s'agit donc pas de se limiter ici à une analyse purement discursive de la genèse et de l'évolution d'une idée dans le temps, soit celle des droits constitutionnalisés. Une idée est portée par des agents et des institutions au sein d'un champ social. Elle s'impose d'autant plus lorsque ces derniers gagnent en puissance et que croît l'influence de leur champ social, que le contexte (économique, politique, symbolique, etc.) leur est favorable et que sa dissémination (son inscription sociale dans les psychés) devient importante. Une idée ne devient pas dominante par la seule force de sa vérité (pouvoir de l'argument), mais elle le devient à l'aide de la puissance sociopolitique des agents, des institutions et des champs sociaux qui la promeuvent (argument du pouvoir), dans un environnement sociopolitique propice. Comme le précise Bourdieu, « l'autorité advient au langage du dehors. » (Bourdieu, 1982 : 105) C'est-à-dire que « le porte-parole autorisé ne peut agir par les mots sur d'autres agents et [...] sur les choses, que parce que sa parole concentre le capital symbolique accumulé par le groupe qui l'a mandaté et dont il est le *fondé de pouvoir* (Bourdieu, 1982 : 105-107). » Par capital symbolique, Bourdieu entend la reconnaissance de la légitimité d'un agent ou d'une institution, parce qu'ils concentrent en eux des ressources importantes (économiques, culturelles, juridiques, militaires, etc.) (Bourdieu, 1992). Le pouvoir symbolique augmente les chances que la parole officielle émise par un agent officiel soit bel et bien reconnue comme telle, c'est-à-dire qu'elle est respectée et obéie.

Pour comprendre le rôle de l'évolution de l'idée de droits constitutionnalisés dans les rapports de pouvoir au Canada, il faut faire ressortir le contexte sociopolitique dans lequel s'inscrivent ces discours : qui sont les porteurs de ces discours ? À quelle institution appartiennent-ils ? Dans quels champs sociaux s'inscrivent-ils ? Y occupent-ils une position dominante ou dominée ? Contestent-ils l'ordre établi ou non ? Qui sont leurs interlocuteurs ? Quelles sont les idées dominantes à une époque donnée ?

L'historien des idées politiques Quentin Skinner, lié à l'École de Cambridge¹², semble être *a priori* un choix évident pour orienter une telle démarche. Toutefois, son approche épistémologique s'avère elle aussi incomplète. Si ce dernier reconnaît l'importance du contexte culturel et politique d'énonciation des discours (Skinner, 2009), toutefois, il ne prend pas en compte la position sociale des acteurs qui formulent ces discours (Skornicki et Tournadre, 2015 : 29-30). Cette École négligerait aussi la dimension matérielle du pouvoir (les ressources et le contrôle des institutions) ainsi que les luttes de classes qui divisent les sociétés¹³ (Prévost, 1995 : 76-80). La sociologie politique de Bourdieu permet justement de répondre à ces objections. Les démarches de Skinner et de Bourdieu sont donc compatibles, car tous deux analysent les effets performatifs du langage et conçoivent que les discours se construisent et évoluent de manière dynamique, conflictuelle et relationnelle. Ils se rejoignent aussi dans leur vision de la lutte politique, qui ne se limite pas à sa dimension concrète, mais inclut aussi une dimension morale et symbolique. C'est-à-dire que les vainqueurs doivent pouvoir justifier moralement leur victoire. Skinner et Bourdieu partagent aussi une même conception contingente de l'histoire. Pour eux, les discours découlent notamment d'une guerre relationnelle de positions « politico-linguistiques », où les acteurs agissent sur leur environnement culturel et politique, sont influencés par ce contexte et voient leur position évoluer en réponse aux attaques de leurs ennemis. Bourdieu ajouterait cependant que cette guerre de positions est, pour les acteurs, aussi un conflit pour maintenir ou accroître leur pouvoir sociopolitique. Selon lui, « cela n'a aucun sens d'étudier des idées comme si elles se promenaient dans une sorte de ciel intelligible, sans références aux agents qui les produisent, ni surtout aux conditions dans lesquelles ces agents les produisent, c'est-à-dire en particulier aux relations de concurrence dans lesquelles ils sont entre eux. » (Bourdieu, 2012 : 535) Comme il le précisa : « ces idées elles-mêmes sont issues de lutte à l'intérieur des institutions, et [...] c'est à condition

¹² École à laquelle appartient aussi le philosophe canadien James Tully, qui a fait sa thèse sur la pensée politique de John Locke à l'Université de Cambridge, sous la direction de Skinner.

¹³ Une limite que l'on retrouve aussi dans les travaux de Tully.

de voir qu'elles sont à la fois le produit de conditions sociales et productrices de réalités sociales, constructrices de la réalité sociale, que l'on peut les comprendre complètement. » (Bourdieu, 2012 : 535-536) Bref, l'approche bourdieusienne s'avère plus complète pour procéder à une analyse du discours qui tienne compte de la sociologie politique et historique.

Chez Bourdieu, la domination relève du fonctionnement régulier des institutions de socialisation (comme la famille, l'école et le droit) qui ordonne, tout en le nommant et en le justifiant, l'espace social hiérarchique. Toutefois, il n'y a jamais pure adéquation passive entre la socialisation des agents et le fonctionnement des champs sociaux. Si l'ordre social se maintient, c'est dans un constant mouvement sous-jacent. Les champs sociaux sont en effet des espaces de luttes complexes et multiformes entre positions (au sommet ou non de la hiérarchie) et prises de position (hégémoniques ou de contrepouvoirs). Ces luttes constantes, entre élites au pouvoir et élites montantes au sein des champs sociaux, impliquent que le résultat de l'action est contingent et que, pour le comprendre, on ne peut se limiter à répondre à la question *cui bono* ? (à qui profite du crime ?), mais qu'il faille faire l'histoire sociopolitique de ces champs.

La présente étude met l'accent sur la progression du projet nationaliste constitutionnel et sur les juristes réformateurs qui l'ont porté au cœur du champ juridique puis du champ étatique, ainsi que sur le discours constitutionnel britannique et les acteurs qui l'ont défendu, jusque dans les années 1960. L'opposition à l'étude est donc celle entre, d'un côté, les tenants du constitutionnalisme traditionnel et, de l'autre, les promoteurs du constitutionnalisme moderne (le nationalisme constitutionnel). La progression du constitutionnalisme moderne est allée de pair avec la croissance de l'influence du champ juridique sur le métachamp de l'État. Le constitutionnalisme moderne va de pair avec une vision du droit comme réponse aux besoins de la société et implique le contrôle judiciaire des lois, par des tribunaux indépendants, qui appliquent uniformément une charte constitutionnelle des droits sur un territoire et sur un peuple.

7. Définition du champ juridique canadien

La constitution du champ juridique au Canada, en tant qu'espace social autonome doté de ses propres normes et pratiques, s'est réalisée peu à peu au début du XX^e siècle. Le champ juridique canadien a longtemps été fortement interconnecté aux champs politique et économique et n'est devenu que peu à peu un véritable champ doté de sa propre logique. Pour ce faire, il fallut attendre les années 1930 avec la montée du « nouveau constitutionnalisme », l'instauration du nouveau modèle de curriculum scolaire adopté par le Barreau canadien, qui demandait trois années de formation universitaire (avant d'entreprendre une année de stage), la croissance des facultés de droit, la montée du droit public, la sophistication de la magistrature et le développement des revues généralistes de recherche en droit¹⁴ (Adams, 2009, 2014 ; Ryder, 2001).

Jusqu'en 1960, la défense d'une charte des droits constitutionnalisée était minoritaire dans les cercles de pouvoir (universitaire, politique, juridique et étatique) et le nombre d'acteurs qui en faisaient publiquement la promotion était relativement limité. Les acteurs sélectionnés pour cette recherche sont ceux qui jouèrent un rôle de premier plan dans le débat constitutionnel canadien depuis les années 1930, au sein du mouvement nationaliste constitutionnel, en débattant au Parlement, en publiant des articles, en déposant des mémoires en commission d'enquête ou parlementaire, en se mobilisant au sein d'organisation de défense des libertés civiles, en enseignant et en militant dans différents partis politiques, comme le *Cooperative Commonwealth Federation* (CCF). Ce groupe – constitué notamment de Scott, Forsey, Humphrey, Trudeau et Laskin – a répondu à ce qu'il concevait comme des injustices sociales et des violations massives,

¹⁴ Les deux premières revues de recherche universitaire en droit sont l'*Alberta Law Quarterly* (1934) et le *University of Toronto Law Journal* (1935). Avant cette date, on trouve aussi des revues professionnelles en droit, comme le *Canada Law Journal* (1855-1922) et le *Canada Law Times* (1881-1922), qui ont fusionné en 1923 pour donner la *Canadian Bar Review*. Au Québec, ces revues professionnelles sont *La revue légale* (1869-1942), la *Revue du droit* (1922-1939), la *Revue du Barreau* (1941-) et la *Revue du notariat* (1898-).

flagrantes et répétées des libertés civiles au Canada de la part des autorités publiques, durant la Grande Dépression et la Deuxième Guerre mondiale. Ils occupaient, au début, les positions inférieures des champs juridique et étatique canadiens. Bien qu'ils ne reçussent pas tous une formation universitaire en droit, ils sont intégrés dans le groupe des « juristes réformateurs », car ces intellectuels nationalistes et modernisateurs – incluant l'historien Lower et le député travailliste Woodsworth – ont contribué au développement de la pensée et de la pratique constitutionnelle au sein des champs juridique et étatiques canadiens ; leurs actions ont produit des effets juridiques. Enfin, les juristes réformateurs étaient liés par leur discours et leurs pratiques à un mouvement nationaliste favorable à la constitutionnalisation des droits, auquel appartenaient plusieurs organisations, comme des associations de défense des libertés civiles.

Leurs opposants – le groupe majoritaire jusqu'au tournant des années 1960 – occupaient les postes de pouvoir et étaient les défenseurs du paradigme britannique dominant, issu notamment de la pensée du juriste Albert Dicey, et des idées constitutionnelles de son continuateur canadien, Augustus Lefroy. Ce paradigme met notamment en avant les principes de la suprématie parlementaire, de la protection coutumière et parlementaire des libertés, du fédéralisme (de la souveraineté partagée) et du gouvernement limité. Il s'oppose au constitutionnalisme moderne, qui implique une vision du droit comme réponse aux besoins sociétaux ainsi que le contrôle judiciaire de tribunaux indépendants, qui appliquent une charte constitutionnelle des droits (Adams, 2009 ; Girard, 2005 ; Risk, 2006). En outre, le discours hégémonique d'héritage britannique ne concevait pas les conventions constitutionnelles comme étant des règles de droit inférieures, car le constitutionnalisme britannique ne donnait pas la primauté aux seules normes juridiques codifiées, formalisées et rationalisées. Le constitutionnalisme britannique, dominant au Canada jusque dans les années 1960, permettait potentiellement un pluralisme normatif plus grand sur un même territoire. Tandis que le constitutionnalisme moderne est un impérialisme culturel et un

universalisme. Il porte une vision centralisatrice et uniforme des normes, de la culture, du peuple et des institutions que l'on retrouve dans un État.

Ce groupe majoritaire était animé d'une idéologie libérale conservatrice. Il promouvait les institutions libérales (État de droit, gouvernement responsable, libertés individuelles, etc.), voulait conserver le lien juridique avec l'Empire, préserver la monarchie parlementaire et défendre une tradition politique continue. Ce groupe était donc influencé par l'empirisme et le pragmatisme britanniques (dont le théoricien par excellence fut Edmund Burke), et rejetait le radicalisme, l'universalisme et le rationalisme des révolutions américaine et française.

Les tenants de ce courant, comme le ministre libéral de la Justice James Lorimer Ilsey (1946-1948), ont peu explicité leur position dans des publications. Pour accéder à leur pensée, il faut lire les débats au Parlement, en comité parlementaire et en commission d'enquête. En outre, les décisions du Comité judiciaire du Conseil privé en matière constitutionnelle sont aussi une source importante pour comprendre le discours juridico-politique dominant au Canada jusque dans les années 1960.

Leurs opposants, les juristes réformateurs, ne prenaient donc pas appui sur les institutions de pouvoir des champs juridique et étatique, mais plutôt sur une constellation d'alliés au sein du mouvement nationaliste constitutionnel et sur le milieu universitaire, qui leur ouvrait le champ médiatique, leur permettant de publier dans des revues scientifiques, des magazines, des livres et des quotidiens. Ils utilisaient les avenues qui s'offraient à eux pour faire avancer leurs idées, comme des campagnes de sensibilisation et la participation à des commissions d'enquête ou des comités parlementaires. Leur pensée constitutionnelle est donc plus accessible.

Dans le cadre de cette étude sociohistorique, plusieurs moments clés sont analysés. Ils constituent des points marquants de l'histoire constitutionnelle canadienne. L'on peut penser à la déportation des Canadiens japonais, durant la Deuxième Guerre mondiale, et aux débats parlementaires sur la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de

l'ONU (1947-1948). Lors de ces moments, des acteurs ont émergé – comme Diefenbaker lors des travaux du Comité spécial mixte de 1947-1948 –, il y eut des tournants normatifs majeurs – comme lors de *La Confédération de demain* (1968) –, et le bassin d'idées du mouvement nationaliste constitutionnel a été enrichi – comme lors des interventions à la Chambre des communes du député travailliste Woodsworth.

La lutte entre le groupe majoritaire et le groupe contestataire concernait à la fois leurs prises de position réciproques et leur position sociale (dominante ou dominée). Le combat pour changer la narration dominante au sein des champs juridique et étatique canadiens est lié à une compétition pour les postes de pouvoir, au renouvellement de l'élite dirigeante. Cela ne signifie pas que les juristes réformateurs furent soumis à la seule rationalité instrumentale, car la plupart d'entre eux n'ont fait qu'ouvrir une voie pour un nouveau discours et ont contribué à former la nouvelle élite.

8. Méthode

Cette thèse s'inspire de la théorie des champs et de la sociohistoire de l'État de Pierre Bourdieu et l'applique au cas canadien (*cf.* Bourdieu, 1994, 2012). Il ne s'agit toutefois pas ici de plaquer la démarche bourdieusienne sur le cas canadien.

Premièrement, les réalités sociopolitiques canadiennes sont différentes, à bien des égards, de celles de la France de Bourdieu. Tout d'abord, Bourdieu a peu étudié le nationalisme et ne se prononce pas sur le fédéralisme ; des enjeux secondaires dans un État unitaire comme la France. Ensuite, il a peu écrit sur le droit à proprement parler, dans un contexte où il n'y a pas de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois à l'américaine et de judiciarisation du politique, comme on l'observe en Amérique du Nord. En intégrant le facteur national, l'objectif de cette thèse est notamment d'adapter l'approche bourdieusienne, pour la rendre accessible à un plus grand nombre de cas.

Deuxièmement, Bourdieu a surtout décrit les processus de reproduction sociale et de domination. Mais, c'est aussi un théoricien de l'émancipation : car c'est en décrivant d'un point de vue critique les structures et les processus de domination que l'on contribue à l'avènement d'une société plus juste et égalitaire (Bourdieu, 1993).

Au plan méthodologique, mobiliser la théorie des champs signifie d'analyser, historiquement et sociologiquement : (1) les rapports de pouvoir entre des agents, dotés d'*habitus* différents, et des institutions dans un champ social ; (2) la relation des champs entre eux. Ainsi, « deux niveaux de pouvoir doivent être distingués : le niveau intrachamp et le niveau interchamps. » (Van Campenhoudt, 55).

La montée en puissance de certains champs (économique et juridique) et le déclin d'autres (politique) modifient sur le temps long la logique dominante du métachamp de l'État. La judiciarisation du politique et la nouvelle gestion publique (axée sur la « performance » et la « flexibilité ») en sont désormais les deux logiques dominantes.

Selon Bourdieu, « un champ peut être défini comme un réseau, ou une configuration de relations objectives entre des positions. » (Bourdieu, 1992 : 72) Or, procéder à une analyse sociohistorique des relations – ou des réseaux – n'implique pas d'étudier les interactions interpersonnelles (amitié, parenté, etc.), comme le fait la théorie des réseaux (De Nooy, 2003). Une analyse sociohistorique se base plutôt sur les relations objectives entre des agents, des institutions et des champs. Car il y a homologie entre l'*habitus* des personnes (leurs valeurs, leur vision du monde, etc.), le champ qu'elles vont intégrer – dominant comme le champ économique ou dominé comme le champ artistique –, la position qu'elles y occupent – en haut ou en bas de la hiérarchie – et leurs prises de position – défendant des discours davantage conservateurs, pour les dominants, et plutôt contestataires, pour les dominés. Les agents sont ainsi intégrés dans des réseaux de relations, des champs sociaux, qui modulent leur *habitus*.

Bref, le champ social que va intégrer une personne, la position sociale qu'elle y occupera ainsi que les stratégies et les prises de position qu'elle adoptera ne relèvent

pas de ses intentions conscientes, d'une pure décision individuelle parmi une infinité de choix. Par contre, il serait faux de dire que la personne est totalement déterminée, tel un robot social parfaitement programmé. Les personnes sont imparfaitement « programmées ». Elles sont socialisées au sein de différents réseaux (familial, amical, scolaire, professionnel, politique, etc.), n'agissent pas en parfaite connaissance de causes et de façon purement rationnelle, et il n'y a jamais adéquation optimale entre leur *habitus*, le champ social qu'elles occupent et leur position dans la hiérarchie. En outre, une multitude de personnes et d'institutions sont en lutte au sein du jeu social. Enfin, un changement de contexte radical peut aussi bouleverser tout l'équilibre, comme une crise économique. Tout cela produit de l'imprévu, de la contingence. C'est pourquoi, pour Bourdieu, la liberté de l'agent existe sous contraintes structurelles.

En résumé, pour réaliser une analyse sociohistorique basée sur la théorie des champs, l'on doit tenir compte de trois dimensions du jeu social : (1) la logique d'un champ social et sa position hiérarchique par rapport aux autres champs, notamment au sein du champ de l'État ; (2) La relation entre les positions et les prises de position des agents et des institutions au sein des champs sociaux ; (3) Les dispositions (l'*habitus*) des agents, qui découlent de leurs différents milieux de socialisation (famille, école, université, profession, etc.) et de leur classe sociale (Bourdieu, 1992 : 80).

Cette thèse analyse les relations entre les agents et les institutions au sein des champs juridique et étatique canadiens, afin de comprendre comment la logique d'État a évolué sous l'influence du nationalisme constitutionnel, depuis la Grande Dépression. La montée en puissance des juristes réformateurs et de leurs discours au sein du champ juridique a suivi la progression de ce même champ social au sein du champ étatique canadien, jusqu'à en occuper une place centrale. Pris par la logique du jeu, par leur *habitus* et par leur univers de croyances, ils réalisèrent un grand projet d'émancipation aveugle aux réalités socioéconomiques de la majorité et aux revendications des nations minoritaires. Plusieurs moments de la lutte séculaire pour l'avancement du projet de constitutionnalisation des droits sont présentés, afin d'en faire ressortir les principaux

acteurs et les discours en présence, en utilisant une abondante littérature historique ainsi que des travaux d'analyse d'autres sciences sociales (droit, science politique, etc.).

Pour réaliser cette étude, diverses sources documentaires sont mobilisées pour mieux comprendre l'*habitus* et les prises de position de certains acteurs de premier plan – les juristes réformateurs et certains de leurs opposants – tout en les situant socialement dans leurs réseaux : biographie, productions écrites et orales de ces mêmes acteurs, analyse scientifique de leurs idées et actions. De plus, cette étude présente des débats parlementaires ainsi que des rapports et des délibérations de commissions d'enquête et de comités parlementaires, afin d'illustrer des moments clés où s'affrontent la nouvelle élite montante et la vieille garde. Les acteurs choisis le sont pour leur caractère représentatif (d'un mouvement social, d'un courant d'idées, etc.), leur position clé dans les champs sociaux à l'étude et leur influence objective (par le nombre de personnes se réclamant de leurs idées, par le rôle qu'ils ont joué dans l'évolution des institutions et des champs), et non pas pour leur singularité. Les juristes réformateurs seront situés dans le contexte sociohistorique, où prirent naissance leur projet (l'entre-deux-guerres) jusqu'au tournant des années 1980. Pour décrire ce contexte, de nombreux travaux d'histoire sont utilisés ainsi que des données statistiques et des sondages.

Pour faire l'analyse sociohistorique du champ juridique et de son institution centrale, la Cour suprême, sont étudiés plusieurs jugements de ce tribunal ainsi que du Comité judiciaire, qui ont profondément influencé le droit constitutionnel canadien, dû à son rôle de tribunal d'appel de dernière instance jusqu'en 1949. Comme la Cour suprême du Canada s'inspire et cite souvent la Cour suprême des États-Unis, des jugements importants de celle-ci sont également mobilisés. De nombreuses sources secondaires (articles, ouvrages collectifs et monographies) et primaires (débats parlementaires, mémoires, discours, etc.) sont utilisées pour présenter le contexte évolutif du champ juridique canadien et pour mieux comprendre le rôle et le caractère représentatif des deux figures sélectionnées, celles de John A. Macdonald et de Frank R. Scott. Ceux-ci illustrent, pour le premier, un proto-champ juridique canadien, dominé par le droit privé

et la continuité juridique britannique, et pour le second, un champ juridique autonome, où prédominent le droit public et le constitutionnalisme à l'américaine.

9. Apports de la théorie des champs aux études canadiennes

Depuis les années 1970, plusieurs dizaines d'articles publiés au Canada ont mobilisé la démarche de Bourdieu. La grande majorité de ces productions scientifiques émanent principalement de la sociologie de la culture et, conséquemment, l'ouvrage de Bourdieu le plus cité est sans conteste son opus, *La distinction* (Stokes et McLevey, 2016 ; Fournier et Vécrin, 2009). Seuls quelques articles au Canada concernent la sociologie politique de Bourdieu¹⁵. Pourtant, durant les années 1980 et 1990, Bourdieu proposa une véritable sociologie historique du politique, du droit et de l'État, dans plusieurs publications (*cf.* Bourdieu, 1981, 1984, 1986, 1991, 1994, 2000) et dans son enseignement au Collège de France, notamment en 1989-1990 (*cf.* Bourdieu, 2012).

Ainsi, la sociologie politique bourdieusienne a eu une faible réception au Canada jusqu'à présent. Les études canadiennes sont d'ailleurs demeurées fermées à la théorie des champs. Une part de l'explication provient sans doute du fait que Bourdieu est davantage associé à la sociologie de la culture et lu comme un auteur structuraliste, laissant peu de place à l'individu et son « agentivité ». Or, il s'agit là d'une lecture tronquée de l'œuvre du sociologue français. Bourdieu récuse le structuralisme, mais sans tomber dans l'individualisme : il propose une voie mitoyenne, puisque la liberté de l'agent se manifesterait sous contrainte structurelle. En outre, ses travaux touchent à l'État, à la domination, au pouvoir performatif du langage, à la violence symbolique du droit. Dès lors, il apparaît que la perspective qu'il a développée ne peut que bénéficier aux études canadiennes, qui explorent des sujets similaires.

¹⁵ Notamment Ancelovici (2009), Béland (2002), Breton (1984), Manderson et Turner (2006), Mérand et Pouliot (2008), Ross, Wilson et Adderley (2000), Valverde (2005), Warren (2014).

Cette thèse mobilise la théorie relationnelle des champs sociaux et la méthode sociohistorique de Bourdieu, pour combler un vide dans les études canadiennes, tout en proposant une lecture originale de l'histoire juridico-politique ayant mené à la refondation constitutionnelle de 1982. La théorie et la méthode bourdieusiennes permettent d'analyser la genèse et l'évolution du projet nationaliste constitutionnel à travers l'évolution des rapports de pouvoir, entre agents et institutions, au sein du champ juridique et du champ englobant de l'État. C'est-à-dire que la refonte de 1982 a été précédée (1) de la montée en puissance des juristes réformateurs au sein du champ juridique, en s'appuyant sur leurs alliés du mouvement nationaliste constitutionnel, et (2) de l'influence croissante du champ juridique au cœur du métachamp étatique. Le projet nationaliste constitutionnel, minoritaires durant les années 1930, est devenu partie intégrante du discours et des pratiques hégémoniques au sein de l'État canadien.

L'approche bourdieusienne permet aussi d'étudier l'institutionnalisation du projet nationaliste constitutionnel sous le double aspect « intégration/émancipation » et « domination ». Ce prisme d'analyse permet de voir comment la refonte de 1982 découle d'un projet et de discours émancipateurs, inspirés du nationalisme libéral et du constitutionnalisme moderne, qui permettait une émancipation relative des individus et des minorités face à l'État. En même temps, cette démarche jette une lumière nouvelle pour saisir en quoi 1982 constitue un mécanisme de domination structurelle cliviste et nationaliste, qui légitime le pouvoir de la majorité nationale, en centralisant les normes dans la fédération, et les privilèges des classes possédantes, qui peuvent invoquer la Charte pour prémunir leurs intérêts de l'intervention de l'État.

Cette réinterprétation conjugue plusieurs niveaux d'analyse (agent, institution, champ social, métachamp), de facteurs explicatifs de l'action sociale (culturel, économique, individuel, institutionnel) et de disciplines des sciences sociales (droit, histoire, philosophie, science politique, sociologie). Cette démarche interdisciplinaire s'appuie sur une vaste littérature (discours, publications, programmes politiques, renvois, débats

parlementaires, rapports de comités ministériels, commissions d'enquête, etc.) et sur des sources historiographiques couvrant près d'un siècle.

Cette relecture des événements et des forces sociopolitiques derrière l'adoption de la Charte canadienne permet de voir que son origine ne se trouve pas dans la volonté et la vision d'un Grand homme, Trudeau, et de son gouvernement, comme l'avance généralement l'historiographie. Il faut plutôt situer la genèse de 1982 dans le sillage du mouvement nationaliste constitutionnel, qui prend sa source dans le contexte de la Grande Dépression. C'est à ce moment qu'émergent plusieurs de ses acteurs principaux et de ses organisations principales, notamment Scott, Forsey, le CCF, la *Ligue pour la reconstruction sociale*, des associations de défense des libertés civiles, etc.

En outre, contrairement à la plupart des travaux qui jugent insignifiante la *Déclaration canadienne des droits* de Diefenbaker, cette thèse avance qu'elle a joué un rôle pivot dans le passage d'un régime d'héritage britannique, axé sur la souveraineté parlementaire, à un régime à l'américaine, basé sur la suprématie constitutionnelle. De plus, déjà en 1960, Diefenbaker liait protection des droits, citoyenneté et nationalisme canadien, préparant symboliquement le terrain et les psychés pour une affirmation plus forte du constitutionnalisme à l'américaine en sol canadien. Il y a donc une filiation sous-estimée de Diefenbaker à Trudeau.

Cette thèse contribue aux études sur les nations et les nationalismes, en approfondissant les liens entre nationalisme majoritaire, libéralisme, constitutionnalisme moderne, judiciarisation du politique et domination légale-rationnelle. Enfin, cette thèse est un apport aux études critiques sur les droits de la personne, qui se penche sur le revers plus sombre de ce projet d'émancipation universelle (*cf.* Rensmann, 2017 ; Langford, 2018 ; Wilson, 2001 ; Koskenniemi, 2010 ; Brown, 2004 ; Hirschl, 2004 ; Moyn, 2018).

10. Division de la thèse

Dans le premier chapitre, l'hégémonie nationaliste constitutionnelle canadienne est présentée, telle qu'elle se manifeste de nos jours. Dans le chapitre 2, les deux critiques, libérale nationaliste et marxiste, de cette hégémonie sont présentées de manière détaillée. Dans le chapitre 3, les limites épistémologiques respectives de ces deux critiques sont exposées. Il est précisé en quoi ces critiques de l'ordre juridico-politique canadien s'avèrent pertinentes, malgré leurs angles morts, mais aussi en quoi une autre conception de la domination – plus structurelle et relationnelle celle-là – permet une compréhension plus satisfaisante des rapports de pouvoir au Canada post-1982.

Dans le chapitre 4, la théorie des champs sociaux et la conception de l'État de Pierre Bourdieu est expliqué, en mobilisant au premier chef ses cours au Collège de France réunis sous le titre de *Sur l'État* (2012). Dans ce chapitre, l'on explicite le champ conceptuel de cette thèse – notamment les concepts d'*habitus*, d'*illusio*, de *nomos*, de *doxa*, de pouvoir symbolique, de champ social et de métachamp de l'État – et l'on explique la façon dont la sociologie politique bourdieusienne est appliquée pour l'étude de la domination légale-rationnelle, du patriotisme constitutionnel et de la judiciarisation du politique au Canada.

Dans le chapitre 5, l'on fait la genèse du champ juridique canadien qui, de proto-champ peu autonome en 1867, devient un champ autonome, avec l'ascension des juristes réformateurs, jusqu'à occuper une position dominante au centre du champ étatique canadien. Pour illustrer ces deux temps du champ juridique canadien, l'on compare les trajectoires des juristes John A. Macdonald et de Frank R. Scott. L'on précise aussi l'influence prépondérante de ce dernier sur le courant nationaliste constitutionnel et le rôle primordial qu'il a joué dans le progrès du constitutionnalisme moderne au Canada.

Dans le chapitre 6, l'on procède à une brève histoire de l'institution la plus importante du champ juridique canadien, la Cour suprême du Canada, de façon à voir comment

elle a évolué d'un statut subordonné – face au gouvernement central et face au Comité judiciaire – à autonome. La montée en puissance de la Cour suprême accompagne celle du champ juridique, alors que la logique nationaliste constitutionnelle progresse dans ce champ, mais aussi dans le métachamp de l'État.

Dans les chapitres 7 et 8, l'on analyse l'évolution et la montée en puissance du mouvement nationaliste (ou patriotique) constitutionnel, et des acteurs qui l'ont promu, au sein des champs juridique et étatique canadiens, en tenant compte des trois dimensions de l'analyse bourdieusienne énoncées ci-haut. Dans le chapitre 7, l'analyse va de la Première Guerre mondiale à la Grande Dépression, période où se met en place l'appareil sécuritaire canadien – qui mit en application une politique cliviste, raciste et xénophobe – contre lequel s'érigèrent les défenseurs des libertés civiles, comme Frank Scott ou Arthur Lower. Dans le chapitre 8, l'analyse historique va de la Deuxième Guerre mondiale jusqu'aux années 1960, où deux juristes réformateurs occupent tour à tour le poste de premier ministre, une des positions les plus importantes du champ étatique canadien. Avec les années 1960, la logique nationaliste constitutionnelle est incorporée à la logique d'État, parvenant à chasser le discours et les pratiques constitutionnelles libérales conservatrices.

En conclusion, l'on revient sur les événements de 1981-1982, qui parachèvent le projet nationaliste constitutionnel au sein de l'État. Le champ juridique devient alors le champ dominant de l'État. Il est alors en mesure d'énoncer les fondements du régime (le discours officiel sur le) juridico-politique canadien et une de ses institutions, la Cour suprême, devient l'interprète du passé et du devenir constitutionnels canadiens, contribuant ainsi à uniformiser les normes dans la fédération et à modifier en continu la Constitution, pour qu'elle réponde aux besoins de la société.

Cette thèse fait ainsi la genèse du projet nationaliste constitutionnel, pour mieux comprendre l'évolution constitutionnelle et politique du régime canadien. Elle permet d'exposer pourquoi la refonte de 1982 participe à la fois de l'émancipation partielle des individus et des minorités face aux pouvoirs publics, mais aussi de la domination

économique et nationale, en renforçant la logique libérale individualiste, qui est réfractaire à l'égalité des conditions et à la reconnaissance du pluralisme national. Le nationalisme ou patriotisme constitutionnel est analysé ici comme une catégorie relevant à la fois du nationalisme majoritaire, de la domination légale-rationnelle et de l'impérialisme culturel. Le nationalisme constitutionnel est bel et bien uniformisant et universalisant, car il ne conçoit pas que sur un territoire, il puisse y avoir plusieurs peuples (communautés), ensemble de normes, projets juridico-politiques et cultures.

CHAPITRE I

LE NATIONALISME CONSTITUTIONNEL CANADIEN

Étymologiquement, l'hégémonie signifie la suprématie économique, militaire et politique d'une cité-État sur les autres dans la Grèce antique. Durant la Guerre du Péloponnèse, Athènes et Sparte guerroyèrent de 431 à 404 av. J.-C., avant que cette dernière ne parvînt à imposer son hégémonie (Thucydide, 1950a, 1950b).

Cet aspect plus « matériel » ou « physique » de la domination n'épuise pas le sens du concept. Le philosophe Antonio Gramsci et le sociologue Pierre Bourdieu y ont ajouté une dimension culturelle, symbolique. L'hégémonie signifie aussi l'idéologie ou le discours du groupe dominant (par le nombre, la richesse, le contrôle des institutions centrales, etc.), qui se diffuserait dans la société à travers les institutions prépondérantes (école, médias, église, tribunaux, parlement, etc.). La transmission des valeurs et de la vision du monde des dominants, dans toutes les couches de la société, contribuerait à ce que la population accepte comme légitime l'ordre social et politique.

Pour Bourdieu et Gramsci, l'ordre ne peut se légitimer seulement par les effets psychiques des discours, car il doit aussi contribuer, en quelque sorte, au bien-être de la population (redistribution de la richesse, octroi de droits, maintien de la paix, etc.). Si le régime canadien n'apportait pas vraiment de bénéfice à la nation minoritaire québécoise – comme ce fut le cas jusqu'aux années 1960, en bloquant l'ascension sociale des francophones – le seul récit d'une grande nation canadienne libre et inclusive serait insuffisant pour assurer la légitimité de l'État.

Pour Gramsci comme pour Bourdieu, une hégémonie n'est pas un état de domination figé, mais un processus dynamique et relationnel. L'hégémonie doit constamment être renforcée et réaffirmée face aux actions et aux discours des groupes oppositionnels,

qu'il s'agisse de la classe ouvrière, des nouvelles élites libérales ou d'une nation minoritaire aspirant à la souveraineté. L'idéologie et le consentement à l'ordre établi sont fortement liés. Lorsque le discours du groupe dominant se fragilise sous les coups de ses opposants, l'autre dimension de la domination se manifeste, la violence physique. Si l'État ne peut réprimer les groupes contestataires, ceux-ci vont être en mesure d'imposer à leur tour leur hégémonie.

L'hégémonie est donc à la fois « physique » – mainmise sur les ressources ainsi que sur les instruments et les institutions de pouvoir – et symbolique – production officielle de discours officiels par des personnes en position officielle (Fudge et Glasbeek, 1992 : 46). Selon le politologue George Hoare et le sociologue Nathan Sperber, le consentement et la coercition sont les « deux modalités du pouvoir [qui] se renforcent même mutuellement. » (Hoare et Sperber, 2013 : 98) Ce qui fait dire à Bourdieu que « [l]es rapports de force [sont] inséparablement des rapports de sens et de communication ». (Bourdieu, 2012 : 260) Le pouvoir symbolique étatique permet d'ordonner la société et de créer l'espace culturel à partir duquel l'État et ses représentants officiels sont considérés, *tout naturellement*, comme légitimes.

La parole officielle, qui émane des représentants officiels, jouit donc d'un contexte social favorable à sa réception. La production et la réception adéquate des discours dépendent du contexte sociopolitique et des moyens mis à la disposition des émetteurs. Un homme seul haranguant la foule dans un parc ne sera pas écouté. Par contre, le juge d'un tribunal supérieur ou le chef de gouvernement est doté des titres de légitimité, qui lui octroient le droit de prendre la parole publiquement, qui permettent à sa parole d'avoir une diffusion large et profonde et qui donnent le maximum d'effets sociopolitiques. La parole du juge contraint des gouvernements à retirer une loi jugée anticonstitutionnelle et, ce faisant, justifie sa décision en énonçant une série de métanormes ayant guidé son raisonnement. La parole du premier ministre peut, elle, devenir une loi, qui s'applique à l'ensemble de la société et qui jouit du support de l'appareil d'État (police, tribunal, administration, etc.).

La parole officielle est émise à partir d'institutions officielles, donc est productrice de normes et est mise en récit nationaliste intégrant la totalité sociale. Ce métarécit est universalisable sur un territoire donné et il renforce par le fait même l'autorité et la légitimité du Centre qui l'émet. Dans cette mesure, on peut dire que « l'intégration [...] est la condition de la domination. » (Bourdieu, 2012 : 352)

Ainsi, la parole officielle des personnes officielles en position officielle joue-t-elle un rôle fondamental dans l'établissement et la perpétuation d'une hégémonie. Ce n'est pas tant la parole de l'agent dans sa singularité qui est ici pertinente, mais bien le caractère représentatif (d'une institution, d'un mouvement, d'un groupe) de cette parole. Les discours produits par des acteurs – comme l'ancien premier ministre Pierre Elliott Trudeau ou l'ancien juge fédéral Barry L. Strayer – sont mobilisés dans ce chapitre pour illustrer la constellation dominante de discours et d'acteurs au Canada, qui promeuvent l'hégémonie nationaliste (ou patriotique) constitutionnelle, dans les discours et les pratiques. C'est-à-dire les acteurs, dont les discours et les actions qui justifient et renforcent le nouveau régime de pouvoir juridico-politique canadien de 1982. Ce régime prend donc fortement appui sur le constitutionnalisme moderne, le nationalisme majoritaire et la domination rationnelle-légale.

D'abord, ces acteurs au sein du courant nationaliste constitutionnel contemporain sont présentés. Ensuite, l'histoire nationaliste canadienne est décrite, c'est-à-dire la façon dont ces acteurs mettent en récit la genèse du régime de 1982. Enfin, le droit comme mécanisme et discours de pouvoir est disséqué. L'objectif consiste à montrer comment le patriotisme constitutionnel, en tant que discours et pratique, renforce les relations de pouvoir du Centre sur la périphérie, de la majorité canadienne sur les nations minoritaires, tout en renforçant la prépondérance des libertés individuelles, qui limitent l'action de l'État et permettent la reproduction des inégalités dans la société civile. Le patriotisme constitutionnel relève ainsi à la fois du nationalisme majoritaire, de la domination légale-rationnelle et du libéralisme individualiste.

Dans l'économie générale de la thèse, ce chapitre expose l'architecture du pouvoir juridico-politique canadien de 1982, qui est remis en question, dans le chapitre 2, par les critiques libérales nationalistes et marxistes.

1.1. Les nationalistes constitutionnels

La *Loi constitutionnelle de 1982* marquait, pour le Canada, la sortie définitive du modèle juridico-politique britannique, donc la fin de la transition de l'ère de la suprématie parlementaire vers l'âge du constitutionnalisme. Désormais, la suprématie de la Constitution s'imposait sur toutes les autres règles de droit et garantissait le respect d'une liste de droits et libertés fondamentales, nommée *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶. Incidemment, la Charte canadienne a impulsé une judiciarisation du politique, c'est-à-dire la transposition croissante des conflits moraux et politiques fondamentaux dans le langage et les procédures juridiques, au sein du *forum* judiciaire. Les groupes sociopolitiques (femmes, gais et lesbiennes, communautés francophones minoritaires, etc.) ont ainsi été encouragés – par les gouvernements canadiens successifs¹⁷, par le texte même de la Charte (notamment les articles 15 et 23, les droits à l'égalité et linguistiques) et par le financement des litiges constitutionnels¹⁸ (Cardinal,

¹⁶ L'article 33 de la Charte devait garder un rôle pour la souveraineté parlementaire, en permettant à un corps législatif d'adopter une loi nonobstant les articles 2 et 7 à 15 de la Charte. Mais, le coût politique de son utilisation est si élevée qu'à toute fin pratique, cet article est dans un état de quasi-désuétude (Albert, 2008 ; Leclair, 2003 ; Leeson, 2000). Cette question est traitée plus à fond au chapitre 6.

¹⁷ Depuis 1978, seul le gouvernement conservateur, du premier ministre Stephen Harper, a critiqué la prépondérance des juges et de la Charte dans les débats portant sur les questions de droits et libertés. Conséquemment, le gouvernement Harper découragea la mobilisation judiciaire des groupes d'intérêt, coupa leur financement et critiqua publiquement l'ultime arbitre constitutionnelle, la Cour suprême du Canada (Sanschagrin, 2015).

¹⁸ Notamment par le *Programme de contestation judiciaire*, qui fut créé en 1978 par le gouvernement fédéral sous les libéraux, dans le but de financer d'abord les causes linguistiques (visant de la sorte la Charte de la langue française), mais aussi à partir de 1985 les causes liées aux droits à l'égalité. Le financement du programme a été aboli à deux reprises par des gouvernements conservateurs (1992 et 2006), mais fut partiellement réinstallé en 2009 pour ne financer cette fois que les causes linguistiques, à travers le *Programme d'appui aux droits linguistiques*. En novembre 2018, le gouvernement libéral de

2000) – à utiliser l’arme juridique pour faire avancer leurs revendications. Conséquemment, nombre de lois furent déclarées invalides par les tribunaux parce qu’elles contrevenaient aux dispositions de la Charte. De plus, la Charte happait dans l’orbite fédérale des questions, comme l’éducation ou la législation sociale qui, jadis, relevaient des compétences exclusives des gouvernements provinciaux. La Charte contribuait ainsi à « déterritorialiser » ces questions pour les situer dans un espace pancanadien et en faire des matières concernant les citoyens pris individuellement, plutôt que relevant des collectivités territorialement organisées : les États provinciaux (Cairns, 1992). L’effet centralisateur de toute l’entreprise est manifeste, car la Charte « consacre une certaine primauté du judiciaire sur le législatif ; or, le système judiciaire est dominé par la Cour suprême, une instance fédérale. » (Dumont, 1995 : 41) La jurisprudence de la Cour, à partir des années 1980, intensifie d’ailleurs la centralisation des pouvoirs, qui devient « [u]n mouvement irrésistible » (Tremblay, 1991-1992 : 185), rendant de la sorte « le cadre constitutionnel canadien inadapté aux besoins et à la réalité de l’une de ses sociétés distinctes : le Québec. » (Tremblay, 1991-1992 : 181)

Plusieurs acteurs politiques canadiens de premier plan – notamment l’historien des droits de la personne, Michael Ignatieff, l’ancien juge en chef de la Cour suprême du Canada, Antonio Lamer, ou le constitutionnaliste et juge fédéral, Barry Strayer – ont décrit ce phénomène comme une *révolution des droits*. Celle-ci contribuerait à l’émancipation des individus égaux en droit et à la démocratisation du régime politique canadien, tout en constituant un progrès continu et incrémental vers une *société juste*. Ces auteurs partagent une vision nationaliste constitutionnelle de la société, axée sur la progression des libertés et l’identification à une nation pancanadienne égalitaire et inclusive. Ils perçoivent l’État central comme l’État *national*, qui permet de dépasser la politique provinciale plus conservatrice et de garantir à tous les citoyens un même ensemble de droits et libertés universels.

Justin Trudeau a complètement rétabli le *Programme de contestation judiciaire*.

Pour les membres du mouvement nationaliste constitutionnel, la *révolution des droits* ne découlerait pas d'une recherche de puissance de la part du Centre et de la majorité nationale sur les nations minoritaires et les États membres de la fédération. La Charte canadienne concrétiserait plutôt les valeurs universelles de liberté et d'égalité compatibles avec ce qu'ils conçoivent comme étant une *société juste*. L'un de ces membres, le politologue Max Nemni a d'ailleurs écrit que

loin de refléter un libéralisme ou un individualisme excessifs [ou encore un simple instrument de promotion du nationalisme canadien aux dépens du nationalisme québécois], la Charte canadienne vise le bien commun tel que conçu par [Pierre Elliott] Trudeau à la suite de [Jacques] Maritain. La Charte traduit en termes de droit les valeurs universelles sur lesquelles des personnes de bonne volonté peuvent s'entendre pour construire une société meilleure. (Nemni, 2007 : 64)

Pour Thomas S. Axworthy (1986 : 239, 244-245) – Secrétaire principal du Bureau du premier ministre (1981-1984) et stratège constitutionnel – l'enchâssement de la Charte canadienne des droits promouvait à la fois l'individualisme, l'égalité linguistique, l'appartenance à la communauté « nationale » et la souveraineté populaire. L'essence émancipatrice du projet de *nation-building* chartiste s'imposait : « le gouvernement fédéral a privilégié les droits inaliénables des individus, tels que définis et protégés par les tribunaux. » (Axworthy, 1986 : 245, traduction libre)

Selon cette perspective, le Canada de 1982 serait une exception au modèle de la domination. Pour les théoriciens de la domination (Bourdieu, Foucault, Gramsci, etc.), les élites agissent, consciemment ou structurellement, de manière à renforcer leur puissance, que ce soit en accroissant leurs moyens d'action (police, tribunal, administration, lois, etc.) ou en légitimant leur pouvoir (par un nouveau récit intégrateur, par une politique de redistribution, etc.). Lorsque les élites entreprennent des réformes, ces théories y voient une « révolution par le haut », ou une « modernisation conservatrice », qui sert les intérêts de ces mêmes élites. Ces réformes renouvelleraient la légitimité de l'ordre établi et apaiseraient les élites contestatrices ou les masses insatisfaites, sans toutefois modifier en profondeur les relations de pouvoir ou abolir les inégalités socioéconomiques.

La *révolution des droits* au Canada, enclenchée par la nouvelle élite nationaliste constitutionnelle arrivée au pouvoir, pourrait aussi être vue comme une « modernisation conservatrice ». En effet, avec la réforme constitutionnelle de 1982, la puissance et la légitimité de l'État central en sont sorties grandies. Les porteurs de cette modernisation ont vu accroître de façon significative leur pouvoir et celui des institutions auxquelles ils appartenaient. La hiérarchie socioéconomique n'a pas été entamée ; elle fut même cristallisée par l'enchâssement des droits individuels et négatifs. Enfin, le groupe national majoritaire, au contrôle des institutions centrales et du processus constituant, devenait le symbole et le centre d'une nation pancanadienne. De plus, la constitutionnalisation de la protection des droits ne découlait pas de revendications populaires fortes (Goodyear-Grant, Matthews et Hiebert, 2013 : 378). Sous cet angle, la *Loi constitutionnelle de 1982*, voulue par l'élite juridique et politique, conforterait une domination de classe et nationale. Or, les nationalistes constitutionnels, maîtres d'œuvre de cette modernisation, conçoivent plutôt la Charte canadienne, non pas comme un instrument de domination, mais comme une institution gardienne des droits et libertés, devant mener à l'établissement d'une *société juste*.

Depuis la réforme de 1982, l'idéologie nationaliste constitutionnelle est hégémonique, comme en fait foi la large diffusion sociale des normes et des valeurs qui lui sont inhérentes, d'abord auprès des élites juridico-politiques canadiennes¹⁹, mais aussi auprès de la population en général, selon de nombreuses études de comportements (Environics, 2006, 2012 ; Fletcher et Howe, 2000 ; Fournier *et al.*, 2011 ; O'Neill, 2001 ; Sinha, 2015). En effet, sur la protection et l'extension relative des droits et libertés, la plupart des personnes sondées ont dit préférer que la volonté des juges prime sur celle des gouvernements et des législatures. Le Canada serait ainsi non seulement passé d'un régime de suprématie parlementaire à un régime de suprématie

¹⁹ On retrouve cette idéologie chez plusieurs éminents membres de l'élite politico-juridique. On peut penser à Thomas S. Axworthy (1986 et 1990) Jean Chrétien (1990), Stéphane Dion (1999), Michael Ignatieff (2001), Beverley McLachlin (2007 et 2016), Barry L. Strayer (2012) et Pierre Elliott Trudeau (1990a).

constitutionnelle, mais aussi de la déférence politique à la déférence judiciaire, grâce notamment au double phénomène de la judiciarisation du politique et de la juridicisation des relations sociales (Hirschl, 2008a ; Russell, 1983). Cette volonté de « dépolitiser » les conflits portant sur les droits, en les transposant dans un forum « neutre » et « rationnel », où ils seront tranchés par une élite judiciaire, découle d'une croyance largement partagée dans le caractère absolu ou universel de ces droits, mais aussi d'une défiance envers la modulation que pourraient leur donner les communautés nationales minoritaires, autochtones ou québécoise.

La question des droits de la personne rejoint l'imaginaire national canadien. En effet, selon Statistique Canada, 91 % des personnes recensées voyaient dans la Charte des droits un élément essentiel de l'identité canadienne (Sinha, 2015). Les Canadiens partageraient des valeurs communes, au premier rang desquelles on trouve la croyance, chez 92 % d'entre eux, envers l'importance de la protection des droits (Sinha, 2015).

En outre, l'identité canadienne est exclusive, moniste et symétrique : elle n'ouvre pas la porte à la pleine reconnaissance des identités nationales minoritaires, subsumées dans une « nation » canadienne englobante. L'idée de la dualité nationale est fréquemment dénoncée comme une illusion ethnique et pernicieuse par l'élite politique et intellectuelle canadienne – comme Eugene Forsey (1962), Frank Scott (1977), Ramsay Cook (1998) ou Pierre Trudeau (1990b) –, qui conçoit plutôt le Canada comme une seule nation civique intégratrice. C'est dire que « l'identité nationale que les Canadiens anglophones ont créée englobe tout le Canada, incluant le Québec. » (Kymlicka, 2003 : 260) En effet, dans une proportion de 57 % à 65 %, les Canadiens anglophones s'identifient d'abord au Canada dans son ensemble et à son Centre en tant qu'État *national* (Environics, 2012 ; Jedwab, 2017).

C'est d'ailleurs au nom d'un peuple canadien unifié que le gouvernement Trudeau justifiait en 1981 son projet de rapatriement. L'exécutif central considérait que « le gouvernement du Canada, en tant que seul organe directeur habilité à agir au nom de tous les Canadiens, pourrait rejeter la théorie du pacte, considérer que le Canada est

quelque chose de plus et de différent de la somme de ses parties, et procéder au rapatriement unilatéral de la constitution. » (Trudeau, 1991c : 4, traduction libre)

De leur côté, les Québécois s'identifient d'abord à l'État du Québec dans une proportion de 63 % (Environics, 2012). Pour un Québécois le mot « national » renvoie à l'État provincial et à ses politiques, tandis qu'il signifie l'État central pour un Canadien. Les politiques, programmes et stratégies du Gouvernement central se font d'ailleurs souvent accoler l'épithète de « national », comme la *Stratégie nationale sur le logement*. Enfin, face à un enjeu de société, les médias canadiens et la population vont aussi attendre un leadership, une solution et des normes « nationales » de la part du gouvernement central, comme si la division constitutionnelle des pouvoirs était tombée en désuétude (*cf.* Kymlicka, 2003 : 258-264). Alors qu'au Québec, l'on s'attend à une réponse respectueuse des champs de compétences constitutionnelles et qui prenne aussi en compte le caractère distinct de la société québécoise²⁰.

L'idée que le Canada ne forme qu'une seule nation, composée de citoyens égaux en droit, est donc bien ancrée institutionnellement et socialement au Canada. Cette idée fait fi de la dimension plurinationale de la fédération. Selon James Laxer et Robert Laxer, « [l]es Canadiens anglais ont simplement supposé que leurs aspirations pour le pays s'appliquaient aux francophones aussi bien qu'à eux. En tant que majorité au Canada, leur tendance a été de nier la réalité d'une nation francophone au Québec. » (Laxer et Laxer, 1977 : 221, traduction libre) Cette narration nationaliste unitaire est d'ailleurs promue depuis 1982 par plusieurs acteurs politiques de premier plan²¹. Pour ces derniers, la Charte canadienne est un mécanisme d'émancipation pour les individus et les minorités, qui doit mener, à terme, à une société juste. Selon cette vision, la « dépolitisation » d'enjeux sociopolitiques – transposés en questions de droit débattues

²⁰ Du suicide assisté à la Commission des valeurs mobilières, en passant par la consommation du cannabis, on observe la même opposition entre une conception centralisatrice et unitaire du Canada et une vision québécoise de la fédération, qui est à la fois autonomiste, asymétrique et multinationale.

²¹ Comme le constitutionnaliste Barry Strayer, le politologue Thomas Axworthy, les historiens Michael Behiels, Michael Bliss et Ramsay Cook, l'ancienne juge en chef Canada Beverley McLachlin, le politologue Max Nemni, le constitutionnaliste Pierre Trudeau, l'historien Michael Ignatieff.

devant les tribunaux – protégerait la société de l'arbitraire du pouvoir politique ou de la tyrannie de la majorité, tout en donnant une voie aux minorités exclues du jeu partisan. Le Canada proposerait donc une appartenance commune sur des bases rationnelles et légales, qui laisseraient intacts les particularismes culturels non-nationaux, tout en permettant une intégration juste et égalitaire à l'ensemble canadien. Le Canada réaliserait la société universelle des droits de la personne, qui ne souffrirait d'aucune opposition ethnique rétrograde, appelant au repli sur des enclaves nationales.

1.2. L'histoire nationaliste constitutionnelle

Dans l'historiographie canadienne, on peut faire remonter la lecture nationaliste constitutionnelle au tournant des années 1930, notamment avec les publications d'éminents juristes comme Frank Scott et Eugene Forsey et de l'historien Arthur Lower. Pour ces derniers, les États provinciaux, au premier chef le Québec, seraient des petites communautés locales réactionnaires et « laisser-fairiste », donc arbitraires et inégalitaires. Militant pour les libertés civiles, Forsey comparait d'ailleurs le régime Duplessis au fascisme européen, car il cherchait à réprimer les communistes et les Témoins de Jéhovah. Forsey a d'ailleurs écrit dans le magazine progressiste *Canadian Forum* qu'après l'adoption de sa *Loi du cadenas* en 1936 « nous ne sommes en effet qu'au début d'un règne de terreur dans lequel quiconque subit le mécontentement de M. Duplessis ou de son auguste Supérieur peut s'attendre à voir sa maison ou son bureau saccagé et peut-être cadenassé de la façon approuvée par les nazis. » (Forsey, 1937a, traduction libre) Quant à lui, Scott, sous le pseudonyme de « S », écrivit dans l'influent magazine *Foreign Affairs* que « les manifestations extérieures du fascisme québécois sont fidèles au modèle. Un puissant mouvement anticomuniste a été organisé dans la province, soutenu par toute l'autorité du gouvernement actuel de Duplessis et du clergé catholique. » (Scott, 1938a, traduction libre) Enfin, pour Lower,

le type de nationalisme canadien-français, en vogue au Québec, était totalitaire : « Un mouvement qui a pour principe premier l'unicité de la race ou de la nation, l'unité de tout son être, qui parle d'établir l'État corporatif, n'est pas loin de la doctrine de l'État totalitaire. » (Lower, 1936 : 102, traduction libre) Il conçoit que malgré ses tendances fascistes et régressives, l'on parvienne à trouver dans la société québécoise « des Canadiens français modérés qui [...] croient tout de même qu'il y ait de la place pour les deux races dans le Dominion et qu'il y a encore une possibilité de bâtir un grand pays, offrant une vie meilleure à tous ses citoyens, plutôt qu'une série de provinces isolées et malheureuses. » (Lower, 1936 : 101, traduction libre)

Selon cette vision, seul le gouvernement central était en mesure de répondre aux besoins socioéconomiques de la population et d'assurer la protection de leurs libertés civiles contre leurs gouvernements provinciaux, quitte à ce que le gouvernement central utilise le pouvoir de désaveu. Toutefois, sans sous-estimer l'ampleur des violations des libertés civiles sous Duplessis, leur point de vue négligeait le fait que les autres autorités publiques canadiennes (centrale, provinciale et municipale) réprimaient tout autant les groupes contestataires, comme les communistes, les syndicalistes, les Canadiens d'ascendance japonaise ou juive, et les sectes pacifistes, comme les Témoins de Jéhovah (Abella, 1974a et 1988 ; Clément, 2016 ; Lambertson, 2005 ; Rainville, 2018). Néanmoins, pour Scott, Lower, Forsey ou encore Trudeau, le gouvernement central était émancipateur, alors que la politique provinciale était régressive.

La lecture mythifiée, individualiste et téléologique de l'histoire canadienne, proposée par le courant nationaliste constitutionnel, présente une série de « Grands hommes » (de Scott à Trudeau), qui ont chacun ajouter leur pierre au progrès vers la société juste, et l'établissement de la pleine indépendance politique face à Londres. De ces « Grands hommes », un nom se démarque dans la littérature plus récente, Pierre Trudeau, en tant qu'ultime « Père fondateur » du Canada moderne. Le rôle pivot joué par ce personnage, avant et après ses années à la direction du Gouvernement du Canada, donne à ses discours un caractère éminemment représentatif de la montée et de l'établissement au

pouvoir des juristes réformateurs. Trudeau a même joué un rôle clé dans la cristallisation de l'opposition au sein du PLC à la politique asymétrique du premier ministre Lester B. Pearson à l'égard du Québec, qui revenait ni plus ni moins à la reconnaître la différence nationale québécoise (McRoberts, 1999 : 71 et 74). Pearson reconnut d'ailleurs, lors d'une conférence en 1964, que le Québec n'était pas seulement l'une des dix provinces canadiennes : « il est la patrie d'un peuple : il constitue très nettement une nation dans une nation. » (Citation tirée de McRoberts, 1994 : 112) Refusant cet esprit de compromis, Trudeau privilégiait la ligne dure face aux revendications québécoises – qui menaient, selon lui, à la sécession du Québec et à un repli ethnique rétrograde –, ce qui se manifesta lors de la conférence constitutionnelle fédérale-provinciale de 1968, *La Confédération de demain*, où il imposa, dans l'ordre du jour, la question de l'adoption d'une charte des droits (McRoberts, 1999 : 74).

On retrouve un exemple de ce type de récit hagiographique, individualiste et téléologique chez Barry Strayer, qui attribue la paternité de la Charte canadienne au premier ministre Trudeau et à son « engagement envers l'idée de protection des droits individuels. » (Strayer, 2013 : 219, traduction libre) Ce professeur de droit à l'Université de la Saskatchewan a été conseiller constitutionnel de Trudeau de la fin des années 1960 au début des années 1980²². Il participa activement au processus de rapatriement de la Constitution et à la rédaction de la Charte canadienne (Whyte, 2013).

Dans *Canada's Constitutional Revolution*, Strayer (2013) décrit les étapes ayant mené à l'adoption de la Charte canadienne et la façon dont Trudeau a dû négocier avec les premiers ministres provinciaux, eux qui n'auraient cherché qu'à défendre leurs petits intérêts politiques particuliers et à accroître leur pouvoir, notamment sur les ressources, plutôt que de vouloir garantir les droits des citoyens.

Selon un proche conseiller de Trudeau, l'échec des négociations constitutionnelles – qui aurait forcé la manœuvre unilatérale de rapatriement de la part d'Ottawa – était dû

²² Lorsqu'il quitta son poste, Strayer fut élevé au poste de juge de la Cour fédérale en 1983.

à l'appétit insatiable des premiers ministres provinciaux pour de nouveaux pouvoirs, mais aussi à leur volonté de préserver la suprématie parlementaire, et ce, au détriment de la souveraineté populaire et de la liberté individuelle (Axworthy, 1986 : 242-246).

Max Nemni (1994), un proche de la famille Trudeau et un biographe du « Grand homme », avançait que la politisation du nationalisme ethnique au Québec, depuis les années 1960, consistait en un odieux jeu où, ce dernier, menaçait le Canada, en lui mettant le couteau de la sécession sur la gorge, pour mieux « plumer le poulet », c'est-à-dire imposer la reconnaissance de son caractère ethnoculturel distinct et soutirer de manière indue des pouvoirs à l'État central.

Bref, pour ces acteurs, l'action des premiers ministres provinciaux se résumerait à une petite politique partisane et instrumentale, qui est dépourvue de noblesse et est réfractaire à la protection des droits et libertés. Ils ne concevaient pas que ces derniers pouvaient chercher en même temps, d'une part, à accroître leur pouvoir pour répondre aux besoins particuliers de leur population – variant inévitablement d'une région à l'autre de cet immense pays – et d'autre part, à maintenir la division fédérale des pouvoirs et à inverser les tendances unitaires de la fédération canadienne. Selon cette logique, toute forme de résistance à la centralisation des pouvoirs et à la standardisation des normes légales dans la fédération était nécessairement liberticide et réactionnaire. Encore aujourd'hui, on note cette divergence fondamentale entre le Québec et le Canada dans son ensemble. Le politologue Alain Noël (2013) observa avec justesse que le Québec voit la centralisation de la fédération comme étant conservatrice, et perçoit la décentralisation ou l'asymétrie comme étant progressiste, alors que le reste du Canada a une perception exactement contraire.

On peut voir une autre illustration de cette vision chez John Saywell, qui a signé l'introduction de l'édition anglaise du livre *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, publié par Trudeau en 1967, pour mousser sa candidature comme chef du

PLC²³. Selon Saywell, les écrits et les actions de Trudeau témoignent de sa constante volonté d'équilibre entre la liberté, le progrès et l'ordre, mais aussi entre les deux ordres de gouvernement. C'est pourquoi, « en 1965, lorsque l'extension de l'autonomie des provinces a menacé de détruire le pouvoir fédéral légitime, il est entré en politique fédérale comme le défenseur du constitutionnalisme et du fédéralisme canadien. » (Saywell, 1968 : xii, traduction libre) En effet, Trudeau se défendit d'avoir rejeté le principe de l'autonomie provinciale et se voyait comme le gardien de l'équilibre fédéral : « En 1962 [...] le gouvernement Lesage et l'opinion publique au Québec avaient magnifié l'autonomie provinciale en un absolu, et tentaient de réduire le pouvoir fédéral à néant ; et donc, pour défendre le fédéralisme, je suis entré en politique en 1965. » (Trudeau, 1968c : xix, traduction libre) Trudeau voyait donc sa mission comme étant la préservation du fédéralisme et de l'unité canadienne, malmenés par les forces centrifuges émanant surtout du Québec. Le sociologue Kevin J. Christiano avait bien raison lorsqu'il affirmait que « [l]e patriotisme canadien consiste en une défense ardente du système fédéral et en un rejet des revendications des revendications nationales qui court-circuiteraient son fonctionnement. » (Christiano, 1989 : 255, traduction libre)

L'historicisme individualiste et volontariste de ces perspectives est bien résumé par Ignatieff, l'historien et ancien chef du PLC, lorsqu'il fut appelé à commenter les trente années d'existence de la Charte canadienne :

Son existence même témoigne de la volonté implacable d'une seule personnalité politique, Pierre Elliott Trudeau, et de sa détermination à donner au Canada sa propre constitution et sa déclaration des droits. Personne n'aurait pu prédire en 1968, l'année où il devenu comme premier ministre, qu'en 1982, le pays aurait une constitution rapatriée et une charte des droits. L'histoire de la Charte nous dit qu'on ne doit jamais sous-estimer la volonté politique individuelle en tant que force productrice du droit. (Ignatieff, 2013: I, traduction libre)

L'ancienne juge en chef de la Cour suprême du Canada, Beverley McLachlin (2002), dans une allocution soulignant les vingt ans de la Charte canadienne, attribue aussi à

²³ La publication d'un livre pour promouvoir sa candidature politique remonte au moins à *La Guerre des Gaules*, écrit par Jules César, pour bien se positionner lors des élections consulaires.

Trudeau l'idée et la volonté de faire adopter une Charte des droits, de manière à « faire de l'égalité et des droits individuels les pierres d'assise de l'unité canadienne. »

À la mort de Trudeau, à l'automne 2000, le Sénat lui rendit hommage, réaffirmant ainsi la lecture nationaliste constitutionnelle de l'histoire canadienne. Les sénateurs et constitutionnalistes Serge Joyal (libéral) et Gérard-A. Beaudoin (conservateur) encensèrent le chef charismatique qui, selon eux, aurait été le « Père fondateur » de la Charte canadienne des droits et libertés (Canada, 2000 : 1995, 2000-2001).

Chez les élites juridiques et politiques canadiennes – qui ne se trouvent pas qu'au PLC – est bien ancrée cette vision individualiste, volontariste et téléologique de l'histoire canadienne, dans laquelle Trudeau joue un rôle central dans l'avènement de la *société juste*, par la refondation constitutionnelle du Canada. Leur patriotisme constitutionnel se veut universel et unitaire. S'y opposer reviendrait à aller à contresens de l'histoire, en tant que progrès continu et irréversible des libertés individuelles, de l'égalité et de la démocratie, entendue ici comme équilibre entre protection des minorités et volonté de la majorité (Beaudoin, 2000 ; Bastarache, 2007 ; Ryan, 2002 ; Sigurdson, 1993 ; McLachlin, 2000 ; Iacobucci, 2002 ; Hogg, 2002 ; Weinrib, 2007 ; Smith, 2007 ; Sharpe et Roach, 2009 ; Philips, 2013).

1.3. Le droit comme discours et instrument de pouvoir

Pourtant, la Charte canadienne est aussi un instrument et un discours de pouvoir. Elle est d'abord un élément essentiel de la Constitution, qui définit les rapports de pouvoir entre les organes de l'État, entre l'État central et les États fédérés, entre l'État et les citoyens. Mais, plus important encore, (3.1) elle est aussi la pièce maîtresse du nationalisme moniste contemporain au Canada : le nationalisme ou patriotisme constitutionnel. (3.2) Elle judiciarise la politique linguistique, devenue promotion des droits du locuteur individuel dans le marché des langues. (3.3) Incarnant l'universel sur

un territoire donné, elle contribue à classer dans la catégorie inférieure du « particulier » les visions nationales concurrentes. De plus, (3.4) elle constitue un métadiscours de pouvoir, qui délimite l'horizon normatif du régime politique canadien et qui délégitime tout autre projet juridico-politique concurrent. En outre, (3.5) elle favorise une société plus individualiste et inégalitaire, qui est réfractaire aux droits socioéconomiques. De plus, les acteurs au sein du champ juridique ont vu croître leur pouvoir à mesure que se diffusait le discours et la pratique des « droits de l'homme ». Enfin, (3.6) la Charte permet l'établissement d'une gouvernance judiciaire, comme mode consensuel de gestion des conflits Québec/Canada.

1.3.1. Patriotisme constitutionnel et domination nationale

Le type de nationalisme promu par la Charte canadienne est un « patriotisme constitutionnel ». Comme le souligne John Erik Fossum, « la Charte canadienne des droits et libertés (1982) était un effort visant à inculquer un nouveau patriotisme constitutionnel fondé avant tout sur les droits individuels libéraux. » (Fossum, 2001 : 184, traduction libre) Plusieurs auteurs vont plutôt utiliser le synonyme de « patriotisme de la Charte » (Ipperciel, 2008a et 2008b ; Cairns, 1992 ; Russell, 1994 ; Shugarman, 1992 ; Taylor, 1992 ; Morton et Knopff, 2000). James Tully (1999b) et Eric Adams (2015a et 2015b) mobilisent le concept équivalent de « nationalisme constitutionnel ». L'objectif était bien de rationaliser le sens de l'identité collective au Canada pour « l'expurger » de tout référent ethnoculturel prépolitique, pour lui substituer une appartenance rationnelle basée sur le partage universel des mêmes droits.

Le concept de patriotisme constitutionnel est couramment associé au sociologue Jürgen Habermas, qui l'introduisit dans le monde anglo-saxon (Müller, 2008). Le premier ministre Trudeau – rejetant le nationalisme québécois qu'il qualifiait d'ethnique, exclusif, intolérant, réactionnaire (Trudeau, 1962) – évoquait l'importance du patriotisme qui devait rapprocher les Canadiens par le partage des mêmes droits (Trudeau, 1969 et 1978). Il écrivait que la Constitution du Canada réformée « devra[it] commander le respect de tous les citoyens et éclairer leur patriotisme. » (Trudeau,

1978 : 22) Ce nationalisme constitutionnel est aujourd'hui disséminé dans la population en général et auprès des élites juridiques et politiques. Selon Beverley McLachlin, une « raison pour laquelle les Canadiens et les Canadiennes ont fait de la *Charte* une partie intégrante de leur identité [c'est qu']elle est le reflet de notre identité comme peuple. » (McLachlin, 2002)

Le concept de patriotisme constitutionnel illustre bien la logique rationaliste et universaliste à l'œuvre au moment de la réforme de 1982. Selon Donald Ipperciel, « [b]ien qu'inspirée par d'autres sources – [...] notamment le constitutionnalisme civique américain – la pensée post-nationaliste de Trudeau prend une forme similaire à celle de la pensée de Habermas. » (Ipperciel, 2008b : 40, traduction libre) Un point de vue que partage Eric Adams (Adams, 2015b : 50).

Selon Habermas (1998), le nationalisme permettait la légitimation de l'État – par la participation citoyenne au sein de la communauté nationale – et l'intégration sociale des membres – développant de la sorte une solidarité commune qui découlerait du partage d'une histoire, d'une langue et du sentiment d'appartenir au même peuple. L'égalité juridique et politique proviendrait donc d'une double appartenance, à la fois citoyenne (politique) et nationale (ethnoculturelle). Or, toujours selon Habermas (1998), avec la diversité ethnoculturelle croissante des sociétés occidentales, le nationalisme ne pouvait plus jouer ce rôle intégrateur et égalitaire à cause de sa nature exclusive. De plus, le caractère artificiel du nationalisme le rendrait susceptible aux manipulations malintentionnées des élites, qui chercheraient à étouffer les conflits sociaux et à lancer l'État dans des entreprises impériales. Enfin, Habermas avançait que, dans l'histoire, les effets du nationalisme ont été la cause de grands maux, comme durant la Deuxième Guerre mondiale, avec l'expérience nazie. Trudeau concevait similairement les effets délétères du nationalisme : « la petite parcelle de l'histoire qui est marquée par l'émergence des États-nations est aussi celle des guerres les plus dévastatrices, des atrocités les plus nombreuses et des haines collectives les plus dégradantes de toute l'épopée humaine. » (Trudeau, 1962 : 5)

Selon Habermas, une nouvelle forme d'appartenance collective, postnationale²⁴, doit donc émerger pour remplacer le vieil État-nation et séparer la citoyenneté de toute identité ethnique préalable. Dans une même veine, Trudeau dira que « l'histoire de la civilisation, c'est l'histoire de la subordination du “nationalisme” tribal à des appartenances plus larges. » (Trudeau, 1962 : 5) Une appartenance plus large et inclusive doit s'appuyer sur la culture politique, qui « se cristallise autour de la constitution. » (Habermas, 1998: 118, traduction libre)

Les juristes réformateurs, en promouvant ce « patriotisme constitutionnel » – cette appartenance rationnelle et universelle – s'identifiaient par la même occasion à une nation civique canadienne. À son cœur, on trouverait ainsi l'État central, maître d'œuvre d'une union socioéconomique pancanadienne et gardien des libertés.

1.3.2. L'égalité des chances dans le marché linguistique canadien

En dessinant le contour d'une seule grande communauté politique inclusive, où les individus sont juridiquement libres et égaux, leur nationalisme reflétait ainsi les intérêts du groupe majoritaire canadien-anglais, qui commande les institutions de pouvoir canadiennes et dont la langue s'impose « naturellement » sans intervention protectrice de l'État (Dieckhoff, 2007 : 61-62). Comme l'a affirmé Kenneth McRae, « ce qui est difficile à faire comprendre [...] c'est que l'unilinguisme s'impose par la loi au Québec et à grâce à la sociologie ailleurs au Canada. » (Citation tirée de Burelle, 1995 : 75, traduction libre) André Belleau observa aussi que « ce que le poids ou la force des choses a réalisé en Amérique du Nord [...], c'est-à-dire un monolinguisme de fait, nous sommes obligés de l'accomplir [au Québec], en faisant intervenir de façon plus manifeste les leviers de l'État. » (Belleau, 1983 : 8). Ainsi, le libéralisme du majoritaire – mettant en avant la « liberté de choix » d'individus désincarnés et égaux en droit –

²⁴ Fait évocateur, le premier ministre Justin Trudeau s'est inscrit dans la continuité de son père, Pierre Elliott Trudeau, en affirmant que l'identité canadienne est postnationale (Lawson, 2015).

est un carcan normatif dominateur pour les nations minoritaires, dont la continuité culturelle et linguistique dépend d'interventions politiques jugées liberticides.

En promouvant la liberté de choix linguistique, tempérée par le bilinguisme officiel, le gouvernement Trudeau promouvait l'émancipation des *individus* francophones dans l'ensemble canadien. Avec la *Loi sur les langues officielles*, en 1969, ce gouvernement mit en avant le bilinguisme institutionnel comme réponse à la situation de discrimination systémique à laquelle faisaient face les francophones partout dans la fédération, comme le révéla la Commission Laurendeau-Dunton. La personne francophone (personnalisation des droits linguistiques), et non pas les communautés (territorialisation des droits linguistiques), se voyait octroyer un droit individuel, qu'elle portait partout avec elle. Comme l'écrivit Ramsay Cook, le bilinguisme portait une conception « civique » et « pluraliste » de la nation canadienne : « Trudeau et le gouvernement fédéral sont d'avis que la langue est un outil de communication séparé de la culture, dans un État-nation qui favorise la diversité plutôt que l'homogénéité. » (Cook, 2006 : 134, traduction libre) Toutefois, conçue de la sorte, la langue reposait dans un *vacuum* sociologique, indépendante de la culture de la communauté des locuteurs. Selon François-Olivier Dorais, Michel Bock et E.-Martin Meunier, « l'État fédéral fondait le régime linguistique canadien sur le principe de la “personne” plutôt que sur celui de la communauté ; érigée en droit individuel, la langue se retrouvait ainsi dissociée, théoriquement, de la culture. » (Dorais, Bock et Meunier, 2018 : 13)

En principe, ce droit permettait aux individus francophones d'accéder à des services publics fédéraux dans leur langue, là où le nombre le justifie ; il en va toutefois autrement dans les faits²⁵. Le francophone avait aussi le droit, en théorie, de travailler dans sa langue au sein de la fonction publique canadienne. Le porteur individuel de droits, membre d'une nation pancanadienne, pouvait ainsi se déplacer à la grandeur du pays pour réclamer son dû. Lorsqu'il annonça la *Loi sur les langues officielles*, Trudeau

²⁵ Voir à ce sujet les différents rapports du Commissaire aux langues officielles qui, d'année en année, déplorent le non-respect de la loi depuis son adoption en 1969.

affirma que « [l]e Canada français peut survivre non en se repliant sur lui-même, mais en réclamant au dehors sa part entière de chaque aspect de la vie canadienne. » (Trudeau, 1968c) Le bilinguisme et les droits individuels étaient bien constitutifs « de l’imaginaire national canadien contemporain » et la « vocation universaliste du Canada [...] » (Dorais, Bock et Meunier, 2018 : 14)

L’hypothèse libérale est qu’« [a]ssurer ces droits individuels [...] permettrait le règlement des conflits sociaux présents dans l’ensemble canadien. » (Martel et Pâquet, 2010 : 216) Du coup, on réglait à bon compte la question nationale québécoise en faisant du fait français un enjeu individuel et pancanadien, qui concerne au premier chef l’État central (Dorais, Bock et Meunier, 2018 : 13).

Or, le bilinguisme formel, rehaussant quelque peu l’égalité des chances des francophones dans la compétition féroce au sein du marché linguistique canadien, n’a pas entamé les rapports de pouvoir sociolinguistiques à la base de la minorisation du fait français au Canada. En effet, année après année, le Commissaire aux langues officielles dénonce les violations continues et flagrantes de la *Loi sur les langues officielles*. L’ancien Commissaire, Graham Fraser, notait que la loi demeurait encore incomprise par les autorités mêmes qui devaient l’appliquer et « que trop [d’institutions fédérales] ont encore de la difficulté à faire de l’offre active dans les deux langues officielles dans les régions où la demande le justifie. » (Commissariat aux langues officielles, 2010 : 8) S’ajoute à cela, l’anglicisation continue des francophones en situation minoritaire, telle que révélée par les différents recensements de Statistique Canada (Chevrier et Sanschagrin, 2017). Selon Dorais, Bock et Meunier, « [l]es indices statistiques d’une dislocation du Canada bilingue sont nombreux et de moins en moins contestables. » (Dorais, Bock et Meunier, 2018 : 14-15)

Pourtant, la *Loi sur les langues officielles* est toujours en vigueur et sa logique a été renforcée, tout en se judiciarisant, par les dispositions de la Charte canadienne (articles 16 à 23). La constitutionnalisation des droits linguistiques, du bilinguisme, est un des symboles forts du patriotisme constitutionnel canadien, avec le multiculturalisme et la

Charte des droits (Lecours et Nootens, 2007 : 37 ; McRoberts, 2013 : 104-105). Or, la tare fondamentale de la personnalisation des droits linguistiques est son caractère asociologique, qui dissociait langue et culture, locuteur et contexte social. Elle fait fi de l'environnement sociopolitique, où se jouent des rapports de pouvoir complexes entre des locuteurs et des groupes ethnolinguistiques dotés de ressources (culturelles, économiques, politiques et symboliques) inégales. Par exemple, la Charte canadienne traite de manière symétrique les minorités francophones hors Québec, en situation d'anglicisation, et la minorité anglophone du Québec, qui jouit d'une complétude institutionnelle²⁶ et qui appartient à la majorité nord-américaine. Or, si le principe symétrique peut se justifier aisément au nom d'une conception libérale et procédurale de l'égalité, il n'en demeure pas moins que « la langue française est massivement désavantagée en Amérique du Nord, et que toute solution à la question linguistique, au sens large, doit tenir compte de ce grave déséquilibre structurel. » (McRae, 1978 : 350, traduction libre) De plus, la Charte donne des armes juridiques à la minorité anglophone qui, au nom des droits individuels, peut saper la politique linguistique du Québec, qui sert à protéger une communauté francophone, minoritaire à l'échelle canadienne. On observe au Québec une situation « où les droits des individus du groupe majoritaire, qui vivent dans des zones minoritaires, sont invoqués de manière à affaiblir ou à saper la position défensive de la minorité. » (McRae, 1997 : 330, note 19, traduction libre) La Charte « nationalise » enfin les questions linguistiques, ce qui soumet la minorité nationale québécoise à devoir débattre dans un forum qui lui est normativement défavorable, c'est-à-dire au sein de l'État central, alors qu'il s'agit d'un enjeu crucial pour sa continuation culturelle.

L'égalité linguistique formelle pour les individus n'efface pas les inégalités structurelles à la base des inégalités linguistiques, entre personnes et entre groupes. En

²⁶ Ce concept a été développé par le sociologue Raymond Breton (1964) et est toujours utilisé pour étudier les communautés linguistiques minoritaires au Canada (Cardinal et Léger, 2017). Le concept renvoie au fait, pour une minorité, de contrôler l'ensemble des institutions nécessaires à sa continuité socioculturelle et politique (Cardinal et Léger, 2017).

effet, « l'enjeu de la langue est en général lié à des rapports de domination économique et politique » (Lapierre, 1988 : 261). De plus, les droits linguistiques ne valent autant que s'il y a bien une communauté, dotée d'une complétude institutionnelle, où exercer ces droits. Le philosophe Charles Taylor pointa les insuffisances d'une approche libérale individualiste et juridique de la langue : « Il ne suffit pas que la langue française puisse être utilisée par ceux qui le désirent. [...] Il faut aussi s'assurer qu'il y aura une collectivité de gens ici dans l'avenir qui voudront profiter de cette possibilité. » (Taylor, 1994 : 76) Ce qui revient à dire qu'il y a une économie politique des échanges linguistiques : « les échanges linguistiques sont aussi des rapports de pouvoir symbolique où s'actualisent les rapports de force entre les locuteurs ou leurs groupes respectifs. » (Bourdieu, 1982 : 14).

L'édification de l'État moderne est passée par un long processus – jamais terminé et souvent contesté – d'unification culturelle, économique, linguistique, militaire, politique et symbolique, de manière à créer un seul espace national incontestable et universel (Bourdieu, 2012). Avec le déploiement du nationalisme et l'avènement de l'industrialisme, le pouvoir s'appuie sur, et contribue à ériger une nation (Gellner, 1989). De même, les besoins croissants d'une main-d'œuvre plus éduquée contribuent à une tendance lourde vers l'uniformisation culturelle et linguistique (Gellner, 1989). L'uniformisation se réalise soit par la coercition (éducation uniforme obligatoire dans la langue de l'État, interdiction de l'usage des autres langues, absence de financement public aux écoles de la minorité, etc.), par la dissémination de la culture dominante (presse nationale, télévision, production culturelle et recherche subventionnées, etc.) ou, enfin, par le jeu « naturel » de la concurrence économique entre les locuteurs de la langue dominante et des langues dominées. De la sorte, l'État libéral moderne, « [à] moins qu'il n'établisse des obstacles institutionnels [...], suit une pente naturelle vers l'unilinguisme. » (Laponce, 1984 : 192) Le sociologue Jean William Lapierre arriva à la même conclusion : « la tendance à l'unification linguistique imposée par le pouvoir est générale dans l'histoire des États modernes. » (Lapierre, 1988 : 27) La

mondialisation ne fait qu'accentuer ce phénomène d'homogénéisation et d'unification culturelle et linguistique. Et, comme l'analysa avec des accents foucaaldiens le sociologue Manuel Castells, « là où il y a domination, il y a résistance à la domination, mais aussi des points de vue et des projets contrastés sur la façon d'organiser la vie sociale. » (Castells, 2010 : xxxix, traduction libre) La domination culturelle et linguistique nourrit en retour les forces oppositionnelles, notamment les identités-résistances nationales, qui s'opposent aux États nations dans lesquelles elles sont enserrées (Castells, 2010). En effet, « les nations, en tant que communautés culturelles, sont devenues des points de mobilisation et de résistance contre la répression séculaire de leurs droits et de leur identité. » (Castells, 2010 : xxiv, traduction libre) Dans ce contexte, le langage devient un objet primordial de lutte pour la reconnaissance et d'identité pour les nations minoritaires, comme le Québec : « la langue, comme expression directe de la culture, devient le rempart de la résistance culturelle, le dernier bastion de la maîtrise de soi, le refuge du sens de l'appartenance. » (Castells, 2010 : 56, traduction libre)

Or, les résistances nationales à cette centralisation libérale sont incomprises par le majoritaire qui, outré, y voit une entrave au progrès de la civilisation libérale, qui passerait par l'intégration des individus, membres des nations minoritaires, dans des unités politiques englobantes, qui seraient, elles, pleinement légitimes et fonctionnelles dans un environnement mondialisé (Dieckhoff, 2007 ; Kymlicka, 2001a). Le progrès libéral entendu ainsi, conjuguant modernisation et assimilation, est un rouage de l'impérialisme. Le politologue Michael W. Doyle conçoit l'impérialisme comme les différentes dimensions que prend l'affirmation de la domination impériale :

L'Empire est une relation, formelle ou informelle, dans laquelle un État contrôle la souveraineté politique effective d'une autre société politique. Elle peut être réalisée par la force, par la collaboration politique, par la dépendance économique, sociale ou culturelle. L'impérialisme est simplement le processus ou la politique d'établissement ou de maintien d'un empire. (Doyle, 1986 : 45, traduction libre)

L'aspect culturel de la domination impériale a été défini par le sociologue Russell Smandych, à la suite du sociologue Herbert Schiller (1975-1976), « comme

l'imposition des institutions sociales et culturelles d'une puissance impériale dominante, ou d'un État-nation, sur celles d'une population coloniale moins puissante. Les tentatives de domination culturelle peuvent s'exercer à travers une grande variété d'institutions [lois, médias, écoles, etc.]. » (Smandych, 2005 : 267, traduction libre)

La *Charte canadienne des droits et libertés* a aussi été analysée comme un mécanisme de domination impériale, car elle participe du projet d'édification nationale canadienne, qui cherche à imposer un même ensemble de normes et une identité moniste à une fédération pluraliste, traversée par la diversité nationale et normative. De la sorte les choix et les grandes orientations sociopolitiques des nations minoritaires (comme le Québec) sont assujettis aux normes du nationalisme constitutionnel canadien. Comme l'a résumé Alan C. Cairns :

La Charte, issue de l'épique lutte constitutionnelle de 1980 à 1982, se voulait clairement un outil d'édification nationale [...]. Bien qu'elle soit rarement décrite ainsi, la Charte – comme c'est le cas de la plupart des constitutions écrites – est un acte d'impérialisme orienté vers l'avenir, attribuant aux citoyens une identité qui soutient le régime. (Cairns, 2005 : 342, traduction libre)

L'historien des idées, James Tully, a aussi analysé la réforme constitutionnelle de 1982 et la Charte canadienne sous l'angle de la domination impériale :

Lorsque l'Assemblée nationale cherche à préserver et à renforcer le caractère moderne et francophone de la société québécoise, elle découvre que sa souveraineté traditionnelle dans ce domaine est subordonnée à une Charte, dans le langage de laquelle toute sa législation doit être formulée et justifiée, mais qui exclut toute reconnaissance du caractère distinct du Québec. La Charte a donc pour effet d'assimiler le Québec à la culture nationale pancanadienne, ce que justement la Constitution de 1867 avait été établie pour empêcher, selon Lord Watson. Selon cette perspective, la Charte est donc « impériale », au sens précis du terme qui a toujours été utilisé pour justifier l'indépendance : il s'agit d'un joug étranger imposé à un peuple sans son consentement et qui contrecarre sa liberté de se gouverner par ses propres lois et coutumes. (Tully, 1995a : 105, traduction libre)

L'unification normative de la fédération est aussi accompagnée d'un processus graduel et continu d'unification linguistique. L'unification d'un marché linguistique, où trône une seule langue officielle, est promue à la fois pour des raisons politiques et identitaires (un État, une nation, une langue, une culture), tout comme d'efficacité gestionnaire (notamment pour faciliter les échanges dans le marché économique national ou les communications entre l'État et les citoyens). Enfin, les élites culturelles,

économiques et politiques, porteuses d'une langue dominante, rehaussent la puissance, le rayonnement et donc l'attrait de ladite langue, qui est davantage à même de recruter de nouveaux locuteurs, issus de l'immigration ou des nations minoritaires. De plus, ils participent à la constitution d'un réseau de communication conditionnant l'accès aux meilleurs postes. Réseau duquel sont exclus d'emblée les locuteurs des langues minoritaires, qui ne maîtrisent pas la langue dominante à vocation universelle sur un territoire, la *lingua franca*. Le fardeau du bilinguisme n'est donc pas également réparti : « un effet habituel du contact entre langues [...] mène le groupe le plus puissant à se décharger sur le plus faible des coûts d'acquisition et d'entretien²⁷ de deux langues, alors que lui, le dominant, économise et reste unilingue. » (Laponce, 2006 : 15).

C'est le propre du membre du groupe majoritaire de ne pas se percevoir comme tel et, ainsi, de pouvoir se projeter comme « individu » dans un « universel libéral intégrateur », qui recouvre en fait ses intérêts en tant que membre de la majorité (Guillaumin, 1972). Penser dans la logique de l'individualisme égalitaire est le privilège du dominant, qui ressent moins le poids des contraintes sociopolitiques. Le libéralisme est théoriquement la politique de l'indifférence, traitant les individus de manière symétrique, ce qui le rend aveugle aux inégalités sociopolitiques découlant d'une égalité de traitement. Le libéralisme participe ainsi à la violence systémique :

La pierre angulaire du libéralisme dominant est l'individu et, par extension, l'égalité individuelle des chances. De ce point de vue, l'État ne doit s'ingérer dans les affaires des individus que pour garantir l'absence de discrimination. C'est là le principal problème de cette vision : elle amène ses partisans à ignorer les questions de privilège systémique qui, même en l'absence de discrimination manifeste, ont un impact différencié sur les chances réelles dans la vie d'une personne. (Nieguth, 1999 : 122, traduction libre)

C'est cette logique que l'on voit à l'œuvre dans les propos du premier ministre Trudeau (1968c) qui, présentant la *loi sur les langues officielles*, affirmait que les « deux principaux groupes linguistiques [...] sont tous deux assez importants et riches en ressources matérielles et intellectuelles pour résister aux forces de l'assimilation. »

²⁷ « [L]'apprentissage d'une langue demande environ 10 000 heures de lecture, d'exercice ou de conversation. » (Laponce, 2006 : 95)

La langue du majoritaire, la *lingua franca*, est donc universelle et découle d'un « choix » individuel. Elle est donc la langue *normale*, la langue « droite ». Alors que la langue du minoritaire est, quant à elle, périphérique et doit être protégée par une intervention publique. Elle est donc la langue *exceptionnelle*, la langue « gauche ». Or, comme l'analyse le politologue Jean Laponce,

les langues droitières ne se rendent pas compte ou du moins oublient facilement qu'elles sont droitières ; elles oublient même qu'elles sont des langues. Si je suis unilingue et que je parle une langue dominante, je pense tout naturellement que si le hasard avait voulu que je parle une autre langue, je serais toujours la même personne. [...] La langue de droite pense la démocratie linguistique en termes de droits universels partout transportables, et elle privilégie le bilinguisme du mélange par libre concurrence. La langue de gauche, de son côté, pense la démocratie en termes de droits collectifs et de frontières linguistiques. (Laponce, 2006 : 19)

Promouvoir l'égalité des chances linguistiques – le « choix » individuel de la langue protégé par le droit – revient à ce que le locuteur le plus fort, le droitier, propose au plus faible, le gaucher, de mettre de côté l'intervention du politique pour être *librement* et *également* soumis aux mêmes lois de la concurrence du marché linguistique. À ce jeu égalitaire, la langue dominée ne peut que perdre si elle refuse, pour ne pas être jugée illibérale, de réguler politiquement le marché linguistique.

Les faits sont pourtant têtus et ne font que confirmer la domination structurelle de l'anglais sur le français, dans le contexte d'une égalité juridique des deux langues officielles. En effet, au Canada, en 2016, « [c]hez les personnes de langue maternelle anglaise, le taux de bilinguisme était de 9,2 % en 2016. » Tandis que les personnes de langue maternelle française « affichaient un taux de bilinguisme de 46,2 % en 2016 » et constituaient 53,2 % de toutes les personnes bilingues. Au Québec, en 2016, près de 58 % de la population était bilingue (Statistique Canada, 2017). Pendant que le Québec se bilinguise, les francophones dans le reste du Canada s'anglicisent massivement et rapidement, sauf au Nouveau-Brunswick, où ils parviennent tout juste à se maintenir (Chevrier et Sanschagrin, 2017). Au plan socioéconomique, si les francophones du Québec ont rejoint le reste du Canada, les francophones hors Québec demeurent des communautés plus pauvres économiquement (Martel et Pâquet, 2010).

En fait, le bilinguisme n'est pas le fait de la population : il est l'apanage des élites anglophones, qui y voient un avantage, et des minorités linguistiques, qui y sont astreintes (McRoberts, 2002). D'ailleurs, la vie sociale et politique dans la capitale du Canada, Ottawa, s'y déroule surtout en anglais. Enfin, la langue du travail dans la fonction publique du Canada est encore largement l'anglais, comme en fait foi, dans son rapport, le Greffier du Conseil privé, Michael Wernick, qui affirme que « [d]e nombreux employés, tout particulièrement les francophones, estiment qu'ils ne peuvent écrire ou faire leur travail en français ni utiliser la langue de leur choix lors des réunions. Certains ont mentionné n'avoir que rarement entendu leurs dirigeants, y compris les sous-ministres, parler français. » (Wernick, 2017 : 25)

1.3.3. L'universel et le particulier

La perception majoritaire canadienne conçoit l'État comme une seule communauté politique abritant des individus libres et égaux en droit. L'allégeance à cet État est conçue comme étant progressiste et rationnelle, donc du *patriotisme*, tandis que l'opposition des nations minoritaires, cherchant à préserver leur espace culturel, serait considérée comme régressive et ethnique, donc du *nationalisme* (Dieckhoff, 2007 : 60). Une telle opposition est répandue en Occident. Un exemple parmi tant d'autres tiré de la vie politique contemporaine : le premier ministre irlandais (le *Taoiseach*, en gaélique), Enda Kenny affirma, dans un discours, que : « [l]e vrai patriotisme brûle tranquillement, mais furieusement dans le cœur humain. Le nationalisme étroit met, lui, le feu à la décence, à la responsabilité, à la mémoire et à l'humanité même. » (Kenny, 2017, traduction libre) Dans la littérature, on retrouve fréquemment cette opposition, comme sous la plume de l'écrivain George Orwell :

Le nationalisme ne doit pas être confondu avec le patriotisme. [...] Par « patriotisme », j'entends la dévotion à un lieu et à un mode de vie particuliers, que l'on croit être les meilleurs au monde, mais que l'on ne veut pas imposer aux autres. Le patriotisme est de nature défensive, tant sur le plan militaire que culturel. Le nationalisme, par contre, est inséparable du désir de pouvoir. Le but constant de tout nationaliste est d'obtenir plus de pouvoir et plus de prestige, non pas pour lui-même, mais pour la nation ou l'unité dans laquelle il a choisi de noyer sa propre individualité. (Orwell, 1953, traduction libre)

Le théoricien du républicanisme, Maurizio Viroli, distingue aussi les deux concepts :

Le langage du patriotisme a été mobilisé au cours des siècles pour renforcer ou exprimer l'amour des institutions politiques et du mode de vie qui soutiennent la liberté commune d'un peuple, c'est-à-dire l'amour de la république ; le langage du nationalisme a été forgé à la fin du XVIII^e siècle pour défendre ou renforcer l'unité et l'homogénéité culturelle, linguistique et ethnique d'un peuple. [...] Alors que les ennemis du patriotisme républicain sont la tyrannie, le despotisme, l'oppression et la corruption, les ennemis du nationalisme, eux, sont la contamination culturelle, l'hétérogénéité, l'impureté raciale, la désunion sociale, politique et intellectuelle. (Viroli, 1995 : 1-2, traduction libre)

L'anthropologue Arjun Appadurai rejette le nationalisme ou « monopatriotisme », soit le patriotisme agressif et ethnique de l'État-nation, au profit d'un patriotisme postnational, fluide et pluriel. Si le patriotisme se définit essentiellement comme ce pour quoi les personnes veulent vivre et mourir, dans la société postnationale, il existe une multitude de marqueurs identitaires et de causes pour lesquels les individus voudraient s'engager, voire se sacrifier (Appadurai, 1993 : 427, traduction libre).

Dans la même veine, Ignatieff opposait la fermeture du nationalisme ethnique à l'ouverture du nationalisme civique, ou patriotisme (Ignatieff, 1993 : 20). Selon lui, la partie autonomiste du mouvement nationaliste québécois serait moderne et civique²⁸, mais sa frange indépendantiste prônerait un nationalisme ethnique et régressif, qui « assurer[ait] la domination de la majorité ethnique. » (Ignatieff, 2001 : 120)

L'opposition est claire : d'un côté le patriotisme inclusif, ouvert, politique et universel, de l'autre le nationalisme exclusif, fermé, culturel et particulier. Or, patriotisme et nationalisme renvoient plutôt à un seul et même fait sociologique :

des sentiments de solidarité pour une communauté généralement territoriale dont l'expression politique est l'acquisition ou le maintien d'un statut politique distinct permettant à cette communauté de déterminer elle-même son destin politique (en d'autres mots de s'autogouverner) (Lecours et Nootens, 2007 : 27).

En outre, comme le souligne le politologue Christophe Jaffrelot, cette distinction est arbitraire et sert des fins politiques. Comme il l'écrit, l'évocation du patriotisme « est

²⁸ On peut même se demander si sa pensée n'a pas évolué à ce sujet. En effet, Ignatieff a salué en juillet 2018 la pertinence analytique du dernier article du journaliste Martin Patriquin, *How did Quebec's nationalist movement become so white?*, qui évoquait la dérive ethnique de tout le mouvement nationaliste québécois (https://twitter.com/m_ignatieff/status/1017723815663689728).

utilisée la plupart du temps dans une perspective normative : le patriotisme est respectable – voire moral – parce qu’il désigne une défense – qui peut être héroïque – de la nation. » (Jaffrelot, 2006 : 32) Tandis que « le nationalisme s’applique davantage à ceux qui sont engagés dans des politiques expansionnistes et agressives. » (*ibid.*)

On associe le patriotisme à la consolidation d’un État-nation établi – soit le nationalisme majoritaire –, et le nationalisme à la contestation de cet État par une nation minoritaire (Dieckhoff, 2007 : 61-62). Or, le patriotisme ou le nationalisme est à la fois culturel et politique : il s’agit d’ériger un État viable qui communique dans une langue, partage une culture, des droits et des institutions, et qui trouve sa légitimité dans un peuple, constitué à partir de plusieurs groupes ethnoculturels et linguistiques (Gellner, 1989). En effet, « [c]’est le nationalisme qui crée les nations et non pas le contraire. » (Gellner, 1983 : 89) C’est dire que la nation, majoritaire ou minoritaire, n’est pas une essence déjà-là, mais résulte d’un travail collectif et sincère de création, d’imagination (Anderson, 2002). L’État constitutionnel libéral ne peut prétendre à la neutralité culturelle, d’autant plus que « [p]ratiquement toutes les démocraties libérales ont, à un moment ou à un autre, tenté de diffuser une seule culture sociale, celle de la majorité dominante. » (Kymlicka, 2000 : 185, traduction libre) En outre, « les institutions étatiques ne peuvent être séparées de la culture ; elles font elles-mêmes partie de la culture. » (Nieguth, 1999 : 120, traduction libre) Le fonctionnement et la stabilité de ces institutions étatiques requièrent une culture publique commune. Or, « il est plus probable qu’improbable que, dans une société multiculturelle, cette culture politique commune reflétera dans une large mesure la culture du groupe qui contrôle le plus grand nombre de ressources, c’est-à-dire le groupe ethnique (racial, culturel) dominant. » (Nieguth, 1999 : 121, traduction libre) Ce qui lui fait dire que « la neutralité de l’État est donc un mythe. Les États ne peuvent échapper aux préjugés culturels, encore moins qu’ils ne peuvent actuellement (dans des conditions de répartition inégale des ressources du pouvoir entre les groupes) échapper aux préjugés ethniques et raciaux. Tous ces préjugés perpétuent les inégalités de pouvoir et les

disparités socio-économiques existantes entre les groupes. » (Nieguth, 1999 : 122, traduction libre) L'universalisme civique apparemment neutre, auquel est convié de s'assimiler le minoritaire, est donc aussi un particularisme et un nationalisme. « Ce nationalisme de la majorité, recouvert d'un vernis universaliste, a beau être inconscient, il n'en est pas moins réel. » (Dieckhoff, 2007 : 60-61) Dimitrios Karmis souligna que « défendre une conception de l'identité nationale prétendument neutre sur le plan culturel c'est défendre une conception moniste de l'identité nationale qui favorise le groupe culturel et linguistique majoritaire. » (Karmis, 2003 : 92)

L'universalisme libéral dominateur – tapi sous le « mythe de la neutralité de l'État en matière d'ethnicité, de culture et de race » (Nieguth, 1999 : 118, traduction libre) – amène la résistance de la part des communautés minoritaires, qui refusent de se fondre dans un grand tout. Comme l'a écrit Castells, « pour les acteurs sociaux exclus de ou s'opposant à l'individualisation identitaire [...], les communautés culturelles [...] semblent constituer la principale alternative pour la construction du sens dans la société. » (Castells, 2010 : 68, traduction libre) La résistance communautaire à l'assimilation est décrite, par le « majoritaire universaliste » au Canada, comme une posture passéiste, conservatrice et ethnique. Comme le soulignait avec ironie Michel Brunet, « [l]es faibles ont toujours tort et leur nationalisme dérange la digestion des plus forts. » (Brunet, 1955 : 473) Hubert Aquin répondra à un article antinationaliste québécois de Trudeau²⁹, en écrivant que « [l]e majoritaire, parfois excédé, en arrive à accuser le minoritaire de le contre-dominer par la fonction de freinage et d'entrave qu'il finit par exercer de fait [...] en bris[ant] continuellement les grands élans de la majorité dynamique par ses revendications et sa susceptibilité. » (Aquin, 1977 : 88).

André Bélanger vit à l'œuvre chez le membre le plus connu du mouvement nationaliste constitutionnel, Pierre Elliott Trudeau, une vision de la société éthico-juridique, individualiste et volontariste. Cette vision le porta à faire « totalement abstraction du

²⁹ Il s'agit de *La nouvelle trahison des clercs*, que Trudeau publia dans la revue *Cité libre* en 1962.

conditionnement économique, politique et culturel auquel est nécessairement soumis le Québécois. » (Bélanger, 1977 : 128) Trudeau était donc aveugle au milieu social et aux rapports de domination, ancrés dans les discours dominants et les institutions de pouvoir. Il voyait plutôt à l'œuvre au Québec une situation d'aliénation morale, dont un clergé autoritaire et des élites petites-bourgeoises complices seraient largement responsables, par leurs paroles et actions antidémocratiques et corruptrices et par leur « ethnicisation » de la politique (Trudeau, 1958). Ainsi, le groupe franco-québécois serait responsable de son manque d'ambition et de volonté à prendre sa place comme égal dans la fédération, alors qu'il disposait des outils constitutionnels pour agir. Selon Trudeau, « [s]i l'État canadien a fait si peu de place à la nationalité canadienne-française, c'est surtout parce que nous ne nous sommes pas rendus indispensables à la poursuite de sa destinée. » (Trudeau, 1967 : 175) Le projet séparatiste serait d'ailleurs un projet mort-né, car, dans un style inspiré de Lord Durham, il affirma que « la nation canadienne-française est trop anémiée culturellement, trop dépourvue économiquement, trop attardée intellectuellement, trop sclérosée spirituellement » pour espérer former un jour un État-nation (Trudeau, 1962 : 12).

Sous cette lorgnette, la Conquête de 1759-1760 aurait apporté aux Canadiens français l'autonomie et la sortie de l'étouffant Ancien Régime puis, à terme, la démocratie libérale (Trudeau, 1958 ; Ignatieff, 2001 : 122-123). Démocratie héritée que peine à habiter et à faire vivre le Canadien français empêtré dans ses atavismes (Trudeau, 1958). Trudeau écrivit d'ailleurs dans *La Grève de l'amiante*, en 1956, que « contre une ambiance anglaise, protestante, démocratique, matérialiste, commerciale et plus tard industrielle, notre nationalisme élaboré un système de défense où primaient toutes les forces contraires : la langue française, le catholicisme, l'autoritarisme, l'idéalisme, la vie rurale et plus tard le retour à la terre. » (Trudeau, 1970b : 12)

On peut s'inspirer de l'analyse que fit Albert Memmi (1985 : 99-103) de la colonisation du Maghreb pour analyser ce racisme ordinaire, où le minoritaire est classé et jugé comme inférieur au prisme de l'univers normatif du majoritaire. Colette Guillaumin

avança une proposition équivalente : « Le minoritaire se trouve en fait intégré dans le système symbolique défini par le majoritaire [...] ; il ne peut se définir sur des références internes et indépendantes, il doit le faire à partir des références que lui offre le système majoritaire. » (Guillaumin, 1972 : 90) Le majoritaire propose donc une image négative du minoritaire (un ingrat et un paresseux, qui serait bien incapable de s'autogouverner) qui conforte la légitimité de sa domination.

Trudeau (1962b et 1965) invite donc l'individu québécois – prisonnier du cléricalisme qui l'attache au passé, au repli identitaire, à l'irrationalisme et à l'autoritarisme – à choisir d'ouvrir sa conscience au réel et à l'avenir, à assainir ses mœurs politiques, à se donner les formes juridiques de la démocratie politique (en laissant largement intacte l'économie capitaliste prise comme un donné) et à s'élancer pour conquérir un sous-continent. Les deux derniers éléments renvoient à un aspect structurant de la pensée profondément libérale et rationaliste de Trudeau, éclairant le constitutionnalisme qu'il contribuera à incarner au Canada : assurer des règles juridico-politiques de *fair-play* à l'intérieur desquelles on doit laisser libre court à la concurrence interindividuelle et au libre choix. En effet, « l'égalité qu'il cherche à obtenir n'est pas [...] "l'égalité à la Procruste [...] où tous seraient ramenés à une certaine moyenne". C'est l'égalité des chances ou encore, pourrait-on dire, une chance égale de connaître la liberté. » (Bickerton, Brooks et Gagnon, 2003 : 132-133) La libre compétition permettrait aussi le développement des cultures et des langues, alors que le protectionnisme étatique serait contreproductif et liberticide, car « une culture ne progresse que par l'échange et l'affrontement » (Trudeau, 1967 : 40). Comme l'écrivent Bickerton, Brooks et Gagnon, pour Trudeau, « [u]n excès de protectionnisme culturel [...] dégénère inévitablement en intolérance et, au bout du compte, en une négation absolue de la liberté individuelle au nom de la dignité du groupe. » (Bickerton, Brooks et Gagnon, 2003 : 139) Le « voile d'ignorance » sociologique de Trudeau, comme tant d'autres³⁰, le conduit dès lors à

³⁰ De Lord Durham (Ajzenstat, 1988), à propos des Français du Bas-Canada, à Tom Flanagan (2000), à propos des Autochtones, la tradition libérale appelle l'individu, empêtré par sa mentalité aliénante, à choisir de s'émanciper de ses chaînes culturelles liberticides pour s'intégrer à une société moderne.

proposer une vision d'une société juste et formellement égalitaire, qui demande aux membres des nations minoritaires de s'émanciper individuellement de leur culture aliénante, faisant fi de la sorte de leur situation de discrimination systémique, donc oblitérant le social. Cette société libérale avantage justement l'élite, c'est-à-dire des individus déjà privilégiés en capitaux sociaux (argent, diplômes, relations, etc.) comme Trudeau. La société juste en est une d'assimilation pour les individus membres des nations minoritaires, appelés à larguer le poids oppressant de leurs attaches passées.

À la vision de Trudeau, d'une émancipation immédiate, individuelle, rationnelle et volontariste, Aquin répondit qu'« [i]l n'y a pas de raccourci possible pour passer de l'infériorité, ressentie collectivement, à la collaboration d'égal à égal. » (Aquin, 1977 : 75) Le premier président du Sénégal, le poète Léopold Sédar Senghor, lançait d'ailleurs cette déclaration lors du *I^{er} Congrès international des Écrivains et Artistes noirs* : « en même temps l'on nous invite à construire la civilisation de l'universel [...] on nous demande de renoncer à notre culture ». (Senghor, 1956 : 377) Cet universel, certes souhaitable pour Aquin, « ne doit exister que grâce à la participation libre et active de tous les éléments particuliers qui auront choisi de le créer. » (Aquin, 1977 : 76)

À partir des années 1950, les intellectuels néonationalistes québécois – comme Michel Brunet, Guy Frégault et Maurice Séguin – s'opposèrent aussi au conservatisme social, au laisser-faire économique et à la sclérose des institutions politiques de l'ère Duplessis (Balthazar, 1986 ; Guindon, 1990). Toutefois, ils furent de même des opposants au nationalisme libéral et intégrateur canadien (Wallot, 1984). Ils critiquèrent les nombreux angles morts épistémologiques de cette perspective libérale asociologique. C'est-à-dire une vision libérale qui ne prend pas en compte les rapports de pouvoir structurels, notamment la domination du capital anglo-canadien et la prépondérance de la nation majoritaire canadienne-anglaise, au contrôle de l'État central. On voit un exemple de ce type de critique dans le compte-rendu que fit Brunet (1954) du livre *Le fédéralisme canadien*, écrit par un proche de Trudeau, l'économiste et mandarin fédéral Maurice Lamontagne, qui défendait une politique rationnelle, keynésienne et

centralisatrice. D'ailleurs, les résistances du Québec au centralisme et au keynésianisme de l'État canadien, constitueraient du « nationalisme agressif » (Brunet, 1954 : 164). Refusant l'association entre la politique keynésienne du gouvernement central et l'édification nationale de la communauté canadienne dominante, Trudeau (1954b) répondit aux critiques du livre de Lamontagne dans les pages de *Cité libre*, en réduisant les critiques des néonationalistes, comme Brunet, à un refus de s'élever à la discussion d'idées pour préférer parler de « race », pour juger toute politique à l'aune de l'étalon ethnique. Le groupe du manifeste *Pour une politique fonctionnelle* (1964), auquel appartenait Trudeau, abondait dans le sens de cette « valorisation de l'homme entendu dans son sens universel, hors de toute référence ethnique, religieuse » et de cette « rationalisation strictement économique du social » (Bélanger, 1977 : 128-129).

Or, l'universalité, en tant que concept valable objectivement pour tous sur un territoire, est en fait un particularisme – celui du nationalisme majoritaire canadien – qui emprunte les déguisements de l'universel pour mieux s'imposer symboliquement. Ce qui est réalisé d'autant mieux que le groupe particulier porteur de ce métadiscours universel est en position de force pour le diffuser, par le contrôle des institutions centrales sur un territoire. L'exemple typique que l'on retrouve dans la littérature sur le nationalisme est celui de la France révolutionnaire qui, à partir d'un centre – Paris – a disséminé de manière coercitive des valeurs, une langue, des normes et une vision du monde sur un territoire national en devenir (Bourdieu, 2012 ; Dieckhoff, 2000).

1.3.4. Un métadiscours de pouvoir

La Charte canadienne, malgré qu'elle garantisse les droits fondamentaux et linguistiques, est aussi un discours de pouvoir qui produit des normes enserrant la vie politique et augmentant la légitimité et la portée de l'État central, donc un discours qui magnifie le pouvoir des acteurs qui lui sont liés. La politologue Wendy Brown exprime bien cette ambivalence de la politique des droits de la personne :

Le pouvoir n'est pas seulement souverain ou juridique et les droits ne sont pas seulement des moyens de défense contre le pouvoir social et politique. Les droits sont aussi, en tant que

dimension de la *gouvernementalité*, un élément crucial de l'appareil de pouvoir. En tant que tels, les droits ne sont pas simplement des règles et des protections contre le pouvoir, mais peuvent eux-mêmes être des tactiques et des véhicules de gouvernance et de domination. (Brown, 2004 : 459, traduction libre)

L'anthropologue Richard A. Wilson dira aussi que « le discours sur les droits de l'homme est devenu une forme dominante de légitimation idéologique pour les nouveaux projets d'édification nationale dans le contexte du libéralisme constitutionnel et procédural. » (Wilson, 2001 : 4, traduction libre) Au Canada, plusieurs politologues et juristes analysèrent la Charte canadienne comme un instrument de pouvoir au service de l'édification nationale canadienne (Russell, 1983 ; Knopff et Morton, 1985 ; Webber, 1993 ; Cairns, 1995 ; McRoberts, 1999 ; Choudhry, 2009 ; Kymlicka, 2000). C'est-à-dire qu'elle contribuerait à développer un sentiment d'identité pancanadienne en unissant l'ensemble des citoyens, peu importe le « hasard » de leur territoire de résidence, par le partage des mêmes droits constitutionnalisés. L'appartenance collective pancanadienne contribue à amenuiser les identités centrifuges concurrentes (régionales ou nationales), à renforcer l'unité nationale et à souder les psychés à l'État central, garante des libertés civiles et lieu de la grande politique, où est débattue la portée relative des droits. L'État central en ressort grandi symboliquement et en gagne un surplus de légitimité face aux États provinciaux et aux nations minoritaires.

En plus de promouvoir ce patriotisme constitutionnel, la Charte canadienne – telles que ses dispositions sont interprétées par le plus haut tribunal de la fédération – produit les normes supra-législatives qui encadrent le régime politique canadien. La Cour suprême agit donc comme un agent d'homogénéisation et d'uniformisation de la fédération (Laforest, 1992b : 173-205). C'est-à-dire qu'elle énonce les normes supérieures, les métanormes, qui régulent la vie politique canadienne, délimitent les revendications possibles et naturalisent l'ordre libéral, rendant hors-jeu les autres formes d'organisation de la société qui seraient plus communautaire. En effet, le patriotisme constitutionnel qui est promu définit l'appartenance commune des citoyens au Canada dans le langage libéral de l'individualisme, de la rationalité et du contrat social. Ce qui revient à dire que les individus ont un intérêt rationnel à choisir librement de s'identifier

à la société politique canadienne dans son ensemble, car cette dernière garantit les droits fondamentaux des contractants. Cette pratique et cette vision sont incompatibles avec les droits collectifs des nations minoritaires, à qui l'on refuse la souveraineté au nom de l'unité de la nation, des droits et de la Couronne. Par exemple, dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour suprême a énoncé quatre principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien pour trancher la question du droit de sécession, en donnant la prépondérance à la primauté du droit et au constitutionnalisme³¹, affirmant ainsi comme un donné l'ordre constitutionnel canadien et les règles pour en sortir (Sanschagrin, 2019). Andrée Lajoie ne s'y est pas trompée lorsqu'elle a écrit que « la Cour n'a pas réussi à résoudre la quadrature du cercle : elle n'a pas réconcilié la primauté du droit et la légitimité démocratique. Au contraire, ce que le résultat de cet exercice souligne en gras, ce sont les limites concrètes que la seconde impose à la première ». (Lajoie, 2000 : 41) Le jeu entre ces principes – devant théoriquement ouvrir la voie à la sécession après une course à obstacles juridiques complexe (Rocher et Adam, 2016) – dessine plutôt les contours d'un univers normatif canadien unifié où le Québec doit plaider sa cause (Sanschagrin, 2019). Le Québec est donc appelé à se séparer en mobilisant les normes de l'ordre constitutionnel duquel il veut justement s'extirper, renforçant dès lors la puissance symbolique de cet ordre (Sanschagrin, 2019). Seulement, ces normes ne sont pas neutres. Elles servent à consolider et à légitimer l'État canadien, car à travers eux, s'incarne la souveraineté de la nation majoritaire canadienne (Lajoie, 2000). Comme le souligna Lajoie, l'idéologie de la primauté du droit « “nous” construit comme peuple, justifie le monopole normatif de l'État qui représente *ce* peuple, désormais devenu *le* peuple. » La primauté du droit « [permet] précisément de figer éternellement ce rapport de forces [initial], comme si les États et les constitutions étaient immuables “par essence”, “par nature”. » (Lajoie, 2000 : 35-36) Bourdieu (1986 : 13) écrivit aussi que « [l]e droit consacre l'ordre établi en consacrant une vision de cet ordre, qui est une vision d'État, garantie par l'État. »

³¹ Suivis du fédéralisme, de la démocratie et de la protection des minorités.

L'envers de ce patriotisme constitutionnel est la perte de légitimité des appartenances nationales minoritaires, qui seraient antimodernes, communautaires, irrationnelles. Ce type d'identité préexisterait à leurs membres, leur serait imposé sans leur consentement et ne contribuerait pas à leur épanouissement, qui devrait passer par l'accroissement de la liberté individuelle dans la société canadienne. En présentant *La politique canadienne du multiculturalisme*, en 1971, le premier ministre Trudeau présenta réitéra la vision individualiste et volontariste de l'identité, mais aussi la conception utilitariste du langage comme outils de communication : « *Tout homme verrait sa liberté entravée s'il se trouvait enfermé pour toujours dans un compartiment culturel déterminé uniquement par sa naissance ou sa langue.* » (Trudeau, 1971 : 8545, italiques ajoutés)

La même « vision libérale individualiste des droits des minorités » (Houde et Pillet, 2017 : 71) a prévalu pour *La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969* (le Livre blanc de 1969). Avec cette politique, le gouvernement Trudeau voulait forcer « l'émancipation » des « individus » autochtones, prisonniers de leur « ghetto » culturel et social³², en abolissant le statut « d'indien », les traités ancestraux et les réserves (la propriété collective et inaliénable des terres sous la fiducie de la Couronne). Ces « individus-propriétaire » seraient traités sur un pied d'égalité juridique avec tous les Canadiens et jouiraient de la propriété privée. Cet « individualisme possessif³³ » est explicite dans le Livre blanc de 1969³⁴ : « Être Indien, c'est être dépourvu de puissance, de la puissance d'être propriétaire d'un terrain, de dépenser son propre argent et même de la puissance qu'il faudrait pour modifier sa propre condition. » (Canada, 1969) À terme, l'objectif était l'assimilation individuelle à une société libérale canadienne : « la

³² Devant reculer face au tollé, Pierre Trudeau déclara : « Nous les garderons dans leur ghetto aussi longtemps qu'ils le souhaitent. » (Citation tirée de Lagace et Sinclair, 2015, traduction libre).

³³ Le concept d'individualisme possessif, créé par C. B. Macpherson, décrit la logique libérale de l'appropriation, en ce sens que l'individu libre et égal en droit est celui qui est propriétaire de sa personne, de ses facultés mentales et aptitudes physiques ainsi que de la propriété accumulée grâce à son travail. Cet espace d'accumulation privée doit être libre et protégé par l'État (Macpherson, 1971).

³⁴ Le leader cri, Harold Cardinal, répliqua à cette conception libérale individualiste de la *société juste* en publiant *The Unjust Society* (le Livre rouge). Selon Cardinal, le Livre blanc de 1969 était une politique à peine déguisée d'extermination par assimilation culturelle.

participation entière, libre et égale – non discriminatoire – de l’Indien à la vie sociale de notre pays. » (Canada, 1969) Or, l’assimilation de l’autre à l’univers normatif et aux pratiques sociales du majoritaire est justement une condition de la domination structurelle, de l’oppression raciste (Guillaumin, 1972).

Les parallèles ici sont nombreux avec le libéral Lord Durham, dépêché en 1838 par Londres pour enquêter sur les troubles dans les colonies canadiennes, alors que les Patriotes se soulevaient contre la Couronne. Il découvrit au Bas-Canada « deux nations en guerre au sein d’un même État », dont l’une, canadienne-française, était jugée inférieure, car elle était « un peuple sans histoire ni littérature », sans industrie et figé dans le passé (Lambton, 1839). Il recommanda l’assimilation de la « race » inférieure au groupe britannique, le plus industriel, comme moyen de propulser les individus français dans la modernité libérale (Ajzenstat, 1988). On voit de la sorte une illustration de la double dynamique liant l’intégration et la domination (Bourdieu, 2012).

Si elle est écrite fondamentalement dans le langage du libéralisme individualiste, dont l’objectif premier est de limiter l’action de l’État³⁵, la Charte canadienne ne se limite pas à ces dimensions. Elle intègre aussi un providentialisme modéré (comme la discrimination positive, énoncée à l’article 15.2) et une reconnaissance limitée de certains groupes (minorités de langue officielle, communautés ethnoculturelles, etc.). La Charte permet de la sorte des accommodements à la marge au sein de l’ordre libéral, sans toutefois entamer de manière significative les relations de pouvoir entre groupes (majorité nationale/minorités nationales, femmes/hommes, capital/travail, etc.).

La Charte canadienne donne du pouvoir aux individus et aux groupes pour se préserver des ingérences de l’État dans leurs espaces privés. Mais, par le fait même, elle désarme les individus et les groupes en les isolants face à l’État (Gauchet, 2002), en en faisant

³⁵ Le juge en chef Brian Dickson a écrit, pour la majorité dans l’arrêt *Hunter c. Southam* (1984), que le but de la Charte canadienne « est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu’elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d’agir à l’encontre de ces droits et libertés ; elle n’autorise pas en soi le gouvernement à agir. »

des compétiteurs pour les bienfaits décroissants de l'État (Cairns, 1986) et en modérant les demandes des groupes contestataires qui doivent les transposer dans le langage du droit libéral, et ainsi privilégier le litige à l'action collective (Fudge, 1990). La Charte contribue de la sorte à l'établissement d'un environnement politique défavorable à l'émergence d'alternatives politiques au modèle libéral individualiste de la politique des droits de la personne ; elle conforte donc l'ordre établi.

Ceux qui, tel Ignatieff (2000b), voient dans la politique des « droits de l'homme » un *moyen politiquement neutre* de réduire la souffrance humaine et d'augmenter la liberté individuelle, font fi de sa nature nécessairement normative : « Il s'agit d'une politique et elle organise le champ politique, souvent dans le but de le monopoliser. Le droit est aussi une critique des projets politiques dissonants, convergeant de la sorte parfaitement avec les exigences de l'impérialisme libéral et du libre-échange mondial, tout en les légitimant. » (Brown, 2004 : 461, traduction libre) Richard Wilson critiqua aussi le mythe de la neutralité axiologique du droit, car « l'idéologie juridique est une forme de domination, au sens wébérien du terme, qui s'inscrit dans des relations d'inégalités sociales historiquement constituées. » (Wilson, 2001 : 5, traduction libre)

Le métadiscours chartiste et de la société juste en est donc un récit de « la fin de l'histoire » (Fukuyama, 1989) ainsi qu'un impérialisme culturel qui ne souffre d'aucune concurrence normative sur le territoire canadien. En effet, au lendemain de la chute du mur de Berlin séparant l'Occident libéral du Bloc soviétique, le philosophe Francis Fukuyama prophétisait l'apaisement des conflits idéologiques et politico-économiques fondamentaux dans l'histoire (absolutisme, fascisme et bolchévisme). La chute du mur symbolisait « le point final de l'évolution idéologique de l'humanité et l'universalisation de la démocratie libérale occidentale comme forme finale de gouvernement humain. » (Fukuyama, 1989 : 458) Dans un esprit hégélien, il avançait que même si le réel n'a pas encore concrétisé parfaitement l'idéal de l'État libéral et constitutionnel, celui-ci s'est imposé dans le monde des idées comme la seule alternative possible : « tout système viable qui puisse se substituer au libéralisme

occidental a totalement été discrédité. » (Fukuyama, 1989 : 458) Ce ne serait qu'une question de temps avant que les batailles d'arrière-garde se tarissent et que le réel devienne pleinement rationnel en s'accordant à l'idée libérale (Fukuyama, 1989). Ignatieff souligna aussi la force de contagion du libéralisme : « Quand l'imagination libérale s'enracine dans une société, la logique rend impossible de ne pas en étendre les promesses à l'humanité tout entière. » (Ignatieff, 2001 : 127) Charles Taylor ne vit dans cette idéologie libérale qu'une politique du consensus, visant à équilibrer les forces en présence et à rejeter les oppositions radicales (Taylor, 1970 : 3).

Le discours chartiste est porté par les élites juridico-politiques canadiennes³⁶ et est largement diffusé socialement, tel que le montrent les études d'opinion récurrentes (Environics, 2006, 2012 ; Fournier *et al.*, 2011). Ce discours avance de manière similaire que l'ordre libéral et le régime constitutionnel canadien sont foncièrement justes et, malgré des ratés, ne nécessitent que des ajustements périphériques pour assurer une plus grande jouissance pour tous de leurs libertés individuelles fondamentales (vie, propriété, circulation, conscience et expression). Le libéralisme, la force dominante au Canada, conçoit ainsi que la société n'existe seulement que pour permettre la poursuite des intérêts des individus et que l'ambition individuelle est la force motrice du progrès (Laxer et Laxer, 1977). Conséquemment, la réponse libérale aux revendications nationales du Québec emprunta le langage des droits individuels (Laxer et Laxer, 1977). L'universel libéral des « droits de l'homme », tel qu'il s'est incarné institutionnellement au Canada, n'est donc incompatible avec l'égalité réelle des conditions entre personnes, qui impliqueraient un empiètement important de l'État dans la société et limiteraient les libertés individuelles. Il est aussi antinomique d'une véritable autonomie des nations minoritaires, qui signifierait, selon cette logique, un recul vers les appartenances ethniques régressives et une rupture de l'unité canadienne.

³⁶ On peut penser à Jean Chrétien (Bellavance, 2012), Stéphane Dion (1999), Michael Ignatieff (2001), Beverley McLachlin (2007 et 2016), Barry L. Strayer (2012) et Pierre Elliott Trudeau (1990a).

Il est enfin inconciliable avec un modèle républicain, à cause du spectre de la « tyrannie de la majorité » et du statut constitutionnel intangible de la monarchie parlementaire³⁷.

En outre, des juristes réformateurs, comme Bora Laskin, qui ont fait la promotion de l'universel des droits de l'homme, ont acquis énormément de pouvoir (institutionnel, politique, symbolique, culturel) dans la société. C'est donc aussi un discours de pouvoir, qui a nourri et légitimé le projet d'édification nationale et étatique canadiens.

1.3.5. Libéralisme des droits, individualisme et inégalités

L'universalisme libéral des « droits de l'homme » ressemble dans une certaine mesure au « manteau bigarré », au « grand marché aux constitutions », évoqué dans *La République* (Platon, 2002 : 423-424). Les États dotés d'une charte des droits ne mettent pas l'accent sur le même type de garanties constitutionnelles, dépendamment de leur tradition juridique (Common Law, droit civil, islamique, coutumière) et de leurs différences régionales (Jung, Hirschl et Rosevear, 2014). Par exemple, près de 92% (ou 179 sur 195) des constitutions des États souverains contiennent des droits socioéconomiques (Jung, Hirschl et Rosevear, 2014 : 1053). Mais, ils n'ont pas le même statut ni la même force d'une constitution à l'autre : ils peuvent être justiciables, symboliques ou justiciables et symboliques (Jung, Hirschl et Rosevear, 2014 : 1046).

Les constitutions des pays de tradition civiliste, les anciens pays soviétiques et les pays latino-américains sont celles où l'on trouve le plus grand nombre de droits socioéconomiques et où elles ont le plus de force (Jung, Hirschl et Rosevear, 2014 : 1046-1047). Il n'est donc pas surprenant de voir un pays anglo-saxon de tradition de Common Law comme le Canada³⁸ être dépourvu de telles protections. L'État du

³⁷ « Il se peut fort bien que le principe du gouvernement responsable puisse, dans la mesure où il est fonction de ces pouvoirs royaux importants, être en grande partie intangible. » (*Ontario c. SEFPO*, 1987)

³⁸ Lors des négociations de l'accord de Charlottetown, il y eut une proposition d'intégrer une Charte sociale à la Charte canadienne. Ce projet fut porté par le premier ministre néodémocrate de l'Ontario, Bob Rae, ainsi que la cheffe fédérale des néodémocrates, Audrey McLaughlin (Shugarman, 1992). Rae évoqua ce projet dans le cadre d'une conférence de l'*Empire Club* : « Donc, pour expliquer une partie du rôle de l'Ontario, nous voulons une Charte sociale. Nous ne voulons pas de la Charte sociale pour nous ; nous la voulons pour le Canada. Nous croyons qu'il est crucial que la Constitution inclût un

Québec, davantage civiliste, protège³⁹ plusieurs droits socioéconomiques⁴⁰ au chapitre IV de la *Charte des droits et libertés de la personne* (1975) et, contrairement à la Charte canadienne, régule les rapports entre personnes privées. En somme, l'accent mis sur les libertés négatives (la protection contre les entraves de l'État), ou les libertés positives (l'action étatique pour assurer une plus grande égalité entre les personnes)⁴¹, et le choix sur le type de protections qui leur sont accordées révèle de profondes différences de valeurs, de culture et d'institutions entre les États.

Le régime juridico-politique canadien, en tant que discours et institutions de pouvoir, s'inscrit ainsi dans une logique davantage libérale individualiste, allant de pair avec une vision de la société comme étant façonnée par les « choix » d'individus égaux en droit. Des individus qui peuvent librement « choisir » leur médium de communication (leur langue) et leur culture (leurs valeurs et pratiques sociales). Ces « choix » seraient de nature privée et protégés de l'ingérence de l'État par une barrière constitutionnelle. Un « libre choix » qui inclut celui de travailler à sa réussite sociale, par un investissement personnel (en ressources, en temps et en efforts) récompensé au « mérite ». Les fruits de ces efforts (les diplômes, la propriété privée, le prestige ou le pouvoir politique) au sein d'un espace de compétition interindividuelle sont garantis par le droit. L'équilibre social et la préservation d'une réelle compétition découlent d'interventions minimales de l'État, pour assurer « l'égalité des chances », de manière

énoncé de valeur solide au sujet de notre union sociale et économique. » (Rae, 1992, traduction libre)

³⁹ À cause de leur conservatisme, les juges n'ont pas cru bon de donner toute sa portée à ces droits : « Il reste que les tribunaux refusent généralement de voir dans les droits économiques et sociaux davantage que des énoncés de principes sans effets directs sur la législation » (Bosset, 2003 : 236). Selon le juriste Pierre Bosset, « [l]e problème de la juridicité ou de la “non-juridicité” des droits économiques et sociaux est en partie lié à la perspective individualiste des tribunaux. » (Bosset, 2003 : 238) De plus, en matière de droits socioéconomiques, les tribunaux sont réticents à substituer leur volonté à celle du législateur. Ses « réticences des tribunaux se fondent également sur une dichotomie entre “droits civils et politiques” et “droits économiques et sociaux”. » (Bosset, 2003 : 239)

⁴⁰ Notamment le droit à l'instruction publique gratuite (art. 40), à un niveau de vie décent (art. 45) et à des conditions de travail justes et raisonnables (art. 46).

⁴¹ Cette distinction a été introduite lors d'une célèbre conférence du philosophe Isaiah Berlin (1969), qu'il a prononcée à l'Université d'Oxford en 1958.

à ne pas brimer la concurrence et la logique « naturelle » du marché, productrices de croissance.

L'ordre constitutionnel canadien, tel que modifié par l'enchâssement de la Charte canadienne, est donc favorable à la propriété privée par la négative. Elle n'en dit pas mot, mais elle ne la contraint pas non plus, puisque la Charte ne concerne que la relation entre l'individu et l'État, laissant ainsi libre cours à la reproduction des inégalités dans la sphère privée, à peine atténuée par une égalité des chances qui s'amenuise. Comme l'analysa Henri Brun, les droits individuels constitutionnalisés « permettent que l'intervention du gouvernement puisse être empêchée ou arrêtée, mais ils ne sont aucunement de nature à assurer le progrès social. » Le libéralisme des droits de la personne s'arrange « du seul fait de l'inaction de gouvernements. » (Brun, 1989 : 140) Un proche conseiller constitutionnel de Trudeau au moment du rapatriement affirma qu'« il est juste de dire que l'idée d'une déclaration constitutionnelle des droits était celle d'une protection des “droits négatifs” – c'est-à-dire qu'elle devait garantir la liberté des citoyens et la liberté de choix face à l'ingérence du gouvernement. » (Strayer, 2007 : 54, traduction libre) Il s'agit d'une conception tronquée de la liberté et du rôle de l'État à assurer le bien commun, qui considère que « la mission légitime de l'État se limite à faciliter la liberté en imposant, aux activités des individus, un minimum de contraintes formelles et uniformes. » (Hutchinson, 2017a : 111, traduction libre) Cette conception juridique et procédurale de l'égalité formelle et de la liberté négative « perçoit la société juste comme une collectivité dans laquelle la réalisation de la liberté personnelle et de la justice sociale est possible sans chercher à atteindre l'égalité économique. » (Hutchinson, 2017a : 111, traduction libre) Pour paraphraser Karl Marx (2006), la Charte canadienne reconnaît les mêmes droits au bourgeois comme au travailleur, alors que ces derniers s'affrontent à armes inégales sur le marché du travail. Le fait que le droit constitutionnel soit aveugle aux disparités de richesse conforte la hiérarchie sociale existante et n'entrave en rien la libre circulation des biens, des capitaux et des individus-propriétaires.

D'ailleurs, comme l'ont analysé Dorval Brunelle (1997) et Alain-G. Gagnon (1997), l'adoption de la Charte canadienne est synchronique du virage néolibéral de l'État central, sous les auspices de la Commission Macdonald (1982-1985)⁴². *La révolution des droits* au Canada est donc le complément de la « contre-révolution néolibérale » ; la logique de l'une renforce et explique celle de l'autre. La première oppose la relation intergouvernementale caractéristique du fédéralisme canadien à un nouveau rapport entre les individus et l'État (Brunelle, 1997). La deuxième renforce l'unité nationale tout en remettant en cause le keynésianisme, qui s'était imposé au Canada depuis le rapport de la Commission Rowell-Sirois (1939), en privilégiant la responsabilité individuelle devant le risque social (comme le chômage), la libéralisation des échanges et la privatisation des services publics, dans une société de marché concurrentielle et mondialisée (Brunelle, 1997). Trudeau affirma qu'avec la fin de la période d'abondance, « [l]e temps n'est plus [...] à la redistribution des revenus, mais plutôt à la production des richesses dans un contexte international d'interdépendance et de compétitivité quasi sauvage. Si bien qu'à mon avis, une consolidation du pays s'impose si nous voulons réussir dans ce monde dur et incertain [...] ». » (Trudeau, 1985 : 20-21)

L'État néolibéral veut faire de tout un chacun un « entrepreneur de soi » dans une société de marché concurrentielle en perpétuelle transformation, assurant l'insertion ou la réinsertion sociale des individus, égaux en droit, par des interventions ponctuelles et individuelles, plutôt que par de grands programmes sociaux universels (Dardot et Laval, 2009). Mobilité, flexibilité, croissance, progrès, individualisme, liberté et égalité juridique : voilà autant de termes qui constituent l'équation puissante du néolibéralisme, qui fait fondre les vieilles solidarités de classe et nationale, pour les remplacer par des unités politiques englobantes, qui pourraient mieux réussir à l'ère de la mondialisation. Du gouvernement Trudeau père à celui de Trudeau fils, cette logique

⁴² *Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.*

libérale individualiste et compétitive de l'égalité des chances dans un grand tout canadien fait partie du discours libéral officiel. On en trouve d'innombrables exemples.

À la mort de Trudeau père, Serge Joyal, en lui rendant hommage, réaffirma cette vision libérale individualiste : « Parce que pour lui, libéral, l'individu est un absolu personnel. Les sociétés n'existent pas pour les collectivités ; elles n'existent que pour fournir à chaque personne la chance de partager également les opportunités qu'offrent les talents, les caractères et les aspirations de chacun. » (Canada, 2000)

Dans une série de conférences, Ignatieff adopta un point de vue similaire, en limitant la protection juridique aux droits fondamentaux et en s'opposant aux droits socioéconomiques, car ces derniers mineraient les libertés individuelles (comme le droit de propriété) et la compétition économique et politique (Ignatieff, 2000b : 346).

En 2005, sous le premier ministre Paul Martin, le site officiel du PLC énonçait les éléments fondamentaux de la *société juste* : liberté individuelle, égalité des chances et droits de la personne (Parti libéral du Canada, 2005).

En 2015, dans une publicité électorale, *Nos valeurs : l'économie*, Trudeau fils énonça une vision similaire : « Je crois dans l'égalité des chances pour tous. C'est ça le Canada que nous voulons bâtir. » Vision qu'il réaffirma en 2018 : « Lorsqu'un plus grand nombre de personnes peuvent participer pleinement à notre société, la main-d'œuvre est plus diverse, notre économie est plus forte et nos communautés sont meilleures. »

Cette vision libérale misant sur l'égalité des chances d'individus égaux en droit est asociologique. Elle situe un individu désincarné qui fait des « choix » dans un *vacuum* social, où se déroulerait une compétition entre des partenaires contractuels juridiquement égaux, sous l'arbitrage d'un État bienveillant, garant des libertés et protecteur des minorités. Selon André Bélanger, de la pensée de Pierre Trudeau « est asociologique en ce qu'elle dispose des représentations hors de leur insertion économique et politique ». (Bélanger, 1977 : 102) Par exemple, à propos de la vision qu'avait Trudeau de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, Bélanger rappellera

que « sa lecture toute juridique et prétendument rationnelle de cette loi l'empêch[ait] d'entretenir même un soupçon sur les forces économiques [comme les banquiers anglais et la bourgeoisie coloniale anglo-saxonne] qui à l'origine ont suscité ce regroupement de colonies britanniques. » (Bélanger, 1977 : 127)

La « démocratie des droits de l'homme », telle qu'incarnée au Canada, consiste essentiellement en la protection juridique des individus et des minorités de l'arbitraire de l'État et de la « tyrannie de la majorité ». Elle est donc culturelle, en ce qu'elle défend le droit à la différence des minorités non-nationales, à l'exclusion toutefois du droit d'autodétermination des nations minoritaires⁴³. Elle est aussi éthico-juridique, car elle assure des règles égalitaires de *fair-play*.

La *révolution des droits* est ainsi aveugle aux inégalités structurelles en écartant, et en délégitimant par la même occasion, les droits socioéconomiques. Il s'agit ici de baliser minimalement les forces du marché, de manière à maintenir une société fonctionnelle basée sur la concurrence interindividuelle⁴⁴ ; une valeur phare du libéralisme (Audard, 2009). Ce faisant, à l'intérieur de ce cadre normatif, les fortunes « gagnées » et « maintenues » sont présumées l'avoir été selon des règles de *fair-play*, au sein d'un espace social compétitif, où chacun s'est vu assurer une égale chance de succès, s'il y a consenti les efforts nécessaires. Les entraves juridiques à cette compétition sont illégitimes (les droits socioéconomiques), tout comme le sont les entraves culturelles (le droit des peuples à l'autodétermination), c'est-à-dire les revendications sociopolitiques des nations minoritaires qui, au sein de l'espace étatique canadien, ont cherché depuis la Confédération à maintenir une autre logique sociale, qui serait davantage communautaire et solidaire (McKay, 2000 et 2009).

⁴³ La Constitution, silencieuse sur le sort de la nation québécoise, confirme l'existence des droits des peuples autochtones. Cependant, la jurisprudence constitutionnelle n'a reconnu, à ce jour, que le contrôle des ressources aux peuples autochtones, pas la souveraineté nationale sur leur territoire. Les politologues Michael McCrossan et Kiera Ladner (2016) voient plutôt dans le droit constitutionnel une arme impériale, qui sert à intégrer les peuples autochtones dans le giron normatif du régime canadien.

⁴⁴ Vision qui s'inscrit dans la logique du manifeste *Pour une politique fonctionnelle*, coécrit par Trudeau et plusieurs collaborateurs de *Cité libre* en 1964.

Trudeau (1962 et 1965) incarne bien cette logique hégémonique, lorsqu'il en appelle à dépasser la nation, l'émotion, la contrainte collective et la sclérose pour leur préférer le fédéralisme, la raison, la liberté individuelle et le progrès, concrétisés au Canada par le compromis fédéral de 1867, la règle de droit et la compétition économique. Occultant ainsi les inégalités sociales qui étaient justifiées comme un donné, voire même comme un élément compétitif positif. Ce dernier n'était pas seul à lancer cet appel, qui constituait la ligne officielle de la revue *Cité libre* appelant à une *politique fonctionnelle* (Trudeau *et al.*, 1964). Trudeau et plusieurs membres de l'élite franco-qubécoise, comme Maurice Lamontagne, furent attirés par la force d'attraction de l'orbite de l'État central, comme lieu de la grande politique rationnelle et technocratique, mais aussi comme sphère sociale de pouvoir riche en capitaux (économiques, sociaux, symboliques, culturels) pour une élite en ascension, qui y dénicha des postes de premier ministre, ministre, haut fonctionnaire, sénateur, député, juge.

Malgré leurs prétentions de servir l'« universel des droits de l'homme » de manière désintéressée, on peut affirmer qu'étant des animaux sociaux, les tenants du courant nationaliste constitutionnel ont tous, par définition, un point de vue socialement situé, qui invalide toute prétention à la neutralité. Les tenants de la *révolution des droits* sont liés institutionnellement, économiquement, culturellement ou idéologiquement à l'État central. En outre, ils défendent une vision conforme à leur position sociale et à leur culture, qui accroît incidemment leur pouvoir et celui de leur communauté d'appartenance, la nation majoritaire canadienne.

En défendant l'universel libéral des « droits de l'homme », ces acteurs adoptent consciemment une position désintéressée qui, dans les faits, les avantage. L'idée des « droits de l'homme » favorise leur propre pouvoir et celui des institutions étatiques au sein desquelles ils se trouvent en position de force, ou envers lesquelles ils s'identifient. Comme le soulignait Pierre Bourdieu, « ces idées elles-mêmes sont issues de lutte à l'intérieur des institutions, et [...] c'est à condition de voir qu'elles sont à la fois le produit de conditions sociales et productrices de réalités sociales, constructrices de la

réalité sociale, que l'on peut les comprendre complètement. » (Bourdieu, 2012 : 535-536) Toutefois, il n'y a pas ici de calcul instrumental pour les promoteurs de ces idées, plutôt un « intérêt au désintérêt » pour des acteurs qui ne prennent pas en compte leur propre position sociale. Ce qui voudrait dire que le « voile d'ignorance » des acteurs envers leur position sociale, qu'envisageait John Rawls (1987) à titre de proposition philosophique, existerait bien dans les faits. Mais, plutôt que d'ouvrir le débat sur l'établissement de la société juste, équilibrant liberté et solidarité, comme le voulait Rawls, ce « voile d'ignorance » rendrait invisibles aux yeux des acteurs la hiérarchie et la place privilégiée qu'ils occupent dans la *société déjà là*, leur permettant ainsi d'avancer en toute sincérité des propositions universalisables, qui les avantagent en particulier, et ce, au nom du bien commun.

L'occultation inconsciente de sa situation sociale pour le locuteur est en effet un angle mort sociologique commun (Bourdieu, 2003). Ce qui ne revient pas à dire que les prises de position de l'agent sont un pur reflet de sa position sociale, que l'agent est entièrement déterminé par une structure sociale rigide, comme le pensent les marxistes. L'agent n'est pas non plus un être de calcul animé seulement par une « éthique de la responsabilité » (ou rationalité instrumentale), qui prend en compte uniquement les fins de l'action sociale et les moyens pour les atteindre (Weber, 2003). La liberté de l'agent se déploie plutôt sous « contrainte structurelle » à l'intérieur des champs sociaux dans lesquels il est intégré et qui sont régulés par des normes et des valeurs (Bourdieu, 2012).

L'action de l'agent au sein d'un champ social (comme un premier ministre dans le champ politique) est contrainte par les paramètres mêmes de ce champ, qui orienteront mentalement ses choix entre une série limitée d'options (par exemple, proroger ou non la Chambre) à l'exclusion d'un ensemble de possibilités (comme de rester au pouvoir malgré un vote de non-confiance). L'agent qui sort de ces paramètres est pénalisé et exclu de son champ (Bourdieu, 2012). Comme les paramètres de chaque champ social évoluent et sont divergents, il y a non seulement lutte interne au sein des champs entre les agents qui y sont intégrés, mais entre les champs. Bourdieu (2012) donna en

exemple les conflits entre la monarchie française et le Parlement de Paris, où les juristes de chaque camp avançaient une lecture de l'histoire française conforme à leur position sociale réciproque. Les juristes défendant l'autonomie législative du roi avançaient que celui-ci ne devait pas rendre de compte aux juristes du Parlement de Paris. Les juristes liés au Parlement arguaient, au contraire, qu'en tant que gardiens et interprètes des lois et coutumes du royaume, le Parlement de Paris pouvait faire des remontrances au roi.

Dans le cas des agents qui, comme Scott ou Trudeau, défendaient la constitutionnalisation des libertés fondamentales au sein des champs juridique et étatique, on peut avancer que leur propre position sociale dominante leur était occultée. En effet, le groupe des juristes réformateurs était composé d'hommes blancs, anglophones et bilingues pour la plupart, issus des classes supérieures, éduqués dans les grandes universités anglo-saxonnes, nantis et s'identifiant à la nation canadienne et à son centre : l'État canadien (Owram, 1986 ; Lambertson, 2005). Ces derniers, à mesure que leur pouvoir social croissait et que leurs idées s'imposaient, occupèrent de plus en plus des postes de pouvoir et de prestige (doyen d'université, juge, ministre, premier ministre). Dans cette situation privilégiée, il est facile d'oublier le poids des contraintes qui s'abattent sur la majorité et de raisonner en n'invoquant que les libertés négatives. En effet, les normes, les lois et les règlements s'abattent toujours de manière plus implacable à mesure que l'on descend dans la hiérarchie sociale, à la fois parce que la discrimination est descendante (par exemple, occuper un banc dans un parc est passible de sanctions si l'on a les traits du pauvre, pas si l'on a les habits du gentilhomme), mais aussi parce qu'on ne peut pas mobiliser de pouvoir social (de l'argent, des relations, une réputation, etc.) pour se défendre.

Bref, la conception libérale individualiste des « droits de l'homme » de ces acteurs était conforme à (l'occultation de) leur position sociale. Par exemple, Frank Scott, bien que social-démocrate convaincu, a toujours été contre l'extension de la protection constitutionnelle aux droits socioéconomiques et aux droits des peuples à l'autodétermination (Adams, 2009). Lorsqu'il participa à la création en 1963 de la

Ligue des droits de l'homme, il s'opposa aux revendications de droits socioéconomiques et de droits collectifs (Clément, 2008).

De manière générale, on observe chez les patriotes constitutionnels une méfiance, typique de la pensée libérale, envers le pouvoir populaire et son représentant législatif, pouvant potentiellement déboucher sur la « tyrannie de la majorité »⁴⁵ et la spoliation des richesses (Dupuis-Déri, 2013). La confusion est ici manifeste entre le pouvoir du peuple et celui des élites aux commandes de l'État qui, au nom du peuple, peuvent utiliser la puissance publique de façon arbitraire et autoritaire, ou encore encourager l'intolérance publique, en faisant usage d'une approche polarisante et démagogique, qui divise la population et lui permet d'accroître son pouvoir. D'ailleurs, au-delà des affirmations théoriques voulant que le principe majoritaire soit au cœur de la vie démocratique contemporaine, dans les faits, « la majorité ne dirige pas de manière significative le gouvernement des grandes démocraties modernes. » (Russell, 1969 : 109-110, traduction libre) Une tendance oligarchique perdure au cœur de la démocratie libérale, car, comme l'ont montré les penseurs des théories élitistes de la démocratie (comme Robert Michels [2009] ou Joseph Schumpeter [1961]), « en dépit des règles formelles des constitutions démocratiques, un petit nombre de personnes détiennent toujours la majorité du pouvoir politique. » (Russell, 1969 : 112, traduction libre) Le problème de la société canadienne n'en serait pas un d'excès de démocratie majoritaire, devant notamment être limité par le contrôle judiciaire, mais d'un déficit démocratique, en termes de participation égalitaire de tous les citoyens⁴⁶. À ce sujet, le philosophe Cornelius Castoriadis soulignait la nécessaire imbrication entre l'égalité et la liberté :

⁴⁵ Alexis de Tocqueville, observant les débuts du gouvernement représentatif américain, y décèle la menace potentielle d'une tyrannie de la majorité : « Les démocraties sont naturellement portées à concentrer toute la force sociale dans les mains du corps législatif. Celui-ci étant le pouvoir qui émane le plus directement du peuple, est aussi celui qui participe le plus de sa toute-puissance. On remarque donc en lui une tendance habituelle qui le porte à réunir toute espèce d'autorité dans son sein. Cette concentration des pouvoirs, en même temps qu'elle nuit singulièrement à la bonne conduite des affaires, fonde "le despotisme de la majorité". » (Tocqueville, 1951 : 221)

⁴⁶ Selon Russell, « le démocrate convaincu devrait avoir pour objectif de surmonter les sources les plus flagrantes d'inégalités sociales et économiques, afin de donner un contenu réel à la garantie constitutionnelle de l'égalité politique. » (Russell, 1969 : 117, traduction libre)

« L'autonomie des individus, leur liberté (qui implique, bien entendu, leur capacité de se remettre en question eux-mêmes) a aussi et surtout comme contenu *l'égal participation de tous* au pouvoir, sans laquelle il n'y a évidemment pas de liberté, de même qu'il n'y a pas de liberté sans égalité. » (Castoriadis, 1986 : 398) Donc, « [l]e problème libertaire fondamental n'est pas trop de démocratie, mais trop peu de démocratie. » (Russell, 1969 : 115, traduction libre)

Qu'à cela ne tienne, les théoriciens libéraux classiques, comme John Locke ou James Madison, ont défendu le principe de la compétition entre une pluralité d'élites, contrôlant chacune une institution de pouvoir séparée des autres (exécutive, judiciaire, législative, centrale ou fédérée), comme solution au problème de la tyrannie (du peuple ou d'un despote). Le constitutionnalisme libéral élabore un système basé sur les contre-pouvoirs, la séparation des pouvoirs et l'élection des représentants, pour éviter la concentration et les abus de pouvoir ainsi que pour protéger les libertés individuelles (Audard, 2009 : 236). « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir », affirma Montesquieu, dans *l'Esprit des lois*. Poursuivant cette tradition anti-majoritaire, les adeptes du libéralisme constitutionnel moderne au Canada, d'Arthur Lower à Pierre Trudeau, en passant par Jean Chrétien, ont tous voulu retirer des « griffes » du politique – donc du pouvoir populaire pouvant s'en emparer pour des fins funestes – un ensemble de libertés, qui sont jugées trop fondamentales pour être laissées aux mains des parlementaires (Hirschl, 2004 ; Russell, 1969). Un pôle de pouvoir, le droit, est appelé à s'élever au-dessus des autres, à être hors de portée de la démocratie politique qu'il régule, en énonçant un ensemble de libertés individuelles, dans une perspective absolutiste (les libertés ne sont pas négociables) et universelle (elles s'appliquent à tous et partout de la même façon). Or, chaque droit individuel a, dans les faits, une portée relative, face aux autres droits, mais aussi face aux objectifs collectifs portés par une communauté politique (Russell, 1969 et 1983). Leur donner un caractère absolu mine les biens publics (santé publique, éducation universelle, protection de l'environnement, redistribution de la richesse,

régulation des marchés, etc.) qui, pour se réaliser, nécessite de limiter les droits individuels. Ces libertés renforcent la société de marché (Hirschl, 2004).

1.3.6. La gouvernance judiciaire au sein du champ étatique

Avançant que la constitutionnalisation des droits limitait le pouvoir de tous les gouvernements au profit des individus, les patriotes constitutionnels ont omis le fait que cela revenait à « nationaliser » une série d'enjeux auparavant provinciaux, désormais débattus devant l'aristocratie judiciaire fédérale. La judiciarisation du politique magnifie donc l'État central, où se tranchent les conflits et qui serait le gardien des droits et libertés. L'arbitre constitutionnel peut résoudre les différends, notamment entre Ottawa et Québec, de manière plus légitime que le politique, à cause de son apparence de neutralité, d'être au-dessus de la mêlée. Ce fut d'ailleurs une des justifications avancées par les promoteurs fédéraux de la création d'une Cour suprême canadienne durant les années 1870 (Smith, 1983 ; Snell et Vaughn, 1985).

Cette gestion judiciarisée du politique, la gouvernance judiciaire, détourne les conflits du champ politique vers le champ judiciaire au sein du métachamp de l'État canadien, recoupant les intérêts majoritaires. De la sorte, le champ juridique devient le champ dominant du pôle symbolique de l'État. C'est-à-dire qu'à l'ère de la judiciarisation du politique et de la crise des institutions représentatives, il est le champ social qui peut énoncer les raisons d'être du régime canadien et trancher légitimement les différends fondamentaux (Hirschl, 2008a et 2008b).

Le conflit opposant Québec à Ottawa, déstabilisant l'ordre canadien, ne put trouver de solution politique négociée : il fallait recourir à un arbitre d'apparence neutre pour dénouer l'impasse. La gouvernance judiciaire permet de « se débarrasser du politique » et de lui substituer une gestion légale, raisonnable, flexible et rationnelle de la société (Defarges, 2015 : 109). La gouvernance revient alors à domestiquer et dépolitiser le pouvoir politique, à l'expurger de son côté irrationnel et radical ainsi que de ses rigidités, pour lui substituer une figure adoucie et sublimée de la violence symbolique

de l'État. La force et la rigidité du politique cèdent la place à un pouvoir judiciaire flexible, fluide, persuasif, qui traverse la société et vise l'atteinte de compromis raisonnable et fonctionnel, excluant tout changement radical (Defarges, 2015 : 122).

La gouvernance judiciaire est une gestion consensuelle du présent évacuant les solutions radicales, tout en permettant des réformes à la marge, dans le but de pacifier les conflits et de stabiliser l'ordre. La gouvernance évacue de la sorte la « pluralité conflictuelle [...] ». » (Bensaïd, 2009 : 29) Elle viserait à « sécuriser le politique, le démilitariser, le diminuer, enlever tout ce qui en lui n'est pas fonctionnellement ordonné [...] à la gestion simple du social. » (Rancière, 1998 : 33) Le terrain de la lutte est donc déplacé du politique vers l'espace judiciaire, où les représentants des nations minoritaires et ceux de la nation majoritaire font face aux mêmes règles et normes favorables au dernier (Bazowski, 2020). En effet, dans les litiges constitutionnels opposant Québec et Ottawa, la Cour suprême du Canada a majoritairement penché pour l'État central, confirmant au passage des pouvoirs unilatéraux hérités de la jurisprudence du Comité judiciaire londonien (prépondérance fédérale, pouvoirs d'urgence, etc.), et qui lui permettent d'étendre son rayon d'action et de soumettre l'État québécois à sa logique (Tremblay, 1991-1992 ; Lajoie, 2006).

L'hégémonie nationaliste constitutionnelle et la « révolution canadienne des droits » sont les deux visages d'une même réalité, inscrite dans les discours de pouvoir et dans les institutions dominantes, et largement diffusée dans les psychés. La *révolution des droits*, en même temps émancipatrice et conservatrice, ouvre et ferme à la fois les possibilités de revendications, en les canalisant dans les formes, les normes et les forums qui lui sont ontologiquement congénitaux. C'est-à-dire qui rend la société

davantage libérale individualiste, même lorsqu'il s'agit d'une contestation de l'action de l'État devant les tribunaux.

La révolution des droits prend naissance comme discours au cours des années trente et devient institution de pouvoir à partir des années 1960. Elle découle à la fois du projet émancipateur conscient d'acteurs politiques au sein du mouvement nationaliste constitutionnel, tels Scott ou Trudeau, mais elle relève aussi d'une dynamique de pouvoir, en instaurant une domination de classe et nationale plus légitime, car contestable juridiquement à sa périphérie. Cette dynamique poursuit la lente construction d'une société de marché pleinement libérale et intégratrice dans l'Amérique septentrionale, qui a commencé au XIX^e siècle (McKay, 2000 et 2009). Une société libérale de marché qui refuse sa contestation, au nom du progrès et des libertés, et veut instaurer – par la corruption, la force ou la persuasion – son principe sur l'ensemble du territoire et sur toutes les psychés. Le « régime marchand des droits » ne sait que faire des droits collectifs des peuples minoritaires, dont le principe lui est étranger, ni des droits socioéconomiques, qui portent atteinte au droit de propriété et minent les libertés individuelles. Elle ne reconnaît qu'une justice libérale.

Les nationalistes constitutionnels adoptent ainsi une épistémologie essentiellement individualiste, où les idées, les nobles intentions et les actions des « grands hommes » – au premier chef la figure du premier ministre Pierre Elliott Trudeau – sont les principaux moteurs de l'histoire. Une épistémologie qui met en avant la figure de l'individu et ses « choix ». Pour eux, la rationalité de l'action sociale découle avant tout de la conviction et des valeurs des agents motivés par un projet d'émancipation devant mener à la société juste.

Avant d'analyser la genèse et l'évolution du nationalisme constitutionnel – et par le fait même la montée en puissance des juristes, de leur discours et de leur champ social – deux critiques fortes de cette hégémonie seront présentées.

CHAPITRE II

DEUX CRITIQUES DE LA RÉVOLUTION DES DROITS AU CANADA

L'hégémonie n'est jamais pérenne et incontestée. Certes, les élites juridico-politiques organiquement liées à la nation majoritaire contrôlent l'État central. Elles doivent toutefois réaffirmer en continu les tenants (normes, valeurs, visions du monde) du nationalisme dominant auprès des nouvelles générations, des personnes immigrantes, des nations minoritaires, qu'il s'agit d'intégrer à une seule communauté nationale.

Depuis l'époque des révolutions libérales (américaine, anglaise et française), la connexion entre l'État et le peuple (ou la nation) est normativement forte. Il est alors attendu des élites au pouvoir, pour être légitimes et avoir l'autorité morale de gouverner, qu'elles s'appuient sur le consentement des gouvernés (élection et référendum) et qu'elles respectent un ensemble de normes et valeurs (constitution, État de droit, culture). Selon Bernard Manin, « [l]es trois révolutions modernes se sont faites au nom [du] principe » « que toute autorité légitime dérive du consentement de ceux sur qui elle est exercée ». (Manin, 1996 : 113-114) Ce consentement ne peut être donné que par l'ensemble des citoyens, réputés égaux en droit et membres du même peuple. Ce qui implique que « [l]a mise en œuvre de la démocratie n'exclut donc pas la préservation de l'identité collective de la nation. Bien plutôt elle la requiert. » (Dieckhoff, 2000 : 84) L'État libéral ne peut être culturellement neutre : il promeut, la plupart du temps, une langue officielle et une culture (un ensemble de valeurs, de normes et de pratiques), à l'exclusion des autres (Dieckhoff, 2000 : 85-91 et 152-162). L'État favorise aussi inévitablement certains intérêts nationaux et de classe, au détriment des autres (Duverger, 1964 : 28 et 284).

Ainsi, l'identification des habitants à un récit national dominant a une incidence cruciale sur la légitimité, la stabilité et l'unité d'un régime politique, car elle assure leur

loyauté, donc participe à conditionner leur obéissance. De l'appartenance à la nation majoritaire découle aussi des avantages indéniables : « grâce au nationalisme pancanadien, les Canadiens anglophones ont augmenté tout à la fois leur poids politique, leur possibilité de vivre et de travailler en anglais partout dans le pays, ainsi que les moyens d'y exprimer leur identité culturelle. » (Kymlicka, 2003 : 254-255) Bref, croyance et identité ainsi qu'obéissance et loyauté sont intimement liées. L'État travaille sur les premières (par des discours officiels et des pratiques comme l'octroi de droits constitutionnalisés ou des paiements directs aux particuliers) pour obtenir les secondes. Le « problème de la croyance et celui de l'obéissance n'en font qu'un. » (Bourdieu, 2012 : 259) En effet, « [l]es rapports de force étant inséparable des rapports de sens et de communication, le dominé est aussi quelqu'un qui connaît et reconnaît [une vision du monde social]. » (Bourdieu, 2012 : 260) L'État parvient à se légitimer en jouant un rôle central dans la production des « structures cognitives », qui permettent de penser et de naturaliser le monde social et l'État (Bourdieu, 2012 : 261).

Le gouvernement moderne est bien tel que le concevait Michel Foucault : il est la résultante de l'étatisation – la centralisation et la rationalisation – des relations de pouvoir, qui se perpétuent par des « mécanismes stables » permettant « de conduire de manière assez constante et avec suffisamment de certitude la conduite des autres » (Foucault, 2001 : 1060-1061). Le pouvoir est une relation dynamique : ses manifestations appellent l'apparition de contre-pouvoirs (Foucault, 2001 : 1061).

L'affirmation du nationalisme majoritaire, comme actions et discours, a donc comme contrepartie le développement du nationalisme minoritaire. De la même manière, la montée du pouvoir bourgeois – de l'individualisme libéral et de la société de marché – a notamment eu comme conséquence le développement de la force ouvrière et des idéologies contestatrices (anarchisme, marxisme, syndicalisme, etc.). Les travaux de Pierre Bourdieu (2012), de Nancy Fraser (2005), d'Ernest Gellner (1989) et des

penseurs de la décolonisation, comme Albert Memmi⁴⁷, démontrent que la lutte nationale et la lutte des classes se croisent et s'entremêlent de manière inextricable, face à une domination qui est, la plupart du temps, à la fois culturelle et matérielle⁴⁸. Par exemple, durant les années 1950 au Québec, l'ouvrier francophone⁴⁹, exploité au plan matériel et possédant peu de capital culturel, ne connut pas la promotion sociale, parce que sa méconnaissance de l'anglais constituait une frontière à l'entrée dans le réseau de communication⁵⁰ anglophone dominant. Il était ainsi dominé matériellement par la bourgeoisie anglo-saxonne et culturellement par la majorité nationale.

Les aspérités de la domination de classe des francophones au Québec – oppression socioéconomique révélée par la Commission Laurendeau-Dunton – se sont atténuées avec le temps, grâce à l'édification et à l'intervention massive d'un État-providence québécois (Guidon, 1990 ; Martel et Pâquet, 2010). À mesure que le Québec se modernisait et que les francophones connaissaient une ascension sociale, l'enjeu principal de l'affrontement avec l'État central concernait l'extension des pouvoirs constitutionnels d'un État québécois en pleine croissance et cherchant à étendre ses champs de compétence (immigration, pension de vieillesse, etc.). D'un côté, les acteurs contrôlant l'État québécois voulaient accroître son rayon d'action pour approfondir la *Révolution tranquille*. L'objectif était l'autodétermination culturelle, économique, linguistique et politique d'une nation minoritaire. De l'autre, les acteurs contrôlant l'État central, à partir des années 1960, aspiraient au rapatriement de la Constitution et à l'enchâssement d'une formule d'amendement et d'une charte des droits. Le but était de compléter la « longue révolution libérale » (McKay, 2009), soit la consolidation

⁴⁷ Leurs analyses du colonialisme ont nourri la pensée et l'action d'une partie de l'intelligentsia québécois durant les années 1960 et 1970, que l'on trouvait notamment dans l'enseignement supérieur, les mouvements nationaliste et syndical, la lutte armée au sein du Front de libération du Québec, le parti politique dirigé par Pierre Bourgault et André D'Allemagne, le Rassemblement pour l'indépendance nationale, et les pages de la revue *Parti pris* (cf. Dramé et Deleuze, 2006 ; Mills, 2011).

⁴⁸ Le sociologue John Porter (1965) décrivait d'ailleurs le Canada comme une mosaïque verticale.

⁴⁹ Que l'activiste politique québécois, Pierre Vallières, qualifiera de « nègre blanc d'Amérique », dans un essai polémique écrit sous l'inspiration du mouvement de la décolonisation (Bergeron, 2016)

⁵⁰ L'enjeu des « barrières à la communication », pour la nation minoritaire face à la nation majoritaire, a été brillamment exposé de manière allégorique par Ernest Gellner (1989 : 90-96).

d'une société libérale de marché fonctionnelle à la grandeur du Canada, où n'existent pas d'entraves (culturelle, ethnique, légale, politique ou sociale) à la mobilité sociale et à la libre circulation des biens, des capitaux et des individus, d'un océan à l'autre.

Les deux entreprises nationalistes sont conflictuelles et irréconciliables : il s'agit de « deux conceptions de la nation et de l'État qui s'affrontent. » (Dumont, 1995 : 47). Le projet québécois épouse le paradigme asymétrique du libéralisme communautariste, promouvant l'égalité dans la différence au sein d'un État multinational. Tandis que le projet canadien découle de la logique symétrique du libéralisme individualiste prônant l'égalité de traitement dans un espace national unifié (Burelle, 2005 : 457-462 ; Kymlicka, 2003 : 203-235 ; Taylor, 1992b : 52-56 ; Axworthy, 1986 : 239). Le Canada anglais est en faveur de la centralisation de manière à consolider son État « national » et à promouvoir une seule conception de l'identité canadienne (Kymlicka, 2003 : 262). Les Québécois veulent préserver de toute ingérence du pouvoir central, les pouvoirs du seul État en leur contrôle, surtout dans les champs socioculturels et linguistiques, qui permettent d'assurer leur continuité historique (Kymlicka, 2003 : 262).

Dans le contexte d'un conflit constitutionnel au sein d'une société plus riche et moderne, l'intelligentsia progressiste québécoise a mis en sourdine la critique marxiste du régime canadien⁵¹. Elle met désormais l'accent sur l'injustice constitutionnelle de 1982, le *coup de force*⁵², qui déchirait en lambeaux le *pacte* fédéral entre les deux peuples fondateurs de 1867 et qui instaurait une nouvelle forme de domination nationale. Cette critique est appelée « libérale nationaliste ».

De son côté, l'intelligentsia progressiste canadienne, intégrée au groupe national majoritaire, a surtout porté son regard critique sur la conjugaison du néolibéralisme et

⁵¹ On trouvait de telles analyses chez de nombreux universitaires des années 1960-1970, comme Gilles Bourque, Dorval Brunelle, Roch Denis, Alfred Dubuc, Anne Legaré, et dans des revues comme *Liberté* ou *Parti pris*. Le courant de pensée de l'époque, « socialisme et indépendance », en résume bien l'esprit.

⁵² Le premier ministre péquiste René Lévesque fut le premier à qualifier de *coup de force*, ou de *coup d'État*, le rapatriement et l'amendement de la Constitution du Canada sans le consentement du Québec. Cette expression revient très souvent sous la plume des nombreux auteurs qui dénoncent le rapatriement de 1982. Certains, comme Daniel Turp, emploient aussi l'expression de *coup d'État constitutionnel*.

des droits individuels. Il y a une *antinomie* entre, d'un côté, l'égalité sociale et politique et, de l'autre, la sacralisation des droits individuels et du contrôle judiciaire à l'américaine. Cette critique est nommée « marxiste ».

Dans ce chapitre, (1) le contre-discours de l'intelligentsia progressiste québécoise (des critiques libéraux nationalistes) est d'abord présenté. Ensuite, (2) celui de l'intelligentsia progressiste canadienne (des critiques marxistes) sera exposé. En conclusion, des limites de ces deux critiques seront esquissées, de manière à préparer la transition vers le chapitre 3, où elles seront développées plus longuement, permettant par la suite d'introduire la théorie bourdieusienne, pour tenter de les dépasser.

2.1. Les critiques libérales nationalistes québécoises⁵³

2.1.1. Épistémologie libérale

Les critiques libérales nationalistes ne renvoient pas ici à un groupe d'intellectuels faisant la promotion du nationalisme québécois et de l'autodétermination du Québec dans le *champ politique partisan*. Bien sûr, les discours universitaires ne se déroulent pas dans un *vacuum* sociopolitique, car ils ont une diffusion publique, renforcent ou altèrent les valeurs dominantes, sont repris par les décideurs, ont une influence sur le jeu politique ainsi que sur les relations de pouvoir⁵⁴ (*cf.* Skinner, 2002 : 7).

Cela étant dit, le concept de « critique libérale nationaliste » mobilisé ici l'est au regard de la posture épistémologique adoptée par certains juristes et politologues québécois

⁵³ Ces critiques incluent notamment Eugénie Brouillet (2005 et 2008), André Burelle (1995 et 2005), Alain-G. Gagnon (2003, 2008 et 2011), Alain-G. Gagnon et François Rocher (1997), Guy Laforest (1992a, 1992b, 1993, 2012 et 2014), Guy Laforest et Alain-G. Gagnon (2013), Andrée Lajoie (2005 et 2006), François Rocher (2006), Michel Seymour (2001, 2008 et 2011) et José Woehrling (2006 et 2013).

⁵⁴ Par exemple, l'influence des travaux des intellectuels québécois réunis dans le Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales, comme les professeurs Guy Laforest et Alain-G. Gagnon, est notable dans *La Politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes, Québécois, notre façon d'être Canadiens*, adoptée en 2017 (Mathieu, 2017).

au sein du *champ universitaire*. Ces derniers étudient d'un œil critique la Charte canadienne à partir d'un angle d'analyse conjuguant fédéralisme et nationalisme. Ils analysent la transformation des rapports de pouvoir entre majorité et minorités nationales, à la faveur du rapatriement de 1982 et de la montée du nationalisme constitutionnel pancanadien, qui ont modifié l'équilibre des forces et la nature de la fédération canadienne, qui est devenue plus centralisée et homogène.

Leur épistémologie relève aussi du libéralisme, car ils mobilisent le concept de « contrat social » et adoptent une vision libérale du politique. Selon John Locke, le contrat social implique qu'un régime politique naît du consentement donné par les gouvernés, ou leurs représentants, et qu'il a comme mission fondamentale la défense des droits naturels. Si le gouvernement empiète sur les droits qu'il doit justement protéger, ou s'il modifie unilatéralement le contrat qui a présidé à la création du régime, il se met en situation d'illégalité et devient alors illégitime. Le peuple a alors un « droit de résistance » et recouvre sa pleine souveraineté : il peut abolir le gouvernement et fonder un nouveau régime politique. Ce qui implique, dans le cas d'une nation minoritaire, le droit de faire sécession (Laforest, 1990 et 1992c)⁵⁵. La modification unilatérale du pacte de 1867, la menace centralisatrice et homogénéisante du nationalisme canadien « monochrome et symétrique », la vulnérabilité de la culture et de la langue française, mais aussi le caractère libéral et pluraliste (respect des droits des individus et des minorités) du projet national du Québec, « autorisent la communauté québécoise [...] à faire sécession de la fédération canadienne. » (Laforest, 1992c : 214).

⁵⁵ Le philosophe Allen Buchanan a d'ailleurs développé, dans un ouvrage désormais classique, une éthique libérale appliquée de la sécession. C'est-à-dire qu'il a énoncé ce qui, selon lui, permet de justifier moralement le droit à la sécession. Selon ce dernier, « la révolution ou la sécession peuvent être justifiées comme des efforts pour soulager des injustices collectives. » En effet, « un groupe peut être justifié de s'opposer à l'État par la force s'il est victime d'une redistribution économique discriminatoire. » De plus, « sous certaines conditions, la sécession d'un groupe est justifiée si elle est nécessaire à la préservation de sa culture distinctive ou de sa forme de vie communautaire. (Buchanan, 1991 : xiv, traduction libre)

Selon les libéraux nationalistes, la Confédération canadienne de 1867 découle d'un contrat social dualiste, d'un pacte entre les peuples fondateurs anglo-britannique et franco-canadien, qui s'est soldé notamment par le choix de créer une fédération, plutôt qu'une union législative. Selon José Woehrling, les « Québécois francophones au Canada [...] n'ont accepté de donner leur accord à la constitution canadienne de 1867 qu'à la condition que le régime soit fédéral plutôt qu'unitaire. » (Woehrling, 2000 : 30) Eugénie Brouillet conclut aussi que « le régime fédératif de 1867 apparaît comme la résultante d'une négociation politique poursuivie de bonne foi par les représentants coloniaux, comme une entente ou un pacte auquel ont adhéré toutes les parties coloniales. » (Brouillet, 2005 : 148) Ce pacte fédéral dualiste permettait la mise en commun, grâce à l'État central, des problèmes affectant toutes les colonies (défense, transport, commerce, etc.), mais aussi conservait à la collectivité québécoise, par le truchement de l'État provincial, « le contrôle des matières de législation liées à son identité culturelle particulière. » (Brouillet, 2005 : 194)

La *Loi constitutionnelle de 1982* modifia le pacte originel sans le consentement d'un des principaux contractants, le Québec. Elle réduisit les pouvoirs constitutionnels de l'État québécois en faveur de l'État central et elle assujettit les droits collectifs du Québec – comme la langue et l'éducation – aux droits individuels universels des membres d'une seule communauté pancanadienne. La nouvelle communauté démocratique pancanadienne, où domine la relation unitaire citoyen/État, aurait remplacé l'ancienne communauté fédérale, où prédominaient les rapports intergouvernementaux et le pluralisme national. Comme le souligna François Rocher, désormais, « ces rapports ne sont plus prioritairement de peuple à peuple, ni même de gouvernement à gouvernement, comme la *Loi constitutionnelle de 1867* les concevait, mais des citoyens à l'État, tous paliers de gouvernement confondus. » (Rocher, 2012 : 163) De la sorte, « les revendications des entités fédérées, à commencer par celles du Québec, s'en trouvent affaiblies, sinon délégitimées si elles remettent en cause l'unité du tout en vertu de leur caractère parcellaire. » (Rocher, 2012 : 164)

La refondation de 1982 a ainsi « changé radicalement la nature et l'esprit de l'entente fédérative originaire intervenue en 1867 entre le Québec et les trois autres provinces fondatrices de la fédération, et ce, sans le consentement du Québec. » (Brouillet, 2005 : 323) Selon Burelle, le gouvernement Trudeau a adopté « un fédéralisme et un chartisme unitaire irréconciliable avec le contrat social et politique canadien de 1867. » (Burelle, 1995 : 63) Cette américanisation du régime a piétiné « les droits collectifs garantis par le Pacte confédératif de 1867. » (Burelle, 1995 : 41) La réforme de 1982 constitue donc une rupture du séculaire contrat social canadien, « la fin d'un rêve canadien » (Laforest, 1992b). « Dans une perspective strictement lockienne », Laforest conclut « que les événements de l'automne 1981 et du printemps 1982 ont frappé d'illégitimité les institutions gouvernementales canadiennes. » (Laforest, 1992b : 63) Gagnon et Rocher partagent cette analyse : « les politiciens d'Ottawa ont violé [unilatéralement] l'esprit de l'entente initiale en mettant en œuvre des politiques qui s'inspiraient d'une vision "uniformisatrice" et centralisatrice. » Ainsi, « l'adoption de la Charte en 1982 peut être considérée comme un acte anticonstitutionnel de discontinuité et d'assimilation. » (Gagnon et Rocher, 1997 : 57, 58) Cette rupture alimenta les nationalistes souhaitant la fondation d'un nouveau régime : « Pareille révision du contrat social canadien [...] équivalait à mettre hors circuit les droits collectifs et la spécificité culturelle du Québec pour en faire "une province comme les autres", et elle ne pouvait qu'apporter de l'eau au moulin des souverainistes québécois. » (Burelle, 1995 : 41)

Quant à leur vision libérale démocratique du politique, elle s'exprime par la défense des « institutions de la liberté » (Audard, 2009 : 236-250) : l'État de droit ; l'élection des gouvernements au suffrage universel ; la souveraineté du peuple et le caractère sacré de son consentement, qui sont représentés par une Assemblée législative ; la division entre la société civile (qui est gouvernée) et l'État (lieu du pouvoir) ; la protection des droits et libertés des individus et des minorités ; enfin, la division étatique et fédérale des pouvoirs (entre les pouvoirs exécutif, judiciaire et législatif ainsi qu'entre les deux ordres de gouvernement). Selon ces penseurs, le fédéralisme

devrait permettre la coexistence pacifique et stable des deux nations fondatrices, qui seraient chacune dotées de leur espace d'autonomie au sein d'un même État fédéral.

Influencés notamment par la théorie anglo-canadienne de la reconnaissance du philosophe Charles Taylor, ces penseurs promeuvent une conception du bien collectif (la préservation de la culture et l'autodétermination de la nation québécoise) qui réconcilie reconnaissance de la diversité profonde (nationale) et respect de la liberté et de l'égalité des personnes, indépendamment de leurs identités⁵⁶. Empruntant la logique du philosophe des Lumières allemandes et penseur nationaliste, Johann Herder, Laforest affirma que « [l]e libre développement d'une société nationale distincte, sous une forme étatique quelconque, ne doit pas se faire dans la négation de la spécificité, de l'originalité des êtres humains individuels, qui possèdent leur substance propre en voie d'épanouissement. » (Laforest, 1993 : 82) La perspective des libéraux nationalistes relève du communautarisme libéral – équilibrant les droits des individus et des minorités avec ceux de la nation québécoise –, alors que celle de leurs opposants nationalistes constitutionnels est un « libéralisme individualiste *one nation* » (Burelle, 2005), en ce sens que « la nouvelle nation canadienne [...] a absolutisé les droits des individus et atomisé les droits collectifs. » (Rocher, 2012 : 159)

Enfin, leur libéralisme les amène à concevoir le rapatriement unilatéral de 1982, comme étant surtout le produit de la volonté et de l'action individuelles – donc de la responsabilité – de quelques « grands hommes ». Laforest a exprimé très clairement cette perspective lors d'un colloque sur les trente ans du rapatriement :

Mes travaux sont davantage connus pour d'autres types de responsabilité. C'est une école que je partage fraternellement avec plusieurs personnes dans cette salle, y compris autour de cette table. C'est une école qui attribue énormément de responsabilités à Pierre Elliott Trudeau, à M. Chrétien, au Parti libéral du Canada dans l'ensemble de l'opération. (Laforest, 2012)

⁵⁶ Burelle partage les idées du communautarisme libéral, mais elles lui proviennent des travaux des penseurs personnalistes chrétiens, tels Jacques Maritain et Emmanuel Mounier (Burelle, 2005 : 19-22).

Laforest a même écrit que les Québécois, collectivement, demeurent « prisonniers de cette *Loi constitutionnelle de 1982*, fruit des obsessions malsaines de Pierre Elliott Trudeau, tout autant que de son génie et de sa persévérance. » (Laforest, 1993 : 14)

La constitutionnaliste Eugénie Brouillet adopta le même angle d'analyse :

En tant qu'homme politique, Pierre Elliott Trudeau poursuivait l'objectif de sauver le Canada des forces particularistes qui selon lui menaçaient de le détruire ou, plus précisément, de sauver ainsi le Canada en favorisant des conditions qui empêcheraient le nationalisme québécois de se développer. (Brouillet, 2005 : 325)

Burelle, Gagnon, Rocher et Seymour s'inscrivent aussi dans cette « école de la responsabilité », attribuant la paternité de 1982 à Trudeau et à sa volonté antinationaliste de mettre le Québec à sa place, en tant que province comme les autres au sein d'une communauté nationale canadienne unifiée (Burelle, 2005 : 67 ; Gagnon et Rocher, 1992 ; Gagnon, 2008 : 162 ; Seymour, 2001 : 120-121). L'on refusait « au Québec le droit de se considérer comme le seul État dont disposent les francophones en Amérique du Nord pour assurer leur épanouissement. » (Gagnon et Rocher, 1992)

2.1.2. Responsabilité et domination

Les libéraux nationalistes appartiennent à l'« école de la responsabilité », qui attribue à Trudeau et à son entourage le détournement délibéré du régime fédéral canadien. Ce régime rejetait auparavant l'absolutisation des droits individuels et pouvait accommoder la diversité nationale. Dans leurs travaux, ils dissèquent le « mal canadien », identifient les responsables et leurs motivations, comparent le régime post-1982 à celui de 1867 qu'il a supplanté et, enfin, proposent des remèdes fédéraux et asymétriques pour guérir ce « mal ». Le fédéralisme, sous sa forme centralisée et uniformisée, voulue et institutionnalisée par Trudeau, devient une illusion doublée d'un carcan dominateur (Laforest, 2004 ; Seymour, 2001).

La critique libérale nationaliste de la refonte de 1982 présente un « Grand homme » – le premier ministre Pierre Elliott Trudeau –, qui enclencha une réforme constitutionnelle majeure, sans le consentement d'un des deux peuples fondateurs, de manière à édifier une seule identité canadienne légitime et à centraliser les pouvoirs

dans la fédération. L'objectif de Trudeau était de stabiliser le régime canadien en faisant taire les voix discordantes et centrifuges – surtout celle de la nation minoritaire québécoise – au profit d'une seule communauté d'appartenance canadienne, loyale au Centre en tant qu'État « national ». Du coup, les élites au pouvoir au sein de l'État central voyaient leur pouvoir se décupler. Trudeau voulait de la sorte mettre à profit le nationalisme canadien, basé sur l'État central, pour mater un nationalisme québécois, jugé ethnique et rétrograde, qui menaçait la stabilité et l'unité du Canada. Par son pouvoir de dépenser et par la Charte, l'État central centraliserait des pouvoirs auparavant provinciaux. De la sorte, il minerait la capacité de la nation minoritaire québécoise à se maintenir et à se reproduire, en s'ingérant dans des champs de compétences névralgiques pour le Québec – comme la culture, l'éducation et la langue – et en lui imposant des normes pancanadiennes (par les transferts fédéraux et l'action des tribunaux) empreintes d'un libéralisme individualiste. Ce qui fait dire à Guy Laforest qu'« [e]n 1982, et depuis, s'est imposée une forme subtile, hypocrite, mais néanmoins réelle d'oppression de la société et du peuple québécois par l'État et la majorité nationale du Canada. » (Laforest, 2012) Car « [r]éduire les pouvoirs de l'Assemblée nationale du Québec contre sa volonté, c'était, et cela reste encore, une forme de tyrannie de la majorité. » (Laforest, 2004 : 285) Burelle avançait aussi que « la Charte des droits et libertés de 1982 a livré le pays à une nouvelle forme de tyrannie : celle des droits des individus érigés en absolu par les chartistes de toute allégeance. » (Burelle, 1995 : 42) Selon Gagnon, 1982 « a constitué un assaut majeur à l'encontre de l'application des trois principes [continuité, reconnaissance mutuelle et consentement] à la base du constitutionnalisme au Canada [...]. (Gagnon, 2008 : 44)

Le nouvel ordre constitutionnel marque donc le début de « l'exil intérieur des Québécois » dans la fédération : « un exilé de l'intérieur, c'est quelqu'un qui se sent inconfortable, qui vit comme un étranger au sein de son propre pays. » (Laforest, 2014 : 265) La sortie de l'exil pour le Québec, donc la fin de sa situation de subordination,

implique de « mettre fin à toute structure de domination en rétablissant les principes fondamentaux du constitutionnalisme. » (Gagnon, 2008 : 47)

2.1.3. Le déficit fédératif

L'idéal fédéral, porté par les libéraux nationalistes, signifie que la subordination et l'uniformité sont contraires aux principes du fédéralisme. Pour eux, le pacte de 1867 créait un État fédéral composé à la fois de l'État central, ne représentant pas à lui seul l'ensemble, et des États fédérés, dotés chacun de leurs pouvoirs⁵⁷. De plus, une fédération est légitime au regard de ses États membres, si et seulement si elle respecte les principes d'*autonomie*, de *division* et de *participation*.

Le principe de base d'une fédération est la *division* constitutionnelle des pouvoirs entre au moins deux ordres de gouvernement. Pour que cette *division* ne soit pas qu'une simple vue de l'esprit, elle doit être respectée (donc être davantage rigide que flexible), de manière à préserver l'*autonomie* (la souveraineté) de chaque ordre de gouvernement dans ses champs de compétences. Ce qui implique qu'aucun ordre de gouvernement n'est subordonné à l'autre. L'*autonomie* commande aussi que chaque parlement, central ou provincial, dispose des ressources à la hauteur de ses responsabilités constitutionnelles, mais aussi que les solutions aux problèmes politiques soient diverses et adaptées aux besoins des différents États fédérés. En contexte multinational, comme le Canada, le respect de l'autonomie et des particularités d'un État fédéré, comme le Québec, est d'autant plus crucial, qu'il abrite une nation et une communauté linguistique minoritaires. Comme le résuma Woehrling, « [l']autonomie des entités fédérées doit leur permettre, dans leurs domaines de compétence, de multiplier les solutions diverses aux problèmes posés à la société en tenant compte des valeurs culturelles propres à chaque collectivité politique régionale. » (Woehrling, 2000 : 52)

⁵⁷ Comme l'écrivit l'économiste François-Albert Angers (1960a), en 1867, Londres créa « une fédération qui permet le partage des pouvoirs entre un gouvernement central et des provinces. »

La *participation* implique que les décisions communes affectant à la fois les États fédérés et l'État central – comme un traité international ou la nomination d'un tribunal d'arbitrage constitutionnel de dernière instance – soient prises d'un commun accord par toutes les parties prenantes. Suivant la maxime contractualiste issue du droit romain, « ce qui concerne tout le monde doit être discuté et approuvé par tout le monde »⁵⁸. Cela signifie que ni l'État central ni les États fédérés ne peuvent prendre position à eux seuls au nom de l'État fédéral sur des enjeux d'intérêts communs (comme le Sénat). La *participation* implique aussi que les modifications constitutionnelles doivent découler d'un large consensus, qui doit notamment prendre en compte les nations minoritaires, comme le Québec. La voix du Québec devrait être perçue comme double : comme État fédéré et comme nation minoritaire. D'où la pertinence du fédéralisme asymétrique, permettant à la nation majoritaire canadienne de la centraliser certains pouvoirs, tout en laissant leur contrôle à la nation minoritaire québécoise, qui pourrait même étendre son rayon d'action dans de nouveaux champs cruciaux pour elle, comme les télécommunications. Enfin, ces décisions communes pourraient se prendre au sein d'un parlement véritablement fédéral, grâce à l'interaction entre une chambre basse, représentant l'électorat de toute la fédération, et une chambre haute (un Sénat), représentant les États membres et donc les différents peuples. Le gouvernement central et les gouvernements fédérés pourraient aussi nommer chacun la moitié des membres d'une Cour constitutionnelle, chargée de trancher les conflits en matière de division constitutionnelle des pouvoirs. Une telle Cour devrait impérativement paraître impartiale et ne pas refléter que les intérêts des forces majoritaires aux commandes de l'État central. De 1867 à 1949, un tel tribunal impartial existait pour le Canada. Bien que nommé par Londres, le Comité judiciaire du Conseil

⁵⁸ James Tully, en parlant de la réforme constitutionnelle de 1982, a écrit que « [l]a Charte viole ainsi le plus vieux principe du fédéralisme et l'un des plus vieux principes du droit occidental, celui sur lequel repose la justice de nos institutions politiques : *Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet* – “ce qui affecte tous doit être approuvé par tous”. Il est donc injuste d'appliquer la Charte au Québec tant et aussi longtemps que le Québec n'y a pas manifesté son consentement. » (Tully, 1994 : 174-175) D'ailleurs, l'importance du consentement des contractants a été invoquée par le fondateur du fédéralisme moderne au début du XVII^e siècle, le philosophe Johannes Althusius (Hueglin, 2003).

privé a arbitré pendant près de quatre-vingt ans les différends constitutionnels entre parlements au Canada et a gardé bien vivant l'esprit du compromis fédéral de 1867⁵⁹.

Le Canada a été dès l'origine très centralisé⁶⁰, en ce sens que l'État central disposait de pouvoirs unilatéraux (désaveu, déclaratoire, etc.), des compétences constitutionnelles les plus importantes (transport, monnaie, banque, armée, etc.) et de prérogatives cruciales (comme la nomination des sénateurs et des juges des tribunaux supérieurs). Or, bien qu'imparfaite, la Constitution de 1867 ne reflétait pas que les intérêts, les normes, les valeurs, la culture d'une seule nation majoritaire et d'un seul *demos* englobant. De plus, jusqu'à un certain point, la culture fédérale (ou l'esprit fédéral) valorisait les relations intergouvernementales, le respect de la souveraineté parlementaire de chaque ordre de gouvernement, les appartenances multiples. Sans y voir un âge d'or perdu, il y avait tout de même un espace constitutionnel et politique que la société et l'État du Québec pouvaient occuper pour se développer. L'ordre constitutionnel de 1867 n'était pas un carcan dominateur et fermé, incapable de s'amender ou de prendre en compte la diversité nationale⁶¹. En effet, rejetant le « fédéralisme *one nation* à l'américaine », le « compromis créateur » de 1867 a accouché « d'un système fédéral destiné à concilier le droit à la différence du Québec, et l'autonomie des provinces fédérées, avec les mises en commun nécessaires à l'édification d'un vaste pays canadien, distinct de son voisin du sud. » (Burelle, 1995 : 35 et 33) Les années du gouvernement Pearson constituent un exemple éloquent de l'hospitalité potentielle de l'ordre canadien envers ses nations minoritaires. « Les années 1960 ont été marquées par une volonté d'ouverture aux revendications des Québécois dans l'ensemble canadien. » (Gagnon, 2008 : 97) En outre, la voix du Québec comptait dans les débats constitutionnels, car de son refus découlait l'abandon

⁵⁹ Cette idée a été magistralement développée par le constitutionnaliste André Tremblay (1991-1992).

⁶⁰ Le Canada constituait d'ailleurs une « quasi-fédération », selon l'analyse qu'en a fait en 1946 le constitutionnaliste Kenneth C. Wheare (1963 : 18-20).

⁶¹ *A contrario* de l'ordre constitutionnel de 1982, qui est « une camisole de force ou une structure de domination » pour les nations minoritaires selon Tully (1999a : 17 et 30).

de projets d'amendements, et l'État central ne se décrivait pas comme le gouvernement « national » qui pouvait parler, seul, au nom d'un *demos* canadien unifié⁶².

Le Québec n'appelait pas à faire *tabula rasa* de l'ordre constitutionnel de 1867, mais plutôt à renouveler un pacte, cette fois d'égal à égal, de nation à nation. Ce contrat renouvelé, construisant sur les institutions établies, devait approfondir le caractère fédéral du régime et procéder à l'institutionnalisation de sa dimension multinationale, signifiant la reconnaissance constitutionnelle de la nation québécoise et l'ouverture à des pratiques fédérales asymétriques. En effet, seule l'égalité dans la différence nationale, le fédéralisme asymétrique et multinational, permettrait au Québec de jouir pleinement de son droit à l'autodétermination interne. Comme le souligna Brouillet, « [t]out comme le cas dans la recherche d'une égalité individuelle effective, la réalisation d'une véritable égalité entre des collectivités nationales commande parfois un traitement différent. » (Brouillet, 2005 : 326-327) En outre, l'avantage du fédéralisme asymétrique et multinational est qu'il reconnaît à la fois le caractère plurinational du Canada et l'autodétermination interne de ses nations minoritaires, s'assurant de la sorte leur loyauté, tout en permettant à la nation majoritaire de poursuivre son entreprise d'édification nationale dans le reste de la fédération. L'asymétrie est conforme à la tradition politique canadienne⁶³, tout en rendant aussi le régime politique plus stable, en atténuant la menace sécessionniste.

C'est par le concept de « fédéralisme renouvelé » – popularisé notamment par le *Livre beige*⁶⁴ – que ces revendications réformistes étaient connues à l'époque du référendum de 1980. Sous le leadership de Trudeau⁶⁵, le refus du Canada de revoir les fondements

⁶² Wheare a exprimé clairement cette dichotomie dès 1946 : « bien que la Constitution canadienne soit quasi-fédérale en droit, elle est principalement fédérale en pratique. Autrement dit, même si le Canada n'a pas de constitution fédérale, il a un gouvernement fédéral. » (Wheare, 1963 : 20, traduction libre)

⁶³ Selon Samuel LaSelva (1996), le Canada est composé d'une pluralité d'identités et ses parties constituantes (États provinciaux et nations) aspirent à vivre ensemble tout en demeurant séparées.

⁶⁴ Le rapport de la Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, intitulé *Une nouvelle fédération canadienne*, publié en 1980 à la veille du référendum, qui était la réponse à la souveraineté-association et au projet centralisateur du gouvernement Trudeau.

⁶⁵ En 1966, le secrétaire parlementaire de Pearson, Pierre Trudeau, et le ministre de l'Immigration, Jean

de l'ordre constitutionnel canadien – pour les rendre plus égalitaires et hospitaliers face à la diversité nationale québécoise – contribua à radicaliser le mouvement nationaliste québécois et à normaliser l'idée de l'indépendance du Québec, une option jugée extrémiste au début des années 1960⁶⁶. Conséquemment, « le nationalisme majoritaire constitue un obstacle majeur au changement politique au Canada et contribue à la mobilisation des forces nationalistes minoritaires, qui réagissent aux pressions et à l'attraction de l'ordre politique dominant. » (Gagnon, 2003b : 295, traduction libre)

Selon Rocher (2012), la confiance de la minorité francophone québécoise envers la majorité anglophone canadienne, déjà éprouvée par le passé, fut sérieusement entamée avec les événements entourant la réforme constitutionnelle de 1982. La *Loi constitutionnelle de 1982*, au lieu de trouver une solution au déni de reconnaissance du Québec et aux tares (centralisatrices) des institutions fédérales canadiennes, exacerba la crise sociopolitique ébranlant déjà le Canada, telle qu'elle fut identifiée dans le Rapport préliminaire de la Commission Laurendeau-Dunton. Le sentiment de trahison, à son comble, s'expliqu notamment par :

- Le bris de la promesse solennelle de Trudeau, faite aux Québécois en 1980, de « renouveler le fédéralisme », insinuant qu'il tiendrait compte des demandes traditionnelles du Québec ;
- Le rejet du droit de veto historique du Québec sur toutes modifications constitutionnelles affectant ses champs de compétences ;
- La limitation, sans le consentement de l'Assemblée nationale du Québec, des pouvoirs névralgiques pour le Québec sur l'éducation et la langue ;
- La mise à l'écart du principe du dualisme, à la base de la Confédération ;

Marchand, s'assurèrent le leadership de l'aile québécoise du Parti libéral du Canada, qui « appuya des motions rédigées par Trudeau, qui condamnaient le “statut spécial” ou une “confédération de dix États” et approuvaient l'idée d'inclure une “charte des droits” dans la constitution. » (English, 2007c)

⁶⁶ C'est dans ce contexte que le chef de l'Union nationale, Daniel Johnson, publia *Égalité ou indépendance* en 1965, qui affirma que « la Confédération n'est pas une fin en soi ; et que si, après avoir tout tenté pour la rendre également habitable à nos deux communautés culturelles, nous constatons un jour la vanité de nos efforts, elle ne nous paraîtra plus digne d'être sauvée. » (cf. Gagnon, 1991).

- L’absolutisation des droits individuels, au détriment des droits collectifs ;
- L’imposition d’une seule appartenance nationale légitime.

Rocher conclut que « 1982 est le visage unificateur et homogénéisant du Canada d’aujourd’hui et de demain. » (Rocher, 2012 : 162) D’ailleurs, selon Gagnon,

[L]e fédéralisme territorial ou « mononational » « est bien implanté au Canada hors Québec et consiste à appliquer les politiques gouvernementales de manière uniforme sur l’ensemble du territoire, laissant supposer que le pays a été construit sur la base d’une seule nation politique. [...] La plus grande percée de cette tradition a été faite au moment du rapatriement de la Constitution en 1982. (Gagnon, 2008 : 104)

2.1.4. Constitutionnalisation de la nation canadienne

Aux silences et à la flexibilité de la *Loi constitutionnelle de 1867* aurait répondu la rigidité de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dotée d’une Charte des droits – constitutionnalisant le multiculturalisme, le bilinguisme et l’individualisme *one nation* –, et d’une formule d’amendement – cadenassant ces changements constitutionnels et occulte la différence nationale québécoise. La réforme de 1982 a ainsi constitutionnalisé la vision nationale du groupe majoritaire et de ses élites.

Le multiculturalisme minorisait la nation fondatrice québécoise, devenue une culture parmi tant d’autres, appelée à s’intégrer à une nation canadienne, valorisant le pluralisme culturel non-national (Gagnon, 2008 : 98). Il déconsidérait donc la différence culturelle nationale et territorialisée, que doit justement accommoder et représenter le principe fédéral. Les individus étaient appelés à « choisir librement » leur groupe culturel et leur langue dans cette mosaïque. Cette vision « ignore la nécessité des communautés comme instrument de transmission de la langue et de la culture qui sont, pour tout être humain, une hérédité sociale avant d’être un droit individuel. » (Burelle, 1995 : 66-67) Le multiculturalisme occultait l’importance historico-politique d’une nation québécoise et court-circuitait ses chances d’une pleine reconnaissance constitutionnelle. Comme le souligna Gagnon : « Dans le but avoué de s’opposer aux tenants de la dualité canadienne, le premier ministre Trudeau [...] s’est fait le défenseur des droits individuels, tout en misant sur le multiculturalisme pour atténuer au

maximum toute demande de reconnaissance nationale formulée par le Québec. » (Gagnon, 2008 : 98) Selon Burelle, « [le] multiculturalisme a placé, en droit sinon dans les faits, toutes les cultures sur le même pied, et interdit toute reconnaissance d'une culture commune "officielle". » (Burelle, 1995 : 41)

Le bilinguisme attaquait de front le régime linguistique du Québec, qui sert à protéger la langue de la seule minorité francophone doté d'un État fédéré en Amérique du Nord. De plus, la *Loi constitutionnelle de 1982* « ne tient aucunement compte de la situation asymétrique des deux langues en Amérique du Nord » (Laforest, 2004 : 229), oblitérant les rapports de pouvoir entre la langue dominante, anglaise, et la langue dominée, française. Le bilinguisme séparait langue et culture, donc « ces droits linguistiques, dans la mesure où ils appartiennent à des personnes, sont dissociés des communautés susceptibles de leur procurer des appuis institutionnels. » (Laforest, 2004 : 230) Le bilinguisme fait fi des réalités sociopolitiques, car « garantir le droit d'un individu à sa langue [sans] reconnaître à la communauté porteuse de cette langue les moyens de se perpétuer et de se développer [...], c'est garantir un droit sans accorder les conditions indispensables à l'exercice et à la transmission de ce droit. » (Burelle, 1995 : 72-73)

L'article 1 de la Charte canadienne⁶⁷, devant permettre en principe une modulation des droits tenant compte des variations territoriales, a sanctifié le principe de la démocratie, au détriment du fédéralisme, pourtant central à la Confédération de 1867. Selon Laforest, « la Charte s'ouvre sur une clause dotée d'une structure défédéralisante et provoquant des effets similaires. » (Laforest, 2004 : 228) Le Canada apparaît, sous cet angle, comme une seule communauté nationale, « un pays unitaire » (Laforest, 2004 : 285). Ainsi, la différence territoriale n'a pas à être prise en compte par les tribunaux, car « [r]ien dans cette formule n'oblige les juges à tenir compte dans leur réflexion du caractère fédéral du pays canadien. » (Laforest, 2004 : 228) La Charte assure aussi la

⁶⁷ « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

libre circulation des porteurs de droits individuels dans espace fédéral uniforme, au détriment des droits des minorités nationales ou des droits provinciaux, relégués au second plan (Gagnon, 1997). Il y a donc une « déterritorialisation » des identités régionales et nationales, inhérentes au fédéralisme canadien, au profit d'un tout indifférencié composé d'individus et de minorités (femmes, minorités linguistiques, gais et lesbiennes, etc.), qui peuvent faire valoir leurs différences socioculturelles devant les tribunaux (Gagnon, 2008 : 164-165).

Les questions ainsi débattues devant les tribunaux, au nom d'une Charte des droits pancanadienne, intègrent dans l'orbite de l'État central des matières auparavant de compétence provinciale. Ces différends constitutionnels, une fois tranchés par une magistrature nommée par le pouvoir central, produisent des normes valables pour l'ensemble de la fédération, ajoutant de la sorte un deuxième mécanisme de centralisation au précédent. Que le gouvernement perde ou gagne devant les tribunaux, les questions délibérées ont été happées par l'État central, où elles sont tranchées par des juges fédéraux. Le gouvernement Trudeau a d'ailleurs encouragé un clientélisme de la charte, en mettant à la disposition des individus et des minorités non-nationales des ressources, avec le *Programme de contestation judiciaire*, pour financer leurs litiges constitutionnels. Bref, « le gouvernement fédéral est dans une situation où il gagne sur tous les tableaux. » S'il l'emporte, « il y a réduction de la diversité provinciale et instauration d'un cadre uniforme des initiatives politiques des provinces. » Mais s'il échoue, « il n'en demeure pas moins qu'une institution centrale sort gagnante – un appareil judiciaire fédéral qui interprète une charte des droits fédérale – et que l'instance couvre tout le pays. » (Gagnon, 2008 : 167-168)

La procédure de modification (articles 38 à 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982*), synchronique de la Charte, concrétise le principe de l'égalité provinciale : ne contenant aucun veto pour le Québec, elle met tous les États provinciaux sur le même pied. Elle fait fi de la mission particulière du seul État provincial francophone, lieu historique de la nation minoritaire québécoise. En outre, l'article 38(1) de la *Loi constitutionnelle de*

1982 permettrait d'apporter des changements constitutionnels majeurs, sans le consentement du Québec, s'ils sont approuvés par le Parlement du Canada et le deux tiers des législatures provinciales représentant « au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces. » La complexité de la formule d'amendement rend pratiquement impossible de modifier la Constitution dans le sens des intérêts québécois. La procédure de modification cadennasse ainsi l'ordre constitutionnel canadien, imposé au Québec, et consacre l'individualisme libéral *one nation* qui lui est inhérent (Seymour, 2001 : 123).

Le principe de l'égalité des provinces et des individus invalide doublement les droits de la nation québécoise, qui peut voir ses pouvoirs diminués contre sa volonté et qui ne serait pas en mesure de modifier le régime constitutionnel pour qu'il lui soit hospitalier. « L'ordre constitutionnel de 1982 est donc un carcan » (Seymour, 2011 : 312). Mais aussi, la *Loi de 1982* constitutionnalisait les normes, les valeurs, les intérêts de la nation majoritaire canadienne-anglaise, tout en dessinant les frontières d'un seul espace démocratique et d'un *demos* unifié au Canada, dont le représentant légitime est le Parlement du Canada. Pour Gagnon, la Charte « [l']enchâssement de la Charte dans la Constitution canadienne » constitue « l'incarnation d'une politique nationale en vue d'établir une seule identité juridico-politique pour le Canada. » (Gagnon, 2008 : 111) Selon Brouillet « c'est précisément en raison du potentiel intégrateur de la Charte que le gouvernement fédéral en a fait la pierre angulaire de la réforme constitutionnelle de 1982. » (Brouillet, 2008 : 365) Woehrling partage ce point de vue : « Les systèmes de protection des droits par la constitution et les tribunaux sont donc de puissants instruments d'unification des mentalités », ce qui légitime et « facilite ensuite le phénomène de centralisation des pouvoirs ». (Woehrling, 2000 : 50) La *Loi constitutionnelle de 1982* contribue donc à la « défédéralisation » du régime canadien, à une « déterritorialisation » des identités et à une unification nationale (Laforest, 1992b, 2003b et 2004)⁶⁸. Le Canada, d'une fédération dotée de dimensions

⁶⁸ Le politologue Alan C. Cairns a contribué à développer cette compréhension territoriale des effets

multinationales en 1867, serait en phase de compléter sa transformation en un « État unitaire décentralisé » *one nation* (Rocher, 2006).

2.1.5. Une entreprise délibérée de domination

Pour les libéraux nationalisés, la Charte canadienne, animée d'une philosophie libérale individualiste, découlerait donc d'une entreprise délibérée d'édification nationale visant à museler le projet collectif concurrent du Québec. « La force motrice des réformes constitutionnelles était, à dessein, un désir de centralisation et d'homogénéisation. » (Laforest et Readman, 2013 : 79) Le gouvernement Trudeau mobilisa une « communauté démocratique canadienne » et les minorités chartistes pour délégitimer et secondariser la nation québécoise. « L'objectif poursuivi était clair : utiliser le "peuple" et les intérêts particuliers pour aider le gouvernement central à obtenir un avantage stratégique dans les négociations avec les provinces. » (Gagnon, 2008 : 132) Les principes du fédéralisme ont été minés « sciemment et stratégiquement ». (Gagnon, 2008 : 152) Ce projet de domination subtile se présenterait sous les dehors nobles d'une charte des droits (Laforest, 1993 : 16). Comme le précisa Woehrling, « [l]a protection constitutionnelle des droits individuels constitue une limitation de la liberté collective d'un groupe de s'autogouverner. » (Woehrling, 2006 : 274) La Charte des droits constitue un « dispositif antimajoritaire », qui « vient limiter l'autonomie politique des minorités qui contrôlent une ou plusieurs entités territoriales. » (Woehrling, 2006 : 274) La limitation des pouvoirs de la nation québécoise se fait à l'avantage de la minorité anglo-québécoise, qui appartient à la majorité à l'échelle canadienne, et de l'État central qui voit ses compétences constitutionnelles s'accroître (Woehrling, 2006 : 274). Ce qui donne « l'impression, parfois, que le groupe majoritaire au niveau national défend ses propres intérêts sous le prétexte des droits de l'homme et des droits des minorités. » (Woehrling, 2000 : 36)

centralisateurs de la réforme constitutionnelle de 1982 (Cairns, 1991 : 80).

La Charte canadienne serait ainsi née d'une stratégie murie par Trudeau et ses alliés, pour favoriser l'intégration normative de la nation minoritaire québécoise à la communauté nationale canadienne. Les libéraux nationalistes, comme Brouillet et Seymour, voient la Charte canadienne comme un instrument au service d'une centralisation accrue des pouvoirs dans la fédération et d'une minorisation du fait français, devenu un élément culturel « déterritorialisé », qui flotte avec d'autres dans la mosaïque canadienne. La stratégie à l'œuvre de la part des acteurs politiques fédéraux, au premier chef desquels on trouve Trudeau, fut de développer une seule appartenance nationale indifférenciée – un patriotisme constitutionnel – grâce au partage d'un même ensemble de droits constitutionnalisés. De là découle l'égalité non négociable des individus et des provinces. Cette stratégie unitariste renforce dès lors la légitimité de l'État central, comme pôle d'identification premier ou exclusif, au détriment des États provinciaux qui, au lieu d'être perçus comme des communautés politiques autonomes locales, sont relégués au rang de palier administratif intermédiaire entre les citoyens canadiens et leur gouvernement « national ».

Cette stratégie crée un rapport de force symbolique en proposant une seule appartenance nationale légitime, qui est pancanadienne, et stigmatise toutes autres formes d'identité régionale ou nationale comme étant rétrogrades. « Pour Trudeau, la nation juridique, dans laquelle chaque citoyen bénéficie d'un ensemble de droits individuels, était l'expression institutionnelle d'une “société juste” – fondée sur la raison, par opposition aux attaches “paroissiales” et “émotives” des identités régionales sur lesquelles fut construit le Canada. » (Gagnon, 2008 : 162-163) Ainsi, « la réforme constitutionnelle de 1982 fait du Québec, *mutatis mutandis*, une province comme les autres et des Canadiens français, nonobstant certains reliquats de leur statut ancien, une minorité culturelle parmi d'autres dans la communauté multiculturelle canadienne instituée par la Charte canadienne des droits et libertés. » (Rocher, 2012 : 162-163)

Au final, le projet fédéral de développement d'une seule communauté politique d'identification et d'un État-nation est contraire au pacte de 1867, qui a vu les élites

coloniales francophones et anglophones s'entendre sur la création d'un régime fédéral, qui avait justement pour objectif d'unir politiquement deux cultures qui devaient garder leurs spécificités : droit privé, religion, langue, éducation (Laforest et Gagnon, 2017).

2.1.6. Judicialisation du politique

Les libéraux nationalistes perçoivent ainsi les effets pervers de la réforme constitutionnelle de 1982 et de la judicialisation du politique qu'elle a impulsées. Car, prenant appui sur la Charte canadienne, la Cour suprême du Canada a participé au projet canadien d'édification nationale en mettant en avant, par ses jugements, des normes libérales individualistes valables pour l'ensemble du territoire canadien. En effet, « [s]ur le plan juridique, l'effet uniformisateur de la protection des droits » tient à ce que « [l]es tribunaux, en particulier la Cour suprême, imposent aux entités fédérées des normes et des standards uniformes qui limitent leur capacité de choix dans l'exercice de leurs compétences constitutionnelles. » (Woehrling, 2000 : 55-56) Or, « [e]n désignant et en définissant ainsi les valeurs fondamentales de la société, la Cour suprême participe activement à la construction d'une identité canadienne. » (Brouillet, 2005 : 322) D'un côté, ces normes « nationales » impliquent la reconnaissance des minorités ethnoculturelles et linguistiques qui n'entrent pas en contradiction avec l'unité nationale pancanadienne. De l'autre, ces normes excluent les variations régionales et, « [l]e Québec, dorénavant une province parmi d'autres [...], est restreint dans ses capacités de promouvoir un ensemble de valeurs et de priorités communes différentes de celles des autres provinces. » (Gagnon, 2008 : 165)

La constitutionnalisation des droits fondamentaux au Canada a servi les fins voulues par Trudeau, soit une centralisation et une homogénéisation du régime canadien, car par leur nature même, ces droits sont conçus comme universels, donc ne souffrent aucune exception. En effet, « [l]e concept même de droits fondamentaux, implique que les droits doivent s'appliquer de la même façon à tous. » (Woehrling, 2000 : 53) De cette logique judicialisée et universelle découle un double déficit démocratique et fédéral, « le pouvoir passant d'organes sur lesquels les citoyens exercent de l'influence

à des organes qui échappent à cette influence », mais aussi « le pouvoir passe d'organes fédérés à des organes centraux. » (Woehrling, 2000 : 49) On observe ainsi « un déplacement du lieu des débats politiques des représentants élus du fédéral et des provinces aux juges nommés par le pouvoir central. » (Gagnon, 2008 : 156) Or, « [a]u Canada, le pouvoir judiciaire [dont les postes sont unilatéralement pourvus par le gouvernement central] est la fonction étatique qui reflète le moins bien la nature fédérative du pays. » (Brouillet, 2011a : 285) De plus, l'impartialité du pouvoir judiciaire est questionnable : « plusieurs observateurs ont souligné sa nature essentiellement politique. » (Brouillet, 2011a : 287) Par exemple, le juge en chef de la Cour suprême, Bora Laskin, écrivit qu'« entre deux juristes de valeur égale, le parti politique au pouvoir choisira probablement celui dont les opinions sont les plus conformes à la philosophie du parti. » (Laskin, 1978 : 141) En outre, un candidat, pour être choisi, doit être en faveur de la préservation de l'ordre constitutionnel canadien post-1982 (Brouillet, 2011a : 287). Comme l'affirma un ancien président du PLC, Michel Robert, du temps où il était juge en chef de la Cour du Québec : « Moi, je n'ai rien contre quelqu'un qui veut changer le système canadien en un autre système, il est parfaitement libre de le faire. Mais je ne pense pas qu'il devrait exercer des fonctions judiciaires. » (Maisonneuve en direct, 2005)

La *Loi constitutionnelle de 1982* modifiait les pouvoirs du Québec sans son consentement, s'ingérant dans ses pouvoirs socioculturels cruciaux pour sa communauté nationale. Elle donnait aussi à des juges, organiquement liés à l'appareil fédéral, le pouvoir de trancher des questions morales, politiques et culturelles, qui sont fondamentales pour la nation québécoise (comme la langue d'affichage), seule entité à avoir la légitimité d'en décider démocratiquement (à travers un débat public, des élections et l'adoption de politiques à l'Assemblée nationale). Bref, la judiciarisation du politique permettrait à l'État central, à travers la hiérarchie judiciaire, de faire indirectement ce qu'il ne pouvait pas faire directement : s'ingérer dans les champs de compétence des États provinciaux, « nationaliser » des matières locales pour en faire

des questions générales (langue, éducation, etc.), produire des normes valables pour l'ensemble de la fédération, allant jusqu'à définir les règles de sécession, et promouvoir une seule identité canadienne, qui supprime les appartenances régionales.)

Les libéraux nationalistes voient bien plus qu'un problème fonctionnel derrière la réforme de 1982. C'est la légitimité même du nouveau régime politique post-1982 qui est remise en cause : un régime où une Cour suprême, qui est une création de l'État central et dont les juges d'obédience canadienne sont nommés unilatéralement par le gouvernement canadien, applique à l'ensemble de la fédération des normes et des valeurs minant le projet national du Québec, tout en renforçant celui de la majorité. Des juges qui ont aussi sanctifié la réforme de 1982, déclarant la nouvelle Constitution pleinement légitime et décrétant que le Québec ne possédait pas de droit de veto constitutionnel, niant de la sorte une convention canadienne remontant au pacte de 1867 (*cf. Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, 1982). Bref, selon Seymour, « les juges de la Cour suprême participent à l'entreprise de construction nationale. » (Seymour, 2001 : 122)

Pour Laforest, « l'esprit impérial reste au cœur du fonctionnement du pouvoir judiciaire au Canada. » (Laforest, 2004 : 261) Il affirma aussi que si « le bouleversement de 1982 a renforcé le pouvoir judiciaire », « il n'aurait [en outre] pas été possible sans lui. » (Laforest, 2004 : 261) En effet, « [à] l'époque du rapatriement de la Constitution en 1981-1982, la Cour dirigée par Bora Laskin avait consacré la vision dominante dans la communauté intellectuelle canadienne-anglaise, octroyant une place subordonnée au principe fédéral pour comprendre la nature de l'État canadien. » (Laforest, 2004 : 291)

Ce qui est décrit ici est une entreprise délibérée de domination de la minorité nationale québécoise, et de ses institutions représentatives, par la majorité nationale canadienne et son élite qui contrôle l'État central. « L'esprit de 1982 [est] celui d'une attaque consciente, lucide, contre l'idée selon laquelle les Québécois forment une nation, un peuple, une communauté politique autonome en terre d'Amérique. » (Laforest, 1991 : 149) Par son institutionnalisation – sans le consentement du Québec – et par son impact

– déterritorialisation, centralisation et uniformisation –, la Charte canadienne est une attaque frontale envers la différence nationale québécoise (Gagnon, 2003b : 301).

Cette domination nationale s'impose par l'universalisme des « droits de l'homme », dont la logique a été greffée au régime canadien en 1982 par le gouvernement central et la Cour suprême du Canada, qui ont rehaussé ainsi leur pouvoir, tout en promouvant les intérêts de la nation majoritaire canadienne-anglaise. Le projet politique de Trudeau et de ses alliés était de renforcer l'unité du Canada par un patriotisme constitutionnel, une identité canadienne défendue comme étant individualiste, civique, universelle et multiculturelle, au sein de laquelle les membres des minorités nationales sont appelés à se fondre. La définition fédérale et binationale du Canada, qui aurait prévalu conceptuellement jusque-là, a été supplantée par une nouvelle vision territoriale et nationale, qui recoupe les caractéristiques de la nation canadienne-anglaise moderne et marque *de facto* et *de jure* la fin du dualisme canadien (Gagnon, 2008).

Pour les libéraux nationalistes, les droits individuels absolutisés, le fédéralisme unitaire et l'unicité du *demos* canadien – institutionnalisés par le gouvernement Trudeau – constituent une politique de pouvoir servant délibérément à dominer la nation québécoise et, incidemment, à délégitimer les droits collectifs territorialement ancrés. Une politique d'autant plus illégitime qu'elle découle d'une modification unilatérale du pacte de 1867, qui mine ses fondements démocratiques (par la judiciarisation) ainsi que nationaux et fédéraux (par la centralisation et l'uniformisation). Pour la nation québécoise, le Canada est bien un « régime de tutelle politico-judiciaire » dans lequel elle est gouvernée « de manière quasi impériale ». (Laforest, 2004 : 262)

Les libéraux nationalistes – malgré leur évident sens de l'appartenance communautaire – adoptent tout de même une explication de l'action sociale, une épistémologie, qui est

davantage individualiste. En effet, on peut appliquer à leur angle analytique ces propos de Charles Taylor : « ils croient que, dans l'ordre de l'explication, on peut et on doit rendre compte des actions sociales, des structures et des conditions, comme relevant des propriétés des individus. » (Taylor, 1989 : 159, traduction libre) En outre, leur perception du chartisme est surtout instrumentale, en ce sens que la réforme constitutionnelle de 1982 servirait la *volonté de puissance* d'une élite canadienne, au premier chef Trudeau, ainsi que les intérêts du groupe majoritaire, la nation canadienne.

2.2. Les critiques marxistes canadiennes-anglaises⁶⁹

2.2.1. Épistémologie structuraliste

Le concept de « critiques marxistes » renvoie ici à un groupe non structuré de juristes canadiens-anglais, qui sont ou ont été professeurs de droit dans une université canadienne. Ces critiques appartiennent au groupe de juristes qu'Eric Tucker (2008 : 162, traduction libre) qualifie d'« universitaires critiques spécialisés en droit du travail » (*critical labour law scholars*), et que Richard Sigurdson (1993b : 119, traduction libre) nomme « la critique de gauche de la Charte » (*left-legal Charter critique*). Ce groupe critique la *Charte canadienne des droits et libertés*, et la judiciarisation du politique qu'elle a impulsés, à partir d'une perspective radicalement démocratique et égalitaire, en adoptant une épistémologie cliviste et structuraliste.

Prenant le revers du légalisme libéral dominant – lequel affirme que le droit est indépendant du politique et que son *modus operandi* est purement rationnel – les critiques marxistes analysent le droit à travers une perspective critique externe. C'est-à-dire qu'ils procèdent à une analyse d'économie politique du droit constitutionnel

⁶⁹ Voir notamment Joel Bakan (1997), Judy Fudge et Harry Glasbeek (1992), Judy Fudge (2001 et 2010), Harry Glasbeek et Michael Mandel (1984), Ran Hirschl (2004, 2008a et 2008b), Allan Hutchinson (1995, 2017a et 2017b), Allan Hutchinson et Andrew Petter (1989), Michael Mandel (1996 et 1998), Robert Martin (1982, 1988, 2003), Andrew Petter (2010), Andrew Petter et Allan Hutchinson (1988).

canadien. L'influence structuraliste marxiste est indéniable. Comme l'écrivit Karl Marx : « les rapports juridiques – ainsi que les formes de l'État – ne peuvent être compris ni par eux-mêmes, ni par la prétendue évolution générale de l'esprit humain, mais [...] ils prennent au contraire leurs racines dans les conditions d'existence matérielles ». (Marx, 1978 : 4) Le critique marxiste canadien, Joel Bakan, réitéra cette vision en soulignant l'importance d'étudier « la relation entre le droit issu de la Charte et les forces sociales qui façonnent son interprétation et ses effets. » (Bakan, 1997 : 3, traduction libre) Selon cette perspective, l'économie, comme mode de production et comme rapports sociaux, structure l'organisation de la société – notamment le droit, devant garantir les contrats et le libre mouvement des individus, des capitaux, des biens et des services – et conditionne la vision qu'en ont les acteurs, notamment les juges. On ne peut donc comprendre le rôle des arbitres constitutionnels, tout comme l'impact de leurs jugements, sans prendre en compte la structure sociale capitaliste, que les autorités s'affairent à rendre fonctionnel et à légitimer auprès de la population. Bref, « puisque toutes les institutions politiques, y compris la Charte et les droits, sont nécessairement entravées, dans leur fonctionnement, par un système social plus large qu'elles, une analyse de classe est donc nécessaire. » (Bakan, 1997 : 9, traduction libre)

Harry Glasbeek et Michael Mandel partagent cette vision économique et structuraliste de la Charte : « Étant donné que l'enchâssement des droits et libertés n'était pas une réponse à une série d'événements déclencheurs ou à une demande publique manifeste, on doit chercher son origine dans l'économie politique. » (Glasbeek et Mandel, 1984 : 84, traduction libre) Comme le souligna le Ran Hirschl, « l'enchâssement constitutionnel des droits et l'établissement d'un contrôle judiciaire ne se développent pas indépendamment des luttes politiques et des intérêts économiques centraux d'un pays. » (Hirschl, 2004 : 97-98, traduction libre) Ce qui revient à dire que « l'interprétation judiciaire et la mise en œuvre des droits constitutionnels dépendent, dans une large mesure, du climat idéologique inhérent à l'époque du néolibéralisme social et économique » (Hirschl, 2004 : 218, traduction libre).

Plutôt que de démocratiser le régime, la Charte des droits et le contrôle judiciaire participent d'une stratégie délibérée des gouvernements pour préserver le *statu quo* libéral capitaliste et concentrer le pouvoir dans leurs mains et le capital dans celles des élites économiques (Hirschl, 2004 : 99 ; Petter, 2010 : 6). Les intérêts des élites économiques, judiciaires et politiques sont ainsi compatibles (Hirschl, 2004 : 99). Derrière la grandeur des « réformes constitutionnelles », l'on trouve « un programme essentiellement égoïste. » (Hirschl, 2004 : 99, traduction libre) Le constitutionnalisme libéral légitime la politique néolibérale (austérité, privatisation, dérégulation) et les gouvernements qui la mettent en œuvre (Petter, 2010 : 233-234).

Allan C. Hutchinson analysa aussi la constitutionnalisation des droits sous l'angle de la lutte des classes, une lutte « lancée et gagnée par les puissants, qui étaient en mesure de formuler leurs revendications dans la rhétorique rationaliste des droits. » (Hutchinson, 1995 : 223, traduction libre) Depuis la Révolution anglaise, « la stratégie demeure la même : les élites freinent le pouvoir de l'État (et du peuple) en exprimant leurs propres revendications de pouvoir dans le discours juridique des droits libéraux. » (Hutchinson, 1995 : 223, traduction libre) Le pouvoir judiciaire serait idéologiquement teinté en faveur du *statu quo* capitaliste, car les juges partagent les valeurs dominantes de la société et leurs jugements « tendent à favoriser le maintien des relations et des pratiques sociales existantes. » (Martin, 1988 : 820, traduction libre)

Comme la société de marché et l'individualisme atomistique sont ancrés dans le discours des droits, Judy Fudge et Harry Glasbeek y voient un environnement intrinsèquement hospitalier aux classes possédantes : « Les gens d'affaires sont en mesure de traduire leurs désirs en revendications de droits valides en vertu de la Charte, dont l'esprit est parcouru de l'idéologie du libre marché, pour laquelle le droit des individus de jouir à leur guise de leur propriété est sacrosaint. » (Fudge et Glasbeek, 1992 : 55, traduction libre) Plutôt qu'une sphère autonome, animée de sa propre logique formelle et rationnelle, le droit est ainsi lié à la structure sociale capitaliste : « Ce sont les changements sociaux externes à la loi qui déterminent la résolution du

litige, et non l'inverse. » (Fudge et Glasbeek, 1992 : 58, traduction libre) D'ailleurs, la synchronicité de la Charte et du néolibéralisme ne serait pas fortuite (Martin, 2003 : 42). La constitutionnalisation des libertés individuelles aurait favorisé l'extension de la sphère privée, du « libre marché », et la réduction du rôle de l'État, de manière cohérente avec la contre-révolution reaganienne et thatchérienne prônant « le droit des capitalistes de faire ce qu'ils veulent [...] ». » (Martin, 2003 : 42, traduction libre)

Les critiques marxistes voient ainsi l'intérêt des élites politiques à soutenir les droits individuels, au moment même où l'État, à l'ère de la mondialisation et du néolibéralisme, répond de moins en moins aux demandes de ses propres citoyens et est en perte de légitimité. La Charte donnerait une caution de légitimité à la réduction du rôle de l'État – favorable aux possédants – et à la diminution du pouvoir populaire, représenté par les parlements. Elle serait ainsi un mécanisme antidémocratique, confortant la contre-révolution néolibérale et l'hégémonie de l'élite au pouvoir.

2.2.2. Démocratie, libéralisme et légitimité

Selon la conception classique avancée notamment par Platon (2000) et Aristote (1993), la démocratie aurait une dimension égalitaire, participative et claviste : ce serait le pouvoir des masses désargentées et spoliatrices, qui doivent travailler pour gagner leur vie. Mais, c'était aussi une procédure pour produire des décisions appuyées par la majorité des citoyens présents à l'Ecclésia (l'Assemblée du peuple), à la suite d'un débat sur une proposition avancée par *n'importe qui* (Manin, 1996 : 19-61). La démocratie, en outre, impliquait que tous puissent être gouvernants et gouvernés, tour à tour, grâce à la rotation des charges, dont la plupart étaient tirées au sort annuellement (Manin, 1996 : 23, 28). Si ces deux philosophes grecs – tout comme les fondateurs des régimes libéraux (*cf.* Dupuis-Déri, 2013) – conçoivent de manière péjorative la démocratie (la corruption de la cité juste), les critiques marxistes, eux, se l'approprient de façon appréciative : « la mobilisation démocratique des gens ordinaires offre le meilleur espoir d'atteindre la justice sociale. » (Petter, 2010 : 4, traduction libre) En outre, « la démocratie n'est pas une affaire de servitude envers les politiciens

seigneuriaux ou les juges impériaux, mais une affaire de participation personnelle et de solidarité sociale. » (Hutchinson, 1995 : 75, traduction libre) Enfin, « la démocratie signifie la participation active des citoyens à la détermination des conditions de leur existence et de leur association. » (Bakan, 1997 : 10, traduction libre)

Pour que la démocratie devienne un concept dominant à la fin du XIX^e siècle, il a fallu en limiter l'expression au vote censitaire, « l'expression naturelle de l'oligarchie. » (Mandel, 1998 : 253, traduction libre) Pour que le régime représentatif et inégalitaire soit décrit comme une démocratie, il fallait en proposer une nouvelle définition. « Si la démocratie devait être acceptée, tout en préservant la propriété privée, alors la démocratie devait être vidée de son contenu de classe. » (Mandel, 1998 : 254, traduction libre) Lorsque la démocratie, dans l'après-Deuxième Guerre, commença à « envahir » la sphère privée, par l'interventionnisme étatique, la « démocratie représentative » devint une menace aux intérêts de l'oligarchie (Mandel, 1998 : 252). Il fallait à nouveau dissocier le privé et le public, en protégeant le premier du second grâce aux libertés individuelles constitutionnalisées et au contrôle judiciaire.

Fudge (2001 : 336) et Mandel (1996 : 67-69) rappelèrent d'ailleurs que la constitutionnalisation des droits a été promue, par le gouvernement Trudeau, sous le vocable de « charte du peuple⁷⁰ », car elle devait transférer du pouvoir de l'État vers les citoyens et paver la voie vers une *société juste*. Les juges seraient les gardiens des droits fondamentaux garantis par la Charte canadienne (Mandel, 1996 : 68-69). Or, la judiciarisation et le légalisme libéral retirent de l'espace public démocratique des questions socioéconomiques, qui concernent pourtant tout le monde. Ils valorisent l'égalité formelle et la liberté négative d'individus privés, qui peuvent se déplacer et agir à leur guise, accumuler et conserver leur propriété, dans un « libre marché » compétitif à l'abri de l'empiètement de l'État. Tandis que la vaste majorité de la

⁷⁰ Selon les sociologues Neal Carter et Patrick James, « le fait d'étiqueter l'option préférée de Trudeau comme 'la charte du peuple' était clairement un effort conscient pour gagner la sympathie du public et aussi pour rejeter les demandes provinciales et identitaires, qui ne répondraient apparemment pas aux désirs de la population. » (Carter et James, 2009 : 204, traduction libre)

population ne peut jouir d'une liberté effective qu'à travers une politique redistributive (droit positif et égalité réelle), découlant d'une citoyenneté active dans l'espace public.

Les coûts exorbitants d'un litige constitutionnel, que tranche une élite judiciaire non élue et animée d'une vision libérale individualiste de la société, ne font pas du tribunal un forum démocratique réceptif aux idées et aux besoins des minorités défavorisées ou des citoyens ordinaires. Les personnes morales⁷¹ et leur idéologie y sont favorablement reçues (Martin, 2003 : 71). Ils disposent non seulement des moyens d'y faire entendre leur vision libérale individualiste des droits, mais ils ont en face d'eux des juges déjà idéologiquement gagnés à leur cause. Les juges, souvent issus du milieu des affaires, sont sociologiquement prédisposés à étendre les protections constitutionnelles de la Charte aux grandes corporations, ayant pourtant des intérêts purement économiques. Selon Robert Martin : « L'un des principaux objectifs, derrière les litiges basés sur la Charte, est l'effort inlassable de la clique dominante pour étendre son pouvoir et ses privilèges ; un objectif qui est exactement le contraire de la politique démocratique. » (Martin, 2003 : 71, traduction libre)

Si le droit à la propriété est absent de la Charte canadienne, il en est pourtant le principe organique sous-jacent, car les juges dessinent et protègent les frontières de la sphère privée – celle de la concurrence interindividuelle, de l'accumulation capitaliste et de la reproduction des inégalités – face à l'intervention correctrice de l'État (Hutchinson et Petter, 1988 : 293 ; Fudge, 2001 : 35). Plutôt que de préserver l'État social et de favoriser la participation démocratique, « la constitutionnalisation des droits a placé la propriété privée, comme d'autres libertés économiques, hors de portée de la politique majoritaire et de la réglementation étatique, semant ainsi les graines d'une disparité plus grande dans les conditions de vie essentielles. » (Hirschl, 2004 : 151, traduction libre) L'arrêt *Chaoulli*⁷² – validant l'individualisation et la privatisation des soins de santé – illustre bien cette idée, qu'avec la Charte, « toute conception du bien public a

⁷¹ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S.

⁷² *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35.

été éclipsée par une vision privatisée de la justice sociale, dans laquelle les privilèges des nantis gardent les démunis prisonniers de leur propre liberté économique. » (Hutchinson, 2017a : 107, traduction libre) Ceci n'est pas surprenant : « Les tribunaux ont tendance à s'appuyer sur le discours des droits libéraux lorsqu'ils interprètent la Charte, présentant la régulation gouvernementale comme la principale menace envers la liberté et l'égalité, tout en décrivant égaux des individus abstraits qui ne seraient pas affectés par les formes structurelles de domination et d'exploitation. » (Bakan, 1997 : 4, traduction libre)

La Charte encouragerait ainsi la privatisation des enjeux sociopolitiques au profit des dominants, tout en participant à la légitimation d'un ordre libéral, de moins en moins démocratique et égalitaire, auprès de la population (Hutchinson, 1995 : 22, traduction libre). Ceci se produisit au moment où le régime serait miné de l'intérieur (montée des inégalités, stagflation, opposition du Québec, crises de la représentation et des finances publiques) et de l'extérieur (mondialisation, libre-échange, crise pétrolière).

Un certain partage des profits – rendu possible durant les années fastes des Trente Glorieuses (1945-1975) – légitimait l'ordre libéral auprès du peuple, qui accédait aussi aux bienfaits matériels du mode d'accumulation capitaliste (Mandel et Glasbeek, 1984). Le contexte économique était favorable à l'expansion du rôle socioéconomique de l'État et à la prise en compte des revendications des mouvements sociopolitiques (syndicaux, féministes, etc.). Les organisations de travailleurs jouissaient tout de même d'une reconnaissance légale – donc de libertés syndicales – de la part des gouvernements, en rupture avec les années de coercition et de répression depuis la Confédération. La démocratie représentative et la démocratie syndicale étaient perçues comme légitimes, et ce, malgré le fait que cette dernière faisait souvent face à un pouvoir judiciaire libéral, idéologiquement biaisé en faveur de la grande propriété.

La fin des Trente Glorieuses signifiait une croissance économique anémique ainsi qu'un chômage et une inflation en perte de contrôle. Elle marquait le retour de la répression syndicale et la fermeture néolibérale de l'État aux revendications populaires.

L'ordre libéral ne pouvait plus supporter une démocratie forte, tandis que la classe possédante cherchait à maintenir son haut niveau de profit (Mandel, 1996). Pour les classes dominantes, « le problème n'était pas de *renforcer* la véritable démocratie, mais plutôt d'éviter ce renforcement en offrant une substitution formelle. » (Glasbeek et Mandel, 1984 : 112, traduction libre) La *substitution formelle*, la Charte canadienne, offrait « une réponse sûre aux revendications démocratiques qui menacent le capitalisme. » (Glasbeek et Mandel, 1984 : 112, traduction libre)

Durant les années 1970, il y avait donc une double crise de la légitimité, d'une part, économique et redistributive et, d'autre part, politique et institutionnelle, à laquelle devait répondre le gouvernement Trudeau, dont le soutien public était en chute libre (Mandel, 1996 : 47). Comme l'affirma le Livre blanc sur la réforme constitutionnelle de la fédération, *Le temps d'agir*, « le renouvellement de la Fédération est nécessaire pour résoudre la crise qui menace la stabilité, l'unité et la prospérité du pays. » (Trudeau, 1978 : 8, traduction libre)⁷³ La réponse à la crise devait permettre d'ajuster le régime canadien au nouvel ordre économique mondial – demandant flexibilité, libéralisation et privatisation –, tout en renouvelant la légitimité de l'État central et en rehaussant la popularité du gouvernement libéral – surtout au Québec – en accordant à la population des droits garantis par des juges impartiaux (Mandel, 1996). Le gouvernement central voulait aussi stopper le processus d'édification nationale au Québec et miner la Loi 101, jugée liberticide par les milieux d'affaires anglophones, pour renouveler l'unité et la stabilité de l'ordre canadien (Mandel, 1996 : 274).

Les droits collectifs – linguistiques et socioéconomiques – promus par le Québec heurtaient de front la Charte canadienne, qui vise la protection des libertés individuelles

⁷³ Il faut souligner que cette phrase est présente dans la version anglaise de ce document bilingue, mais absente de la version française. En outre, la version anglaise évoque « l'unité nationale », tandis que la version française mentionne « l'unité du pays ». La linguistique Chantal Gagnon a d'ailleurs étudié, au Canada, les glissements de sens lors de la traduction en français des discours politiques en anglais. Selon cette dernière, « il y aurait des changements idéologiques dans les discours politiques canadiens traduits et ces changements seraient étroitement liés aux diverses redéfinitions identitaires qui se sont produites au cours de l'histoire canadienne. » (Gagnon, 2006 : 217, traduction libre)

(d'expression, de circulation, etc.) contre les entraves de l'État. En effet « l'adoption de la Charte découlait principalement du désir de préserver le *statu quo* institutionnel et politique, mais aussi de lutter contre les menaces croissantes du mouvement séparatiste québécois, [en faveur de] l'élite anglophone et sa culture protestante affairiste. » (Hirschl, 2004 : 77, traduction libre)

La constitutionnalisation des droits linguistiques « s'inscrivait dans le cadre de la guerre constitutionnelle que livrait le gouvernement canadien au gouvernement indépendantiste québécois. » (Mandel, 1998 : 290, traduction libre) Cette tactique était porteuse pour les autorités centrales, car la Charte mettait la logique des droits individuels au-dessus des intérêts communs de la majorité. Comme l'a écrit lui-même le juge en chef Dickson, son « but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés ; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir⁷⁴. » Ce qui fit dire à Petter que « l'introduction de la Charte a renforcé l'idée que la principale menace aux droits des Canadiens n'est pas la pauvreté ou l'inégalité du revenu, mais plutôt l'État. » (Petter, 2010 : 233, traduction libre) Et, cette principale menace « devait être constamment contrôlé, pour éviter la pente glissante totalitaire. » (Hutchinson et Petter, 1988 : 283, traduction libre).

Selon Harry Glasbeek et Michael Mandel, le nouveau régime des droits constituait « un changement dans la nature du processus de légitimation, non pas dans le caractère de ce qui est légitimé. » (Glasbeek et Mandel, 1984 : 103, traduction libre) C'était une solution de rechange afin « de légitimer le maintien des mêmes relations de pouvoir non démocratiques. » (Glasbeek et Mandel, 1984 : 113, traduction libre). Car, lorsque la Cour suprême arbitre des litiges, où s'affrontent des valeurs et des intérêts concurrents, celle-ci ne peut être neutre et impartiale. Selon Hutchinson, « il n'existe aucun moyen technique, ou purement juridique, de décider quelles sont ces valeurs ; le

⁷⁴ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

droit ne peut être que de la politique, mais par d'autres moyens. » (Hutchinson, 2017a : 100, traduction libre) Ce qui revient à dire qu'un juge, idéologiquement situé et engagé comme tout citoyen, ne serait pas mieux disposé que le peuple pour trancher un débat de nature politique à propos de visions concurrentes de la société. À ce sujet, Petter rappela que l'objection au chartisme de l'un des acteurs du rapatriement, l'ancien premier ministre néodémocrate de la Saskatchewan, Allan Blakeney⁷⁵, « n'était pas que la Charte limiterait les pouvoirs des provinces, mais plutôt qu'elle il diminuerait le pouvoir des citoyens d'influencer les politiques publiques par l'engagement démocratique, ce que ce dernier considérait, à la suite de Tommy Douglas, comme le meilleur moyen d'atteindre la justice sociale. » (Citation tirée de Petter, 2010 : 5, traduction libre) Or, selon Blakeney, « l'enchâssement de la Charte transférerait le pouvoir politique aux tribunaux, qui sont généralement conservateurs et qui s'opposeraient à la redistribution du pouvoir et de la richesse dans la société. » (Citation tirée de Petter, 2010 : 5-6, traduction libre) La *révolution des droits* de 1982 fut pourtant défendue au nom des droits des citoyens face à l'arbitraire politique, même si, à l'origine, elle n'émane pas d'une volonté populaire forte, mais plutôt de celle des élites politiques canadiennes (Mandel, 1996).

Au final, plutôt qu'un instrument au service de la démocratie et de l'égalité, la Charte canadienne « est une forme abstraite de légitimation d'un système capitaliste qui n'est plus capable de livrer la marchandise. » (Glasbeek et Mandel, 1984 : 114, traduction libre). Renouvelant la légitimité de l'ordre libéral canadien, la Charte proposerait une fiction de l'unité du peuple et donnerait l'illusion de prendre en compte ses demandes, assurant ainsi le maintien et la survie du capitalisme (Glasbeek et Mandel, 1984 : 115).

Derrière la *révolution des droits* au Canada, les critiques marxistes voient à l'œuvre une classe dominante qui tire les ficelles de l'État, pour préserver et légitimer ses privilèges, en les mettant à l'abri du pouvoir populaire. D'ailleurs, qu'une aussi grande

⁷⁵ Petter (2010 : 5), à cette époque, était rédacteur de discours pour Blakeney.

unanimité règne au sein de l'élite politique à propos de l'avancée des « droits de l'homme » serait révélateur des intérêts qu'ils desservent (Martin, 2003 : 48). Selon Robert Martin, les « droits de l'homme » n'offrent aucune solution concrète aux problèmes socioéconomiques, permettant « à l'oligarchie de soutenir les droits de l'homme sans compromettre sa position. » (Martin, 2003 : 48, traduction libre) Le caractère abstrait des droits les rendrait aveugles aux disparités de richesse et de pouvoir entre la minorité possédante et la majorité dépossédée : « la perspective des droits de l'homme nie l'existence des classes et, par conséquent, renforce la domination de classe. » (Martin, 2003 : 49, traduction libre) Donc, au nom de la démocratie, l'élite a donc proposé au peuple une réforme constitutionnelle, qui rendait le régime canadien encore moins démocratique et qui servait ses intérêts hégémoniques.

2.2.3. Stratégie, judiciarisation et hégémonie

L'entrée dans celle de la suprématie constitutionnelle ne constitue pas une révolution démocratique. D'ailleurs, il n'y a pas eu de crise des droits de la personne pouvant justifier ce virage : « Force est de constater que la “performance” du Canada en matière de droits n'était pas moins bonne que celle des États-Unis parce que le premier n'avait pas de charte. » (Mandel, 1996 : 92) D'autres raisons ont motivé ce changement, notamment le caractère antimajoritaire et régressif du contrôle judiciaire basé sur la Charte, qui « fonctionne tel un frein institutionnel, plutôt qu'un catalyseur, de la politique démocratique, et enchâsse, plutôt que de contester, une idéologie conservatrice. » (Hutchinson, 2017a : 95, traduction libre)

L'institutionnalisation d'une idéologie favorable aux intérêts dominants signifie que « la Charte est une arme politique puissante – une arme qui est mobilisée au profit des intérêts dominants de la société et qui affaiblit le pouvoir des personnes défavorisées et défavorisées. » (Hutchinson et Petter, 1988 : 279, traduction libre) Ce sont justement les classes défavorisées qui bénéficient le moins des droits individuels. Pour ces classes sociales, l'oppression provient d'une structure sociale de plus en plus inégalitaire et d'un régime politique fermé à leurs revendications et ouvert à la mondialisation des

échanges. Face à la contestation politique des années 1960-1970, aux forces centrifuges et à la fin du consensus keynésien, le nouveau constitutionnalisme canadien cherchait à renouveler la légitimité de l'ordre établi, à assurer la *préservation hégémonique* des valeurs et des intérêts des élites économiques, juridiques et politiques. Selon Hutchinson, « l'adoption de la Charte visait autant à établir un contrepoids centralisateur aux revendications du Québec, qui voulait étendre sa souveraineté interne, qu'à enchâsser le programme politique du libéralisme libéral. » (Hutchinson, 1995 : 23, traduction libre) En outre, la révolution patriotique des droits de 1982 permettait de « détourner les esprits [du] terrible déclin économique et de la difficulté qu'il y avait à unifier un pays déchiré par d'énormes disparités en ce qui a trait au bien-être matériel et à l'égalité de chances dans la vie. » (Mandel, 1996 : 130)

L'objectif voulu du chartisme était de domestiquer la démocratie, de *dépolitiser* le pouvoir populaire, et de mettre hors de sa portée un ensemble de valeurs et d'intérêts libéraux individualistes, qui étaient jugés trop fondamentaux pour qu'ils soient à la merci de la majorité (Hutchinson et Petter, 1988 : 296). La constitutionnalisation de ces valeurs et de ces intérêts libéraux atomistiques – donc favorables aux classes dominantes –, qui sont protégés par un contrôle judiciaire activiste, devait empêcher ces valeurs et intérêts d'être altérés par le peuple (Mandel, 1998 : 253). En érigeant une frontière légale autour du privilège et de la propriété, on comprend que « le passage de la souveraineté parlementaire vers le contrôle judiciaire représente, presque toujours, une tentative de protéger la propriété contre la démocratie. » (Mandel, 1998 : 272, traduction libre) Le chartisme contribue au mouvement néolibéral qui cherche à redéfinir la démocratie « de manière à la rendre sécuritaire pour les oligarques. » (Mandel, 1998 : 297, traduction libre) Ainsi, le droit est du côté de l'hégémonie : « l'habilitation des juges par la constitutionnalisation est une forme intéressée de préservation hégémonique. » (Hirschl, 2004 : 11, traduction libre)

La « contre-révolution » néolibérale – à la fois économique (libre circulation mondiale des biens, des capitaux et des services) et politique (austérité et libéralisation) – vise à

soumettre l'ensemble de la société au principe de la libre concurrence entre personnes morales et physiques, au nom de l'impératif de la croissance économique. La dérégulation était un passage obligé vers une concurrence accrue, dans le même temps que le contrôle judiciaire des lois, basé sur un catalogue de droits individuels, favorisait cette libéralisation de l'économie, en accentuant le rayon d'action et l'autonomie de la sphère privée, donc du marché (Hirschl, 2004 : 77 ; Hutchinson, 2017a : 95-96).

Malgré son vernis « démocratique » – voulant que les citoyens voient leurs libertés garanties –, la judiciarisation du politique est doublement oligarchique. D'une part, elle implique que des décisions politiques fondamentales sont prises par une élite judiciaire issue des classes supérieures, non élue et inamovible, donc non imputable de ses décisions auprès du *demos*, dont elle dessert les intérêts. D'autre part, les magistrats, pour rendre leurs jugements, sont animés de principes et de valeurs – *d'une idéologie* – conformes à ceux de la minorité possédante (Bakan, 1997 : 112). Leur interprétation de la Charte canadienne serait basée sur une vision abstraite de la société, où interagissent des individus sujets de droit, qui sont présumés *naturellement* égaux et dont les choix ne seraient pas déterminés par une structure sociale inégalitaire et hiérarchique. Ces porteurs individuels de droits chercheraient à se préserver des interventions iniques de l'État dans la sphère privée, qui seraient la principale menace à cette liberté et cette égalité prépolitique. L'inégalité de richesse est un donné pour les juges, et elle n'est pas incluse dans leur paramètre interprétatif. Ce qui fait dire à Mandel que « les juges prétendent interpréter des textes, mais ils ne proposent que le *statu quo*. Leur “interprétation” de termes comme “égalité” et “liberté” découle de prémisses cachées, qui tiennent pour acquis le maintien de l'ordre social inégalitaire. » (Mandel, 1998 : 299, traduction libre) Protégeant la sphère privée et occultant les inégalités, le discours juridique contribue donc à légitimer ces dernières et il laisse intacte la structure de reproduction de la misère sociale (Hutchinson, 2017b : 202). En fait, la judiciarisation du politique est plutôt un remède face aux dérives participationnistes, communautaristes et égalitaires de la démocratie représentative, qui

menaçaient les grands intérêts privés (Mandel, 1998 : 252). Il fallait protéger ces intérêts « supérieurs » par la constitutionnalisation de la vision du monde individualiste et libérale (Hutchinson et Petter, 1988).

Le constitutionnalisme des « droits de l'homme » serait une stratégie consciente des classes dominantes pour garder intacte leur hégémonie et domestiquer les forces contestatrices de l'ordre libéral. Avant que la révolution ne vienne à elle, l'élite a donc enclenché une « révolution par le haut », ou « passive », dont la logique conservatrice fut analysée par Antonio Gramsci⁷⁶. C'est pourquoi, Ran Hirschl l'analysa comme une stratégie de « préservation hégémonique », car la constitutionnalisation des droits mettait hors de portée du politique le grand capital et cristallisait une conception libérale individualiste du régime canadien (Hirschl, 2004 : 77, 214).

Selon cette perspective, néolibéralisme et constitutionnalisme sont les deux visages de Janus d'une même révolution conservatrice et antidémocratique. Car, selon Fudge, « [l]e néolibéralisme ne consiste pas seulement à libéraliser les marchés, mais aussi à restructurer le pouvoir politique. Il s'agit de passer du pouvoir parlementaire au pouvoir judiciaire et exécutif. » (Fudge, 2010 : 50-51, traduction libre)

Les critiques marxistes reprennent donc chacune à leur façon la définition marxiste orthodoxe de l'État libéral – énoncée d'abord dans *L'idéologie allemande* en 1846 – selon laquelle « cet État n'est pas autre chose que la forme d'organisation que les bourgeois se donnent par nécessité, pour garantir réciproquement leur propriété et leurs intérêts, tant à l'extérieur qu'à l'intérieur. » (Marx et Engels, 1966 : 105)

2.2.4. La sphère privée, la propriété et la magistrature

La Common Law, le droit hérité de l'Empire britannique, est le droit jurisprudentiel produit par les tribunaux pour encadrer notamment les contrats et la propriété privée.

⁷⁶ Gramsci écrivit que la « révolution passive » signifie que « seule la thèse [l'ordre établi] développe toutes ses possibilités de lutte, jusqu'à s'accaparer les soi-disant représentants de l'antithèse [les forces d'opposition] ». (Gramsci, 1975a : 541)

Pour éviter que les manifestations arbitraires de la puissance publique n'entravent des libertés conçues comme étant naturelles, le droit devait primer (primauté du droit) sur les caprices de la Couronne (du pouvoir exécutif), pour assurer la prévisibilité et la stabilité nécessaire au bon fonctionnement du marché (Hutchinson, 1995 : 9). Inhérente à cette vision est la conception, par les juges, que les contractants sont des *sujets de droit libres et égaux*. L'« égalité » des individus et leur « liberté » de négociation rendent légitime le contrat (de vente, de travail, etc.), peu importe leur caractère injuste ou la disparité de pouvoir entre les négociants (Fudge, 1988 : 108-109).

La justice est aveugle aux inégalités sociopolitiques dans la relation contractuelle, inégalités qui n'invalident donc pas la valeur juridique du contrat. Qu'un contrat de travail soit négocié entre un employeur puissant – pouvant entre autres délocaliser sa production ou faire appel à des travailleurs non syndiqués – et un syndicat dénué de pouvoir de négociation – dans le contexte sociopolitique néolibéral – n'y change rien. L'enchâssement des libertés syndicales ne change pas la donne, car elles ne concernent pas les disparités de pouvoir au sein du marché (Bakan, 1997 : 77). En effet, le droit libéral sépare la *sphère juridico-politique de l'égalité formelle* de l'*espace économique de l'inégalité réelle*, tout en ne considérant que la première (Fudge, 1988 : 109).

Les juges, pour rendre leurs décisions, appliquent des principes abstraits passés – inscrits dans la tradition institutionnelle – qui occultent les rapports de domination actuels et bien réels. « Les arguments de principes, eux, visent à protéger les droits individuels » et à leur permettre « de résister aux intérêts collectifs. » (Mandel, 1996 : 96) Aveugle aux rapports de force entre classes sociales, la Charte met donc sur le même pied le puissant et le vulnérable, et ce, en faveur du premier au détriment du second, qui doit participer à un jeu dont les règles avantagent les déjà privilégiés.

L'idéologie de la primauté du droit et de la Common Law est ainsi marquée du sceau de l'antiétatisme (du gouvernement limité), de l'individualisme (de l'individu propriétaire) et du libéralisme économique (du libre marché). Il s'agit du droit des bourgeois anglais, contrôlant le Parlement, qui vainquirent la Couronne anglaise et son

pouvoir arbitraire, et qui voulaient assurer la libre circulation ordonnée des biens et des capitaux. Depuis la Glorieuse Révolution, « l'objectif permanent de la primauté du droit est le gouvernement limité, la protection de la liberté privée et le maintien d'un libre marché. » (Hutchinson, 1995 : 9, traduction libre)

Ce contexte sociohistorique permet de comprendre pourquoi l'idéologie de la Common Law conçoit l'intervention de l'État comme une atteinte aux libertés fondamentales. La sphère privée, le lieu de la liberté *naturelle*, était séparée du politique, l'espace coercitif et artificiel, qui devait être limité et contraint pour éviter la tyrannie. La Common Law protégeait ainsi les intérêts de la classe des grands propriétaires et préservait le *statu quo* relativement aux relations de pouvoir au sein d'une sphère privée, qui est supposée être autonome face à l'État. La jurisprudence de la Cour suprême s'inscrit d'ailleurs dans cette logique libérale et antiétatique.

La tradition de la Common Law s'est implantée au Canada, à la fois dans les discours et les institutions judiciaires. Les juges sont d'ailleurs les alliés conservateurs des pouvoirs d'argent, notamment quand il s'agit de faire triompher la propriété privée sur les libertés syndicales (Martin, 1988 : 799). Selon Bakan, « la formation, la socialisation et la sélection des juges font en sorte que, lorsqu'ils tranchent des litiges, ils sont plus susceptibles de valoriser et de soutenir l'ordre établi ainsi que de se conformer à l'idéologie dominante. » (Bakan, 1997 : 103, traduction libre) Les magistrats contribuent d'ailleurs à la dissémination et au renforcement des idées dominantes (Martin, 1988 : 800). L'idéologie est constituée de croyances, d'idées et de valeurs « qui sont intimement liées à un ensemble particulier de relations sociales et économiques. L'idéologie tend à favoriser le maintien de ces relations sociales et économiques, en les présentant comme justes et inévitables. » (Martin, 1988 : 800, traduction libre). En outre, l'idéologie dominante véhicule une vision péjorative des syndicats, qui seraient « coercitifs, destructeurs, égoïstes et gourmands – résolus à défendre leurs propres intérêts aux dépens du public. » (Bakan, 1997 : 106, traduction libre) Par contre, « la narration dominante concernant les entreprises privées est l'exact

contraire. » (Bakan, 1997 : 106, traduction libre) Le mouvement syndical a d'ailleurs subi des revers importants sous le régime de la Charte (Martin, 1988 : 827).

Le Comité judiciaire du Conseil privé – le tribunal de dernière instance du Canada jusqu'en 1949 – partageait aussi cette vision du monde, impliquant que les libertés privées – notamment la propriété et la libre circulation – devaient être préservées de l'empiètement indu du public (l'État) comme du collectif (les syndicats). Après 1949, la Cour suprême du Canada a continué cette tradition libérale de maximisation de la liberté privée, et ce, même après l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* en 1960. La *Charte canadienne des droits et libertés* n'a pas bouleversé cette tendance lourde. Selon Petter, « la Common Law et la Charte partagent un même respect pour les marchés privés et l'autonomie individuelle, mais aussi la même hostilité à l'égard de l'action législative et exécutive. » (Petter, 2010 : 172, traduction libre) De plus, les « tribunaux canadiens, naturellement conservateurs, interprètent la Charte à la lumière de la Common Law, favorable à la propriété. » (Mandel, 1996 : 98)

Grâce au suffrage censitaire, le Parlement représentait la classe possédante et, de concert avec les tribunaux, il était vu comme un véhicule permettant d'assurer la protection des libertés civiles, notamment face au gouvernement. Les lois, votées par les représentants issus de la bourgeoisie, pouvaient ainsi enrichir et guider la Common Law, sans jamais s'y substituer. Juges et députés provenaient des mêmes classes sociales supérieures et partageaient aussi une même idéologie libérale individualiste réfractaire à l'interventionnisme étatique. De la sorte, la suprématie parlementaire était aussi un des principes structurants de l'idéologie de la primauté du droit. Dans ce contexte oligarchique, « la souveraineté parlementaire était saluée par les politiciens et les théoriciens constitutionnels comme étant la plus sacrée des valeurs démocratiques. » (Hirschl, 2004 : 217, traduction libre)

Lorsque les Parlements, durant la Grande Dépression, commencèrent à légiférer pour encadrer le marché et redistribuer la richesse, les tribunaux s'y opposèrent, déclarant notamment *ultra vires* le *New Deal* du gouvernement conservateur de Richard Bennett.

« Historiquement, du moins au Canada et aux États-Unis, lorsque les juges ont eu le pouvoir de contrôler et d'annuler une loi en vertu d'une constitution, ils l'ont souvent utilisé pour annuler une législation progressiste. » (Bakan, 1997 : 87, traduction libre)

Pour la bourgeoisie, le parlementarisme et le principe majoritaire – à l'ère de l'interventionnisme d'État et du suffrage universel ouvrant le politique au mouvement ouvrier – menaçaient ses intérêts financiers minoritaires. « Dès lors, l'élite politique a fait l'éloge du contrôle judiciaire et défendu le transfert de fonctions politiques cruciales vers les tribunaux. » (Hirschl, 2004 : 217, traduction libre)

Le conservatisme des juges et les « droits de l'homme » – les droits de l'individu privé (Marx, 2006) – s'avéraient des garde-fous plus sécuritaires et prévisibles pour les possédants. La magistrature, par sa classe sociale, sa formation et sa profession dominée par le droit commercial, tend en effet à se situer du côté des droits individuels de la minorité d'argent « opprimée » par l'État interventionniste. En outre, les exemples historiques de l'entre-deux-guerres ont terni l'image du contrôle des lois et de l'activisme judiciaire comme moyens de protéger les libertés civiles et la primauté du droit. En effet, en Allemagne, en Autriche, en Espagne et en Italie, les tribunaux supérieurs conservateurs ont interprété la Constitution et le droit criminel de façon à valider des coups d'État fascistes et à refuser de condamner les violences commises par des commandos d'extrême-droite, qui réprimaient de manière brutale les syndicats et les partis socialistes. À propos de cette magistrature, Mandel écrit que

[c]e n'étaient pas les théories jurisprudentielles des juges, mais plutôt leurs sympathies politiques qui ont déterminé leurs jugements, car ils ont adopté des doctrines de convenance (activisme, déférence, etc.) pour faire avancer leurs causes politiques, faisant preuve de tolérance envers la violence et la subversion de l'extrême-droite, d'intolérance envers le réformisme parlementaire et d'activisme enthousiaste dans la défense de la propriété. (Mandel, 1998 : 268, traduction libre)

Au vu de ce bilan, Mandel (1998) trouvait étonnant que le transfert de pouvoir vers une magistrature conservatrice et non élue fût décrit par le gouvernement libéral comme un progrès social et démocratique en 1982. Il était néanmoins prévisible que les juges, par leur conservatisme adoptent une approche interprétative libérale (flexible) quand il

s'agit de protéger les personnes (morales ou physiques) de l'action de l'État. Par exemple, le médecin et entrepreneur Jacques Chaoulli⁷⁷ réussit à faire déclarer *ultra vires* des clauses de l'assurance santé publique québécoise, interdisant de cotiser à une assurance privée pour des services hospitaliers et médicaux, car, pour les patients en attente de soins, elles mettraient en danger *l'intégrité de la personne*⁷⁸. Tandis que les juges interprètent de manière beaucoup plus conservatrice (littérale) les dispositions de la Charte lorsqu'il est question d'intervention socioéconomique de l'État. Par exemple, une assistée sociale, Louise Gosselin, a cherché en vain à convaincre la Cour suprême que les coupures à l'aide sociale constituaient une violation du « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » (article 7 de la Charte canadienne)⁷⁹.

Attendu que ce sont des individus nantis qui se payent des assurances privées et qui sont propriétaires des cliniques privées, les juges ont rendu une justice de classe en permettant aux possédants de jouir sans contraintes de leur propriété. En outre, en refusant à une pauvre l'attention redistributrice de l'État – car, selon le banc, elle aurait pu recevoir une bonification de son chèque si elle avait « choisi » d'accepter du travail compensatoire obligatoire –, les juges ont confirmé que la responsabilité de son bien-être incombait à l'individu, et qu'il n'existait pas pour l'État « d'obligation positive de garantir un niveau de vie adéquat » (Gosselin, 2002). En fin de compte, l'inaction de l'État n'entre pas dans l'horizon du contrôle judiciaire, même si cette inaction est en soi une politique publique qui favorise les déjà favorisés (les possédants) et ignore les toujours laissés-pour-compte (les dépossédés). Le seul impératif pour la Cour suprême est d'« imposer des limites à la façon dont l'État peut agir *s'il* décide d'agir. » (Hirschl, 2004 : 130) De plus, les inégalités, découlant des rapports sociaux dans la sphère privée, sont exclues de l'application de la Charte canadienne, qui se limite aux pouvoirs publics (article 32). Le pouvoir judiciaire ne peut ainsi qu'être mobilisé pour invalider une action de l'État, qui chercherait, par exemple, à offrir un

⁷⁷ Qui est aussi analyste sénior dans une boîte à idées néolibérale, l'Institut économique de Montréal.

⁷⁸ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35.

⁷⁹ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84.

congé aux travailleurs le dimanche⁸⁰. Donc, il garde sévèrement les frontières d'une sphère privée, où interagissent des individus abstraits, libres de leurs choix et égaux en droit, mais où demeurent de grandes disparités sociales systémiques.

La conception que les juges ont des droits enchâssés peut être qualifiée de « négative » – en ce sens qu'il s'agit d'une barrière à l'intervention de l'État –, par opposition à une conception « positive » – où l'État doit intervenir pour faire advenir l'égalité et lutter contre la discrimination. La revendication de droits positifs, comme l'arrêt *Gosselin*, s'opposera ainsi au légalisme libéral de la Cour suprême du Canada, pour qui seules les libertés négatives sont légitimes, car elles ne forcent pas le gouvernement à modifier l'allocation des ressources (Hirschl, 2004 : 128). De plus, les droits à l'égalité (l'article 15) de la Charte « n'obligent pas les gouvernements à promouvoir l'égalité de condition en corrigeant ou en compensant les disparités sociales systémiques. » (Petter, 2010 : 233, traduction libre) Ces droits « se limitent à assurer aux citoyens une égalité de traitement. » (Petter, 2010 : 233, traduction libre)

Une compagnie privée peut ainsi invoquer la Charte canadienne devant les tribunaux supérieurs pour se prémunir d'une action de l'État – comme une fouille policière⁸¹, le contrôle des dépenses électorales privées⁸², l'interdiction de publier des sondages trois jours avant les élections⁸³ –, mais une personne démunie n'y trouvera aucun remède pour s'attaquer à son problème : la structure sociale inique. Comme l'affirma Hirschl : « la constitutionnalisation des droits n'a pas réussi à promouvoir l'idée que nul ne peut pleinement jouir ou exercer ses libertés civiques classiques s'il ne dispose pas, d'abord, des conditions essentielles à une vie saine et décente. » (Hirschl, 2004 : 151, traduction libre) Au contraire, la judiciarisation du politique produit des effets socialement délétères : « mettre la propriété privée et les autres libertés économiques hors de portée

⁸⁰ Une chaîne de pharmacies a réussi à faire invalider une loi obligeant la fermeture des commerces le dimanche, invoquant qu'il s'agit d'un rite chrétien allant à l'encontre de la liberté de conscience et de religion (article 2.a de la Charte canadienne). Voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

⁸¹ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

⁸² *National Citizens' Coalition Inc. c. Attorney General of Canada* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249.

⁸³ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.

de la politique majoritaire et de la réglementation étatique, revient à semer les germes d'une disparité plus grande, et non moindre, dans les conditions de vie essentielles. » (Hirschl, 2004 : 151, traduction libre) Or, la séparation entre liberté négative et droit positif ne va pas de soi : « la distinction effective entre droits négatifs et droits positifs est difficile à maintenir, principalement parce que de nombreux droits traditionnellement qualifiés de négatifs ont besoin, en fait, d'un financement public et l'intervention de l'État. » (Hirschl, 2004 : 127, traduction libre) Le choix oppose plutôt deux formes d'action étatique et deux manières d'allouer les ressources publiques.

L'institution judiciaire contribue de la sorte à occulter le caractère inégalitaire et hiérarchique de la société civile, et ce faisant, il contribue à le rendre légitime. Ce qui fit dire à Hutchinson que « la révolution libérale des droits a émancipé les citoyens de la tyrannie de l'État et les a transformés en personnes morales libres et égales, mais les a laissés à la merci des intérêts privés à but lucratif. » (Hutchinson, 1995 : 94, traduction libre) Le légalisme libéral perpétue ainsi les inégalités et la discrimination, qui sont le produit des rapports sociaux dans la sphère privée. En effet, « en posant le problème sous l'angle de l'action individuelle, les libéraux expliquent et répondent à des cas particuliers de discrimination, autant qu'ils occultent et justifient la perpétuation des effets et des causes profondes de celle-ci. » (Hutchinson, 1995 : 94-95, traduction libre) Plutôt que de s'attaquer à ces causes, le légalisme libéral blâme les victimes pour leur mauvais jugement, comme en fait foi l'exemple de l'arrêt *Gosselin*.

Au final, la Charte ne limite et ne contrôle que les pouvoirs publics et tend à préserver les intérêts économiques privés de l'action de l'État. Elle passe sous silence le fait que les inégalités existent et se perpétuent au premier chef dans la société civile, à cause d'une répartition inique des ressources. De plus, les juges, majoritairement des hommes blancs issus des classes supérieures et des grands cabinets de droit commercial, vont privilégier une interprétation libérale individualiste de la Constitution, favorable aux grands pouvoirs économiques (Petter, 2010 ; Mandel, 1996).

Une telle justice, aveugle aux disparités sociales, ne ferait que perpétuer une justice structurelle, de classe. Il n'est donc pas étonnant que les juges aient reconnu que les personnes morales (les entreprises privées) pouvaient invoquer la Charte canadienne pour se prémunir de l'action régulatrice de l'État. En outre, les tribunaux sont des institutions réactives. Il faut donc qu'un particulier intente une action en justice pour que ces derniers effectuent le contrôle judiciaire d'une loi ou d'une action gouvernementale précise. Or, pour mobiliser les tribunaux, de vastes sommes d'argent sont nécessaires, éloignant d'autant plus l'arme de la politique judiciarisée des mains des minorités défavorisées, pour la mettre plutôt dans celles des « joueurs répétitifs⁸⁴ », qui sont dotés de plus de ressources et d'expérience, comme les avocats patronaux et les procureurs (Mandel, 1996 ; Petter, 2010). De plus, les mouvements sociaux voulant mobiliser la Charte doivent transformer leurs revendications pour les rendre conformes au droit libéral, ce qui en réduit leur portée subversive, mais aussi réoriente leurs ressources des organisations vers le pouvoir judiciaire (le litige) au détriment du pouvoir politique (l'action collective) (Fudge, 2001 ; Mandel, 1996 ; Petter, 2010). Bref, la limitation des pouvoirs publics, l'accès restreint à la justice, le langage libéral des droits et l'interprétation constitutionnelle de classe que font les juges des tribunaux supérieurs sont des indicateurs que la « politique des droits de l'homme » sert les intérêts des plus nantis.

En somme, pour les critiques marxistes, la politique judiciarisée et la protection constitutionnelle des libertés sont des instruments d'une domination de classe. Ils relèvent d'une stratégie délibérée de l'élite politique de prévenir les « dérives » démocratiques du pouvoir populaire, alors même que l'État répondait de plus en plus

⁸⁴ Cette expression provient d'un article sur les limites transformatrices du droit (Galanter, 1974).

aux demandes des possédants au détriment de la population en général. Il s'agit d'une nouvelle forme de légitimation de l'ordre établi, dont la force symbolique s'appuie sur l'idée que le droit est autonome de la vie politique, donc mieux à même de protéger les libertés et la société de l'« emprise » de l'État.

Leur vision est donc instrumentale – la Charte sert délibérément les intérêts des puissants – et structuraliste – la politique des droits de l'homme est une justice de classe qui soutient et légitime l'infrastructure capitaliste. Enfin, leur conceptualisation structuraliste des rapports entre l'économie et le droit reprend la définition qu'en a donné Marx : « L'ensemble [des] rapports de production constitue la *structure économique* de la société, la base concrète sur laquelle s'élève une *superstructure juridique et politique* et à laquelle correspondent des formes de conscience sociale déterminées. » (Marx, 1978 : 5, italiques ajoutés)

Après avoir analysé en profondeur les critiques libérales nationalistes et marxistes, le chapitre 3 exposera certains de leurs angles morts, qui pourraient être comblés par la théorie des champs de Pierre Bourdieu.

CHAPITRE III

CRITIQUE DES CRITIQUES

La *révolution des droits* de 1982 au Canada est de nature bourgeoise pour les critiques marxistes, tandis qu'elle est libérale pour les critiques libéraux nationalistes. Néanmoins, ces deux groupes partagent la lecture selon laquelle elle découlerait d'une logique de domination délibérée et instrumentale, et serait oppressive dans ses fondements et dans ses effets. Pour les premiers, elle le serait envers les classes laborieuses, tandis que pour les secondes, elle opprimerait les nations minoritaires. Ainsi, d'un côté, pour les critiques marxistes, les élites au pouvoir promeuvent nécessairement les intérêts de la bourgeoisie (l'État capitaliste). De l'autre, pour les critiques nationalistes, les élites au contrôle de l'État central rehaussent leur propre puissance et défendent les intérêts de la nation canadienne-anglaise, par une politique centralisatrice et unitariste dans la fédération (l'État-nation).

La différence entre ces deux critiques se trouve dans leur approche respective. Les critiques nationalistes voient la Charte canadienne comme le produit de l'action consciente d'agents politiques – Pierre Trudeau et son gouvernement –, qui cherchent à museler leurs opposants. Alors que pour les critiques marxistes, la *révolution des droits* de 1982 serait une stratégie hégémonique de la part des élites politiques et économiques pour protéger leur vision du monde et la propriété privée de la politique majoritaire.

(1) D'abord, il convient de souligner que ces deux explications (nationalistes et marxistes) ont chacune leur validité, leur cohérence interne et leur pertinence. Toutefois, comme elles ne prennent pas en compte le caractère paradoxal et contingent des faits sociopolitiques, elles sont incomplètes. (2) Ensuite, elles s'appuient chacune sur une théorie sociale (davantage structuraliste pour la première et individualiste pour

la seconde) qui comporte des angles morts. (3) Enfin, elles négligent le fait que l'action sociale ne découle pas uniquement de la rationalité instrumentale des agents, mais aussi de leurs valeurs, de leurs émotions, de leur tradition, de leur vision du monde et de la logique des champs sociaux dans lesquels ils évoluent.

3.1. Le caractère paradoxal et contingent des faits sociopolitiques

Les travaux de Pierre Bourdieu ont exposé la dimension paradoxale et contingente des phénomènes sociopolitiques⁸⁵. C'est-à-dire que l'action sociale découle d'interactions complexes et de relations de pouvoir au sein des champs sociaux, qui produisent des effets insoupçonnés par les acteurs politiques. Les actions et les décisions des acteurs sont d'abord contraintes par leur propre socialisation ou *habitus*. En outre, la logique des champs sociaux dans lesquels ils évoluent limite aussi leur marge de manœuvre. Cette logique provient d'une histoire conflictuelle, où se déroule une lutte pour le pouvoir entre agents (comme le premier ministre, les chefs d'opposition et les juges) et institutions (comme le gouvernement, le parlement et la Cour suprême) dans les champs sociaux (comme le métachamp de l'État et les champs politique et juridique).

On peut penser à la Cour suprême du Canada, qui doit trancher des litiges constitutionnels, dans un contexte de conflits intergouvernementaux, où des institutions de la société civile ont des intérêts contrastés, et ce, à travers le poids des décisions passées (la jurisprudence), des normes fondamentales (la Constitution) et de la logique de leur pouvoir institutionnel (pacifier les conflits, interpréter le droit, garantir les libertés fondamentales, préserver et ajuster l'ordre politico-constitutionnel). Lorsque l'enjeu du conflit concerne l'extension des pouvoirs et la souveraineté (externe ou interne) des États provinciaux, leur position et la jurisprudence amèneront les juges de la Cour à renforcer la légitimité et les pouvoirs de l'État central, auxquels ils sont liés

⁸⁵ On trouve une vision équivalente au sein du courant néo-institutionnaliste (*cf.* Skocpol, 1979).

et qui symbolise l'unité de la fédération, de manière à assurer le maintien de l'ordre politico-constitutionnel canadien (Bergeron, 1982 ; Bzdera, 1993 ; Lajoie, 2006 ; Tremblay, 1991-1992). Bourdieu y verrait une congruence entre position dans l'espace social (au cœur de l'État central) et prise de position (davantage centralisatrice).

Les champs sociaux, constitués d'acteurs politiques et d'institutions en compétition, sont relativement autonomes. C'est-à-dire qu'ils sont dotés de leurs propres normes et pratiques (d'une logique), plus ou moins figées, qui résultent des décisions et des luttes passées. Les champs sont aussi des espaces relationnels et dynamiques de conflits, qui opposent les dominants et les dominés au sein de chaque institution (comme le Gouvernement, le Parlement, les tribunaux supérieurs et l'Administration publique...) composant un champ social (au sein du métachamp de l'État). Lieux de luttes et produits historiques des conflits, les institutions ne permettent pas de tout dire, de tout faire et de tout justifier : elles offrent des discours moralement acceptés, des moyens d'action éprouvés et des schèmes de pensée limités, qui vont nécessairement canaliser et orienter les choix des acteurs qui évoluent en leur sein.

Construites par les actions et les décisions passées, les institutions conditionnent les actions et les décisions présentes. Objets de conflits entre compétiteurs pour leur contrôle, les institutions et les champs structurent par le fait même le terrain de la lutte, car un nombre limité d'actions, de décisions et de discours sont disponibles et légitimes. Selon Bourdieu, les « actes sociaux [sont] accomplis sous la contrainte des produits de l'histoire antérieure ». (Bourdieu, 2012 : 153)

Trois dimensions sociopolitiques se conjuguent dans les champs sociaux pour peser sur l'action sociale. D'abord, les institutions et les champs sociaux, qui naturalisent les actions et les décisions passées et qui cristallisent un ensemble de normes et de valeurs. Ensuite, l'*habitus* des agents, qui conditionne les prises de position et les actions des acteurs. Enfin, la lutte, qui oppose les élites au pouvoir et les forces contestataires. Les aspects conflictuels, relationnels et dynamiques des espaces sociaux permettent donc

de comprendre que le résultat de l'action est contingent et paradoxal, au regard des intentions déclarées des agents.

Eu égard à l'État, cela revient à dire que des acteurs politiques cherchant à renforcer leur emprise sur le champ étatique parviendront alors à créer un ordre sociopolitique qui, de façon non voulue, accroît et limite simultanément leur pouvoir. Trois exemples permettront d'illustrer cette proposition : (1.1) l'édification nationale, (1.2) la construction étatique au Moyen Âge tardif et (1.3) la réforme constitutionnelle de 1982.

3.1.1. État, nation et légitimité

Les élites politiques sont préoccupées par leur légitimité et celle des institutions étatiques qu'ils représentent. La légitimité découle à la fois du respect des règles formelles et de la conformité avec les valeurs et normes dominantes. La légitimité permet de rendre des décisions contraignantes, de pouvoir mettre en œuvre une politique, de produire des discours performatifs pouvant dessiner une vision du monde social, de consolider la position des élites et des institutions. « Dire que l'État est légitime, c'est dire qu'il peut obtenir de la soumission sans contrainte, ou plutôt avec une forme de contrainte, [...] le pouvoir symbolique. » (Bourdieu, 2012 : 233-234) Dans la modernité politique, la légitimité (le pouvoir symbolique) produisant de l'obéissance, provient d'un grand récit national intégrateur dans lequel le consentement du peuple joue un rôle clé. Selon Benedict Anderson, « [d]ans la vie politique de notre temps, il n'est en vérité de valeur plus universellement légitime que la nation. » (Anderson, 2002 : 16)

Le succès de l'État-nation, grâce notamment à la diffusion de l'imprimé, en faisait un modèle à suivre pour les élites en quête de légitimité (Anderson, 2002 : 160). Car « [c]onstruire la nation, construire l'État, construire la nation à partir de l'État, c'est favoriser l'"intégration" des dominés. » (Bourdieu, 2012 : 566) C'est-à-dire que le récit étatique national précise les fondements du régime politique, dessine les contours du *demos* et distingue la légitimité, la légalité et la normalité, de l'illégitimité, l'illégalité et l'anormal (Bourdieu, 2012). Dans les États libéraux, l'anormal, l'illégal et

l'illégitime signifient, entre autres, la lutte extra-parlementaire, comme la grève générale, et les solutions radicales, comme la sécession (Bourdieu, 2012 ; Forget, 2006 ; Marcuse, 1969 ; Sanschagrin, 2016, 2019). Hors de l'espace du dissensus légitime, il y a « tous les conflits qui sont en quelque sorte criminalisés par le fait de ne pas être conformes aux normes » de la politique officielle (Bourdieu, 2012 : 562).

Qu'une élite gouvernante promeuve des discours et des pratiques nationalistes, à la fois par conviction et par intérêt⁸⁶, permet donc la concentration du pouvoir entre ses mains. Cela lui permet de gouverner un territoire symboliquement unifié et un seul peuple, qui est formé *par* et se reconnaît *dans* le récit national, et à qui l'on impose des devoirs, comme ceux de payer l'impôt et de défendre la nation⁸⁷.

Toutefois, l'édification d'une nation – d'une communauté imaginée, mais non artificielle (Anderson, 2002) – limite par la même occasion l'exercice du pouvoir. Puisque l'on gouverne au nom de la nation, le nationalisme donne aussi aux habitants d'un territoire un espace politique de participation, une identité et un sentiment de solidarité, des intérêts communs, un statut juridique – la citoyenneté – et des droits fondamentaux. Pouvoirs et contre-pouvoirs sont intimement liés : « Au fond, le citoyen est quelqu'un qui est dans des relations juridiques avec l'État, qui a des devoirs envers l'État et qui est en droit de demander des comptes à l'État. » (Bourdieu, 2012 : 552)

3.1.2. L'État moderne, la royauté et le droit

Un autre exemple du caractère contingent et paradoxal des faits sociopolitiques est celui des juristes français médiévaux, qui ont développé un langage et une structure juridico-politique, pour légitimer et renforcer le pouvoir du roi. Pour ce faire, ils

⁸⁶ Conviction et raison instrumentale sont les deux dimensions de la rationalité des agents : « l'éthique de conviction et l'éthique de la responsabilité [ou calcul coûts-bénéfices] ne sont pas des contraires absolus, mais elles se complètent l'une l'autre, et c'est ensemble seulement qu'elles constituent l'homme authentique, celui qui peut avoir la "vocation pour la politique". » (Weber, 2003 : 204)

⁸⁷ En 1951, dans l'article « Mourir pour la patrie », l'historien Ernst Kantorowicz a analysé le développement, dans la pensée politique médiévale des XII^e et XIII^e siècles, de cette idée du sacrifice suprême au nom de la patrie. Benedict Anderson a aussi étudié la relation entre identité et sacrifice de soi : « les nations inspirent l'amour, et un amour qui va jusqu'au sacrifice. » (Anderson, 2002 : 145)

érigèrent la stature du monarque pour lui donner un caractère central, public et universel, plutôt que féodal, privé et particulier. Ils lui donnèrent ainsi des armes symboliques pour l'aider à s'imposer face à ses concurrents de la noblesse (Bourdieu, 2012). Les juristes royaux « créent toutes sortes de théories légitimatrices selon lesquelles le roi représente l'intérêt commun et doit à tous sécurité et justice, [ce qui] restreint la compétence des juridictions féodales. » (Bourdieu, 1994 : 118)

Grâce aux fonctionnaires juristes et à un réseau d'institutions (baillis, Cour des comptes, Parlement, etc.), la justice du roi – les normes du Centre – devait pouvoir s'imposer à tout un territoire, bien au-delà des limites du domaine privé de la famille royale : « on assiste à la formation du monopole royal du pouvoir judiciaire par rapport à celui des seigneurs. » (Bourdieu, 2012 : 331) La procédure d'appel au Parlement « soumet au roi toutes les juridictions du royaume. » (Bourdieu, 1994 : 118) De la sorte, « la justice royale s'insinue peu à peu dans la société tout entière. » (Bourdieu, 1994 : 117) Le monopole du roi sur la violence physique (les impôts, les armées, les tribunaux, l'administration, etc.) et sur la violence symbolique (le pouvoir d'édicter des normes et d'énoncer les fondements du régime) s'est ainsi établi, peu à peu, par les guerres et par les discours juridico-politiques. Ces discours justifiaient moralement la concentration des pouvoirs physiques et symboliques : « c'est à travers l'unification du marché juridique que s'accomplit la concentration. » (Bourdieu, 2012 : 332)

Au moment même où la monarchie parvenait à créer un espace national dont elle occupait le Centre, elle se trouvait à être contrainte par ces mêmes normes universelles et par la caste des juristes d'État qui les énoncèrent. Si le roi voulait consciemment triompher de ses opposants, en s'imposant comme figure de l'universel en son royaume, par contre, l'édification de l'État moderne, comme discours et pratiques, a tout autant accru sa puissance physique et symbolique qu'elle ne l'a limitée. Les juristes « ne peuvent pas justifier la puissance royale sans la limiter *de facto*, puisque c'est déjà une limitation que de dire qu'elle a besoin d'être justifiée. Mais, *a fortiori*, dès le moment où ils commencent à argumenter, à donner des raisons d'obéir au roi, ils lient

le roi par les raisons qu'ils donnent d'obéir au roi. » (Bourdieu, 2012 : 505) En effet, le roi n'était plus perçu comme un noble parmi d'autres qui possède un domaine privé. Il était plutôt décrit comme le titulaire temporaire de la puissance publique, exercée de manière conforme aux lois et coutumes du pays. Il s'agit du représentant de l'unité symbolique du royaume, le gestionnaire d'un territoire non aliénable et le protecteur de ses sujets (Bourdieu, 1994 et 2012). Ainsi, la monopolisation des pouvoirs par l'État monarchique ne bénéficiait pas qu'au roi et à son entourage, qui pouvaient imposer leur domination sur tout le territoire. Elle profitait aussi à l'ensemble des sujets, qui pouvaient jouir d'une paix relative et d'un moyen de faire appel du pouvoir discrétionnaire des seigneurs locaux. « L'État instaure la domination, mais cette domination a pour contrepartie une forme de paix. » (Bourdieu, 2012 : 207)

Le roi était donc appelé à « comparaître » devant le Parlement de Paris – l'assemblée judiciaire la plus prestigieuse de France – pour justifier ses actions, lorsque celles-ci étaient jugées non conformes aux lois et coutumes du royaume, et encourir la « remontrance » des magistrats (Bourdieu, 2012 : 495-497, 503 et 509). Il devait aussi orienter et présenter ses actions pour les rendre, ou leur donner l'apparence d'être, au diapason de la « constitution »⁸⁸ du Royaume. Le fondement de l'autorité n'était plus seulement le sang royal et le divin, mais aussi, concurremment, le droit (Bourdieu, 2012 : 422). En effet, « au XVI^e siècle, à la faveur de crises [...], le Parlement, mandaté par le roi pour exercer le contrôle sur le droit public, le droit constitutionnel, tout ce qui concerne l'État, se retrouve en position de force ; il est en mesure de dire : c'est le droit qui décide et la transmission du pouvoir est garantie par le droit. » (Bourdieu, 2012 : 496) La judiciarisation du politique, enclenchée par le roi pour triompher de ses concurrents de la noblesse, a donc renforcé et limité en même temps le pouvoir du roi.

⁸⁸ La définition de « constitution », prise au sens large, renvoie à un ensemble de règles, plus ou moins stables, qui sont émises ou publicisées par des autorités officielles et qui définissent et limitent les rapports entre les organes de l'État et entre l'État et la population.

3.1.3. La révolution des droits au Canada

Dans le contexte canadien, la *révolution des droits* de 1982 offre aussi un exemple du caractère contingent et paradoxal des phénomènes sociopolitiques. En effet, d'un côté, les critiques nationalistes soulignent avec justesse que la politique des droits, issue de la transformation de l'ordre constitutionnel en 1982, a sanctionné et renforcé une vision libérale individualiste de la « communauté imaginée » canadienne. Le nationalisme constitutionnel canadien est d'ailleurs incompatible avec la pleine reconnaissance des nations minoritaires, ce qui est conforme aux intérêts de l'élite canadienne et de la majorité nationale canadienne. Les critiques marxistes ont aussi raison de souligner que la Charte canadienne et le contrôle judiciaire des lois favorisent l'« individu propriétaire » et la libéralisation de l'économie, et ce, au détriment de la communauté et de l'intérêt général. En effet, pour eux, la judiciarisation du politique renforce et légitime de la sorte le pouvoir de la minorité possédante. En outre, sous le régime de la Charte canadienne, les entreprises privées sont reconnues par la magistrature comme des personnes morales, qui peuvent, comme tout membre de la société, mobiliser les tribunaux supérieurs pour défendre leurs droits fondamentaux face à l'action régulatrice étatique. Enfin, les coûts faramineux d'un litige constitutionnel rendent difficile l'accès à la justice pour les minorités défavorisées⁸⁹.

Mais, d'un autre côté, il faut compléter le tableau en rappelant que les minorités sociopolitiques (comme les femmes ou les gais et lesbiennes), les peuples autochtones ainsi que les minorités francophones ont vu leur statut constitutionnel être bonifié (ce qui accroît incidemment leur pouvoir symbolique) ; ils peuvent ainsi interpellier les tribunaux pour défendre leurs intérêts (Smith, 2007). De plus, comme le soulignait Alan C. Cairns, la réforme de 1982 a donné un statut constitutionnel et des droits constitutionnalisés à la population, qui a désormais un intérêt direct dans la

⁸⁹ Ce sont aussi le constat du juge de la Cour d'appel de l'Ontario, Robert J. Sharpe, et du juge en chef de la Cour suprême du Canada, Richard Wagner (Sharpe, 2013a : 3 ; Wagner, 2018).

Constitution formelle, alors qu'elle n'était auparavant que l'apanage des gouvernements et des parlements (Cairns, 1992 : 4).

La réforme de 1982 a aussi précisé les règles du jeu constitutionnel, par l'ajout d'une formule d'amendement et d'une liste explicite de droits et libertés, limitant ainsi le pouvoir arbitraire des élites à négocier de manière non transparente et discrétionnaire des compromis derrière des portes closes⁹⁰. D'ailleurs, l'échec de la tentative de réforme constitutionnelle, que fût l'Accord du lac Meech (1987-1990), s'explique en partie⁹¹ par la perception populaire du caractère élitiste et opaque (antidémocratique) de la procédure⁹². L'Accord de Charlottetown, en 1992, fut conséquemment soumis et rejeté à travers un double processus d'approbation référendaire : au Québec et dans le reste du Canada. Depuis, la validation d'une modification constitutionnelle par voie de référendum serait peut-être devenue incontournable (Cairns, 1995b : 330).

La Charte canadienne a aussi changé la culture politique en contraignant et en socialisant les gouvernements à se conformer aux normes fondamentales protégeant les droits et libertés, tel qu'elles sont balisées par les tribunaux supérieurs. En contrepartie, le contrôle interne de la constitutionnalité des lois, c'est-à-dire au sein des gouvernements, a accentué le contrôle de l'exécutif sur le législatif (Hiebert, 2001 ; Kelly, 2006). En effet, le débat sur la constitutionnalité des projets de loi se déroule entre les membres de l'exécutif, qui le présente ensuite au parlement avec la garantie

⁹⁰ Dans l'histoire, un droit écrit connu de tous a souvent été un objet de lutte pour la majorité des dépossédés, qui y voyaient un moyen de se soustraire à l'arbitraire du pouvoir de l'élite, seule habilitée à connaître et à interpréter la loi coutumière. On peut penser aux conflits sociopolitiques dans la Rome antique entre les plébéiens et les patriciens pour que le droit soit codifié, connu et non arbitraire, ce qui mena, vers 450 av. J.-C., à l'élaboration de la Loi des Douze Tables (Gaudemet, 2019).

⁹¹ Durant la période de ratification de l'Accord, l'adoption de la loi 178 par le gouvernement du Québec – imposant la prédominance du français dans la langue d'affichage et protégée de toute contestation judiciaire par la clause dérogatoire – fut largement interprétée, au Canada hors Québec, comme une attaque envers les droits de la communauté anglo-québécoise. L'idée s'imposa que Meech accorderait davantage de pouvoir au Québec, lui permettant de se soustraire davantage à ses obligations de protection de ses minorités. En outre, l'opposition des Premières Nations, qui se voyaient exclues de la communauté constitutionnelle canadienne, mena aussi à l'échec de la ratification de l'Accord (voir Boismenu, 1990).

⁹² L'accord du lac Meech fut perçu comme une négociation entre onze hommes blancs en complet-cravate réunis derrière des portes closes pour décider du sort du Canada (Breton et Jenson, 1991).

de conformité donnée par le ministre de la Justice (Hiebert, 2001 ; Kelly, 2006). Cependant, dans le cadre d'un régime parlementaire centralisé, où les contre-pouvoirs institutionnels sont très limités face à la puissance du premier ministre, la politique judiciarisée devient ainsi un rempart contre l'autoritarisme et l'arbitraire, qui se sont manifestés à plusieurs reprises dans l'histoire canadienne (*cf.* Lambertson, 2005)⁹³.

On observe aussi une déférence de la population envers le travail des tribunaux (Fletcher et Howe, 2000 ; O'Neill, 2001 ; Fournier *et al.*, 2011). Ce qui apparaît incompatible avec une attitude citoyenne critique, jalouse de sa souveraineté et vigilante devant les manifestations du pouvoir. De plus, de manière générale et symbolique, la *révolution des droits* s'appuie sur les valeurs post-matérialistes et les renforce à la fois, comme l'autonomie individuelle face au pouvoir (Howe, 1992 ; Lambertson, 2005 ; Morton et Knopff, 2000 ; Ostberg et Wetstein, 2013 ; Wetstein et Ostberg, 2017). Enfin, d'Arthur Lower à Pierre Trudeau, on ne peut raisonnablement remettre en doute la sincérité du projet émancipateur des acteurs principaux du mouvement nationaliste constitutionnel, de faire entrer le Canada dans l'ère de la suprématie constitutionnelle et des « droits de l'homme ».

Bref, selon une perspective bourdieusienne, tous ces faits permettent de comprendre que la *révolution des droits* au Canada, voulue par l'élite canadienne, a paradoxalement renforcé la domination de cette dernière et celle de la majorité nationale qu'elle représente, tout en accentuant le pouvoir du Centre sur les États provinciaux. Toutefois, la réforme constitutionnelle de 1982 a elle aussi bel et bien octroyé du pouvoir à la population en général et aux minorités constitutionnellement reconnues (gais et lesbiennes, minorités francophones, etc.). Cela s'observe notamment à travers plusieurs arrêts de la Cour suprême, qui ont limité l'arbitraire de l'action publique, entre autres, à modifier les règles du jeu électoral⁹⁴ ; à arrêter, fouiller, interroger, incriminer ou

⁹³ On peut penser notamment à la répression de la grève générale de Winnipeg en 1919, des communistes dès les années 1920, des témoins de Jéhovah à compter des années 1930.

⁹⁴ *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68 ; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877 ; *Renvoi : Circonscriptions*

déporter des suspects⁹⁵ ; à refuser l'accès à la scolarité dans une des deux langues officielles en milieu minoritaire⁹⁶ ; à discriminer les couples homosexuels⁹⁷ ; à ne pas consulter les peuples autochtones pour les projets affectant leurs terres ou à refuser la reconnaissance de leurs droits ancestraux⁹⁸ ; à limiter la liberté d'expression, d'association ou de conscience ; à refuser aux femmes le droit à l'avortement⁹⁹.

D'un côté, la refondation de 1982 bloque tout changement profond du régime politique, en maintenant en place un ordre social inégalitaire et inhospitalier pour les nations minoritaires. De l'autre, elle permet toutefois un réaménagement des rapports sociopolitiques compatibles avec un horizon idéologique libéral individualiste et providentialiste modéré. Comme le disait Pierre Trudeau, « [l]e droit, bien utilisé, permet le changement sans sacrifier la stabilité. » (Trudeau, 1970 : 7) Si l'ordre constitutionnel canadien entend protéger négativement les individus et les minorités des abus de l'État, il n'accorde pas de droit positif à un redressement d'une iniquité socioéconomique (Lajoie, 2006 : 196-207). En outre, au nom de la souveraineté canadienne et de l'unité de son *demos*, la logique de cet ordre refuse l'autodétermination politique, l'autonomie financière et le plein contrôle du territoire aux nations minoritaires (*ibid.*). Selon Andrée Lajoie, « le droit, en tout cas le droit constitutionnel canadien, est surdéterminé par les valeurs des groupes dominants [et] reflète "l'instantané d'un rapport de force". » (*ibid.* : 207)

électorales provinciales (Saskatchewan), [1991] 2 R.C.S. 158.

⁹⁵ *Canada (Justice) c. Khadr*, [2008] 2 R.C.S. 125, 2008 CSC 28 ; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 ; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613.

⁹⁶ Voir : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 ; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139 ; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3.

⁹⁷ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 ; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79 ; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

⁹⁸ *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 ; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 ; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256.

⁹⁹ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 ; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 ; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463.

Que les inégalités socioéconomiques aillent de pair avec la liberté économique et l'égalité juridico-politique ne doit pas surprendre : il s'agit des modalités typiques de la modernité libérale (Audard, 2009 ; Macpherson, 1971). La rationalisation de l'économie et du droit, réalisée depuis la Confédération dans une perspective de progrès, a fait du Canada une société libérale de marché et une puissance commerciale mondiale encadrée par l'État de droit. L'historien Ian McKay propose d'ailleurs une interprétation du Canada « à la fois comme une projection étendue [à travers le temps et l'espace] de la domination libérale sur un vaste territoire et comme un processus intensif de subjectivation, où les postulats libéraux [– la liberté individuelle, l'égalité juridique et la propriété privée –] sont intériorisés et normalisés au sein de tous les sujets du Dominion. » (McKay, 2000 : 632, traduction libre) D'ailleurs, selon Max Weber (1991), la rationalisation¹⁰⁰ interdépendante de l'économie et du droit relève d'un processus historique qui traverse toutes les sociétés occidentales. Selon Guy Rocher, les interactions entre les logiques juridique et économique sont à la base du capitalisme : « L'activité économique de nature capitaliste a pu s'étendre dans la mesure où elle pouvait bénéficier d'un rationnel qui permettrait la prévision des actions des autres et leurs conséquences. » (Rocher, 1996 : 25-26)

Libéralisme économique – les marchés et la propriété privée – et libéralisme juridico-politique – les institutions protectrices des libertés (parlement, tribunal, constitution, charte de droits, État de droit) – s'équilibrent mutuellement et se complètent, comme l'a notamment démontré les exemples historiques des révolutions libérales anglaise, américaine, puis française (Audard, 2009). Le régime libéral contemporain peut s'accommoder d'une mesure d'égalité positive et collective, si elle ne remet pas en question les fondements de la société de marché : (1) un ordre juridique autonome, unifié et prévisible ; (2) la propriété privée ; (3) la liberté de circulation des biens, des capitaux et des individus-propriétaires ; (4) la liberté de contracter ; (5) les droits

¹⁰⁰ Soit le processus historique par lequel l'action sociale est progressivement soumise à la bureaucratisation et aux dispositions statutaires, à la codification et à la systématisation des règles, à l'évaluation rationnelle et au souci d'efficacité, au raisonnement scientifique et à la preuve rigoureuse.

individuels. Cette perspective permet de comprendre la congruence historique du virage néolibéral de l'État central et de l'adoption de la Charte canadienne : l'on restait dans la logique de la circulation horizontale (sur le territoire) et verticale (dans l'espace social) des individus, compatibles avec une société de marché avancée nécessitant une main-d'œuvre éduquée, flexible et mobile (*cf.* Brunelle, 1997 ; Dardot et Laval, 2009).

Ainsi, les nobles intentions de plusieurs juristes réformateurs, comme Frank Scott, de mieux protéger les libertés civiles, ont donné des résultats imprévus et paradoxaux. En effet, le Canada n'est pas encore une société pleinement démocratique et égalitaire, qui reconnaît d'emblée la pleine autonomie politique de ses nations minoritaires (Tully, 1999a). De plus, plutôt que de favoriser une plus grande égalité réelle, le Canada prend le chemin inverse, alors que la pauvreté et les inégalités croissent (Noël, 2017). Puis, les libertés syndicales – incluant les libertés de réunion pacifique, d'expression et d'association garanties par la Charte canadienne – sont limitées par le droit de propriété protégé par la Common Law (Forget, 2006). Ensuite, la Charte a permis d'accroître davantage le pouvoir du gouvernement sur le parlement (Kelly, 2006). Enfin, cette dernière a mis au premier plan une conception universaliste et individualiste des droits, qui délégitime les projets collectifs juridico-politiques concurrents face à la valeur absolue et constitutionnalisée de la liberté individuelle (Brouillet, 2008). Toutefois, il est indéniable que des progrès ont été accomplis vers une plus grande égalité (pour les femmes, les minorités linguistiques, les gais et lesbiennes, etc.). Ces progrès s'avèrent toutefois insuffisants et souffrent d'un contexte néolibéral creusant les inégalités .

3.2. L'opposition agent/structure

(2.1) Les critiques marxistes de la Charte canadienne ont une conception structuraliste des phénomènes juridico-politique. Ces derniers tirent leur inspiration des thèses marxistes classiques sur la nature bourgeoise et le fonctionnement de l'État au sein la

société capitaliste. (2.2) De leur côté, les critiques nationalistes adoptent un paradigme individualiste en mettant l'accent sur la fonction des agents dotés de pouvoir, dont les décisions et les actions jouent un rôle prépondérant dans l'histoire.

3.2.1. Le structuralisme marxiste

La conception marxiste classique de l'État, « le comité organisé au service de la bourgeoisie », prend sa source en 1846 dans *L'idéologie allemande* de Karl Marx et Friedrich Engels. Leur plus célèbre commentateur, Lénine, reprit cette définition dans son célèbre livre, *L'État et la révolution*, publié en Russie en 1917, à la veille de la révolution russe : « l'État est un organisme de domination de classe, un organisme d'oppression d'une classe par une autre ; c'est la création d'un “ordre” qui légalise et affermit cette oppression en modérant le conflit de classes. » (Lénine, 1970 :8) La définition marxiste de l'État se résume à sa fonction objective : travailler automatiquement, structurellement et nécessairement à la reproduction du système capitaliste et de l'ordre sociopolitique hiérarchique. Ce qui fait dire à Bourdieu que « la tradition marxiste ne pose pas le problème de l'existence de l'État et le résout d'emblée à travers la définition des fonctions qu'il remplit. » (Bourdieu, 2012 : 17)

Selon cette perspective, parler de l'État bourgeois relève alors de l'évidence. Cette vision de l'État a été constamment reprise par des intellectuels de premier plan, comme Louis Althusser¹⁰¹ et Nicos Poulantzas¹⁰². Entrant en conflit avec ce dernier dans la *New Left Review*, le néomarxiste Ralph Miliband (1970) – influencé par le philosophe Antonio Gramsci et le sociologue Charles Wright Mills –, reprocha à cette orthodoxie marxiste d'être incapable de penser l'État autrement qu'en se limitant à un déterminisme structurel, soit la subordination totale de l'État à la logique du système

¹⁰¹ « Tous les appareils idéologiques d'État, quels qu'ils soient, concourent tous au même résultat : la reproduction [...] des rapports d'exploitation capitalistes. » (Althusser, 1970 : 107)

¹⁰² « [L]a bureaucratie, en tant que catégorie sociale spécifique et relativement “unifiée”, est le “serviteur” de la classe dirigeante, non pas en raison de ses origines de classe, qui sont divergentes, ou en raison de ses relations personnelles avec la classe dirigeante, mais en raison du fait que son unité interne découle de son actualisation du rôle objectif de l'État. Or, l'ensemble de ce rôle coïncide avec les intérêts de la classe dirigeante. » (Poulantzas, 1969 : 74, traduction libre)

capitaliste. Miliband (1973b) qualifia cette conception d'abstractionnisme structuraliste, en ce sens que l'on confond théoriquement *pouvoir de classe* et *pouvoir d'État*, alors que le degré de contrôle de la bourgeoisie sur l'État doit se mesurer empiriquement. En effet, comme l'État est un métachamp social doté de sa propre logique, d'une autonomie relative, par rapport aux intérêts capitalistes, les confondre nuit à la compréhension de l'État et fait du politique une simple catégorie inférieure de l'économique. Leo Panitch a d'ailleurs transposé la démarche de Miliband pour étudier l'État canadien. Rejetant une vision marxiste purement économiste de l'État, il souligna que l'analyste rigoureux doit pouvoir « faire la distinction entre l'État qui agit dans l'intérêt de la bourgeoisie et celui qui agit sur son ordre. » (Panitch, 1977 : 4)

La posture épistémique structurelle, que l'on retrouve chez les critiques marxistes de la *révolution des droits* au Canada, postule la détermination du droit et de l'État par les rapports économiques. De la sorte, l'on nie l'autonomie relative des agents qui ne sont pas surdéterminés par l'ordre social et jouissent d'une « liberté sous contrainte structurelle » (Bourdieu, 2012 : 218). Cela revient aussi à affirmer de manière péremptoire le caractère unidirectionnel des rapports entre, d'un côté, l'économie et, de l'autre, l'État et le droit. Cet axiome du rapport superstructure/infrastructure – bien qu'il puisse décrire fidèlement certaines situations où les transformations socioéconomiques ont précédé celles des institutions politiques et juridiques – est généralement contraire aux observations empiriques. En effet, l'avènement de l'État a historiquement précédé la société libérale et l'économie capitaliste. Par exemple, l'État canadien a d'abord été implanté en territoire colonial, avant que le groupe dirigeant travaille à faire advenir, étendre et solidifier une société libérale individualiste et capitaliste à la grandeur d'un sous-continent (McKay, 2000 et 2009). En outre, la tradition marxiste orthodoxe néglige le rôle fondamental et structurant que l'État et le droit ont joué, et jouent toujours, dans le développement, la croissance et le maintien du système capitaliste et de la société libérale (Artous, 2005 : 60-61). Weber (1991) conçut lui aussi l'édification congruente et interdépendante de l'économie capitaliste

et de l'État rationnel moderne (ou État libéral constitutionnel). Bourdieu (2012) analysa aussi l'édification de l'État comme un processus d'autonomisation du pouvoir juridico-politique, qui développe sa propre logique face aux autres pouvoirs sociopolitiques.

Sans cette perspective – liant de manière dynamique et relationnelle l'économie, l'État et le droit –, il est difficile de comprendre l'avènement de l'État-providence, qui répond à la fois à des impératifs économiques (relancer, réguler et préserver l'économie capitaliste) et sociopolitiques (renforcer la légitimité de l'État, assurer la prévisibilité du droit, domestiquer les classes dangereuses et lutter contre la pauvreté endémique). Selon Bourdieu, « [c]'est l'ambiguïté de toutes les structures étatiques liées au *Welfare State* dont on ne sait jamais si ce sont des institutions de contrôle ou de service ; en fait, elles sont les deux à la fois, elles contrôlent d'autant mieux qu'elles servent. » (Bourdieu, 2012 : 227) D'ailleurs, les années d'apogée de l'État-providence, les Trente Glorieuses (1945-1975), furent à la fois celles d'une impressionnante croissance économique (Berger, 1979 ; Garfinkel et Smeeding, 2015), mais aussi celles d'une extension jamais vue du droit public et du pouvoir étatique, qui traversent désormais tout le corps social et le soumettent à un ensemble de normes et de pratiques publiques (juridiques, sanitaires, scolaires, etc.) (Foucault, 2004a ; Simard, 1979)¹⁰³. De plus, l'approche structuraliste marxiste omet le travail symbolique de construction de l'État moderne par les clercs juristes. Elle occulte aussi le travail d'unification des marchés culturels (en imposant notamment l'unification linguistique) et économiques (en créant une monnaie, des institutions et des marchés nationaux) par l'État (Bourdieu, 2012). Enfin, la perspective structuraliste marxiste n'est pas en mesure de prendre en compte la lutte des classes qui se déroule au sein même du champ étatique, entre la main gauche

¹⁰³ Une extension qu'entrevoit déjà avec méfiance Alexis de Tocqueville, lorsqu'il étudia l'État libéral américain durant les années 1830, qui pouvait d'ailleurs évoluer pour devenir un appareil de pouvoir immense : un État tutélaire. Il imagina qu'« [a]u-dessus [des hommes semblables et égaux] s'élève un pouvoir immense et tutélaire, qui se charge seul d'assurer leurs jouissances, et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux. » (Tocqueville, 1951 : 433)

(les ministères à vocation sociale) et la main droite (les ministères à vocation économique) de l'État (Bourdieu, 2012 : 40 et 581-583).

Bref, il est réducteur au plan épistémologique de limiter le déroulement des phénomènes sociopolitiques (l'histoire) à une supra-entité agissante qui détermine, *en dernière instance*, les comportements et les attitudes des agents sociaux, de manière à ce qu'ils soient objectivement conformes avec les intérêts de la classe dominante. La conception structuraliste marxiste conçoit donc « un État diabolique, *diabolus in machina*, un État qui fonctionne toujours pour [...] le “fonctionnalisme du pire”, au service des dominants, de manière plus ou moins directe et sophistiquée. » (Bourdieu, 2012 : 18) Alors que, par exemple, l'État-providence est à la fois et en même temps contrôle social et politiques de lutte contre la pauvreté (Bourdieu, 2012 : 566). Le structuralisme de la philosophie de l'histoire marxiste est ainsi à mettre en parallèle avec son pendant, l'individualisme, où l'agent remplace ici la structure.

3.2.2. L'individualisme libéral

Sans explicitement ni consciemment se revendiquer d'une démarche individualiste, nombre de penseurs ont emprunté cette voie pour expliquer les phénomènes sociopolitiques. L'approche individualiste met l'accent sur l'agent et ses choix comme moteur de l'action sociale. Rejetant la structure sociale comme facteur explicatif, on impute ainsi à la responsabilité individuelle le devenir des sociétés. Les phénomènes sociopolitiques découlent alors de la volonté des « Grands hommes », des « Pères fondateurs », des « Grands législateurs ». Par exemple, pour le libéral nationaliste Guy Laforest, la crise juridico-politique – découlant du rapatriement de la Constitution et de l'enchâssement de la Charte canadienne – est imputable à un groupe de puissants agents au sein de l'État central. Il évoque d'ailleurs ce qu'on pourrait appeler une « école de la responsabilité historique », à laquelle il dit appartenir avec de nombreux juristes, politologues, sociologues et journalistes québécois, qui fait porter le poids du *coup de force* de 1982 sur les épaules de Trudeau et de son état-major (Laforest, 2012).

Pour deux célèbres tenants de l'individualisme méthodologique, les sociologues Raymond Boudon et François Bourricaud, « une explication est dite individualiste (au sens méthodologique) lorsqu'on fait explicitement de P [un phénomène social donné] la conséquence du comportement des individus appartenant au système social dans lequel P est observé. » (Boudon et Bourricaud, 1990 : 306) Ils soulignèrent aussi que s'« [i]l est vrai que l'action individuelle est soumise à des contraintes sociales [...] cela n'implique pas que les contraintes sociales déterminent l'action individuelle. Ces contraintes délimitent le champ du possible, non le champ du réel. » (Boudon et Bourricaud, 1990 : 307). Enfin, ils affirmèrent que « [l]e principe de l'individualisme méthodologique doit donc être tenu pour un principe fondamental, non de la seule économie, mais de toutes les sciences sociales. » (Boudon et Bourricaud, 1990 : 307) L'agent serait ainsi un individu sociologiquement libre, dont les comportements et les attitudes sont présumés découler au premier chef d'une rationalité instrumentale ou stratégique. C'est-à-dire qu'il cherche à minimiser les coûts de son action sociale pour en maximiser les bénéfices (Olson, 2011 ; Downs, 2013).

À l'inverse de la conception marxiste de l'État, la perspective libérale individualiste postule un État qui découle d'un *contrat social*. Ce pacte fixe les pouvoirs délégués à une entité centrale, devant assurer la coordination des activités et la sécurité des contractants. L'État contractualiste (ou lockéen) se serait développé pour répondre aux besoins des citoyens et défendre leurs droits. L'État, selon le paradigme individualiste, est donc l'offre qui répond à la demande du peuple, notamment à la suite de l'élection des gouvernements. Or, « il n'existe pas dans l'ordre politique de demande exogène par rapport à l'offre. » (Manin, 1996 : 289) Les gouvernements participent à l'élaboration institutions, des normes et des règles qui conditionnent le jeu politique, mais aussi qui limite et oriente le choix des possibles (Castoriadis, 1999). Formulé autrement, « les institutions elles-mêmes façonnent les paramètres des futurs développements institutionnels. » (Pierson, 2004 : 152, traduction libre)

Les critiques nationalistes s'inscrivent dans ce paradigme libéral, notamment lorsqu'ils évoquent le bris du contrat social originel de 1867, et ce, sans le consentement de l'Assemblée nationale du Québec, représentante légitime du peuple québécois. Dans une perspective lockéenne, cet abus de confiance et de pouvoir de la part des autorités canadiennes à l'égard du peuple québécois et de ses droits justifierait alors un « droit de résistance », pouvant aller jusqu'à la reconfiguration de leur régime politique à travers un processus de sécession de la fédération canadienne. L'un des fondateurs du libéralisme et le théoricien de la Glorieuse Révolution, John Locke (1994), écrivit à la fin du XVII^e siècle que face aux abus répétés du Souverain envers les libertés anglaises, le *contrat social* se trouvait brisé. En conséquence, le gouvernement se retrouvait *de facto* dissolu et le peuple retrouvait sa liberté originelle, son pouvoir constituant, et pouvait refonder un nouveau régime politique. Dans le contexte canadien, la vision lockéenne de l'État a été reprise par les libéraux nationalistes : « entre le référendum de 1980 et la promotion de la *Loi constitutionnelle de 1982*, une brèche a été créée dans la confiance liant le peuple québécois à ses élus fédéraux, ne provoquant rien de moins qu'une dissolution théorique du gouvernement. » (Laforest, 1992b : 76)

Adoptant une vision durkheimienne, Bourdieu identifie l'un des angles morts de l'épistémologie individualiste : celle-ci omet que l'État et son pouvoir symbolique a précédé l'existence du peuple, qui est censé avoir présidé à sa naissance par son consentement. C'est-à-dire que l'État est légitimé par un large consensus social (par des effets de croyances) qu'il a contribué à créer et à disséminer, par ses discours et ses pratiques. En effet, « l'État est ce qui fonde l'intégration logique [le partage de catégories de pensée] et l'intégration morale [le partage de valeurs] du monde social et, par-là, le consensus fondamental sur le sens du monde social qui est la condition même des conflits à propos du monde social. » (Bourdieu, 2012 : 15) Au-delà de la menace ou de l'effectivité de la coercition directe (police, tribunal, etc.), une manifestation puissante de l'État relève de la violence symbolique, par laquelle des normes et des valeurs se trouvent à être naturalisées, incorporées dans les psychés d'un

groupe d'individus, formant dès lors un peuple ou une nation. C'est donc par ces normes et ces valeurs que l'action étatique est jugée et évaluée.

L'État contraint moins explicitement qu'il ne socialise à travers les institutions et les champs sociaux. La lutte pour le contrôle du pouvoir étatique serait ainsi la compétition pour la mainmise sur un pouvoir physique (tribunal, armée, administration, impôt, etc.), mais aussi, et surtout, sur un pouvoir symbolique : le pouvoir d'énonciation normatif, qui dit officiellement ce que sont l'État, ses normes, son *demos* et ses fondements légitimes. Les premiers ministres Pierre Trudeau et Stephen Harper l'ont bien compris, eux qui tentèrent – avec succès pour le premier et sans lendemain pour le second –, de refonder symboliquement l'ordre juridico-politique canadien (*cf.* Sanschagrin, 2015).

L'État participe ainsi à la construction du monde social ; en fait, son action normalisatrice traverse toutes les sphères de la société et toutes les institutions. Difficile alors de penser l'État sans faire appel à des catégories créées par le champ étatique (monopole, souveraineté, légitimité, représentativité, etc.) (Bourdieu, 2012). En somme, c'est l'État qui a fait la société libérale, et non l'inverse :

C'est en construisant cette chose extraordinaire qu'est un État, en construisant cet ensemble de ressources organisationnelles, à la fois matérielles et symboliques, auquel nous associons la notion d'État, que les agents sociaux responsables de ce travail de construction et d'invention ont construit l'État au sens de population unifiée parlant la même langue auquel nous associons d'ordinaire le rôle de cause première. (Bourdieu, 2012 : 61).

L'État est ainsi premier, et la nation libérale donnant la primauté à l'individu est donc seconde. C'est-à-dire qu'au fondement de l'État, on ne trouve pas de collectivité humaine présociale qui s'est réunie pour se donner librement un gouvernement de son choix. Comme l'écrivait en 1748 le philosophe David Hume, la genèse de l'État est du côté de la violence et non pas du contrat social : « Presque tous les gouvernements qui existent à présent ou qui ont laissé des traces dans l'histoire se sont originellement fondés sur l'usurpation ou la conquête ou sur les deux sans qu'il y ait eu un consentement équitable ou un assujettissement volontaire du peuple. » (Hume, 2008 : 75) La genèse coercitive de l'État laisse ensuite la place à une mise en récit mythique des origines et du devenir historique, qui occulte la violence originelle et qui construit

une légitimité normative ancrée dans le droit. Par exemple, la relecture de l'histoire canadienne qu'a proposée la Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* (1998), décrit la démocratie comme une des principes fondateurs de l'ordre constitutionnel de 1867. Or, comme le souligne l'historien Frédéric Barriault, ce mythe fondateur, d'un Canada *déjà* démocratique en 1867, occulte le fait que « le projet politique canadien élaboré à cette époque est fondamentalement conservateur et impérialiste [...] » (Barriault, 2017 : 18) Le politologue Yves Couture (2017) rappela aussi que les fondements du Dominion étaient impérialistes et hiérarchiques. Toutefois, on ne peut résumer la posture de la haute magistrature à une entreprise de mystification. Il s'agit plutôt d'un processus narratif *congruent*, *ordinaire* et souvent *inconscient* (1) de réinterprétation (ou mythification) des faits historiques et (2) de réimagination d'une identité collective¹⁰⁴. En effet, « les mythes font partie du fondement symbolique de toute collectivité, nationale ou autre. » (Bouchard, 2013a : xii, traduction libre)

Les individus politiquement réunis, le peuple, soutiennent ou critiquent l'État en utilisant le langage, les valeurs et les normes, qui sont le produit des institutions du champ étatique. Or, en mettant l'accent sur l'agent, l'analyse individualiste sous-estime le fait qu'il est un animal socialisé (doté d'un *habitus* et travaillé par le pouvoir symbolique étatique). C'est-à-dire qu'il est construit et lié par la psyché à des réseaux de valeurs et de normes qui *vont de soi*, doxiques, et qui restreignent ses possibilités d'actions et d'attitudes (Bourdieu, 2012 : 265).

Cette affirmation pourrait amener à percevoir la sociologie bourdieusienne comme étant essentiellement structuraliste, incapable de penser le changement social et le rôle des agents. Or, chez Bourdieu le changement social demeure possible, et ce, malgré la socialisation des agents. La socialisation des agents (leur *habitus*) n'est jamais en parfaite adéquation avec les normes et les valeurs des champs sociaux dans lesquels ils

¹⁰⁴ Dans le cas du Québec, on peut penser à la relecture historique opposant le carcan étouffant de la *Grande noirceur*, à la modernisation libératrice de la *Révolution tranquille* (Bouchard, 2005). Cette dialectique masque d'abord les aspects libéraux du Québec d'avant 1960 (Bourque, 1997), mais aussi le revers élitiste et technocratique de l'État québécois après 1960 (Simard, 1979)

sont intégrés. De plus, dépendamment de leur position – comme dominant ou comme dominé – dans un champ social, les agents seront du côté de l'ordre établi ou de son renversement. Bref, il n'y a pas d'adéquation symétrique et harmonieuse entre, d'un côté, la position sociale et la vision du monde de l'agent et, de l'autre, la hiérarchie sociale et les valeurs hégémoniques. Dit autrement, l'intégration des individus aux institutions et aux champs sociaux est inévitablement imparfaite et, selon leur position dominante ou subordonnée, ils chercheront à conserver ou à accroître leur pouvoir social. Pour y arriver, les dominés doivent modifier l'équilibre des forces physiques et symboliques dans un champ social, en contrôlant telle ou telle institution (le gouvernement) pour changer les normes et les valeurs dominantes (en produisant des discours officiels, en adoptant des lois, en nommant les juges des tribunaux supérieurs, en modifiant la constitution). L'équilibre des forces dans les champs sociaux se modifie donc sur le temps long et, sur cette ligne chronologique, les derniers arrivés, comme Pierre Trudeau en 1982, apparaissent comme les moteurs du changement, alors qu'ils s'inscrivent plutôt dans une longue chaîne humaine (qui commence avec Frank Scott et James Woodsworth durant les années 1930)¹⁰⁵ (cf. Pierson, 2004 : 164).

L'insatisfaction et la revendication demeurent ainsi des ressorts de l'action sociale, tout autant que le conformisme et la répression. La dynamique sociale chez Bourdieu est donc à la fois relationnelle et conflictuelle, tout en mettant en équilibre l'agent et la structure, sans qu'un des deux termes de l'équation épuise l'autre. En effet, les agents dominés et dominants, en tant qu'animaux socialisés, ne peuvent pas tout faire, et ils ne l'envisagent pas non plus. Ils doivent aussi se conformer aux normes et aux valeurs régissant les institutions dans lesquelles ils sont en lutte. De plus, ils sont astreints aux moyens de lutte connus et éprouvés. Mais, il existe tout de même tout un espace de « possibles » que les agents peuvent exploiter, pour se définir et redéfinir leur champ

¹⁰⁵ Par exemple, bien que Thomas Jefferson tint la plume pour écrire la *Déclaration d'indépendance américaine*, d'autres avant lui, des stoïciens antiques (Épictète, Marc Aurèle, etc.) jusqu'aux théoriciens modernes de l'École du droit naturel (Grotius, Locke, etc.), ont préparé le terrain intellectuel et normatif permettant la reconnaissance de l'égalité *naturelle* de tous les êtres humains (Cassirer, 1993).

social. Bourdieu décrit ce phénomène comme l'« invention sous contrainte structurale ». C'est-à-dire « qu'à chaque moment l'univers des possibles réellement possibles est extraordinairement fermé par la présence des choix déjà accomplis dans le passé, qui existent sous forme de contraintes objectivées et sous forme de contraintes intériorisées, incorporées. » (Bourdieu, 2012 : 218) Par exemple, dans une société industrielle avancée, où l'on trouve un régime politique parlementaire et constitutionnel qui se trouve fortement contesté par la population, l'alternative n'est pas (ou ne peut plus être) entre l'abolition de l'État pour une forme d'autogestion collective (comme l'anarcho-syndicalisme) et une réforme mineure des institutions étatiques. L'alternative se situera plutôt entre le *statu quo*, revampé par la rhétorique, et des modifications institutionnelles, comme avec la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les possibles réellement possibles sont aussi limités par le fait « que les alternatives d'où est sorti le choix historiquement constitué sont oubliées. » (Bourdieu, 2012 : 218) Par une sorte d'amnésie des possibles non réalisés, l'histoire est trop souvent décrite comme une téléologie, un destin qui devait se réaliser... tel qu'il s'est réalisé. Par exemple, selon Bourdieu (2012 : 219), « [u]n des effets de l'État est de faire croire qu'il n'y a pas d'autre voie que l'État. » Le discours d'État (de tous les États) en est un de l'inéluctabilité, de la nécessité et de la légitimité de l'État. Ce discours est produit par ceux qui ont intérêt (comme les juristes) au désintérêt (ici synonyme de l'esprit public représenté par l'État). Tombent ainsi dans l'oubli les autres formes possibles de sociétés politiques, comme les sociétés sans État décrites par Pierre Clastres (1974). Est aussi occulté et oublié l'idéal républicain radical, participatif et égalitaire, qui animait les révoltes de 1837-1838 (Chevrier, 2012). Au Canada, on peut encore penser à la narration historiographique dominante justifiant la nécessité de créer la Confédération canadienne à cause du blocage politique du régime du Canada-Uni (Chevrier, 2016b). Alors même que le parlement du Canada-Uni était davantage fonctionnel que celui de la métropole britannique (par la durée des gouvernements et l'intensité de l'action législative), plus démocratique (par l'élection des sénateurs),

mais aussi plus respectueux des principes fédéraux que le Dominion qui lui succéda, par la pratique de la double majorité anglophone et francophone (Chevrier, 2016b).

Le même discours téléologique – porté par plusieurs générations, allant de Frank Scott (1899-1985) à Barry Strayer (1932-...) en passant par Pierre Trudeau (1919-2000) – présenta l'avènement du nouvel ordre constitutionnel de 1982 et de la *Charte canadienne des droits et libertés* sous l'angle de la justice et de la nécessité. Selon cette narration, le Canada devait être pleinement indépendant de Londres (en « canadianisant » le pouvoir constituant) et se doter d'une charte des droits enchâssée dans la Constitution. Ottawa était appelé à devenir le centre d'une nouvelle nation canadienne progressiste et libérale. De manière évocatrice, Beverley McLachlin, a affirmé que « la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'adoption de la Charte des droits ont marqué l'étape finale dans le cheminement vers la pleine maturité de notre nation. » (McLachlin, 2013, traduction libre) Elle poursuit sa narration nationaliste : « notre odyssée nationale », « c'est l'histoire d'un pays qui est passé d'un ensemble de colonies à un dominion, à une nation pleinement souveraine. Et c'est l'histoire de l'émergence graduelle d'un mélange unique de valeurs que nous – et le monde – considérons comme typiquement canadiennes [soit la démocratie, le fédéralisme, le constitutionnalisme et le respect de la diversité]. » (McLachlin, 2013, traduction libre)

Cette vision du devenir historique du Canada et les efforts des générations qui ont lutté pour sa réalisation, depuis les années 1930, ont contribué à réduire l'horizon des possibles pour les élites canadiennes. D'ailleurs, avec l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, le premier ministre progressiste-conservateur John Diefenbaker ouvrait les années 1960, où la question des libertés civiles devint prépondérante (Smiley, 1969 ; Clément, 2008). Par le fait même, il restreignait davantage le champ des possibles, tant dans les pratiques que dans la vision du politique. C'est-à-dire que la défense passive de la tradition britannique de suprématie parlementaire – commune dans les hautes sphères judiciaires et politiques jusqu'aux années 1950 – ne suffisait plus pour s'opposer à l'adoption d'un régime de droits constitutionnalisés. On en veut

pour preuve le virage du PLC qui s'opposait, sous les chefferies de Mackenzie King et de Louis Saint-Laurent, à la constitutionnalisation des droits et même, dans un premier temps, à l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de l'ONU (Adams, 2009 ; Schabas, 1998). En effet, il fallut attendre que le diplomate Lester B. Pearson prenne la tête des libéraux, pour qu'ils commencent timidement à accepter l'idée de droits constitutionnalisés (Adams, 2009).

Arrivé au pouvoir en 1968, Pierre Trudeau s'inscrivit dans le sillon normatif d'un de ses mentors, Frank Scott, et en continuité de l'action institutionnelle de Diefenbaker, qui liait la protection des droits, citoyenneté et nationalisme canadien. Pour Trudeau et son entourage, à compter des années 1960, la décentralisation ou le fédéralisme asymétrique n'était plus une option sur la table, alors que ce dernier dénonçait les dérives de l'édification provinciale et du nationalisme québécois, qui minaient l'unité et la fonctionnalité de la fédération, tout en bloquant l'adoption d'une charte des droits pancanadienne (McRoberts, 1999). Il voyait une nécessité d'agir sur le front des droits humains, de manière à assurer une véritable protection des libertés (Trudeau, 1968a).

Le projet nationaliste constitutionnel – qui domine le champ étatique et délimite l'horizon des possibles aujourd'hui – négligeait alors que « le bilan du Canada [en matière de libertés], malgré qu'il soit loin d'être parfait, semble être bien meilleur que celui de la plupart des pays du monde, et ce, même si presque tous les États ont une déclaration des droits dans leur constitution. » (Hogg, 1992 : 767) Car une charte des droits n'est pas une barrière suffisante¹⁰⁶ pour garantir les droits fondamentaux : c'est plutôt « la démocratie qui constitue, hors de tout doute, la plus importante protection pour les libertés civiles. » (Hogg, 1992 : 767, traduction libre)

En fait, selon le politologue Donald Smiley, la vision de la protection des droits portée par Trudeau, dès 1968, concevait « le processus institutionnel du débat démocratique

¹⁰⁶ Par exemple, la Constitution de la République de Weimar – sous le régime de laquelle s'érigea le pouvoir raciste et génocidaire des nazis dès 1933 –, était pourtant une incarnation forte du constitutionnalisme libéral, mais trônait au-dessus d'une démocratie en ruine.

et du conflit politique exclusivement sous l'angle des risques qu'il comporte pour les droits de l'homme, plutôt que sous celui de leur potentiel de protection et d'extension de ces droits. » (Smiley, 1969 : 288, traduction libre) Dans le mémoire qu'il réalisa pour le gouvernement manitobain en prévision de la conférence constitutionnelle de septembre 1980, l'historien Gerald Peter Browne, avançait qu'il fallait aussi prendre en compte que « l'insertion d'une déclaration des droits pourrait entraîner une diminution de nos libertés et frustrer certaines politiques visant des groupes désavantagés. » (Browne, 1980 : 1) Ayant en tête l'exemple historique de la Cour suprême des États-Unis, notamment l'ère *Lochner*¹⁰⁷, il doutait que les juges fussent « plus enclins que des représentants élus à protéger les droits des minorités et des minorités. » (Browne, 1980 : 11-12) En outre, pour ce dernier, une telle déclaration transférerait le pouvoir « de définir nos valeurs sociales fondamentales » des parlements élus à une « oligarchie » judiciaire liée à l'État canadien, la Cour suprême du Canada, contribuant à centraliser davantage la fédération (Browne, 1980 : 1-2, 13). Browne rejetait comme irrecevable l'argument du gouvernement libéral, selon lequel la constitutionnalisation des droits n'affectait pas la distribution des pouvoirs, en opposant notamment la « charte du peuple » aux demandes des gouvernements provinciaux (Browne, 1980 : 18-19). Selon Browne, la question n'était pas d'opposer bêtement la suprématie parlementaire à la protection des droits fondamentaux, car le régime britannique a démontré leur compatibilité (Browne, 1980 : 1-7). Il fallait plutôt trouver « un moyen de donner "préséance" à notre déclaration des droits sur les lois "ordinaires" [...] », sans nuire à l'équilibre des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement (Browne, 1980 : 6).

L'action des parlements au Canada, avant l'adoption de la Charte canadienne, pointait d'ailleurs vers un souci de plus en plus grand pour l'égalité juridique et la protection des droits fondamentaux. Durant les années soixante au Canada, « [l]e Parlement et la plupart des provinces ont adopté des déclarations de droits et, dans certaines

¹⁰⁷ Allant des années 1890 aux années 1930, durant laquelle la Cour suprême américaine fit une interprétation libérale individualiste rigoriste de la Constitution, bloquant les législations sociales.

juridictions, des organismes administratifs spécialisés ont été créés pour mettre en œuvre ces objectifs. » (Smiley, 1969 : 288, traduction libre) En outre, Peter Russell (1983), peu avant l'adoption de la Charte canadienne, il y avait un large consensus sur la portée des libertés fondamentales au Canada. La Charte n'a pu leur donner une protection absolue puisqu'aucun droit ne l'est (Russell, 1983). Chaque droit est en tension avec d'autres droits (individuels, collectifs et socioéconomiques) et avec des objectifs politiques légitimes (comme la protection de l'environnement ou la diminution de la pauvreté). En fait, « une charte constitutionnelle ne garantit pas qu'il n'y aura pas de limites aux droits et libertés, mais plutôt qu'un changement sera apporté à la façon dont la société décide de ces limites. » (Russell, 1983 : 44, traduction libre)

Inserés dans les champs sociaux, les agents agissent bien sous la « contrainte structurelle », et non pas sous une contrainte totale et surdéterminante. Les récits expliquant l'inéluctabilité d'une action, comme la réforme de 1982, construisent les nouvelles mythologies et instaurent de nouveaux seuils, au-delà desquelles certaines idées ou pratiques ne sont plus pensables. Les discours et les pratiques d'hier limitent donc les possibles aujourd'hui, qui à leur tour contraindront ceux de demain. Bref, l'épistémologie individualiste tend à produire des récits téléologiques et volontaristes, qui mettent l'accent sur les « Grands hommes » qui font consciemment l'histoire, oubliant la socialisation des agents (les normes, les valeurs, la vision du monde et les pratiques héritées de leurs divers milieux sociaux), les institutions et les champs sociaux au sein desquels ils agissent ainsi que les contingences de l'action sociale.

3.3. Domination et rationalité instrumentale

Les critiques nationalistes reprochent à la Charte canadienne de promouvoir une seule identité nationale et un ensemble de normes libérales individualistes, favorables à l'élite politique et à la nation majoritaire canadiennes. Pour les critiques marxistes, la

Charte défend les droits individuels et la liberté des marchés, favorables à la minorité possédante, au détriment du rôle social de l'État, bénéfiques à la majorité.

Si elles ont chacune leur validité et leur pertinence, ces critiques ont aussi leurs angles morts. Elles partagent une perspective épistémologique qui suppose que la minorité détentrice du pouvoir cherche consciemment et sciemment à établir et à maintenir sa domination, pour son propre bénéfice et celui de son groupe d'appartenance. La rationalité humaine semble alors réduite au seul calcul instrumental. Or, les valeurs, les émotions et la coutume sont aussi des facteurs qui influencent l'action des acteurs, tout comme les normes des champs sociaux dans lesquels ces derniers s'inscrivent.

Les critiques marxistes et les critiques nationalistes définissent donc la domination légale rationnelle au Canada comme un projet intentionnel, qui découle des rapports sociaux capitalistes ou de la volonté de « Grands hommes » liés à la nation majoritaire. Sans nier que les individus font des choix qui portent leurs conséquences, il n'en demeure pas moins que l'action des agents découle davantage de l'influence de leur contexte social et politique (*habitus*, institutions, valeurs et idées dominantes, rapports de force entre groupes, économie) plutôt que de leur seule volonté. Car la volonté des agents s'exprime à travers des paramètres sociopolitiques *déjà-là*.

Par exemple, on peut avancer, à grands traits, qu'il fallait le protestantisme et l'économie marchande pour développer le droit naturel moderne des individus (la liberté inviolable de la psyché, le droit de propriété et le contrat), qu'il fallait le concept de droit naturel moderne pour *vouloir* les révolutions libérales au nom du peuple (comme source de légitimité et au nom duquel l'on gouverne), qu'il fallait les révolutions libérales et l'idée de peuple pour *vouloir* l'État-providence et les droits de la personne, qui repoussent plus loin la notion de la dignité de la personne. La structure sociale a bien une influence et l'agent a effectivement une marge de manœuvre parmi les possibles qui s'offrent à lui, dans différents contextes, mais aucun des deux ne parvient à s'imposer complètement à l'autre. Une telle posture exclut que l'économie détermine de manière univoque l'État et le droit, mais aussi que l'agent puisse opter

pour une action dans un *vacuum* sociopolitique, en toute liberté face aux normes et aux valeurs qui constituent le monde social et lui permettent de l'appréhender.

La remise en question de l'aspect instrumental du pouvoir signifie que les dominants ne peuvent asseoir leur puissance uniquement sur leur force, leur charisme, la coutume ou l'intérêt des dominés à leur obéir. En effet, leur pouvoir doit être perçu comme légitime, par eux-mêmes, mais aussi par le peuple qu'ils gouvernent. En effet, pour que l'élite sache convaincre le peuple de prendre part au jeu politique et lui en fasse accepter les règles, il faut qu'elle croie, ou du moins qu'elle démontre croire en la logique et la valeur du jeu, qu'elle soit prise au jeu, mais aussi qu'elle donne part au jeu, notamment en reconnaissant le peuple et ses droits, en lui fournissant des services publics et en lui assurant la sécurité (Bourdieu, 1992 et 2012). De là découle la légitimité des gouvernants et des institutions au nom desquelles ils agissent. Selon Bourdieu (1992 et 2012), cette légitimité découle du large partage, entre dominants et dominés, d'un même ensemble d'idées, de valeurs et de normes, qui façonnent les individus et ordonnent leurs comportements, en étant disséminées et renforcées par les institutions. Ce métadiscours, ce grand récit national intégrateur, est le fond ontologique et consensuel sur lequel se déploient les conflits et les changements sociopolitiques. Ce consensus doxique est l'espace du dissensus organisé : « pour qu'il y ait lutte dans un champ, il faut qu'il y ait accord sur les terrains de désaccords, sur les armes légitimes et légitimement employées dans la lutte, sur les critères mêmes du triomphe, ce qui fait qu'on peut apparemment parler d'une culture. » (Bourdieu, 2012 : 502)

C'est ainsi qu'après le rituel théologico-politique qu'est l'élection, le consensus doxique sur les fondements de l'ordre sociopolitique permet une transition pacifique du pouvoir. Les normes et les règles du jeu permettant la sélection légitime des chefs sont d'ailleurs renforcées par l'élection elle-même : en y participant, les partis politiques et le peuple réaffirment le consensus doxique. Les pratiques sociales ont une dimension d'autorenforcement : « chaque fois que l'on se sert la main, la puissance de cette norme est renforcée. » (Pierson, 2004 : 39, traduction libre) Le métadiscours

« rationnel légal » permet donc à l'équipe arrivée au pouvoir par les urnes de jouir de la légitimité nécessaire, afin de prendre des décisions, d'imposer des normes et de parler officiellement pour l'ensemble de la société, sans avoir à recourir à la violence physique et sans déclencher de soulèvement de la part des perdants. De même, lorsqu'un tribunal rend une décision, que les parties l'acceptent et que celle-ci produit des effets – comme d'invalider une loi contraire à la Constitution –, il s'agit du même type de rituel prenant appui sur cet arrière-fond ontologique, qui fait que les acteurs ayant pris part au conflit doivent en accepter le résultat comme légitime. Le conflit dans une société dépourvue de cet arrière-fond normatif s'appelle guerre civile¹⁰⁸.

Ce grand récit national intégrateur est assuré d'une certaine pérennité, en ce sens qu'il est largement incorporé dans les psychés individuelles et qu'il s'incarne dans les institutions, qui tendent à reproduire et à naturaliser l'ordre symbolique et sociopolitique. Comme en fait foi, au Canada, l'inscription des normes et des valeurs du patriotisme constitutionnel dans les institutions, mais aussi à leur large diffusion sociale depuis 1982. Si la reproduction de l'ordre est prépondérante au sein des champs sociaux, le changement social est possible : il est même constant et incrémental.

On voit une illustration de changement dans la longue lutte au sein de l'État canadien, entre l'élite contrôlant le gouvernement central, ancrée dans la tradition de la suprématie parlementaire, et l'élite montante, cherchant à constitutionnaliser les droits fondamentaux et bénéficiant du soutien mouvement nationaliste constitutionnel, auquel elle appartient. La lutte de position dans le métachamp étatique est alors en même temps un conflit pour changer la logique de l'État, pour changer le monde social. Un changement de position et de prises de position au sommet est alors corollaire d'une transformation des valeurs, des idées et de la vision du monde qui y prédominent. La

¹⁰⁸ L'ancien président américain, Donald Trump, a affirmé publiquement que la seule raison pour laquelle il a perdu les élections présidentielles de novembre 2020 est la manipulation massive des votes de la part de ses opposants démocrates, qu'il accuse de tous les maux. Trump remet ainsi en cause l'arrière-fond normatif permettant une transition pacifique du pouvoir. Il mine l'espace commun du dissensus acceptable, légitime, semant de la sorte les germes d'un conflit violent.

nouvelle élite promeut un discours auquel elle croit, qui invoque de manière désintéressée le bien public, mais qui lui donne accès au pouvoir matériel et symbolique, donc au pouvoir d'influencer la construction du monde social. La lutte qui oppose les principaux champs sociaux (juridique, économique, politique) est pour le contrôle du « métapouvoir capable d'agir sur les différents champs » : l'État (Bourdieu, 2012 : 489). C'est pourquoi, « [c]hacun des champs veut agir sur ce métachamp pour triompher à la fois sur les autres champs et dans son champ. » (Bourdieu, 2012 : 489) Ainsi, la lutte dans les champs et entre les champs vise le contrôle des ressources matérielles, mais aussi, et surtout des ressources symboliques : « Le pouvoir des mots et le pouvoir sur les mots sont des pouvoirs politiques ; à la limite, le pouvoir politique est pour une grande part un pouvoir par les mots, dans la mesure où les mots sont des instruments de construction de la réalité. » (Bourdieu, 2012 : 522)

Bref, tout comme l'État-providence a accentué le pouvoir des technocrates qui l'ont promu et mis en œuvre après la Grande Dépression, l'institutionnalisation des droits de la personne au Canada, en 1982, a aussi favorisé le pouvoir des juristes réformateurs. Cependant, dans les deux cas, l'on a aussi agi au nom d'impératifs supérieurs (enrayer une crise économique et mieux protéger les droits) et de grands principes auxquels l'on croyait, comme l'égalité et l'unité nationale. Ces deux exemples illustrent les propos de Bourdieu (2012) pour qui les acteurs ont « intérêt au désintérêt ».

On ne peut pas déduire les intentions des acteurs politiques des seuls avantages qu'ils tirent d'un phénomène sociopolitique, comme le développement de l'État social et l'adoption de la Charte canadienne. Car la montée des pouvoirs technocratique et juridique a aussi été bénéfique pour l'ensemble de la société, qui a vu croître son bien-être général, mais aussi ses possibilités de contestation des autorités publiques en ayant accès à davantage de ressources. Ces transformations contribuèrent à créer un nouveau consensus profond : une société canadienne marquée par le centralisme normatif, l'unité nationale (la subordination des nations minoritaires), le capitalisme et les inégalités qu'il produit, une certaine égalité des chances, des droits constitutionnalisés.

Dans ces deux cas, domination et émancipation/intégration sont paradoxalement la double apparence d'un même phénomène sociopolitique. Mais, la domination dont il est question est structurelle et contingente, c'est-à-dire qu'elle découle de la texture sociale même et des discours dominants qui la reflètent et la légitiment, comme les discours des droits individuels, de l'égalité formelle, de l'égalité des États provinciaux et de la méritocratie (de l'effort individuel justement récompensé).

Selon ces conventions dominantes libérales individualistes, les discours qui réclament une plus grande redistribution de la richesse sont ressentis comme des crimes de « lèse propriété » envers les honnêtes contribuables et les créateurs de richesse, ayant investis effort, temps et argent. Quant aux discours et aux pratiques permettant l'égalité individuelle des chances et l'égalité juridique, ils jouent un rôle auxiliaire, en ce sens qu'ils laissent intact l'ordre social inégalitaire, tout en permettant des accommodements à la marge : l'accès à l'égalité juridique pour des minorités et une offre déclinante de biens publics, permettant, notamment, l'ascension sociale des individus les plus doués issus des classes populaires, dont le succès serait une preuve de la *société juste*. Ce faisant l'inégalité des acquis est occultée. Ceux qui découlent de l'appartenance à un milieu social privilégié, où les enfants reçoivent en héritage davantage de capital culturel intériorisé (parler, goût, etc.), économique (héritage, propriété, etc.) et social (le réseau des pairs), qui se transpose plus tard en capital culturel institutionnalisé (diplômes, bourses d'études, savoir-faire, etc.), permettant l'accumulation économique (Bourdieu, 1989). Le succès, les diplômes, la propriété et le réseau des pairs sont aussi des sources de capital symbolique, cette aura qui accompagne et légitime tout à la fois les privilèges. Les égaux, souvent issus des classes favorisées et des grandes institutions scolaires, se reconnaissent entre eux et assurent leur promotion mutuelle (Bourdieu 1989), notamment sur les conseils d'administration.

Cependant, cette domination structurelle offre aussi des occasions d'émancipation pour les groupes dominés, comme les syndicats ou les femmes, tant qu'ils acceptent la hiérarchie sociopolitique et le principe de la propriété privée des moyens de production.

En effet, les garanties légales, comme la Charte canadienne, ne sont pas que des instruments stables et prévisibles du *statu quo*, ils évoluent avec la société, qui elle-même change sous l'effet des mouvements sociaux, des élites montantes et de leurs discours contre-hégémoniques. Par exemple, le droit des femmes à siéger au Sénat, le droit de vote des prisonniers, les droits à l'égalité des gais et lesbiennes ainsi que le droit à la vie pour les personnes en attente de leur extradition, ont tous bénéficié de ces changements sociaux au XX^e siècle, qui se sont transposés dans la sphère judiciaire. Récemment, en 2015, la Cour suprême du Canada a renversé trente ans de jurisprudence et a accepté, dans l'arrêt *Saskatchewan*, le plaidoyer des syndicats comme quoi la liberté d'association, protégée par la Charte canadienne, était un droit collectif à négocier ses conditions de travail, qui impliquait le droit de grève.

L'intérêt instrumental des agents publics à défendre une politique se trouve combiné, atténué et occulté par des discours désintéressés se voulant honorables et universels, qui sont autant d'hommages du vice à la vertu, selon un mode souvent inconscient. Il y a bien un « intérêt au désintérêt » : les officiels doivent se conformer, ou le paraître, aux normes et aux valeurs universelles qu'ils mettent en avant. Ils doivent pouvoir situer leurs actions du côté de l'intérêt public, pour leur donner leur pleine légitimité et toute leur force symbolique.

Dans le contexte canadien, la *révolution des droits* se situe aussi du côté de l'universel, avec le grand récit libérateur des « droits de l'homme », tout en renforçant le pouvoir symbolique de l'État central, donc en accroissant la puissance des agents, des institutions et de la majorité nationale qui lui sont liés. Ce discours universaliste a une fonction de légitimation, mais contribue en même temps à occulter l'aspect politiquement intéressé de l'opération, aux yeux de ses promoteurs mêmes et du peuple.

L'appel à l'universel des « droits de l'homme » est un moteur de construction de la réalité sociale, de légitimation et de concentration du pouvoir, mais aussi d'aveuglement face à son revers plus sombre. Ce revers est « l'*impérialisme de*

l'universel » qui, au nom du progrès, exclut, domine, met en tutelle ou assimile l'Autre, replié sur sa mentalité passéiste (Bourdieu, 2003 : 103-105)¹⁰⁹.

Marcel Gauchet souligna, de manière similaire, que les « universalismes parallèles » des « droits de l'homme » et de l'argent « imposent, à une échelle jamais vue, l'idéal de voir les mêmes règles régner partout, n'importe où, à propos de n'importe quoi. » (Gauchet, 2008: 70) À cet égard, ce que Wolfgang Streeck affirma à propos de l'empire libéral européen pourrait se transposer dans le cas de l'empire canadien : « Dans le cas de l'Allemagne et de l'Europe, les valeurs qui légitiment l'empire sont celles de la démocratie libérale, du gouvernement constitutionnel et de la liberté individuelle ; en somme, les valeurs du libéralisme politique. » (Streeck, 2019 : 1) L'opposition nationale à ces universalismes est ramenée au rang de passéisme par les membres de l'élite économique, intellectuelle et politique de la société libérale mondialisée, comme Pierre Trudeau ou Francis Fukuyama. En effet, « [a]u regard de ces universalismes, les communautés historiques particulières que sont les États-nations, grands ou petits, sont dépourvues de toute pertinence et même d'une étroitesse insupportable. » (Gauchet, 2008: 70) Le progrès appelle au dépassement de la petite nation : « [s]'ancrer dans une histoire, c'est se condamner à une particularité qui est une offense à l'universalisme des références qui seules peuvent valoir. Nos sociétés sont faites d'individus et de capitaux de nulle part dans le temps et dans l'espace. » (Gauchet, 2008: 70)

¹⁰⁹ « Aussi bien dans les relations entre les nations qu'à l'intérieur de celles-ci, l'universalisme abstrait sert le plus souvent à justifier l'ordre établi, la distribution en vigueur des pouvoirs et des privilèges – c'est-à-dire la domination de l'homme, hétérosexuel, euroaméricain (blanc), bourgeois – au nom des exigences formelles d'un universel abstrait (la démocratie, les droits de l'homme, etc.) dissocié des conditions économiques et sociale de sa réalisation historique ou, pire, au nom de la condamnation ostentatoirement universaliste de toute revendication d'un particularisme et, du même coup, de toutes les “communautés” construites sur la base d'une particularité stigmatisée (femmes, gays, Noirs, etc.) et suspectes ou accusées de s'exclure des unités sociales plus englobantes (“nation”, “humanité”). » (Bourdieu, 2003 : 103-104)

La théorie des champs permet de répondre aux trois angles morts des critiques libérales nationalistes et des critiques marxistes de la *révolution des droits* au Canada.

D'abord, les phénomènes sociopolitiques sont paradoxaux et contingents. La volonté des agents (comme les juristes réformateurs) de concrétiser un projet d'émancipation par le droit, au sein du champ juridique et du champ englobant de l'État étatique, est limitée par les idées et les pratiques jugées légitimes et valables à un moment donné, mais aussi par l'opposition d'autres agents au sein de leur propre champ (comme les doyens de faculté de droit défendant la tradition constitutionnelle britannique), d'autres institutions (comme les facultés de droit) et d'autres champs sociaux (comme le champ politique, au sein duquel les ministres et le parlement défendent la suprématie parlementaire), qui ont chacun leur logique. En outre, les manifestations de pouvoir et de contrepouvoirs sont congruentes, liées les unes aux autres. Par exemple, garantir les droits fondamentaux de la population est à la fois une manifestation de pouvoir symbolique du Centre sur les États périphériques et les nations minoritaires, et un moyen de donner des armes juridiques aux citoyens pour limiter ce pouvoir.

Ensuite, la dynamique relationnelle et conflictuelle des champs sociaux signifie qu'il n'y a pas d'opposition agents/structures, mais plutôt que ces derniers sont interconnectés et interdépendants. Ni la reproduction des rapports de domination de classe et ni la *volonté de puissance* des « Grands hommes » ne peuvent seules expliquer la *révolution des droits* au Canada. Ces deux facteurs doivent être étudiés conjointement, car les agents agissent avec une liberté sous contrainte structurelle.

Enfin, la légitimation et les manifestations de la domination ne peuvent être comprises par la seule rationalité instrumentale – la volonté délibérée d'accroître le pouvoir de l'élite sur le peuple, d'un groupe sur un autre groupe –, mais elles doivent être analysées sous l'angle symbolique de « l'intérêt au désintérêt ». Les grands réformateurs canadiens, comme Pierre Trudeau pour la Charte des droits ou Mackenzie King pour l'État-providence, ont accru de manière importante le pouvoir matériel et symbolique de l'État central, mais on ne peut évaluer leurs seules intentions à l'aune de ce résultat.

La réussite de leurs projets dépendait d'ailleurs aussi en partie de leur propre conviction, manifestée publiquement, envers la valeur universelle de leurs réformes et leur contribution au bien public. Ils avaient donc un « intérêt au désintérêt ».

CHAPITRE IV

LES CHAMPS SOCIAUX ET LE POUVOIR SYMBOLIQUE

La théorie des champs sociaux de Pierre Bourdieu est complexe et sophistiquée. Il a élaboré plusieurs concepts (*habitus*, *doxa*, *illusio*, *nomos* ou logique, capital) pour expliquer des phénomènes sociopolitiques globaux et transversaux (nationalisme, domination, État, etc.). En outre, il a toujours refusé de trancher le débat classique, opposant l'agent à la structure comme explication des faits sociopolitiques. Il a plutôt cherché à comprendre les phénomènes sociopolitiques, tel l'État, comme étant le produit de la logique relationnelle, conflictuelle et dynamique des champs sociaux. C'est-à-dire qu'au sein des champs sociaux, les acteurs individuels et les institutions entrent en lutte et cherchent à conserver leur position dominante ou à contester leur subordination. Les institutions et les champs sociaux évoluent au gré de ces luttes. Les institutions et les champs encadrent aussi et conditionnent en partie le résultat de ces conflits, en fournissant des moyens de lutte connus, à l'efficacité éprouvée et qu'il est possible de légitimer moralement, eu égard aux valeurs hégémoniques.

Le droit joue un rôle singulier dans la théorie bourdieusienne. S'il écrivit peu sur le droit en soi, son œuvre est une réflexion riche sur la naturalisation de l'ordre social. C'est-à-dire qu'il analysa la façon dont s'élaborent les normes sociales et comment elles sont incorporées par les individus, et se développent et s'imposent – deviennent hégémoniques – dans une société, en étant portées par des institutions et des champs. De plus, les quelques textes portant spécifiquement sur le droit – au premier rang desquels on trouve l'article *La force du droit* (Bourdieu, 1986) et une série de cours au Collège de France intitulée *Sur l'État* (Bourdieu, 2012) – démontrent l'originalité de son analyse du phénomène juridique. Bourdieu ne se limita pas à concevoir le droit comme un phénomène coercitif, comme de nombreux penseurs tels Max Weber.

Bourdieu intégra la dimension performative du discours juridique, soit son pouvoir narratif de créer ce qu'il nomme et d'y faire croire, d'y adhérer. Par pouvoir performatif, on peut penser à ces fictions juridiques, qui existent par la force de la plume et produisent des effets bien réels, comme les contrats. L'État est d'ailleurs la fiction juridique centrale, productrice de normes ayant valeur d'universel et encadrant la reconnaissance des autres fictions juridiques. Les fondements, l'existence et le fonctionnement de l'État sont précisés par le discours juridique, soit le droit constitutionnel. L'État se manifeste par et est producteur de droit (lois, décrets, etc.). Montage juridique, l'État n'en produit pas moins des effets matériels observables.

Bourdieu définit l'État comme un métachamp social. C'est-à-dire que l'État est un champ qui exerce un pouvoir symbolique sur les autres champs et sur la société dans son ensemble (Bourdieu, 2012 : 312-313 et 489). Le métachamp de l'État est une concentration monopolistique de pouvoirs physiques – de moyens d'action – et symboliques – de discours légitimant et sacralisant l'autorité. L'État est aussi le lieu de la lutte entre les champs sociaux dominants, les principales institutions de ces champs et les agents officiels qui y président. Ces agents aspirent à contrôler les forces matérielles et symboliques de l'État pour imposer légitimement leur logique.

Le droit est certes constitué d'interdits et de punitions, mais il avance aussi une vision sociopolitique du monde, qui distingue le juste de l'injuste, le légal de l'illégal, le légitime de l'illégitime. « Le droit, ici, là, ou partout, est une façon distinctive d'imaginer le réel. » (Geertz, 1983b : 184, traduction libre) Le droit se manifeste par le jugement d'un tribunal ou l'édiction d'une loi. Ces discours juridiques appliquent et énoncent les pratiques et les règles officielles. Néanmoins, le droit produit et diffuse par le fait même un ensemble de normes et de valeurs dans tout le corps social, à travers un réseau d'institutions. Le contrôle des institutions (gouvernement, parlement, tribunal constitutionnel, administration) au cœur de l'État est donc un enjeu, non pas seulement d'accès aux moyens physiques d'action (administration, impôts, police, tribunal, etc.), mais de contrôle des tribunes officielles. C'est à partir de ces tribunes

que les agents officiels – institutionnellement légitimés – émettent officiellement une parole qui a le plus de chance d’être reçue comme officielle, c’est-à-dire d’être juridiquement et symboliquement contraignante, d’être suivie d’effets. Les figures du juge et du législateur illustrent bien le personnage légal dont le discours compte, fait advenir des normes, duquel découle des actions et est constructeur du réel¹¹⁰.

Selon Bourdieu¹¹¹, la forme de domination la plus efficace et la plus subtile, qui produit la légitimité et l’obéissance, est celle où la force devient droit, où la violence physique devient violence symbolique. Comme d’autres – tel Ernst Kantorowicz –, il vit que le développement du droit et l’accroissement de la caste des juristes, dès le Moyen Âge classique (du XI^e au XIV^e siècle), contribuèrent à la genèse de l’État (Bourdieu, 2012).

Les princes féodaux, à la tête de royaume (ou d’empire) morcelé et divisé, dont l’autorité était contestée militairement, normativement et politiquement, eurent recours à une nouvelle caste de fonctionnaires : les clercs juristes. Ceux-ci, formés aux droits canon et romain par l’Église depuis le XI^e siècle, aidèrent ces princes à unir normativement et à administrer leur territoire, grâce aux techniques et aux théories tirées de l’étude du droit civil romain, notamment le *Code Justinien* (Bourdieu, 2012). L’efficacité administrative, fiscale, juridique, militaire et symbolique supérieure du nouveau type de régime, l’État, en faisait un modèle à émuler (Strayer, 1970).

Le phénomène de la judiciarisation du politique est donc synchronique de l’édification de l’État. Le droit continue de jouer un rôle prépondérant dans les luttes de pouvoir au sein des États occidentaux, où l’on trouve le contrôle judiciaire et les chartes constitutionnelles des droits. Le Canada offre son lot d’exemples marquants, où le droit

¹¹⁰ Par exemple, dans l’arrêt *Jordan* (2016), la Cour suprême a jugé que les autorités colombo-britanniques avaient violé l’article 11(b) de la Charte canadienne, en ne jugeant pas dans un « délai raisonnable » une personne accusée de trafic de drogues. Selon la Cour, ce délai devait être de 18 mois à 30 mois maximum. Le discours juridique a mené ici à changer les pratiques des avocats de la défense et des procureurs, à relâcher des centaines de prévenus et à revoir l’administration de la justice, notamment en débloquent des budgets aux divers Parlements et en embauchant davantage de juges.

¹¹¹ Bourdieu n’est bien sûr pas le premier à avoir avancé l’idée que la force devait devenir droit. On en trouve une mention explicite chez Jean-Jacques Rousseau (voir *Du contrat social*), mais de manière générale, elle est récurrente depuis les questionnements de Platon sur la cité juste (Cassirer, 1993 : 100).

fut une arme puissante dans les luttes de pouvoir opposant notamment l'État central et l'État du Québec. La Cour suprême a notamment rendu une série de décisions cruciales, qui portaient sur la raison d'être du régime canadien, tout en explicitant et en créant les règles du jeu. D'abord, elle déclara légal, en 1981, le rapatriement unilatéral de la Constitution du Canada par le gouvernement central et valida par le fait même la vision nationaliste constitutionnelle de la fédération (*Renvoi sur une Résolution pour modifier la Constitution*). Ensuite, elle affirma la pleine légitimité du nouvel ordre constitutionnel de 1982, malgré l'opposition du Québec qui se voyait privé de son veto traditionnel¹¹² (*Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*). Enfin, elle précisa, en 1998, les fondements du régime canadien ainsi que les règles complexes et ambiguës pour qu'un État provincial puisse faire sécession (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*).

Avant d'analyser le projet nationaliste constitutionnel à travers le prisme de la théorie des champs, ce chapitre (1) présente cette théorie et ses concepts ; (2) en résume les propositions ; (3) définit le pouvoir symbolique ; (4) analyse les liens entre droit et violence symbolique ; enfin, (5) expose le rôle du droit dans la genèse de l'État.

4.1. La théorie des champs sociaux

Un débat classique oppose deux types d'explication des faits sociopolitiques : l'individualisme et l'holisme (Lenoir, 2007). D'un côté, les actions et la volonté libres des agents, motivées par la rationalité instrumentale, constitueraient la société, sa culture, ses institutions, son économie. De l'autre, la structure sociale (la culture, l'économie, la société, etc.) serait une force collective et impersonnelle déterminant l'action sociale des agents.

¹¹² Selon Peter Hogg, « [p]ar rapport aux précédents, il était clair que le consentement du Québec avait toujours été requis par le passé. » (Hogg, 1992 : 23, traduction libre)

Dans la littérature, on tend à concevoir les institutions (telle une constitution) et les arrangements institutionnels (tel l'État) comme étant le produit délibéré d'agents rationnels (agissant à la suite d'un calcul coûts/bénéfices), qui cherchent à répondre aux demandes de la société et à accroître leur puissance en les créant. La fonction remplie par les institutions serait liée aux intentions et aux intérêts des agents les ayant mises en place. Selon Paul Pierson, cette vision est un « fonctionnalisme centré sur l'acteur », postulant qu'« une institution donnée existe parce qu'elle est censée servir les intérêts de ceux qui l'ont créée. » (Pierson, 2004 : 105, traduction libre)

Il s'agit d'un faux dilemme : on amplifie la liberté sociologique des individus et on exagère le déterminisme causal des structures, tout en limitant la nature d'une institution aux intérêts des puissants. La théorie des champs de Bourdieu dépasse ce « fonctionnalisme du pire », en prenant en compte, à la fois, la reproduction et les possibilités de changement de l'ordre social, les intentions et l'*habitus* des agents, les luttes à l'intérieur et entre les champs sociaux, l'effet contraignant des institutions et des champs sociaux (limitant l'horizon des possibles) et la contingence de l'histoire. Cette approche échappe « à la fois à la philosophie du sujet, mais sans sacrifier l'agent, et à la philosophie de la structure, mais sans renoncer à prendre en compte les effets qu'elle exerce sur l'agent et à travers lui. » (Bourdieu, 1992 : 97)

L'analyse des champs sociaux implique (a) de prendre en compte, historiquement, le la logique (les normes, les pratiques, les valeurs) d'un champ, mais aussi sa position (dominée ou prépondérante) dans le métachamp de l'État ; (b) d'établir la relation entre les positions hiérarchiques et les prises de position des agents et des institutions dans un champ ; (c) d'analyser l'*habitus* des agents (Bourdieu, 1992 : 80). L'*habitus* est l'incorporation par les individus d'un ensemble de normes, d'aptitudes, de valeurs, de savoir-faire, de pratiques, de schèmes de pensée, de visions du monde (ce qu'on nomme aussi socialisation). L'incorporation, ou socialisation, se déroule au sein des différents champs sociaux que les agents intègrent (familial, scolaire, professionnel, etc.). Le fait que l'agent soit un animal social – ayant incorporé en lui le social – donne une certaine

naturalité, une évidence, à leur rapport au monde ; ce que Bourdieu nomme la *doxa*. Les agents sont traversés par le monde social auquel ils croient naturellement et dans lequel ils s'investissent. Ils sont pris par l'*illusio* : ils croient « que le jeu vaut la peine d'être joué, que le jeu en vaut la chandelle. » (Bourdieu, 1992 : 73)

L'*habitus* permet d'agir, de penser et de se repérer dans les différents champs sociaux. Mais, elle limite aussi l'horizon des possibles, en fonction d'un certain vocabulaire lié à une langue et un milieu social, d'une certaine vision du monde et du Bien, d'un nombre limité de pratiques jugées efficaces ou morales. L'*habitus* habilite et contraint à la fois l'individu : « l'esprit humain est *socialement* limité, socialement structuré, [il] est toujours, qu'on le veuille ou non, enfermé – sauf à en prendre conscience – “dans les limites de son cerveau”, [...] c'est-à-dire dans les limites du système de catégories qu'il doit à sa formation. » (Bourdieu, 1992 : 101-102)

L'*habitus* oriente les agents vers certains champs sociaux, mais aussi vers la position (inférieure ou dominante) qu'ils y occupent¹¹³.

¹¹³ L'ancien premier ministre Paul Martin junior illustre la concentration des quatre capitaux (culturel, économique, social et symbolique) chez un individu des classes supérieures. Il est le fils d'un éminent membre du PLC, Paul Martin sénior, qui a été ministre au sein de quatre gouvernements libéraux. Paul Martin sénior a fait des études poussées en sciences sociales et en droit à l'Université de Toronto, puis débuta sa vie active comme avocat dans la ville de Windsor (English, 2007b). Il se fit élire comme député libéral en 1935, puis entra au Cabinet comme secrétaire d'État, en 1945, où il détint divers portefeuilles jusqu'en 1968. En tant que ministre de la Santé nationale et du Bien-être (1946-1957), Martin sénior a piloté une réforme majeure du système de santé, avec la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques*, en 1957, qui offrait aux gouvernements provinciaux de partager les coûts d'établissement d'un régime public d'assurance-hospitalisation. En 1968, Pierre Elliott Trudeau le nomma sénateur, où il occupa la charge de leader du gouvernement. Il termina sa carrière comme haut-commissaire du Canada au Royaume-Uni (1975-1979). Les honneurs suivirent cette remarquable carrière, avec la médaille de l'Ordre du Canada¹¹³ et une nomination à titre de chancelier de l'Université Wilfrid Laurier (1972-1977). Son fils, Martin junior, a aussi étudié en sciences humaines et en droit à l'Université de Toronto. Il a été reçu au Barreau en 1966, a débuté sa carrière au sein de la multinationale *Power Corporation*, dont il fut nommé vice-président dès 1969, puis devint président de la compagnie de transport maritime, *Canada Steamship Lines*, qu'il racheta en 1981 (Hillmer et Azzi, 2007). Sous les recommandations de son père, Martin junior commença sa carrière politique sous la bannière des libéraux en 1988, puis devint ministre des Finances sous le gouvernement de Jean Chrétien, jusqu'en 2002, année où il lui succède à titre de chef du parti et premier ministre du Canada (2003-2006). Après son retrait de la politique, il se lança dans la philanthropie (l'*Initiative de la Famille Martin*, soutenant les communautés autochtones) et siégea sur plusieurs conseils d'administration (comme la *Global Ocean Commission*) (Hillmer et Azzi, 2007). Comme son père, la contribution publique de Paul Martin junior

Tout comme les agents évoluent au cœur des espaces sociaux, les champs sociaux progressent ou régressent aussi dans le temps. Un champ social, comme le champ juridique, peut apparaître, développer sa logique autonome, croître et même devenir symboliquement dominant dans un État, en le marquant fortement de sa logique. Cette évolution découlera notamment des luttes concurrentielles entre les agents et les institutions pour le monopole du pouvoir physique et symbolique, mais aussi de l'influence de l'environnement social, des autres champs. Le produit d'un champ, comme une loi, une institution ou des discours, proviendra d'influences et de jeux de concurrence multiples, ce qui crée un écart entre l'action sociale telle qu'elle a été pensée et telle qu'elle s'est réalisée, de manière contingente¹¹⁴.

Pour éviter les écueils de l'individualisme et du fonctionnalisme, qui occultent la contingence des faits sociopolitiques, Bourdieu proposa donc de faire la sociohistoire des champs sociaux, selon une perspective relationnelle. La perspective relationnelle est inhérente à la théorie des champs : « [p]enser en termes de champ, c'est penser *relationnellement*. » (Bourdieu, 1992 : 72)¹¹⁵ Le champ social est de la sorte l'espace de ces relations de pouvoir entre agents, institutions et discours. C'est « un réseau, ou une configuration de relations objectives entre des positions. » (Bourdieu, 1992 : 72)

En outre, pouvoir physique et symbolique doivent être considérés conjointement dans un champ (Bourdieu, 1992 : 81). Ce qui fait de la démarche de Bourdieu une « théorie

fût honorée par le titre de compagnon de l'Ordre du Canada, en 2011. Derrière les succès de Martin junior, il faut percevoir le rôle de l'*habitus* et de la logique des champs sociaux, trop souvent masqués par l'idéologie méritocratique – l'effort est justement récompensé – et l'idée de l'égalité des chances.

¹¹⁴ Par exemple, les élus qui créèrent la Cour suprême du Canada, en 1873, y virent un moyen d'arbitrer les conflits de compétences constitutionnelles (Smith, 1983 ; Snell et Vaughn, 1985). Ils ne purent entrevoir la formidable extension de pouvoir de la Cour, au XX^e siècle, à la suite, notamment, de l'adoption de la Charte canadienne en 1982. Les délégués de la Conférence de Québec de 1864, de tradition juridique britannique, connaissaient le contrôle judiciaire des actes de l'administration coloniale – par le comité judiciaire de Londres – et le principe du veto impérial de la législation coloniale¹¹⁴ (Russell, 1990). Mais, ils méconnaissaient le contrôle judiciaire des lois à l'américaine et, « s'ils l'avaient bien compris [...], ils auraient sûrement été beaucoup plus préoccupés par la conception et l'établissement d'une Cour suprême pour le Canada. » (Russell, 1990 : 117, traduction libre)

¹¹⁵ Michel Foucault partage ce point de vue épistémique de l'aspect relationnel des rapports de pouvoir : « Le pouvoir s'exerce en réseau et, sur ce réseau, non seulement les individus circulent, mais ils sont toujours en position de subir et aussi d'exercer ce pouvoir. » (Foucault, 1997 : 26)

matérialiste du symbolique » (Bourdieu, 2012 : 264), puisque « [l]a réalité sociale existe pour ainsi dire deux fois, dans les choses et dans les cerveaux, dans les champs et dans les *habitus*, à l'intérieur comme à l'extérieur des agents. » (Bourdieu, 1992 : 103) L'État est d'ailleurs cet ensemble de champs, d'agents officiels, d'institutions et de ressources qui, pris collectivement, ont un immense pouvoir de construction du réel.

La dynamique relationnelle des champs sociaux s'inscrit dans une logique concurrentielle : chaque champ social aspire à l'autonomie, en ce sens qu'il veut obéir à sa propre loi, et ne pas être colonisé par celle d'autres champs plus puissants. Toutefois, aucun champ n'est isolé de l'influence des autres champs, d'autant plus que des réseaux d'alliance et des vases communicants font circuler les agents et les idées. Il y a donc « autonomie relative » des champs sociaux, dont l'étendue est mesurée par le rayon de leur influence sur les autres champs, dont les frontières s'avèrent plus ou moins poreuses à la logique des autres champs (Bourdieu, 1992 : 72-73).

L'autonomie relative concerne aussi des agents sociaux, qui sont dotés de plus ou moins de capitaux (culturels, économiques, etc.), qui les amèneront à privilégier leur intégration dans certains champs sociaux (dominants ou dominés) et les favoriseront, ou non, dans la concurrence pour la mainmise sur le pouvoir dans ce champ. Les normes sont incorporées par les agents officiels et institutionnalisées dans les organisations, qui les transmettent et contribuent à reproduire l'ordre symbolique et les relations de pouvoir qu'elles légitiment. Toutefois, ces normes, et les pratiques qu'elles recouvrent sont constamment l'objet de contestation et d'opposition par les forces montantes. Ce jeu concurrentiel contribue : (1) à la perpétuation de la logique d'un champ, car il faut partager des concepts, des normes et des valeurs pour pouvoir entrer légitimement en conflit dans un même champ ; (2) à l'innovation sociale, grâce aux contre-discours des dominés et aux influences extérieures ; (3) à la préservation de son autonomie relative par rapport aux autres champs. Une élite au pouvoir peut d'ailleurs s'inspirer des idées des élites montantes et contestatrices pour renouveler son discours, son pouvoir symbolique, et raffermir son pouvoir, comme on l'a vu au Canada sous le

premier ministre King, qui reprit plusieurs idées du CCF (Bonikowsky, 2013). Qu'il y ait concurrence signifie que les discours et la position dominante des uns, comme les discours oppositionnels et la position dominée des autres, ne sont pas figés¹¹⁶.

En outre, dominants ou dominés peuvent aussi tirer parti d'influences (de pouvoirs) extérieures. Par exemple, un juriste réformateur spécialisé en droit social ou en droit du travail, comme Bora Laskin, appartenant à la faction dominée du champ juridique, pourra bénéficier de davantage de capital symbolique (donc d'influence et de pouvoir) si, en plus de la reconnaissance de ses pairs, ses travaux trouvent écho auprès des mouvements sociaux et des organisations (comme une grande centrale syndicale) qui mobilisent ses études et son expertise pour défendre leurs intérêts minoritaires (Girard, 2005 ; Dezalay, 2013 : 65). Frank Scott, à son époque, appartenait lui aussi à un sous-champ dominé du champ juridique, celui du droit constitutionnel, et il eut une grande proximité avec plusieurs organisations du mouvement nationaliste constitutionnel. Son enseignement ainsi que sa production scientifique et engagée, tout comme ses implications politiques (notamment à la Commission Laurendeau-Dunton ou au sein du CCF) et sa militance comme avocat pour des causes sociales célèbres (*cf. Roncarelli*, 1959), firent de Scott un acteur dont la parole comptait. Même s'il n'occupait pas de haute charge dans la cité, il fut tout de même le mentor de plusieurs personnalités

¹¹⁶ Par exemple, dans le champ juridique au Canada, jusqu'au tournant des années 1960, ceux qui défendaient le constitutionnalisme d'héritage britannique occupaient les positions dominantes (premiers ministres, ministres, doyens, etc.). Puis, à partir des années 1960, avec notamment la montée du mouvement nationaliste constitutionnel, la dissémination de nouvelles valeurs postmatérialistes¹¹⁶, la saillance internationale de la question des droits de la personne, la professionnalisation de la profession juridique et l'influence du constitutionnalisme américain, ceux qui défendaient le contrôle judiciaire basé sur une charte des droits constitutionnalisés sont devenus peu à peu le groupe dominant des champs juridique et de l'État. On peut voir un exemple de cette montée en puissance du courant nationaliste constitutionnel dans ces deux champs sociaux dans la figure du juriste Bora Laskin. Il fut professeur de droit de 1940 à 1965 et, à ce titre, produisit le manuel de droit constitutionnel le plus utilisé au Canada, dans lequel il introduisit en 1951, pour la première fois dans un tel ouvrage canadien, une section complète sur les libertés civiles et les garanties constitutionnelles (Adams, 2010 : 457 ; Tarnopolsky, 1983 : 140). Il fut très critique de la jurisprudence décentralisatrice du Comité judiciaire de Londres et un défenseur de l'extension des compétences socioéconomiques du gouvernement central (Adams, 2009). Lester B. Pearson le nomma juge de la Cour d'appel de l'Ontario (en 1965) et Pierre Elliott Trudeau l'éleva à la position de juge (en 1970) puis juge en chef (de 1973 à 1984) de la Cour suprême du Canada, où il joua un rôle clé dans le rapatriement de 1982.

publiques de premier plan, qui ont été des acteurs clés de la réforme constitutionnelle de 1982, comme Pierre Trudeau (Djwa, 1987 : 270).

On peut aussi assister à une lutte entre dominants dans le champ englobant de l'État, où la faction victorieuse put bénéficier de l'alliance avec des groupes dominés (Bourdieu, 2003 : 149). Par exemple, dans la lutte politico-juridique qui a opposé la plupart des gouvernements provinciaux au gouvernement central, ce dernier fit appel au soutien et à la mobilisation de plusieurs mouvements sociaux (femmes, minorités linguistiques, etc.), qui sont venus témoigner en faveur de l'enchâssement d'une charte des droits devant le *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (Romanow, Whyte et Leeson, 2007 : 121, 248). Ces groupes reçurent le soutien financier du gouvernement central – via le *Programme de contestation judiciaire*, créé en 1978 –, les encourageant à transposer devant les tribunaux leurs différends avec les États provinciaux (Cardinal, 2000 ; Pal, 1993)¹¹⁷.

Dans le jeu social pour le pouvoir au sein des champs, certains joueurs « disposent d'atouts, c'est-à-dire de carte maîtresse [...] » (Bourdieu, 1992 : 74). Car la possession de certains capitaux favorise le positionnement de certains agents au sein de plusieurs champs, comme le juriste pouvant naviguer entre les champs économique, juridique, politique et étatique (par exemple : Lucien Bouchard, Brian Mulroney, etc.). Autrement dit, « il y a des cartes qui sont valables, efficaces dans tous les champs [...] ».

Si la démarche relationnelle et sociohistorique de Bourdieu permet de penser le changement social, ce dernier rappelle que les chances de reproduction de l'ordre social sont statistiquement plus grandes, au sein des champs sociaux et de l'ensemble de l'espace social. Par exemple, l'intégration des partis socialistes au sein des régimes parlementaires laissait présager une transformation profonde et radicale de l'économie et de la politique, qui ne s'est pas avérée (*cf.* Miliband, 1973a). Comme le souligna avec justesse Maurice Duverger, « [l]a lutte dans le régime est en même temps une

¹¹⁷ Selon Linda Cardinal, « la Charte a poussé les mouvements sociaux sur la voie de l'activisme juridique et du changement institutionnel. » (Cardinal, 1993 : 141)

forme de combat et une forme d'intégration, puisqu'elle exprime un accord sur les principes fondamentaux de la société et les institutions qui les appliquent. » (Duverger, 1964 : 275) Ces partis ont été transformés par les champs sociaux (politique et étatique) qu'ils ont intégrés. Ils ont largement intégré les normes et les pratiques du champ étatique libéral – qui favorisent la concentration élitiste du pouvoir et la liberté économique –, tout en contribuant à les faire glisser vers une certaine redistribution, compatible cependant avec l'accumulation capitaliste, la libre circulation et la mondialisation des marchés. Le pouvoir symbolique de l'État joue donc un rôle d'intégration normatif ; « l'intégration [...] est la condition de la domination [...] ». » (Bourdieu, 2012 : 352)

Pour conclure, de manière provisoire, la théorie des champs peut se synthétiser à l'aide de quelques propositions¹¹⁸ :

1. Les agents évoluent dans des champs sociaux, où ils sont socialisés à un ensemble de normes, de pratiques, de schèmes de pensée et de valeurs ainsi qu'à une vision du monde (qu'on peut résumer par le concept d'*habitus*).
2. L'*habitus* des agents tend à refléter leur position sociale d'origine (leur classe sociale) et influence leur trajectoire sociale future (leur inscription dans certains champs sociaux et la position dominée ou dominante qu'ils y occuperont).
3. L'*habitus* des agents est une sorte de seconde nature vécue sur le mode de l'évidence, de la *doxa*, car il est le social incorporé dans l'individu. Les catégories par lesquelles l'agent se pense, agit et conçoit le monde social sont produites par les institutions qui ont, de la sorte, une aura de naturalité, doxique.
4. Les agents, les discours et les institutions se construisent de manière conflictuelle, dynamique, historique et relationnelle dans et entre les champs.
5. Les discours sont davantage le résultat d'effets de croyance, qui découlent de l'*habitus* des agents, mais aussi, corollairement, du pouvoir symbolique du métachamp de l'État, c'est-à-dire la construction du monde social par la production et la diffusion de normes, de valeurs et de visions du monde.
6. La position privilégiée de l'élite, dans chaque champ, se double d'un discours méritocratique (le succès récompense l'effort et le talent des individus) et de

¹¹⁸ La production littéraire de Bourdieu est impressionnante. De celle-ci, se démarque son livre d'entretiens avec Loïc Wacquant, *Réponses pour une anthropologie réflexive*, pour la simplicité, la clarté et la concision avec lesquelles il explique sa théorie sociale et définit ses concepts.

pratiques sociales (diplômes, postes, honneurs, etc.) justifiant son pouvoir à ses propres yeux et à ceux de la société. La position dominante des uns, en termes de capitaux, renforce leur pouvoir symbolique, donc leur légitimité.

7. La puissance symbolique des discours (leur capacité à faire advenir ce qui est énoncé) est corollaire de l'élévation sociopolitique des agents, de la puissance des institutions et de la prépondérance des champs sociaux qui les émettent.
8. Les agents, les institutions et les champs sociaux dominés produisent aussi leurs contre-discours et leurs pratiques de contrepouvoir.
9. Le jeu social est une perpétuelle guerre de positions et de prises de position.
10. Les discours, dominants et dominés, se présentent comme étant universels, c'est-à-dire porteurs d'une vision et de normes valables partout sur un territoire.
11. La socialisation des agents est toujours incomplète, donc ils n'acceptent pas passivement et automatiquement leur position sociale et les discours dominants. Il y a une sorte d'inadéquation, plus ou moins importante, entre les agents et les structures sociales, ce qui ouvre la voie aux réformes, aux révolutions, etc.
12. La hiérarchie des positions sociales et des prises de position n'est pas figée, même si la reproduction de l'ordre social prédomine sur sa transformation, à cause surtout du pouvoir symbolique du métachamp de l'État, qui produit et diffuse les normes et valeurs par lesquelles le monde social est pensé et jugé.
13. La contingence permet davantage d'expliquer les phénomènes sociopolitiques que la *volonté d'individus sociologiquement libres*.
14. Un champ social se développe en s'autonomisant des autres champs sociaux, en se donnant sa propre logique, qui encadrera la concurrence pour le pouvoir entre les agents et les institutions, et dont le destin sera influencé par cette lutte.
15. Un champ social est un espace de force, son extension va aussi loin qu'il produit des effets. Les agents et les institutions qui en font partie sont ceux qui produisent des effets dans ce champ social et qui y luttent.

La méthode pour faire l'étude des champs sociaux, évoquée plus haut, implique « trois moments nécessaires et connectés entre eux » (Bourdieu, 1992 : 80) :

1. Situer un champ dans le métachamp étatique, pour déterminer s'il occupe une position dominante ou dominée ;
2. Déterminer les positions dominantes ou dominées, qui sont occupées par les agents et les institutions, et qui se doublent de discours conservateurs ou contestataires, selon leur position ;
3. Évaluer l'*habitus* des agents pour entrevoir leur trajectoire sociale possible, et leurs chances de se situer dans les positions dominantes ou dominées.

Ces quinze propositions et ces trois moments de l'analyse des champs sociaux seront mis en application, aux chapitres 5 à 8, pour l'étude du développement et de l'évolution du champ juridique et du métachamp de l'État au Canada. Avant d'approfondir ces questions, il demeure pertinent d'élaborer davantage sur la conception bourdieusienne de l'État, notamment le monopole de la violence symbolique. Ensuite, la genèse du métachamp étatique en Occident sera présentée dans ses grandes lignes, de manière à mettre en évidence le rôle central qu'a joué le droit dans l'histoire de sa formation.

4.2. Le pouvoir symbolique de l'État

Dès le Moyen Âge central, notamment en France, il y eut concentration monopolistique et dépersonnalisation du pouvoir (administratif, militaire, fiscal), qu'on appelle État (Elias, 1991 : 30, 35). Norbert Elias, à la suite de Max Weber, définit l'État surtout comme étant le monopole sur les ressources fiscales et militaires ; le contrôle exclusif des moyens matériels de la domination (Elias, 1991 : 29-30). Or, malgré la prépondérance de la définition wébérienne de l'État dans la littérature – le *monopole de la violence légitime* – le débat perdure tout de même quant à la nature de l'État.

Selon Bourdieu, la définition classique de l'État omettait sa dimension symbolique. En effet, il n'était pas suffisant, contrairement à ce que pensait notamment Elias (1991), que le pouvoir royal enclenche un travail de monopolisation des ressources militaires et fiscales pour qu'advienne l'État. Celui-ci a été précédé par un travail de construction symbolique à l'aide du droit, pour que l'État existe d'abord dans la psyché des gens (qu'ils soient dominants ou dominés) avant d'exister légitimement dans les institutions centrales (Bourdieu, 2012). Il fallait que les clercs juristes créent cette chose abstraite, publique et universelle, se distinguant peu à peu de la personne du roi, l'État, pour que le monarque puisse s'imposer comme étant le concurrent le plus légitime à s'emparer du monopole de la contrainte physique face aux autres nobles (Bourdieu, 2012).

La lutte pour le pouvoir symbolique et matériel est constante au sein des champs sociaux. Ce qui revient à dire que l'ordre sociopolitique n'est jamais figé, que les discours et les actions cherchant à le reproduire font constamment face à la contestation, larvée ou ouverte. L'ordonnancement des choses et des personnes, inhérent à toute société organisée et pacifiée, est source de tension, puisque l'ordre est hiérarchique et inégalitaire (Rancière, 1998 : 112). Selon l'historien Ian McKay (2001), l'« ordre libéral canadien » est le projet d'organisation inégalitaire du nouveau Dominion canadien en 1867, basé sur la libéralisation et l'individualisation des rapports sociaux, mais aussi l'assujettissement des collectivités (les Premières Nations, les Inuits, les Métis et les Canadiens français) réfractaires à cet ordre assimilateur, qui conjugue égalité formelle, liberté individuelle et propriété privée.

La violence symbolique est un pouvoir organisateur de la société, qui contribue à instaurer un consensus ontologique au sein duquel se déroule une compétition pour le pouvoir entre élites et entre nations au sein d'un État. C'est le pouvoir symbolique qui permet de répondre à la question : « Comment se fait-il que l'ordre social soit si aisément maintenu, alors que [...] les gouvernants sont peu nombreux et les gouvernés nombreux et ont donc pour eux la force du nombre ? » (Bourdieu, 2012 : 258) La violence symbolique peut expliquer le passage de la contrainte extérieure à l'incorporation des normes sociales, à l'obéissance « spontanée ». Car si la domination ne relevait que de la force brute, la révolution armée serait plus souvent la réponse des groupes dominés. La domination doit devenir discursive et s'incorporer pour être acceptée par ceux qui la subissent. « Ainsi, la force ne peut s'affirmer comme telle, comme violence sans phrases, arbitraire qui est ce qu'il est, sans justification ; et c'est un fait d'expérience qu'elle ne peut se perpétuer que sous les dehors du droit [...]. » (Bourdieu, 2003 : 150) Les rapports de force doivent incidemment être sublimés pour être perçus comme étant légitimes. « Il s'ensuit que des pouvoirs fondés sur la force (physique ou économique) ne peuvent attendre leur légitimation que de pouvoirs qu'on ne peut suspecter d'obéir à la force [...]. » (Bourdieu, 2003 : 150)

Il n'y a pas ici de « fausse conscience », telle que l'entendent les théoriciens marxistes, pour expliquer que le prolétaire n'ait pu développer une conscience de classe à cause du travail de justification de l'ordre capitaliste et inégalitaire par la classe dominante (Marx et Engels, 1966). Or, Selon Bourdieu, « [d]ans la notion de “fausse conscience” [...] c'est “conscience” qui est de trop », car il s'agit plutôt de « croyances, [situées] au plus profond des dispositions corporelles. » (Bourdieu, 2003 : 255) Maurice Duverger souligna aussi que « la légitimité est la conformité avec un système de valeur. [Elle] repose donc sur des croyances. » (Duverger, 1964 : 268) La croyance en une vision du monde social et l'obéissance aux règles sont ainsi intimement liées (Bourdieu, 2012 : 259) Formulé autrement : « Dire que l'État est légitime, c'est dire qu'il peut obtenir la soumission sans contrainte, ou plutôt avec une forme de contrainte, [le] pouvoir symbolique [...]. » (Bourdieu, 2012 : 233-234)

Le système de croyances qui permet l'acte d'obéissance existe par et dans le métachamp étatique, qui irradie l'ensemble des champs sociaux, en utilisant notamment le langage juridique. Ce qui fait dire à Bourdieu « que pour comprendre cette vertu quasi magique que détient l'État, il faut s'interroger sur les structures cognitives et sur la contribution de l'État à leur production. » (Bourdieu, 2012 : 261) L'État est donc à la fois une forme symbolique et matérielle, mais l'élément préalable et essentiel est ce pouvoir symbolique, cette mise en récit, permettant de constituer un monde social, dans lequel une minorité pourra exercer en toute légitimité, *tout naturellement*, le pouvoir sur une majorité, mais aussi une majorité nationale sur les autres groupes sociaux.

Au sein de l'État, le droit apporte sa contribution au pouvoir de construction de la réalité sociale. Selon, Bourdieu, « [l]e droit est sans doute la forme par excellence du pouvoir symbolique de nomination qui crée les choses nommées [...]. Le droit consacre l'ordre établi en consacrant une vision de cet ordre qui est une vision d'État, garantie par l'État. » (Bourdieu, 1986 : 13) Jacques Ellul souligna aussi les profits de pouvoir

que peut obtenir un groupe, par la juridicisation de leurs intérêts et de leurs demandes, leur donnant une valeur universelle sur un territoire donné (Ellul, 1976 : 9).

Pour qu'existe l'État, il fallait d'abord qu'il y ait une « accumulation primitive » de capital symbolique, que soit produit un discours à prétention universel qui, en connexion avec le pouvoir militaire et fiscal des rois, a pu se disséminer. En effet, les discours juridiques sont des « énoncés performatifs », « des actes magiques qui réussissent, parce qu'ils sont en mesure de se faire reconnaître universellement, donc d'obtenir que nul ne puisse refuser ou ignorer le point de vue, la vision qu'ils imposent. » (Bourdieu, 1986 : 13) Ce sont les « prophètes juridiques », héritiers d'un droit romain lié au Moyen Âge à l'idée d'empire universel (Kantorowicz, 1995 : 19-20), ce sont ces « maîtres du discours [qui] peuvent faire croire ce qu'ils disent », « qui sont les moteurs de l'universel, de l'universalisation. » (Bourdieu, 2012 : 425, 427) Ce sont eux qui, par la maîtrise du droit canon et du droit romain, ont développé un métarécit normalisateur, unificateur et naturalisant qui rend légitime, juste, neutre et rationnel un ordre sociopolitique donné. Pour Bourdieu, le droit n'est donc pas que le reflet des normes vivantes d'une société, un discours de légitimation instrumentale, un simple appareil coercitif ou une arme idéologique au service de la bourgeoisie, mais un champ social autonome, qui produit de puissants discours performatifs à vocation universelle liant normativement l'ensemble des agents, des institutions et des champs. Le champ juridique est donc un des espaces sociaux clés ayant contribué à l'émergence et à la préservation de l'État. Cependant, il n'y a pas ici qu'une manifestation d'un pur pouvoir psychique contraignant, car pour que le droit produise tous ses effets symboliques, il doit être « socialement reconnu, et rencontre[r] un accord, même tacite et partiel, parce qu'il répond, au moins en apparence, à des besoins et des intérêts réels. » (Bourdieu, 1986 : 14) L'État, même justifié par le droit, doit par exemple remplir une fonction redistributrice à l'époque contemporaine : « L'État en redistribuant des ressources matérielles, produit un effet symbolique. » (Bourdieu, 2012 : 431) L'État doit aussi, au minimum, offrir la paix, l'ordre et la stabilité à la

population d'un territoire, unie par un même ensemble de normes (Bourdieu, 2012 : 568-569). De façon plus générale, on peut dire que le pouvoir doit reconnaître et intégrer (culturellement, juridiquement, linguistiquement, politiquement et socialement) les habitants d'un territoire pour en faire un peuple, pour ainsi être en mesure d'être reconnu, légitimé, à son tour (Bourdieu, 2012 : 227, 260-261, 431 et 561-578). L'État, sanctionné et mû par le droit, produit donc de la classification sociale, de l'ordre et, conséquemment, accorde des droits (à certains individus ou certains groupes) ou impose des devoirs (impôt, service militaire, etc.). L'État assure ainsi « la production d'identité sociale légitime [...] ». » (Bourdieu, 2012 : 25)

Le rôle performatif que Bourdieu voit dans le droit, ne découle pas d'une simple *volonté de puissance* de la part d'une élite ou d'un groupe social dominant en mal de pouvoir et de légitimité, et ne provient pas d'un déterminisme structurel. Plutôt que d'intention ou de complot, il évoque le concept d'*illusio*, soit le fait pour les dominants et les dominés d'être pris au jeu social, de croire au jeu et aux règles du jeu (Bourdieu, 1992 : 73, 92 ; 2003 : 146-147). À cet égard, la définition webérienne classique de l'État, comme étant le monopole de la violence légitime, tend à sous-théoriser l'aspect symbolique du pouvoir et le rôle que le droit joue à cet effet.

4.3. Droit et violence symbolique

La conception webérienne de l'État priorise l'aspect « matériel » de la domination étatique : « l'État est cette communauté humaine qui, à l'intérieur d'un territoire déterminé [...], revendique pour elle-même et parvient à imposer le *monopole de la violence légitime*. » (Weber, 2003 : 118) Cette définition est cependant incomplète, car plutôt que d'y voir un pouvoir structurel, abstrait et général qui ordonne la société, il conçoit la domination essentiellement comme la capacité des dominants à voir leurs commandements être obéis par les dominés (Weber, 2013 : 49). En outre, selon lui,

l'essence du droit est la coercition, c'est-à-dire qu'il y a « droit lorsque la validité [d'un ordre] est garantie extérieurement par [...] une *contrainte* (physique ou psychique), grâce à l'activité d'une *instance* humaine, *spécialement* instituée à cet effet, qui force au respect de l'ordre et châtie la violation. » (Weber, 1995a : 68)

Or, la conception wébérienne de l'État et du droit néglige l'aspect symbolique et inconscient de la domination étatique, qui ne contraint pas tant les comportements qu'elle ne produit des croyances liant les psychés et conditionnant les comportements des dominants et des dominés. En effet, en mettant l'accent sur les fonctions de coercition et de légitimation de l'État, la définition wébérienne omet les *conditions de possibilité* sur lesquelles reposent ces fonctions : la création d'un imaginaire social, ou métarécit, rendant possible, car légitime *de facto*, l'action des agents qui agissent officiellement au nom de l'État. « L'État n'est pas un simple instrument de coercition, mais un instrument de production et de reproduction du consensus, chargé de régulations morales. » (Bourdieu, 2012 : 232) Les juristes et le discours juridique joueront ici un rôle pivot comme agent légitimateur, car contrairement à ce qu'affirme la tradition wébérienne, le droit ne se situe pas seulement du côté de la coercition, d'un pouvoir négatif, mais aussi et surtout du côté d'un pouvoir créatif et positif, qui fait advenir une réalité qui est juridiquement nommée, classifiée, codifiée.

La violence symbolique, à laquelle le droit apporte une contribution essentielle, « est la condition de la possession de l'exercice du monopole de la violence physique elle-même. » (Bourdieu, 2012 : 14) Il ne suffisait pas que le roi puisse militairement contrôler un territoire et ses ressources, il fallait aussi qu'il le fasse légitimement, que son titre de souveraineté fût sûr. La croyance en la légitimité de la concentration du pouvoir entre les mains du roi devait être largement répandue, qu'elle aille de soi, de manière à limiter les révoltes nobiliaires ou populaires (les jacqueries).

L'apparition d'un pouvoir centralisé pré-étatique, puis étatique, a toujours été lié à l'existence d'un récit mythifié de la genèse (occultant la violence et l'arbitraire des fondements) et un système de croyances (religieux et/ou rationnel-légal), porté par une

caste (prêtres, juristes, etc.) et largement diffusé, qui légitiment les visions et divisions sociales (Diamond, 2000 ; Geertz, 1983a et 1983b). L'État revêt donc une dimension symbolique, qui est du côté de la croyance, de la magie sociale, du mythe (Bourdieu, 2012 : 29). C'est une fiction juridique, non artificielle, qui produit des effets bien réels. Le pouvoir est ainsi lié avec un discours de vérité (Ansart, 1977 : 13-14 ; Foucault, 1997 ; Weber, 2013 : 55-56 et 59-60). Même la manifestation de la force brute dans l'histoire, qui a mené à des conquêtes militaires, fut interprétée comme une preuve de supériorité (de sang, de dieux, de culture, etc.) légitimant *de facto* la posture dominante du vainqueur et celle dominée du vaincu. Dans la psyché du dominant ou du majoritaire, sa domination n'est jamais arbitraire, illégitime ou infondée. Il y a donc un élément tautologique dans la domination : les dominants se trouvent légitimés à dominer du fait même de leur domination, preuve éclatante de leur bon droit, et peuvent bénéficier aussi de la caution d'autres dominants (comme un pape qui sacre un roi) ainsi que du récit dominant dans une société qui raconte la légitimité et la nécessité de l'ordre social. Weber a décrit ce processus comme étant le « besoin d'autojustification inhérent à tout pouvoir » qui explique que « [l]a "légende" de tout groupe fortement privilégié affirme sa supériorité naturelle, voire, dans la mesure du possible, sa supériorité de "sang". » (Weber, 2013 : 59) Le processus de rationalisation à l'œuvre en Occident, qui accompagne les révolutions économiques et politiques libérales, mène à un lent changement du paradigme de légitimation du pouvoir : l'on passe d'une domination hiéocratique (basée sur le religieux) à une domination rationnelle et bureaucratique, ce qui implique incidemment que le capital culturel remplace peu à peu les autres titres à gouverner (force, sang, religion) (Bourdieu, 2012 ; Weber, 2013).

Dès le Moyen Âge classique, les premiers juristes qui ont travaillé à procurer une légitimité au pouvoir royal – face à la population et face à ses concurrents féodal, impérial et papal –, en prenant appui notamment sur le droit romain et le droit canon, ont ainsi contribué à l'avènement de l'idée d'État, de l'esprit public qui transcende le patrimoine privé du roi royal. Ces juristes, pour la plupart formés par l'Église,

mobilisaient un capital d'une sorte particulière, car l'idée d'empire universel resta forte durant le Moyen Âge et était liée au droit romain, plus particulièrement au *Code justinien* (Kantorowicz, 1995). Le droit canon, quant à lui, était lié à une autre universalité : celle de l'empire chrétien sur terre dirigé par le vicaire du Christ, le pape (Skinner, 2009 : 41-42). Ces juristes et, plus généralement, le droit, étaient dotés d'une aura religieuse et sacrée (Kantorowicz, 1995 : 17).

Les juristes étaient donc en bonne position pour construire l'État comme un récit universel qui module les psychés, qui impose de la sorte les catégories (universel/particulier, centre/périphérie, public/privé, désintéret/intéret, légitime/illégitime, légalité/illégalité, etc.) mêmes par lesquelles on pourrait penser et juger de la légitimité de l'État (Bourdieu, 2012). L'édification de l'État, comme monopole de la violence légitime, s'est doublée de la constitution d'un vocabulaire d'État (souveraineté, légitimité, etc.) par lesquels on pense et juge l'État, qui banalise l'État, qui place l'État sous le signe de l'évidence, qui désenchante et rationalise la plus fabuleuse concentration de pouvoir qu'ait produit l'humanité (Bourdieu, 2012 : 13). Bourdieu appelle *doxa* cette évidence, « cette sorte de croyance qui ne se perçoit pas comme croyance », qui est le produit du pouvoir symbolique (Bourdieu, 2012 : 292) La *doxa* ne relève pas d'un choix, mais de l'évidence : « L'adhésion doxique est l'adhésion la plus absolue que puisse obtenir un ordre social puisqu'elle se situe au-delà même de la constitution de la possibilité de faire autrement : c'est ce qui sépare la *doxa* de l'orthodoxie. » (Bourdieu, 2012 : 292) L'appartenance doxique est donc un lien tautologique au monde, car l'agent accepte l'ordre social et symbolique à travers les formes de pensée et les normes produites par ce même ordre. Bien sûr, toute violence symbolique ne se change pas automatiquement en *doxa* (le discours officiel intériorisé par tous), elle est d'abord orthodoxie (le discours officiel contestable). Puis, avec l'oubli de la genèse d'un ordre social, l'orthodoxie se « naturalise », devient alors *doxa*, qui dans les moments de crises peut redevenir orthodoxie (Bourdieu, 2012).

Dans la constitution d'une *doxa*, le droit (avec l'appui de la force) joue ici un rôle crucial : « le droit, en tant que discours intrinsèquement puissant, et assorti des moyens physiques de se faire respecter, est en mesure de passer, *avec le temps*, de l'état d'orthodoxie, croyance droite explicitement énoncée comme devoir-être, à l'état de *doxa*, adhésion immédiate à ce qui va de soi, au normal [...]. » (Bourdieu, 1986 : 17)

Le corollaire de la *doxa* devient alors le rejet des comportements et des attitudes non conformes. La parole officielle des uns implique la dépossession de la parole non légitime des autres, tout comme le monopole de la violence légitime implique la délégitimation de certaines formes de violence (Bourdieu, 1981). Comme le souligne Bourdieu, le Parlement est l'espace de « l'institutionnalisation [...] de la politique légitime », qui implique que les intérêts, les groupes et les classes sociaux qui n'y sont pas représentés et ne suivent pas ses règles du jeu ont « ont quelque chose de semi-criminel. » (Bourdieu, 2012 : 227, 559) Dans un registre similaire, Duverger affirma qu'« [e]n général, à une époque donnée, dans un pays donné, il existe un certain accord sur la forme du gouvernement, sur les procédures de dévolution et d'exercice du pouvoir, sur les règles du combat politique. » (Duverger, 1964 : 268) C'est dans ce territoire symbolique que baignent également dominants et dominés, où ils entrent en concurrence pour le pouvoir au sein des champs sociaux. Toutefois, les dominants jouissent d'un avantage certain sur les autres groupes : « le travail de construction de la réalité sociale est un travail collectif, mais tout le monde n'y contribue pas au même degré. Il y a des gens qui ont plus de poids dans les luttes symboliques pour le pouvoir de construire la réalité sociale que d'autres. » (Bourdieu, 2012 : 523)

Revenir à la fondation d'un ordre sociopolitique permet de ramener à la conscience historique ces fondements qui vont de soi : « ce qui est aujourd'hui une *doxa* – l'emploi du temps, le code de la route, etc. – a souvent été le produit d'une lutte ; elle a été instituée au terme d'une lutte entre des dominants et des dominés, avec des opposants [...]. » (Bourdieu, 2012 : 276) Revisiter le moment de ces luttes originelles, qui ont rigidifié l'histoire en réduisant le champ des possibles, par « [l]'analyse de la genèse

historique de l'État », permet alors de contrer l'amnésie des moments fondateurs devenus récit mythique et de percevoir le particulier dans les prétentions à l'universel (Bourdieu, 2012 : 276) Cette analyse permet « de comprendre à la fois l'adhésion doxique à l'État et le fait que cette *doxa* soit une orthodoxie, qu'elle représente un point de vue particulier, le point de vue des dominants, le point de vue de ceux qui dominent en dominant l'État, de ceux qui, peut-être sans se le donner pour fin, ont contribué à faire l'État pour pouvoir dominer. » (Bourdieu, 2012 : 276)

4.4. Le rôle du droit dans la genèse de l'État

Faire la genèse de l'État est une tâche incommensurable. Plutôt que d'englober toute la temporalité et tous les aspects de la question immense de la genèse du métachamp étatique, l'accent sera mis sur le champ juridique. Il fut l'un des champs prépondérants dans le travail de construction de l'État, de monopolisation de la violence symbolique : « Les États médiévaux étaient des États de droit. Ils avaient acquis leur pouvoir en grande partie en développant leurs institutions judiciaires et en protégeant les droits de propriété des classes possédantes. » (Strayer, 1970 : 61, traduction libre)

Au Canada, par exemple, les champs juridique, politique et économique sont les espaces sociaux qui ont occupé la position dominante dans la genèse du métachamp étatique canadien. Le Dominion, créé par le Parlement de Westminster en 1867, était un ensemble bigarré, composé de différents peuples – ayant chacun leurs coutumes et leur propre mode d'échange et d'occupation du territoire – séparés par l'immensité de l'espace et l'absence de voies de communication modernes (routes, chemins de fer, etc.). L'imposition d'un seul modèle économique (propriété privée et libre marché) et de normes juridico-politiques (libertés individuelles et régime libéral représentatif) à tout le nouveau territoire a nécessité l'intervention impériale du nouvel État central. Comme l'analysa Leo Panitch (1977), les fonctions de coercition de l'État canadien

agissaient de concert avec celles de légitimation, pour faciliter l'implantation d'un système d'accumulation capitaliste. Le pouvoir étatique central, pour s'imposer, a dû utiliser la force militaire et policière – notamment contre les Métis –, l'extension de son réseau de tribunaux ainsi que la croissance et la dissémination des juristes (McKay, 2009 ; Pue, 2016). Pour déployer son pouvoir et unir toutes les régions sur lesquelles s'imposait théoriquement son autorité, l'État central a développé massivement ses infrastructures de communications, notamment un chemin de fer transcanadien, qui devait par le fait même court-circuiter les ambitions territoriales américaines. Les voies de communication contribuèrent ainsi à la centralisation coercitive et normative, par laquelle le Dominion voulut affirmer son autorité sur le sous-continent canadien.

Les champs juridique, politique et économique occupent toujours une position prépondérante dans le métachamp de l'État au Canada. Ce faisant, leur logique interne et leurs normes se disséminent à travers l'ensemble de l'espace social canadien. En effet, depuis le dernier quart du XX^e siècle, le métadiscours au Canada donne une place prépondérante au juridisme et au néolibéralisme (l'égalité des droits et des cultures dans une société de marché pancanadienne), tout en conservant une place, s'amenuisant, au politique (citoyenneté active, parlementarisme, fédéralisme) (*cf.* Graefe, 2014 : 52-54). Dans cette nouvelle configuration du pouvoir, le régime fédéral canadien devient de plus en plus unitaire, alors que l'État central semble englober et représenter à lui seul l'État fédéral. La Cour suprême du Canada et le Gouvernement central contribuent d'ailleurs, par leurs lois et politiques ainsi que par leurs jugements, à la centralisation et à l'unification du territoire « national » canadien.

Bref, l'accent sera mis ici sur l'analyse du champ juridique, qui apparut au Moyen Âge classique, par une lente émancipation des clercs juristes du champ religieux. Ces clercs, au service des rois, ont développé un discours légitimant et ont participé à créer un pouvoir fort et centralisé. Ce discours d'État, aujourd'hui, *va de soi*, est doxique, alors qu'il fut, à l'époque, une possibilité parmi d'autres (l'empire, la cité-État, etc.).

L'État, comme pratique et non comme discours, est né en quelque sorte sur les ruines de l'Empire romain, dans une Europe chrétienne et féodale, qui fut composée d'une multitude de peuples et de coutumes, et qui hérita du droit romain et de saint empire (*Sacrum imperium*). Sacré et impérial seraient deux concepts interchangeables en droit romain (Kantorowicz, 1995 : 18). Par exemple, l'empereur germanique Frédéric Barberousse, dans sa lutte contre les cités-États de Lombardie aspirant à l'autonomie, fit la promotion de la légitimité de son autorité sur l'Italie du Nord en empruntant le langage et les normes du *Code Justinien*¹¹⁹ (Skinner, 2009 ; Racine, 2008). Le *Code* affirmait « en toutes lettres que le *princeps*, en qui les jurisconsultes [impériaux] s'accordaient à reconnaître le saint empereur romain germanique, devait être tenu pour le *dominus mundi*, le seul souverain du monde. » (Skinner, 2009 : 33) De la sorte, Barberousse et ses successeurs « disposaient de la plus forte base juridique possible dans leurs campagnes visant à soumettre les cités. » (Skinner, 2009 : 33)

Si l'on trouve la genèse de l'État au Moyen Âge classique, sa conceptualisation moderne est plus tardive. Le concept moderne d'État renvoie à une structure institutionnelle et légale, qui est indépendante de ceux qui en ont temporairement le contrôle. L'État moderne implique aussi une coupure entre le lieu du pouvoir et la société civile, sur laquelle ce pouvoir s'applique (Skinner, 1989 : 108-109 et 112).

C'est au tournant du XVII^e siècle, alors que se développe la monarchie absolue, que prend forme l'idée moderne de l'État, chez des théoriciens proches du pouvoir et cherchant à légitimer une plus grande centralisation d'un pouvoir qui serait incontestable (Skinner, 1989 : 16). Des penseurs comme Jean Bodin (*Six livres de la république*, 1576) et Thomas Hobbes (*Le Léviathan*, 1651), de la « tradition absolutiste du droit naturel », ont rejeté l'idée que le transfert de la souveraineté populaire vers le gouvernement soit une forme de délégation qui puisse être inversée. Selon eux, il s'agit plutôt d'une aliénation totale, créant dès lors une nouvelle forme de pouvoir intangible,

¹¹⁹ La compilation du droit civil romain réalisée au VI^e siècle par l'empereur byzantin Justinien.

qui ne peut plus être aboli ou renversé (Skinner, 1989 : 116-119). Bien que ce changement conceptuel et politique fondamental ait été fortement critiqué par les penseurs contractualistes et républicains, « dès le milieu du XVIII^e siècle, la nouvelle terminologie était devenue pratiquement incontournable pour toutes les écoles de pensée. » (Skinner, 1989 : 123, traduction libre) Dès lors, l'appartenance politique n'allait plus à la personne du roi, mais envers l'entité abstraite et publique de l'État (ou la Couronne dans les monarchies parlementaires) (Skinner, 1989 : 123-124).

Malgré leurs différences, les théories contractualistes (absolutistes ou non) et républicaines de l'État partagent l'idée que les titulaires de la puissance publique doivent servir le bien commun et rendre la justice, mais aussi que le pouvoir émane d'abord de la société. Bourdieu remet justement en question cette thèse voulant que ce soit la société civile qui fit l'État dans le but de garantir la sécurité et les droits de tous. Derrière cette thèse, Bourdieu dénote un fétichisme de l'État, qui inverse inconsciemment les causes et les effets. À cet égard, l'étude de la genèse de l'État au Moyen Âge révèle qu'avant l'existence d'une population organisée, un peuple, on trouve des agents sociaux, les juristes, qui ont fait advenir l'idée de peuple, d'État et de bien commun. Ces juristes avaient intérêt au désintérêt, c'est-à-dire qu'ils bonifiaient inconsciemment leur propre pouvoir en travaillant consciemment à la promotion de l'universel, de l'esprit public, sur un territoire donné (Bourdieu, 2012 : 60-61).

Les juristes, qui ont théorisé et organisé l'État, furent des religieux, qui s'inspirèrent du travail de fondation du droit ecclésiastique et de centralisation administrative de l'Église. En effet, au début de la période de réforme de l'Église, visant à amender les mœurs dépravées des religieux (enrichissement, guerroiement et mariage) et à s'émanciper des pouvoirs temporels, le pape Grégoire VII (1073-1085) annonça détenir un pouvoir spirituel incontesté. Il donna à Rome « une quasi-constitution », les *Dictatus papae*, qui régulaient les relations internes (au sein de l'Église) et externes (avec les princes temporels) de Rome (Picq, 2005 : 73). Monarque spirituel absolu, Grégoire VII prétendait pouvoir nommer ou révoquer seul les évêques, mais « entend aussi

affirmer la primauté de Rome sur toutes les autres églises de la chrétienté. » (Picq, 2005 : 73) Pour asseoir son autonomie politique et légale, la papauté cherchait à mettre fin aux chevauchements des compétences entre, d'un côté, l'Église, et de l'autre, un pouvoir séculier, qui se mêlait de la doctrine chrétienne et de la nomination des ecclésiastes (Berman, 1980 : 427). La querelle des Investitures (1075-1122) opposa les ambitions souveraines des papes, qui voulaient nommer seuls les évêques, et les aspirations universelles des empereurs, qui concevaient « un Empire englobant l'Église [...] qui aurait à sa tête un souverain temporel présenté comme “vicaire du Christ” [...] ». » (Picq, 2005 : 73) Au début de ce conflit, Grégoire VII affirma la « prééminence hiérarchique » de Rome et concevait que le pape disposait du « droit de juger empereurs et rois », allant jusqu'à pouvoir les excommunier et les destituer (Picq, 2005 : 73).

Pour concrétiser les prétentions souveraines de Rome, il fallait développer des outils administratifs, législatifs et réglementaires. Grégoire VII rétablit donc l'étude du droit romain (notamment du *Code justinien*), en créant la première faculté de droit en Occident, à Bologne, en 1080. Avec la « réforme grégorienne », un « véritable gouvernement formé de ministères », la Curie, est créée pour administrer l'Église (Picq, 2005 : 74). L'État ecclésiastique naissant dissémine aussi ses légats pontificaux à travers l'Europe pour imposer son autorité normative à l'ensemble des églises et des religieux. L'Église se dota aussi peu à peu de son propre réseau de tribunaux, basé sur le droit canon, où l'on trouve les premiers juges professionnels, et d'une cour générale d'appel pour la chrétienté, soit la Curie (Picq, 2005 : 76).

De la sorte, la réforme de l'Église contribua à monopoliser le pouvoir symbolique dans la chrétienté, c'est-à-dire à centraliser et à homogénéiser les normes et les pratiques. Le droit fut ainsi mobilisé par l'Église pour affirmer son autorité, face à l'ensemble des religieux, et son autonomie, face aux princes. En voulant légaliser la moralité et moraliser la légalité, l'Église a contribué à donner une aura de justice divine (*divine righteousness*) au droit (Berman, 1980 : 429), s'ajoutant au caractère sacré du juriste.

On observa donc au sein de l'Église, mais aussi dans le reste de la société, l'établissement graduel d'un seul système de tribunaux et de droit, unifié autour du droit canon, qui se substitua peu à peu à l'absence de procédure judiciaire et à l'éclatement du paysage juridique et moral européen (traversé par une myriade de coutumes), pour atteindre un sommet avec la synthèse ordonnée de l'ensemble du droit canon par le moine juriste Gratien, à Bologne vers 1140 (Berman, 1980 : 426-428). La présence auprès des princes de clercs juristes implique que les droit canon et romain jouèrent un rôle clé dans la constitution du pouvoir séculier et dans le développement de nouvelles institutions judiciaires (Strayer, 1970 : 16).

Le développement du droit et de la faculté de Bologne sont liés à la multiplication d'une nouvelle élite : « un large secteur d'hommes et d'esprits juridiquement formés commença à se créer, particulièrement en Italie, où les juristes devinrent les meilleurs représentants de l'*intelligentsia*, constituant une profession juridique dont l'équivalent n'avait jamais existé aux époques antérieures du Moyen Âge. » (Kantorowicz, 1995 : 7) Ces scribes professionnels fournissaient le personnel de l'État médiéval et permettaient d'accomplir ses fonctions essentielles : l'administration du royaume, la collecte des taxes et l'application de la justice du roi (Strayer, 1970).

Les clercs, desquels s'entourait le roi pour prendre des décisions plus avisées, s'opposaient ainsi à la vieille noblesse d'épée, qui voyait son influence politique déclinée au profit de la nouvelle bureaucratie (Strayer, 1970). On trouve alors « d'un côté l'inné, de l'autre l'acquis ; d'un côté le sang, de l'autre le mérite et surtout le droit. » (Bourdieu, 2012 : 422) En promouvant l'État et le droit, les clercs juristes accroissent par le fait même l'influence politique du droit et leur propre pouvoir (Bourdieu, 2012 : 422 ; Nemo, 2004 : 48).

En proposant d'utiliser les voies du droit comme moyen chrétien¹²⁰ de régler et de pacifier les différends, les canonistes fournirent en outre le modèle à ce qui deviendra

¹²⁰ Comparé aux aléas, à l'arbitraire et à la violence des méthodes germaniques de règlement des conflits sociaux : jugements par les armes, ordalies, prix du sang, vendetta (Berman, 1980 : 426).

l'État de droit (Nemo, 2004 : 48). Du pouvoir ecclésiastique aux pouvoirs séculiers, il y eut alors de constants échanges (et conflits) d'idées, de pratiques et de personnes (Tierney, 1966 : 8). Les princes européens, désireux d'unifier leur territoire, influencés par la « révolution papale », et cherchant aussi à limiter le pouvoir de l'Église et à légitimer le leur, se lancèrent dans un travail de centralisation administratif, législatif, réglementaire, judiciaire et fiscal (Nemo, 2004 : 49). « On peut donc dire que l'Église a fourni le modèle initial, non seulement à travers le droit romain et le droit canon, mais aussi à travers des structures organisationnelles. » (Bourdieu, 2012 : 527) Les clercs juristes ont transformé le droit privé romain en principes de droit abstraits¹²¹, ce qui ouvrait la voie vers une conception publique du pouvoir (Kantorowicz, 1995 : 14-16).

À partir du XII^e siècle, la renaissance juridique en Europe occidentale nourrira l'idée et la pratique d'un gouvernement centralisé, fort et législateur, par opposition à un roi qui ne serait que gardien des diverses lois et coutumes (Tierney, 1966 : 4). Là où existaient de multiples pouvoirs produisant des normes locales s'imposa peu à peu un État normativement unificateur. « Au lieu d'îlots de pouvoir politique, presque isolés les uns des autres, il y avait un bloc de territoire solide dans lequel un souverain avait l'autorité finale. » (Strayer, 1970 : 31, traduction libre) Ce pouvoir fort et centralisé trouvait, cependant, sa double limite dans la loi et dans son caractère représentatif du bien de la communauté. C'est-à-dire que « l'État était fondé sur la loi et existait pour faire respecter la loi », donc « le dirigeant était lié moralement (et souvent politiquement) par la loi. » (Strayer, 1970 : 23-24, traduction libre)

Il y a donc eu influence des juristes ecclésiastiques et une « demande de droit » de la part de monarques européens, qui cherchaient à centraliser le pouvoir sur leur territoire. Ce qui fait dire à Foucault que « [c]'est à la demande du pouvoir royal, c'est également à son profit, c'est pour lui servir d'instrument ou de justification que s'est élaboré l'édifice juridique de nos sociétés. » (Foucault, 1997 : 23) Comme l'écrit Strayer, la

¹²¹ Par exemple : on ne peut être juge et partie.

justice « était une façon d'affirmer l'autorité et d'augmenter le pouvoir du roi ou des grands seigneurs. Par conséquent, les dirigeants les plus aptes ont tenté d'augmenter le nombre d'affaires portées devant leurs tribunaux. » (Strayer, 1970 : 29, traduction libre) Ce faisant, leur justice, leurs normes prévalaient sur un territoire.

Des règles et des principes juridiques issus du droit romain – comme *ce qui concerne tout le monde doit être discuté et approuvé par tous* – passèrent du champ religieux au champ étatique, participant à sa construction symbolique (Bourdieu, 2012 : 521). Les clercs juristes ont ainsi contribué à la création d'une fiction juridique publique, l'État, qui dépasse la somme de ses parties, transcende les intérêts personnels du roi et peut seule produire les normes sur un territoire (Bourdieu, 2012 : 526). Au-delà du fait que les clercs donnaient un langage, une logique juridico-administrative et une légitimité au pouvoir royal, quelque chose de plus fondamental se mettait aussi en place : la constitution d'un métachamp étatique, d'un monopole du pouvoir symbolique.

Le travail de rationalisation juridique des clercs a aussi modifié le pouvoir séculier. En effet, entre le début et la moitié du XII^e siècle, la vision du pouvoir royal est passée d'une conception sainte et liturgique, s'appuyant sur la coutume germanique et un catholicisme plus primitif, à une conception sacrée et juridique, sous l'influence du droit romain (Kantorowicz, 1995 : 16-17). De plus, la formule héritée du droit romain, « l'empereur ne connaît pas de supérieur », a servi comme arme idéologique de l'empire face à la papauté lors de la querelle des investitures des évêques (Kantorowicz, 1995 : 20). Cette formule a aussi été utilisée par les rois pour créer une formule originale, « un roi qui ne reconnaît aucun supérieur est empereur en son royaume », de manière à s'émanciper de l'Empire et de Rome (Kantorowicz, 1995 : 20).

Le capital symbolique, fourni par les clercs, est l'arme supplémentaire que possédait le roi dans la lutte pour le monopole du pouvoir au sein du champ féodal. Ainsi, le roi « cumule la souveraineté – dans la logique du droit romain, celle que les canonistes lui accordent – et la suzeraineté [– dans la logique féodale qui commande la soumission de ses vassaux]. » (Bourdieu, 2012 : 398) Parmi tous les seigneurs, « le roi est donc un

chef féodal qui a cette propriété particulière de pouvoir, avec des chances raisonnables de succès, voir sa prétention d'être roi socialement reconnue. » (Bourdieu, 2012 : 398)

Ces logiques souveraineté/suzeraineté et publique/privée étaient cependant paradoxales : au nom d'un discours à prétention universelle sur un territoire donné, les clercs justifiaient l'appropriation privée par le roi des terres de la noblesse. En effet, puisque « le roi exproprie les pouvoirs privés au nom d'un pouvoir privé [le sien] », il y a « nécessité d'universaliser ce cas particulier. » (Bourdieu, 2012 : 410) Donc, « [l]'une des fonctions des légistes, des juristes, qui agiront en idéologues du roi, sera d'universaliser ce cas particulier et de dire : “Ce cas particulier, ce privé n'est pas un privé comme les autres, ce privé est public”. » (Bourdieu, 2012 : 410) Conséquemment, la logique par laquelle le roi a eu partie liée avec la constitution d'un champ juridique et d'un champ bureaucratique pour construire, légitimer et accroître son pouvoir sur un territoire, est aussi la logique qui, à terme, devait le dépasser. Le droit contribuait à faire du pouvoir privé une puissance publique au-delà de la personne physique du roi.

La théorie juridique a fait symboliquement l'État, mais du moment où l'État était conçu comme distinct de la personne du roi, comme le pôle public qui devait servir le bien commun et administrer la justice, la logique patrimoniale et personnelle ne pouvait que perdre peu à peu du terrain. De plus, en élevant au cœur du métachamp étatique un autre titre à gouverner, basé sur le mérite et la compétence juridique (le capital culturel), le pouvoir royal contraignait de la sorte le pouvoir des nobles de sang et intégrait une contradiction fatale au sein de l'État. En effet, la monarchie se transmettait par la généalogie et le roi était le détenteur d'un patrimoine privé, mais la Couronne s'imposait face à ses concurrents grâce à des clercs nommés au mérite, et elle était dépeinte comme un pouvoir public et inaliénable qui défendait le bien commun (Bourdieu, 2012 : 411). Les juristes participaient au travail de monopolisation royal (du pouvoir symbolique, de la loi, du territoire, des impôts, des armes), mais ce faisant, ils donnaient une dimension publique au patrimoine royal, contribuant à « l'évolution d'un État dynastique vers un État [...] plus “dépersonnalisé”. » (Bourdieu, 2012 : 392)

On voit alors les profits que les juristes ont tirés de leur participation au travail de domination : « les robins, les juristes, sont des gens qui ont partie liée avec l'État et qui, pour faire triompher leurs intérêts, doivent faire triompher l'État : ils ont intérêt au public et à l'universel. » (Bourdieu, 2012 : 538) Ils aidaient le roi dans son entreprise de concentration du pouvoir, mais promouvaient *de facto* leur propre pouvoir au sein du champ étatique qu'ils contribuaient à faire exister socialement : « les juristes sont donc tout à fait intéressés à la fois à légitimer et à se légitimer, et à s'autonomiser à la faveur du pouvoir de légitimation qu'ils ont. » (Bourdieu, 2012 : 391) Dans le cas, par exemple, du Parlement de Paris, ce pouvoir qu'ils ont acquis leur permettra « de faire des remontrances au roi » (Bourdieu, 2012 : 391) quand celui-ci agit de manière contraire aux coutumes du royaume. Par la logique des contradictions évoquées plus haut (privé/public, naissance/compétence), il y a donc eu peu à peu une lutte qui se dessinait au sein du champ étatique entre un roi, qui prétendait détenir seul le pouvoir législatif, et un Parlement, qui refusait d'être cantonné à un rôle judiciaire. Les deux champs, juridique et politique (royal), proposaient alors chacun un récit symbolique et historique justifiant leurs prétentions. Dans le champ juridique, les juristes royaux et les juristes parlementaires proposaient chacun leur vision du monde social légitimant la position du roi ou du Parlement. Il est donc possible alors de « rattacher les prises de position sur le problème constitutionnel aux positions dans l'espace juridique et dans l'espace social », car « les juristes qui tiennent un discours absolutiste sont presque toujours liés au pouvoir royal, au pouvoir central. » (Bourdieu, 2012 : 517) Il n'y a cependant pas ici d'intentionnalité machiavélique, ou purement instrumentale, de la part des agents en lutte au sein du champ du pouvoir. En effet, leurs prises de position sont liées à leurs positions sociales ; mais plus encore, elles sont alimentées par le caractère relationnel de la confrontation même.

En somme, il faut que les agents sociaux, au premier chef les juristes, croient eux-mêmes au jeu social dans lequel ils sont impliqués pour qu'ils puissent produire des effets de croyance envers l'État. « C'est le sens de *l'illusio* : ils ne font croire que parce

qu'ils y croient. » (Bourdieu, 1991 : 98) Et, croyant eux-mêmes au jeu social auquel ils participent, ils se trouvent alors à être liés par les normes qu'ils ont contribué à produire, qui justifiaient l'absolutisme royal tout en limitant le pouvoir du roi. On peut penser au principe issu du droit romain voulant qu'« il se trouve rarement un prince qui soit un juriste. » (Kantorowicz, 1995 : 11) Ce principe renvoie à l'indépendance judiciaire : « le roi qui n'est plus censé retirer à ses tribunaux la connaissance de certains procès pour en juger par lui-même [...]. » (Kantorowicz, 1995 : 11) La production juridique des clercs a donc contribué à créer le métachamp de l'État et à développer une *doxa* du pouvoir, liant les gouvernants et les gouvernés.

L'histoire du rôle du droit dans la genèse de l'État, c'est-à-dire dans la constitution du métarécit symbolique étatique, se poursuit à l'époque libérale moderne. À l'ère du libéralisme économique et politique, on a pu observer le développement d'une conception juridique sanctifiée de l'individu-propriétaire, sous l'influence conjuguée notamment de l'économie capitaliste naissante et du protestantisme. Les agents de la nouvelle économie et ceux de la Réforme réclamaient les libertés de marché et de conscience, face à une monarchie de droit divin, comme en Angleterre sous la dynastie Stuart, qui aspirait à imposer la religion catholique à tout le royaume, qui bafouait les droits parlementaires et dont le système économique était basé sur les contrôles tatillons, les monopoles royaux, les tarifs multiples et les privilèges de la noblesse.

La théorie du droit naturel, ou droit de propriété, de John Locke, lie d'ailleurs ces deux libertés, qui seraient inséparables. En effet, chez ce fils d'avocat puritain, l'être humain est doté, par nature, « de conscience et de volonté, d'une capacité de décision, d'une puissance d'action qu'aucun pouvoir extérieur ne peut entraver ni contraindre. » (Audard, 2009 : 56) La conscience de soi, inviolable, est ainsi liée à la propriété de soi – au gouvernement de soi, à la souveraineté de soi –, tout comme l'esprit est lié au corps : « chaque homme [...] est propriétaire de sa personne. » (Locke, 1994 : 212) Selon Locke, si l'individu conscient est propriétaire de son esprit et de son corps, il l'est aussi, par extension, de tout ce qu'il produit grâce à son labeur : « Le travail de

son corps et l'ouvrage de ses mains [...] lui appartiennent en propre. » (Locke, 1994 : 22) La propriété découle ainsi de la conscience de soi et de la souveraineté de soi. La propriété lockéenne a un sens très large, car elle inclut les droits à la vie, à la sécurité, à la conscience, à la liberté, aux biens et, s'ils sont bafoués, à la résistance. « Locke est [...] en mesure de justifier le droit de propriété comme dérivant du droit de propriété de soi et du droit de résistance, au nom de la conscience qui est le fidèle écho de la loi de nature et est indépendante des formes changeantes et contingentes du pouvoir politique comme des lois. » (Audard, 2009 : 57) Selon la théorie lockéenne du contrat social, seul l'assentiment volontaire des individus souverains permet de fonder, puis de préserver et légitimer un régime politique. Le consentement des individus-propriétaires et la préservation de leurs droits naturels sont donc centraux à tout l'édifice juridique et politique lockéen. La violation de ces droits entraîne le bris du contrat social et la fin du devoir d'obéissance, instaurant un droit de résistance de la part du peuple et dissolvant le gouvernement. Ce qui signifie que sans le consentement direct ou indirect – à travers leurs représentants – des personnes, le gouvernement ne peut imposer des normes ou taxer les biens, sinon il usurpe un pouvoir qui n'est pas le sien et il délie le peuple de tout devoir de loyauté. Puisque « la raison pour laquelle les hommes entrent en société, c'est la préservation de leur propriété », ils ne doivent plus obéissance à un gouvernement despotique, car en violant les droits naturels, il est considéré comme étant dissous (Locke, 1994 : 94-104 et 159-160). Enfin, pour Locke, les individus ne soumettent pas leur conscience et leur souveraineté à un pouvoir despotique, comme celui des monarques de la maison Stuart. Les individus consentent plutôt au gouvernement représentatif et légal, dont les lois doivent être dûment adoptées, stables et publiques, dont l'action doit être conforme au droit naturel et dont les tribunaux doivent être impartiaux. « Voilà pourquoi il sépare le pouvoir législatif, relevant du parlement, du pouvoir exécutif, qui est celui du roi, et subordonne le second au premier. » (Piotte, 1997 : 217) Le parlement, « que le public a choisi et désigné », a donc un caractère « sacré et inaltérable » et aucune législation n'a force de loi sans son consentement (Locke, 1994 : 96). La souveraineté parlementaire, qui découle de

l'assentiment des souverainetés individuelles, est donc le vecteur de protection de la propriété lockéenne, dont la principale menace provient d'un gouvernement tyrannique. D'où la préférence historique des politiciens et théoriciens libéraux pour un gouvernement limité et pour la primauté des droits individuels.

La pensée lockéenne s'inscrit bien dans le contexte des luttes militaires, politiques et religieuses au sein du métachamp étatique anglais, où s'affrontaient, d'un côté, la Couronne et la noblesse catholique, et de l'autre, le Parlement et la bourgeoisie protestante. Locke était l'un des principaux théoriciens du camp parlementaire et fut notamment l'opposant du théoricien de la monarchie absolue de droit divin, Robert Filmer, et c'est surtout aux idées de ce dernier que *Le second traité du gouvernement* répondait (Tully, 1980 : 53). La pensée lockéenne connut une diffusion et une influence dépassant de loin le contexte anglais. Elle a notamment « fécondé les combats de la Révolution française [et] de la Guerre d'indépendance américaine¹²² [...] » et « [e]lle inspire encore la tradition constitutionnaliste contemporaine. » (Audard, 2009 : 58)

Le Parlement anglais, créé par des monarques cherchant à lever, sans heurt et légitimement, des impôts pour financer leurs activités, comme la guerre, est devenu une institution politique puissante au sein du métachamp étatique. C'est sur cette institution que s'appuya le peuple – soit ceux qui n'appartenaient ni au clergé catholique ni à la noblesse –, pour renverser l'Ancien Régime. Le principe de la souveraineté ou suprématie parlementaire a d'abord connu son expression la plus forte en Grande-Bretagne, alors qu'à la suite de la Glorieuse Révolution, les prérogatives de la Couronne sont passées peu à peu sous le contrôle d'un gouvernement responsable devant le Parlement, qui est le garant des libertés civiles. L'un des théoriciens les plus éminents de ce principe, le juriste Albert Venn Dicey, a eu une influence manifeste sur la culture juridique et politique canadienne. Ce qu'on observe à travers les travaux d'un de ses élèves, le juriste canadien Augustus Henry Frazer Lefroy, qui « fut le plus grand

¹²² L'un des principaux griefs des révolutionnaires américains était que les treize colonies étaient taxées, sans disposer de représentants au Parlement de Westminster pour y consentir (Tuckness, 2003).

spécialiste de la Common Law au Canada à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle. »
(Risk, 1998) Dicey a cristallisé l'expression de la suprématie parlementaire en 1885 :

Le principe de la souveraineté parlementaire ne signifie ni plus ni moins que le Parlement, en vertu de la Constitution anglaise, a le droit de faire ou de défaire toute loi, quelle qu'elle soit ; et, en outre, qu'aucune personne ou instance n'est reconnu par la loi anglaise comme ayant le droit d'outrepasser ou d'ignorer la législation du Parlement. (Dicey, 1915 : 3-4, traduction libre)

Il s'ensuit que l'autorité et la centralité de ce Parlement, prenant appui sur le consentement du peuple, sont incontestables, et que sa législation est suprême (Dicey, 1915 : 107-108). Ce qui veut dire que le régime parlementaire anglais est un État de droit, qui assure de la sorte la protection des libertés fondamentales, notamment grâce aux décisions des tribunaux, qui font évoluer la Common Law. L'État de droit anglais, selon Dicey, signifierait que la loi serait la même pour tous, qu'elle s'appliquerait de manière uniforme dans le royaume et que l'on ne puisse être puni que si l'on a enfreint une règle de droit et à la suite d'un procès équitable (Dicey, 1915 : 114-115).

Les droits naturels des individus seraient, de la sorte, protégés en Angleterre grâce à la souveraineté parlementaire et à la suprématie du droit législatif et jurisprudentiel. Tandis que dans d'autres États, comme les États-Unis et le Canada post-1982, ils sont garantis par la suprématie constitutionnelle, ou constitutionnalisme, et le contrôle judiciaire. Au-delà de ces divergences, ces droits sont issus des révolutions libérales et ont en commun le fait d'appartenir à un individu libre, égal en droit, souverain de soi, propriétaire de ses biens, pouvant se réunir publiquement ou s'associer avec ses semblables, faire entendre sa parole politique et appartenir au culte de son choix.

La modernité politique est ainsi née avec les idées des « droits naturels de l'homme », du contrat social ainsi que du gouvernement représentatif et limité. La légitimité de l'État devait, selon cette perspective, dépendre de sa capacité à assurer la paix et la sécurité des individus, mais aussi à garantir le respect de leurs libertés fondamentales (propriété, conscience, vote, etc.) (Mourgeon, 1978). D'ailleurs, les trois révolutions libérales (anglaise, américaine puis française) qui ouvrirent cette ère sont influencées par l'École du droit naturel, représentée notamment par Hugo Grotius et John Locke.

Dans chaque cas, elles ont été liées à l'adoption d'une charte des droits. En effet, les trois moments de refondation s'inscrivent dans un contexte où, dès le XVII^e siècle, « la théorie des Droits naturels de l'homme a cessé d'être une doctrine logique abstraite pour devenir l'un des courants majeurs de l'action politique. » (Cassirer, 1993 : 230)

La *Déclaration d'indépendance* des États-Unis du 4 juillet 1776, rédigée par le juriste et l'homme d'État Thomas Jefferson, est l'exemple paroxystique de l'application pratique des théories de l'École du droit naturel¹²³. En France, durant l'ère révolutionnaire, l'Assemblée constituante adopta la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, qui s'inscrit dans la même logique. Promulguée pour la première fois le 26 août 1789, la *Déclaration* a été approfondie le 24 juin 1793 :

Article 1. Le but de la société est le bonheur commun. Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles.

Article 2. Ces droits sont l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété.

Article 3. Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi.

Article 8. La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés.

Article 16. Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie.

En 1844, Karl Marx publia à Paris *Sur la question juive*, où il concluait, à la lumière du constitutionnalisme français de la Première République, que le discours libéral des « droits de l'homme » dissociait émancipation dans l'État (l'espace public) et émancipation dans la société civile (le marché). L'individu public (le citoyen) pouvait être politiquement libre, mais l'individu privé (le travailleur) était économiquement enchaîné. L'accumulation capitaliste et le pouvoir social de la bourgeoisie, dans la société civile, n'étaient pas ainsi menacés par la liberté juridique, conférée par les « droits de l'homme », dans l'espace politique. Marx percevait que « l'application

¹²³ « Nous tenons ces vérités pour évidentes, que tous les hommes sont créés égaux, qu'ils sont dotés par leur Créateur de certains droits inaliénables, que parmi ceux-ci se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur, que pour garantir ces droits, des gouvernements sont institués parmi les hommes, tirant leurs justes pouvoirs du consentement du gouverné, que chaque fois qu'une forme de gouvernement devient destructrice de ces fins, le peuple a le droit de la modifier ou de l'abolir, et d'instituer un nouveau gouvernement [...]. » (Encyclopaedia Britannica, 2019, traduction libre)

pratique du droit de l'homme à la liberté est le droit de l'homme à la *propriété privée*. » (Marx, 2006 : 56) En protégeant l'individu et ses biens de la collectivité, l'on garantissait son « droit à l'égoïsme. » (Marx, 2006 : 56) La vie politique ne devient alors « qu'un simple moyen » au service « des droits de l'homme individuel », soit « l'homme comme *bourgeois* [...]. » (Marx, 2006 : 58 et 59) Bref, si l'émancipation politique (le constitutionnalisme libéral) constitue un progrès, elle s'avère insuffisante et ne doit pas être confondue avec l'émancipation humaine, plus profonde, qui implique *à la fois* la fin de la domination politique (la liberté et l'égalité dans l'État) et de l'exploitation économique (la liberté et l'égalité dans la société civile).

Les théories du droit naturel mettent ainsi l'accent sur l'individu et ses droits inaliénables, notamment son droit à la propriété privée. Elles se sont développées dans le contexte de la Réforme protestante et du développement des rapports sociaux capitalistes (Cassirer, 1993 ; Weber, 2004). Le droit remplit alors la fonction d'assurer la prévisibilité et la stabilité des règles encadrant la vie sociale, la compétition politique et le fonctionnement des marchés. À ce sujet, selon James Tully, « [l]es institutions et les traditions [nord-américaines] dérivent de la démocratie constitutionnelle européenne d'après la Réforme, celle de la tolérance, de la suprématie de la loi, du gouvernement représentatif, des marchés et des droits individuels. » (Tully, 1999b : 80) Le capitalisme s'est ainsi allié avec l'universalisme – qui postule l'égalité de toutes les personnes et leurs chances égales de se faire valoir –, réduisant toutes les entraves culturelles et institutionnelles au libre mouvement du capital (Wallerstein, 1997 : 45-49)

Le pouvoir traditionnel et hiérocratique (de droit divin), qui agit sur une communauté de sujets intrinsèquement inégaux, cède peu à peu le terrain à une nouvelle légitimité rationnelle fondée, elle, sur le droit et la protection des libertés fondamentales, dans une société composée d'individus formellement égaux. Selon Marcel Gauchet, avec « la révolution moderne du droit », « [c]e qui fait le légitime, ce sont les droits détenus

primitivement par les individus, de telle sorte que toute autorité légitime et toute règle collective doivent procéder de l'accord de ces individus. » (Gauchet, 2008 : 64)

Malgré ce changement de paradigme, il ne s'agit pas ici de rupture complète. Les révolutions modernes s'inscrivent bien dans la continuité du texte fondateur de l'ordre juridique anglo-saxon, la *Magna Carta* (1215), qui engageait notamment le monarque à respecter l'*habeas corpus* de ses sujets et à demander le consentement des barons pour la perception des taxes. Le roi devait aussi être fontaine de justice pour ses sujets : édicter la loi, appliquer le droit et assurer la paix.

Joseph Strayer a d'ailleurs précisé qu'au Moyen Âge, la construction de l'État n'aurait pu se faire entièrement contre la noblesse, la bourgeoisie et le clergé ainsi que leurs propriétés ; le roi devait même les rassembler pour obtenir leur assentiment, notamment sur les impôts à lever. « Ainsi, tous les gouvernements devaient trouver un moyen pour avoir le consentement des classes politiquement actives et propriétaires. » (Strayer, 1970 : 66, traduction libre) Dès son origine, le droit et l'État ont été liés à une forme de protection de la propriété privée et à la recherche de consentement.

En outre, dès le XII^e siècle, on observe une diffusion de la pratique parlementaire en Europe, depuis le Royaume de Léon, où le roi Alfonso a commencé à réunir les grands du royaume – les nobles, le haut clergé, les bourgeois des villes – pour les consulter sur la levée des taxes, dans un contexte financier précaire et face à de multiples menaces d'invasions des Maures (Seijas Villadangos, 2016). « Plutôt qu'un affaiblissement du pouvoir royal », la formalisation des assemblées, par le décret de 1188, en a fait « un instrument compatible avec un plan d'intégration politique, une stratégie pour renforcer le pouvoir monarchique. » (Seijas Villadangos, 2016 : 10, traduction libre) Le parlementarisme, qui fut émulé par d'autres rois qui y voyaient leur intérêt, contribua à limiter et à encadrer le pouvoir monarchique, tout en donnant une légitimité renouvelée à ses actions et en réduisant les chances de révolte. « Les assemblées satisfaisaient la volonté des sujets d'être consultés ; elles ont aussi permis aux dirigeants d'atteindre plus facilement leurs objectifs. » (Strayer, 1970 : 66, traduction

libre) Bourdieu écrivait que d'encadrer leur liberté d'action accroît et limite tout à la fois le pouvoir des dirigeants au contrôle des institutions étatiques.

La logique est la même avec le constitutionnalisme moderne, où l'on a vu des États, comme le Canada, se doter d'une charte constitutionnelle des droits – lesquelles ont certes limité le pouvoir de leur gouvernement et garanti un ensemble de droits aux individus et aux minorités – mais qui ont, par le fait même, magnifié le pouvoir symbolique de l'État central et d'autant plus sacralisé le principe des droits de l'individu-propriétaire. Ran Hirschl (2004) y vit une stratégie de « préservation hégémonique » de la part des élites économiques, juridiques et politiques, qui cherchent à mettre des normes et des pratiques libérales individualistes hors de portée de la politique démocratique. Bref, « les acteurs politiques se contraignent eux-mêmes, restreignant leur liberté dans le but de réaliser un objectif supérieur. » (Pierson, 2004 : 144-145, traduction libre) On voit ici une illustration du double visage « domination » et « émancipation/intégration » du pouvoir étatique, tel qu'analysé par Bourdieu.

La judiciarisation du politique est bien un phénomène intimement lié à l'apparition de l'État moderne, au progrès de l'État de droit et au développement des rapports sociaux capitalistes. Toutefois, ce n'est qu'au XX^e siècle, avec les droits constitutionnalisés et le contrôle judiciaire, que les processus légaux-rationnels s'imposèrent comme instrument de légitimation par excellence. En outre, l'ère du constitutionnalisme moderne vit l'accélération, l'intensification et la massification de la judiciarisation du politique et de la politisation du judiciaire. Le champ juridique, d'appendice du pouvoir, devint alors un des champs prépondérants de l'État, contribuant à promouvoir et à pérenniser un ensemble de normes et de valeurs – davantage libérales individualistes – qui sont constitutives et légitiment tout à la fois l'ordre sociopolitique.

Après la suprématie parlementaire, suivie de la suprématie gouvernementale, la suprématie constitutionnelle est d'ailleurs la troisième grande révolution institutionnelle devant garantir les droits naturels. En effet, la suprématie gouvernementale succéda peu à peu à celle du parlementarisme à partir de la fin du

XIX^e siècle, dans le contexte de l'extension graduelle du suffrage populaire et le développement de partis politiques formels et dotés d'une ligne de parti immuable, qui orienta le choix de l'électorat et disciplina les élus (*cf.* Macpherson, 1971 ; Manin, 1996). Puis, la suprématie gouvernementale s'imposa à la faveur des deux guerres mondiales, qui ont vu croître massivement l'intervention de l'État et le gouvernement par décrets (*cf.* Agamben, 2003). La domination du gouvernement sur le parlement, par le contrôle du parti majoritaire, était bien établie. Cette domination a connu une nouvelle transformation institutionnelle durant les Trente Glorieuses, notamment au Canada, alors qu'une population plus éduquée, informée et mobilisée, était animée de valeurs postmatérialistes, comme l'autonomie individuelle et la défiance face aux autorités politiques (Nevitte, 2002). Cette population plus revendicatrice et contestatrice fit pression sur les gouvernements pour de meilleures politiques sociales, pour des institutions plus démocratiques et pour une protection accrue des libertés civiles. En Occident, plusieurs dirigeants et théoriciens proches du pouvoir s'inquiétèrent de ces changements qui dénoteraient une « crise de la démocratie », en ce sens que les pressions de la *société* démocratique rendaient ingouvernables l'*État* démocratique (Rancière, 2005). Les années 1970 virent la fin du consensus keynésien, les débuts d'une longue dépression économique, la montée du néolibéralisme et la mise en place d'une crise de légitimité profonde pour des gouvernements, qui peinaient à satisfaire à la fois aux demandes des mouvements contestataires et des milieux économiques. Le droit et l'économie prennent alors le haut du pavé, à mesure que les fonctions politiques du gouvernement s'entremêlent dans ses contradictions et que l'État libéral peine à se légitimer, tout en gardant le cap sur la protection des libertés individuelles et la libéralisation des marchés. Le pouvoir exécutif ne s'efface pas, mais se dé-démocratise, se judiciarise et oriente son intervention autour des libertés individuelles (*cf.* Rosanvallon, 2006). Selon Gauchet, « les rapports entre politique et droit [...] se modifient un peu partout parallèlement aux craquements de l'ancien "État industriel". Les droits de l'homme sont le centre de gravité idéologique de ce

remaniement général. » (Gauchet, 2000 : 261) Ce contexte était particulièrement favorable au constitutionnalisme moderne.

Dans la lutte au sein du métachamp de l'État, du XVII^e au XIX^e siècle, le champ économique se hisse à côté des champs administratifs, juridiques et politiques, alors que le champ religieux décline avec la sécularisation des sociétés occidentales. Tandis qu'au XX^e siècle, les territoires furent davantage intégrés normativement avec le déploiement et l'omniprésence de l'État libéral, la rationalisation de la pratique du droit ainsi que la multiplication des organes judiciaires ou quasi judiciaires, nationaux ou internationaux, devant traiter les différends commerciaux ou les conflits sociopolitiques. Le droit, comme moyen de réguler l'ensemble des rapports socioéconomiques et politiques, grandit alors en importance. Gauchet ira jusqu'à affirmer que « [c]e qui se voit dans notre monde, c'est une chose et une seule qui a montée en puissance au point de paraître occuper toute la place », c'est-à-dire le droit (Gauchet, 2008 : 69). Par droit, il « ne parle pas ici du droit positif des juristes, mais du droit *fondamental*, celui qui définit non pas simplement le légal, mais le légitime : le fondement du droit, le principe de légitimité. » (Gauchet, 2008 : 64) Selon ce dernier, la nouvelle « démocratie des Droits de l'homme » serait caractérisée par « deux universalismes [...] jumeaux », c'est-à-dire « l'universalisme des droits personnels » et « l'universalisme opérationnel des marchés financiers », dont les logiques s'opposent et se conjuguent en même temps (Gauchet, 2008: 70). À cet égard, l'ère de la Charte canadienne « coïncide avec l'arrivée, sur la scène canadienne, d'une vague néolibérale qui traverse les démocraties occidentales [...]. » (Lajoie, 2006 : 193)

Dans le cas canadien, cette lutte a opposé, dès les années 1930, le champ politique – défendant les principes de la souveraineté parlementaire et du fédéralisme – et la nouvelle génération des juristes réformateurs au sein du champ juridique – voulant mettre les libertés individuelles hors de portée du politique et assurer la suprématie constitutionnelle. La présente esquisse de l'histoire juridique de l'État permet de mettre en contexte la genèse et l'évolution de l'État canadien, dont le métarécit est passé peu

à peu de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle dans la période de l'après-guerre, jusqu'à se concrétiser dans des pratiques à partir de 1960. La prépondérance du champ juridique au sein du champ étatique s'observe par la récupération au sein du champ politique et la diffusion dans l'État du langage et des valeurs portées par la *révolution des droits* de 1982.

Les acteurs qui ont avancé l'idée d'une charte constitutionnelle des droits – comme Frank R. Scott dès les années 1930 –, l'ont fait chaque fois en réponse à ce qu'ils percevaient comme étant des violations massives des libertés civiles par les autorités publiques. De multiples façons, les juristes réformateurs et les organisations au sein du mouvement nationaliste constitutionnel ont lutté contre l'élite au pouvoir pour faire progresser l'idée des droits constitutionnalisés au Canada. Leurs écrits et leurs actions témoignent de leur engagement envers la protection des libertés individuelles face aux actions arbitraires et répressives de l'État. À la lecture des discours de certains des principaux intellectuels qui ont promu les libertés civiles au Canada à partir des années 1930, comme Scott (1975, 1977 et 1979), Lower (1937, 1946a, 1946b et 1975), Laskin (1947, 1951, 1954-1955, 1959 et 1962) et Trudeau (1964, 1967, 1968, 1969 et 1970), on observe une volonté affichée de construire une nation canadienne plus juste, où les citoyens sont protégés des abus de l'État par l'octroi d'une liste de libertés et droits individuels. L'universel des « droits de l'homme », qu'ils voulaient concrétiser, les a cependant avantagés en leur donnant accès à davantage de pouvoir institutionnel et symbolique, tout en limitant l'horizon des possibles pour les demandes d'une égalité socioéconomique plus grande. Enfin, leur projet nationaliste constitutionnel s'inscrivait essentiellement dans la logique des droits naturels de l'individu-propriétaire, en excluant les protections des droits collectifs et socioéconomiques.

Selon Bourdieu (1986, 2012), en continuateur de Weber, les procédés et discours « rationnels légaux » sont les mieux à même, dans la modernité avancée, de fournir une caution de légitimité à un ordre sociopolitique inégalitaire. Cette domination ne découle pas d'une volonté instrumentale d'assujettir une population par désir

d'acquérir du pouvoir comme fin en soi. En effet, pour faire adhérer les autres à la logique du jeu qui nous donne la première place, il faut soi-même y croire et se comporter en conséquence. Bourdieu voit ici à l'œuvre ce qu'il nomme un « *double blind* », que l'on pourrait traduire par un processus de dissonance cognitive. Ainsi, l'agent croit et doit faire croire à des valeurs et à des normes qui ne dominent pas, ou pas complètement, la logique de ses actions. Toutefois, pour faire adhérer à la logique du jeu, il faut aussi que le jeu ait des bénéfices tangibles pour les agents ; que les gains ne soient pas que des compensations discursives. Plutôt que l'intention ou le complot derrière le fait sociopolitique de la domination, Bourdieu (1992 : 73, 92 ; 2003 : 146-147) évoque donc l'*illusio*, le fait d'être pris au jeu social, de croire en sa légitimité et en sa pertinence, de penser que « cela va de soi », que les règles sont justes et que le jeu produit des avantages, ne serait-ce que le maintien de la paix et de l'ordre. Bref, il est difficile, voire impossible, de séparer les fonctions étatiques de domination et celles de bien-être ; d'opposer l'intérêt au désintérêt (Bourdieu, 2012).

Les programmes sociaux et les droits constitutionnalisés attachent donc psychiquement et rationnellement les agents à l'État, leur donnent accès à des biens publics (éducation, santé, etc.), atténuent la perception de l'injustice d'un ordre toujours inégalitaire et rendent dès lors sa contestation plus ardue. Ce qui veut dire que la hiérarchie sociopolitique, la domination de l'élite politique et de la nation majoritaire, peut se maintenir sans trop de heurts. Est-ce à dire que les agents qui ont pensé et orchestré intentionnellement ces changements sur plusieurs générations au Canada ont agi de manière téléologique, pour atteindre ces résultats précis qu'ils entrevoyaient de manière limpide et rationnelle ? Un tel degré d'omniscience et de préscience de la part d'acteurs sociaux est improbable. D'autant plus que les acteurs d'une époque donnée n'ont pas les outils cognitifs pour comprendre les phénomènes politiques d'une autre ère, qui nécessiterait l'élaboration d'un nouveau langage théorique, de nouvelles idées. La sociologie bourdieusienne fournit à cet égard une réponse qui apparaît plus réaliste et plus nuancée pour comprendre les transformations de l'État canadien à travers les

mutations du champ juridique, notamment le changement de garde et de discours au sommet qui ont, incidemment, transformés les pratiques sociales et les valeurs dominantes. Une réponse qui ne nie pas le rôle des agents et des institutions, mais qui inscrit leurs actions dans le cadre relationnel, dynamique et conflictuel des champs sociaux, qui révèlent ainsi que la liberté de l'agent en est une « sous contrainte structurelle », mais aussi que le produit de l'action sociale est contingent.

Vue sous cette perspective, la genèse de l'État canadien contemporain ne découle pas tant de la volonté d'un Grand Législateur (Trudeau), ou d'une stratégie dominatrice des classes possédantes. En effet, la genèse et l'évolution de l'État canadien sont plutôt issues de luttes sociales complexes et multiformes, qui se sont déroulées dans le métachamp étatique entre des agents (comme des ministres, des députés, des sénateurs, des juges, des juristes, etc.), des institutions (comme le Gouvernement du Canada, le Parlement du Canada, la Cour suprême du Canada, les facultés de droit, des chefs syndicaux, etc.) et des champs sociaux (comme le champ politique, le champ juridique, le champ universitaire, le champ économique, etc.). Cet affrontement s'est déroulé dans le métachamp de l'État et a contribué, par le fait même, à son édification et à sa transformation. La lutte dans l'État a été la cause de sa métamorphose, tandis que de nouveaux acteurs et de nouvelles idées s'imposaient, et de son extension, à mesure que croissait sa capacité coercitive et symbolique d'imposer ses normes sur le territoire canadien, d'unir un ensemble bigarré de peuples et de coutumes.

La contingence de l'histoire résulte de mécanismes à l'œuvre au sein des champs sociaux, où des agents dotés de dispositions particulières (*habitus*) s'affrontent dans un jeu social, dont ils croient aux règles et à sa valeur (*illusio*), parce qu'elles recourent les normes sociopolitiques dominantes (logique ou *nomos*), qui vont de soi (*doxa*).

La théorie bourdieusienne intègre de la sorte les dimensions historiques, conflictuelles, dynamiques et relationnelles de l'espace social, de manière à comprendre des phénomènes sociopolitiques interconnectés, comme la domination, le droit, l'État et le nationalisme.

Pour comprendre les phénomènes sociopolitiques, Bourdieu (1992) propose une démarche analytique tripartite :

1. Analyser, historiquement, la logique ou le *nomos* (les normes et valeurs) d'un champ, mais aussi sa position (dominée ou prépondérante) par rapport au métachamp de l'État ;
2. Établir la relation entre les positions hiérarchiques et les prises de position des agents et des institutions qui sont en concurrence dans un champ social ;
3. Analyser l'*habitus* (les dispositions) des agents.

Dans les prochains chapitres, la théorie bourdieusienne sera appliquée au Canada, pour analyser la genèse, l'évolution et l'extension du champ juridique canadien.

CHAPITRE V

L'ÉVOLUTION DU CHAMP JURIDIQUE VERS LE CENTRE DE L'ÉTAT
CANADIEN

L'ASCENSION DES JURISTES RÉFORMATEURS

La constitution du champ juridique au Canada, en tant qu'espace social doté de ses propres normes et pratiques – donc pourvu d'une forte autonomie relative par rapport aux autres champs sociaux dominants –, s'est réalisée graduellement au début du XX^e siècle. La montée d'un champ juridique autonome et puissant a suivi le développement des facultés universitaires et des revues scientifiques de droit, l'influence de la doctrine constitutionnelle américaine moderne, la création du Barreau canadien (en 1914), la croissance du droit public (avec l'interventionnisme accru de l'État), l'importance grandissante de la question des droits constitutionnels (notamment après la Deuxième Guerre mondiale), la rationalisation de la profession (code d'éthique, études universitaires, etc.) et l'indépendance accrue du pouvoir judiciaire (face au gouvernement central et face au Comité judiciaire du Conseil privé à Londres).

Dans l'après-guerre, à mesure que la formation universitaire en droit devenait obligatoire – comme aux États-Unis – que se développaient des facultés de droit reconnues par les Barreaux provinciaux, que le nombre de professeurs de droit croissait et que le bassin de revues juridiques scientifiques augmentait, un groupe de juristes savants et techniquement plus sophistiqués devenait de plus en plus nombreux. Ces derniers rejoignaient leurs précurseurs – comme William Kennedy, Bora Laskin, Frank Scott, John Willis, Cecil Wright – qui ont œuvré, dès les années 1930, à professionnaliser le corps des juristes ainsi qu'à moderniser l'enseignement et la recherche universitaires en droit. Ces changements créèrent une structure de soutien

approprié, sur laquelle pouvait prendre appui un pouvoir judiciaire plus innovant, sophistiqué et doté de davantage de pouvoir symbolique (*cf.* Cairns, 1971 : 331).

Le succès des juristes réformateurs, comme Laskin et Scott, se fit au prix d'affrontements avec les Barreaux provinciaux, défendant une vision formaliste du droit axée sur la Common Law et non sur le droit public, méfiant du milieu universitaire, voulant garder le contrôle sur leur propre école de droit et cherchant à préserver la tradition de l'apprentissage par la pratique. À la fin des années 1940, un conflit célèbre a opposé les professeurs Laskin, Willis et le doyen Wright aux conseillers du Barreau ontarien, qui refusaient de moderniser l'enseignement à leur école de droit d'Osgoode Hall. À cette école, l'apprentissage du droit se faisait autant par la pratique dans un cabinet qu'en assistant à des conférences prononcées par une poignée de professeurs – dont Laskin, Willis et Wright – et par de nombreux avocats ayant leur pratique privée. Les conseillers ontariens refusaient aussi de reconnaître la formation donnée par la faculté de droit de l'Université de Toronto, du doyen Kennedy. Pour Laskin, Willis et Wright, tous diplômés en droit de l'Université Harvard – le modèle à émuler –, cette position était rétrograde (Girard, 2005 : 66-67). L'Association canadienne des professeurs de droit, lancée entre autres par Frank Scott en 1947, avait justement pour ambition de moderniser l'enseignement et la recherche en droit, et de s'émanciper du Barreau, davantage orienté vers la pratique privée du droit (Girard, 2005 : 185). Laskin participa à la première réunion de l'Association, à l'Université McGill, en 1948, où les seize professeurs présents défendaient le point de vue, minoritaire à l'époque, de l'indépendance des facultés de droit des Barreaux (Girard, 2005 : 185, 187). *A contrario* de leurs homologues américains où, dès les années 1930, les professeurs de droit occupaient un rôle central dans la vie publique, alors qu'au Canada, « les universitaires juristes étaient une petite bande isolée d'idéalistes, jouant un rôle mineur dans le grand théâtre du droit » (Girard, 2005 : 91, traduction libre).

En 1949, Laskin, Willis et Wright optèrent pour le coup d'éclat, en démissionnant en bloc d'Osgoode Hall, pour rejoindre l'Université Toronto, où Wright remplaça bientôt

Kennedy à titre de doyen de la faculté de droit. En 1957, le Barreau ontarien finit par reconnaître la formation en droit offerte par l'Université de Toronto (Girard, 2005 : 177 et 193). Ce changement de cap provenait de la nouvelle relève du Barreau, favorable à la formation universitaire en droit obligatoire, en phase avec le courant modernisateur nord-américain (Girard, 2005 : 192-193).

La grande phase expansionniste des facultés de droit au Canada, des années 1950 aux années 1970, produisit un bassin croissant de juristes de premier plan (Girard, 2005 : 184-185). C'est dans ce groupe que le gouvernement central put sélectionner des juges de tribunaux et d'autres organes administratifs quasi judiciaires, dont le nombre grandissait, pour répondre aux enjeux d'arbitrage et de régulation que posait le développement de la grande entreprise et de l'État administratif, dans un contexte international où les droits de la personne devenaient centraux. Ce groupe, dont une bonne partie fit des études supérieures de droit aux États-Unis, assurait aussi la production d'une doctrine juridique moderne – en phase avec le constitutionnalisme américain, davantage axé sur le droit public et orienté vers les besoins sociétaux –, qui nourrissait en retour la pratique du droit des avocats, des législateurs et des juges. Enfin, de ce groupe émergèrent aussi les défenseurs des libertés civiles, qui militèrent au sein des diverses associations et commissions des droits de la personne, qui se développèrent à compter des années 1930, en réponse notamment à un contexte de répression massive de l'État durant la Grande Dépression (Clément, 2008). Ces derniers, auxquels appartenaient entre autres Frank Scott, Arthur Lower et Pierre Trudeau, firent, à compter de cette époque, la promotion sans relâche de l'idée des droits constitutionnalisés. Ce groupe et leurs idées allaient bouleverser l'ordre constitutionnel canadien de façon marquante en 1982, alors que le principe de la suprématie parlementaire était supplanté par celui de la suprématie constitutionnelle, sous l'impulsion d'un des membres du mouvement nationaliste constitutionnel, le premier ministre Trudeau, et avec la caution de légalité conférée par la Cour suprême, sous le leadership d'un autre membre de ce courant, le juge en chef Laskin. Le

« fédéralisme pluraliste » et les droits provinciaux – déjà affaiblis par le processus d'édification nationale et le développement de l'État-providence canadien, à compter de la Deuxième Guerre mondiale – étaient supplantés par le « fédéralisme moniste » et l'intérêt national d'une nation canadienne unifiée. Le « fédéralisme pluraliste » reconnaît la diversité culturelle, juridique et politique, alors que le « fédéralisme moniste » promeut l'uniformité, l'unité et l'universalité (Tully, 1999b ; Karmis, 2006).

La limite du champ juridique canadien est liée à la portée de ses effets dans l'espace social global, c'est-à-dire du nombre et de l'importance des champs sociaux qui intègrent à leur logique interne celle du droit. Les acteurs et les institutions qui sont liés au champ juridique sont ceux qui y produisent des effets. Le professeur d'histoire Arthur Lower est ainsi membre du champ juridique, par son action en tant que militant favorable à la constitutionnalisation des droits et libertés depuis les années 1930. Par exemple, les juges, les avocats, les professeurs de droit, les législateurs et les défenseurs des droits individuels ainsi que les tribunaux, les firmes, les facultés de droit, les ministères de la Justice et les associations de défense des libertés civiles font tous partie du champ juridique. Les autres champs peuvent produire aussi des effets dans le champ juridique. Par exemple, les grandes firmes d'avocats sont à la croisée des champs juridique, économique et politique ; c'est-à-dire qu'elles intègrent simultanément les logiques de ces trois champs. On peut penser aussi au financement public des groupes de défense des droits et libertés, comme le *Programme de contestation judiciaire*, créé en 1978, qui leur permettent de promouvoir leurs idées dans l'espace public et d'enclencher des litiges constitutionnels devant les tribunaux, ce qui peut forcer les gouvernements à modifier leurs pratiques et à revoir leurs législations.

Un champ social est un champ de force plus ou moins puissant au sein de la société, selon que les autres champs en subissent ses manifestations ou non. Le phénomène de la judiciarisation du politique est un bon exemple de l'intégration de la logique juridique au sein du champ politique, alors que l'on observe notamment dans la « diffusion du discours, du jargon, des règles et des procédures juridiques dans la

sphère politique, dans les *fora* et dans le processus d'élaboration des politiques. » (Hirschl, 2008a : 121, traduction libre) On voit aussi une augmentation importante du « recours aux tribunaux et aux juges pour s'occuper [...] de la "mégapolitique" : soit les controverses politiques fondamentales qui définissent (et souvent divisent) les régimes politiques. » (Hirschl, 2008a : 123, traduction libre)

Un champ social peut donc émerger et se développer jusqu'à occuper une place prépondérante dans le jeu social – comme on le voit avec la judiciarisation du politique –, puis décroître en étant soumis à la logique d'autres champs, comme dans le cas de l'instrumentalisation politique du judiciaire, comme on l'observe avec la Cour suprême des États-Unis. L'intégration grandissante d'une logique partisane à son fonctionnement a miné sa légitimité et son autonomie et, par extension, celle de son champ. Il est en effet difficile de ne pas « considérer la Cour comme autre chose qu'une institution partisane », puisque ses juges adoptent généralement des positions conservatrices, s'ils ont été nommés par une administration républicaine, et libérales, pour les nominations démocrates (Epstein et Posner, 2018, traduction libre) Le processus sénatorial de confirmation des nominations a aussi connu une dérive partisane importante ces dernières années (Kar et Mazzone, 2016 ; Long, 2020).

Quant au champ juridique canadien, il a longtemps été un protochamp fortement interconnecté avec les logiques politiques et économiques. D'ailleurs, les juges nommés à l'institution centrale du champ juridique canadien, la Cour suprême du Canada, l'étaient selon une logique politique ouvertement partisane (conservatrice ou libérale), ethnoculturelle (Canadien d'origine britannique ou française) et religieuse (chrétien protestant ou catholique). Ce n'est qu'à partir des années 1930 et, de manière plus affirmée, à compter des années 1950, que le champ juridique est graduellement devenu un véritable champ autonome, doté sa logique autonome par rapport aux autres champs sociaux. Le caractère désormais non partisan de la Cour – ce qui ne veut pas dire apolitique – accentue son autonomie, son apparence de neutralité et, donc, son

pouvoir symbolique. Ce qui la rend plus à même de trancher légitimement les litiges constitutionnels ainsi que d'adapter et de préserver l'ordre constitutionnel canadien.

Le champ juridique canadien s'est développé au gré du déploiement de l'État-providence, qui intervenait de plus en plus, dès la fin des années 1930, pour répondre à des problèmes socioéconomiques majeurs, comme la Grande Dépression ou les conflits de travail, mais aussi pour encadrer le pouvoir croissant de la grande entreprise. D'un champ parmi d'autres, au sein du métachamp de l'État, le champ juridique est en devenu le cœur symbolique, en précisant les fondements de l'ordre constitutionnel.

La trajectoire de John A. Macdonald et de Francis R. Scott, comme influent représentant de leur groupe de juristes conservateurs et modernisateurs réciproques, illustrent le changement de paradigme qui s'est opéré dans le champ juridique entre, d'une part, les débuts de la Confédération et, d'autre part, les années 1930 et subséquentes, où a progressé l'idée des droits constitutionnalisés.

5.1. John Alexander Macdonald

L'ancien premier ministre John A. Macdonald (1815-1891) exemplifie l'avocat canadien appartenant à un proto champ juridique – peu autonome –, où prédomine le droit privé et qui est étroitement interconnecté aux logiques des champs politique et économique. Macdonald est le fils d'un notable de la petite bourgeoisie écossaise, qui exploitait des commerces dans la région de Kingston et qui devint juge de paix en 1829. Après des études classiques dans l'excellente institution de la *Midland District Grammar School*, et comme la plupart des juristes de son temps, Macdonald a appris son métier, non pas à travers une formation universitaire, mais au sein d'une firme d'avocats. Les juristes de son époque étaient des praticiens : « Depuis la Confédération jusqu'aux années 1920, les constitutionnalistes du Canada étaient typiquement des avocats et non pas des universitaires professionnels à temps plein » (Adams, 2009 : 25,

traduction libre). L'*habitus* de Macdonald le porta davantage vers les champs sociaux dominants de l'économie et de la politique, mais aussi vers une posture de défense de l'ordre établi, qui lui semblait juste. D'ailleurs, en 1835, il fonda un cabinet de droit commercial, dont la clientèle provenait des riches milieux d'affaires. Il fit son entrée dans le monde des affaires, en 1839, en étant nommé au conseil d'administration de la *Commercial Bank of the Midland District* – au plus fort de sa carrière il siégeait à dix conseils d'administration –, puis se lança dans la spéculation immobilière dès 1840.

Macdonald fit son entrée en politique en 1843, où il multiplia les charges publiques : conseiller municipal de Kingston (1843-1846) ; député du Parlement du Canada-Uni (1844-1867) ; ministre responsable de plusieurs portefeuilles (1854-1867) ; co-premier ministre du Canada-Uni (1856-1862 et 1864-1867) ; député de la Chambre des communes (1867-1891) ; ministre de la Justice (1867-1873) ; ministre de l'Intérieur (1878-1883) ; surintendant général des Affaires indiennes (1878-1887) ; ministre des Chemins de fer (1889-1891) ; premier ministre (1867-1873 et 1878-1891).

Dès ses débuts à la Chambre législative du Canada-Uni, Macdonald s'inscrivit dans le courant idéologique conservateur, élitiste et impérialiste, cherchant à conserver l'ordre établi, en voulant préserver le vote censitaire, les intérêts de la classe possédante, le lien impérial et la tradition constitutionnelle britannique (Johnson et Waite, 1990). En 1861, il affirma même qu'« à moins qu'on ne protège les droits à la propriété et qu'on n'en fasse un des principes de la représentation, nous aurons peut-être l'égalité, mais nous cesserons d'avoir la liberté. » (Citation tirée de Ryerson, 1978 : 271)

Son conservatisme était tempéré par un libéralisme économique (libre marché) et politique (assemblée électorale, représentation politique et garantie des libertés fondamentales, comme la propriété privée). Toutefois, sa conception du rôle du représentant politique était plutôt conservatrice et élitiste. Lors des débats préconfédéraux, il affirma qu'il était contraire aux principes constitutionnels anglais que ce soit le peuple – plutôt que ses représentants – qui vote directement sur le projet de Confédération (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 1002-1003).

L'idée qu'il se faisait de la sagesse et de l'indépendance de la représentation était incompatible avec une conception des élus comme simples délégués recevant leurs instructions du peuple (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 1003). Macdonald concevait donc le représentant, à la suite de l'influent philosophe et homme politique britannique Edmund Burke (1729-1797), non pas comme un porte-parole de ses commettants, mais comme un fiduciaire (*trustee*), une personne de confiance, qui participera aux travaux parlementaires de manière à favoriser l'intérêt national (Burke, 1774). Selon Rod Preece, la raison pragmatique qui motivait l'action politique chez Macdonald était d'ailleurs fondamentalement burkienne (Preece, 1984 : 464). Macdonald cita même à plusieurs reprises Burke dans ses discours, mais a aussi repris plusieurs de ses idées phares : le rejet des spéculations philosophiques ; le Parlement comme représentant de l'intérêt national ; la sagesse ancienne incarnée dans la tradition et la liberté britanniques ; la prudence face aux changements ; la primauté de l'ordre sur la liberté ; enfin, la souveraineté parlementaire, plutôt que populaire (Preece, 1984). Lors des débats préconfédéraux, Macdonald aurait été le juriste plus compétent parmi l'ensemble des délégués et son influence sur la rédaction de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* aurait été prépondérante (Waite, 1990 : 390 ; Buckner, 2018 : 79). L'Acte correspondait d'ailleurs à « ses objectifs principaux » (Johnson et Waite, 1990), mais aussi à ceux de la grande bourgeoisie anglo-saxonne basée à Montréal, dont il était un des représentants (Brouillet, Gagnon et Laforest, 2018 : 5).

Premièrement, le régime fédéral créé était très centralisé. Il était doté d'un gouvernement central fort, qui serait un rempart contre la division et les conflits constitutionnels, tels qu'observés dans la République américaine, alors en pleine guerre civile. Comme le disait Macdonald, le Canada serait un régime composé d'un peuple uni, réunissant « la puissance d'une union législative et la liberté d'une union fédérale » et évitant les « déficiences » des États-Unis (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 28, 33). Cette conception se trouvait en phase avec le

constitutionnalisme moderne, pour lequel l'uniformité juridique et politique était un moyen d'éviter les conflits (Tully, 1999b : 65).

Deuxièmement, l'Acte contenait une clause expansive et résiduaire appelée « paix, ordre et bon gouvernement »¹²⁴. Macdonald, bien conscient de son pouvoir, l'appelait « la grande législation souveraine », car, contrairement aux États-Unis, elle accordait au Parlement central tous les pouvoirs non explicitement conférés aux Assemblées législatives provinciales (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 41).

Troisièmement, le Parlement du Dominion hérita des principales compétences majeures (défense, monnaie, banques, code criminel, etc.) et ressources (par la mainmise sur les pouvoirs d'imposition et les tarifs douaniers), permettant de développer et d'unifier le nouveau pays. Par ce choix, Macdonald affirmait que les 72 résolutions de Québec « concentr[ai]ent la force dans le gouvernement général », en « défér[ant] à la législature générale toutes les grandes questions de législation », en lui « confér[ant] [...] tous les pouvoirs inhérents à la souveraineté et à la nationalité », c'est-à-dire toutes les matières qui « affect[ent] l'intérêt de la Confédération dans son ensemble [...] ». » (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 34, 40) Cette affirmation était conforme à la vision dominante de l'époque dans l'Empire britannique, postulant l'indivisibilité de la souveraineté¹²⁵, mais n'était pas compatible avec un régime fédéral de souveraineté partagée (Vipond, 1991 : 23-25).

Quatrièmement, l'Acte accordait au gouvernement central le pouvoir unilatéral de désaveu, qui permettait d'éviter que les législatures provinciales n'outrepassent leurs compétences. Macdonald « avait compris que le désaveu agirait comme la cheville

¹²⁴ « Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces ».

¹²⁵ Cette vision fût notamment développée par le juriste anglais William Blackstone (1723-1780). Dans *Commentaries on the Laws of England*, il énonça la doctrine britannique classique de la souveraineté : « Peu importe la façon dont [les diverses formes de gouvernement] ont été fondées, ou selon quelle norme elles se maintiennent, il y a et doit y avoir dans chacune une autorité suprême, irrésistible, absolue, incontrôlée, où réside [...] les droits de souveraineté. » (Blackstone, 1893 : 51, traduction libre)

ouvrière liant le centralisme à la protection des individus et des minorités. » (Vipond, 1991 : 115, traduction libre) Pour comprendre quels individus et quelles minorités étaient concernés, il est utile de se rappeler qu'en 1881, le gouvernement Macdonald apposa son veto sur une loi ontarienne¹²⁶, permettant à un entrepreneur de faire circuler ses rondins sur un tronçon de rivière aménagé par un autre, Peter McLaren. Le procureur général et premier ministre du Canada, Macdonald, invoqua que « le gouvernement avait agi pour protéger les droits individuels et l'intérêt national. » (Vipond, 1991 : 128, traduction libre) Selon une perspective lockéenne – liant le droit de propriété au travail effectué sur un terrain – il fallait préserver les droits de McLaren, qui avait investi dans l'élargissement d'un cours d'eau, pour y faire passer ses billots (Vipond, 1991 : 77 et 129). Pour Macdonald, « la protection des droits de propriété et de leur jouissance universelle était devenue un impératif *national*. » (Vipond, 1991 : 129, traduction libre) Enfin, lors de la Conférence de Québec de 1864, son souci de la protection des minorités d'argent l'amena à concevoir le Sénat comme « le représentant de la propriété. » (Browne, 1969 : 133, traduction libre).

Cinquièmement, le gouvernement central était doté d'un pouvoir de nomination étendue (juges des tribunaux supérieurs, sénateurs, lieutenants-gouverneurs), permettant d'y nommer des personnes éminentes¹²⁷ et, dans le cas du Sénat, des hommes détenant des biens substantiels, pour compenser l'absence d'une aristocratie, comme celle siégeant à la Chambre des Lords à Londres (Chevrier, 2006 : 47). En 1864, Macdonald affirma qu'« une grande qualification [financière] devrait être nécessaire pour être membre de la Chambre haute, afin de représenter le principe de la propriété. Les droits des minorités doivent être protégés et les riches sont toujours moins nombreux que les pauvres. » (Browne, 1969 : 98, traduction libre) L'article 23

¹²⁶ *Act for Protecting the Public Interests in Rivers, Streams and Creeks*, S.O. 1881, c. 11.

¹²⁷ Macdonald affirma, à propos de l'élection des sénateurs au Canada-Uni, que les tracas de la politique partisane contribuaient « à éloigner des rangs beaucoup d'hommes que l'éminence de leur position appelait naturellement à ce poste. » (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 36)

de l'Acte de 1867 affirme d'ailleurs qu'un sénateur doit posséder 8 000 \$ en biens fonciers, en argent et en biens mobiliers ; une somme colossale pour l'époque¹²⁸.

L'Acte de 1867, conformément aux idées et aux valeurs conservatrices de la grande bourgeoisie anglo-protestante à laquelle appartenait Macdonald, portait donc une vision élitiste de la représentation politique, mais aussi une conception hiérarchique, impériale, des relations de pouvoir entre le Parlement du Canada et les Assemblées législatives provinciales. Lors des débats préconfédéraux, « Macdonald admit très franchement, en empruntant le langage de la souveraineté, que la relation entre Ottawa et les provinces reproduisait celle entre le Parlement impérial et les législatures coloniales. » (Vipond, 1989 : 11, traduction libre) Et, s'il advenait un conflit de compétences, Macdonald précisa que « la législation du gouvernement général l'emportera sur l'autre, de la même façon que la législation du gouvernement impérial l'emporte sur celle des parlements coloniaux. » (Citation tirée d'Ajzenstat, Romney, Gentles et Gairdner, 2004 : 315) Selon Macdonald, les législatures provinciales avaient été conçues pour être faibles et temporaires, car elles « devaient cesser un jour d'exister. » (Johnson et Waite, 1990) À la suite d'un lent travail d'unification normative et d'érosion des pouvoirs provinciaux, Macdonald « entrevoyait un Canada doté d'un seul gouvernement, habité par une population aussi homogène que possible et qui partageait des institutions et des traits communs. » (Johnson et Waite, 1990)

Lors de la Conférence de Québec, la résolution (29.34) affirmait que le Parlement central aura le pouvoir d'instituer, s'il le jugeait approprié, une cour générale d'appel pour le Canada (Ajzenstat, Romney, Gentles et Gairdner, 2004 : 510). Cette résolution devint l'article 101 de l'AANB¹²⁹. Toutefois, l'article 101 ne précisait pas clairement le rôle et les pouvoirs d'un tel tribunal (Smith, 1983). Cette imprécision découlait

¹²⁸ Le salaire annuel du premier ministre du Canada, en 1867, était de 5 000 \$ (Johnson et Waite, 1990).

¹²⁹ « Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada. »

notamment du fait que la question d'une cour générale d'appel pour la fédération fut peu abordée lors de la Conférence de Québec (Strayer, 1968). Ce qui est étonnant, si l'on prend en considération le fait que, selon les résolutions 32 et 33 de la Conférence, l'exécutif central allait détenir un pouvoir énorme, lui donnant la mainmise sur un rouage central du pouvoir symbolique de l'État – le droit –, par la nomination et la rémunération des juges des tribunaux supérieurs, qui devaient loyauté au gouvernement général (Ajzenstat, Romney, Gentles et Gairdner, 2004 : 511). La puissance centralisatrice et homogénéisatrice d'un tel mécanisme explique peut-être les silences et les ambiguïtés des membres de la coalition ministérielle, comme George-Étienne Cartier et John A. Macdonald. Ces derniers voulaient « sans doute éviter de soulever les passions autour de cet enjeu. » (Strayer, 1968 : 18, traduction libre)

La question d'une cour générale d'appel fut davantage débattue à la Législature du Canada-Uni, en 1865, alors que le Parti rouge et anti-confédéral d'Antoine-Aimé Dorion s'y opposa, sans pouvoir amender le projet constitutionnel, qui devait être voté en bloc, selon la règle imposée par la coalition gouvernementale (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 16). Les inquiétudes des Rouges, liées à l'établissement possible d'un tribunal d'appel de dernière instance pour le Dominion, ont toutefois été minimisées par Cartier et Macdonald. Ce dernier avança que la précision de la division fédérale des compétences constitutionnelles permettrait justement d'« évit[er] cette grande source de faiblesse qui a été la cause de la rupture entre les États-Unis [...] ». (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 34) Advenant un conflit de compétence, Macdonald précisa que la loi du Parlement central devrait avoir prépondérance (*Ibid.* : 42). Lors de la Conférence de Québec, il affirma aussi qu'en cas d'impasses, les tribunaux britanniques pourraient trancher les conflits de compétences (Browne, 1969 : 95). En outre, sur la question du droit en général, Macdonald alla jusqu'à affirmer qu'il devrait y avoir unité normative dans le futur Dominion : « une loi, un système de tribunaux, un système judiciaire et, éventuellement, un barreau. » (Pope, 1895 : 82, traduction libre) Cette uniformité

permettrait notamment que « dans toute l'union, la vie et la propriété des individus soient uniformément protégées. » (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 41) Ces propositions étaient cohérentes avec les visées centralisatrices de Macdonald et de la grande bourgeoisie anglo-protestante, qui cherchaient à développer sans entrave le nouveau territoire qui s'ouvrait et à édifier une nation homogène.

La nation en question ne devait pas être coupée de la Métropole. Comme les juristes et les milieux d'affaires de son époque, Macdonald croyait plutôt que le maintien du lien impérial garantissait les libertés constitutionnelles, notamment la propriété privée (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 32). Il précisa ensuite sa pensée : « Tant que cette alliance sera maintenue, nous jouirons sous sa protection des privilèges de la liberté constitutionnelle, et comme conséquence, les droits de la minorité seront toujours respectés. » (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 44) Macdonald et les autres « pères fondateurs » partageaient la vision britannique traditionnelle de la protection parlementaire et coutumière des libertés et ne jugeaient donc pas nécessaire d'adopter une charte des droits (Beaudoin, 1975 : 676).

Pour Macdonald, la monarchie parlementaire britannique était le régime le plus à même de garantir les libertés individuelles, car ce gouvernement était responsable, donc il devait rendre des comptes constamment au Parlement, le représentant du peuple (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 34). Les juristes canadiens de l'époque, comme Macdonald, pensaient « que les législatures, et non les tribunaux, étaient considérées comme les organes appropriés pour déterminer les limites des droits et, en même temps, pour protéger la liberté individuelle, car la liberté politique s'exprimait au sein des parlements. » (Risk et Vipond, 2006 : 95, traduction libre)

Pour la pensée juridique et politique dominante de la fin du XIX^e siècle, le principe britannique de la suprématie parlementaire n'était pas considéré comme une menace aux libertés individuelles (Risk et Vipond, 2006 : 107). La « souveraineté parlementaire » a notamment été définie par le plus influent juriste britannique de la

fin du XIX^e siècle, Albert Venn Dicey, comme « un fait juridique incontestable. » Il a écrit en 1885 que « le Parlement peut légalement légiférer sur n'importe quel sujet qui, de l'avis du Parlement, peut faire l'objet d'une loi. Il n'y a pas de pouvoir qui, en vertu de la constitution anglaise, puisse entrer en rivalité avec la souveraineté législative du Parlement. » (Dicey, 1915 : 24, traduction libre) Ce principe a été modulé à la réalité fédérale canadienne par l'ancien étudiant de Dicey à Oxford, le professeur de droit de l'Université de Toronto, Augustus Henry Frazer Lefroy (1852-1919). En 1897, Lefroy écrivit que chaque parlement, fédéral ou provincial, était pleinement souverain à l'intérieur de ses champs de compétences (Lefroy, 1897 : 244).

Il n'en demeure pas moins que malgré l'importance, pour Macdonald, du maintien de la tradition constitutionnelle britannique, ce dernier voyait bien le rôle clé que devait remplir une cour générale d'appel dans l'uniformisation du droit. Il en proposa la création en 1868, dès sa deuxième année au pouvoir (Snell et Vaughan, 1985 : 5) À titre de conseiller juridique du premier ministre, l'avocat torontois Samuel Henry Strong fut responsable de la rédaction du premier projet de loi sur la Cour suprême du Canada, où il siégea, comme récompense, à titre de juge, de 1875 à 1892, et de juge en chef, de 1892 à 1902 (Snell et Vaughan, 1985 : 5 et 12-13) Face aux critiques parlementaires conservatrices et libérales, qui craignaient un pouvoir centralisateur excessif, Macdonald retira tour à tour deux projets de loi sur la question, en 1869 et en 1870 (Rémillard, Gall et Makin, 2006). La loi créant la Cour, en 1875, fut l'œuvre du gouvernement libéral du premier ministre Alexander Mackenzie. La Cour devait voir au contrôle judiciaire des lois du Parlement central et des législatures provinciales, tout en étant assujettie à la jurisprudence du Comité judiciaire de Londres. La nomination de juges dotés d'une conception centralisatrice de la fédération s'inscrivait dans la continuité de la vision impériale de la justice de Macdonald.

L'opposition parlementaire à la Cour suprême demeura vive durant les années 1880, même au sein du Parti conservateur ; elle « représentait un conflit fondamental sur la nature [fédérale ou unitaire] du régime canadien. » (Snell et Vaughan, 1985 : 32,

traduction libre) Les actions de Macdonald ne laissèrent pas de doute sur l'importance qu'il accordait au rôle de la Cour suprême dans l'homogénéisation et la centralisation du droit au Canada, car il continua la tradition, établie par Mackenzie, d'y nommer des juges centralisateurs, comme son ami, l'homme d'affaires et spécialiste en litiges ferroviaires, John Wellington Gwynne, en 1879 (Romney, 1991 : 91-92). Si Gwynne n'avait jamais été élu, sous une bannière ou une autre, le caractère partisan de la nomination de ce promoteur des chemins de fer et de ce juge centralisateur de la Cour des plaids communs (là où Macdonald le nomma en 1868), ne faisait aucun doute (Bushnell, 1992 : 89 ; Romney, 1991 : 91). Comme Macdonald, le juge Gwynne voyait que « la construction du chemin de fer du Canadien Pacifique et la construction de la constitution canadienne faisaient partie du même grand projet : la construction d'une nation. » (Romney, 1991 : 91-92, traduction) Cette nomination illustre bien l'enchevêtrement des logiques économiques, juridiques et politiques qui animaient l'esprit de Macdonald, mais aussi le peu de cas qu'il faisait des conflits d'intérêts.

À titre de parlementaire, Macdonald a soumis plusieurs projets de loi privés sur des enjeux liés à ses propres intérêts d'affaires, dans les domaines du transport routier et ferroviaire, des assurances, des banques, etc. (Johnson et Waite, 1990). Comme premier ministre du Canada, il greva les finances publiques pour investir dans la construction du chemin de fer transcanadien, le Canadien Pacifique, qui devait unir la nouvelle Confédération, développer son marché intérieur et contrer l'expansionnisme américain (Creighton, 1981b : 259). Comme le précisa l'historien Donald Creighton, cette voie de communication transcontinentale était centrale à la vision politique de Macdonald, qu'il concrétisa dans sa *Politique nationale* de 1879 : « Le chemin de fer était un élément essentiel pour parvenir à bâtir le Canada qu'il espérait [construire]. Le chemin de fer permettrait de peupler les prairies de l'Ouest et de promouvoir l'industrie de l'Est. Il assurerait l'intégration nationale aussi bien que le développement économique national. Le chemin de fer représentait l'avenir. » (Creighton, 1981b : 244) En combinant incitatifs à l'immigration, tarifs protecteurs pour l'industrie et la

poursuite du chemin de fer transcontinental canadien, la *Politique nationale* permettait le développement commercial et l'unification du nouveau Dominion, mais à l'avantage économique surtout du Canada central, où l'on trouvait, à Montréal et Toronto, la grande bourgeoisie anglo-saxonne (Johnson et Waite, 1990 ; Ryerson, 1978). Selon l'historien Alfred Dubuc, ce projet permettait de relier et de développer les différentes régions du spacieux Dominion : « [l]a construction des chemins de fer [...] était à l'époque, dans les pays peu développés à très grands espaces, le secteur par excellence d'entraînement de tous les autres secteurs de l'économie nationale. » (Dubuc, 1966 : 5) Pour des motifs à la fois économiques et politiques, la collusion était étroite entre les banquiers, les barons des chemins de fer, la profession légale et les membres de l'élite politique, ces derniers étant d'ailleurs souvent actionnaires, avocats ou dirigeants des banques et compagnies ferroviaires¹³⁰ (Dubuc, 1978 : 55-56). P. B. Waite observa aussi que « la plupart des Pères de la Confédération sont des avocats et des hommes d'affaires bien au fait des possibilités qu'offrent les années 1860. » (Waite, 1990 : 375).

Le Scandale du Pacifique éclata d'ailleurs après qu'il fut révélé que les conservateurs de Macdonald avaient obtenu des contributions financières de la part du magnat des transports, Hugh Allan, en échange de l'octroi du lucratif contrat de construction du chemin de fer du Canadien Pacifique (Waite, 2006). Les conservateurs utilisèrent ces sommes lors de l'élection générale de 1872 ; qu'ils gagnèrent. Les dénonciations publiques et les démissions de son gouvernement forceront Macdonald à demander la dissolution de la Chambre des communes, en novembre 1873, et à déclencher de nouvelles élections générales, en janvier 1874 ; qu'il perdit. De retour au pouvoir en 1878, Macdonald fit face à une crise économique mondiale, faisant suite au krach de la Bourse de Vienne, en 1873. Pour y faire face et pour se distinguer de la politique libre-échangiste des libéraux, il mit en œuvre sa *Politique nationale*, recommandée par

¹³⁰ Dans le gouvernement Macdonald, on trouvait, par exemple, un avocat de la compagnie *Grand Trunk Railway* (George-Étienne Cartier), un riche banquier (Thomas Nicholson Gibbs), un directeur du *Canadien Pacifique* (Thomas Edward Kenny), un riche actionnaire du secteur des chemins de fer (William Pearce Howland), un célèbre promoteur de chemin de fer (Alexander Tilloch Galt).

les milieux industriels montréalais (Waite, 1990 : 405-406). Le deuxième gouvernement Macdonald était tout aussi impliqué et incorporé dans les réseaux de la grande bourgeoisie canadienne, notamment du secteur du chemin de fer. Il ne semblait pas éprouver de soucis éthiques face à cette confusion des sphères étatiques et affairistes, lui qui, occupant le plus haut office politique canadien, n'hésitait pas à se mettre en conflit d'intérêts, en étant président d'une grande entreprise de transport et d'entreposage (*St. Lawrence Warehouse, Dock and Wharfage Company*) et d'une autre du secteur des assurances (*Manufacturers Life Insurance Company*).

5.2. Macdonald et le protochamp juridique

La carrière de Macdonald chevauchait ainsi trois champs sociaux : économique, juridique et politique. Par le fait même, elle confondait trois logiques, car il était tout à la fois et en même temps homme d'affaires, avocat et politicien de premier plan. Pour le premier ministre, les conflits d'intérêts comptaient bien moins que les impératifs du développement économique et du déploiement de l'État canadien.

Macdonald souscrivait aussi aux idées libérales conservatrices dominantes de son temps : la monarchie parlementaire, la suprématie parlementaire, la primauté de la culture anglo-protestante, le vote censitaire, la protection de la propriété privée et le gouvernement limité. Bien qu'il soit l'artisan de l'interventionniste *Politique nationale*, on ne peut y voir là une vision sociale-démocrate du développement économique, mais bien la mobilisation des ressources et des moyens juridiques de l'État central pour étendre l'empire commercial canadien, accroître l'enrichissement de la bourgeoisie anglo-protestante et répondre de manière opportuniste à la crise des années 1870. D'ailleurs, pour les juristes de cette époque, formés à l'école du droit britannique, « la menace principale à l'égard des libertés individuelles ne semblait pas venir de législatures tyranniques, mais de l'action arbitraire d'une autorité exécutive non

imputable. » (Risk et Vipond, 2006 : 106, traduction libre) Le gouvernement limité et responsable devant la Chambre, mais aussi la suprématie parlementaire, étaient ainsi vus comme les moyens appropriés pour préserver les libertés fondamentales.

L'univers de Macdonald s'apparente donc à celui de Dicey, ou plutôt à la version adaptée au contexte fédéral canadien d'Augustus Leroy. C'est l'univers de la Common Law, de la souveraineté parlementaire, du formalisme juridique, des libertés individuelles et du droit de propriété du droit privé, du gouvernement limité. Selon le Leo Panitch (1977), l'État canadien remplissait à la fois des fonctions de régulation, de légitimation, de coercition et de développement des marchés, et les mêmes élites passaient d'un secteur à l'autre, du privé vers le public et vice versa. Dans ce contexte de chevauchement des logiques économiques, juridiques et politiques, le champ juridique se caractérise par une faible autonomie et le droit public est peu développé.

Les années au pouvoir de Macdonald furent aussi associées à la répression des Premières Nations, réprimées par la Police montée du Nord-Ouest et poussées vers des réserves, pour faire place au passage du chemin de fer et permettre le développement des Terres de Rupert (Butts, 2006). Ses gouvernements (1867-1873 et 1878-1891) adoptèrent, en outre, une approche impériale vis-à-vis des États provinciaux¹³¹.

Cohérent avec les tendances monistes du constitutionnalisme moderne (*cf.* Tully, 1999b), Macdonald concevait aussi le droit comme devant être un ensemble normatif unifié et uniformisé sur tout le territoire canadien. Son centralisme normatif se répercuta dans les débats préconfédéraux, où il défendit la clause permettant au Parlement central de créer une cour générale d'appel pour le Canada, mais aussi lorsque son gouvernement utilisa les pouvoirs unilatéraux de désaveu et de nomination, afin

¹³¹ Ils désavouèrent 47 lois provinciales, qui auraient outrepassé les champs de compétences provinciales, violeraient les libertés économiques ou contrediraient les orientations politiques du Dominion (Chaput, 1975). Les lieutenants-gouverneurs – vus par Macdonald (Assemblée législative de la Province du Canada, 1865 : 42) et par la Cour suprême (*Lenoir c. Ritchie*, 1879 ; *Mercer c. Procureur général de l'Ontario*, 1881) comme des agents du Dominion – réservèrent aussi 36 lois provinciales, dont la quasi-totalité ne reçurent pas la sanction du Gouverneur général (Chaput, 1975).

d'invalider des lois provinciales et de nommer des juges favorables aux visées centralisatrices du gouvernement central. D'ailleurs, le pouvoir de désaveu et le gouvernement responsable étaient vus comme des garde-fous suffisants pour les libertés fondamentales. Toutefois, sur un aspect crucial, Macdonald et la majorité des juristes canadiens de son temps s'inscrivaient en faux face au constitutionnalisme moderne : ils rejetaient le contrôle judiciaire basé sur une charte constitutionnelle des droits à l'américaine (Risk et Vipond, 2006 : 95 et 106). Le contrôle judiciaire canadien s'impliquait peu dans la définition des fondements du régime canadien et jouait un rôle essentiellement fédéral : baliser les frontières des sphères de compétences exclusives des deux ordres de gouvernement (Risk, 2006 : 56-57).

Enfin, pour Macdonald, comme pour les autres « Pères de la Confédération », l'identité canadienne était intimement liée à l'Empire britannique. De plus, la tradition britannique politique et juridique, telles la suprématie parlementaire et la protection de la propriété privée, devait être maintenue au Canada¹³².

5.3. Francis Reginald Scott

Le constitutionnaliste F. R. Scott (1899-1985) illustre quant à lui le juriste universitaire, membre d'un champ juridique plus autonome – davantage doté de sa logique propre face aux autres champs sociaux –, où le droit constitutionnel ainsi que l'enseignement et la recherche universitaires commencèrent à jouer un rôle de plus en plus fondamental. En outre, Scott fut un militant socialiste chrétien, qui aspira à changer radicalement le vieil ordre socioéconomique inégalitaire. Le champ universitaire fournit à ce dernier ses idées socialistes, développa ses valeurs de justice sociale et lui

¹³² Selon Blaine Baker et Jim Philips, « à la fin du XIX^e siècle, la plupart des juristes canadiens, membres de l'élite, étaient impérialistes, loyaux envers la Grande-Bretagne et les modèles britanniques, et voyaient le droit comme un lien majeur avec l'empire. » (Baker et Philips, 2006 : 11, traduction libre)

permet de développer sa conception politique d'une nation canadienne progressiste et pleinement indépendante face à Londres.

Frank Scott était le fils d'un poète et curé anglican (*archdeacon*) iconoclaste, Frederick George Scott, qui était à la fois nationaliste canadien et impérialiste, adepte du courant de la justice sociale chrétienne, animé d'une vision œcuménique de l'Église, donc ouvert à l'endroit de la communauté canadienne-française. F. G. Scott était également membre de l'élite anglo-saxonne de la ville de Québec (Djwa, 1987 : 21-24 et 108). Ce dernier avait étudié les sciences humaines à l'Université Bishop, pour ensuite poursuivre ses études supérieures en théologie à l'université *King's College*, à Londres. Par son milieu familial, Frank Scott se trouvait à être doté de davantage de capital culturel qu'économique ; il appartenait ainsi à la classe moyenne supérieure. Il n'était pas lié aux réseaux du grand capital anglo-saxon, basés à Montréal. Son *habitus* le poussait vers les champs universitaire et artistique, plutôt que le champ économique.

Après avoir fréquenté la réputée *Quebec High School*, Frank Scott a complété un baccalauréat en histoire à Bishop en 1919, puis il obtint une bourse Rhodes, lui permettant d'aller étudier l'histoire et le droit constitutionnel à l'Université d'Oxford, en Angleterre. À Oxford, Scott raffina sa poésie¹³³ et participa à des cercles littéraires. Sa thèse finale, au confluent de l'histoire et du droit international, s'intitulait *The Annexion of Savoy and Nice by Napoléon III, 1860*. L'*habitus* de Scott le destina vers l'engagement social dans un monde injuste et le disposa à faire d'ouverture envers autrui. Le droit, pour lui, ne devait pas être le gardien des privilèges passés, en appliquant les mêmes règles figées, comme le voulait la Common Law : il devait répondre de manière pragmatique aux besoins actuels de la société. Les dispositions de Scott le portèrent à s'associer avec les forces contestatrices de l'ordre sociopolitique, notamment le mouvement syndical, mais aussi à se trouver du côté des minorités

¹³³ Dans les années 1920 et 1930, il fut membre du Cercle de McGill, rassemblant plusieurs poètes montréalais, qui contribuèrent à l'abandon du style victorien et à la modernisation de la poésie canadienne. Pour un recueil de poèmes, Scott remporta le prix du Gouverneur général, en 1981.

opprimées, comme les organisations communistes ou les Témoins de Jéhovah. Son inscription dans la portion dominée du champ juridique jugée, l'histoire constitutionnelle, sa posture militante en faveur des droits constitutionnalisés et son patriotisme canadien faisaient de lui un juriste réformateur – aspirant à moderniser et à rendre plus autonome le droit – et membre du mouvement nationaliste constitutionnel.

À Oxford, Scott adhéra au socialisme réformiste fabien, assista à des réunions du Parti travailliste et, avec son cercle rapproché, s'engagea à décoloniser le Canada (Djwa, 1987 : 48). Pour lui, « l'ordre social était injuste et un chrétien était obligé de l'améliorer. » (Djwa, 1987 : 51, traduction libre) Une société égalitaire et une économie planifiée devraient remplacer l'immoralité, le privilège et l'exploitation.

De retour au Canada, en 1923, Scott s'installa à Montréal, qui était, à l'époque, le « cœur de l'empire financier canadien [...] ». (Djwa, 1987 : 67, traduction libre) Il réprouva l'esprit commercial, le manque de hauteur intellectuelle, le conservatisme et la faiblesse de la vie culturelle de la Métropole (Djwa, 1987 : 66-71). Le contrôle exercé par une petite clique d'hommes anglo-saxons sur les plus puissantes institutions culturelles et économiques montréalaises¹³⁴ choqua Scott (Djwa, 1987 : 68). Cette imbrication des intérêts privés et publics, par une petite coterie qui dirigeait les organisations les plus influentes, était condamnée, par Scott, comme étant une dérive antidémocratique et ploutocratique. Tandis que Macdonald participa, durant toute sa carrière, à un tel réseau de pouvoir oligarchique, liant les milieux bancaires, commerciaux, ferroviaires, juridiques, politiques.

À l'automne 1924, Scott débuta des études de droit à l'Université McGill, y voyant une porte d'entrée pour la carrière publique et un moyen de se mettre au service de la nation canadienne (Djwa, 1987 : 72-73). Sa formation consistait en une série de cours magistraux, qui étaient complétés par du travail pratique dans un cabinet d'avocats. La formation juridique de l'époque était encore peu institutionnalisée. La dizaine de

¹³⁴ Comme la *Bank of Montreal*, la *Canadian Pacific Railway*, la *McGill University*, les journaux *The Gazette* et *The Star*, la *Canada Life Insurance Company*.

facultés de droit que l'on trouvait au Canada, à cette époque, étaient constituées d'une poignée de professeurs réguliers ; l'enseignement surtout était donné, à temps partiel, par des avocats (Le Dain, 1983 : 109-110). Par comparaison, en 1936, à Harvard, l'on comptait 35 professeurs réguliers de droit, soit davantage que toutes les facultés de droit réunies au Canada (Girard, 2005 : 80). Contrairement aux divers Barreaux provinciaux, le Barreau canadien, créé en 1914, promouvait la formation universitaire à temps plein pour les futurs juristes, à l'image de ce qui se faisait dans les grandes universités américaines, dont Harvard, depuis les années 1870 (Girard, 2005 : 72-73).

Durant ses études, Scott fut particulièrement influencé par l'un des trois professeurs que comptait la faculté de droit mcgilloise, Herbert A. Smith. Ce dernier était un juriste d'origine anglaise, qui « croyait en un gouvernement central fort et, préférablement, en un État unitaire plutôt que fédéral [...] ». (Macdonald, 1997 : 14, traduction libre) Smith pensait que l'interprétation décentralisée de l'Acte de 1867, par le Comité judiciaire de Londres, était contraire à l'intention des « Pères de la Confédération » (Smith, 1926 : 433). Smith rejetait la théorie interprétative littérale et anhistorique de son époque, car l'interprétation judiciaire devait tenir compte du contexte historique, qui donnait sa signification au vocabulaire utilisé par le constituant (Smith, 1927 : 158).

La pensée de Smith était influencée par Dicey, qui « concevait l'État de droit comme un frein et un contrôle du pouvoir exécutif. » (Macdonald, 1997 : 14, traduction libre) La conception diceyenne de l'État de droit fut mobilisée par Scott, tout au long de ses combats politico-juridiques, notamment dans sa défense publique et judiciaire des Témoins de Jéhovah et des activistes communistes canadiens, face à la répression des autorités centrales et provinciales (Macdonald, 1997 : 15). Scott appartenait à une nouvelle génération de juristes nationalistes, comme Vincent Macdonald¹³⁵ et W. P. M.

¹³⁵ Vincent MacDonald (1897-1964) a été doyen de la faculté de droit de l'Université Dalhousie, où il fit ses études de droit. Il fut secrétaire parlementaire du premier ministre Mackenzie King en 1927, puis sous-ministre adjoint du ministère du Travail (1942-1944). MacDonald siégea sur plusieurs commissions et comités publics sur une longue période de temps. Il termina sa carrière comme juge de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse (1950-1964), où le nomma le premier ministre libéral Louis St-Laurent.

Kennedy¹³⁶. Celle-ci fut influencée par le constitutionnalisme américain, défendit une interprétation centralisatrice de l'Acte de 1867, critiqua la lecture décentralisatrice qu'en fit le Conseil privé, vit dans un État central interventionniste le remède à la Grande Dépression (Adams, 2009 : 7-8 ; Macdonald, 1997 : 15 ; Risk, 2006 : 243-249).

Si Scott marcha dans les pas de Smith, il n'était pas, comme lui, un impérialiste, mais plutôt un nationaliste canadien, qui prônait : l'émancipation juridique de Londres, la centralisation des pouvoirs, les droits constitutionnalisés, la promotion d'une seule identité nationale, la dualité linguistique pancanadienne et l'opposition à un régime linguistique distinct pour protéger le français au Québec¹³⁷ (Macdonald, 1997 : 16-23). Il s'opposa au nationalisme québécois, jugé rétrograde. Dans les articles *French Canadian Nationalism* (1936) et *Embryo Fascism in Quebec* (1938)¹³⁸, Scott décrivit le nationalisme canadien-français comme étant ethnique, sécessionniste, antiétatique et fascisant. Toutefois, dans *Canadian Nationalism*, il affirma aussi que « si l'avenir du Canada est d'être un pays où l'union nationale est fondée sur la diversité culturelle et l'égalité raciale, les anglophones doivent davantage contribuer à cet idéal qu'ils ne l'ont fait par le passé. » (Scott, 1986c : 33, traduction libre) Selon lui, les anglophones devaient mettre de côté leur intolérance, leur sectarisme et leur sentiment de supériorité envers les Canadiens français (Scott, 1986c : 33, traduction libre). Scott y avança aussi plusieurs propositions, qui connaîtront une fortune heureuse : « le bilinguisme institutionnel complet dans les domaines de compétence nationale », « l'octroi d'une plus grande liberté pour les écoles séparées dans les provinces anglophones », etc.

¹³⁶ William Paul McClure Kennedy (1879-1963) a suivi une formation universitaire poussée en histoire et droit constitutionnel, dans plusieurs universités européennes. Il a été professeur d'histoire, puis de droit et de science politique à l'Université de Toronto, où il a occupé les fonctions de doyen de la faculté de droit, qu'il a contribué à créer, en 1930. Il a écrit l'un des ouvrages classiques sur l'histoire de l'ordre constitutionnel canadien, *The Constitution of Canada*, en 1922. Il a aussi été fondateur et éditeur de l'une des premières revues juridiques et scientifiques canadiennes, l'*University of Toronto Law Journal*.

¹³⁷ Lorsqu'il fut commissaire de la Commission Laurendeau-Dunton, Scott signa une opinion dissidente dans le Livre III du Rapport, *Le monde du travail*, pour s'opposer à ce qu'il percevait comme l'acceptation, par la Commission, du principe de territorialité linguistique pour le Québec, ce qui, selon lui, pourrait menacer les droits de la minorité linguistique anglo-québécoise (Scott, 1969).

¹³⁸ Cet article fut publié sous le pseudonyme de « S » dans *Foreign Affairs*, pour s'éviter des complications avec l'administration conservatrice de l'Université McGill.

(Scott, 1986c : 33, traduction libre) Il argua aussi en faveur d'une plus grande égalité socioéconomique entre anglophones et francophones (Scott, 1986c : 33). Ces idées eurent une influence profonde sur Pierre Trudeau¹³⁹ (Djwa, 1987 : 318-337).

À l'été 1927, après ses études de droit, Scott commença sa carrière comme avocat. Mais, le juriste socialiste « fut rapidement désabusé quant à la possibilité que la pratique privée du droit puisse changer la société ou établir un système idéal de justice. » (Djwa, 1987 : 97, traduction libre) Au début de 1928, il accepta un poste de professeur de droit constitutionnel et de fédéralisme à l'Université McGill. Signe d'une époque où le droit constitutionnel et l'enseignement universitaire n'étaient pas encore pleinement établis, la famille Scott et celle de son épouse décrièrent ce choix « d'une position douteuse d'enseignant du droit à l'université. » (Djwa, 1987 : 105, traduction libre) Pour un socialiste chrétien, dont le devoir commandait de transformer une société injuste, la vie universitaire ouvrait la possibilité d'étudier « les théories qui sous-tendent le droit et de découvrir les principes organisationnels qui sont à la base d'un bon gouvernement et d'un ordre social juste. » (Djwa, 1987 : 106, traduction libre) C'est aussi à ce moment que Scott rencontra l'un de ses mentors, le pasteur progressiste, député social-démocrate, patriote canadien et futur président du CCF, James Shaver Woodsworth. Ce dernier, « durant les années vingt », « a été un pionnier [au Canada] dans la promotion du rapatriement de la [Constitution] et de l'enchâssement d'une déclaration des droits. » (Djwa, 1987 : 431, traduction libre) Woodsworth avança aussi d'autres propositions, qui se sont avérées porteuses pour le mouvement nationaliste canadien : notamment que la Confédération n'était pas issue d'un pacte fondateur et que le Parlement du Canada pouvait, seul, modifier la Constitution en soumettant une demande au Parlement britannique (MacLennan, 2003 : 17-18). Selon lui, le Parlement du Canada devait procéder à un amendement unilatéral, pour que le gouvernement central soit doté des pouvoirs nécessaires pour mettre en

¹³⁹ L'article *Some Obstacles to Democracy in Quebec*, publié par Trudeau en 1958, reprend d'ailleurs plusieurs des idées de Scott. En outre, Scott put commenter de vives voix ce texte, auquel Trudeau travailla durant un voyage commun des deux hommes sur le fleuve Mackenzie (Djwa, 1987 : 318-337).

place une ambitieuse législation sociale, qui réponde aux besoins de la population (MacLennan, 2003 : 17-18). Conscient de l'importance de la protection des minorités linguistiques et religieuses, Woodsworth proposa aussi à trois reprises (en 1927, 1931 et 1935) à la Chambre des communes d'enchâsser leurs droits dans la Constitution du Canada (MacLennan, 2003 : 17-18). Une telle charte permettrait notamment d'apaiser les inquiétudes du Québec, face à la centralisation des pouvoirs, dont il était un promoteur pour répondre à la crise des années trente (MacLennan, 2003 : 17-18).

Le disciple de Woodsworth a incidemment été influencé par sa pensée, mais aussi par le contexte sociopolitique : « la carrière d'enseignant et d'interprète de droit de Frank Scott a été profondément influencée par le fait que sa nomination à McGill a coïncidé avec le début de la Dépression. » (Djwa, 1987 : 158, traduction libre) En effet, dans le contexte répressif des années 1930, où les autorités centrale et provinciales réprimaient les groupes contestataires – comme les communistes, les syndicats et les chômeurs – et les minorités ethnoculturelles et religieuses – comme les Témoins de Jéhovah au Québec ou les Canadiens d'origine japonaise dans le reste du Canada –, Scott prit la plume pour protester contre ces pratiques abusives, dans les journaux et les revues scientifiques (Lambertson, 2005 ; Tarnopolsky, 1983). Par exemple, le 3 février 1931, il signa une lettre dans les pages du journal *The Gazette*, pour dénoncer l'interruption brutale et arbitraire, par la police de Montréal, de plusieurs réunions de chômeurs, organisées par le Parti communiste (Scott, 1986a : 4). Il rappela qu'en soi, « le communisme n'est pas plus criminel que le libéralisme ou le socialisme. » (Scott, 1986a : 3, traduction libre) Cet article, où Scott défendait pourtant les libertés fondamentales issues du droit britannique, comme la liberté d'expression – dont le Canada aurait hérité par le préambule de l'AANB¹⁴⁰ –, lui valut des remontrances de

¹⁴⁰ Il affirme que le Dominion du Canada a « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni. » (*Loi constitutionnelle de 1867*) La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Fraser* (1985), a justement souligné que « la "liberté de parole" est une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique. Il s'agit d'un principe de notre constitution de *common law*, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. »

la part du recteur de l'Université McGill, Arthur Currie (Djwa, 1987 : 130-131). Il eut aussi maille à partir avec un des plus influents membres du Conseil des gouverneurs de son université, le richissime homme d'affaires montréalais John Wilson McConnell, qui lui gardait fermé les pages de son journal conservateur, le *Montreal Star*, et lui bloquait toute possibilité d'être promu doyen de la faculté de droit, même s'il était le professeur avec le plus de séniorité (Djwa, 1987 : 238 ; MacDonald, 1991 : 32). « La carrière universitaire de Scott, parmi d'autres, a été compromise parce que ses commentaires publics et ses affiliations politiques dérangent les dirigeants universitaires et les membres influents de l'establishment des affaires de Montréal. » (Adams, 2009 : 52, traduction libre) Scott n'abandonna pas la militance, car « il était devenu de plus en plus clair que l'État avait l'intention de réprimer activement toute critique contestatrice de la légitimité du capitalisme et de la démocratie libérale. » (Adams, 2009 : 60, traduction libre) À époque, Scott, comme plusieurs de ses collègues socialistes de l'Université McGill – tel le professeur de science politique Eugene Forsey¹⁴¹ – furent sous la surveillance de la Gendarmerie royale du Canada, qui voyait en eux de dangereux agitateurs politiques (Djwa, 1987 : 130-133).

Dans le contexte de la Grande Dépression, Frank Scott – comme d'autres juristes de sa génération, tel Bora Laskin ou Ivan Rand – fut influencé de manière déterminante par la doctrine américaine moderne, notamment la pensée du professeur Roscoe Pound, de l'Université Harvard. Ce dernier rejetait le formalisme légal, pour lequel la scientificité juridique impliquait l'application objective et procédurière de principes tirés de la jurisprudence à de nouveaux litiges, mais sans tenir compte de l'application de ces principes à des cas concrets ni chercher à produire « un résultat réalisable et juste. » (Pound, 1908 : 622, traduction libre). À ce sujet, il précisa qu'« une définition de la justice sociale doit remplacer la présente justice individualiste », mais aussi que les intérêts publics et sociaux ne devraient pas être soumis à la seule protection des intérêts

¹⁴¹ Les positions critiques de Forsey ainsi que son implication au CCF et auprès des syndicats, lui attirèrent l'antipathie des dirigeants de l'Université McGill, qui le renvoyèrent en 1941 (Forsey, 2012).

individuels, comme ce fût le cas jusqu'à présent sous le système libéral de la Common Law (Pound, 1912b : 341, traduction libre). La nature individualiste et antiétatique de la Common Law protégeait les droits individuels des grands capitalistes, constituait un frein majeur au développement d'une législation sociale, qui était nécessaire pour répondre aux problèmes socioéconomiques¹⁴² (Pound, 1921 : 102-103). Car, pour Pound, un ordre juridique libéral doit satisfaire les besoins humains, tout en équilibrant les droits individuels avec les intérêts collectifs (Pound, 1921 : 110). Enfin, influencé par Aristote et Hegel, il voyait dans le droit un processus rationnel, un instrument de *réingénierie sociale*, qui devait être au service de la vie bonne (Pound, 1922 : 99).

Scott retint de Pound l'importance des droits individuels inaliénables, l'aspect transformationnel du social et l'importance que le droit constitutionnel serve les besoins complexes d'une société moderne (Adams, 2009 : 41-46 et 71-72). Se remémorant ses débuts comme professeur, en 1928, Scott écrivit qu'il « voyait que tout changement juridique impliquait un choix de valeurs, une sélection d'objectifs, et en ce sens [il] était grandement attiré par la conception du droit comme réingénierie sociale, avancée à l'époque par le grand juriste américain, Roscoe Pound. » (Scott, 1977 : ix, traduction libre) L'influence de Pound sur Scott fut déterminante pour le nouveau constitutionnalisme canadien : « l'idée des droits constitutionnels est née lorsque Frank Scott a appliqué la théorie juridique américaine de Roscoe Pound aux rouages du droit constitutionnel canadien. » (Adams, 2009 : 13, traduction libre)

Dans le contexte répressif de la Grande Dépression, les gouvernements – dans l'esprit du laisser-faire économique et de l'État minimal – agissaient peu pour apaiser les souffrances de la population et relancer l'économie. Ces mêmes gouvernements n'hésitaient pas à utiliser le pouvoir coercitif d'État, pour écraser les organisations de

¹⁴² Par exemple, au cœur de la Grande dépression, le *New Deal* de Franklin D. Roosevelt rencontra l'opposition des tribunaux américains, animés de l'esprit de la Common Law, et ce n'est que devant la menace d'y nommer en bloc six juges supplémentaires, favorables à sa législation sociale, que la Cour suprême américaine recula face à la volonté du président des États-Unis et légittima ainsi une augmentation majeure des pouvoirs publics (Leuchtenburg, 2005).

travailleurs et de chômeurs, communistes ou non, qui réclamaient une société plus juste. Par exemple, le gouvernement Duplessis, au Québec, fit adopter la répressive *Loi du cadenas*¹⁴³. Dès cette époque, Scott fit partie de ceux qui militèrent activement pour l'établissement d'associations de défense des droits de la personne et pour l'adoption d'une charte constitutionnelle des droits, appliquée par des tribunaux indépendants. Il dénonça notamment sur plusieurs tribunes la *Loi du cadenas* et l'article 98 du Code criminel¹⁴⁴, qu'ils criminalisaient la dissidence. En réponse notamment à la *Loi du cadenas*, il participa à la fondation de la branche montréalaise de l'Association canadienne des libertés civiles, en 1937 (Clément, 2008).

En plus d'être un promoteur actif de la protection des libertés fondamentales, Scott voulait s'attaquer à la misère sociale galopante et aux graves inégalités sociopolitiques. À l'automne 1931, avec un groupe d'intellectuels, dont plusieurs anciens étudiants d'Oxford, notamment Eugene Forsey, Frank Scott fonda l'influent groupe de réflexion social-démocrate, la *Ligue pour la reconstruction sociale* (*League for social Reconstruction*), à l'image de la Société fabienne, proche du Parti travailliste britannique. Au début de l'année 1932, la *Ligue* publia un *Manifeste* en faveur d'une démocratie industrielle, qui assurerait une gestion étatique centralisée et planifiée de l'économie canadienne, qui étatiserait de nombreux secteurs (transports, communications, énergie, finance, etc.), mais aussi qui adopterait des politiques de redistribution de richesse, de manière à atteindre une plus grande égalité

¹⁴³ Lorsque l'article 98 du Code criminel – permettant la répression des groupes contestataires – fut aboli, le gouvernement unioniste de Maurice Duplessis compensa en faisant adopter, en 1937, la *Loi du cadenas* ou *Loi protégeant la province contre la propagande communiste* (Djwa, 1987 : 297)

¹⁴⁴ L'article 98, en vigueur jusqu'en 1936, a été adopté par le Parlement du Canada dans le contexte de la grève générale de Winnipeg en 1919 (Molinaro, 2011a). Il donnait des pouvoirs extraordinaires aux autorités, qui pouvaient dès lors arrêter, fouiller et saisir les biens de tout individu appartenant, ou soupçonné d'appartenir, à une organisation jugée subversive, et ce, sans mandat. Les individus déclarés coupables risquaient jusqu'à vingt ans de prison, d'être déportés et de voir leurs biens confisqués. En outre, les propriétaires de salle en vinrent à refuser de les louer à toutes organisations jugées subversives, de peur de voir les lieux fermés par les forces policières, de recevoir une amende et une peine de prison pouvant aller jusqu'à cinq ans. Enfin, les personnes accusées ont la charge de prouver leur innocence, une disposition inusitée en droit criminel, où c'est généralement aux autorités qu'incombe le fardeau de la preuve, puisqu'elles peuvent priver un individu, innocent jusqu'à preuve du contraire, de sa liberté.

socioéconomique. Pour établir ce nouvel ordre canadien au service du « bien commun plutôt que de l'enrichissement privé », dix mesures sont proposées, comme « l'amendement de la Constitution canadienne [...], de manière à donner au gouvernement du Dominion les pouvoirs nécessaires pour répondre efficacement aux problèmes économiques urgents, qui ont une dimension nationale » (League for social Reconstruction, 1980 : 219-220, traduction libre)

C'est d'ailleurs à partir du *Manifeste de la Ligue*, auquel Scott contribua de manière significative, qu'a été écrit le *Manifeste de Regina*, en 1933, la première plateforme du CCF (Horn, 1980 : 42-44). Scott et Forsey étaient parmi les membres fondateurs du CCF, l'année précédente à Calgary, et ils firent partie aussi de l'équipe de rédaction du *Manifeste de Regina* (Horn, 1980 : 41-44). Le préambule de celui-ci – reprenant presque mot pour mot celui de la *Ligue* – affirmait que le but du CCF « est l'établissement, au Canada, d'une communauté de solidarité et de coopération, au sein de laquelle les principes régulateurs de la production, de la distribution et de l'échange vont répondre aux besoins humains, non pas aux impératifs du profit. » (CCF, 1933, traduction libre) Le *Manifeste* prenait aussi position en faveur de la protection des droits des minorités et du maintien des libertés individuelles (CCF, 1933).

En 1935, la *Ligue* publia l'ouvrage *social Planning for Canada*, pour lequel Scott écrivit le chapitre sur le « Parlement et la Constitution » (Djwa, 1987 : 146). D'entrée de jeu, il souligna que la vision idéalisée du parlementarisme britannique, où le gouvernement serait responsable devant les Communes, ne tient pas compte du fonctionnement réel du système politique canadien, où il y avait une concentration de pouvoir excessive aux mains de l'exécutif (Scott, 1975 : 489-492). Dans la pratique révélait, le parti gouvernemental dominait la législature, grâce à son ascendant sur les députés de la majorité, mais aussi grâce à une administration publique indépendante et experte, qui rédige les lois et programmes, tout en les appliquant (Scott, 1975 : 489-492). Dans ces circonstances, alors que les autorités n'hésitaient pas à utiliser de manière arbitraire leur pouvoir coercitif pour faire taire la dissidence, Scott affirma

qu'« une charte des droits enchâssée dans [la Constitution et protégeant les droits individuels] jouerait un rôle crucial, pour freiner la présente dérive liberticide [...] ». » (Scott, 1975 : 508, traduction libre) Dans la continuité des *Manifestes de la Ligue et de Regina*, il réitéra l'importance d'une politique socioéconomique uniforme et d'une modification de la Constitution, transférant au Parlement central les pouvoirs sur les matières sociales et de régulation du commerce intraprovincial, afin de « créer une politique économique nationale uniforme¹⁴⁵. » (Scott, 1975 : 506, traduction libre) Une demande expresse du Canada au Parlement britannique serait suffisante pour adopter cet amendement, entendu ici que « le Canada s'exprimerait à travers le Parlement du Dominion, qui représente seul l'ensemble du pays et à qui toutes les matières d'importance nationale ont été confiées. » (Scott, 1975 : 506, traduction libre)

En 1937, à la suite de l'invalidation, par le Comité judiciaire de Londres, de pans importants du *New Deal* du premier ministre Bennett¹⁴⁶, Scott dénonça la vision constitutionnelle décentralisatrice portée par les *Law Lords*. « S'il n'y avait pas eu d'appel devant le Conseil privé, [écrivit-il,] les lois [composant le *New Deal*] seraient demeurées en vigueur. » (Scott, 1937b : 235, traduction libre) Pour Scott, le Comité judiciaire avait, à nouveau, démontré son biais laisser-fairiste et en faveur des droits provinciaux. Celui-ci, par ses décisions, « a imposé l'adoption au Canada d'une interprétation de la Constitution défavorable à un gouvernement central fort. » (Scott, 1937b : 235, traduction libre) Ce qui le mène à conclure que « le Conseil privé est et sera toujours une cour d'appel tout à fait insatisfaisante pour le Canada en matière

¹⁴⁵ Une idée qui demeure dans les cartons du gouvernement central et qui revient constamment dans l'actualité politique canadienne, à travers notamment les récents projets de centralisation de la taxation du carbone et de la réglementation du marché boursier. En 1999, l'entente-cadre sur l'union sociale canadienne, du gouvernement Chrétien, s'inscrit aussi dans cette logique centralisatrice (Gagnon, 2000).

¹⁴⁶ Les législations favorisant la redistribution et la régulation proposées, au Canada, par le premier ministre conservateur, Richard Bedford Bennett, étaient inspirées par le *New Deal* américain, du président démocrate Franklin Roosevelt (McConnell, 1969 ; Wilbur, 1969). Le *New Deal* de Bennett visait à répondre à la Grande Dépression (McConnell, 1969 ; Wilbur, 1969). Le *New Deal* canadien comprenait la mise en place d'un salaire minimum, d'une journée de travail de huit heures, d'un jour de repos obligatoire par semaine, d'une assurance-chômage, d'une assurance accident et santé, d'une pension de vieillesse, d'une taxe sur les revenus boursiers, de la réduction des dettes des fermiers et de règles anti-monopoles, pour éviter les prix d'achat et de vente abusifs (McConnell, 1969 ; Wilbur, 1969).

constitutionnelle ; ses membres sont trop éloignés, trop peu formés en droit, trop négligemment choisis et leur mandat est trop court. » (Scott, 1937a : 494, traduction libre) L'abolition des appels au Comité judiciaire est tout aussi fondamentale que l'amendement de la Constitution, car le Canada ne pouvait pas devenir une grande nation égalitaire, tant que l'Acte de 1867 serait interprété par des *Law Lords* « faisant obstacle à toute réforme sociale. » (Scott, 1943a : 61, traduction libre)

Pour Scott, et beaucoup d'autres, le Canada était formé d'une seule grande nation, constituée de deux cultures et de deux langues principales, récusant ainsi la thèse du pacte fondateur entre deux nations fondatrices. Il s'ensuivait qu'un amendement à l'Acte de 1867 ne nécessitait pas l'approbation du Québec. Cette vision de la nation canadienne s'inscrivait dans la continuité de celle des « Pères de la Confédération », comme George-Étienne Cartier, qui voyaient dans la Confédération de 1867 la possibilité de fonder une nouvelle nationalité civique à partir de deux « races » (voir Assemblée législative de la Province du Canada, 1865). Dans un article de 1942, *Political Nationalism and Confederation*, Scott écrivit que « la nation canadienne pourrait être de nature politique, mais pas ethnique. L'unité nationale voulait dire l'union de divers groupes au sein d'une même structure politique, pour réaliser des buts communs, sans qu'il y ait assimilation [...]. » (Scott, 1977 : 15, traduction libre)

À partir des années 1920, la pensée de l'historien de l'Université de Cambridge, Lord Acton, fut reprise par plusieurs intellectuels canadiens, comme William Kennedy, de façon à critiquer le « principe des nationalités », évoqué par le président américain Woodrow Wilson, à la fin de la Première Guerre mondiale, voulant que chaque nation puisse avoir son État (Berger, 1986 : 40 ; Millard, 2008 : 106). En effet, dans ses travaux, Acton avançait l'idée que « la liberté individuelle et la tolérance étaient mieux préservées dans des États multinationaux, comme l'Autriche-Hongrie et l'Empire britannique, que dans des unités politiques ethniquement homogènes. » (Berger, 1986 : 40, traduction libre) Bien que Scott ne cite pas directement Acton, la parenté de leurs idées sur le nationalisme est indéniable. De plus, le contexte intellectuel dans lequel

baignait Scott prônait un nouveau nationalisme canadien inspiré de la pensée actonienne (cf. Kennedy, 1921 : 14 et 17). La pensée d'Acton était un fondement interprétatif commun pour les intellectuels nationalistes canadiens.

La vision de Scott, d'un Canada uni et pleinement indépendant, se projetait sur la scène internationale. Avec des collègues de ses années oxfordiennes, il rejoignit l'*Institut canadien d'affaires internationales*, qui réfléchissait depuis 1928 à la place du Canada dans le monde et qui avait été fondé à la suite de la *Déclaration de Balfour*, proclamant en 1926 l'autonomie du Canada dans le Commonwealth. Pour Scott et son entourage, tout comme pour « le mouvement plus large nourri par le nationalisme canadien des années 1920 », « le Canada devait être une nation pleinement autonome au sein de la communauté internationale. » (Djwa, 1987 : 158, traduction libre) Selon cette vision, le Dominion devait s'émanciper de toutes formes de relations coloniales avec Londres et décider seul de sa participation ou de sa neutralité, advenant une guerre impliquant l'Empire (Djwa, 1987 : 164-166) Pour Scott, la question de la neutralité du Canada, donc l'émancipation de la politique impérialiste, était liée au maintien de l'unité nationale, mais aussi, conséquemment, à la possibilité de créer une communauté canadienne solidaire, une « société juste¹⁴⁷ » (Scott, 1939 : 407-408). Les Canadiens français ne se reconnaissaient pas dans la politique impériale, à laquelle ils s'opposèrent lors de la Première Guerre mondiale, en refusant la conscription. Il était donc impératif de s'en distancier pour trouver une base commune avec l'autre grande culture composant la nation canadienne (Scott, 1939 : 408).

L'implication politique de Scott se poursuivit durant les années 1940, alors qu'il devint conseiller constitutionnel du CCF, arrivé au pouvoir en Saskatchewan, sous le leadership de Tommy Douglas. Douglas fit appel à Scott, car il aspirait à mettre en œuvre les propositions constitutionnelles et socialistes de la *Ligue* et du *Manifeste de*

¹⁴⁷ Bien avant le discours sur la société juste, prononcée par le nouveau chef du Parti libéral du Canada, Pierre Trudeau (1968e), Frank Scott, dès 1939, s'était fait l'avocat d'une telle conception du Canada, liant égalité sociale, respect des minorités et protection constitutionnelle des libertés fondamentales.

Regina. À cet égard, son gouvernement fut le premier, au Canada, à adopter une charte des droits : le *Saskatchewan Bill of Rights* (1947) (Clément, 2008 : 129). De 1942 à 1950, Scott a aussi rempli les fonctions de président du CCF canadien et, « au cours de la campagne électorale fédérale de 1945, [son] point de vue sur la nécessité d’une déclaration constitutionnelle des droits est devenu une position officielle du CCF. » (Adams, 2009 : 140, traduction libre) Le CCF fut d’ailleurs le premier parti politique pancanadien à défendre la constitutionnalisation des libertés fondamentales.

À la même époque que Scott dénonça le traitement réservé aux Canadiens japonais qui, déportés dans des camps de concentration et dépouillés de leurs biens durant la guerre, étaient maintenant menacés de déportation et d’être déchus de leur citoyenneté, par le gouvernement libéral de Mackenzie King. Scott fit partie des très rares personnalités publiques à critiquer la répression dont étaient victimes des citoyens et des résidents canadiens, suspectés de déloyauté à cause de leur origine ethnoculturelle (Tarnopolsky, 1983 : 137 ; Djwa, 1987 : 237 ; Adams, 2009 : 96). Le soutien tacite de la majorité à la déportation révélait bien un racisme généralisé et historique à l’égard des Canadiens japonais (Adams, 2009 : 93-96). Derrière l’impératif de la sécurité intérieure – la justification officielle des autorités – se tapissait « une animosité raciste historique. » (Bangarth, 2008 : 2, traduction libre). La question canado-japonaise recoupait celles plus larges de la protection des minorités et des droits, notamment en temps de guerre, où les pouvoirs d’urgence permettaient au gouvernement central de suspendre les libertés civiles et cibler certains groupes minoritaires impopulaires (pour leur religion, leurs opinions politiques contestatrices, leur appartenance ethnoculturelle). C’est d’ailleurs « sur les ruines de la guerre, au milieu des horreurs de l’Holocauste, [que] Scott et d’autres ont commencé à prendre au sérieux l’idée de l’égalité constitutionnelle. » (Adams, 2009 : 78, traduction libre) Paradoxalement, Scott ne prit pas toute la mesure de la répression étatique massive envers les minorités impopulaires par le gouvernement central : « son engagement envers le centralisme politique l’a amené à maintenir le binaire erroné selon lequel les provinces réprimaient les droits

tandis que le gouvernement fédéral les protégeait. » (Adams, 2009 : 127, traduction libre) Scott a aussi minimisé l'ampleur des violations des libertés civiles découlant de l'application de la *Loi des mesures de guerre* et des *Règlements sur la défense du Canada* (Adams, 2009 : 127). Bref, « le gouvernement fédéral a restreint les libertés civiles de pensée, d'expression et d'association, autant sinon plus que les provinces ne l'ont jamais fait. » (Adams, 2009 : 127, traduction libre) Pour Scott, l'édification nationale et la justice sociale primaient sur la division constitutionnelle des pouvoirs et sur le respect de la jurisprudence du Comité judiciaire de Londres (Scott, 1943a : 87).

Au cours des années 1940, le professeur de droit constitutionnel, le militant politique et l'activiste en faveur des droits de la personne transposa ses combats en faveur des minorités impopulaires devant les tribunaux. Scott aida l'avocat principal des Témoins de Jéhovah, William Glen How, à préparer les plaidoyers de plusieurs causes portées devant la Cour suprême. Dans les arrêts *Boucher* (1951), *Saumur* (1953) et *Chaput* (1955), fut évoquée la théorie d'une déclaration implicite des droits contenue dans l'Acte de 1867, avancée d'abord par le juge en chef Lyman Duff¹⁴⁸ (Adams, 2010 : 447). À la fin des années 1950, Scott plaida avec succès deux autres causes majeures sur les libertés civiles et l'État de droit : *Switzman* (1957) et *Roncarelli* (1959).

Dans *Switzman* (1957), avec deux de ses anciens étudiants, Albert Marcus et Abraham Feiner, et un professeur de la faculté de droit de l'Université de Montréal, Jacques Perrault, Scott prit la défense d'un militant communiste, John Switzman. Le logement que louait Switzman fut cadenasé pendant douze mois en vertu de la *Loi du cadenas*,

¹⁴⁸ Sans avoir fait jurisprudence, la thèse de la déclaration implicite des droits a néanmoins été reprise par plusieurs juges de la Cour suprême, depuis la défense de la liberté de presse, dans le *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta* (1938), par le juge en chef Lyman Duff. Dans un *obiter dictum*, Duff déclara que « le préambule de [l'Acte de 1867] montre d'ailleurs assez clairement que la Constitution du Dominion doit être semblable en principe à celle du Royaume-Uni. L'Acte prévoit un parlement travaillant sous l'influence de l'opinion publique et du débat public. Il ne peut y avoir de controverse sur le fait que ces institutions tirent leur efficacité de la libre discussion publique des affaires, de la critique et de la réponse et de la contre-critique, de l'attaque contre la politique et l'administration et la défense et de la contre-attaque, de l'analyse et de l'examen les plus libres et complets des propositions politiques sous tous leurs points de vue. » (Traduction libre) Il s'agissait de « la première affirmation judiciaire des principes des libertés civiles » au Canada (Tarnopolsky, 1970 : 55, traduction libre)

car il était accusé d'utiliser son domicile pour faire de la propagande bolchévique. La locatrice poursuivit Switzman pour perte de revenus et bris de propriété. Le litige fut porté en appel devant la Cour suprême du Canada, en novembre 1956. Scott plaida que la *Loi du cadenas* était anticonstitutionnelle, parce qu'elle empiétait sur la compétence exclusive du Parlement central en matière de droit criminel et – invoquant l'idée de la déclaration implicite des droits – parce qu'elle violait les libertés de parole, de presse et de réunion pacifique (Adams, 2009 : 237-238). Devant la Cour, comprenant Ivan Rand – un juge favorable à la protection des libertés civiles (Baker, 2008 ; Kaplan, 2009 : 123) qui avait adopté la vision poundienne du droit¹⁴⁹ (Lajoie, 1995) –, Scott défendit l'idée selon laquelle « ces droits constituent l'essence même de la liberté en vertu de la loi constitutionnelle canadienne. Ils sont d'une ampleur et d'une importance si extraordinaire qu'ils dépassent complètement la compétence d'une législature provinciale. » (Citation tirée de Adams, 2009 : 238, traduction libre) Alors que l'avocat du gouvernement du Québec, le doyen de la faculté de droit de l'Université de Montréal, Louis Émery Beaulieu, défendit plutôt la suprématie parlementaire d'héritage britannique, selon laquelle « aucune liberté n'outrepasse la compétence législative du Parlement fédéral ou des législatures provinciales. » (Citation tirée d'Adams, 2009 : 238, traduction libre) Si les juges Ivan Rand et Douglas Abbott adoptèrent l'idée de la déclaration implicite des droits, le jugement majoritaire était plutôt technique en affirmant que la *Loi du cadenas* était hors de la compétence de l'Assemblée législative du Québec, car elle violait la compétence du Parlement central en matière de droit criminel (Switzman, 1957). Les dépenses judiciaires de Switzman lui furent aussi remboursées et il n'eut pas à régler son loyer impayé (Switzman, 1957).

Dans *Roncarelli* (1959), Scott défendit un Témoin de Jéhovah, Frank Roncarelli, avec son ancien étudiant, Albert Louis Stein. Ce tenancier de restaurant fut privé de son permis d'alcool, en 1946, par la Commission des liqueurs du Québec, sous l'ordre

¹⁴⁹ Selon Andrée Lajoie, « fidèle à sa théorie de l'ingénierie sociale, [Rand] essayait sans cesse d'adapter le droit aux faits dans une société en constante évolution. » (Lajoie, 1995 : 346, traduction libre)

direct du premier ministre et procureur général, Maurice Duplessis ; l'acculant à la faillite (Sarra-Bournet, 1986 ; Kaplan, 2009). Le motif était politique et n'avait rien à voir avec un quelconque bris de la réglementation sur l'alcool (Sarra-Bournet, 1986 ; Kaplan, 2009). Roncarelli était victime de la vengeance du premier ministre pour avoir payé les cautions légales de centaines de ses coreligionnaires, emprisonnés arbitrairement par les forces de l'ordre québécoises, à cause de leur prosélytisme (Sarra-Bournet, 1986 ; Kaplan, 2009). Pour Duplessis, l'action de Roncarelli était une « provocation » dans le contexte de la « guerre sans merci » qu'il livrait aux Témoins (Kaplan, 2009 : 135, traduction libre). Pour Scott, le litige concernait les garanties légales – les droits à une procédure judiciaire équitable et au paiement d'une caution – ainsi que la liberté de religion et le droit de propriété, dont jouiraient tous les citoyens canadiens et qui seraient hors de portée des législatures provinciales (Adams, 2010 : 443-444). Scott mobilisa le principe de l'État de droit, tel que défini par Dicey¹⁵⁰.

Scott intenta ainsi une poursuite directement contre le premier ministre Duplessis, pour abus de pouvoir, au motif qu'il avait agi en tant que personne privée pour punir arbitrairement un opposant¹⁵¹ (Sarra-Bournet, 1986). Duplessis, n'étant pas le dirigeant de l'organisme de la Commission des liqueurs, avait outrepassé ses pouvoirs liés à ses fonctions publiques de premier ministre et de procureur général (Sarra-Bournet, 1986). Analysant son plaidoyer, Adams conclut que « Scott a délibérément employé le langage des droits et de la citoyenneté. » (Adams, 2010 : 444, traduction libre) En effet, « l'idée de citoyenneté nationale offre les moyens d'attacher des droits individuels au sujet juridique, nonobstant l'absence d'une déclaration constitutionnelle formelle des droits. » (Adams, 2010 : 444, traduction libre) Ce qui lui permettait d'articuler deux des idées au cœur de son patriotisme constitutionnel : « tous les citoyens détiennent les

¹⁵⁰ Pour rappel, l'État de droit diceyen signifie que personne n'est au-dessus de la loi – pas même le premier ministre –, que la loi s'applique à tous de manière uniforme, que tous peuvent jouir également de la protection de la loi et que l'on ne peut être puni qu'après une procédure judiciaire équitable.

¹⁵¹ Devant la Cour suprême, l'avocat de Duplessis, Beaulieu, argua que le premier ministre ne pouvait être poursuivi dans le cadre de ses fonctions et avoua candidement que ce dernier avait bel et bien donné cet ordre pour empêcher Roncarelli de payer les cautions de ses coreligionnaires (Djwa, 1987 : 314).

mêmes droits et libertés ; les droits de la communauté nationale des citoyens relèvent de la compétence fédérale exclusive. » (Adams, 2010 : 444, traduction libre)

Si le jugement majoritaire de la Cour n'emprunta pas le langage du nationalisme constitutionnel et des droits individuels, évoqué par Scott, il confirma tout de même que Duplessis avait outrepassé ses fonctions officielles, que Roncarelli avait été arbitrairement puni et qu'il avait droit à une réparation. Le juge Rand, bien qu'il se soit rangé du côté de la majorité, argua que Duplessis avait violé les libertés civiles et le droit de propriété de Roncarelli, libertés qui seraient inhérentes à la citoyenneté et à l'ordre constitutionnel canadiens. Or, selon Adams, « en passant de la faute de Duplessis, en vertu du droit privé, aux droits de Roncarelli, en tant que citoyen, le juge Rand approfondissait son raisonnement en faveur d'une déclaration implicite des droits. » (Adams, 2010 : 449, traduction libre) Le raisonnement du juge Rand fut compris par nombre de juristes, tel Trudeau qui assista aux audiences, comme se situant dans le contexte de « deux décennies de débats juridiques et politiques sur les droits constitutionnels et la nature de la citoyenneté au Canada. » (Adams, 2010 : 451, traduction libre) Depuis la Deuxième Guerre mondiale, où fut proclamée la *Loi des mesures de guerre* suspendant les libertés civiles et où les Canadiens japonais subirent une forte répression, l'enjeu des droits individuels était davantage saillant et de nouveaux arguments chartistes étaient développés (Adams, 2009 ; MacLennan, 2003).

5.4. L'enseignement constitutionnel de Scott

Le nationalisme constitutionnel défendu par Scott est synthétisé dans son plaidoyer de l'affaire Roncarelli. Cette vision fut transmise à ses étudiants, dont plusieurs jouèrent un rôle central lors des débats sur la protection constitutionnelle des droits, notamment Gerald Le Dain, Michael Pitfield et Pierre Trudeau¹⁵². Ils « ont été des avocats et ont

¹⁵² Scott a aussi enseigné au juriste John Humphrey, qui fut un des principaux rédacteurs de la

développé ce que l'on pourrait appeler la "thèse de Scott", et ce, de manière dramatique jusqu'au rapatriement de la Constitution en 1982 et l'enchâssement d'une Charte des droits. » (Djwa, 1987 : 270, traduction libre) En outre, Scott – tout comme Laskin et Wright – travailla activement à l'établissement d'un cursus universitaire moderne et davantage autonome par rapport au Barreau, c'est-à-dire moins technique et collé à la pratique du droit privé, intégrant le droit public et axé sur la qualité de l'enseignement et de la recherche universitaires (Djwa, 1987 ; Girard, 2005). La professionnalisation et la rationalisation de la profession juridique devaient lui permettre de répondre aux défis de l'époque. Formé simultanément à la doctrine juridique américaine moderne ainsi qu'à l'histoire constitutionnelle britannique, Scott, comme plusieurs autres constitutionnalistes de son temps, tel Laskin, était un défenseur d'une approche réaliste et pragmatique du droit – plutôt que théorique et formaliste – qui réponde aux besoins concrets de la société (Djwa, 1987 ; Girard, 2005).

5.4.1. Gerald Eric Le Dain

L'Anglo-qubécois Gerald Eric Le Dain (1924-2007) débuta en 1946 ses études de droit à l'Université McGill, où il fut « particulièrement inspiré par son professeur de droit constitutionnel, F. R. Scott, qui est devenu son ami et son mentor. » (Ryder, 2007 : 660, traduction libre) En plus des questions liées à l'État de droit et à l'indépendance du Canada de la tutelle britannique, les idées phares de l'enseignement de Scott étaient « la planification économique, la justice sociale et la protection des droits de l'homme. » (Le Dain, 1983 : 103-104, traduction libre) Scott était aussi « fortement préoccupé par le problème de l'unité canadienne, notamment la position du Canada français dans la Confédération. » (Le Dain, 1983 : 105, traduction libre) S'il était sensible aux inégalités vécues par les Canadiens français, Scott s'opposait au principe d'une autonomie provinciale accrue pour le Québec, car seule l'action du gouvernement central pourrait leur accorder une place plus juste au sein de la fédération

Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU. Ce sujet est abordé au chapitre 8.

(Le Dain, 1983 : 105) Enfin, Scott rejetait les abstractions doctrinaires pour se concentrer sur « les implications fonctionnelles et politiques » du droit constitutionnel canadien (Le Dain, 1983 : 107, traduction libre) Il martela aussi à ses étudiants l'importance d'amender la Constitution – pour y enchâsser les droits fondamentaux et donner au gouvernement central les pouvoirs nécessaires afin de mettre en place un État social pancanadien –, et les prépara pour cet objectif (Le Dain, 1983 : 106).

Docteur en droit de l'Université de Lyon (1950), professeur de droit constitutionnel à l'Université McGill (1953-1967) et doyen de la faculté de droit d'Osgoode Hall (1967-1975), Gerald Le Dain suivit les enseignements de Scott. Dans le contexte de crise politique des années de la Commission Laurendeau-Dunton, il a écrit qu'« un nouveau consensus concernant l'identité nationale et la raison d'être de notre pays est le fondement nécessaire à toute étude sérieuse des changements constitutionnels. » (Le Dain, 1967 : 402-403, traduction libre) Ce nouveau consensus national devrait s'appuyer sur un ensemble de principes : le principe majoritaire en matière de décision, la protection des droits des minorités et des individus, la flexibilité constitutionnelle pour s'ajuster aux nouvelles réalités, l'indépendance des tribunaux ainsi que la confiance dans l'impartialité du contrôle judiciaire des lois (Le Dain, 1967 : 402-408). Le Dain croyait aussi que la culture et la langue de la minorité canadienne-française devraient être protégées, mais aussi qu'elle devait jouir d'une égalité d'opportunités économiques et n'être plus être traité comme un groupe culturellement inférieur (Le Dain, 1967 : 403-406). Sa solution – qui était aussi celle de Scott, Trudeau et plusieurs autres – était de faire du Canada un État fort, prospère et bilingue, où les francophones pourraient circuler librement et trouver partout leur place (Le Dain, 1967 : 405). Il en allait de la survie du Canada, car les Canadiens anglais et français « ont besoin les uns des autres pour préserver leur identité et réaliser leur plein potentiel, en tant que peuple indépendant au sein du continent nord-américain. » (Le Dain, 1967 : 405, traduction libre)¹⁵³ La réalisation de l'unité nationale à partir de ces deux grandes cultures serait

¹⁵³ Le philosophe George Grant défendit une idée similaire, en 1965, dans l'essai *Est-ce la fin du*

« la destinée particulière et la tâche extrêmement difficile que l'histoire a confiée au Canada. » (Le Dain, 1967 : 405, traduction libre) À ce sujet, en 1967, Le Dain et plusieurs autres juristes de premier plan – les professeurs de droit Mark MacGuigan¹⁵⁴, Gérard V. La Forest¹⁵⁵ et Barry Strayer ainsi que les fonctionnaires Jean Beetz¹⁵⁶, Carl Goldenberg¹⁵⁷ et Michael Pitfield – firent partie d'un Comité sur la Constitution, mis en place en 1967 par le nouveau ministre de la Justice, Pierre Trudeau, pour répondre notamment aux enjeux constitutionnels soulevés par les travaux de la Commission Laurendeau-Dunton (Djwa, 1987 : 397-398). Ces experts « recommandaient que le gouvernement central prenne l'initiative constitutionnelle en adhérant au principe d'inclusion d'une charte des droits de la personne dans l'Acte de 1867. » (Clarkson et McCall, 1990 : 238) Enfin, quelques années plus tard, en 1975, Le Dain fut nommé

Canada ? (Lament for a Nation).

¹⁵⁴ Docteur en droit de l'Université Columbia, Mark MacGuigan (1931-1998) a quitté la carrière universitaire en 1968 pour se présenter et être élu député sous la bannière du Parti libéral du Canada. Il a accédé au Conseil des ministres en 1980, en tant que ministre des Affaires étrangères, puis comme ministre de la Justice, en 1982. Il a terminé sa carrière comme juge de la Cour d'appel fédérale en 1984.

¹⁵⁵ Ancien étudiant d'Oxford (bourse Rhodes) et docteur en droit de Yale, Gérard La Forest (1926-...) a quitté la faculté de droit de l'Université de l'Alberta en 1970 pour la fonction publique à Ottawa. Il est ensuite devenu membre de la Commission de la réforme du droit du Canada, en 1975. En 1979, il est retourné à l'enseignement du droit. Il est alors nommé juge à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, en 1981. Enfin, de 1985 à 1997, il siège à la Cour suprême du Canada.

¹⁵⁶ Ancien étudiant d'Oxford (lauréat d'une bourse Rhodes) et ex-collègue de Trudeau à la faculté de droit de l'Université de Montréal, Jean Beetz (1927-1991) a quitté son poste de doyen pour rejoindre l'équipe de conseillers constitutionnels du premier ministre. Il a, par la suite, été nommé juge de la Cour d'appel du Québec (1973), puis juge de la Cour suprême du Canada (1974), où il siègea jusqu'en 1988. Il fit partie de la décision majoritaire qui décida, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, que le Parlement central avait l'autorité constitutionnelle pour agir de manière unilatérale, en stipulant que la convention réclamait seulement qu'il ait l'appui d'un nombre substantiel de Législatures provinciales.

¹⁵⁷ Ancien étudiant de Scott à l'Université McGill, Hyman Carl Goldenberg (1907-1996) signa, en 1934, un article dans la revue du Barreau canadien, où il reprenait à son compte les thèses centralisatrices de son mentor. Il affirmait que le Comité judiciaire avait dénaturé l'AANB, en accordant davantage de pouvoirs aux États provinciaux, au détriment de la capacité de l'État central à réguler des enjeux socioéconomiques complexes, qui avaient une dimension nationale, et ce, dans le contexte de la Grande dépression (Goldenberg, 1934 : 422-423 et 425). Goldenberg a aussi été un des proches conseillers constitutionnels de Trudeau, qui le nomma sénateur en 1971 (il y resta jusqu'en 1982), où il continua de jouer un rôle clé comme président du Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles et comme membre du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada (1980-1981). Enfin, il a été le rédacteur d'un discours célèbre de Trudeau (1968b), prononcé devant le Barreau canadien, en 1967, où il défendit l'inclusion d'un catalogue de droits dans la Constitution (Clarkson et McCall, 1990 : 239-240).

juge de la Cour d'appel fédérale, par le premier ministre Trudeau. Ce dernier, sous la recommandation du ministre de la Justice, Mark MacGuigan, éleva Le Dain à la Cour suprême, en 1984, après la mort d'un de leurs mentors, Bora Laskin. Cette année-là, la Cour entendait les premiers appels en vertu de la Charte canadienne. Le Dain contribua ainsi à développer la jurisprudence constitutionnelle post-1982 (Ryder, 2007).

5.4.2. Peter Michael Pitfield

Peter Michael Pitfield (1937-2017) obtint, dès l'âge de 16 ans, un baccalauréat en arts et sciences de l'Université St-Lawrence à Canton (New York), pour ensuite suivre les cours de Scott au baccalauréat en droit, à l'Université McGill. Il rejoignit la fonction publique à Ottawa, en 1959, comme assistant du ministre conservateur de la Justice, Edmund Davie Fulton. C'est également à ce moment qu'il fit la connaissance du juriste Marc Lalonde, futur lieutenant de Pierre Trudeau (Gray, 2017). Au début des années 1960, les deux disciples de Scott, Pitfield et Trudeau, se sont rencontrés et « ont constaté qu'ils partageaient une vision commune de ce que devrait être le Canada et de la place que devrait y occuper le Québec. » (Gray, 2017, traduction libre) Ils partageaient aussi la vision scottienne d'une transformation profonde du régime canadien par le droit. À ce sujet, et en rétrospective, il écrivit en 2003 que la clé du projet canadien est de trouver la façon de « mûrir en tant que pays et de développer un plus grand sens de l'unité et des fins, non pas en passant à travers une épreuve traumatique nationale [...], mais par une évolution pacifique et rationnelle, à travers le fonctionnement du droit. » (Pitfield, 2003 : xvi, traduction libre)

Dès 1968, Pitfield fit partie de la garde politique rapprochée de Trudeau et, avec Ramsay Cook et Marc Lalonde, était de ceux qui l'encouragèrent à se lancer dans la course à la chefferie du PLC (Cook, 2006 : 56). En 1975, à l'âge de 37 ans, il devint Greffier du Bureau du Conseil privé – le mandarin le plus puissant de l'Administration publique centrale – et Secrétaire du Cabinet du premier ministre. « M. Pitfield pouvait compter sur un premier ministre qui partageait sa passion pour l'unité nationale [...] et M. Trudeau était assuré d'un ami et d'un conseiller dont la loyauté était absolue. »

(Gray, 2017, traduction libre) Pitfield conserva ces positions au centre du pouvoir jusqu'à sa nomination au Sénat en 1982, où il siégea tout en étant vice-président d'une multinationale proche du PLC, *Power Corporation*¹⁵⁸.

Sous Pitfield, le Bureau du Conseil privé devint un organe politisé au service du Cabinet du premier ministre, plutôt que d'appuyer le Conseil des ministres ou de représenter les intérêts de l'Administration publique auprès du gouvernement ; en principe, il devait remplir ces trois rôles en même temps (Savoie, 1999b : 112-114 et 345). Ce changement a contribué à la centralisation du pouvoir dans les mains du premier ministre, processus qui a été voulu par Trudeau et son état-major pour répondre plus efficacement aux enjeux liés à la crise de l'unité nationale, surtout à la suite de l'élection du Parti québécois en 1976 (Savoie, 1999b : 10 et 348-349). En plus d'être un mandarin très influent, Pitfield fut aussi un des stratèges clés lors des débats constitutionnels de 1981-1982 (English, 2008). Dans une note stratégique d'août 1980, il suggéra à Trudeau de procéder au rapatriement de manière unilatérale avant Noël (Morin, 1988 : 99-100). La note prenait pour acquis l'échec de l'éventuelle conférence constitutionnelle de septembre 1980, suggérait d'attendre quelque temps avant d'annoncer les intentions du gouvernement, de façon à pouvoir arguer qu'il avait agi de bonne foi, et proposait une résolution parlementaire pour le rapatriement unilatéral de la Constitution (Romanow, Whyte et Leeson, 2007 : 90-91).

Aux funérailles de Pitfield, en 2017, le premier ministre du Canada, Justin Trudeau, a reconnu son rôle central, en 1981-1982, dans la réalisation du projet constitutionnel de son père : « Michael a joué un rôle critique dans le rapatriement de la Constitution ainsi que dans la mise en œuvre de la Charte canadienne des droits et libertés. Il a ardemment défendu le bilinguisme et l'unité nationale. Son leadership nous a aidés à s'unir en tant que pays et à forger une démocratie qui nous est propre. » (Trudeau, 2017)

¹⁵⁸ Par exemple, Jean Chrétien, Paul Martin et Pierre Elliott Trudeau ont tous œuvré, à un moment ou un autre de leur carrière, pour cette multinationale de gestion de portefeuille.

5.4.3. Pierre Elliott Trudeau

Pierre Elliott Trudeau (1919-2000) n'a pas été formellement l'étudiant de Scott, car, après des études de premier cycle en droit à l'Université de Montréal (1940-1943), où il eut Jacques Perrault comme professeur, ce fils d'un richissime avocat francophone de Montréal (qui était aussi argentier de l'Union nationale) avait entrepris le circuit international des grandes universités. Il compléta d'abord une maîtrise en économie politique à l'Université Harvard (1944-1945). Selon John English, « [b]ien qu'il ait souvent résisté au libéralisme anglo-américain qui y régnait au milieu des années 1940, Trudeau fut profondément marqué par son séjour à Harvard. » (English, 2007c) C'est là qu'il suivit les cours du politologue Carl Joachim Friedrich (1901-1984)¹⁵⁹, qui lui enseigna que « les constitutions écrites étaient les remparts dont toute société démocratique avait besoin pour garantir les libertés individuelles. » (Clarkson et McCall, 1990 : 44) Friedrich défendit aussi l'idée que « le pouvoir judiciaire est le “gardien” de la constitution, préservant un équilibre entre les nouvelles et les anciennes normes », « entre les forces traditionnelles et les intérêts nouveaux. » (Schneiderman, 2015: 140 et 141, traduction libre) Le constitutionnalisme permettrait ainsi, pour Friedrich puis pour Trudeau, d'assurer le changement dans la continuité, par un jeu de balancier assurant une compétition *fair-play* entre les mouvements sociopolitiques montants et les forces établies (*cf.* Trudeau, 1970 : 7). En 1965, dans *Le Québec et le problème constitutionnel*, Trudeau affirma qu'une réforme constitutionnelle favoriserait une véritable égalité des chances pour les francophones et pour les classes laborieuses (Trudeau, 1967 : 13-56). Trudeau concevait ainsi le constitutionnalisme comme un système d'équilibre, de contrepouvoirs (Trudeau, 1968c : xxiii).

¹⁵⁹ Friedrich a d'ailleurs écrit que « la constitution a, pour la science politique moderne, une signification très précise, en tant que processus par lequel l'action gouvernementale est efficacement restreinte. » (Friedrich, 1937 : 111, traduction libre) Pour lui, « la force politique de la Constitution est particulièrement importante en ce qui a trait aux restrictions qu'une charte des droits impose à l'action gouvernementale. » (Friedrich, 1937 : 132, traduction libre) Friedrich participa d'ailleurs à la rédaction de la *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne*, après la Deuxième Guerre mondiale.

Trudeau entreprit ensuite un doctorat en science politique à la *London School of Economics* (1947-1949), un bastion keynésien, où il se rapprocha des idées sociales-démocrates de son directeur de thèse¹⁶⁰, le professeur et dirigeant travailliste Harold Laski. Ce dernier était méfiant envers le contrôle judiciaire des politiques sociales – notamment à cause de l'ère *Lochner* aux États-Unis, où la Cour suprême s'opposait à la régulation des marchés et aux protections sociales¹⁶¹ – et croyait que la volonté parlementaire devait primer sur ces questions (Laski, 1938). Toutefois, il était d'abord un défenseur des droits de la personne, favorable à l'enchâssement constitutionnel des droits fondamentaux (Laski, 1938). Selon lui, un mouvement historique puissant expliquait la dissémination des droits de la personne depuis le XVIII^e siècle et, écrivait-il en pleine guerre, « on s'est rendu compte de plus en plus que le gouvernement constitutionnel ne pouvait être maintenu que si l'on protégeait (i) la liberté d'expression et (ii) la liberté d'association. » (Laski, 1940, traduction libre) Trudeau avança aussi qu'« [u]ne limitation constitutionnelle de l'exercice du pouvoir s'inscrit dans la ligne de l'évolution naturelle des sociétés démocratiques. » (Trudeau, 1968a : 11). La protection des droits de la personne serait devenue impérative, à la suite des révolutions américaine et française, des horreurs de la Deuxième Guerre mondiale et de l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* par l'ONU (Trudeau, 1968a).

À Londres, Trudeau se familiarisa avec les idées de Lord Acton, qui défendait, dès 1862, le principe de la nationalité politique, fondée sur l'État, qui réunissait de manière enrichissante et pacifique plusieurs nations ethniques, permettant ainsi le progrès civilisationnel et la préservation des libertés (Dalberg-Acton, 1948 : 185). Acton rejetait le « liberticide » et « régressif » État-nation : « Là où les frontières politiques

¹⁶⁰ Sa thèse, non complétée, s'intitulait *Les libertés dans la province de Québec*.

¹⁶¹ Cette période est nommée à la suite de l'influent jugement *Lochner v. New York* (1905), dans laquelle la Cour suprême américaine a jugé anticonstitutionnelle une loi de l'État de New York, visant à limiter les heures de travail des boulangers à 10 heures par jour et 60 heures par semaine, au motif qu'elle enfreignait les garanties juridiques protégeant la liberté de contrat entre l'employeur et l'employé. L'ère *Lochner*, marquée par l'idéologie laisser-fairiste de la Cour suprême des États-Unis, prend fin avec la décision *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937), dans laquelle est jugée valide une loi de l'État de Washington garantissant un salaire minimum pour les femmes.

et nationales coïncident, la société cesse de progresser [...]. » (Dalberg-Acton, 1948 : 186, traduction libre) Enfin, pour Acton, seul le fédéralisme permettait de préserver l'idéal moderne de l'autogouvernement (Dalberg-Acton, 1948 : 172-173).

Trudeau « en était venu à la conclusion que le fédéralisme », qui permet la coexistence pacifique et stable de plusieurs nations ethniques, « était l'expression suprême de la démocratie. » (Clarkson et McCall, 1990 : 53) Trudeau avait toutefois été sensibilisé à ces idées (garanties constitutionnelles, nationalisme politique, fédéralisme et interventionnisme étatique) alors qu'il étudiait le droit à l'Université de Montréal et visitait souvent le bureau de Scott (Djwa, 1987 : 236) Trudeau étudiait les travaux de ce dernier depuis 1942 ; il avait notamment lu l'article *A Policy of Neutrality for Canada*, dans lequel Scott développa, dès 1939, le concept de « société juste » (Djwa, 1987 : 319). D'ailleurs, « la *société juste* [...] était aussi un concept adopté par Trudeau, qui partageait les convictions de Scott selon lesquelles, pour créer une telle société, il fallait d'abord rapatrier la Constitution. » (Djwa, 1987 : 431, traduction libre)

Les deux intellectuels se sont rencontrés, en 1943, lors d'une conférence sur la Constitution du Canada, prononcée par Scott à l'Université de Montréal, où il argua en faveur de son rapatriement et de son amendement (Djwa, 1987 : 236 et 319). Dès lors, ils se croisèrent lors de soirées, de conférences ou de réunions du CCF (Djwa, 1987 : 319). En plus de leur commun amour de la patrie canadienne, les deux hommes, issus de milieux aisés, s'opposaient tous deux au régime autoritaire et conservateur de Duplessis, tout en partageant un rationalisme rigoriste et une conception moderne du droit, hérités des grandes universités anglo-saxonnes et de la doctrine juridique américaine (Djwa, 1987 : 320, 324 et 326). Leur *habitus* était donc similaire.

Durant les années 1940, « Trudeau avait absorbé la plupart des idées de Scott sur le Canada et la Constitution, qui complétait sa philosophie socialiste » de l'époque (Djwa, 1987 : 319, traduction libre) Lors d'une entrevue, l'ancien premier ministre affirma que « c'est à travers mes contacts avec la personne de Frank et par l'exemple de ses actions que j'ai assimilé la plus grande partie de ma pensée constitutionnelle. » (Djwa, 1987 :

326, traduction libre) Les idées de Scott, telles que sa vision de la société québécoise, transparaissent dans la célèbre introduction qu'écrivit Trudeau à *La grève de l'amiante* (1956) – œuvre phare de l'anti-duplessisme –, qu'il avait dirigé à la demande de Scott (Djwa, 1987 : 333). En effet, « durant les années 1950, les affaires Roncarelli et de la *Loi du cadenas* ont démontré de plus belle à Scott – et sans doute à Trudeau, qui était à chaque fois dans l'auditoire lorsque ce dernier plaidait – que seulement le gouvernement central et la Constitution du Canada pouvaient protéger les droits des minorités. » (Djwa, 1987 : 432, traduction libre) Or, leur position centralisatrice faisait peu de cas de la suspension des libertés civiles et de la répression des Canadiens japonais, par le gouvernement central, durant la Deuxième Guerre mondiale.

Les idées de Scott, si elles firent si forte impression sur Trudeau, c'est aussi qu'elles s'inscrivaient dans un contexte économique-politique particulier, qu'elles étaient portées par une nouvelle génération d'intellectuels inspirés par le nationalisme canadien et qu'elles répondaient aux principaux défis de l'époque, menaçant l'unité canadienne :

1. L'impératif d'une économie planifiée et d'une redéfinition de la division des pouvoirs constitutionnels ;
2. L'infériorité socioéconomique des francophones partout au pays ;
3. Les tensions politico-constitutionnelles entre le Québec et le Canada anglais ;
4. L'importance des protections juridiques pour les individus et les minorités ;
5. L'impératif de redéfinir l'identité canadienne, alors que le lien impérial britannique s'amenuisait ;
6. Enfin, le rapatriement de la Constitution du Canada.

La proximité de Trudeau avec Acton s'explique d'abord par ce même contexte, mais aussi par le fait que ce dernier était fréquemment mobilisé par les intellectuels canadiens-anglais depuis les années 1920 (LaSelva, 1996 : 45 et 167). Quant à l'importance que Trudeau accordait au bilinguisme institutionnel a été renforcée par son expérience à titre de fonctionnaire au Bureau du Conseil privé, à Ottawa, de 1949 à 1951, où il connut le sort inférieur réservé au français dans la capitale de la fédération (Clarkson et McCall, 1990 : 54 ; Bickerton, Brooks et Gagnon, 2003 : 153-154). Trudeau dénonça d'ailleurs « [l]e fonctionnarisme fédéral où la langue anglaise est, à

toutes fins pratiques, la seule langue de travail [...]. » (Trudeau, 1967 : 11) Il souligna aussi que « [l]a capitale fédérale est une capitale anglaise. » (Trudeau, 1967 : 11)

Durant les années 1950, Trudeau a ainsi été proche du CCF et de ses ténors montréalais – tels Eugene Forsey, Frank Scott, Charles Taylor –, mais s'en éloigna au début des années 1960, alors que ce parti adoptait le nom de Nouveau Parti démocratique (NPD) et la thèse des deux nations fondatrices¹⁶². Une position qui était contraire à sa vision nationaliste constitutionnelle – ainsi qu'à celle de Forsey et Scott – d'une nation canadienne unifiée. Là-dessus, Trudeau reconnut sa dette envers Forsey qui, par son article *Canada : Two Nations or One ?* (1962), contribua fortement à affiner sa conception de la nation canadienne et son rejet de la vision binationale du Canada (Milligan, 2004 : 226-227). En outre, Trudeau jugeait ce dualisme dangereux, avec la montée du mouvement indépendantiste québécois et ce qu'il concevait comme les « dérives nationalistes » du régime Lesage, qui prenait le relais du régime autonomiste de Duplessis. Pour Trudeau, comme pour Scott avant lui, le nationalisme québécois était un mouvement séparatiste, ethnique, rétrograde et pernicieux, qui minait les libertés individuelles et menait à la fragmentation et à la déstabilisation de la fédération. Trudeau quitta donc son poste de professeur de droit à l'Université de Montréal pour rejoindre les libéraux de Lester B. Pearson en 1965. Ce virage politique centriste se manifestait par l'éloignement de Trudeau de ses idées sociales-démocrates de jeunesse, pour se camper dans une idéologie sociale libérale, davantage favorable à la protection des libertés individuelles (Clarkson et McCall, 1990 : 76).

Cependant, Trudeau ne s'éloignait pas à ce point des enseignements de son mentor. C'est bien Scott qui écrivait en 1949, dans *Dominion Jurisdiction over Human Rights and Fundamental Freedoms*, que « définir et protéger les droits des individus est l'un des principaux objectifs de la Constitution dans un État démocratique. » (Scott, 1977 :

¹⁶² La reconnaissance du principe des deux nations a aussi motivé le départ de Forsey du NPD, qui fut d'ailleurs nommé sénateur libéral en 1970. Quant à Scott, bien que cette position fût contraire à sa vision nationale pour le Canada, il n'alla pas jusqu'à se prononcer publiquement contre son parti.

209, traduction libre) Scott n'a jamais milité pour la constitutionnalisation des droits socioéconomiques. Pour ce dernier, ces droits relevaient de la logique du champ politique : le gouvernement central devait disposer de pouvoirs constitutionnels conséquents, pour qu'il puisse mettre en place une économie planifiée et régulée ainsi qu'une politique de redistribution pancanadienne, qui soient cohérentes, efficaces et uniformes (Scott, 1977). Les droits fondamentaux constitutionnalisés permettraient d'encadrer l'action de cet État social (Scott, 1977). Bref, « [d]u point de vue de Scott, les droits de la personne nécessitaient une action étatique socialiste jumelée à des limites constitutionnelles interprétées par des tribunaux, qui faisaient respecter des droits constitutionnels bien établis. » (Adams, 2009 : 14-15, traduction libre) Selon Dominique Clément, « bien qu'il ait toujours été un social-démocrate avoué et un partisan déterminé du CCF/NPD, Scott était libéral lorsqu'il s'agissait de défendre les droits de la personne. » (Clément, 2008 : 129, traduction libre) Ross Lambertson souligna que « Scott, comme beaucoup d'autres sociaux-démocrates de l'époque, était un socialiste en matière économique, mais un libéral au plan politique [...]. » (Lambertson, 2005 : 27, traduction libre) Comme pour Trudeau, « l'activisme en faveur des droits de Scott était fondé sur l'idée de l'égalité des chances, par opposition à une approche plus large [...] selon laquelle l'État devait assurer plus qu'une simple égalité formelle entre les individus. » (Clément, 2008 : 129, traduction libre)

« Scott pensait, et Trudeau adhérait à cette position, qu'une déclaration des droits était la meilleure façon de préserver la démocratie. » (Djwa, 1987 : 432, traduction libre) Ainsi, Scott et Trudeau partageaient le principe libéral de l'équité procédurière pour tous, que l'on retrouve notamment dans la conception diceyenne de l'État de droit et qui est inhérente au libéralisme constitutionnel. Selon cette perspective, les normes constitutionnelles, qui encadrent les relations sociopolitiques, n'ont pas à incarner ou à produire une conception particulière du Bien. Elles doivent plutôt être justes et équitables pour tous, tout en protégeant les individus et les minorités. Ces normes permettraient ainsi une compétition équitable entre des individus rationnels, à la fois

sur le marché et dans la vie politique. Cette « justice comme équité » pour tous aurait un effet stabilisateur et légitimateur pour le régime, car elle constituerait le commun dénominateur entre plusieurs conceptions de la vie bonne qui traversent le *demos* au sein de la démocratie constitutionnelle (Rawls, 1985). Le philosophe du droit, Ronald Dworkin, avançait aussi que l'État libéral ne doit pas incarner des valeurs substantives et collectives – une vision particulière de la communauté et de la vie bonne –, mais assurer une procédure équitable pour les individus, tout en permettant à ceux-ci, le cas échéant, de résister aux décisions de la majorité (Dworkin, 1985 : 191-192, 198).

Charles Taylor (1992c : 204-208) soulignait que cette vision individualiste et procédurière de l'égalité anime le patriotisme de la Charte et que cette politique des droits n'était pas culturellement neutre. Les aspirations à l'autonomie de la communauté politique québécoise s'avèrent ainsi incompatibles avec l'identité constitutionnelle dominante au Canada anglais (Taylor, 1992c : 204-208). Quant à lui, le penseur du pluralisme culturel, Bhikhu Parekh, reprocha à ce libéralisme procédural « de prendre pour acquise une société culturellement homogène qui est attachée à l'individualité et à l'autonomie », et qu'il serait essentiel « de protéger contre la menace des modes de vie antilibéraux. » (Parekh, 1994 : 13, traduction libre) Peter Hogg, quant à lui, critiqua aussi les théories procédurières du droit, car elles occultent l'aspect axiologique, substantif, des droits fondamentaux ou négatifs (Hogg, 1987 : 106-108). Car, au-delà des motifs avancés par les tribunaux pour décider d'un litige, dans les faits, les lois sont jugées invalides par les magistrats « lorsqu'elles ne respectent pas les aspects de l'autonomie individuelle garantis par la Charte. » (Hogg, 1987 : 111, traduction libre) L'État de droit reflète et représente donc les intérêts de la nation majoritaire, en prenant pour acquis l'existence d'un État-nation culturellement homogène et en faisant primer des normes libérales individualistes (Lajoie, 2000).

Au cœur du constitutionnalisme démocratique de Scott et Trudeau, on retrouve aussi l'idée que le maintien de l'ordre public est une condition essentielle au maintien de l'État de droit, car il protège les individus des actions arbitraires de l'État (Djwa, 1987 :

406). Ce qui permet de comprendre que le premier ministre Trudeau ait fait appel à la *Loi des mesures de guerre*, en 1970, pour mettre fin notamment aux activités terroristes du Front de libération du Québec et pour restaurer l'ordre public, et que Scott ait cautionné ces mesures. Pour Scott, en instaurant un climat de peur, « le séparatisme révolutionnaire au Québec menaçait la primauté du droit dans une société démocratique. » (Djwa, 1987 : 406, traduction libre) Lors de la proclamation de la *Loi des mesures de guerre*, le premier ministre prononça un « discours à la nation », dans lequel il justifia la suspension des libertés, en invoquant, lui aussi, le climat de peur. Dans un style hobbesien¹⁶³, Pierre Trudeau déclara, le 16 octobre 1970, que « [l]e Gouvernement, lui, n'agit pas sous l'effet de la peur. Il agit pour empêcher la peur de se propager. Il agit pour maintenir l'autorité de la loi sans laquelle la liberté n'est plus possible. » (Trudeau, 1970c) Selon Allen Mills, Scott était aussi hobbesien que Trudeau : « Sans paix civile, rien n'est possible, et les souverains doivent parfois se comporter "sévérement" pour l'établir. » (Mills, 1997 : 58, traduction libre)

Enfin, dès les années 1970, la montée du nationalisme québécois et le développement d'une politique linguistique québécoise, affirmant la primauté du français au Québec, vit disparaître le F. R. Scott sensible à la réalité francophone et québécoise¹⁶⁴, alors que la situation de la minorité anglo-québécoise l'inquiétait et qu'il s'opposait à toutes demandes du Québec, au nom des libertés individuelles¹⁶⁵ (Djwa, 1987 : 403-428). Cette position rejoignait point par point celle de son disciple et ami, Trudeau.

¹⁶³ Dans son *Léviathan*, Thomas Hobbes écrivait que sans le respect et la crainte d'« une puissance coercitive », sans le renoncement de tous à leur droit naturel de recourir à la violence, la société et ses lois cessent d'exister pour sombrer dans « un état de guerre de tous contre tous », qui met fin à tout progrès, à toute entreprise (Hobbes, 2000 : 220-249).

¹⁶⁴ Scott avait été un promoteur de la première heure du bilinguisme officiel. En 1947, il publia l'article *Canada, Quebec, and Bilingualism*, dans lequel il défendait l'idée de constitutionnaliser, tout en les équilibrant, les droits individuels et ceux des minorités ethnoculturelles et linguistiques (Scott, 1977 : 197-201). En 1942, il expliqua au Canada anglais, dans l'article *What Did 'No' Mean ?*, pourquoi les Québécois avaient rejeté la conscription, lors du référendum pancanadien sur la question (Scott, 1986b).

¹⁶⁵ Scott a même soutenu l'application de la *Loi des mesures de guerre* et l'abolition des libertés civiles au Québec, durant la crise d'octobre 1970, au motif que l'ordre constitutionnel et l'État de droit étaient menacés. De plus, après l'adoption de la Loi 22 par le gouvernement Bourassa, qui déclarait pour la première fois que le français était la langue officielle du Québec, il encouragea le premier ministre du

L'influence de Scott sur Trudeau et tout le mouvement nationaliste constitutionnel, mises à part quelques notables exceptions – Eric Adams, Sandra Djwa, Guy Laforest, Allen Mills, David Schneiderman –, n'a pas été suffisamment prise en compte par les analyses de l'évolution de l'ordre constitutionnel canadien. L'ascendant de Scott sur Trudeau, au-delà de leurs affinités intellectuelles et de leur *habitus* similaire, découle aussi du contexte sociopolitique des années 1940, où le Canada devait relever plusieurs défis identitaires, économiques, constitutionnels, politiques et linguistiques.

5.5. Le nationalisme constitutionnel scottien

Contrairement à John A. Macdonald, Frank R. Scott s'opposa au réseau élitiste du pouvoir anglo-saxon, qui confondait les logiques privées et publiques – notamment au sein des champs juridique et étatique – et qui cherchait à conserver ses privilèges, alors même que le Canada devait répondre à la Grande Dépression et était le théâtre de graves violations des droits des minorités (ethnoculturelles, linguistiques et politiques). Scott rejetait ainsi l'idéologie libérale conservatrice de son temps, qui prônait le libre marché et le droit de propriété, au prix de la misère pour le grand nombre et du maintien d'une hiérarchie ethnoculturelle, au sommet de laquelle trônait l'homme blanc, riche, anglophone et protestant. Le modèle libéral conservateur de la suprématie parlementaire, de l'État minimal et du droit privé épaulait le développement de l'empire commercial canadien, sans interférer avec l'accumulation privée de richesse, tout en facilitant le mouvement des capitaux, par la protection de la propriété privée et le respect des contrats. Face à cela, Scott défendit un projet égalitariste et émancipateur : la centralisation des compétences constitutionnelles, permettant de développer un véritable État « national » régulateur et redistributeur, et la protection

Canada d'utiliser le pouvoir de désaveu, pour invalider cette législation (Djwa, 1987 : 403-428).

constitutionnelle des libertés civiles pour tous les citoyens à l'échelle pancanadienne. Le droit, en tant que réingénierie sociale, jouait ici un rôle central.

Toutefois, Scott s'inscrivait aussi dans la continuité des « Pères de la Confédération » quant à sa conception libérale des droits constitutionnels. S'il était en faveur de l'interventionnisme en politique, les droits constitutionnalisés devaient se limiter aux libertés fondamentales, sur lesquelles s'entendaient la plupart des juristes du temps de Macdonald : libertés de conscience, d'opinion, de réunion, de religion. Ces droits correspondent à ce que le philosophe Isaiah Berlin (1969) appelait les « « libertés négatives » : celles qui restreignent l'action de l'État pour protéger l'individu. Enfin, si Scott en appelait à une protection constitutionnelle des minorités linguistiques, ces droits n'étaient pas une nouveauté dans l'ordre constitutionnel canadien, alors que l'on trouvait, dans l'Acte de 1867, les articles 93¹⁶⁶ (droits à l'éducation des minorités confessionnelles) et 133 (bilinguisme des institutions canadiennes et québécoises).

Scott et Macdonald partageaient aussi une conception centralisatrice de la fédération, même si leur vision sociopolitique divergeait (égalitaire et interventionniste contre hiérarchique et laisser-fairiste). Les deux défendaient aussi une uniformisation normative de la fédération. Macdonald voulait soumettre tout le nouveau territoire canadien à la logique de l'individu-propriétaire et du droit britannique. Scott aspirait à ce que tous les citoyens et les minorités aient les mêmes protections légales et puissent bénéficier des mêmes politiques sociales. Si Macdonald pensait que la Cour suprême pouvait jouer un rôle dans l'uniformisation juridique, le Comité judiciaire de Londres et le peu d'envergure de la nouvelle Cour lui donneraient tort. Scott fut d'ailleurs un ardent critique de la jurisprudence des *Law Lords* qui, selon lui, avait dénaturé l'Acte de 1867 et allait à l'encontre des intentions du constituant, qui avaient pensé une

¹⁶⁶ Au moment de la Confédération, comme la plupart des catholiques étaient francophones et la plupart des protestants étaient anglophones, la protection des écoles confessionnelles protestantes au Québec, et celles catholiques en Ontario, devait garantir les droits linguistiques des anglo-québécois et des franco-ontariens (Hogg, 1992 : 1228).

fédération très centralisée. Il en appelait donc à une Cour suprême libérée de ses chaînes britanniques ainsi qu'à l'enchâssement d'une charte des droits pancanadienne.

Enfin, leur vision constitutionnelle centralisatrice avait sa contrepartie dans leur conception de l'identité nationale. C'est-à-dire que la vision de la nation de Scott recoupait, à certains égards, celle de Macdonald. Ils voyaient tous les deux la possibilité de créer une grande nation politique à partir de deux cultures principales. Toutefois, Scott rejetait le lien juridico-politique impérial et l'identité britannique, pour préférer la création d'un État-nation canadien pleinement indépendant. En outre, contrairement à Macdonald, Scott ne voyait pas l'exemple américain comme un repoussoir, lui qui fut influencé par la pensée juridique américaine moderne. Scott voyait positivement le rôle centralisateur joué par la Cour suprême des États-Unis, sous la houlette du juge en chef Marshall (1801-1835), qu'il comparait avec la désastreuse interprétation décentralisatrice du Comité judiciaire de Londres, sous l'influence des *Law Lords* William Watson et Richard Haldane (Scott, 1951 : 1104). Bref, si le Canada de Macdonald s'est construit en opposition avec le modèle des États-Unis, celui de Scott s'est bâti notamment à travers l'influence du droit américain.

Scott, à la différence de Macdonald, n'était pas un conservateur participant aux institutions dominantes de son temps, mais un radical, qui appartenait à un important mouvement nationaliste et réformateur canadien, qui a pris naissance dans l'entre-deux-guerres. Leur action se manifestait dans les arts, le droit et la politique. Scott joua sur tous ces tableaux, comme poète, constitutionnaliste et militant cécéfiste. D'ailleurs, les propositions avancées par Scott, mais aussi par les juristes réformateurs et par les organisations du mouvement nationaliste constitutionnel auquel il appartenait, furent à l'effet que le droit, à travers les protections constitutionnelles, devait imposer sa suprématie normative, sa logique, au champ englobant de l'État et au champ politique. Dès les années 1930, il a été un des pionniers du courant nationaliste libéral et constitutionnaliste. En tant que constitutionnaliste et militant, il a promu la suprématie constitutionnelle et la constitutionnalisation des libertés fondamentales, car pour lui

l'État de droit devait prévaloir sur l'arbitraire du pouvoir politique. Comme beaucoup d'autres, tel Bora Laskin, il a épousé une vision pragmatique du droit, voulant comme processus de réingénierie sociale au service de la société (Adams, 2009 : 71).

Si, comme patriote canadien, Scott a milité pour la fin du lien impérial et pour l'indépendance politique et constitutionnelle complète du Canada, cela impliquait, pour lui, le droit à la neutralité militaire de ce dernier, si d'aventure le Royaume-Uni entrait en guerre. En outre, sa conception du Canada, comme d'une nation politique composée d'individus égaux en droit et de deux grandes cultures principales, l'amenait à défendre les droits linguistiques de la minorité francophone. La grande nation scotienne devait reconnaître le bilinguisme officiel, mais rejeter toutes formes d'asymétries constitutionnelles en faveur du Québec (c'est-à-dire une conception territoriale des politiques linguistiques), comme il le fit savoir lors de la Commission Laurendeau-Dunton. Il se prononça aussi contre toutes les politiques linguistiques qui cherchaient à faire du français la seule langue officielle du Québec ; il y voyait une violation des droits et libertés de la minorité anglo-québécoise, à laquelle il appartenait.

Scott appartenait à l'élite influente et réformatrice canadienne, qui a émergé durant la Grande Dépression, qui était très instruite et qui provenait des classes sociales supérieures et moyennes supérieures (Owram, 1986 : 135-139). Scott faisait partie de ceux qui aspiraient à moderniser l'État et le droit, afin de répondre à la Grande Dépression ainsi qu'aux changements complexes et aux défis sociopolitiques majeurs des sociétés contemporaines. L'accroissement de l'intervention de l'État devait être équilibré par des protections constitutionnelles pour les individus. Une économie inégalitaire dominée par des grands oligopoles devait avoir comme contrepartie des mécanismes de régulation et de redistribution de la richesse. Un marché et une société connaissant des changements importants – Grande Dépression, Deuxième Guerre mondiale, les Trente Glorieuses, mondialisation, etc. – demandaient de favoriser un accès plus égalitaire aux biens publics, comme l'école, mais aussi permettre la flexibilité et la mobilité sociale et physique d'individus porteurs de droits.

Le développement des marchés et de l'État allait de pair avec celui des droits individuels, en continuité avec la logique de la modernité libérale. La concomitance de la Charte canadienne et du virage néolibéral de l'État, avec la Commission Macdonald sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (1982-1985), est une illustration de cette logique. En effet, une société libérale a pour base l'individu, sa propriété et ses libertés. La société libérale est aussi une société capitaliste, basée sur la « perpétuelle accumulation de capital », qui nécessite la libre circulation de marchandises (capitaux, force de travail, produits et services) (Wallerstein, 1997 : 45). La société libérale et capitaliste est habitée par un individu-propriétaire qui peut se mouvoir sans entrave (légale, culturelle, sociale ou physique) sur le territoire et qui jouit, en principe, des mêmes droits et des mêmes chances de l'emporter dans la compétition socioéconomique. Un individu autonome, égal en dignité, libéré des attaches du passé peut circuler librement entre les langues et les cultures. Un individu qui s'épanouit dans la société libérale de marché lui permettant d'exprimer ses identités complexes et de vivre sa quête d'authenticité. Un individu flexible, plutôt que rigide, qui peut s'adapter à un contexte économique et politique changeant. Immanuel Wallerstein voyait aussi que « tous les particularismes, de quelque sorte qu'ils soient, sont jugés incompatibles avec la logique du système capitaliste. » (Wallerstein, 1997 : 46) Les particularismes entraveraient « le fonctionnement optimal » des marchés (Wallerstein, 1997 : 46). Selon lui, « [i]l s'ensuit qu'au sein du système capitaliste, il devient impératif d'affirmer une idéologie universaliste [postulant l'égalité de tous les individus] et de la faire passer dans la réalité, en tant qu'élément essentiel dans l'incessante poursuite de l'accumulation du capital. » (Wallerstein, 1997 : 46)

Le particularisme comme frein à la mobilité est une position qui a aussi été défendue par le premier ministre Trudeau, lorsqu'il présenta la *Politique canadienne du multiculturalisme*, en 1971 : « Tout homme verrait sa liberté entravée s'il se trouvait enfermé pour toujours dans un compartiment culturel déterminé uniquement par sa naissance ou sa langue. » (Trudeau, 1971 : 8545) Or, cette fluidité des appartenances

lève les blocages à la libre mobilité du capital, humain et matériel. La société industrielle avancée, comme le suggère Ernest Gellner (1989), est marquée par une complexe division du travail social et par une continuelle croissance cognitive et économique, qui nécessitent une mobilité individuelle, un système d'éducation moderne et un mode de communication standardisé. Cette société implique donc un certain égalitarisme social, un certain universalisme (Gellner, 1989). Pour le formuler autrement, la société libérale avancée est une communauté nationale, qui se pense culturellement homogène et qui est dotée d'institutions uniformes, comme un système d'éducation universelle, au sein de laquelle on trouve un individu égal en droit, libre de ses choix et pouvant se déplacer librement. C'est cet individu qui a été théorisé par ces réformateurs et réalisé en partie dans la société nationale canadienne post-1982, qui rejette les blocages et les rigidités des revendications collectives des communautés nationales minoritaires, car ce type de diversité, non assimilable, fait ombre à un projet économique et politique uniformisateur (Gagnon, 2008 : 151-178).

Le groupe de juristes réformateurs, auquel appartient Scott, est doté d'un capital culturel et économique, constitue un réseau très interconnecté de plusieurs dizaines d'intellectuels, qui étaient professeurs d'université, mandarins au sein de la fonction publique canadienne ou ministres du gouvernement du Canada (Owram, 1986 : 136-137). Ils étaient à la fois intégrés dans les champs universitaires, juridiques, politiques et étatiques. Ils passaient facilement d'un champ à l'autre au cours de leur carrière. Certains passaient du professorat à l'administration publique ou au gouvernement, puis revenaient à l'enseignement, pour enfin être nommés à un poste prestigieux, comme sénateur ou juge d'un tribunal supérieur. D'autres, tel Scott, demeuraient toute leur carrière à l'université, mais contribuaient de multiples façons au débat public, notamment en publiant des articles de journaux ou des analyses scientifiques, en siégeant à des commissions d'enquête, en conseillant des gouvernements, en déposant des mémoires lors de commissions publiques, en participant à diverses instances publiques (Brooks et Gagnon, 1994 : 113-133). Scott prit souvent la plume pour

dénoncer les abus de pouvoir envers les minorités impopulaires, a participé à la création du groupe de réflexion sociale-démocrate *The League for Social Reconstruction*, fut constitutionnaliste à la Commission Laurendeau-Dunton, présida le comité d'enquête sur l'enseignement du droit, conseilla le gouvernement cécéfiste de Tommy Douglas en matière constitutionnelle, fut consulté dans le processus de rédaction de l'amendement constitutionnel de 1949 (la *Loi n° 2 de 1949 sur l'Amérique du Nord britannique*)¹⁶⁷, déposa un mémoire devant la Commission Rowell-Sirois favorable à la centralisation des pouvoirs, fut président du CCF canadien de 1942-1950.

Pierre Trudeau s'inscrivait aussi dans ce courant réformiste, minoritaire hier et majoritaire aujourd'hui, qui avait promu l'idée des droits constitutionnalisés depuis la Grande Dépression. C'est pourquoi, comme le fit remarquer Peter Russell, son arrivée au pouvoir témoignait de l'avancée de ce groupe et de leurs idées au centre de l'État :

Au Canada, une génération de défenseurs des libertés civiles s'est mobilisée pour obtenir une déclaration des droits qui garantirait que ni les majorités nationales ni les majorités provinciales ne puissent faire fi des droits des minorités. Maintenant que Pierre Elliott Trudeau, un ardent défenseur d'une déclaration constitutionnelle des droits, est au pouvoir à Ottawa, ce mouvement est plus près que jamais d'atteindre son objectif premier. (Russell, 1969 : 109, traduction libre)

Telle n'était pas leur intention, mais le groupe de juristes réformateurs au sein du mouvement nationaliste constitutionnel – dont Scott était l'une des figures de proue – a contribué à « la dérive de la pensée constitutionnelle canadienne vers la préoccupation pour l'enchâssement des droits individuels. » (Adams, 2009 : 17, traduction libre) Ces hommes blancs, nationalistes, anglophones et bilingues pour la plupart, hautement scolarisés, très souvent juristes de formation et issus des couches sociales supérieures ont produit une révolution à leur image :

¹⁶⁷ À la requête du gouvernement, Scott commenta le texte de l'amendement, (Djwa, 1987 : 264). Cette modification unilatérale par le Parlement du Canada lui accordait le pouvoir d'amender seul la Constitution concernant les institutions centrales (Pelletier, 2017). Cette modification formalisait la pratique passée, où Ottawa a, à plusieurs reprises, demandé au Parlement de Londres de modifier la Constitution du Canada, relativement aux institutions centrales, sans avoir consulté au préalable les capitales provinciales (Lajoie, 1951 : 1156). Pour Scott, le succès d'un tel amendement unilatéral constituait une preuve supplémentaire que la Confédération n'était pas issue d'un pacte (1977 : 204).

- Libératrice pour les personnes dotées de leur *habitus* et de leurs hauts capitaux (culturels, économiques, etc.) ayant les moyens de circuler librement ;
- Partiellement émancipatrice pour les minorités victimes de discrimination de la part de l'État ;
- Et stabilisatrice pour la fédération dont l'identité nationale se voyait raffermie.

Toutefois, leur nationalisme constitutionnel était un carcan dominateur pour les nations minoritaires, à qui l'on refuse la liberté collective au nom de l'unité nationale. En mettant l'accent sur l'individu et ses libertés négatives, le constitutionnalisme libéral, tel qu'incarné dans la Charte canadienne, n'offre pas réponse aux groupes défavorisés au plan socioéconomique, qui n'ont pas les ressources pour enclencher un litige onéreux et qui bénéficieraient d'une intervention positive de l'État pour enrayer les inégalités. Peter Hogg soulignait que l'idéal moral derrière la Charte des droits était louable, mais que celle-ci occultait d'autres objectifs communs tout aussi valables :

La Charte est muette [...] sur les droits à un revenu décent, au logement, à la santé, à l'éducation ; pourtant, la liberté et l'égalité ne sont pas réalisées tant certains de nos concitoyens ne jouissent pas ces biens. Il est important de se prémunir contre l'effet pervers de la Charte qui pourrait entraver la réalisation d'une plus grande justice sociale et économique. (Hogg, 1987 : 90)

La primauté octroyée aux droits individuels, dans la Charte canadienne, constitue certes une avancée, mais qui peut contribuer à bloquer le progrès social futur, comme le pressentit, dès 1969, Donald Smiley : « les droits acquis pour une génération deviennent souvent, d'une manière assez involontaire, des bastions réactionnaires et privilégiés dans la suivante. » (Smiley, 1969 : 278-279, traduction libre)

La montée du paradigme libéral individualiste des droits de la personne, comme discours patriotique, mais aussi comme norme des rapports sociopolitiques, a bien raffermi l'unité nationale du Canada. Et cela a par ailleurs signifié une avancée considérable pour les libertés négatives, mais au prix du déclin des normes collectives, qui permettent de légitimer une redistribution de la richesse et une régulation de l'économie, qui soient conséquentes pour avancer vers une véritable *société juste*, comme le souhaitaient pourtant Scott et Trudeau et plusieurs autres. Les biens collectifs – comme l'éducation ou la santé – impliquent une réduction des libertés individuelles,

notamment du droit de propriété, et un contrôle accru de l'État sur les marchés. Dans ce jeu d'équilibre, donner une légitimité plus grande à l'un des éléments, l'individu et ses droits, sur l'autre, la communauté et ses biens publics, a déstabilisé le large consensus social qui était favorable à des taux d'imposition plus élevés et à l'État-providence, qui a prévalu durant les Trente Glorieuses. Au final, cela a contribué à promouvoir une nouvelle libéralisation des marchés, de laquelle découle la croissance des conditions sociales inégalitaires, qui minent l'exercice réel de la liberté pour les non-possédants. En outre, le paradigme des libertés individuelles s'est incarné dans un discours et une pratique du droit constitutionnel, après 1982, qui semble reprendre là où l'idéologie antiétatique de la Common Law avait cédé du terrain sur l'État interventionniste : en donnant la primauté à la personne (physique ou morale) et ses droits (de circulation, de propriété, etc.), sur les communautés culturelles d'appartenance et les biens publics. Enfin, le patriotisme canadien des droits ne conçoit qu'une loyauté et qu'une communauté d'appartenance – une seule nation –, traversée par les mêmes normes universelles, et au sein de laquelle se fondent des individus égaux en droits et asocologiques, libres de circuler sur l'ensemble du territoire « national ». En effet, dans la logique unitaire du nationalisme constitutionnel, « [l]a constitution fonde un État-nation indépendant et autonome possédant un ensemble d'institutions juridiques uniformes et d'institutions politiques représentatives à l'intérieur desquelles tous les citoyens sont traités également [...]. » (Tully, 1999b : 40)

Les nations minoritaires, comme le Québec, ne peuvent trouver dans cet ordre constitutionnel unitaire une réponse satisfaisante à leurs demandes d'autonomie politique. Le patriotisme des droits, au Canada, appartient bien au courant impérialiste, répandu dans la modernité libérale, du nationalisme constitutionnel, qui reconnaît « une culture [comme nationale] aux dépens de l'exclusion ou de l'assimilation de toutes les autres [cultures]. » (Tully, 1999b : 7) James Tully écrit d'ailleurs que « la Charte canadienne des droits et libertés de 1981 » est « [u]n exemple récent présumé de constitutionnalisme libéral aveugle à la culture », qui vise « l'imposition impériale

d'une culture pancanadienne » (Tully, 1999b : 7). L'universalisme des « droits de l'homme », tel qu'il s'est incarné au Canada, a brisé ainsi le fragile équilibre de la liberté individuelle et de l'égalité collective, existant tant bien que mal depuis 1867, au détriment du second terme de l'équation. Il a été conçu et présenté par ses principaux défenseurs, de Frank Scott à Pierre Trudeau, de manière téléologique, comme un projet inéluctable devant accoucher d'une nation canadienne pleinement indépendante et formée de citoyens égaux en droit. En effet, au « Canada, les politiciens aussi bien que les juristes, les politicologues et les historiens sont enclins à légitimer l'accession du pays à la souveraineté au moyen de métaphores liées à la *complétude* ou à la *nécessité* : chez le célèbre historien Arthur Lower, c'est la progression *de la colonie vers la nation*¹⁶⁸. » (Macdonald, 1997 : 20, traduction libre) Or, cette « nécessaire » progression du patriotisme libéral constitutionnel occultait les autres formes d'appartenances culturelles et projets juridico-politiques, tous aussi légitimes, tels que celui de faire du Canada une véritable fédération multinationale, hospitalière à l'asymétrie culturelle, juridique et politique, dans laquelle les libertés barrières – ou négatives – ont un statut équivalent aux droits collectifs et socioéconomiques.

Le constitutionnalisme libéral, de discours et de pratiques révolutionnaires et émancipateurs, est devenu conservateur d'un nouvel ordre sociopolitique, qui ne souffre pas de concurrents idéologiques (*cf.* Grant, 1987). La diversité qu'accommode le libéralisme dominant est celle issue des choix individuels (Parekh, 1994 : 12). La diversité culturelle et normative issue de la multiplicité des appartenances communautaires ne cadre pas avec le constitutionnalisme libéral hégémonique, qui suppose – et tend à imposer – une seule nation culturellement homogène, un seul ensemble uniforme de normes et d'institutions juridico-politiques (Tully, 199b).

¹⁶⁸ Du nom de son ouvrage classique, *Colony to Nation : A History of Canada*, publié pour la première fois en 1946. Dans sa recension de ce livre, Gordon O. Rothney écrivit que pour le professeur Lower, « la seule chose qui justifie cette expérience extrêmement coûteuse qu'est le Canada est l'émergence d'une véritable communauté qui transcendera les deux races et apportera une contribution propre à notre réalisation humaine commune, qu'elle soit culturelle ou politique, en termes de tolérance et de compréhension. » (Rothney, 1947 : 144, traduction libre)

Cette dérive libérale individualiste a inscrit au cœur du champ étatique canadien un nationalisme constitutionnaliste fondamentalement unitaire et individualiste, et ce, au détriment des droits collectifs (droits des peuples) et des droits socioéconomiques, qui n'étaient pas élevés au même rang normatif, en étant absents de la Charte canadienne. La tradition constitutionnelle et politique canadienne, de 1867 jusqu'aux années 1960, était tout de même plus flexible et nuancée sur la question des droits collectifs, car elle était notamment traversée par un courant conservateur *red tory*, qui reconnaissait les deux principales communautés culturelles et linguistiques d'appartenance¹⁶⁹, qui acceptait l'intervention de l'État au nom de la cohésion sociale et qui tempérait les tendances universalisatrices et homogénéisatrices du courant libéral, dominant dans les sphères économique, juridique et politique (Grant, 1987 ; Horowitz, 1966). La *Loi constitutionnelle de 1982* allait à l'encontre du fédéralisme canadien, qui permettait aux différents peuples composant le Canada de vivre ensemble tout en demeurant séparé (LaSelva, 1996 : 25-26, 30 et 88). La *Loi de 1982* était d'une essence libérale radicale et monolithique, en incarnant bien une seule conception culturelle et politique de la nation canadienne et en commandant une seule loyauté : envers un *demos* canadien unifié, composé d'individus *libres de choisir* leur langue et leur culture, qui partagent les mêmes valeurs, normes et droits individuels, peu importe où le hasard et les choix les amenaient à habiter au Canada (Laforest, 1991 ; Kymlicka, 2003).

C'est à la tâche de parachever la révolution nationaliste constitutionnelle – dont le mouvement a pris naissance dans le contexte de la Grande Dépression et s'est renforcé à la faveur des conséquences de la Deuxième Guerre mondiale – que s'est attelé le

¹⁶⁹ Un des derniers tenants du courant *red tory*, l'ancien premier ministre Joe Clark, affirma d'ailleurs, en 1979, que « les gouvernements permettent aux nations de coopérer en reconnaissant que nous sommes fondamentalement une communauté de communautés. » (Clark, 1979, traduction libre)

premier ministre Pierre Trudeau et son entourage, lorsque son gouvernement parvint à rapatrier la Constitution et à y enchâsser une charte des droits, en 1982. L'idée des droits constitutionnalisés, et les hommes composant le groupe minoritaire qui la portait, étaient désormais au centre de l'État canadien :

- Ils y occupaient les postes de pouvoir ;
- Leur discours était devenu le discours officiel de l'État ;
- Le champ et les institutions juridiques auxquels ils appartenaient occupaient une position prépondérante sur le pouvoir symbolique étatique, c'est-à-dire la définition des fondements de l'ordre juridico-politique canadien.

À cet égard, la minorisation de Scott – son exclusion des réseaux de pouvoir et sa stigmatisation comme radical infréquentable ou comme « enfant terrible » (Girard, 2005 : 198) – durant les années 1930 à 1950, puis sa reconnaissance à partir des années 1960 – alors qu'il accède enfin au décanat de sa faculté de droit, qu'il siège à la Commission Laurendeau-Dunton, qu'il est reconnu comme un grand plaideur devant la Cour suprême, que le Barreau canadien le mandate d'enquêter sur l'éducation juridique canadienne – suit la progression, au Canada, de l'idée des droits constitutionnalisés, des juristes réformateurs et du mouvement nationaliste constitutionnel, au sein du champ juridique et du métachamp étatique. Les années 1960 constituèrent « l'apogée de la carrière » de Scott, qui était finalement considéré comme « respectable » (Djwa, 1987 : 339).

Ce n'est pas la reconnaissance de Scott comme « individu » qui importe ici, mais le fait qu'elle illustre que le champ juridique canadien n'était plus sous la seule emprise d'une idéologie juridique formaliste et plus conservatrice des avocats, des barreaux provinciaux et de la pratique du droit privé. La formation juridique était désormais synonyme d'éducation universitaire, les facultés de droit étaient devenues nombreuses et bien nanties en professeurs, la recherche juridique et les revues de droit florissaient, le droit public, notamment le droit constitutionnel, jouait un rôle crucial dans la formation et la doctrine, tout comme dans la vie politique et les jugements des tribunaux supérieurs. En retour, les juges des tribunaux supérieurs sont devenus aussi

plus éduqués et savants, et leurs décisions se sont révélées moins conservatrices et formalistes, c'est-à-dire moins liées par le poids de la règle de la chose jugée (*stare decisis*) et par une interprétation littérale de la Constitution. Il ne s'agissait plus de déduire des règles générales intangibles à partir de la jurisprudence pour, ensuite, les appliquer à des causes nouvelles, mais de concevoir la Constitution comme un « arbre vivant » – selon la métaphore du Comité judiciaire de Londres, dans l'arrêt *Edwards* (1930) –, qui doit être ajusté en continu, par une interprétation judiciaire large et libérale, aux nouvelles réalités sociopolitiques. Selon Eugénie Brouillet et Alain-G. Gagnon, dans l'affaire *Edwards*, « le Comité refusait d'être strictement lié par les intentions du constituant dans son interprétation du texte constitutionnel et optait plutôt pour une interprétation évolutive, permettant de l'adapter aux besoins de la société. » (Brouillet et Gagnon, 2017 : 84) En faisant sienne cette métaphore, le droit canadien était dès lors devenu ce que Scott et Laskin souhaitaient : un instrument flexible de réingénierie sociale, pouvant répondre aux besoins changeants de la société.

L'influence de la pensée juridique américaine moderne dans la révolution des droits au Canada est manifeste, par la réception de la doctrine et de la jurisprudence, mais aussi par le nombre de juristes qui y firent leurs études. L'ancien juge en chef, Antonio Lamer, affirma d'ailleurs que l'avènement de « [l]a Charte a entraîné un changement radical et a posé de grands défis à la magistrature. » Pour répondre à ces défis, « [l]es précédents anglais, auparavant si convaincants au Canada, ont été d'une aide beaucoup moins précieuse lorsque nous avons commencé à explorer les droits et libertés fondamentaux garantis par la Charte. » Dès lors, confirme-t-il, « [n]ous avons plutôt commencé à nous pencher sur la jurisprudence américaine en vertu de leur Charte des droits, sur la Commission européenne et sur la Cour européenne des droits de l'homme. » (Lamer, 1994 : 581, traduction libre) Christopher Manfredi nota la réception plus importante de la jurisprudence américaine sous le régime de la Charte canadienne : « la fréquence à laquelle la Cour suprême du Canada cite les décisions américaines a considérablement augmenté. » (Manfredi, 1992 : 214, traduction libre)

Il est d'ailleurs notable que dans le premier arrêt de la Cour suprême du Canada de l'ère de la suprématie constitutionnelle, *Skapinker* (1984), le juge Willard Estey, écrivant pour la Cour, ait fait référence à la célèbre décision de la Cour suprême des États-Unis, *Marbury v. Madison* (1803). Dans *Marbury*, la Cour américaine a affirmé sa compétence constitutionnelle à invalider une loi jugée anticonstitutionnelle, mais aussi qu'« il appartient nettement au pouvoir judiciaire de préciser l'état du droit. » (Traduction tirée de l'arrêt *Skapinker*, 1984) Le juge Estey a aussi cité l'arrêt *McCulloch v. Maryland* (1819), de la Cour américaine, dans lequel elle précisa son rôle interprétatif : comme une Constitution est écrite dans un langage général, qui ne peut tout prévoir, les tribunaux sont responsables de l'appliquer aux cas particuliers. La Cour canadienne reprit cette vision, dans *Skapinker*, du travail interprétatif judiciaire comme en étant un d'ajustements et d'adaptation constants du texte constitutionnel à une société changeante. Ce travail interprétatif permettrait de garder vivante la Constitution : « Une interprétation étroite et formaliste, qui n'est pas animée par un sens des inconnues de l'avenir, pourrait retarder le développement du droit et par conséquent celui de la société qu'il sert. » (*Skapinker*, 1984) Manfredi conclut que la Cour a repris la vision interprétative large et généreuse du juge en chef Marshall, d'une modification judiciaire en continu des textes constitutionnels (Manfredi, 1990 : 517).

La Cour fusionnait un élément de son héritage jurisprudentiel – la théorie de l'arbre vivant –, avec l'approche contextualiste américaine. L'idée d'une constitution comme texte vivant, adapté à un contexte changeant, est séculaire dans l'histoire constitutionnelle américaine. Cette idée remonterait, sans doute, à Thomas Jefferson :

les lois et les institutions doivent suivre le progrès de l'esprit humain. À mesure qu'il s'éclaire, que de nouvelles découvertes sont faites, que de nouvelles vérités sont révélées, que les manières et les opinions changent avec l'évolution des circonstances, les institutions doivent elles aussi progresser, et suivre le rythme des temps. (Jefferson, 1816, traduction libre)

Cette idée est aussi reprise par le juge en chef Marshall dans l'arrêt *McCulloch v. Maryland* (1819) : « Nous ne devons jamais oublier qu'il s'agit d'une Constitution que nous énonçons [...] [qui est] destinée à durer pour les âges à venir, et par conséquent, à

être adaptée aux différentes crises des affaires humaines. » (Traduction libre) Dans l'arrêt *Gompers v. United States* (1914), le juge Oliver Wendell Holmes Jr. affirma que « [l]es dispositions de la Constitution des États-Unis [...] sont des institutions organiques vivantes transplantées du sol anglais. » (Traduction libre)

Il est possible de penser que la pleine réception de la théorie de l'arbre vivant en droit canadien s'est faite à travers un prisme américain : c'est au moment où l'influence du constitutionnalisme américain atteignait un sommet au Canada, avec la réforme constitutionnelle de 1982, « que la Cour suprême du Canada [...] adoptait pleinement la métaphore de l'arbre vivant comme principe directeur de l'interprétation constitutionnelle. » (Sharpe, 2013b : 17, traduction libre) De plus, lorsqu'il mentionna la théorie de l'arbre vivant dans l'arrêt *Edwards* (1930), le juge réformiste du Comité judiciaire, Lord Sankey¹⁷⁰, cita un passage du livre *Canadian Constitutional Studies*, de l'avocat et homme politique canadien Robert Laird Borden, soulignant l'inévitable évolution de l'Acte de 1867, indépendamment du texte écrit (Borden, 1922 : 55). Or, Borden citait lui-même un érudit de l'histoire constitutionnelle américaine, le juriste et homme politique britannique, James Bryce (Reid, 2013). En 1888, Bryce écrivit que « la Constitution américaine a changé, est en train de changer et, selon la loi de son existence, doit continuer à changer dans sa substance et son fonctionnement pratique, même si ses mots restent les mêmes. » (Bryce, 1995 : 356, traduction libre) Il souligna aussi que dans le régime américain, « la Constitution [est] au-dessus du gouvernement national et des gouvernements des États », elle joue entre eux le rôle d'arbitre indépendant et est « la voix vivante de la Constitution, chargée de l'interprétation de la Constitution [...]. » (Bryce, 1995 : 316, traduction libre) Comme il a lu le livre de Sir Borden, et qu'il a probablement consulté l'ouvrage de Lord Bryce, qui enseignait le

¹⁷⁰ Selon Robert Sharpe, « Sankey a été élevé à la Cour d'appel en 1928 et en moins d'un an, il a été nommé Lord Chancelier. Dans le discours qu'il prononce lors du dîner annuel des juges du Lord Mayor, à Mansion House, au début de juillet 1929, il annonce un ambitieux programme de réformes. Il était clair que Sankey était déterminé à laisser sa marque. » (Sharpe, 2013b : 12, traduction libre)

droit à Oxford durant les années où Lord Sankey y étudia¹⁷¹, il semble que l'idée de l'arbre vivante ait pu germer au Canada, en partie, d'une graine américaine.

En 1943, Scott critiqua justement le formalisme interprétatif de la magistrature canadienne, qui était captive de la jurisprudence du Comité judiciaire de Londres. Il lui préférait la démarche américaine, plus souple, permettant d'ajuster en continu la Constitution : « Les États-Unis se sont épargnés une grande partie du lent et difficile processus d'amendement constitutionnel, car leurs tribunaux ont reconnu clairement qu'une constitution est avant tout [...] un arbre vivant, capable de croissance et d'adaptation aux nouveaux besoins nationaux. » (Scott, 1943a : 77-78, traduction libre)

C'est sous le leadership d'un des amis de Scott, qui était aussi un membre de l'élite juridique réformatrice, le juge en chef Laskin, que la Cour suprême a officialisé sa position à l'effet qu'elle ne se sentait plus liée par l'autorité des décisions judiciaires passées (le principe du *stare decisis*). Dès l'arrêt *Harrison c. Carswell* (1976), Laskin, en exprimant sa dissidence, laissa présager le virage de la Cour sur la question de la règle du *stare decisis* : « Cette Cour, plus que toute autre dans ce pays, ne peut pas appliquer simplement de façon automatique la jurisprudence antérieure, quel que soit le respect qu'elle lui porte. » D'ailleurs, à partir du *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, en 1978, « la Cour suprême du Canada [...] a annoncé que les décisions du Conseil privé ne seraient plus considérées comme ayant une autorité contraignante. » (Bale, 1980 : 255, traduction libre) Sous la plume de Laskin, le banc a confirmé, dans *A.V.G. Management Science Ltd.* (1979), que « [l]a situation a changé et cette Cour s'est déclarée libre non seulement d'écarter ses propres décisions, mais également les décisions canadiennes du Conseil privé. » Dès 1951, Laskin, alors professeur de droit, avait condamné « la tradition conservatrice de la profession juridique, renforcée par un esprit colonial », qui minait le développement

¹⁷¹ Bryce fut en effet professeur de droit civil à l'Université d'Oxford de 1870 à 1893 et, avec son collègue, Lord Acton, fonda la *English Historical Review*, en 1885 (The Editors of the Encyclopaedia Britannica, 2019). Lord Sankey, quant à lui, décrocha une maîtrise en histoire moderne (1889) et un baccalauréat en droit civil (1892) à Oxford (Lundy, 2019).

du droit canadien, et appelait « la Cour [...] à s'émanciper d'un recours excessif au *stare decisis*. » (Girard, 2005 : 202-203, traduction libre) Selon ses mots : « L'abolition des appels du Conseil privé permet, pour la première fois, d'envisager une déviation du droit canadien par rapport au droit anglais. » (Laskin, 1951 : 1069, traduction libre) Laskin invita la Cour à agir de manière indépendante et créative ainsi qu'à « canadianiser » le droit constitutionnel : « L'empirisme et non le dogmatisme, l'imagination plutôt que la littéralité, sont les qualités par lesquelles les juges peuvent donner à leur Cour leur empreinte particulière. » (Laskin, 1951 : 1069, traduction libre)

Ces qualités interprétatives, que Scott et Laskin souhaitaient à la magistrature, se trouvèrent dans le type de nominations qui furent la marque, et non l'exception, des années de règne de Trudeau père. Ce dernier, pour faire entrer la Cour dans la modernité juridique nord-américaine, s'en remit d'ailleurs à Laskin, qu'il nomma juge (1970), puis juge en chef (1973), poste d'où il put mettre en place nombre des réformes qu'il avait proposées à titre de professeur de droit (Russell, 1987). Ces réformes, auxquelles s'ajouta la *Loi constitutionnelle de 1982*, permirent à la Cour de devenir une institution indépendante, puissante et incontournable au sein du champ juridique et au cœur de l'État canadien. Une institution qui pouvait désormais jouer le rôle uniformisateur attendu d'elle à l'origine.

CHAPITRE VI

LA COUR SUPRÊME DU CANADA

DE LA SUBORDINATION À L'AUTONOMIE

L'histoire de la Cour suprême du Canada, depuis sa création en 1875, est révélatrice de la croissance du champ juridique, comme espace social autonome et influent au centre de l'État canadien. Le pouvoir symbolique des acteurs et des institutions, notamment la Cour suprême, qui portent les discours et les pratiques du droit a en effet cru tout au long du XX^e siècle. D'une banale cour d'appel coloniale, qui était subordonnée à la tutelle du Comité judiciaire de Londres, dont le personnel était composé de juges conservateurs et formalistes, la Cour est devenue le puissant organe central du champ juridique canadien, dont le pouvoir institutionnel et symbolique en est venu à irradier l'ensemble du champ de l'État canadien.

L'évolution du type de nomination à la Cour, vers des juges plus savants, le développement des techniques interprétatives du banc, l'abolition des appels au Comité judiciaire de Londres, l'influence du constitutionnalisme américain, l'importance accrue du droit public, la judiciarisation grandissante des conflits sociopolitiques (amendement, sécession, avortement, etc.) et la professionnalisation des juristes sont les principales dynamiques ayant nourri la croissance de l'autonomie et donc du pouvoir symbolique de cette institution. Ces changements s'inscrivent dans le contexte sociopolitique plus large du projet d'édification nationale canadien, qui émerge dans l'entre-deux-guerres et qui est nourri par l'opposition au nationalisme québécois, poussant toute une génération de réformateurs à faire advenir l'indépendance juridico-politique de l'État canadien de la tutelle et du droit britanniques. Ces changements sont aussi liés au contexte de la Grande Dépression, de la mise en place de l'État-providence et du déploiement de la grande entreprise, alors qu'il s'agissait de développer un droit

public qui puisse répondre aux défis contemporains et garantir une meilleure protection des libertés individuelles, et non pas seulement réitérer les principes pérennes d'une jurisprudence figée. Il était entendu par les juristes réformateurs – comme Bora Laskin et Frank Scott - que le poids des décisions judiciaires passées, émanant de Londres, et le formalisme juridique avaient sclérosé l'ordre constitutionnel canadien. Il fallait donc une Constitution révisée ainsi qu'une magistrature plus créatrice et libérale pour ajuster en continu l'ordre constitutionnel, aux réalités changeantes et complexes de la société contemporaine. L'après-guerre vit aussi l'enjeu des droits de la personne devenir plus saillant. Les mesures liberticides adoptées par les autorités ont nourri le mouvement canadien en faveur de la constitutionnalisation des libertés civiles, et ce, dans le contexte international où l'Organisation des Nations Unies adopte la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, en 1948 (Clément, 2008). En effet, depuis l'adoption de la *Déclaration*, « le respect des droits de l'homme est devenu, dans l'imaginaire collectif, une condition *sine qua non* pour asseoir la légitimité d'un gouvernement au sein d'une société “libre et démocratique”. » (Lampron, 2017 : 227) On assista aussi, au tournant des années 1960 – alors que la population est plus riche, éduquée et informée – à la dissémination large de nouvelles valeurs post-matérialistes, valorisant l'autonomie individuelle et la défiance envers les autorités politiques. Enfin, la situation de perpétuelle crise économique prévalant durant les années 1970 et la montée en puissance des nouvelles élites néoconservatrices ont mené à un virage néolibéral de l'État, confirmé au Canada par la Commission Macdonald, qui siégea de 1982 à 1985. La *Charte canadienne des droits et libertés*, qui vient donner une ampleur inédite au contrôle des lois dans le régime canadien d'héritage britannique, s'inscrit dans le sillage de ces phénomènes sociopolitiques. Lorsque la Charte canadienne entre en scène, la Cour suprême du Canada était déjà pourvue de juges plus sophistiqués, pouvant donner toute sa force à ce texte par une interprétation judiciaire large et libérale.

La brève histoire de la Cour suprême, ici développée, illustre comment, de (1) ses débuts hétéronomes, en tant que cour d'appel intermédiaire soumise à la jurisprudence

du Comité judiciaire du Conseil privé et à la logique politique, (2) la Cour a connu une autonomisation graduelle (3) jusqu'à devenir l'institution centrale d'un champ social devenu puissant et doté de sa propre logique, qui joue un rôle central au cœur du métachamp de l'État au Canada, en énonçant les raisons d'être du régime canadien.

6.1. Les débuts d'une Cour d'appel hétéronome

À l'origine, la Cour suprême du Canada fut une cour d'appel intermédiaire, car elle était assujettie à la jurisprudence des *Law Lords* du Comité judiciaire du Conseil privé de Londres¹⁷² (Huppé, 2007 : 424-425). Qui plus est, la Cour suprême était un organe judiciaire potentiellement superflu, puisque le Comité judiciaire pouvait aussi entendre directement une cause d'un tribunal supérieur provincial¹⁷³ (Huppé, 2007 : 425-426). Ces deux éléments ont contribué, dès ses débuts, à affaiblir la nouvelle cour d'appel (Huppé, 2007 : 424). D'ailleurs, « [l]oin de contester l'ombre du Conseil privé, la Cour suprême, la plupart du temps, s'est contentée de suivre son exemple. » (Russell, 1987 : 337, traduction libre) En outre, jusqu'en 1887, les juges de la Cour suprême siégèrent en même temps sur le banc de la Cour de l'Échiquier, l'ancêtre de la Cour fédérale d'appel, qui fut aussi créée en 1875. Comme les décisions de la Cour de l'Échiquier pouvaient être portées en appel devant la Cour suprême, les mêmes juges siégeaient sur une cause et sur l'appel de celle-ci (Huppé, 2007 : 431-432). De plus, les juges étaient ainsi réduits à n'accorder que la moitié de leur temps et de leur énergie au travail au sein de la Cour suprême, et ce, sans compter « les diverses fonctions politiques et quasi judiciaires » (Snell et Vaughan, 1985 : 68, traduction libre) qu'ils devaient

¹⁷² La *Loi sur le Comité judiciaire (Judicial Committee Act)*, adoptée par le Parlement de Westminster en 1833, créait cette cour d'appel générale pour l'ensemble des colonies britanniques. L'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confirmait que la continuité de l'autorité du Comité judiciaire sur l'Amérique du Nord britannique (Hogg, 1992 : 203).

¹⁷³ Des 159 appels faits au Comité judiciaire de Londres, 77 dossiers provenaient directement d'une cour provinciale, sans que la Cour suprême du Canada n'ait eu son mot à dire (Russell, 1987 : 336)

remplir (comme siéger à une commission royale), en sus de leurs tâches habituelles. Bref, selon le juge Ivan Rand, « [l]es débuts de l'histoire [de la Cour suprême du Canada] n'ont pas été heureux. » (Rand, 2010 : 16, traduction libre)

Le banc des juges de la Cour suprême était composé de juristes dont les affiliations partisans (conservatrice ou libérale)¹⁷⁴, la religion (catholique ou protestante), l'appartenance ethnoculturelle (britannique ou canadienne-française), le genre (masculin) et la répartition régionale¹⁷⁵ expliquaient la nomination (Russell, 1987 ; Snell et Vaughan, 1985). Selon Peter Russell, « le système de sélection des juges est lui-même un exercice de discrimination ethnique et politique [...]. » (Russell, 1969 : 125, traduction libre) Les juristes choisis étaient aussi tous des membres de la petite élite interconnectée du nouveau Dominion, « pour s'assurer de l'acceptabilité de la Cour [...]. » (Snell et Vaughan, 1985 : 15, traduction libre) En outre, les nouveaux juges ne détenaient peu ou pas d'expériences judiciaires préalables et une infime minorité d'entre eux détenaient une formation universitaire (Snell et Vaughan, 1985). Les meilleurs juristes canadiens aimaient mieux une carrière d'avocat bien plus lucrative, plutôt que d'aller vivre dans une morne petite ville (Ottawa), pour être juge d'une Cour sous-financée, peu prestigieuse, passive et conservatrice, qui siégeait dans un édifice étroit et mal famé¹⁷⁶. De plus, la portée de la jurisprudence de la Cour – longtemps de piètre qualité et axée sur des enjeux mineurs de droit commercial ou civil – s'arrêtait là où commençait celle du Comité judiciaire de Londres (McCormick, 2000 ; Russell, 1987 ; Snell et Vaughan, 1985). Enfin, le milieu juridique reprochait

¹⁷⁴ Plusieurs ministres du gouvernement central passèrent de la carrière politique à un poste de juge de la Cour suprême, comme Télésphore Fournier (en 1875), Louis Henry Davies (en 1901), David Mills (en 1902), Charles Fitzpatrick (en 1906) ou Douglas Charles Abbott (en 1954). Fitzpatrick a d'ailleurs démissionné comme juge en chef, en 1918, pour être nommé aussitôt lieutenant-gouverneur du Québec.

¹⁷⁵ Deux juges provenaient de l'Ontario, deux venaient du Québec et deux étaient issus des Maritimes. Aujourd'hui, alors que le banc est composé de neuf juges, le tiers provient du Québec, l'autre tiers de l'Ontario et les trois derniers sont répartis entre les États provinciaux de l'Ouest et ceux des Maritimes.

¹⁷⁶ Située à l'origine dans des locaux de l'édifice du Parlement du Canada, la Cour a par la suite déménagé, en 1882, dans un étroit bâtiment nauséabond, qui abritait auparavant des écuries et un atelier, qui était dépourvue d'une bibliothèque juridique ainsi que de bureaux individuels pour les juges et dont le premier étage était occupé par la Galerie d'art nationale. Le choix de cet édifice, par le gouvernement, était « un signe de la continuelle infériorité de la Cour. » (Snell et Vaughan, 1985 : 49, traduction libre)

aux juges leur multiplicité d'opinions concurrentes et trop longues, alors qu'ils attendaient de la Cour qu'elle arrête clairement le droit sur un point spécifique (Bushnell, 1992 : 91).

Bref, comme le précisa Russell, « pendant sa longue période de subordination [de 1875 à 1949], la Cour suprême était essentiellement une institution de seconde catégorie et elle était traitée en conséquence par le gouvernement central. » (Russell, 1987 : 337, traduction libre) À ce sujet, « si l'on tient compte de l'opinion publique et des leaders politiques de l'époque, la représentation physique [son bâtiment] de la Cour suprême du Canada était probablement une réflexion adéquate de sa position [subordonnée] dans la structure politique canadienne. » (Snell et Vaughan, 1985 : 51, traduction libre) En plus des railleries qu'attiraient l'édifice de la Cour et des attaques politiques fréquentes appelant à son abolition, « ni le Barreau ni le gouvernement [central] n'avaient beaucoup de respect pour la jeune institution. » (Snell et Vaughan, 1985 : 23, traduction libre) Quant aux acteurs favorables aux droits des provinces et à ceux « qui craignaient un affaiblissement des liens avec la mère patrie », ils « percevaient la Cour avec méfiance sinon avec dédain. » (Snell et Vaughan, 1985 : 23, traduction libre) Les centralistes défendaient la Cour, arguant qu'elle contribuerait à unir le pays et à uniformiser les normes juridiques, et pour ces mêmes raisons, les promoteurs des droits provinciaux s'y opposaient (Snell et Vaughan, 1985 : 32-33) Les juristes ontariens et québécois reprochaient à la Cour une jurisprudence favorable au gouvernement central et sa méconnaissance des réalités provinciales (Bushnell, 1992 : 93-96). Pendant de nombreuses années, la Cour accusa un important déficit de crédibilité et de légitimité.

La Cour suprême était ainsi une institution hétéronome. Ses juges, loin d'être indépendants du politique, entretenaient des rapports étroits avec le gouvernement : « si les politiciens utilisaient la Cour, les juges faisaient de même avec les élus en espérant influencer les nominations judiciaires et celles des conseillers de la Reine. » (Snell et Vaughan, 1985 : 48, traduction libre) En outre, « la grande variété des tâches non judiciaires accomplies par les membres de la Cour suprême démontre

l'engagement étroit de l'institution dans la vie politique de la nation. » (Snell et Vaughan, 1985 : 70-71, traduction libre) D'ailleurs, depuis 1905, le juge en chef est appelé à exercer les fonctions de gouverneur général, « advenant la mort, l'incapacité ou l'absence de celui-ci. » (Huppé, 2007 : 431) Ceci n'était pas que théorique, car le juge en chef Lyman Poore Duff remplit à deux reprises la fonction d'Administrateur du gouvernement, pour remplacer pendant plusieurs mois le Gouverneur général¹⁷⁷ et, à ce titre, ouvrit même à chaque fois les travaux du Parlement et lut le Discours du Trône (Campbell, 1974 : 248). Plusieurs juges de la Cour, notamment Duff¹⁷⁸, jouaient aussi les rôles de conseil et de représentation politiques pour le gouvernement central (Snell et Vaughan, 1985 : 94, 134-135). Par exemple, à la demande du gouvernement King, Duff présida de manière partielle une enquête l'exonérant relativement au fiasco militaire, suite au déploiement, en 1941, de troupes canadiennes sous-entraînées à Hong Kong (Buschnell, 1992 : 264). Bref, dans la première moitié du XX^e siècle, la Cour était ainsi toujours perçue comme « un organe politique sujet aux manœuvres partisans du gouvernement [central] [...]. » (Snell et Vaughan, 1985 : 88, traduction libre) Celui-ci pouvait ainsi influencer les jugements de la Cour et, par la procédure de renvoi, l'utiliser pour trancher des épineux débats politiques et donner une légitimité accrue à son action (Russell, 1987 : 337 ; Snell et Vaughan, 1985 : 77, 99-100, 136-138). « Le contact direct entre les juges et l'exécutif est une preuve de la séparation faible entre le [pouvoir] judiciaire et les autres organes du gouvernement national. » (Snell et Vaughan, 1985 : 134-135, traduction libre) La Cour avait une attitude déférente envers le pouvoir politique et les milieux d'affaires, était réfractaire à innover en droit – notamment en droit du travail, malgré les conflits importants – et évitait de

¹⁷⁷ Le premier remplacement eut lieu du 16 janvier au 4 avril 1931, après le départ de Lord Wellington, en attendant la nomination de son remplaçant, le comte de Bessborough. Le second, du 11 février 1940 au 21 juin 1940, soit entre le décès de Lord Tweedsmuir et la nomination du comte d'Athlone.

¹⁷⁸ Par exemple, durant la Première Guerre mondiale, le gouvernement conservateur de Robert Borden mandata une Commission d'enquête pour faire la lumière sur un scandale d'octroi des contrats de munitions. Le juge Duff accepta d'être un des deux commissaires, avec le juge en chef de la Cour d'appel de l'Ontario, William Ralph Meredith (Castell, 1918 : 278). Or, sa « décision de s'engager dans une querelle aussi manifestement partisane a exposé la Cour suprême, et lui-même, au risque d'être attaqués politiquement et de voir leur réputation diminuer. » (Snell et Vaughan, 1985 : 96, traduction libre)

prendre position sur les enjeux de libertés civiles, légitimant de la sorte des mesures discriminatoires, et ce, au nom du partage des compétences constitutionnelles (Snell et Vaughan, 1985 : 102-105). Tel que l'a analysé Russell, « à quelques exceptions notables près, comme le juge en chef Duff et les juges Rand et Kellock, la Cour suprême du Canada a suivi une jurisprudence extrêmement conservatrice et légaliste, qui laisse peu de place à l'exploration des dimensions sociales des questions juridiques, notamment les libertés civiles. » (Russell, 1969 : 125, traduction libre)

Encore en 1946, dans l'après-guerre, lors de l'affaire Gouzenko¹⁷⁹, deux juges de la Cour suprême, le modéré Roy Lindsay Kellock et l'ultraconservateur Robert Taschereau, épaulés par un conseiller juridique, Gérald Fauteux (qui allait être nommé juge de cette même Cour, en 1949), remplissaient un rôle éminemment politique pour le gouvernement King, en présidant la Commission royale d'enquête sur l'espionnage (Buschnell, 1992 : 276-277 et 350). Devant la Commission – dont le procureur, John Cartwright, deviendra juge de la Cour suprême en 1949, puis juge en chef en 1967 –, comparurent douze personnes, qui étaient accusées d'espionnage pour le compte de l'Union soviétique et détenues en secret depuis plusieurs semaines, sans voir leur famille, sans conseil juridique et en violation de leur droit à l'*habeas corpus* (Buschnell, 1992 : 276-277). Considérés d'emblée comme des coupables devant prouver leur innocence, les suspects étaient interrogés seuls par la Gendarmerie royale du Canada et forcés de produire des témoignages auto-incriminants devant la Commission, et ce, sans le conseil d'un avocat (Clément, 2000 : 155-156 ; Fyfe, 1946 : 779). Les commissaires Kellock et Taschereau ont d'ailleurs pris le temps de préciser aux suspects leur obligation de témoigner, omettant toutefois de les informer de leurs droits¹⁸⁰ et refusant qu'ils soient représentés par un avocat (Fyfe, 1946 : 780-782).

¹⁷⁹ À l'automne 1945, un agent de l'ambassade soviétique à Ottawa, Igor Gouzenko, fit défection à l'Ouest, fournit à la Gendarmerie royale du Canada des dossiers qui laissaient présager l'existence d'un important réseau d'espionnage soviétique au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni.

¹⁸⁰ Selon l'article 5 de la *Loi sur la preuve du Canada* (1893, 56 Vict., c. 31), les suspects étaient obligés de répondre à une question, même si cela pouvait les incriminer. Cependant, la *Loi sur la preuve du Canada* précisait aussi que les suspects pouvaient se prévaloir de l'inadmissibilité de leurs témoignages

Selon Ross Lambertson, « [l]e gouvernement était bien au fait que les libertés civiles [des suspects] seraient violées, mais jugeait que cela était justifié par la nature de la situation. » (Lambertson, 2005 : 146-147) Le gouvernement défendait le caractère « légal » de ses mesures, car ses pouvoirs d'urgence en temps de guerre, permettant la suspension des libertés fondamentales pour des raisons de sécurité, étaient encore en place en 1946 (Lambertson, 2005 : 156-160). Cependant, son action « légale » était « anticonstitutionnelle », au sens conventionnel, car elle violait le principe coutumier du respect des droits des accusés, hérité du droit britannique (Lambertson, 2005 : 155-156). De la sorte, les juges de la plus haute instance judiciaire au Canada donnaient une caution de légitimité à la violation des libertés civiles de citoyens, qui étaient pourtant innocents jusqu'à preuve du contraire. Comme leur prédécesseur, Duff, les juges « Kellock et Taschereau avaient bien fait leur travail gouvernemental. » (Buschnell, 1992 : 277, traduction libre) À cet égard, « les travaux de cette commission représentent l'une des plus importantes violations des libertés civiles jamais commises par un gouvernement canadien en temps de paix. » (Clément, 2000 : 151, traduction libre) De nombreux médias canadiens¹⁸¹ réagirent de manière critique face à l'emploi de ces méthodes (Clément, 2000 : 157). Dans un contexte idéologique, où prédominait encore la vision diceyenne¹⁸² de la suprématie parlementaire et celle conservatrice de la déférence judiciaire, « le refus de l'Association du Barreau canadien de condamner officiellement la commission mettait en évidence les divisions au sein de la profession légale sur l'étendue du pouvoir étatique de circonscrire les libertés fondamentales. » (Clément, 2000 : 167, traduction libre) Toutefois, cette attaque envers les libertés civiles, en temps de paix, aura servi à fouetter l'ardeur et à stimuler la créativité des groupes de défense des droits (Clément, 2008). Cette violation massive des libertés

auto-incriminants devant une cour de justice, mais ils devaient le réclamer explicitement. Les commissaires ne révélèrent pas aux suspects cette information cruciale pour la suite des choses, bâtissant de la sorte la preuve que les procureurs de la Couronne utiliseront en cour (cf. Fyfe, 1946 : 779-782).

¹⁸¹ Comme la *Canadian Bar Review*, le *Fortnightly Law Journal*, le *Globe and Mail*, le *Maclean's*, etc.

¹⁸² Pour rappel, Dicey écrivit qu'« il n'y a pas de pouvoir qui, en vertu de la constitution anglaise, puisse entrer en rivalité avec la souveraineté législative du Parlement. » (Dicey, 1915 : 24, traduction libre)

civiles vit aussi émerger un nouveau champion du mouvement nationaliste constitutionnel : le député conservateur John Diefenbaker. Par contre, les citoyens ne semblaient pas être scandalisés par les dérives de l'affaire Gouzenko. Selon, un sondage Gallup, 61 % des répondants approuvaient les mesures du gouvernement libéral et, en 1949, ce dernier fût reporté au pouvoir avec une majorité renforcée (Adams, 2009 : 173 ; Clément, 2008 : 46 ; Lambertson, 2005 : 175).

Il fallait attendre la fin des années 1920 pour voir croître la qualité des candidatures à la Cour suprême, tout en conservant les critères de sélection masculin, partisan, ethnoculturel et religieux, en ajoutant toutefois la limite d'âge de 75 ans¹⁸³ et en augmentant le nombre de juges de six à sept (Snell et Vaughan, 1985 : 125 et 129). Ces deux mesures, adoptées en 1927, devaient assurer que la Cour puisse plus facilement atteindre le quorum de cinq juges pour siéger et que les juges actifs soient au meilleur de leur capacité pour appliquer le droit canadien.

Durant les années 1930, l'importance qualitative et quantitative des causes entendues par la Cour grandit, tout comme sa réputation et le souci politique d'y nommer des juges centralisateurs (Snell et Vaughan, 1985 : 164-166). Malgré la nomination d'Ivan Rand en 1943 – un diplômé en droit de l'Université Harvard –, les juges étaient choisis pour leur conservatisme juridique et leur déférence politique (Snell et Vaughan, 1985 : 197 ; Buschnell, 1992 : 277). « Les réflexions de Sankey¹⁸⁴ n'avaient pas pénétré la conscience de la profession juridique. » (Buschnell, 1992 : 261-262, traduction libre)

À partir de 1946, les juges commencèrent à siéger dans leur édifice majestueux de style néoclassique, qui est physiquement plus éloigné du Parlement ; un symbole de l'autonomie accrue de l'institution. De plus, le banc s'élargit, en 1949, pour atteindre neuf juges, « de manière à lui permettre de s'acquitter plus efficacement de ses nouvelles fonctions nationales. » (Snell et Vaughan, 1985 : 171, traduction libre) Ces

¹⁸³ Cette réforme fut motivée par le cas du juge Louis Davies qui s'est retrouvé, à 79 ans, incapable d'accomplir ses tâches pour des raisons de santé, mais qui refusait de démissionner.

¹⁸⁴ La théorie de la constitution comme arbre vivant de l'arrêt *Edwards* (1930).

changements reflétaient l'importance de la nouvelle position centrale de la Cour, après que le Parlement du Canada mit fin aux appels au Comité judiciaire de Londres¹⁸⁵. Cette action concordait avec le nouveau nationalisme canadien, favorable à l'émancipation du lien colonial, et cherchant aussi à renverser la jurisprudence plus décentralisatrice des *Law Lords*, qui nuisait au déploiement de l'État central (Lajoie, 2006 : 190-194 ; Russell, 1987 : 338 ; Snell et Vaughan, 1985 : 178 et 183-186).

Si la Cour prit peu à peu ses distances du politique, en limitant les contacts directs entre juges et élus, elle ne fit pas preuve de beaucoup de créativité juridique et maintint, dans l'ensemble, son attitude déférente envers la jurisprudence britannique jusque dans les années 1970 (Russell, 1987 : 340-343). Les décisions des tribunaux anglais étaient omniprésentes dans l'esprit des juristes canadiens (Buschnell, 1992 : 295). Par contre, le nombre de litiges portant sur le droit privé laissait place à davantage de jugements en matière de droit public, même si la grande majorité des appels à la Cour étaient automatiques (Russell, 1987 : 343). Enfin, la nomination à la Cour de Douglas Charles Abbott, en 1954, fit scandale, car c'était un ministre vétérane des gouvernements libéraux de King puis de St-Laurent ; l'opinion publique et la profession juridique ne semblaient plus tolérer ce type de patronage (Buschnell, 1992 : 317-318 ; Snell et Vaughan, 1985 : 199-200). Le président du Barreau Canadien, John Arthur Clark, dénonça le caractère partisan des nominations judiciaires au Canada (Clark, 1952 : 30).

L'avènement d'un premier ministre favorable à la protection des libertés civiles, John Diefenbaker, marqua un tournant. Son gouvernement conservateur fit adopter la *Déclaration canadienne des droits* (1960), malgré l'opposition des libéraux de Lester B. Pearson et les réticences de la profession juridique, notamment du Barreau canadien,

¹⁸⁵ En appel du *Renvoi relatif à la « Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême »*, rendu par la Cour suprême du Canada le 19 janvier 1940, le Comité judiciaire du Conseil privé avait confirmé, dans l'arrêt *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada* (1947), que le Parlement du Canada avait le pouvoir de mettre fin aux appels à Londres. Selon les mots des *Law Lords* du Comité judiciaire : « Leurs Seigneuries sont d'avis que le présent appel est rejeté et qu'il convient de déclarer que le projet de loi 9 de la quatrième session du dix-huitième Parlement du Canada intitulé "Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême" est entièrement *intra vires* du Parlement du Canada [...]. » (Traduction libre)

qui la jugeaient contraire à la tradition juridique britannique (Buschnell, 1992 : 348-349). De plus, la population canadienne se méfiait d'une réduction du pouvoir majoritaire, une source d'instabilité et une menace individualiste envers les traditions morales et la collectivité (Buschnell, 1992 : 349). Le public canadien, davantage conservateur, percevait aussi la Déclaration comme une dangereuse importation américaine, alors que la lutte pour l'égalité aux États-Unis prenait un tour violent¹⁸⁶ (Buschnell, 1992 : 349). Dans ce contexte, « [p]our de nombreux Canadiens, l'élargissement de la liberté individuelle allait de pair avec la montée de la violence et la désintégration de l'ordre social. » (Buschnell, 1992 : 349, traduction libre) La Déclaration – une simple législation du Parlement du Canada qui ne concernait pas les législatures provinciales et pouvait être modifiée à majorité simple – constituait tout de même une brèche dans l'édifice symbolique de la suprématie parlementaire. Selon l'historien du droit Ian Buschnell, « pour la première fois de leur histoire, les juges ont été invités à s'engager ouvertement dans le contrôle judiciaire des lois basé sur les libertés civiles [...] » (Buschnell, 1992 : 348, traduction libre)

Pour appliquer la Déclaration des droits, Diefenbaker nomma à la Cour suprême son ami, le juge en chef de la Saskatchewan, Emmett Matthew Hall, un diplômé en droit de l'Université de la Saskatchewan, qui était aussi un défenseur des libertés civiles et s'inscrivait dans la continuité de Rand (Buschnell, 1992 : 342 et 351 ; Snell et Vaughan, 1985 : 202-204). Toutefois, faisant suite aux années 1950, où, sous l'influence notamment du juge Rand, plusieurs jugements innovants furent favorables à la protection des libertés civiles¹⁸⁷, les années 1960 marquèrent paradoxalement un retour vers une posture judiciaire plus conservatrice et déférente¹⁸⁸ (Snell et Vaughan,

¹⁸⁶ Les années 1950 et 1960 aux États-Unis furent marquées par des manifestations de masse, des boycotts et des actes de désobéissance civile, organisés par le mouvement de défense des droits civils, sous le leadership de Martin Luther King. Ces actions pacifiques, réclamant l'égalité des droits pour les personnes de couleur, furent violemment réprimées, par les forces de l'ordre et par une milice suprématiste blanche, le *Ku Klux Klan*, cherchant à maintenir en place le racisme institutionnalisé, dont bénéficiait aux plans économiques et politiques le groupe anglo-saxon majoritaire (cf. McAdam, 2009).

¹⁸⁷ Avec notamment les arrêts *Boucher* (1951), *Saumur* (1953), *Switzman* (1957) et *Roncarelli* (1959).

¹⁸⁸ *Drybones* (1970) fut d'ailleurs le seul arrêt de la Cour suprême invalidant une loi du Parlement du

1985 : 212-213, 219 et 223). « Après le départ à la retraite du juge Rand, en avril 1959, l'élan en faveur des libertés civiles dans l'application des lois par la Cour suprême s'est essoufflé. » (MacGuigan, 1965 : 271, traduction libre) Au départ de Rand se sont ajoutées les nominations à la Cour, par Diefenbaker, de Ronald Martland, Wilfred Judson et Roland Ritchie, qui firent pencher la balance en faveur de l'aile conservatrice et formaliste (Buschnell, 1992 : 322-323 et 350). Ce changement de garde a d'ailleurs été critiqué par Rand, dans un discours prononcé peu de temps avant sa retraite, où il rappelait l'importance de nommer à la Cour des juristes plus scolarisés, créatifs et réalistes, qui seront en mesure de répondre aux profonds changements sociétaux de l'après-guerre (Rand, 1959 : 460). À l'exception du juge Hall, « les nominations du gouvernement Diefenbaker étaient en décalage par rapport à son projet de garantir la protection juridique des libertés civiles. » (Buschnell, 1992 : 323, traduction libre)

La composition, davantage conservatrice, du banc de la Cour suprême en 1960 n'était pas de nature à recevoir « chaleureusement la *Déclaration des droits*. » (Buschnell, 1992 : 350, traduction libre) À cela, on doit ajouter que l'enseignement du droit commençait à peine à se moderniser et demeurait axé sur la pratique privée ; la profession juridique dans son ensemble n'avait « pas été préparée au débat juridique sur les droits et les libertés. » (Buschnell, 1992 : 352, traduction libre) Dans ce contexte, il n'est dès lors pas étonnant que la Cour fit une interprétation très étroite de la Déclaration et que peu d'avocats invoquassent la Déclaration (Russell, 1987 : 343).

Si, les critères de sélection des juges n'évoluèrent pas¹⁸⁹, par contre, après le scandale de l'affaire Munsinger, en 1966, « le gouvernement se distanca de la Cour. » (Snell et Vaughan, 1985 : 232, traduction libre) Lors de cette affaire scabreuse, un militant

Canada, sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*. Dans cette affaire, un Autochtone, Joseph Drybones, a été déclaré coupable de s'être saoulé en dehors d'une réserve, en violation du paragraphe 94(b) de la *Loi sur les Indiens*. En appel, la décision majoritaire de la Cour suprême du Canada a jugé que le paragraphe 94(b) était *ultra vires*, au motif qu'il était discriminatoire et violait les droits à l'égalité de M. Drybones, garantis par l'article 1(b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

¹⁸⁹ Par exemple, en 1963, l'on tenta de se débarrasser de Diefenbaker en le nommant à la Cour. C'est son refus, non pas une question d'éthique, qui explique l'échec de la manœuvre (Buschnell, 1992 : 343).

libéral, fraîchement nommé juge de la Cour, Wishart Flett Spence, fut instrumentalisé par l'exécutif libéral. Le gouvernement cherchait à faire dévier le débat public, portant sur des fuites d'informations gouvernementales, en embarrassant les conservateurs. Le premier ministre Pearson nomma Spence à la tête d'une commission¹⁹⁰, qui devait enquêter sur la façon dont le précédent gouvernement (conservateur) avait géré un potentiel bris de secrets d'État, alors que le ministre associé de la Défense nationale, Pierre Sévigny, entretenait une liaison de trois ans avec une prostituée allemande suspectée d'espionnage, Gerda Munsinger. Or, « [u]ne enquête officielle sur les décisions et les actions passées d'un gouvernement n'avait jamais eu lieu auparavant dans l'histoire du Canada [...] ». (Snell et Vaughan, 1985 : 230-231, traduction libre) Fruit de la contingence : la réputation de la Cour souffrit de cette affaire, mais « les juges de la Cour suprême se voyaient enfin accorder une plus grande indépendance institutionnelle. » (Snell et Vaughan, 1985 : 232, traduction libre).

6.2. L'autonomisation et la montée en puissance de la Cour

Un tournant dans l'histoire de la Cour suprême fut l'arrivée d'un professeur de droit constitutionnel et défenseur des libertés civiles, Pierre Elliott Trudeau, au poste de ministre de la Justice, puis de premier ministre du Canada, mais aussi l'élévation d'un autre juriste réformateur à la tête de la Cour suprême, Bora Laskin. Trudeau effectua plusieurs changements qui donnèrent à la Cour une plus grande autonomie, tout en magnifiant son pouvoir institutionnel et symbolique. Ses nominations transformèrent la Cour en profondeur (Buschnell, 1992 : 343, traduction libre) Quant à Laskin, il enclencha plusieurs changements qui firent de la Cour une véritable institution « nationale », apte à jouer le rôle de gardienne des libertés et des valeurs communes ainsi qu'interprète de la Constitution comme arbre vivant.

¹⁹⁰ La Commission d'enquête sur certaines questions relatives à la dénommée Gerda Munsinger.

6.2.1. Des juges plus savants

Comme ministre, Trudeau nomma, en 1967, un professeur de droit constitutionnel de l'Université de Laval et un ancien conseiller constitutionnel du premier ministre du Québec (1960-1966), Louis-Philippe Pigeon, à la Cour suprême du Canada. Ce choix « reflétait un désir croissant pour une Cour plus érudite qui puisse répondre aux causes constitutionnelles, qui semblaient inévitables dans les années à venir. » (Snell et Vaughan, 1985 : 216, traduction libre) L'ajout, dès 1968, d'auxiliaires juridiques (ou clercs), qui étaient issus du milieu universitaire pour épauler les juges dans leur travail et leur recherche, devait aussi servir à développer une jurisprudence plus innovante et plus savante (Snell et Vaughan, 1985 : 223). Ensuite, comme premier ministre, il nomma Bora Laskin, en 1970 ; ce célèbre professeur de droit formé à l'Université Harvard et dont les travaux avaient influencé Trudeau (Snell et Vaughan, 1985 : 217-218). Sa nomination allait dans la même direction, mais innova sur trois points majeurs : il était le premier juif, le premier juriste réformateur, membre du courant nationaliste constitutionnel, et le premier expert en droit du travail à siéger à la Cour. Laskin était aussi un constitutionnaliste chevronné, reconnu pour ses positions centralisatrices et favorables à la protection constitutionnelle des droits individuels (Snell et Vaughan, 1985 : 217-218). Contrairement à la pratique qui prévalait jusqu'alors, où le juge sénior était nommé juge en chef, Trudeau éleva Laskin à cette fonction dès 1973, le faisant passer devant cinq juges, brisant ainsi une tradition remontant au début du XX^e siècle (Buschnell, 1992 : 401 ; Kapoor, 2017). Avec la nomination subséquente à la Cour suprême du juge de la Cour d'appel du Manitoba Brian Dickson (1973) – qui avait fait son droit à l'Université du Manitoba – et du professeur de droit Jean Beetz (1974) – un ancien collègue de Trudeau à l'Université de Montréal – cela fit de la Cour Laskin « le groupe de juges le plus savant et le plus érudit qui ait jamais fait partie de la Cour suprême. » (Snell et Vaughan, 1985 : 236, traduction libre) Comme ministre, puis premier ministre, Trudeau nomma dix juges de la Cour suprême, dont deux juges en chef, le premier juif (Laskin) et la première femme

(Bertha Wilson) (Snell et Vaughan, 1985 : 236 ; Buschnell, 1992 : 441). Sous le leadership de Laskin, les jugements de la Cour furent plus souvent unanimes, ce qui en augmentait l'autorité, le pouvoir symbolique (Russell, 1987). Enfin, sous Laskin, les décisions découlèrent davantage d'un travail collégial de discussion commune et le banc des juges siégea habituellement au complet, à l'image de la Cour suprême des États-Unis (Buschnell, 1992 ; McCormick, 2000 ; Russell, 1987).

6.2.2. Le contrôle du registre des causes à entendre

En 1975, sous la recommandation d'un comité de l'Association du Barreau canadien, le gouvernement Trudeau accorda à la Cour suprême le contrôle sur le registre des causes à entendre, ne l'obligeant plus à juger les appels en matière de droit civil issus des cours provinciales (Buschnell, 1992 : 405-406). Diminuer la charge de travail des juges permettait de désengorger le nombre de causes pendantes et d'augmenter la qualité des jugements (Buschnell, 1992 : 405-406). À l'exception des appels en matière de droit criminel, lorsqu'il y a eu dissidence sur le banc, la Cour avait « le mandat de sélectionner les affaires qu'elle souhaitait en fonction de leur importance pour le public. » (Russell, 1987 : 334, traduction libre) En conséquence, « la Cour suprême du Canada est devenue principalement un tribunal de “droit public”, son registre des causes étant dominé par le droit criminel, l'interprétation des lois réglementaires et les questions constitutionnelles. » (Russell, 1987 : 334, traduction libre) La réforme permettait aussi à la Cour de se concentrer sur les causes d'importance « nationale » et d'intérêt public, la mettant en position d'être une véritable institution décisionnelle centrale, élaborant des normes pour la fédération (Epp, 1998 : 166-167). Le contrôle du registre des causes à entendre rehaussait le statut de la Cour suprême au sein de l'État canadien (Buschnell, 1992 : 405). Cette réforme serait de la même ampleur que la fin des appels au Comité judiciaire de Londres, en 1949 (Buschnell, 1992 : 405).

6.2.3. L'intérêt à agir

En 1975, la Cour suprême libéralisa les normes encadrant le droit de comparaître. Auparavant, la jurisprudence, remontant à l'arrêt *Smith* (1924), voulait qu'une partie devait être directement lésée ou affectée par une législation ou une action de l'État pour pouvoir comparaître – pour avoir un intérêt à agir – devant un tribunal. D'ailleurs, « [l]a règle était si bien établie que la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Thorson*, a rendu un bref jugement oral, refusant [au plaignant] Thorson le droit de faire entendre sa cause, et n'a pas jugé nécessaire d'entendre l'avocat de la partie adverse. » (Buschnell, 1992 : 395, traduction libre) Or, à compter de l'arrêt *Thorson* (1975)¹⁹¹, la majorité du banc accepta le raisonnement du juge en chef Laskin, lorsqu'il écrivit que ce qui détermine l'intérêt à agir, c'est « le droit des citoyens au respect de la constitution par le Parlement, quand la question que soulève la conduite du Parlement est réglable par les voies de justice en tant que question de droit. » Sujet à la discrétion du banc, le citoyen pouvait dès lors invoquer une question de principe – le respect de la Constitution – pour pouvoir comparaître, créant une sorte de procédure de renvoi citoyenne (Buschnell, 1992 : 398). Pour arriver à cette conclusion, Laskin s'inspira notamment de l'arrêt *Flast v. Cohen* (1968), dans laquelle la Cour suprême des États-Unis libéralisa le droit de comparaître des contribuables ordinaires, qui estimaient que le Congrès avait utilisé de façon inappropriée les fonds publics. À ce sujet, « en implantant au Canada cet important développement jurisprudentiel américain, Laskin a préparé le terrain pour une libéralisation encore plus grande des règles canadiennes encadrant l'intérêt à agir. » (Manfredi, 1990 : 504, traduction libre)

Thorson était donc une réforme du droit majeure. Cette nouvelle jurisprudence a été confirmée par les arrêts *McNeil* (1978)¹⁹² et *Borowski* (1981)¹⁹³. Comme le précisèrent

¹⁹¹ Le plaignant, Joseph Thorson, évoquait l'inconstitutionnalité de la *Loi sur les langues officielles* et des *Lois portant affectation de crédit*, et ce, bien qu'il ne fût pas directement lésé par ces dernières.

¹⁹² Dans cet arrêt, le journaliste Gerard McNeil mettait en doute la constitutionnalité du *Theatres and Amusement Act* de la Nouvelle-Écosse, qui relèverait, selon lui, du Code criminel, donc de la prérogative du Parlement du Canada.

¹⁹³ Dans cette cause, le militant et politicien néodémocrates Joseph Borowski contestait les dispositions

Frederick Lee Morton et Dave Snow, « l'arrêt Borowski a supprimé l'exigence traditionnelle voulant qu'un justiciable éventuel démontre un intérêt personnel concret, affecté par la question de droit soulevée, et a plutôt créé un droit très large pour tous les citoyens de se présenter devant les tribunaux et d'exiger que les juges forcent le gouvernement à "se comporter de manière constitutionnelle". » (Morton et Snow, 2018 : 245, traduction libre) De cette façon, les juges se donnèrent le pouvoir discrétionnaire d'entendre des causes qui ont une importance pancanadienne ou qui portent sur des questions de droit importantes et équivoques, et ce, même si la partie entendue n'est pas directement touchée par l'enjeu constitutionnel.

6.2.4. Le droit d'intervenir

Durant les années 1970, sous l'influence de Laskin, la Cour a libéralisé ses normes encadrant le droit d'intervenir pour les parties tierces dans les litiges constitutionnels. « Traditionnellement, les tribunaux canadiens n'étaient pas réceptifs à l'idée de permettre à des parties non gouvernementales d'intervenir. » (Morton et Snow, 2018 : 248, traduction libre) Ainsi, la Cour a permis à des individus, des groupes d'intérêt ou des gouvernements de présenter un mémoire et de participer aux plaidoiries, lorsque le jugement pouvait affecter leurs intérêts. En effet, « dans les causes de droit public, [...] la dimension politique du différend signifie que des parties autres que les parties au litige seront également touchées. » (Morton et Snow, 2018 : 248, traduction libre) Lors des litiges importants, plusieurs parties pourront intervenir (Russell, 1987 : 353).

6.2.5. La recevabilité des preuves extrinsèques

Les directions claires données par la Cour Laskin, à l'égard de la recevabilité d'éléments de preuves extrinsèques pour les renvois constitutionnels (comme des données tirées des sciences sociales), marquèrent aussi un changement profond par rapport à la tradition britannique, tout en signifiant un rapprochement vis-à-vis des

du Code criminel encadrant l'avortement, en invoquant le droit à la vie du fœtus, qui serait garanti, selon sa prétention, par la Charte canadienne des droits.

procédures judiciaires américaines (Hudon, 1981 : 372). Depuis l'acceptation par la Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt *Muller v. Oregon* (1908), d'un mémoire contenant des données tirées des sciences sociales – soumis par le procureur de l'État d'Oregon et futur juge de cette même Cour, Louis Brandeis, qui donna son nom à ce type de dossier – cette pratique y est devenue courante (Hogg, 1977 : 395). D'ailleurs, le dépôt d'un « mémoire de Brandeis », lors de la célèbre cause *Brown v. Board of Education* (1954), fut déterminant dans la décision rendue, « car le tribunal a conclu que la ségrégation avait un effet préjudiciable sur les enfants noirs, et pour arriver à cette conclusion, a cité comme “autorité” un certain nombre d'études scientifiques récentes en psychologie et en sociologie. » (Hogg, 1976 : 396, traduction libre) De leur côté, les juges canadiens n'acceptaient pas ou très rarement, lors des renvois, des éléments de preuves extrinsèques (Hudon, 1981 : 372). Les magistrats canadiens récusait le contexte sociohistorique du litige et s'en remettaient à la règle interprétative littérale, issue de la tradition britannique¹⁹⁴.

Les décisions passées de la Cour suprême révèlent bien que « dans la plupart des renvois constitutionnels, [elle] a rendu sa décision avec très peu, voire aucun, de renseignements factuels [...] » (Hogg, 1976 : 390, traduction libre) Prenant acte de cet état de fait, l'ancien juge en chef Thibault Rinfret en fit une règle (Hogg, 1977 : 391). Son *obiter dictum*, dans le *Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre* (1950), justifiait le refus de recevoir comme preuve un article de la *Canadian Bar Review* (Buschnell, 1992 : 282), en affirmant que « la Cour se limite aux exposés des faits [les éléments de preuves intrinsèques] contenus dans l'ordre de renvoi. » (Traduction libre) En se basant sur la règle d'exclusion énoncée par Rinfret, le gouvernement central jouirait d'un avantage certain, en pouvant choisir unilatéralement les faits qu'il décide d'inclure dans le dossier envoyé à la Cour (Hogg, 1976 : 391). De la sorte, si un gouvernement provincial estimait que des faits cruciaux

¹⁹⁴ Cette règle remonterait à la décision *Millar v. Taylor* (1769), de la Cour du Banc du Roi, où il est affirmé que « [l]e sens et la signification d'une loi du Parlement doivent être recueillis à partir de ce qu'elle dit lorsqu'elle est adoptée sous forme de loi [...] » (*Millar v. Taylor*, 1769, traduction libre)

avaient été exclus du dossier du renvoi, il devrait enclencher un litige constitutionnel ordinaire. Ce qui signifiait que la Cour ne serait pas en mesure d'accomplir sa fonction « d'arrêter » – de préciser et de stabiliser – le droit, par la procédure de renvoi ; multipliant ainsi les litiges (Hogg, 1976 : 391). L'inefficacité de cette approche, surtout pour les causes aux implications sociopolitiques complexes, explique sans doute pourquoi le rejet des preuves extrinsèques ne pouvait être maintenu indéfiniment.

Le point tournant fut le *Renvoi sur la Loi anti-inflation* (1976), où la Cour devait se pencher sur la constitutionnalité de la *Loi anti-inflation*¹⁹⁵, qui visait à contrôler les prix et les salaires, « dans le but de réduire et d'endiguer le taux actuel d'inflation que le Parlement du Canada reconnaît comme étant incompatible avec l'intérêt général de tous les Canadiens. » (*Renvoi sur la Loi anti-inflation*, 1976) Ce *Renvoi* a créé un précédent relativement à l'admissibilité dans les litiges constitutionnels de preuves extrinsèques, telles des données issues des sciences sociales (Hogg, 1976 : 399 et 404).

Pour cette affaire, la Cour devait statuer si l'inflation – à près de 11 % en 1975 (Statistique Canada, 2015) – pouvait être considérée comme une urgence « nationale », ce qui impliquait d'intégrer à l'interprétation judiciaire des données sur la situation socioéconomique au Canada (Hogg, 1976 : 394-395). Pour justifier sa *Loi anti-inflation*, qui empiétait sur les compétences provinciales en matière de propriété et de droits civils, le gouvernement central argua qu'une telle urgence existait et commandait son intervention, pour maintenir « la paix, l'ordre et le bon gouvernement¹⁹⁶ ». L'interprétation judiciaire de cette clause – depuis l'arrêt *Fort Frances Pulp and Power Co* (1923) du Comité judiciaire de Londres¹⁹⁷ –, veut que pour répondre à une urgence « nationale », le Parlement du Canada puisse faire primer l'intérêt général sur ceux des individus, mais aussi légiférer sur des matières normalement attribuées aux législatures

¹⁹⁵ *Loi anti-inflation*, 1975 (Can.), c. 75.

¹⁹⁶ Tel que l'énonce le préambule de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁹⁷ Dans cet arrêt, les *Law Lords* ont conclu que l'instauration du contrôle des prix du papier par le Parlement du Dominion, s'il empiétait sur la compétence des Législatures en matière de propriété et de droits civils, pouvait se justifier au regard de la clause « paix, ordre et bon gouvernement ».

provinciales. À la suite de *Fort Frances* et face au refus du Comité judiciaire de voir la Grande Dépression comme un état d'urgence – pouvant légitimer le *New Deal* de Bennett¹⁹⁸ –, la jurisprudence ne semblait valider que la guerre comme situation d'urgence pouvant tomber sous la clause « paix, ordre et bon gouvernement » (Buschnell, 1992 : 420, traduction libre). Le Procureur général du Canada entendait ainsi prouver, faits à l'appui, que la crise inflationniste était bien un état d'urgence menaçant la fédération. Comme le souligna Hogg, « [l]a question de savoir si le pouvoir a été valablement exercé ou non dépendait de l'existence ou non d'une situation d'urgence nationale, ce qui est manifestement, en partie, une question de fait. » (Hogg, 1976 : 386, traduction libre) Pour trancher cette question de fait, la Cour accepta de recevoir des éléments de preuves extrinsèques, comme l'étude détaillée du professeur d'économie Richard G. Lipsey ou le Livre blanc du gouvernement central (« Offensive contre l'inflation ») (Hudon, 1981 : 376).

La décision majoritaire de la Cour, produite par Laskin, déclara que « La *Loi anti-inflation* est une législation valide pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, et, vu les circonstances où elle a été adoptée et compte tenu de son caractère temporaire, elle n'empiète pas sur la compétence législative des provinces. » Pour la Cour, l'admissibilité des données issues des sciences sociales permettait d'évaluer s'il existait un « fondement rationnel » à la loi (*Renvoi sur la Loi anti-inflation*, 1976). La Cour trouva bien un fondement rationnel à la *Loi anti-inflation*, car elle répondait à une situation d'urgence « nationale », ce qui justifiait aussi que le Parlement du Canada puisse s'ingérer temporairement dans les compétences provinciales sur la propriété et les droits civils, pour répondre à la crise (*Renvoi sur la Loi anti-inflation*, 1976) Enfin, par rapport à l'autorité des décisions passées (*stare decisis*) – prônant une interprétation restrictive de la clause « Paix, ordre et bon gouvernement » – Laskin, au nom de la majorité, reprit la métaphore de la Constitution comme arbre vivant (*Edwards*, 1930) et adopta une approche interprétative libérale et novatrice : « il faut considérer une

¹⁹⁸ *A. G. of Canada v. A. G. of Ontario and others (Canada)*, [1937] UKPC 6, p. 9-10.

Constitution, appelée à répondre aux besoins du Canada dans les années à venir, comme un instrument flexible, susceptible de s'adapter à un monde en évolution. » (*Renvoi sur la Loi anti-inflation*, 1976) Laskin cita aussi l'arrêt du Comité judiciaire, *Russell c. La Reine* (1882) – qui reçut par la suite une interprétation atténuée –, dans lequel la *Loi sur la tempérance du Canada* (1878) est jugée valide en vertu du pouvoir général du Parlement du Dominion de légiférer pour répondre aux enjeux ayant une « dimension nationale¹⁹⁹ », comme le fléau de la vente d'alcool.

La position de la Cour, sur la recevabilité des éléments de preuves extrinsèques, fut confirmée et clarifiée par l'ancien juge en chef, Brian Dickson qui affirma, au nom d'un banc unanime, que « la règle d'exclusion énoncée par le juge Rinfret en *obiter* dans le *Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre* (1950), n'est plus valable en droit. » (*Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, 1981) La Cour entendait « suivre la pratique établie dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation* [...]. » (*Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, 1981)

Analysant le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, Hogg observa que la Cour empiéta en partie sur un terrain politique, en empruntant un type de raisonnement et en faisant usage d'éléments de preuves plutôt associés à l'élaboration des politiques publiques (Hogg, 1976 : 397). Cette approche allait se cristalliser sous la Charte canadienne. En effet, selon l'ancien juge en chef de la Cour suprême du Canada, Antonio Lamer, l'adoption de la Charte a complexifié le travail interprétatif des juges, en brouillant notamment la frontière entre la question de la légalité des lois, qui relève du pouvoir judiciaire, et celle de leur sagesse ou de leur à-propos, qui dépendent des branches exécutives et législatives de l'État (Lamer, 1994 : 584-585). Car, sous la Charte, les juges feraient face à « des questions polycentriques », soit un type de « litige [qui] comporte de multiples facettes et a des répercussions sociétales étendues qui dépassent

¹⁹⁹ Plusieurs décisions du Comité judiciaire réaffirmèrent ce principe de la « dimension nationale », conférant des pouvoirs législatifs accrus au Parlement central, lorsqu'une question avait une importance telle qu'elle concernait l'ensemble de la fédération. Voir notamment les arrêts *Regulation and Control of Aeronautics in Canada* (1932) et *Regulation and Control of Radio Communication in Canada* (1932).

largement les parties immédiates à l'affaire. » (Lamer, 1994 : 581, traduction libre) Or, « ce genre d'affaires soulève de façon aiguë d'importantes questions de politique sociale, qu'il est devenu du devoir des juges de trancher. » (Lamer, 1994 : 581, traduction libre) Pour cette catégorie de causes, ayant des implications sociopolitiques complexes, les parties soumettent aux juges des preuves extrinsèques, qui les acceptent de manière à éclairer leurs décisions, un peu comme le ferait une Commission parlementaire (Lamer, 1994 : 582-583).

En devenant un pilier central de l'État canadien, la Cour suprême se transformait incidemment en forum politique, où les parties étaient appelées à plaider leur cause, plutôt que de le faire à travers la joute politique partisane, comme l'entrevoyait déjà Peter Russell en 1983. C'est-à-dire que le lieu où était débattue la portée relative des différents droits et obligations ne disparaissait pas, mais était plutôt transféré dans l'arène judiciaire (Russell, 1983). L'admission des preuves extrinsèques s'ajoutaient ainsi à la libéralisation de l'intérêt à agir et du droit d'intervenir, donnant ainsi une sorte de caution démocratique à l'arène judiciaire « nationale » qu'est devenu la Cour suprême, qui pouvait plus légitimement jouer le rôle attendu d'elle : préserver les droits et libertés du peuple canadien, adapter la Constitution aux nouvelles réalités, uniformiser et stabiliser les normes dans la fédération, contrer les forces centrifuges et, incidemment, contribuer au maintien de l'unité nationale et de l'ordre constitutionnel.

6.2.6. L'autonomie administrative

En 1977, l'autonomie administrative a été accordée à la Cour suprême, par un amendement à la *Loi sur la Cour suprême*, qui précisait que le registraire, responsable de l'administration générale de l'institution, ne relèverait plus du ministre de la Justice, mais directement du juge en chef (Russell, 1987 : 354). L'octroi de l'autonomie administrative est d'ailleurs perçu comme un élément important de l'indépendance judiciaire. La perception de l'indépendance d'un tribunal est condition de son apparence d'impartialité, c'est pourquoi le juge Gerald Le Dain, au nom d'une Cour unanime, a écrit dans l'arrêt *Valente* (1985), qu'avec l'inamovibilité et la sécurité

financière des juges, « la troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire est l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires. »

6.2.7. Le *Programme de contestation judiciaire*

Faisant suite à l'adoption de la *Loi sur les langues officielles* (1969), le gouvernement Trudeau mit en place, à la fin des années 1970, le *Programme de soutien aux groupes minoritaires de langues officielles*, pour financer les communautés francophones hors Québec, dans leurs démarches d'accès à l'éducation en français et de création de médias francophones (Pal, 1993 : 134). Or, comme le souligna Leslie Pal, « l'élection du PQ en 1976 et le référendum de 1980 ont rendu le [*Programme*] crucial dans la lutte pour l'unité nationale. » (Pal, 1993 : 127, traduction libre) D'ailleurs, lors du discours du Trône d'octobre 1977, il fut annoncé que le budget du *Programme* allait passer de 30 à 75 millions de dollars et que, pour la première fois, il allait financer les organisations anglo-québécoises (Pal, 1993 : 131-132). Le ministre responsable du *Programme*, John Roberts, n'a pas caché les visées politiques centralisatrices de ce changement, en admettant « qu'une partie de ce financement allait aider les Québécois anglophones à s'opposer à la nouvelle loi linguistique de la province (la Loi 101) et à faire campagne lors de l'éventuel référendum. » (Pal, 1993 : 132, traduction libre) Selon Pal, le ministre Roberts « a clairement indiqué que le renforcement du soutien aux groupes minoritaires de langue officielle s'inscrivait dans le cadre plus large de la politique d'unité nationale du gouvernement [...]. » (Pal, 1993 : 132, traduction libre)

Dans la continuité du *Programme de soutien*, le gouvernement central créa en 1978 le *Programme de contestation judiciaire*, qui se concentrait exclusivement sur le financement des litiges des communautés minoritaires de langues officielles. Un des objectifs politiques de ce nouveau *Programme* était de contrer la volonté du gouvernement québécois de mettre en place une politique linguistique territorialisée, faisant du français la seule langue publique officielle du Québec, alors qu'Ottawa cherchait à établir les principes du bilinguisme officiel partout au Canada (Cardinal,

2000). Ce dernier *Programme* finançait les litiges des groupes de défense des minorités linguistiques, invoquant les articles 93 et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, après 1982, les articles 16 à 23 de la Charte canadienne (Cardinal, 2000 ; Goreham, 1992). En 1985, le gouvernement progressiste conservateur du premier ministre Brian Mulroney a élargi le *Programme* aux causes concernant les droits à l'égalité (l'article 15 de la Charte) (Goreham, 1992). L'importance juridique et sociétale de la cause déterminait essentiellement le choix du financement (Goreham, 1992).

En encourageant la judiciarisation de la politique linguistique, le *Programme* permettait de faire indirectement ce qu'Ottawa ne pouvait plus faire directement : utiliser le pouvoir de désaveu, tombé en désuétude, pour invalider la Loi 101 (Cardinal, 2000 : 54-55). En tant que juriste réformateur, l'action du premier ministre Pierre Trudeau s'inscrivait dans la continuité du mouvement nationaliste constitutionnel, qui promouvait depuis les années 1930 l'extension des droits accordés aux individus, pour les protéger de l'action arbitraire de l'État provincial (cf. Cardinal, 2000 : 54-55).

De la sorte, le gouvernement central attirait dans l'orbite fédérale de nombreux groupes et créait les conditions d'une judiciarisation accrue des luttes sociopolitiques, qui se régleraient désormais dans un forum judiciaire « national », au cœur de l'État central (Cardinal, 2000 ; Pal, 1993 ; Woehrling, 2006). En outre, le paradigme des droits individuels qui anime le *Programme* et l'orientation politique générale du gouvernement central – qui se concrétisera en 1982 dans les garanties linguistiques pour les individus intégrés à la Charte canadienne – créent une fausse analogie entre les francophones, au Canada, et les anglophones, au Québec (Cardinal, 2000 ; Woehrling, 2005). Selon cette vision inversée des rapports de pouvoir sociolinguistiques, « [l]'anglais est associé à une langue menacée, alors que le français, notamment au Québec, devient une langue qui “opprime”. » (Cardinal, 2000 : 57)

6.2.8. La Constitution comme arbre vivant et la fin du *stare decisis*

Dans l'arrêt *Blaikie* (1979)²⁰⁰, la Cour Laskin opta pour une interprétation évolutive et fit sienne la théorie de la Constitution comme un arbre vivant, d'abord énoncée dans l'arrêt *Edwards* en 1930²⁰¹. Dans cet arrêt, le Comité judiciaire renversa la décision de la Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi sur la signification du mot « personne »* (1928), à l'effet qu'une femme ne pouvait être nommée sénatrice, car seule une « personne qualifiée » pouvait être nommée au Sénat (article 24 de l'Acte de 1867), et qu'une femme ne se qualifiait pas comme « personne » au sens de la loi, de la coutume et de la pratique. Selon le Comité judiciaire, « le mot “personne” [...] peut inclure des membres des deux sexes, et à ceux qui demandent pourquoi le mot devrait inclure les femmes, la réponse évidente est pourquoi il ne le devrait pas. (*Edwards*, 1930, traduction libre) Selon l'ancienne juge en chef du Canada, Beverley McLachlin, de cette seule décision a découlé « deux idées phares : l'égalité des hommes et des femmes, et le principe voulant que l'interprétation constitutionnelle doive refléter la réalité actuelle. » (McLachlin, 2013, traduction libre)

Les années 1970 marquent clairement un changement quant à la méthode interprétative privilégiée par la Cour suprême, qui « s'est graduellement détachée de la méthode d'interprétation littérale au profit d'une méthode d'interprétation évolutive ou dynamique, [...] dans la longue tradition de l'arbre vivant. » (Brouillet et Gagnon, 2017 : 99) Cependant, plutôt que de s'en tenir aux équilibres entre *innovation judiciaire* – favorisant le fédéralisme moniste – et *intention du constituant* – appuyant le fédéralisme pluraliste ou classique –, comme le proposait Lord Sankey dans *Edwards*, la Cour a plutôt penché vers le premier élément de l'équation au détriment du second, relégué au rang de curiosité historique (Brouillet et Gagnon, 2017 : 100). À cet égard,

²⁰⁰ Dans cette cause, la Cour suprême jugea que les dispositions de la Loi 101, à l'effet que seuls les jugements en français des « organismes judiciaires et quasi judiciaires » seraient officiels, étaient invalides, au motif qu'elles étaient contraires à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

²⁰¹ Selon les *Law Lords*, « l'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre vivant capable de croissance et d'expansion dans ses limites naturelles. » (*Edwards*, 1930, traduction libre)

dans l'arrêt *Procureur général de la Colombie-Britannique* (1980), la Cour écrivit que « si la Constitution canadienne doit être considérée comme un “arbre” et que la compétence législative est “essentiellement dynamique” [...], alors la détermination des catégories qui existaient en 1867 ne présente en somme qu'un intérêt historique. »

Tel que précisé dans au chapitre 5, la pleine réception de la théorie de la Constitution comme arbre vivant (*Edwards*, 1930) par la Cour suprême, durant les années 1970, s'explique en bonne partie par l'influence de la doctrine et de la jurisprudence américaine. Comme le souligna Buschnell, « le plus évident des signes de subordination du système juridique canadien était l'équation : le droit du Canada = le droit de l'Angleterre. Cela a changé au cours des années 1970. » (Buschnell, 1992 : 331, traduction libre) Ces années marquent incidemment un tournant quant à l'utilisation croissante des décisions américaines par la Cour suprême, qui fut notamment inspirée par l'aura progressiste émanant de la Cour suprême des États-Unis, sous le juge en chef Earl Warren (1953-1969). La Cour Warren, par son interprétation libérale du *Bill of Rights* américain, produisit plusieurs jugements influents en matière de protection des libertés civiles, comme *Brown v. Board of Education* (1954), sur la déségrégation des écoles. Selon Martin Shapiro, cette décision serait mythique :

Un groupe d'intérêt²⁰² enclencha une campagne concertée de défense des droits axée sur le litige, afin de persuader un tribunal d'entreprendre un changement majeur de politique publique, alors que les corps législatif et exécutif s'y refusaient. *Brown* signifie aussi qu'un tribunal fédéral a établi des normes nationales uniformes. » (Shapiro, 1994 : 104, traduction libre)

Sous le juge en chef Warren Burger (1969-1986), la Cour américaine consolida ses avancées en matière de droits, notamment avec la décision *Roe v. Wade* (1973), portant sur le droit à l'avortement (Shapiro, 1994). « Durant cette période, les décisions les plus célèbres de la Cour américaine ont découlé d'une approche large et libérale pour définir et pour appliquer les droits énoncés dans la Déclaration américaine des droits et dans le Quatorzième amendement. » (Manfredi, 1990 : 512, traduction libre)

²⁰² La *National Association for the Advancement of Colored People*.

Russell a vu notamment dans l'arrêt *Blaikie* (1979) un signal clair émis par la Cour suprême du Canada voulant « qu'elle ne dût pas être jugée sur la base de son rendement antérieur et, que si une déclaration constitutionnelle des droits était adoptée, elle fût prête à traiter les garanties constitutionnelles d'une manière large et libérale. » (Russell, 1987 : 356, traduction libre) Dans *Blaikie*, on perçoit l'influence de l'arrêt *Edwards*, mais aussi de l'approche interprétative américaine. Selon Christopher Manfredi, à l'ère de la Charte des droits, la Cour suprême du Canada « a généralement suivi l'exemple moderne de son homologue américaine, en élaborant une approche large et libérale du contrôle judiciaire. » (Manfredi, 1992 : 215, traduction libre)

Dans l'arrêt *Hunter* (1984)²⁰³, sous le régime de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour Laskin a voulu définir la portée de l'article 8 de la Charte canadienne, qui stipule que « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » Pour guider leur travail interprétatif dans *Hunter*, la Cour a confirmé le virage activiste et libéral pris avec l'arrêt *Blaikie* :

Une constitution est rédigée en prévision de l'avenir. [...] Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées. Les tribunaux sont les gardiens de la constitution et ils doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'ils interprètent ses dispositions. (*Hunter*, 1984)

Les arrêts *Blaikie* et *Hunter* signifiaient que la Cour suprême entrait dans une nouvelle ère, où, comme elle l'a elle-même affirmé²⁰⁴, elle pouvait faire preuve d'innovation et ne se sentait plus liée par l'autorité de la chose jugée (ou *stare decisis*), soit la jurisprudence du Comité judiciaire de Londres et la sienne propre. La Cour était prête à adapter le texte constitutionnel aux nouvelles réalités sociopolitiques. Comme l'écrivit Hogg, elle « doit donner à la Constitution une interprétation “progressive”,

²⁰³ Dans cette affaire, la Cour donna raison à la compagnie Southam, qui invoquait que le directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions, Lawson Hunter, avait violé ses droits, garantis par l'article 8 de la Charte canadienne, en autorisant des fonctionnaires à venir saisir des documents dans ses bureaux, en vertu de l'article 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

²⁰⁴ Dans le *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles* (1978) et dans *A.V.G. Management Science Ltd.* (1979).

afin qu'elle s'applique aux conditions contemporaines qui n'auraient pas pu être prévues par les fondateurs. » (Hogg, 1987 : 113, traduction libre)

6.2.9. L'influence du juge en chef Bora Laskin

La nomination, par Pierre Trudeau, d'un éminent professeur de droit, de confession juive, favorable à la protection des libertés civiles – notamment parce qu'il avait connu personnellement la discrimination et le racisme en raison de son identité – et proche des milieux syndicaux était en soi une innovation. En tant que personne d'immigration récente, issue d'une minorité religieuse et d'un milieu économique moins favorisé, mais valorisant la promotion sociale par la culture et l'éducation, Laskin était davantage lié au champ universitaire et à la portion dominée du champ juridique, soit le droit constitutionnel et le droit du travail. Ayant connu les blocages liés à sa condition juive – dans un Ontario et un Canada où l'antisémitisme était omniprésent²⁰⁵ (Abella, 2012 ; Speisman, 2006) – et le traitement inique réservé au mouvement syndical durant les années 1930 et 1940, il était sensible aux enjeux de discrimination sociale et ethnique (Girard, 2005). Sans être socialiste, mais plutôt libéral progressiste comme Trudeau, il était favorable à l'instauration et à l'application de meilleures règles de *fair-play* dans la société. C'est-à-dire qu'il défendait une véritable égalité des chances et un traitement juridique égalitaire pour tous les individus, indépendamment de leur classe ou de leur appartenance ethnoculturelle. Comme Laskin, Trudeau joua un rôle important auprès des syndicats comme enseignant et avocat, et adopta une approche libérale basée sur l'égalité juridique (notamment la pleine reconnaissance des libertés syndicales) et une compétition plus juste, en voulant rééquilibrer des rapports de

²⁰⁵ Selon l'historien Irving Abella, « [d]ès ses premières manifestations, l'antisémitisme n'a jamais été un sentiment réservé aux seuls fanatiques. Au contraire, il a toujours fait partie de la tendance générale, étant partagé à divers degrés par tous les éléments de la société. Jusqu'aux années 50, il est même empreint d'une certaine respectabilité, et personne ne s'excuse d'être anti-juif, car personne ne l'exige. L'antisémitisme est présent dans les propos qui s'échangent dans les couloirs du Parlement et dans la presse. Il s'inculque dans les écoles et s'assimile dans la majorité des églises. » (Abella, 2012)

pouvoir par trop favorable aux entreprises, de façon à favoriser des conditions de travail décentes et à préserver la paix industrielle (Girard, 2005 ; Aivalis, 2013).

Cependant, Laskin était davantage qu'un symbole, en tant que juif et libéral progressiste, il était aussi un agent de changement. Il appartenait à la nouvelle élite nationaliste des juristes réformateurs, qui était influencée notamment par le droit moderne américain. À ce titre, il contribua au mouvement nationaliste constitutionnel canadien, par ses écrits, par son professorat et ses efforts pour moderniser l'enseignement du droit, par les causes qu'il défendit en tant que plaideur syndical en droit du travail, par ses opinions comme juge de la Cour d'appel de l'Ontario, puis de la Cour suprême. En tant que juge de la Cour suprême, le diplômé d'Harvard eut une influence marquante sur l'augmentation du nombre de citations de décisions des tribunaux américains (Manfredi, 1990 : 503). Comme professeur, Laskin rédigea aussi de nombreux textes sur les réformes à apporter au fonctionnement de la Cour suprême, pour qu'elle devienne un tribunal « national » et moderne, pouvant adapter la Constitution aux défis contemporains. Son élévation au poste de juge en chef lui fournit l'occasion de mettre en application ses idées, qui contribuèrent à moderniser la Cour et à la mettre en position de donner toute son ampleur à la Charte canadienne. Selon Buschnell, « alors que la créativité [juridique] de Rand était apparue au sein du système [judiciaire] alors qu'il était déjà juge, les opinions de Laskin étaient bien connues avant qu'il ne rejoigne la cour. Lorsqu'il a été nommé juge en chef, c'est comme s'il avait reçu le mandat d'imposer à l'institution ses vues sur la fonction des juges de la Cour suprême. » (Buschnell, 1992 : 400, traduction libre) Selon Peter McCormick, « [l]a Cour Laskin a clairement répondu aux espoirs de ceux qui voulaient qu'une cour puissante joue un rôle public important. » (McCormick, 2000 : 103, traduction libre)

Selon Russell, « [e]n rétrospective, il est évident qu'au cours des années 1970 et au début des années 1980, la Cour a été conditionnée pour faire face au défi de la Charte. » (Russell, 1987 : 354, traduction libre) Avec des juges plus savants et mieux formés (dont plusieurs décrochèrent des diplômes de droit américains), qui n'hésitaient pas à

adopter une approche interprétative innovante, et avec les réformes apportées au fonctionnement de la Cour, cette dernière avait les atouts institutionnels et symboliques nécessaires pour répondre à la crise constitutionnelle du début des années 1980.

6.3. La Cour : actrice et gardienne de la *révolution des droits* au Canada

Lors de la crise constitutionnelle de 1980-1982, la Cour suprême du Canada disposait de la compétence, de l'autonomie et des outils adéquats pour jouer un rôle crucial. Durant ces années, la tentative de sécession de l'État du Québec fragilisa l'ordre constitutionnel canadien. La fédération canadienne fut aussi ébranlée par la manœuvre de renouvellement majeur et unilatéral de la Constitution par le gouvernement central, à laquelle se sont opposés huit gouvernements provinciaux (à l'exclusion du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario, favorables à ce dessein). Deux renvois entourant le rapatriement, en 1981 et en 1982, ont fourni l'occasion à la Cour de jouer un rôle central, lui permettant d'accroître son pouvoir symbolique et son autonomie au sein de l'État ainsi que de refonder et d'unifier l'ordre constitutionnel canadien.

6.3.1. Le *Renvoi sur le rapatriement*

6.3.1.1. L'opinion majoritaire : un projet légal, mais inconstitutionnel

Le projet de rapatriement et d'amendement de la Constitution proposé par le gouvernement Trudeau – liant formule de modification et charte des droits – rencontra l'opposition de huit États provinciaux, et fut soutenu par le Nouveau-Brunswick et l'Ontario. Face à ce blocage, le gouvernement central annonça qu'il pouvait légalement et légitimement – en tant que représentant du peuple canadien dans son ensemble – procéder unilatéralement et qu'il était prêt à agir de la sorte s'il le fallait²⁰⁶. L'impératif

²⁰⁶ Dès mars 1976, Trudeau avait annoncé son intention de procéder de manière unilatérale, advenant le blocage d'une réforme qui, selon lui, s'imposait depuis longtemps (Bissonnette et Lesage, 1976).

d'agir unilatéralement se justifiait, selon le gouvernement Trudeau, par la nécessité d'une réforme constitutionnelle pour l'atteinte de la société juste²⁰⁷. À cet égard, une note secrète – appelé *Kirby Memorandum*²⁰⁸ –, produite à l'automne 1980 pour le Conseil des ministres, sous la direction du secrétaire du Cabinet aux relations fédérales-provinciales, Michael Kirby²⁰⁹, proposait qu'en l'absence d'un consensus provincial, le gouvernement central agisse de façon unilatérale (Milne, 1982 : 219-226). La note avançait que le Parlement central avait le pouvoir constitutionnel et la légitimité de demander seul au Parlement britannique, qui se devait d'acquiescer, de procéder à l'amendement et au rapatriement de la Constitution (Milne, 1982 : 226-227). La note souligna enfin que l'opposition des premiers ministres provinciaux à la Charte des droits « donner[ait] l'impression qu'ils préfèrent faire confiance à des politiciens plutôt qu'à des tribunaux impartiaux et indépendants pour protéger les droits fondamentaux des citoyens dans une société démocratique. » (Citation tirée de Milne, 1982 : 221-222, traduction libre) L'opposition entre, d'un côté, un État central garantissant les droits et, de l'autre, des États provinciaux liberticides ne cherchant qu'à accroître leur pouvoir, était récurrente dans l'histoire du mouvement nationaliste constitutionnel depuis les années 1920 et les interventions de J. S. Woodsworth à la Chambre des communes.

La table était mise et les intentions du gouvernement Trudeau étaient claires. Pour tenter de contrer cette stratégie, les gouvernements du Manitoba, du Québec et de

²⁰⁷ Comme les autres juristes réformateurs, Trudeau liait la réforme constitutionnelle aux problèmes d'unité nationale et aux injustices : « Le séparatisme n'est pas venu au Québec à cause de changements constitutionnels, mais à cause de leur absence ; l'aliénation régionale n'a pas été causée par une modification de la Constitution, mais par l'ignorance des problèmes fondamentaux de représentation et de partage enracinés dans les insuffisances de notre loi fondamentale. Pour répondre à ces enjeux, nous devons procéder au rapatriement et [...] obtenir une formule d'amendement. Ne pas s'attaquer d'urgence à ces problèmes, c'est creuser pour l'avenir les problèmes sociaux et économiques ainsi que les problèmes d'unité nationale ; ne pas agir rapidement et de façon décisive, c'est trahir notre responsabilité envers les Canadiens d'aujourd'hui et nos enfants de demain. » (Trudeau, 1981, traduction libre)

²⁰⁸ Ses auteurs furent David R. Cameron, Reeves Haggan, Barry Strayer et Gérard Veilleux (Bothwell et Granatstein, 2017 : 335).

²⁰⁹ Michael Kirby remplaça Gordon Robertson à titre de secrétaire du Cabinet aux relations fédérales-provinciales à partir de 1980. À ce titre, il a été un acteur « de premier plan dans la stratégie fédérale de rapatriement de la Constitution [...] ». (Granatstein, 2008) Il fut nommé sénateur en 1984.

Terre-Neuve-et-Labrador demandèrent l'avis de leur tribunal d'appel respectif. Les Cours d'appel manitobaine et québécoise validèrent la position du gouvernement central, tandis que la Cour suprême terre-neuvienne donna raison aux huit opposants. À cette décision, s'ajoutait le fait que leur campagne menée à Londres, auprès des parlementaires britanniques, permit aux États provinciaux récalcitrants de soulever un doute sur la légalité et la légitimité du projet du gouvernement central (Rémillard, 1984 : 77-78). Comptant, au début, sur le soutien indéfectible de la première ministre Margaret Thatcher, le gouvernement libéral vit cet appui pâlir, à mesure qu'une fronde grandissait à Londres, réclamant que le projet de modification reçoive l'appui des États fédérés (Rémillard, 1984 : 77-78). En décembre 1980, à Ottawa, un ministre du gouvernement Thatcher précisa au gouvernement Trudeau, « qu'il serait souhaitable que la légalité du projet soit confirmée par les tribunaux canadiens avant de demander au Parlement de Westminster de légiférer. » (Rémillard, 1984 : 77)

Peu de temps après cette rencontre, le 21 janvier 1981, le Comité des Affaires étrangères de la Chambre des communes britannique, qui avait étudié la question du rapatriement, déposa son rapport, intitulé *British North America Acts : The Role of Parliament* (le rapport Kershaw, du nom de son président, Anthony Kershaw²¹⁰). Le rapport Kershaw précisa que la réponse du Parlement de Westminster, « à une demande de modification ou de rapatriement de la constitution canadienne » émanant du Parlement du Canada, devait tenir « compte du caractère fédéral du système constitutionnel canadien [...]. » (United Kingdom, 1981 : xii, traduction libre) Ce qui revient à dire que le Parlement de Westminster, avant d'acquiescer à une demande du Parlement du Canada, devait en évaluer « le bien-fondé constitutionnel. » (United Kingdom, 1981 : xii, traduction libre). C'est-à-dire que « [l]e rôle fondamental du Parlement britannique est de décider si une demande reflète, ou non, les souhaits clairement exprimés par le Canada dans son ensemble, en tenant compte du caractère fédéral du système constitutionnel canadien. » (United Kingdom, 1981 : xii, traduction

²¹⁰ Son rédacteur principal était le professeur de droit de l'Université d'Oxford, John Finnis (2015).

libre) Sans le consentement des États provinciaux, le rapport Kershaw concluait que le Parlement de Westminster ne pouvait donner suite à la demande de modification²¹¹. En réponse à ce rapport, le gouvernement britannique soutint, devant le Parlement de Westminster, qu'il jugeait « devoir être guidé par les conclusions du jugement de la Cour suprême sur la constitutionnalité de la résolution canadienne. » (Frémont, 1984 : 338) Le cabinet britannique soutint que le Parlement de Westminster n'était pas juridiquement contraint de répondre automatiquement à la demande de modification émanant du Parlement du Canada (Frémont, 1984 : 338).

En réponse au rapport Kershaw, le ministère de la Justice du Canada publia, sous la signature de son ministre titulaire, Jean Chrétien, *Le rôle du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution du Canada* (1981)²¹², qui affirmait que le Parlement du Canada pouvait légalement procéder de façon unilatérale au rapatriement (Frémont, 1984 : 333). C'est-à-dire que le Parlement britannique se devait d'acquiescer automatiquement à toute demande de modification constitutionnelle provenant du Parlement du Canada, sans tenir compte du degré de consentement (Chrétien, 1981). Le gouvernement Trudeau garda donc le cap, visant l'adoption d'une nouvelle loi constitutionnelle le 1^{er} juillet 1981, jour de la Fête du Canada (Rémillard, 1984 : 79). L'opposition provinciale et l'obstruction parlementaire des conservateurs, sous la direction de Joe Clark, forcèrent la main du gouvernement, qui s'engagea à soumettre la *Résolution* à la Cour suprême, par la procédure de renvoi (Rémillard, 1984 : 79).

En sa qualité d'arbitre, la Cour a été ainsi au cœur de la réforme constitutionnelle, à laquelle elle a contribué, en confirmant en 1981, dans le *Renvoi relatif à une Résolution pour modifier la Constitution (Renvoi sur le rapatriement)*²¹³, la légalité du rapatriement et de la modification de la constitution, sans le consentement des États

²¹¹ C'est-à-dire la *Résolution portant sur une adresse commune des deux chambres du Parlement du Canada à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada*.

²¹² Le professeur de droit Dale Gibson et le conseiller constitutionnel Barry Strayer furent les principaux rédacteurs du document (Finnis, 2015 : 62 ; Strayer, 2013 : 183-185).

²¹³ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

provinciaux. Comme le précisa le jugement majoritaire (7 juges contre 2 ; les juges Martland et Ritchie, nommés par Diefenbaker, étaient dissidents), auquel participa Laskin, « [e]n procédant sans l'assentiment des provinces, les chambres [du Parlement du Canada] n'ont violé aucun principe juridique régissant le fédéralisme : l'exigence du consentement des provinces ne s'est pas cristallisée en règle de droit. »

Une majorité de six juges (excluant William Estey, Bora Laskin et William McIntyre) remettait en question toutefois la *légitimité* du processus, car il existerait une convention constitutionnelle dans la fédération, qui requerrait « [u]n degré appréciable de consentement provincial » pour toute modification de la Constitution. Ces derniers expliquèrent que « [l]a convention existe parce que le principe fédéral est inconciliable avec un état des affaires où l'action unilatérale des autorités fédérales peut entraîner la modification des pouvoirs législatifs provinciaux. » (*Renvoi sur le rapatriement*, 1981)

Pour déterminer l'existence d'une convention constitutionnelle, la majorité utilisa la méthode du juriste anglais Ivor Jennings, reposant sur l'articulation de trois questions : « premièrement, y a-t-il des précédents ; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle ; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être ? » (Jennings, 1959 : 136, traduction de la Cour suprême du Canada)

En premier lieu, la majorité passa en revue les modifications antérieures de la Constitution, identifiant cinq précédents²¹⁴ qui eurent « un effet direct sur les relations fédérales-provinciales en ce sens qu'elles changent les pouvoirs législatifs provinciaux [...]. » Les six magistrats observèrent que « [l]es cinq modifications ont reçu l'approbation de chacune des provinces dont le pouvoir législatif était ainsi touché. » D'ailleurs, depuis 1867, il n'y eut aucune modification affectant les pouvoirs des États provinciaux leur consentement. Si ces précédents sont « concordants et sans

²¹⁴ Le contrôle des États provinciaux de l'Ouest sur leurs ressources naturelles (1930) ; l'adoption du *Statut de Westminster* (1931) ; l'octroi au Parlement central des compétences en matière d'assurance-chômage (1940), puis de pensions de vieillesse (1951) ; la modification des pouvoirs du Parlement du Canada en matière de pensions de vieillesse et des prestations additionnelles (1964).

exception », cela « ne suffit pas en soi à établir l'existence de la convention [...]. » Les juges conclurent qu'advenant l'adoption de la Charte des droits, les compétences provinciales seraient affectées. En outre, « les lois édictées par une province à l'avenir de même que celles édictées dans le passé, même avant la Confédération, seraient susceptibles d'être attaquées en cas d'incompatibilité avec les dispositions de la *Charte des droits*. » La Charte des droits « diminuerait donc l'autorité législative provinciale sur une échelle dépassant l'effet des modifications constitutionnelles antérieures pour lesquelles le consentement des provinces avait été demandé et obtenu. »

En deuxième lieu, se demandant si les acteurs se sentaient liés par une convention d'unanimité, les juges affirmèrent que « depuis plus de cinquante ans », le débat public n'a pas permis d'établir un consensus sur la question de la règle d'unanimité, mais seulement de conclure « que tous les gouvernements en cause reconnaissent clairement le principe qu'un degré appréciable de consentement provincial est nécessaire. »

En troisième lieu, les juges soulignèrent que la raison d'être de la convention était « le principe fédéral. » Comme « [l]e Canada est une union fédérale », « [o]n ne devrait permettre à aucun ordre de gouvernement d'empiéter sur l'autre, que ce soit directement ou indirectement. » Bref, si le Parlement du Canada modifie seul la Constitution, « c'est ce processus même qui va à l'encontre du principe fédéral. »

Les six juges arrivèrent ainsi « à la conclusion que le consentement des provinces du Canada est constitutionnellement nécessaire à l'adoption [de la résolution d'amendement] », sans quoi elle « serait inconstitutionnelle au sens conventionnel. » Ils ne définirent cependant pas le degré de consentement nécessaire.

6.3.1.2. L'opinion minoritaire : un projet légal et constitutionnel

Quant aux trois juges de la minorité (Laskin, Estey et McIntyre), ils mentionnèrent être « d'accord avec la plus grande partie de l'analyse de la nature générale des conventions constitutionnelles faites dans les motifs de jugement de la majorité [...]. » Cependant,

ils manifestèrent leur dissidence face à cette interprétation de la convention de consentement et exprimèrent une conception centralisatrice de la fédération :

la Cour doit seulement reconnaître ou nier l'existence de la convention. Vu le manque de clarté du concept, la controverse de longue date entre politiciens et l'absence d'acceptation par l'entité souveraine d'être ainsi liée, il n'existe aucune convention exigeant le consentement de toutes les provinces. Le fédéralisme canadien, caractérisé par la primauté du fédéral, n'est pas mis en danger par le changement unilatéral provoqué par le gouvernement fédéral.

Selon la minorité, la question à laquelle devait répondre la Cour concernait l'existence d'une convention constitutionnelle « qui exige le consentement de toutes les provinces » pour chaque amendement touchant leurs pouvoirs. Or, une telle convention n'existerait pas : « L'étendue de la participation provinciale aux modifications constitutionnelles constitue un sujet de controverse permanente dans la vie politique canadienne depuis des générations. » Les trois juges donnèrent d'ailleurs en exemple « trois modifications, celles de 1886, 1907 et 1915²¹⁵ qui ont eu un effet appréciable sur les provinces et qui ont été adoptées sans le consentement de toutes les provinces. »

Relativement au principe fédéral – justifiant pour la majorité l'existence d'une convention de consentement –, la minorité souligna que fédération canadienne était un régime très centralisé : « [L'acte de 1867] n'a pas créé un État fédéral idéal ou parfait. Ses dispositions accordent un certain degré de primauté au Parlement fédéral. » En outre, comme le Parlement central détient la compétence en matière d'affaires étrangères, il « est le seul véhicule entre le Canada et le Souverain » pour « le règlement final des affaires constitutionnelles canadiennes avec un gouvernement étranger [...] ». Enfin, le projet d'amendement, pour les trois juges, ne modifiait pas la nature fédérale du régime canadien de manière à en faire un État unitaire. Selon eux, la modification proposée « a pour effet de compléter une constitution incomplète en remédiant à sa lacune actuelle, c'est-à-dire l'absence d'une formule de modification, ce qui permettra de modifier la Constitution au Canada comme il sied à un État souverain. »

²¹⁵ Concernant la représentation des Territoires au Parlement du Canada, les changements aux subventions octroyées aux États provinciaux et le redécoupage des circonscriptions sénatoriales.

L'opinion des juges Laskin, Estey et McIntyre recoupait d'ailleurs la conception centralisatrice de la fédération des juristes réformateurs. Tandis que la position de la majorité est plus en phase avec les conventions et traditions politiques canadiennes. L'origine de ces normes remonte à la Confédération, où le choix d'un État fédéral plutôt qu'unitaire découlait d'un pacte entre les représentants des colonies d'Amérique du Nord britannique à Québec en 1864 (Brouillet, Gagnon et Laforest, 2018).

6.3.1.3. Une jurisprudence instrumentale douteuse

Réagissant à vif à l'annonce du jugement de la Cour suprême, le premier ministre Trudeau, à partir de Séoul, l'interpréta en sa faveur : « il semble qu'il confirme ce que nous avons toujours soutenu – à savoir que le Parlement fédéral a le pouvoir légal de demander à Westminster d'adopter la mesure constitutionnelle dont le Sénat et la Chambre des communes sont actuellement saisis [...]. » (Trudeau, 1981, traduction libre) Cette décision confirmait qu'en l'absence de consentement provincial, « nous devons être prêts à faire ce que la Cour suprême a indiqué clairement et fortement que nous avons le pouvoir légal de faire. » (Trudeau, 1981, traduction libre) Selon Philip Girard, « la décision a confirmé que Trudeau possédait une arme puissante : le droit légal de procéder unilatéralement. » (Girard, 2015 : 122, traduction libre)

La décision de la Cour contribua à débloquer le face-à-face et à ramener tout le monde à la table de négociation. Selon Peter Russell, ce résultat démontra surtout l'habileté politique de la Cour et découlait d'une *jurisprudence instrumentale douteuse*, davantage politique que juridique (Russell, 1982 : 27). Sur la base des arguments avancés par les deux parties, relativement aux règles conventionnelles, « les provinces auraient dû avoir gain de cause sur la seule base du droit. » (Russell, 1982 : 27) Pour J. Noel Lyon, la majorité des juges, qui imposa sa vision dans le *Renvoi sur le rapatriement*, s'est demandée s'il existait une règle de droit *limitant* le pouvoir du Parlement du Canada d'agir en dehors de ses champs de compétence (Lyon, 1982 : 57). Cette majorité aurait dû, à la suite des juges dissidents Martland et Ritchie, se demander plutôt s'il y avait une règle de droit *autorisant* le Parlement à procéder de manière

unilatérale (Lyon, 1982 : 57). La majorité a ainsi ignoré une réalité constitutionnelle fondamentale : « toutes les législatures canadiennes détiennent des pouvoirs qui sont définis et, conséquemment, limités par le droit. » (Lyon, 1982 : 64, traduction libre) Selon lui, « la majorité n’a jamais expliqué d’où les chambres du Parlement du Canada, en tant que créatures d’une Constitution fédérale, tenaient leur autorité légale pour modifier par elles-mêmes cette Constitution [...]. » (Lyon, 1982 : 61, traduction libre)

La Cour aurait ainsi agi politiquement, pour faire pencher la balance du côté du gouvernement central, en fournissant une caution légale au projet d’amendement du gouvernement central (Russell, 2011 : 76 ; Hogg, 1982 : 313-314). En adoptant une approche instrumentale (tournée vers le résultat attendu) plutôt que procédurale (basée sur le respect des conventions et des pratiques), la Cour a fait fi du précédent de la Conférence de Victoria en 1971, qui semblait pourtant valider la règle de l’unanimité, lorsqu’un amendement affecte les pouvoirs des États provinciaux (Russell, 1982 : 27).

Comme le précisa Andrew Heard, « la Cour suprême a fait preuve d’un étonnant aveuglement temporel, dans le cadre du renvoi sur le rapatriement, en n’allant pas plus loin que le précédent de 1965²¹⁶, dans son examen des déclarations politiques [à propos de la procédure de modification]. » (Heard, 2012 : 325, traduction libre) Il souligna que cet aveuglement laissait de côté deux faits cruciaux. D’abord, « que le gouvernement central n’avait pas donné suite à la Charte de Victoria en 1971, après que le premier ministre du Québec eut annulé son soutien. » (Heard, 2012 : 325, traduction libre) Puis, que « [l]a Charte de Victoria a été initialement approuvée par les dix premiers ministres [provinciaux] et le premier ministre [du Canada], attendu que l’absence de ratification d’une seule province y mettrait fin. » (Heard, 2012 : 325, traduction libre) Le précédent de Victoria semblait ainsi valider à la fois l’existence d’un veto québécois et la règle de l’unanimité en matière d’amendement affectant les compétences provinciales. Après l’échec de la Charte de Victoria, d’autres conférences intergouvernementales (1978,

²¹⁶ Soit le Livre blanc, *L’amendement de la Constitution du Canada* (Favreau, 1965).

1979 et 1980²¹⁷) ont cherché à relancer, en vain, le processus de rapatriement, ce qui confirmait « que, même à la veille du rapatriement, l'accord de toutes les parties était obligatoire pour qu'il puisse se réaliser. » (Boulianne, 2014 : 358)

Alors même que la majorité de la Cour niait l'existence d'une convention d'unanimité, elle exigeait une déraisonnable exigence d'unanimité, quant à la reconnaissance de cette convention de consentement par tous les acteurs concernés. Elle a placé la barre si haut pour répondre à la deuxième question du test de Jennings, qu'une seule solution s'imposait : comme elle n'était pas universellement acceptée par tous les acteurs impliqués dans les précédents, « une telle convention n'existe pas. » (*Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, 1981). Or, une telle exigence d'unanimité des acteurs impliqués « ne se retrouve ni dans les écrits de Jennings ni dans les discussions universitaires sur la question. » (Heard, 2012 : 326, traduction libre) Heard observa, avec justesse, que la démarche appropriée est « plutôt de discerner où se situe l'opinion prépondérante. » (Heard, 2012 : 326, traduction libre) En outre, les tribunaux canadiens qui ont eu à se pencher sur la question du rapatriement ont limité leur enquête « à une infime partie du dialogue constitutionnel », soit « les paroles des acteurs politiques impliqués dans les précédents. » (Heard, 2012 : 327, traduction libre) Un débat constitutionnel n'est pas un huis clos institutionnel et élitiste : il se déroule dans une grande communauté de délibération, incluant notamment les journalistes et les universitaires (Heard, 2012 : 327 et 331). Heard conclut que « [s]i les membres de la Cour suprême avaient examiné une littérature plus large des années 1960 et 1970, sur la procédure d'amendement constitutionnel, ils auraient constaté que la croyance en la nécessité de la règle d'unanimité était largement répandue. » (Heard, 2012 : 327, traduction libre) De plus, en mettant l'accent sur la croyance des acteurs impliqués envers une convention, on met en sourdine le principe constitutionnel – le fédéralisme – sur lequel s'appuie ladite convention (Heard, 2012 :

²¹⁷ C'est-à-dire les *Conférences fédérales-provinciales des premiers ministres sur la Constitution* de 1978 (du 30 octobre au 1^{er} novembre), de 1979 (les 5 et 6 février) et 1980 (du 8 au 13 septembre).

330-331). Sans pleinement prendre en compte le principe fédéral, on ne peut réellement comprendre l'existence et la validité de certaines conventions. Car les prises de position des acteurs politiques évoluent dans le temps et selon leur position institutionnelle – le gouvernement a tendance à mitiger les règles contraignant sa capacité d'agir, l'opposition à les voir comme étant rigides –, et on ne peut considérer qu'une convention cesse d'exister si les acteurs ne sentent plus liés par celle-ci (Heard, 2012 : 323-331). Une telle conception « ouvre la porte à d'énormes abus de la part des personnes fourbes et à des dommages causés par l'ignorance des autres. » (Heard, 2012 : 331, traduction libre) Par exemple, le *premier ministre* Trudeau ne s'est pas senti lié par la convention de consentement, malgré le fait que « l'ensemble de la communauté politique et une majorité de la Cour suprême ont clairement jugé que les changements unilatéraux apportés aux pouvoirs provinciaux sapaient inconstitutionnellement le principe fédéral » et que le *constitutionnaliste* Trudeau connaissait l'existence de cette convention (Heard, 2012 : 331-332, traduction libre).

L'opposition « droit formel et écrit / conventions et pratiques constitutionnelles » crée une fausse dichotomie. D'autant plus qu'en droit britannique, les juges peuvent mobiliser les conventions de façon à éclairer et préciser le droit formel, comme on en voit un exemple dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute* (1980)²¹⁸, de la Cour suprême du Canada (Morin et Woehrling, 1992 : 449). Pourtant, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, la majorité refusa « d'accorder aux conventions constitutionnelles le genre d'effet indirect que les tribunaux leur reconnaissent traditionnellement [...] ». (Morin et Woehrling, 1992 : 449-450) Selon Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, « [o]n ne saurait imaginer un divorce plus radical – et plus artificiel – entre le droit de la Constitution et la pratique constitutionnelle. » (Morin et Woehrling, 1992 : 450)

²¹⁸ Dans ce renvoi, la Cour devait déterminer si le Parlement pouvait apporter, seul, des modifications au Sénat, en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1949* (l'article 91.1 de l'Acte de 1867). La Cour jugea que l'article 91(1) ne donnait pas un pouvoir au Parlement du Canada « d'apporter des modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral. »

Cette approche réductrice portait sa propre contradiction, car c'était bien une convention constitutionnelle qui empêchait le Parlement britannique d'abroger le *Statut de Westminster de 1931*, une simple loi ordinaire, pour priver le Dominion de son indépendance (Morin et Woehrling, 1992 : 450-452). De plus, si la majorité de la Cour voulait se baser uniquement sur le droit formel pour déterminer la marche légale à suivre en matière d'amendement, ce pouvoir formel appartenait toujours au Parlement britannique en 1981, selon ce même *Statut de Westminster de 1931* (Morin et Woehrling, 1992 : 451). De plus, en refusant l'idée répandue que l'Acte de 1867 découlait d'un pacte fondateur, la majorité du banc se retrouva dans une position étrange : reconnaître qu'« en droit strict », le Parlement de Westminster « avait conservé une compétence législative absolue et discrétionnaire à l'égard de la Constitution canadienne. » (Morin et Woehrling, 1992 : 450) Au contraire, si l'on prend en compte les conventions et les pratiques constitutionnelles, « le pouvoir constituant canadien » était composé à la fois du Parlement de Westminster, du Parlement central et des législatures provinciales (Morin et Woehrling, 1992 : 451).

La démarche de la majorité dans le *Renvoi sur le rapatriement*, si elle était conforme à la logique du constitutionnalisme moderne²¹⁹, créait néanmoins une petite révolution interprétative en oubliant qu'une convention constitutionnelle est une règle de droit informelle, « une norme de comportement » contraignante, qui transcende, en quelque sorte, « l'opinion qu'en ont les acteurs politiques concernés dans une situation donnée. » (Heard, 2012 : 331, traduction libre) Durant les moments de crise constitutionnelle – comme 1980-1982 –, les normes usuelles semblent impuissantes à dicter la marche à suivre aux acteurs impliqués (Heard, 2012 : 336-337). L'identification du principe prépondérant, comme le fédéralisme, permet dès lors de préciser les règles qui devront s'imposer aux acteurs dans une telle situation (Heard, 2012 : 336-337). Une démarche basée sur la recherche des principes a pourtant été

²¹⁹ Pour rappel, le constitutionnalisme moderne élève les normes constitutionnelles écrites, pour les mettre sur la plus haute marche de la hiérarchie juridique, et lui subordonnent les autres règles de droit issues de la tradition et des pratiques, jugées inférieures (cf. Tully, 1999b).

mobilisée par la Cour suprême, dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* en 1985 (principe de l'État de droit) et dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* en 1998 (principes du constitutionnalisme et de l'État de droit, de la démocratie, du fédéralisme et de la protection des minorités). Donc, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, si la majorité a bien identifié le principe du fédéralisme, elle en a diminué la force contraignante en préférant se baser sur l'opinion des acteurs politiques concernés, tout en refusant de donner sa pleine force juridique à la convention de consentement.

La Cour aurait ainsi créé les conditions propices pour que le projet d'amendement soit mené à bien. Pour Peter Hogg, c'est en grande partie l'intervention de la Cour, qui aurait permis l'atteinte d'un accord entre le gouvernement central et les neuf gouvernements provinciaux majoritairement anglophones, isolant ce faisant le Québec (Hogg, 1982 : 324). Russell pense aussi que « M. Trudeau et les neuf premiers ministres qui l'ont appuyé, en procédant sans le Québec, ont brisé le lien de confiance entre le Canada français et le Canada anglais qui est au cœur de la Confédération. » (Russell, 2011 : 76, traduction libre) La suite logique de ces événements fut le référendum sur la souveraineté de 1995, perdu par le camp souverainiste par quelques milliers de voix, ce qui représente, « très certainement depuis 1980, une indication du déclin de la confiance des Québécois francophones à l'endroit de la capacité de l'union politique canadienne de protéger leurs intérêts fondamentaux. » (Russell, 2012 : 135) Peu a été fait depuis pour tenter de restaurer cette confiance (Russell, 2012 : 135).

Le *Renvoi sur le rapatriement* força donc les gouvernement central et provinciaux à négocier pour atteindre un compromis constitutionnel viable. De la sorte, la Cour créait une dynamique de type « dilemme du prisonnier », récurrente dans les négociations entre les deux ordres de gouvernement au Canada²²⁰. Le « dilemme du prisonnier »,

²²⁰ Par exemple, lors des négociations sur le transfert en santé, en 2016-2017, le front commun des gouvernements provinciaux et territoriaux, souhaitant une hausse significative des transferts, s'est effrité, à mesure qu'Ottawa parvenait à s'entendre individuellement avec chacun d'entre eux (Buzzetti, 2017). On a vu un scénario similaire, lors des négociations ayant mené à l'entente-cadre sur l'union sociale canadienne, alors que les États provinciaux abandonnèrent leur position commune (le consensus de Saskatoon), pour se ranger derrière un gouvernement central menaçant de suspendre leurs paiements

d'abord conceptualisé par le mathématicien Alfred W. Tucker en 1950, signifie que le premier suspect à parler peut trouver un avantage en abandonnant son partenaire et en le dénonçant le premier auprès des autorités, pour avoir une sentence réduite. Mais, l'incitatif à être le premier à trouver un terrain d'entente avec les autorités concerne les deux suspects, qui en viennent au final à se dénoncer mutuellement, les condamnant tous de la sorte à des peines de prison plus longues, alors que s'ils avaient été solidaires et gardés le silence, ils eurent été innocentés ou condamnés à des peines plus clémentes (*cf.* Tucker, 1983). Dans une logique de « dilemme du prisonnier », les incitatifs individuels poussant à la méfiance et à la division sont plus forts que ceux, collectifs, portant à la confiance et à la solidarité (*cf.* Eber, 2006).

La Cour, en signifiant que le consentement provincial unanime n'était pas nécessaire, affaiblissait de la sorte la position de chaque gouvernement individuellement et encourageait la dislocation du bloc des huit gouvernements provinciaux, opposés aux visées centralisatrices du gouvernement Trudeau (Russell, 2004 : 119 ; Morin et Woehrling, 1992 : 447-448). Ainsi, la prise de position de la Cour, favorable au gouvernement central, recoupait sa position au sein du champ de l'État canadien.

Dans ce type de négociation intergouvernementale, il suffit que quelques joueurs abandonnent l'opposition commune aux visées de l'État central, pour que le front commun s'effondre. Il est en effet avantageux d'être parmi les premiers à négocier sa reddition, pas d'être le dernier à rentrer dans le rang à la dernière heure, alors que l'on est en déroute et que l'on se fait imposer, au mieux, le résultat de la négociation des autres. La Cour annulait ainsi le droit de veto constitutionnel historique du Québec. De

de transfert (Gagnon, 2000). Enfin, on a pu observer les mêmes rapports de pouvoir, lors de la renégociation du pacte fiscal de 1942, par lequel l'État central disposait de tous les pouvoirs de taxation en échange de paiements de transfert. En effet, « [l]e Québec, pour des raisons pratiques évidentes et parce qu'il était convaincu que l'autonomie politique sans autonomie fiscale est vaine, refusa de renouveler les accords fiscaux de 1942 même si Ottawa lui offrait des subventions plus alléchantes. Le gouvernement fédéral, décidé à maintenir à tout prix son monopole fiscal, négocia avec chaque province individuellement. En utilisant tous les moyens à sa disposition, il réussit à convaincre ou à contraindre chacune des provinces, y compris l'Ontario qui plia l'échine en 1952. Même si le Québec était isolé et lourdement pénalisé, Duplessis persista dans son refus. » (Durocher et Jean, 1971 : 337-338)

plus, la Cour encourageait une dynamique de négociation favorable au gouvernement central, dans un contexte où la position des gouvernements provinciaux était minée, puisqu'elle a établi que ces derniers ne détenaient pas tous un veto constitutionnel conventionnel, à cause de la norme du « degré appréciable de consentement provincial ». Le message de la Cour était clair : « Les provinces [étaient] averties que si elles continu[aient] de faire obstruction, il se [pouvait] qu'Ottawa agisse seul. » Elles devaient donc reprendre les négociations, mais avec, cette fois, « une différence de taille : la convention, a dit le tribunal, n'exige pas l'unanimité, mais seulement un "appui substantiel" ». (Simeon et Robinson, 1990 : 302)

Le compromis qui émergea de ces discussions refléta l'équilibre des forces en présence, alors que le gouvernement central voyait les éléments essentiels de son projet nationaliste constitutionnel être maintenus intégralement : soit la liberté de circulation (le principe de la mobilité) et les droits linguistiques, qui « visent clairement à unifier le Canada, non seulement symboliquement, mais aussi par leurs effets réels sur la politique gouvernementale ainsi que les droits des citoyens. » (Russell, 1983 : 38, traduction libre) D'une part, « [l]es droits à la mobilité de l'article 6 visent à surmonter la *balkanisation* du Canada en donnant aux citoyens le droit d'établir leur résidence et de gagner leur vie partout au Canada [...]. » (Russell, 1983 : 38, traduction libre) D'autre part, « [l]es clauses linguistiques [...] visent à donner une plus grande réalité à l'idéal d'un ensemble canadien, patrie commune des Canadiens francophones et anglophones. » (Russell, 1983 : 38, traduction libre) L'importance de ces deux droits pour le projet d'édification nationale canadien est telle, qu'ils sont à l'abri de l'application de la clause dérogatoire (Russell, 1983 : 38). Par leur application universelle, ces droits participent aussi d'une logique territoriale (symétrique et unitaire) plutôt que fédérale (asymétrique et pluraliste) (Gagnon, 2006).

Le compromis final de novembre 1981 était donc injuste pour deux raisons : le joueur dominant a pu imposer sa vision, et l'un des partenaires fondateurs de la Confédération, le Québec, a été écarté. La Cour a de la sorte avalisé une vision centralisatrice du

Canada, défendue par Trudeau, Scott et le mouvement nationaliste constitutionnel, où le Parlement du Canada peut *légalement* demander seul au Parlement de Westminster de modifier la Constitution du Canada (Gagnon et Iacovino, 2007 : 49-50°; Monahan, 1987 : 196-198). Selon un rapport du ministère de la Justice du Canada, *Le rôle du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution du Canada*, seul le Parlement du Canada pouvait demander au Parlement britannique de modifier la Constitution et que ce dernier ne pouvait qu'acquiescer à une telle demande (Chrétien, 1981).

Toutefois, le Parlement du Canada n'avait pas le pouvoir juridique de modifier seul la Constitution, car si le *Statut de Westminster* confirmait l'autonomie interne et externe du Canada face au Royaume-Uni, son article 7(1)²²¹ ne changeait toutefois pas la procédure de modification de la Constitution, faute d'une entente entre tous les partenaires (Russell, 1981 : 138 ; Frémont, 1984 : 329-331). Les normes énoncées par le *Statut*, toujours en vigueur en 1981, étaient à l'effet que « les gouvernements provinciaux ne verraient pas leurs pouvoirs réduits par une demande unilatérale du Parlement du Dominion au Parlement britannique afin d'amender la Constitution. » (Russell, 1981 : 138) Peu de temps après sa promulgation, Louis St-Laurent, à titre de président du Barreau canadien, prononça un discours sur le *Statut de Westminster*. Selon St-Laurent, le *Statut de Westminster* de 1931 – confirmant les conclusions de la *Déclaration de Balfour* de 1926²²² – affirmait l'égalité de statut du Royaume-Uni et de l'ensemble des dominions (St-Laurent, 1931 : 533). Cette non-subordination s'étendait aussi à la relation entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales, chacun souverain dans ses champs de compétences (St-Laurent, 1931 : 533-534). Ce qui implique que « les Chambres du Parlement du Dominion n'auraient pas compétence

²²¹ L'article 7(1) du *Statut de Westminster* confirme que Londres conserve le pouvoir de modifier la Constitution du Canada : « La présente loi ne s'applique pas à l'abrogation ni à la modification des *Lois de 1867 à 1930 sur l'Amérique du Nord britannique* ou de leurs textes d'application. »

²²² La Conférence de 1926 affirma que la Grande-Bretagne et les Dominions sont des « communautés autonomes au sein de l'Empire britannique, égales en statut, ne se subordonnant en aucune façon les unes aux autres, dans aucun aspect de leurs affaires intérieures ou extérieures, bien qu'elles soient unies par une commune allégeance à la Couronne et librement associées en tant que membres du Commonwealth des nations britanniques. » (Inter-Imperial Relations Committee, 1926, traduction libre)

pour demander ou pour consentir à des promulgations susceptibles d'étendre ou de restreindre l'autonomie législative des provinces. » (St-Laurent, 1931 : 534, traduction libre) Reprenant l'analyse de St-Laurent, Russell conclut qu'« à moins d'un amendement au *Statut de Westminster*, le Parlement britannique ne peut, légalement, agir sans le consentement des provinces, dans le cas d'une résolution [visant à modifier la Constitution du Canada et à restreindre l'autonomie des législatures provinciales]. » (Russell, 1981 : 138) Le degré de consentement provincial avait aussi une dimension qualitative, car le Québec, en tant que nation fondatrice jouissait d'un droit de veto constitutionnel (Russell, 1981 : 139 ; Smiley, 1983 : 77).

Selon le principal rédacteur du rapport Kershaw, John Finnis, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, « la majorité de la Cour suprême du Canada a inventé une convention – le degré substantiel d'approbation provinciale – pour remplacer la convention existante : l'approbation unanime [...]. » (Finnis, 2015 : 73, traduction libre) Un point de vue que partage Andrew Heard, pour qui la Cour suprême, « en déclarant à la majorité que seul un *consentement provincial substantiel* était nécessaire », « a surpris de nombreux observateurs, qui ont estimé que la convention nécessitait en fait un consentement unanime. » (Heard, 2012 : 336, traduction libre) La question du consentement des États provinciaux aux amendements constitutionnels modifiant leurs pouvoirs aurait d'ailleurs été réglée par l'amendement de 1949²²³, par lequel le Parlement de Westminster « conféra au Parlement du Canada le pouvoir de modifier les dispositions constitutionnelles concernant exclusivement la régie interne des institutions fédérales. » (Pelletier, 2017 : 465) Suivant la même logique, la formule d'amendement Fulton-Favreau²²⁴, proposée par le gouvernement Pearson en 1964, suggérerait d'adopter une procédure de modification unanime pour tous les changements constitutionnels majeurs, notamment ceux qui affectent les compétences provinciales

²²³ Cet amendement, nommé *Loi n° 2 de 1949 sur l'Amérique du Nord britannique*, se trouvait à l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, désormais abrogé.

²²⁴ Du nom des deux ministres de la Justice qui y contribuèrent : le conservateur Davie Fulton et le libéral Guy Favreau.

en matière d'éducation et de langue (Favreau, 1965 : 32-34). Commentant cette formule, Louis-Philippe Pigeon observa que l'« on ne fait au fond que décréter législativement ce qui est déjà reconnu par l'usage, car jamais on n'a fait une telle modification sans ce consentement [...] ». » (Pigeon, 1966 : 409) Or, le Parlement de Westminster, en tant que seul acteur pouvant modifier la Constitution du Canada avant 1982, était partie prenante de l'ordre constitutionnel canadien. À ce titre, il était lié par les normes constitutionnelles canadiennes : la souveraineté législative de chaque ordre de gouvernement et le consentement unanime des législatures provinciales, pour toutes modifications qui affectent leurs pouvoirs (Finnis, 2015 ; Gérin-Lajoie, 1951 ; Lederman, 1966 ; Marshall, 1984). Ce qui revient à dire que le Parlement de Westminster ne disposait pas du pouvoir constitutionnel d'amender l'Acte de 1867 de façon à restreindre l'autonomie des législatures provinciales, sans leur consentement unanime. « Sur réception d'une demande d'amendement, Londres doit donc s'assurer avant d'agir que cette demande est faite conformément aux règles constitutionnelles du Canada. » (Gérin-Lajoie, 1951: 1156) La convention commandait l'inaction de Londres en cas de contestation provinciale, car une résolution de modification émanant de l'État central, à laquelle n'auraient pas consenti les États provinciaux, serait anticonstitutionnelle (Lederman, 1966 : 379). De la sorte, en avalisant la résolution de modification du Parlement du Canada, et « en promulguant la *Loi de 1982 sur le Canada*, le Parlement britannique agissait en dehors [...] des véritables règles constitutionnelles canadiennes relatives à son action [...] ». » (Finnis, 2015 : 73, traduction libre) Si le Parlement de Westminster ne détenait pas le pouvoir juridique de consentir à la demande du Parlement du Canada, il s'appuyait donc, « une dernière fois », à une autre source de pouvoir : son « autorité impériale résiduelle et prépondérante, à laquelle il n'avait pas eu à recourir depuis les années 1860 ou 1870 et, dans les faits, n'avait pas mobilisé pour aucune des nombreuses modifications qu'il avait promulguées au XX^e siècle. » (Finnis, 2015 : 73, traduction libre)

La position énoncée par le gouvernement central en 1981 – à l’effet que le Parlement du Canada détenait le pouvoir de modifier seul la Constitution (Chrétien, 1981) – allait donc à l’encontre de l’histoire constitutionnelle canadienne et des normes encadrant la procédure d’amendement de l’Acte de 1867. En fait, la position du gouvernement Trudeau revenait à faire du Canada un État unitaire, où le centre peut modifier unilatéralement les pouvoirs des entités périphériques subordonnées. Or, comme l’énonça Russell, « notre pays est construit sur le principe que les conditions fondamentales de notre fédération, en particulier les pouvoirs respectifs des paliers de gouvernement ne seront pas modifiés unilatéralement par une des parties. » (Russell, 1981 : 137) Le gouvernement central ne pouvait, non plus, se prévaloir de la légitimité démocratique à procéder unilatéralement, en tant que seul représentant du peuple canadien, car la fédération était composée de multiples peuples donnant leur légitimité à chaque ordre de gouvernement souverain (Russell, 1981 : 132). La Cour suprême, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, proposait donc une rupture normative radicale, impensable jusque-là, et une réinterprétation de l’histoire constitutionnelle canadienne, qui avalisait juridiquement un coup d’État symbolique, une usurpation de pouvoir.

En même temps qu’elle validait cette vision centralisatrice, la Cour devenait l’institution clé de l’État canadien. Elle était en mesure de déterminer les métanormes de la joute politique, de légitimer une réforme contribuant à l’accroissement du pouvoir de l’État canadien et à favoriser sa propre ascension au centre de ce métachamp, en tant qu’interprète ultime de la nouvelle loi fondamentale. D’ailleurs, les magistrats ne se trompèrent pas sur la signification de la Charte et sur le projet unitaire qu’ils favorisaient, car une majorité d’entre eux (6 des 9 juges) affirmèrent que le projet d’amendement était indivisible, et ce, selon leurs mots, « malgré le fait que la *Charte des droits* aille à l’encontre du principe fédéral et qu’il n’en soit pas de même du projet de formule de modification. » (*Renvoi sur une Résolution pour modifier la Constitution*, 1981) D’ailleurs, avant l’adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, « aucune loi constitutionnelle relative au Canada n’avait, auparavant, transféré

des pouvoirs aussi étendus à l'appareil judiciaire, comme le fit la *Loi constitutionnelle de 1982*. » (Snell et Vaughan, 1985 : 251, traduction libre) La Cour était ainsi appelée à définir le langage vague et à appliquer les normes de la nouvelle Charte, et ce, de manière universelle dans l'ensemble de la fédération (Snell et Vaughan, 1985 : 252)

En tant qu'institution au cœur de l'État canadien, composée de magistrats choisis pour leur adaptation aux normes du constitutionnalisme canadien dominant – auxquels ont notamment contribué Scott, Laskin et Trudeau –, la Cour suprême a rempli la mission fondamentale attendue d'elle : la préservation et l'adaptation en continu de l'ordre constitutionnel canadien. À ce sujet, la majorité du banc dans le *Renvoi sur le rapatriement* était bien consciente d'être un acteur mégapolitique jouant un rôle clé dans un grand dessein historique : l'atteinte de la pleine indépendance par le Canada. En effet, sous la plume de Laskin, une majorité de juges soutint que le Canada était aux prises avec une « anomalie due au fait que sur le plan international [il] a le statut d'État indépendant et autonome [...], tout en souffrant d'une faille interne due à l'absence du pouvoir de modifier » sa Constitution (*Renvoi sur une Résolution pour modifier la Constitution*, 1981). Avec le projet de rapatriement, la majorité conclut que le Canada se débarrassait de son « dernier signe de soumission, [soit] le besoin de recourir au Parlement britannique pour modifier l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* [...]. » (*Ibid.*) Pour les juges, le projet de réforme constitutionnelle permettait « l'achèvement d'une constitution incomplète. » (*Ibid.*) C'est-à-dire qu'« il s'agit en l'espèce de la touche finale, d'ajouter une pièce à l'édifice constitutionnel [...]. » (*Ibid.*)

Le langage employé par les magistrats ne trompe pas sur leur attitude enthousiaste face à cette occasion de mener à bien le grand projet historique du nationalisme constitutionnel canadien. Le juriste réformateur J. S. Woodsworth, dès les années 1920 à la Chambre des communes, voyait aussi l'indépendance incomplète du Canada comme une anomalie historique (voir chapitre 7). Enfin, la position idéologique de la majorité est à mettre en parallèle avec celle énoncée par le gouvernement Trudeau, dans *Le rôle du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution du Canada*

(Chrétien, 1981). En effet, ce document concevait aussi comme une anomalie à corriger, un anachronisme indigne d'un État indépendant, le fait que le Canada ne puisse modifier seul sa Constitution (Chrétien, 1981).

Que ce soit le gouvernement ou la Cour, la mise en récit est la même : une anomalie constitutionnelle entrave l'évolution historique de la nation canadienne vers le plein contrôle de son destin politique, et cette tare doit être dépassée. Une telle anomalie commandait une réponse mégapolitique et, devant l'importance de l'enjeu, la majorité des juges n'allait pas laisser la convention d'unanimité se mettre en travers de ce projet historique, même si l'unanimité sera réintroduite par la suite pour les enjeux fondamentaux²²⁵, afin de pérenniser la réforme constitutionnelle de 1982. Au moment du *Renvoi sur le rapatriement*, les juges étaient bien au fait du projet constitutionnel, notamment l'éventuelle formule d'amendement, qui exigerait l'unanimité pour une modification de l'ampleur de celle de 1982. Selon cette perspective, on peut conclure que les règles d'amendement pré-1982 ont été assouplies, de manière à ce que le projet de modifications aille de l'avant et soit adopté par Westminster, et ce, à l'exclusion du Québec, contrairement aux pratiques passées (Russell, 2004 : 121, traduction libre).

En demandant à la Cour suprême de vérifier la validité du projet unilatéral de rapatriement et d'amendement de la Constitution, alors que cette action allait lui conférer un pouvoir considérable et inédit dans l'histoire du Canada, les objectifs mégapolitiques du rapatriement étaient clairs. La position de la Cour et la nomination de son personnel en faisaient non pas une institution d'arbitrage impartial, mais un organe à la fois juge et partie, positionné au cœur de l'État canadien, dont l'extension du pouvoir symbolique était liée à la nature de sa décision. La Cour Laskin, presque entièrement nommée par le gouvernement Trudeau²²⁶, a saisi le moment historique qui

²²⁵ À l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

²²⁶ Les juges Ronald Martland et Roland Ritchie, nommés par le premier ministre Diefenbaker en 1958 et 1959, siégèrent sur le *Renvoi sur la modification de la Constitution*. Tous les autres juges de la Cour suprême avaient été nommés par Pierre Trudeau, comme ministre de la Justice et premier ministre. Les juges Martland et Ritchie furent d'ailleurs les seuls à affirmer que le gouvernement central ne pouvait pas *légalement* ou *conventionnellement* rapatrier et amender seul la Constitution du Canada.

se présentait à elle, et a donné toute sa force symbolique à la vision du nationalisme constitutionnel canadien. Selon cette vision unitariste, un État provincial pouvait voir ses compétences constitutionnelles être modifiées sans son consentement et le Québec ne disposait d'aucun veto et d'aucun statut particulier. Selon Buschnell, avec le *Renvoi*, « il y a eu un rejet de la théorie du pacte [fondateur] comme ayant un effet sur la loi [fondamentale]. [Mais aussi,] la suprématie des législatures provinciales a été rejetée au profit de la suprématie fédérale. » (Buschnell, 1992 : 431, traduction libre)

De plus, le fait même de demander l'avis de la Cour, pour qu'elle tranche ce conflit mégapolitique, renforçait son pouvoir symbolique. La Cour put ainsi définir et adapter l'ordre constitutionnel canadien aux normes nationalistes constitutionnelles, tout en conservant une place inférieure au « principe fédéral », par voie de convention (« un degré appréciable de consentement provincial »). Comme le décortiqua Pierre Bourdieu, les juges, « [...] à travers la liberté plus ou moins grande d'appréciation qui leur est laissée dans l'application des règles, [...] introduisent les changements et les innovations indispensables à la survie du système [...]. » (Bourdieu, 1986 : 7) En outre, ce travail interprétatif permet de réactualiser constamment la Constitution, de manière à ce qu'elle puisse efficacement répondre aux questions sociopolitiques du moment et contribuer à la pacification et la neutralisation des conflits. En effet, « [l']interprétation opère l'historicisation de la norme, en adaptant les sources à des circonstances nouvelles, en y découvrant des possibilités inédites, en laissant de côté ce qui est dépassé ou périmé. » (Bourdieu, 1986 : 8) Bref, à l'image des juristes proches de la Couronne française ayant contribué à renforcer le pouvoir symbolique de l'État (Bourdieu, 2012), les juges de la Cour suprême du Canada n'ont pas comme mission d'être des arbitres neutres au-dessus de la mêlée dans les cas de conflits entre ordres de gouvernement, mais ont plutôt comme rôle fondamental la préservation, l'adaptation, la légitimation et le renforcement de l'État constitutionnel canadien.

Le maintien d'un ordre implique donc sa réforme en continu, par un organe judiciaire jouissant d'une apparence de neutralité, d'un vernis de scientificité, d'une aura de

sagesse et qui est appelé à interpréter un texte constitutionnel suffisamment vague pour être malléable. Dit autrement, la domination légale rationnelle d'une nation majoritaire nécessite le changement et la flexibilité qu'offre, justement, la gouvernance judiciaire, dans un contexte de blocage politique – car il n'y a aucune volonté politique d'ouvrir une nouvelle ronde de négociation « mégaconstitutionnelle » qui pourrait diviser et déstabiliser la fédération – et constitutionnel – puisque la formule d'amendement formelle rend toute modification de la Constitution pratiquement impossible²²⁷. En outre, en ce qui a trait aux questions constitutionnelles, notamment la protection et la portée relative des droits et libertés, aux yeux du public, le déficit de crédibilité du champ politique (gouvernements et parlements) est manifeste face aux tribunaux (Fournier *et al.*, 2011). La marge de manœuvre croissante, dont bénéficie le pouvoir judiciaire, est d'ailleurs concomitante de l'avènement des sociétés plus complexes et de l'éclatement des consensus sociopolitiques, sur lesquels reposait la légitimité de l'ordre établi (Lajoie, 2000 : 40). Bref, le champ juridique remplit un rôle que le champ politique ne semble plus pouvoir remplir au sein du métachamp étatique.

6.3.2. *Le Renvoi sur le droit de veto du Québec*

Le gouvernement du Québec contesta la décision de la Cour d'appel du Québec, du 7 avril 1982, dans laquelle elle jugea que le Québec ne détenait aucun droit de veto conventionnel sur les modifications constitutionnelles, affectant ses propres champs de compétence. Lorsque la Cour suprême du Canada entendit l'affaire, en juin 1982, la *Loi constitutionnelle de 1982* était alors pleinement en vigueur, à la suite de la Proclamation de la Reine du Canada le 17 avril 1982. Conséquemment, l'intimé, le

²²⁷ Selon Richard Albert, la Constitution du Canada serait la plus difficile à amender ou, du moins, une des plus ardue, conjointement avec celle des États-Unis (Albert, 2019 : 105-106). La complexité « des règles de modification formelle du Canada peut en fait décourager les réformateurs de chercher à modifier la Constitution par les voies normales de modification officielle, les poussant plutôt à chercher des méthodes non conventionnelles et irrégulières de modification informelle pour mettre à jour la Constitution. » (Albert, 2019 : 110, traduction libre) Ronald Watts tira la conclusion des échecs des Accords du lac Meech et de Charlottetown, qu'« aucune réforme partielle ou globale ne semble possible ou acceptable. Le Canada peut donc avoir une constitution qui, à toutes fins utiles, est pratiquement immuable pour des questions importantes. » (Watts, 1999 : 13, traduction libre)

Procureur général du Canada, a argué que la question du droit de veto québécois était devenue théorique (dépassée) et que la Cour ne devrait pas y répondre. Toutefois, dans le *Renvoi sur le droit de veto du Québec* (1982)²²⁸, la Cour rappelle « son pouvoir discrétionnaire d'entendre ou non un pourvoi de plein droit lorsque la question est devenue théorique », et qu'elle doit « tenir compte de l'importance de la question constitutionnelle tranchée par une cour d'appel [...] ». » C'est en effet une occasion pour elle d'asseoir la légalité et la légitimité de *Loi de 1982*, en « dissipant les doutes » que soulève la question de la convention du droit de veto du Québec.

Dans le *Renvoi sur le droit de veto du Québec*, la Cour était appelée à déterminer si le « degré substantiel de consentement provincial » se mesurait quantitativement – selon le principe de l'égalité des provinces – ou qualitativement – en tenant compte de la place historique et du statut distinct du Québec au sein du Canada (Buschnell, 1992 : 434). En validant la décision rendue par la Cour d'appel du Québec, la Cour suprême du Canada confirmait ce que le *Renvoi sur le rapatriement* avançait implicitement : par la non-reconnaissance de la convention d'unanimité, le Québec se voyait privé de son veto historique en matière d'amendement constitutionnel et de tout statut particulier dans l'ordre canadien. Le fait que la réforme constitutionnelle de 1982 modifiait les compétences exclusives du Québec n'était pas un argument recevable pour la plus haute magistrature. En effet, la Cour Laskin soutint de manière unanime, dans le *Renvoi sur le droit de veto*, que « [l]e Québec ne possède pas un droit de veto conventionnel sur les modifications constitutionnelles qui ont un effet sur le pouvoir législatif de la province. » Selon les juges, le seul argument pouvant justifier l'existence « d'un droit de veto du Québec est le principe de la dualité [...] ». » (*Renvoi sur le droit de veto*, 1982) Or, le dualisme – ou pacte entre les deux peuples fondateurs – contrevient au principe de l'égalité provinciale : « un droit de veto exclusif du Québec vient en contradiction [...] avec le principe de l'égalité fondamentale. » (*Renvoi sur le droit de*

²²⁸ *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

veto, 1982) C'est dire que pour la Cour Laskin, le « degré substantiel de consentement provincial » s'évaluait seulement de manière quantitative. En outre, pour cette dernière, la *Loi constitutionnelle de 1982* était pleinement légale et légitime, et elle contenait une formule d'amendement « qui remplace complètement l'ancienne tant au point de vue juridique que conventionnel. » Même si l'on accepte l'idée que le consentement du Québec était indispensable, « cette règle serait désormais sans objet ni effet. »

L'ironie étant bien sûr qu'au moment de rendre sa décision, la Cour était au fait que la *Loi constitutionnelle de 1982* avait été adoptée d'une façon qui aurait été anticonstitutionnelle, selon la nouvelle formule d'amendement formelle, qui aurait exigé le consentement unanime des législatures provinciales et du Parlement central. La formule d'amendement, une fois la réforme de 1982 institutionnalisée, réintroduisait la règle de l'unanimité pour certaines matières, cristallisant et cadenassant le nouvel ordre constitutionnel moniste, en le mettant à l'abri des changements que pourrait demander le Québec, pour rendre le régime canadien plus hospitalier à son égard (*cf.* Brun, Tremblay et Brouillet, 2008 : 247).

Selon plusieurs observateurs, la conjugaison des deux renvois de 1981 et 1982 aurait joué un rôle politique crucial dans la réussite du projet d'amendements du gouvernement central (Dodek, 2011 : 118 ; Heard, 2012 : 336 ; Morin et Woehrling, 1992 : 424) Malgré l'apparence de neutralité des procédures et du langage juridiques, les juges ont avalisé une réforme radicale, en usant du discours impérialiste du constitutionnalisme moderne, qui fait table rase de l'ancien droit et de ses conventions (contractualisme, dualisme, unanimité, etc.), tout en étant porteur d'un projet d'édification nationale, fondé sur les nouvelles normes de 1982 (*cf.* Tully, 1999b).

Les deux renvois ont ainsi pavé la voie au succès de la réforme de 1982, portant en elle un projet d'édification nationale et redéfinissant les normes juridico-politiques canadiennes, pour les rendre davantage conformes au fédéralisme moniste, au détriment du fédéralisme pluraliste. Ce faisant la Cour a validé et a participé à un coup

d'État symbolique²²⁹, qui a uniformisé les fondements pluralistes du régime canadien. En effet, la refondation moniste de 1982 instituait une seule nation et une seule logique au cœur de l'État canadien, récusant la diversité nationale, tout en reconnaissant le pluralisme culturel non national, qui ne menaçait pas l'unité du nouveau régime. L'ordre constitutionnel de 1982 illustre l'idée que « le langage du constitutionnalisme moderne, qui a fini par faire autorité, a été conçu pour exclure ou assimiler la diversité culturelle et pour justifier l'uniformité. » (Tully, 1999b : 57)

6.3.3. Le nouveau droit constitutionnel de la nation canadienne

La *Loi constitutionnelle de 1982* violait ainsi les principes constitutionnels traditionnels de la *continuité* institutionnelle et normative, du *consentement* pour toute modification des lois et institutions par lesquelles un peuple est gouverné et, enfin, de la *reconnaissance mutuelle* des groupes un sein d'un même État (Tully, 1999b). En effet, le Québec et les autres colonies fondatrices de la Confédération « se reconnaissaient entre elles comme autonomes, comme des associations constitutionnelles qui se gouvernent elles-mêmes et sont placées sous l'autorité de la Grande-Bretagne. » (Tully, 1999b : 138) Le Québec n'est pas entré dans le pacte fédéral de 1867 en tant que colonie conquise, soumise aux normes du vainqueur, mais en tant que « société constitutionnelle souveraine » (Tully, 1999b : 142). C'est-à-dire une « province [...] revêtue de la somme de pouvoirs aujourd'hui possédés collectivement par le pouvoir fédéral et par les pouvoirs locaux, [...] donc en possession complète de [son] autonomie civile, politique et législative, garantie par des traités et par des lois impériales. »

²²⁹ Selon une note du 30 avril 1980 du consul britannique à Ottawa, John Ford, le projet de rapatriement et d'amendement était une « véritable tentative de coup d'État en vue de modifier l'équilibre des pouvoirs dans la Confédération. » (Citation prise dans Bastien, 2013 : 333) Dans une entrevue accordée à ses biographes, en 1986, Trudeau dira qu'en 1980, il ne pouvait plus recourir aux services de Gordon Robertson, à titre de conseiller aux affaires fédérales-provinciales, parce qu'il n'aurait pas accepté de participer à « un coup de force ». Comme il le révéla : « Disons simplement [...] qu'à cette dernière étape il fallait presque un putsch, un coup de force, et Gordon était beaucoup trop gentleman pour cela. La lutte serait âpre ; Gordon n'était pas l'homme qu'il fallait. C'était un mandarin dévoué au bien commun qui craignait tout dommage irréparable au tissu social du pays. J'ai donc choisi quelqu'un d'autre. » (Clarkson et McCall, 1990 : 257)

(Loranger, 1883 : 14) L'interprétation que faisait le juge Thomas-Jean-Jacques Loranger recoupait d'ailleurs celle du Comité judiciaire de Londres, dans l'arrêt *Liquidators of the Maritime Bank of Canada* (1892)²³⁰. Selon cette perspective, ni la Confédération ni la *Loi constitutionnelle de 1982* ne purent éteindre les institutions, la culture et les normes constitutionnelles du peuple québécois²³¹. Dans une même veine, le Comité judiciaire, sous la plume de Lord Sankey, défendit une conception contractualiste et dualiste de la fédération canadienne, dans le *Renvoi sur la réglementation et le contrôle de l'aéronautique au Canada* (1932). Selon Lord Sankey, une condition et un fondement du pacte de 1867 était la continuité des droits historiques de la minorité francophone. Il souligna aussi que le travail interprétatif des tribunaux ne devait pas « affaiblir ou réduire les dispositions du contrat originel sur lequel la fédération a été fondée [...] ». » (*Ibid.*)

Dans le *Renvoi sur le rapatriement*, deux des juges dissidents, Martland et Ritchie, incarnaient encore cet esprit fédéral, en rappelant que la souveraineté canadienne était divisée entre deux ordres de gouvernement, autonome dans leur champ de compétences, et que le *Statut de Westminster de 1931* n'avait pas transféré au Parlement du Dominion l'entière des pouvoirs du Parlement de Westminster. Ce qui impliquait que « [l]e Parlement du Canada n'a pas le pouvoir d'empiéter sur le domaine des pouvoirs législatifs conférés aux législatures provinciales. » (*Renvoi sur une Résolution pour modifier la Constitution*, 1981) Selon eux, comme le Parlement du Dominion ne détient pas la pleine souveraineté au Canada, il n'a pas le pouvoir de

²³⁰ « L'objet de l'Acte [de 1867] n'était ni de souder les provinces en une seule entité, ni de subordonner le gouvernement provincial à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles devraient toutes être représentées, chargées de l'administration exclusive des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie. » (*Liquidators of the Maritime Bank of Canada*, 1892, Traduction libre)

²³¹ Le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (Rapport Erasmus-Dussault), en 1996, s'inspira d'ailleurs de la pensée de Loranger. Le Rapport souligna « que les peuples autochtones sont des nations. » C'est-à-dire que les Autochtones « forment des groupes politiques et culturels dont les valeurs et les modes de vie sont différents de ceux des autres Canadiens. » Ils « ont vécu au sein de nations [...] pendant des milliers d'années avant l'arrivée des Européens. » Leur droit à l'autonomie politique n'a pas été éteinte par l'existence de la Couronne : « Ce sont des collectivités qui partagent un long passé, qui ont le droit de se gouverner elles-mêmes [...]. »

demander seul au Parlement de Westminster de procéder à une modification de la Constitution, qui affecterait les pouvoirs constitutionnels des États provinciaux sans leur consentement. Les juges Martland et Ritchie, à la suite de Lord Sankey, soulignèrent le rôle des tribunaux dans la préservation du principe fédéral qui anime l'ordre constitutionnel canadien.

La dissidence des juges Martland et Ritchie illustre que les principes constitutionnels de continuité, de consentement et de reconnaissance mutuelle, qu'ils portaient, étaient devenus minoritaires au sein du champ juridique canadien et du champ englobant de l'État. Alors que jusqu'au début des années 1970, ce discours inhérent à la tradition juridique canadienne, et les juristes qui le promouvaient, était encore prépondérant.

Le Renvoi sur le rapatriement et *le Renvoi sur le droit de veto* furent donc le champ de bataille où s'affrontèrent deux grands ensembles normatifs, deux métadiscours sur le Canada, portés chacun par des forces associées à des pouvoirs distincts. Les unes, patriotes constitutionnelles, promouvaient l'extension du pouvoir central et une conception unitaire de la fédération, tandis que les autres, fédéralistes pluralistes, défendaient les prérogatives des États provinciaux et une vision pluraliste du Canada. Dans ce conflit interprétatif, qui opposait notamment le Canada et le Québec, la Cour suprême a fait pencher la balance du côté des forces du nouveau droit constitutionnel, au détriment de l'ancien, minant de la sorte le contrat fédéral originel. La Cour a privilégié la rupture et l'uniformité – le « fédéralisme moniste » –, à la continuité et à la diversité – le « fédéralisme pluraliste » (cf. Karmis, 2003 ; Tully, 1999b). Les juges ont dit au Québec que son langage constitutionnel n'était plus recevable, selon les catégories du nouveau nationalisme constitutionnel canadien, qui n'acceptait qu'une nation et qui ne concevait qu'un seul ordre normatif uniforme et hiérarchique.

Par la même occasion, la magistrature rehaussait son propre pouvoir au sein de l'État canadien, puisque la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle contribua à faire advenir et à légitimer, la mettait à la tête d'une hiérarchie juridique unifiée et constitutionnellement incontestable, qui absorbait et subordonnait toutes les normes

contraires des nations minoritaires. La Constitution de 1982, à l'avènement de laquelle la haute magistrature a contribué, par les renvois de 1981 et 1982, affirma la suprématie constitutionnelle²³² (et celle de ses interprètes) et du fédéralisme moniste, sur les principes de la souveraineté parlementaire et du fédéralisme pluraliste. D'ailleurs, lors des renvois de 1981 et 1982, la Cour a refusé d'être liée par le contexte historique et politique entourant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les négociations constitutionnelles passées – comme la formule Fulton-Favreau ou la Charte de Victoria – qui aurait renforcé la force de la convention d'unanimité et mené à une tout autre interprétation de la proposition de réforme constitutionnelle du gouvernement Trudeau.

Comme le souligna, à juste titre, un juge de la Cour fédérale, Sébastien Grammond, « la Constitution de 1867 a été le résultat de négociations entre des colonies déjà existantes. » (Grammond, 2016 : 803, traduction libre) Lors de ces tractations, les « Pères de la Confédération » ont employé le langage contractualiste, utilisant les termes de « pacte » et de « traité » (Grammond, 2016 : 803-804, traduction libre) Comme les juges canadiens ne faisaient pas ou peu appel au contexte historique dans leurs décisions, ils ne mobilisèrent pratiquement pas la métaphore du « pacte » dans leur interprétation du droit constitutionnel (Grammond, 2016 : 804-805). Toutefois, la conception moderne de l'interprétation judiciaire prend en compte les éléments de preuves extrinsèques, comme le contexte historique ou les débats parlementaires, ce qui ouvre potentiellement la porte à la mobilisation du langage contractualiste par la magistrature (Grammond, 2016 : 810). Ce langage peut être interprété par les juges comme imposant un « devoir moral » aux partenaires de la fédération « de respecter leur engagement ». Comme il l'écrivit : « il existait un engagement politique mutuel, qui était antérieur au texte constitutionnel, et qui a été transposé dans celui-ci, et [...] le texte devrait être interprété à la lumière de cet engagement. (Grammond, 2016 : 811)

²³² L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* affirme que « [l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. »

La théorie du pacte fondateur est notamment présente dans le *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute* (1980), où la Cour argua qu'un amendement constitutionnel affectant les « intérêts » des législatures provinciales requerrait leur consentement (Monahan, 1987 : 179-186 et 197). Dans ce *Renvoi*, les juges ont proposé une interprétation plus restrictive des pouvoirs de modifications du Parlement central en vertu de l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*²³³ (Monahan, 1987 : 197). Tandis que dans le *Renvoi sur une résolution pour modifier la Constitution*, l'opinion sur la légalité de l'approche unilatérale avancée par « la majorité [...] concevait le pouvoir fédéral [d'amendement] comme étant essentiellement illimité. » (Monahan, 1987 : 197, traduction libre) De plus, dans ce renvoi, la majorité avançait l'argument qu'un amendement touchant les « intérêts » provinciaux n'était pas nécessairement de nature à justifier le consentement des législatures, si leurs pouvoirs n'étaient pas directement modifiés (Monahan, 1987 : 197-198). D'un renvoi à l'autre, décidé à moins de deux ans d'écart, on passe ainsi d'une conception plus contractualiste du fédéralisme, où les « intérêts » provinciaux mêmes indirects ne pouvaient être touchés sans l'assentiment des législatures, à une vision plus centralisée, où le Parlement du Canada pouvait amender seul la Constitution, même si cela affectait directement les « intérêts » provinciaux, tant que cela ne modifiait pas explicitement l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (Grammond, 2016 : 808 ; Monahan, 1987 : 196-198). Selon Patrick Monahan, « dans ces [deux renvois], la Cour était divisée sur la nature de la communauté politique et du fédéralisme canadiens. » (Monahan, 1987 : 199, traduction libre) L'idée du « degré appréciable de consentement provincial » de la majorité, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, était proche de la vision fédérale du *Renvoi sur la Chambre haute* (Monahan, 1987 : 198). Toutefois, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, les juges ne donnèrent pas au principe fédéral le poids normatif nécessaire pour l'emporter sur

²³³ Soit la modification de 1949, désormais abrogée, qui permettait au Parlement du Canada de modifier les institutions centrales.

l'argument de la légalité de l'action unilatérale. Or, suivant les analyses de Grammond (2016) et Monahan (1987), on peut avancer que si la Cour eut été cohérente avec elle-même, en inscrivant son action dans la prévisibilité et la continuité juridiques attendue d'elle dans un État de droit, on peut penser, avec Russell (1982), que les gouvernements provinciaux auraient dû être la partie victorieuse dans le *Renvoi sur le rapatriement*, tant du point de vue de la légalité que de la légitimité. D'un renvoi à l'autre, le changement provint de l'ampleur des intérêts en jeu pour les juges de la Cour suprême du Canada, qui voyaient croître de manière importante leur pouvoir symbolique, d'une façon compatible avec leur idéologie nationaliste constitutionnelle. La position de la Cour, au cœur de l'État canadien, et les prises de position des juges se conjuguèrent pour produire une décision qui leur était avantageuse au nom d'un grand projet noble. Bourdieu dirait qu'ils avaient donc « intérêt au désintérêt ».

La Charte canadienne dota la Cour d'un pouvoir performatif majeur et d'un rôle de quasi-constituant : à la faveur de ses interprétations, la signification évasive du texte constitutionnel est appelée à changer, à être nourrie par les valeurs et la vision du monde des juges. Puisque le langage de la Charte est vague et ouvert, elle est ouverte à maintes lectures et, pour guider son travail d'interprétation libérale, les juges ont développé plusieurs méthodes interprétatives (comme le test de l'arrêt Oakes ou l'interprétation large ou atténuée, qui sont abordés plus bas). En outre, depuis la fin des années 1970 et l'ère du juge en chef Laskin, la Cour a adopté une interprétation moderne et libérale de la Constitution, qui serait comme un arbre vivant, appelé à s'adapter aux nouvelles réalités sociales et politiques (Brouillet et Gagnon, 2017).

Les techniques interprétatives de la Cour suprême, liées à un personnel juridique savant ainsi qu'à un catalogue de droits conceptuellement vague, sujet à une interprétation innovante, auxquels il faut ajouter des attentes sociales et politiques ainsi qu'une impasse juridico-politique, créent un contexte propice pour que la Cour émerge comme une institution clé au centre de l'État canadien, qui est en mesure d'énoncer les fondements symboliques de l'ordre constitutionnel canadien (*cf.* Snell et Vaughan,

1985 : 251). La Cour jouirait d'ailleurs d'une indépendance sans équivalent pour une institution judiciaire dans le monde occidental (Snell et Vaughan, 1985 : 253) La Cour est devenue, en quelque sorte, une agence régulatrice et quasi-constituante, qui paraît indépendante du politique, et est dotée de la flexibilité et de l'autonomie nécessaire pour remplir son rôle d'arbitrage et d'adaptation en continu de la Constitution. En cela, elle s'apparente aux autres agences de régulation techno-juridique, comme les banques centrales, à l'ère de la gouvernance néolibérale contemporaine, (Bourque, Duchastel et Pineault, 1999 : 44-53). La judiciarisation du politique participe en effet du phénomène sociopolitique de la gouvernance, où l'État démocratique cède le pas à l'État de droit, le citoyen à la personne privée (ou « l'homme », comme l'aurait écrit Marx), le pouvoir législatif aux pouvoirs judiciaire et exécutif (Bourque, Duchastel et Pineault, 1999 : 52-53). D'autant plus que dans le contexte canadien, où l'on trouve des divisions régionales et nationales fortes et où les acteurs politiques représentants ces divisions ne parviennent pas à s'entendre sur les fondements du régime canadien, la Cour suprême est appelée à jouer un rôle mégapolitique crucial (*cf.* Hirschl, 2008a, 2008b).

Comme son histoire a pu l'illustrer, avant de jouer le rôle puissant qui est devenu le sien dans l'État canadien, la Cour a connu « une longue période de sous-développement », qui illustre « la lenteur avec laquelle le pouvoir judiciaire s'est constitué comme branche de pouvoir séparée » (Russell, 1987 : 335, traduction libre)

Sous le gouvernement Trudeau, la table a été mise pour que la Cour commence à adopter une attitude résolument indépendante des pouvoirs politiques et économiques. En effet, le contrôle de son registre, la nomination de juges hautement scolarisés et la présence de clercs issus des facultés de droit ont davantage connecté et rendu réceptives la Cour au champ universitaire, plutôt qu'aux champs économique et politique. Dans

l'ensemble, cette connexion de la plus haute magistrature avec un milieu juridique universitaire, qui a connu lui aussi une expansion qualitative et quantitative, a joué un rôle dans l'amélioration du profil des juges et de la qualité de leurs jugements. À ce sujet, « le recours à des clercs a considérablement accru la capacité de recherche de la Cour suprême » (Russell, 1987 : 352, traduction libre) et, à travers les professeurs de ces clercs, a davantage connecté les juges avec les derniers développements de la recherche en droit (Morton et Knopff, 2000). Corollairement, l'ajout d'une charte constitutionnelle des droits, dotée d'un langage ouvert à une interprétation large et libérale, a accru l'autonomie de la Cour suprême et par extension du champ juridique, tout en renforçant le virage vers l'application du droit public, qui est en phase avec une société où les normes étatiques sont diffusées partout à travers le corps social. La puissance normative de la Cour est condition de son autonomie. Cette puissance symbolique permet à la Cour de légitimer le métachamp de l'État canadien et de la sorte, puisqu'elle constitue une de ses institutions, de se légitimer elle-même en retour.

La Cour suprême devenait moins déférente face au politique et à la fois plus soucieuse des libertés civiles, donc plus en phase avec les valeurs plus individualistes. Elle prenait appui sur une charte des droits libérale, produisait une jurisprudence plus ambitieuse et innovante, libérait son accès pour les parties intéressées et pour l'intérêt à agir. De plus, avec la possibilité de voir financer une partie des litiges avec le *Programme de contestation judiciaire* et le développement d'une culture publique et d'organisations (comme les associations pour les libertés civiles, les groupes de litigants, les boîtes à idées ou les commissions de réforme du droit) sensibles aux droits de la personne, l'appel à la mobilisation était lancé aux divers groupes pour faire de cette institution un forum central dans la vie politique canadienne, où se débattent et se tranchent les enjeux sociopolitiques cruciaux et où sont précisés les fondements normatifs de l'ordre constitutionnel canadien (*cf.* Russell, 1981 : 149).

Bref, la révolution des droits au Canada dépendait pour une partie de l'adoption de la Charte canadienne et du renouvellement de la magistrature, qui devait l'appliquer, mais

découlait aussi de ce que Charles Epp appela « une structure de soutien permettant la mobilisation légale », c'est-à-dire une profession juridique compétente, l'accès aux ressources et la présence de groupes organisés (Epp, 1996 : 765, traduction libre).

La Cour et la Charte qu'elle applique jouissent désormais d'une très grande légitimité auprès de la population, des élus et de la profession juridique. Sur les questions de droits et libertés, le public fait davantage confiance à la Cour qu'aux élus (Fournier *et al.*, 2011). Certaines de ses décisions, dès 1984 – soit l'année de la première décision concernant la Charte, *Skapinker* – ont fait école dans le monde occidental, notamment le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1998), dans lequel la Cour a su ménager les deux camps, nationalistes canadiens et nationalistes québécois, qui ont tous deux clamer victoire, mais où elle a par le fait même énoncé les fondements du régime canadien, là où existait une querelle séculaire sur la signification de la fédération. Enfin, la Cour est désormais au cœur de la vie publique canadienne, à des lieues de cette institution autrefois conservatrice, réservée et subordonnée. Selon David Taras, la couverture médiatique de la Cour a suivi sa montée en puissance (Taras, 2000).

Le banc des juges de la Cour est désormais composé des juges d'expérience, dotés d'une solide formation universitaire, qui doivent leur nomination au mérite, mais aussi au fait qu'ils partagent une idéologie libérale constitutionnelle, ont une vision nationaliste (centralisatrice) de la fédération et, en général, appartiennent au réseau de pouvoir canadien, qui est dans l'orbite de l'État central (juges de tribunaux supérieurs, partenaires de grandes firmes d'avocats, doyens de facultés de droit). On n'observe toutefois pas de politisation partisane des juges de la Cour suprême du Canada, comme on le voit chez leurs homologues américains, où les juges du plus haut tribunal se divisent sur une opposition libérale-conservatrice, recoupant celle démocrate-républicaine du champ politique (Epstein et Posner, 2018). La politisation que l'on observe au Canada est d'une autre nature : elle concerne *le* politique, soit les conditions normatives du vivre-ensemble (le pouvoir symbolique), et non pas *la* politique, soit la conquête, le contrôle et l'organisation des institutions de pouvoir.

Au fil du XX^e siècle, la Cour suprême est devenue l'institution dominante du champ juridique canadien, mais aussi, elle s'est élevée au centre du métachamp étatique, en tant que monopole de la violence symbolique. Un contexte de crise juridico-politique aiguë – comme celui de 1981-1982 – est propice à la judiciarisation du politique (ou mégapolitique judiciarisée). Selon Ran Hirschl, « la mégapolitique judiciarisée est répandue dans les régimes politiques fragmentés, faisant face à des clivages ethniques, linguistiques ou religieux profonds. » (Hirschl, 2008a : 128, traduction libre) Les tribunaux et le droit sont habillés d'une aura de neutralité, d'autonomie et d'universalité, due notamment à un discours et à des procédures se voulant rationnels (Bourdieu, 1986). Comme les juristes de la monarchie française, qui furent élevés à des postes de pouvoir par la Couronne (Bourdieu, 2012), la position au centre de l'État des juges de la Cour suprême tend à recouper leurs prises de position. Ils sont ainsi en position idéale pour jouer un rôle d'arbitre – entre les parties, les revendications et les normes – et de quasi-constituant – comme acteur créant les normes métapolitiques qu'il interprète, se donnant ses propres règles d'interprétation, qui modifient le droit constitutionnel – dans des situations hautement conflictuelles, qui touchent à la raison d'être d'un ordre politico-constitutionnel. À cet égard, « [l]e Canada, plus que toute autre démocratie constitutionnelle dans le monde, a fait appel à son plus haut tribunal pour trancher des différends d'une importance fondamentale pour son existence même. » (Russell, 2011 : 70, traduction libre)

La lecture particulière que font les juges de la Constitution, comme « interprètes autorisés » (Bourdieu, 1986 : 4), prend valeur d'universel, car, à moins de procéder à un amendement constitutionnel (quasi impossible au Canada), aucune autorité judiciaire ou politique ne peut contester leur mainmise sur l'interprétation du texte constitutionnel. Les acteurs politiques et juridiques se sentent liés par les interprétations de la Cour suprême. De plus, la possibilité de déroger à une décision judiciaire, permise au Canada par l'article 33, la clause dérogatoire, de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est vue comme étant illégitime, car cela est perçu comme un moyen de priver les

citoyens de leurs droits et de miner la suprématie constitutionnelle, au profit de la souveraineté parlementaire (Axworthy, 2007 ; Roy et Brosseau, 2018 ; Dodek, 2016). Or, pour l'un des acteurs du rapatriement, Allan Blakeney – qui craignait l'effet potentiellement conservateur des tribunaux sur le progrès social –, la clause dérogatoire « a été incluse dans la Charte pour garantir que l'État puisse, pour des raisons économiques ou sociales, ou parce que d'autres droits ont été jugés plus importants dans les circonstances, choisir de passer outre à un droit protégé par la Charte. » (Blakeney, 2010 : 1, traduction libre) Elle permettait non pas de s'opposer aux droits en soi, mais de promouvoir d'autres droits de la personne, non énumérés dans la Charte (Blakeney, 2010 : 1). Pourtant, la perception dominante y voit une aberration liberticide (Axworthy, 2007 ; Leeson, 2000 : 313-315). Par exemple, selon le sénateur et juriste réformateur, Eugene Forsey : « [l]a disposition de dérogation est un poignard planté dans le cœur de nos libertés fondamentales, et il faut l'abolir. [...] » (Citation tirée de Roy et Brosseau, 2018 : 12) À cause de ce « poignard », Forsey avançait que « [l]a *Charte* n'aurait pas protégé les Canadiens d'origine japonaise qui ont été internés de force pendant la Seconde Guerre mondiale. » (Citation tirée de Roy et Brosseau, 2018 : 13) En outre, la population en est venue graduellement à être défiante envers toute « intrusion » des parlements dans les questions de droits et libertés. Selon cette perspective, la Constitution et les libertés civiles ne relèveraient plus du champ politique, contrairement à ce qu'affirment les tenants de la « théorie du dialogue ».

Selon cette théorie, la Charte contiendrait, aux articles 1 et 33, des dispositions favorisant une relation dialogique constructive entre le législatif et le judiciaire, empêchant le monopole des tribunaux sur l'interprétation de la Constitution. D'abord, la clause dérogatoire permet, en principe, au Parlement et aux législatures de soustraire une loi – *a priori* ou *a posteriori* – à l'application de certaines dispositions de la Charte (articles 2 et 7 à 15), pour une période renouvelable de cinq ans. Ensuite, la « clause de raisonabilité », l'article 1, offre, théoriquement, une marge de manœuvre aux assemblées législatives, en affirmant que les droits peuvent être restreints par une loi,

« dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. » Les articles 1 et 33 permettraient de conserver une place à la souveraineté parlementaire à la britannique dans une *Loi constitutionnelle de 1982*, relevant davantage du constitutionnalisme américain. Les clauses dérogatoire et de raisonabilité contribueraient ainsi à un « dialogue » constitutionnel, en donnant un droit de réplique et une marge de manœuvre aux législateurs, et même parfois le dernier mot. Cette « théorie du dialogue », d'abord énoncée par Peter Hogg et Allison Bushell en 1997, a été rapidement reprise à son compte par la Cour suprême (Vriend, 1998). Cette « théorie » défend le caractère démocratique du contrôle de la constitutionnalité des lois : si les représentants du peuple ont un droit de réplique, ce ne seraient pas, au final, les juges, qui dicteraient la marche à suivre. Les juges contribueraient plutôt à une écriture des lois qui serait plus sophistiquée et plus respectueuse des valeurs de la Charte canadienne.

Cependant, l'utilisation de l'article 33 vient avec un coût moral et politique rébarbatif, car dans une société qui confère une dimension quasi sacrée aux droits constitutionnalisés, « il n'est jamais facile de dire expressément qu'on entend déroger à des droits fondamentaux. » (Brun, Tremblay et Brouillet, 2008 : 648) Plutôt que d'y voir une interprétation législative de la Charte des droits, une dichotomie manichéenne oppose l'action « anormale » des législatures, hostile aux droits *per se*, et le processus « normal », par lequel la loi se conforme à la Charte, ou du moins l'interprétation qu'en font les juges (Albert, 2008 : 1038, 1052-1053). En outre, comme l'article 33 n'est effectif que cinq ans, une législature devra constamment la renouveler et payer le prix politique à chaque fois. Donc l'interprétation des tribunaux finit par s'imposer sur la longue durée. Peu surprenant, dans les circonstances, que la clause dérogatoire soit rarement invoquée (Lampron, 2017 : 229-230). Richard Albert va même jusqu'à dire que la clause dérogatoire « a été délégitimé dès ses premières utilisations²³⁴ et qu'elle

²³⁴ De façon à protester contre la modification de la Constitution sans son consentement et à mettre sa législation à l'abri du contrôle judiciaire en vertu de la Charte, le gouvernement du premier ministre René Lévesque fit adopter par l'Assemblée nationale du Québec une législation omnibus : la *Loi*

est maintenant désuète et inopérante. » (Albert, 2008 : 1041, traduction libre) De plus, l'interprétation restrictive qu'a faite la Cour suprême de l'article 1 – en imposant à une loi le fardeau d'un test complexe²³⁵ et ardu pour se qualifier au regard de la « la clause de raisonnabilité » (Oakes, 1986) – allait à contresens de l'objectif poursuivi par cette disposition en évaluant la « nécessité » d'une loi plutôt que seulement sa « raisonnabilité » (Brun, Tremblay et Brouillet, 2008 : 969-986). Si l'on ajoute à ces constats la réécriture des lois par les tribunaux, en les interprétant de façon large (pour en étendre la portée) ou atténuée (pour la restreindre), l'on peut arriver à la conclusion que la « théorie du dialogue ne résiste [...] pas au test de la réalité [...]. » (Lampron, 2017 : 231) Selon F. L. Morton, « ce qui est décrit comme un dialogue est généralement un monologue, où, la plupart du temps, les juges discourent pendant que les législatures écoutent. » (Morton, 2002 : 608, traduction libre) La « théorie du dialogue » est, au final, davantage un discours de légitimation démocratique du contrôle judiciaire à l'ère de la Charte, qu'un outil heuristique.

Les juges de Cour ont le monopole interprétatif de la Constitution, leur permettant « de s'approprier la force symbolique qui s'y trouve enfermée à l'état potentiel. » (Bourdieu, 1986 : 4) Cette force symbolique accroît l'autorité de leur parole, sa capacité à faire advenir la réalité qui est énoncée, et à donner une dimension universelle et rationnelle à un point de vue situé, en termes de vision du monde, de valeurs, de

concernant la Loi constitutionnelle de 1982 (L.Q., chap. 21). « Le seul objet de cette loi était d'insérer une disposition de dérogation dans chacune des lois du Québec alors en vigueur. » (Binette, 2003 : 117) Puis, jusqu'en 1985, l'ensemble des nouvelles lois québécoises incluait la disposition de dérogation (Roy et Brosseau, 2018 : 7). Ensuite, lorsque la Cour suprême déclara, dans les arrêts *Ford* (1988) et *Devine* (1988), que les dispositions sur l'affichage unilingue français étaient invalides, au motif qu'elles violaient la liberté d'expression, le gouvernement libéral de Robert Bourassa fit adopter la Loi 178 (*Loi modifiant la Charte de la langue française*) sous le bouclier de l'article 33, en pleine période de ratification de l'Accord du lac Meech. Le ressac fut important au Canada anglais – où l'on perçut l'action du gouvernement du Québec comme une violation des droits linguistiques de la minorité anglophone – et contribua à l'échec de l'Accord, selon plusieurs observateurs (Dodek, 2016 : 60-61).

²³⁵ Le test de l'arrêt *Oakes* consiste à se demander (1) si la loi poursuit un objectif important, (2) qu'elle a un lien rationnel avec cet objectif, (3) qu'elle est la mesure qui porte le moins possible atteinte aux droits affectés et (4) que ses effets positifs sur la société sont proportionnellement plus élevés que ses effets négatifs sur les droits.

normes et de positionnement au sein du champ juridique et de l'État. Comme l'analyse Bourdieu, « [l]e droit est la forme par excellence du discours agissant, capable, par sa vertu propre, de produire des effets. » (Bourdieu, 1986 : 13) C'est ainsi que « dans une société différenciée, l'effet d'universalisation est un des mécanismes, et sans doute parmi les plus puissants, à travers lesquels s'exerce la domination symbolique ou, si l'on préfère, l'imposition de la légitimité d'un ordre social. » (Bourdieu, 1986 : 16)

Les événements de 1980-1982 ont donc cristallisé et renforcé le changement de garde, au sommet de la hiérarchie juridique canadienne et au centre de l'État, alors que les discours, les pratiques et le personnel minoritaire hier (au sein du champ universitaire et des sous-champs dominés du champ juridique) sont devenus majoritaires aujourd'hui. Ce changement – la révolution des droits – ne découle pas d'un projet téléologique inéluctable, mais de luttes de pouvoir, opposant l'élite réformatrice montante, et son discours plus progressiste, à la vieille garde, et son discours plus conservateur ; luttes qui se sont déroulées dans un contexte sociopolitique évolutif. L'institutionnalisation du projet nationaliste constitutionnel et l'avènement du régime de suprématie constitutionnelle sont le produit contingent de la logique relationnelle, conflictuelle, historique et dynamique des champs sociaux. Enfin, la révolution des droits au Canada s'inscrit aussi dans un contexte politico-juridique nord-américain.

CHAPITRE VII

LA MONTÉE DU PROJET NATIONALISTE CONSTITUTIONNEL – I DE LA PREMIÈRE GUERRE MONDIALE À LA GRANDE DÉPRESSION

Durant les années 1920 et 1930, de retour d'Oxford, où elle fut en contact avec l'idéologie sociale-démocrate fabienne, la génération de Frank Scott vit l'ampleur du travail à accomplir, pour faire sortir le Canada de son conservatisme ploutocratique et de sa subordination juridico-politique au modèle de Westminster, qui signifiait notamment la suprématie parlementaire, le gouvernement limité et l'absence de droits constitutionnalisés. Ces réformistes et centralisateurs rêvèrent d'une grande nation canadienne, formée d'individus égaux en droit, et d'un État canadien indépendant, moderne et juste, qui puisse répondre aux défis complexes des sociétés contemporaines (chômage, santé, éducation, protections juridiques, pauvreté, etc.).

Les réformistes des années 1930, dont plusieurs s'impliquèrent dans la *Ligue pour la reconstruction sociale*, durent faire face aux élites juridico-politiques en place et à leurs discours hégémoniques, bien campées dans leurs positions de pouvoir, au sein des institutions des champs juridique et politique ainsi que du métachamp de l'État. Le groupe majoritaire, libéral conservateur, légitimait sa position dans le langage du droit coutumier, favorable aux libertés économiques et individuelles, et d'un fédéralisme plus classique, combinant suprématie parlementaire, respect de la division constitutionnelle des pouvoirs et conception contractuelle de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*. Le groupe minoritaire, libéral progressiste, prenait appui sur une conception moderne du droit, influencée par le constitutionnalisme américain et plus favorable au droit public, une vision plus centralisatrice du fédéralisme, permettant une plus grande uniformité du droit constitutionnel et des programmes sociaux, et rejetant la vision du Canada comme découlant d'un pacte fondateur (entre

colonies ainsi qu'entre francophones et anglophones). Ce groupe minoritaire de juristes réformateurs participait au mouvement nationaliste constitutionnel – de concert avec plusieurs organisations (ethnoculturelles, politiques, religieuses, syndicales) –, qui réclamait notamment des protections constitutionnelles universelles.

Cette élite nationaliste et modernisatrice, minoritaire par le discours et les positions à cette époque, devint majoritaire à compter des années 1960, où elle commença à occuper les postes de pouvoir et où son discours nationaliste constitutionnel se diffusait largement, jusqu'à devenir hégémonique (doxique) avec la réforme constitutionnelle de 1982. Toutefois ce changement de garde ne fut ni brusque ni téléologique, mais contingent et progressif : il découla de batailles au sein de l'espace social entre les tenants conservateurs du *statu quo* et leurs opposants progressistes, comme Scott, Laskin ou Trudeau et leurs alliés au sein du mouvement nationaliste constitutionnel, à la faveur d'un contexte sociopolitique plus large, favorable à la protection constitutionnelle des libertés (avec l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de l'ONU en 1948) et à l'intervention de l'État (à la faveur de la Grande Dépression et de l'influence grandissante du keynésianisme).

Cette grande histoire n'est pas découpée en tournants brusques suivis de longues continuités, mais est marquée par des changements continus et graduels, des mouvements de fonds, se déroulant sur de longues périodes au sein des champs sociaux, changements qui finissent par se révéler au grand jour à un moment précis ; par exemple, l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Étudier uniquement ce moment précis revient toutefois à perdre l'intelligence historique d'un phénomène sociopolitique. Suivant Pierre Bourdieu, il s'agit donc d'étudier un fait sociopolitique dans la longue durée pour le comprendre – ici la *révolution des droits au Canada* de 1982 –, en prenant compte son inscription historique dans les luttes entre acteurs et discours dans les institutions, au sein des champs sociaux. Pour analyser l'évolution du patriotisme constitutionnel canadien, et des acteurs qui l'ont promu, la démarche bourdieusienne propose de tenir compte de l'interrelation de trois éléments :

1. La logique d'un champ et sa position dans l'État ;
2. Les positions et les prises de position des agents et des institutions ;
3. Les dispositions des agents (Bourdieu, 1992 : 80).

La théorie bourdieusienne voit ainsi les phénomènes sociopolitiques comme étant la résultante d'une logique conflictuelle, historique, relationnelle et dynamique.

Cette approche sociohistorique et relationnelle sera mise en application en étudiant certaines périodes significatives dans l'évolution du projet nationaliste constitutionnel, où s'affrontèrent les tenants d'un constitutionnalisme moderne, axé sur le contrôle judiciaire et une charte des droits, et les défenseurs d'un constitutionnalisme plus traditionnel, voyant un équilibre dans le rôle joué par le parlement et les tribunaux dans la protection des libertés fondamentales, qui découlaient de la jurisprudence et des principes constitutionnels britanniques. Au fil du temps et au travers des luttes, on observe ainsi la montée d'un nouveau nationalisme constitutionnel canadien, porté en politique et en droit par une nouvelle élite éduquée, issue des classes moyennes supérieures, qui valorisent l'accumulation de capital culturel.

Les périodes sélectionnées pour les chapitres 7 et 8, pensées comme moment dans une histoire continue, l'ont été pour leur saillance et leur importance et seront traitées de manière chronologique. Les acteurs et institutions qui seront mis en avant furent au cœur de ces luttes et sont représentatifs des camps minoritaire (nationaliste constitutionnel) et majoritaire (traditionalisme britannique), au sein des champs juridique, politique et étatique. La première partie de cette sociohistoire conflictuelle et dynamique du projet nationaliste constitutionnel canadien couvre la période allant de la fin de la Première Guerre mondiale, où l'appareil sécuritaire et liberticide canadien se met en place, à la Grande Dépression, où le mouvement pour la défense des libertés civiles prend son envol. La seconde partie de cette histoire va du tournant de la Deuxième Guerre mondiale, où l'enjeu de la protection constitutionnelle des droits devient particulièrement saillant, au Rapatriement de 1982, qui signifie le parachèvement de la *révolution des droits* au Canada.

Ce chapitre analyse trois moments (le chapitre 8 couvre les périodes de la Deuxième Guerre mondiale, ses suites immédiates et le débat sur le *Déclaration canadienne des droits*) d'une histoire continue des droits au Canada, où se sont affrontés les acteurs et les discours constitutionnalistes et traditionalistes : d'abord, le (1) les années d'après-guerre et la grève générale de Winnipeg de 1919 ; ensuite (2) les années 1920-1920 à travers la figure de J. S. Woodsworth, en tant que précurseur du nationalisme constitutionnel canadien ; enfin, (3) la Grande Dépression et les questions de la défense des libertés civiles et de l'interventionnisme étatique.

7.1. La grève générale de Winnipeg et les années 1920

La mythique grève générale de Winnipeg de 1919, qui éclata dans un Ouest canadien radicalisé²³⁶, fut un événement sociopolitique marquant dans l'histoire du Canada, à la fois par son ampleur inégalée²³⁷, son influence et par les moyens coercitifs mis en place par les autorités pour la réprimer, et ce, en temps de paix. La grève pacifique organisée par le *Congrès des métiers et du travail de Winnipeg* mobilisa près de 35 000 travailleurs²³⁸, soutenus par les policiers municipaux, et paralysa la ville du 15 mai au 25 juin 1919. Les grévistes demandèrent la reconnaissance syndicale et l'amélioration de leurs conditions de travail (Reilly, 2006). Les autorités (municipales, provinciales et canadiennes) y virent, elles, l'influence pernicieuse d'éléments subversifs « étrangers » (non Anglo-saxons et protestants) et une « révolution bolchévique », pouvant s'étendre à toute la fédération²³⁹, surtout que des manifestations de solidarité

²³⁶ Au tournant du XX^e siècle, à la suite de la *Politique nationale* de 1879, une immigration européenne massive, surtout issue de l'Europe de l'Est, colonise les Prairies, où elle est aux prises avec les préjugés, la discrimination et l'exploitation. « Parmi ces nouveaux venus, beaucoup se tournent progressivement vers les nouveaux partis travaillistes de gauche et les partis agraires qui voient le jour dans l'Ouest à cette époque et qui promettent la sécurité économique et un meilleur statut social. » (Palmer, 1991 : 6)

²³⁷ Elle fut « la grève la plus totale de toute l'histoire de l'Amérique du Nord. » (Abella, 1981 : 14)

²³⁸ Les grévistes et leur famille formaient 50 % des 200 000 habitants de la ville (McNaught, 2001 : 106).

²³⁹ Par exemple, lors du dépôt du *Rapport du comité relatif aux menées séditeuses* à la Chambre des

éclatèrent un peu partout au pays (Abella, 1981 : 15-16). Selon Valerie Knowles, « [r]ien n'a fait plus pour enflammer les sentiments xénophobes et les craintes d'une révolution que la grève générale de Winnipeg de 1919, dans laquelle les travailleurs européens ont joué un rôle central. » (Knowles, 2007: 132, traduction libre)

Le gouvernement central réagit fermement, en mobilisant la milice, la Police montée du Nord-Ouest et la loi (Bercuson, 1974 : 22-24). Le gouvernement unioniste²⁴⁰ du premier ministre Robert Laird Borden modifia par décret l'article 41 de la *Loi sur l'immigration*²⁴¹, pour permettre la déportation des « étrangers » subversifs, même ceux qui étaient des citoyens naturalisés²⁴² – visant de la sorte les leaders syndicaux de Winnipeg, pour la plupart d'origine britannique (Kealey, 1992 : 313)²⁴³. Il apporta aussi des changements à la *Loi concernant la naturalisation*²⁴⁴, pour pouvoir révoquer le certificat de naturalisation de toute personne « séditeuse » (Kelley et Trebilcock, 2008 : 181). L'exécutif amenda enfin le *Code criminel*, pour abroger l'article 133 – protégeant les individus ayant tenu publiquement des propos critiques de poursuites pour sédition –, et ajouter l'article 98, qui élargissait la définition de crimes séditeux et augmentait la sévérité des peines (Abella, 1981 : 16 ; Kealey, 1992 : 313). La rapidité avec laquelle le Code criminel fut amendé et l'absence de débat réel à la Chambre des

communes, le 10 juin 1919, le ministre de la Justice, Hugh Guthrie, affirma qu'il existait au Canada plusieurs organisations d'origine étrangère dont l'objectif est « de faire une propagande séditeuse, qui pourraient mettre en péril nos libres institutions et l'autorité du gouvernement de ce pays, si nous leur laissons la bride sur le cou. » (Canada, 1919b : 3417)

²⁴⁰ Durant la guerre, à partir de 1917, les conservateurs et une partie des libéraux formèrent un gouvernement d'union, qui défendit l'imposition de la conscription générale.

²⁴¹ *Loi modifiant la Loi de l'immigration, 1919*. Ottawa : SC 9-10 George V, Chapitre 25.

²⁴² La politique gouvernementale de déportation, qui se développait depuis 1902, permettait de déporter aussi les personnes immigrantes criminelles, radicales, malades, etc. (Molinaro, 2018 : 5-8). Tandis que la *Loi sur l'immigration* de 1906 – amendée en 1910 et 1919 –, refusait l'entrée au pays des personnes handicapées, à la morale douteuse, posant un danger à la santé publique, etc. (Whitaker, 1991 : 11).

²⁴³ La *Loi sur l'immigration, 1919* ancrerait le virage ethnoculturelle et idéologique de la politique d'immigration canadienne, alors que l'on refusait l'entrée sur le territoire, ou l'on déportait sans possibilité d'appel, les personnes immigrantes qui n'étaient pas issues de l'Europe de l'Ouest, qui étaient des adeptes d'une religion non-protestante ou qui étaient considérées comme politiquement radicales (Knowles, 2007 : 134-136).

²⁴⁴ *Loi concernant la nationalité britannique, la naturalisation et les aubains, 1914*. Ottawa : SC 4-5 George V, Chapitre 44.

communes démontraient que ces mesures étaient jugées « nécessaires » et « acceptables » par le gouvernement et l'opposition (Mackenzie, 1972 : 474). Selon Dennis Molinaro, « l'article 98 était plus qu'une extension des mesures exceptionnelles visant à mettre hors la loi les organisations séditeuses et à fournir un large mandat permanent pour une police politique ; c'était aussi une tentative de réglementer l'idéologie et les comportements politiques acceptables en temps de paix. » (Molinaro, 2015b : 324-325, traduction libre) De la sorte, l'article 98 a contribué à l'édification nationale canadienne, « en fixant les comportements et les idéologies politiques acceptables. » (Molinaro, 2015b : 325, traduction libre) Il a aussi défini les normes d'appartenance à la communauté nationale par la négative, en précisant « quels groupes et quelles idées illégitimes en étaient exclus. » (Molinaro, 2015b : 325, traduction libre) Pierre Bourdieu (2012) dirait que cela reviendrait à criminaliser la dissidence. Selon Arthur Lower, la mise en place de ces mesures répressives « a montré à beaucoup combien la tradition anglaise de liberté était faible par rapport aux craintes des classes dirigeantes [...] » (Lower, 1977 : 504, traduction libre)

En plus de ces mesures législatives, une nouvelle force policière brutale et antisyndicale fut aussi recrutée, pour remplacer les constables réguliers en grève ou prosyndicaux (Bercuson, 1974 : 22-24) Le 17 juin 1919, à la demande du Cabinet, la Police montée arrêtait une dizaine de chefs syndicaux, accusés de sédition et menacés de déportation, coupant ainsi la tête de la grève générale (Abella, 1981 : 16 ; Horrall, 1980 : 169). Or, selon Stan William Horrall, même si la *Commission royale d'enquête sur la grève générale de Winnipeg*²⁴⁵ « n'a trouvé aucune preuve d'une conspiration séditeuse, ni aucun lien entre la grève et la *One Big Union*²⁴⁶, sept des accusés ont finalement été condamnés par les tribunaux pour avoir tenté de renverser l'État²⁴⁷. »

²⁴⁵ Elle a été créée par le gouvernement du Manitoba en 1919 et présidée par le juge Hugh Amos Robson.

²⁴⁶ Créé en 1919 par des syndicalistes de l'Ouest, le Syndicat industriel national du Dominion du Canada, ou *One Big Union*, inspiré par le syndicalisme révolutionnaire, se voulait plus combatif (Berry, 2006). Malgré les preuves contraires, le gouvernement Borden fit un rapprochement entre la grève de Winnipeg et la *One Big Union*, décrite comme une organisation bolchévique (Horrall, 1980 : 178, 183-185).

²⁴⁷ La Cour d'appel du Manitoba confirma d'ailleurs le jugement de première instance et vit dans les

(Horrall, 1980 : 169) La grève prit fin dans le désastre, alors que le 21 juin 1919 – le « samedi sanglant » – la Police montée chargeait une manifestation pacifique, tuant deux hommes, en blessant plusieurs autres et arrêtant des dizaines de travailleurs d'origine étrangère, dont 31 furent déportés de manière expéditive (Kelley et Trebilcock, 2008 : 185). Du désastre de Winnipeg, mais aussi de la répression massive et du recul important du mouvement syndical durant les années 1920, émergèrent plusieurs militants, qui se firent élire comme travaillistes et dont certains, une dizaine d'années plus tard, participèrent à la fondation du parti travailliste, *Co-operative Commonwealth Cooperation*, tel l'influent leader James Shaver Woodsworth, l'un des mentors de Frank R. Scott (Abella, 1981 : 16-17 ; Cook, 1990b : 505 ; Reilley, 2006).

La grève de Winnipeg s'inscrit dans un contexte économique et politique d'après-guerre qui fut répressif, polarisé et précaire, et ce, même avant la Grande Dépression. Dans un contexte de récession et de tensions sociales, le patronat s'enrichissait pendant que les travailleurs, nombreux à être de retour de la Grande Guerre (1914-1918), étaient éprouvés par la récession, le chômage, la précarité des droits syndicaux (et des libertés civiles en général), des salaires ne couvrant pas l'inflation galopante et de dures conditions de travail, dans un contexte où le filet de sécurité sociale était pratiquement absent²⁴⁸ (Abella, 1981 ; Kealey, 1992 ; Naylor, 2004 ; McNaught, 1988). Comme le souligna Irving Abella, au début du XX^e siècle, au Canada, « la prospérité semblait généralisée ; pourtant l'ouvrier canadien en était exclu. » (Abella, 1981 : 3). L'envers de l'obsession gouvernementale pour le développement économique était le refus de légiférer pour protéger les droits des travailleurs face à la violence²⁴⁹ et à la cupidité du patronat, mais aussi à la répression politique (Kealey, 1992 ; Abella, 1981 : 6).

actions des leaders syndicaux une conspiration séditeuse (*The King v. Russell* [1920], 51 D.L.R. 1).

²⁴⁸ Le premier programme d'assurance chômage est mis en place en 1941, par le gouvernement canadien, à la suite de l'approbation de l'ensemble des gouvernements provinciaux à un amendement qui transférerait cette compétence provinciale à Ottawa, créant l'article 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette modification porte le nom de *Loi constitutionnelle de 1940*, 3-4 George VI, ch. 36 (R.-U.).

²⁴⁹ Utilisation de briseurs de grève, espionnage et congédiement de leaders syndicaux, embauche d'hommes de main qui s'attaquaient physiquement aux syndicalistes (Abella, 1981 : 6 et 13).

Le gouvernement central poussait aussi pour une immigration massive²⁵⁰, « assurant ainsi aux employeurs une main-d'œuvre docile et à bon marché », ce qui produisait « des tensions raciales insupportables, mais encore empêchait toute syndicalisation. » (Abella, 1981 : 3, 7) Malgré l'ouverture des frontières canadiennes à une immigration de masse, les politiques répressives du gouvernement central ne visaient pas que le mouvement ouvrier, pour protéger l'ordre oligarchique, mais aussi spécifiquement les « ennemis étrangers » (tels ceux d'origine ukrainienne), qui virent leurs publications et organisations déclarées illégales, furent espionnées, risquaient la déportation et furent nombreux à être internés²⁵¹, durant la guerre et jusqu'en 1920 (Kealey, 1992 : 286-305 ; Molinaro, 2011b). Toutefois, un des effets contingents de cette politique économique et d'immigration fût l'arrivée au Canada d'ouvriers plus militants (juifs, britanniques, etc.), versés dans l'art de la mobilisation syndicale et au fait des théories socialistes, qui fondèrent des organisations de travailleurs et des partis progressistes (Bercuson, 1974 : 2-3 ; Abella, 1981 : 8-9). Selon Howard Palmer, ces « partis de gauche défendent également les droits civils des immigrants et condamnent les déportations, la limitation du droit de vote et la censure de la presse pendant la Première Guerre mondiale. » (Palmer, 1991 : 9)

Le mouvement canadien pour la défense des droits civils, qui prit son envol dans les années 1930, trouve en partie son origine dans ce contexte répressif et économiquement précaire des années 1920, où l'urbanisation et l'industrialisation de la société canadienne apportent leurs lots de problèmes sociaux (logement, hygiène, pauvreté, etc.), pour lesquels l'État n'a pas encore de solution à offrir, alors que prévaut encore l'idéologie laisser-fairiste. Contrairement à l'idée reçue d'une décennie d'abondance, les années 1920 au Canada étaient plutôt marquées par des cycles de récession et de

²⁵⁰ De 1903 jusqu'à 1914, le Canada a reçu 2 757 900 personnes immigrantes, soit une moyenne de 229 825 personnes par année, avec une pointe de 400 900 en 1913 (Statistique Canada, 2016). Pendant cette période, la population canadienne passa de 5 371 315 habitants, en 1901, à 7 206 643 habitants en 1911 (Institut de la statistique du Québec, 2019).

²⁵¹ En 1920, « quand ils fermèrent, ces camps avaient emprisonnés 8 579 hommes, 81 femmes et 156 enfants », principalement d'origine allemande et ukrainienne (Kealey, 1992 : 293, traduction libre).

chômage, mise à part l'accalmie de 1925 à 1927, où ce furent les spéculateurs et les investisseurs de Montréal et de Toronto qui raflèrent les profits, et ce, au détriment des conditions de vie et de travail des ouvriers et des paysans (Paquet *et al.*, 1981a : 13-21). Dans l'ensemble cette période « n'est qu'un commencement de cette longue glissade de l'économie canadienne. » (Paquet *et al.*, 1981a : 21) Ce contexte socioéconomique difficile, marqué par les mises à pied, les baisses de salaire et la décroissance des syndicats, signifiait l'inversement des rapports de pouvoir pour le mouvement ouvrier, alors que durant les années de guerre, la croissance de la production avait créé un important bassin de travailleurs mobilisables (St. Croix, 2018).

Le mouvement canadien pour la défense des droits civils put bénéficier des revendications et de la mobilisation des organisations ouvrières et ethnoculturelles, qui étaient victimes de discrimination et de répression massives de la part de l'État et du patronat, comme le PCC, qui recrutait beaucoup de travailleurs immigrants (Lambertson, 2005). Par exemple, la *Ligue de défense des travailleurs canadiens*, fondée en 1925 par des militants communistes, cherchait à défendre les droits des militants syndicaux et des travailleurs (Clément, 2008 : 37).

Conséquemment, le mouvement ouvrier au Canada²⁵² grandit durant la guerre²⁵³, se radicalisa et se mobilisa pour défendre ses intérêts, face aux élites économiques, juridiques et politiques. Le même phénomène s'observait un peu partout dans le monde. En Russie, la *Révolution d'Octobre 1917* fut d'ailleurs un électrochoc, qui ébranla les élites économiques, politiques et religieuses occidentales, nourrissant chez elles une « Peur des rouges », soit la crainte des organisations subversives et étrangères, qui pourraient renverser l'ordre établi. Selon Andrew Parnaby et Gregory S. Kealey, « stimulée par le stress et l'anxiété de la Grande Guerre, la Peur rouge accentuait l'importance de la loyauté et considérait toute forme de dissidence comme étant

²⁵² Les syndicats, les organisations de chômeurs, les partis communistes et socialistes, les organisations ethnoculturelles de travailleurs.

²⁵³ Il atteignit 375 000 membres en 1918, contre 140 000 en 1915 (Abella, 1981 : 9).

suspecte et déloyale. » (Parnaby et Kealey, 2004, traduction libre) Le gouvernement Borden, craignant une conspiration bolchévique, importée par de dangereux éléments, donna son appui tacite à des groupes violents anti-radicaux et décréta l'illégalité de nombreuses organisations socialistes et ouvrières, la plupart d'origine étrangère (Abella, 1981 : 12-13 ; St. Croix, 2018). Dans le contexte de la « Peur rouge », le gouvernement maintint sa politique de déportation des éléments subversifs, en ciblant les socialistes, les communistes et les anarchistes (Molinaro, 2011b).

Au Canada, les autorités canadiennes et provinciales étaient ainsi sur le pied de guerre, pour répondre à ce qui était perçu comme une menace révolutionnaire envers l'ordre oligarchique, une « révolte ouvrière²⁵⁴ » (Kealey, 1984). Révélatrices de la montée de la crise sociopolitique au Canada, les grèves²⁵⁵ et manifestations se multipliaient pour réclamer la reconnaissance du droit d'association, de meilleures conditions de travail et même, dans certains cas, pour s'opposer à la guerre et la conscription (St. Croix, 2018). La hausse du nombre de grèves suivit la croissance de l'économie, du nombre de travailleurs syndiqués et de syndicats, créant un rapport de force favorable pour le mouvement ouvrier. Selon Bradley St. Croix, « la radicalisation croissante du travail a conduit à la violente grève générale de Winnipeg, en juin 1919. La répression fédérale des ouvriers radicaux a suivi dans la foulée. » (St. Croix, 2018, traduction libre) C'est dans ce contexte que fut créée, en 1920, la *Gendarmerie royale du Canada* (GRC) pour surveiller, enquêter et sévir contre l'agitation ouvrière et les éléments subversifs (Macleod, 2006). La GRC est née de la fusion de la Police du Dominion et de la Police montée du Nord-Ouest, en février 1920, pour assurer notamment une efficacité et une cohérence accrues dans les activités de censure, d'infiltration, de renseignement et de

²⁵⁴ Le gouvernement central créa d'ailleurs la *Commission royale sur les relations industrielles*, en mars 1919, pour enquêter sur cette période trouble (Kealey, 1984 : 11). Son Rapport conclut que la crise n'était pas causée par des éléments « étrangers », mais par la situation socioéconomique générale (Canada, 1919 : 6-7). Il fut recommandé de mettre en place un programme d'assurance chômage, un salaire minimum, une journée de huit heures et la reconnaissance des libertés syndicales (Canada, 1919 : 7).

²⁵⁵ Le nombre de conflits de travail passa de 99, en 1914, pour atteindre le nombre 457 arrêts de travail, en 1920, pour ensuite diminuer drastiquement en 1921, avec 208 (Kealey, 1992 : 283).

surveillance des groupes étrangers et radicaux et, ainsi, donner l'heure juste au gouvernement sur l'ampleur de l'agitation ouvrière (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 80, 86). Cette nouvelle police politique, anglo-saxonne et paramilitaire²⁵⁶, forte de 1 532 hommes, qui se déployait en temps de paix, se dota rapidement d'un Registre central, où s'amassaient des dossiers sur les radicaux et les étrangers indésirables²⁵⁷, déménagea son quartier général de Régina à Ottawa et créa un agent de liaison et de renseignement, responsable du breffage hebdomadaire du gouvernement canadien (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 86, 87, 94-97, 105). Avec le recul général du mouvement ouvrier durant les années 1920, l'attention de la GRC se tourna vers le PCC, fondé en 1921 (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 88-94). Fait notable, la GRC n'a pas inquiété les activités des radicaux d'extrême droite, comme le *Ku Klux Klan*²⁵⁸ ou l'Ordre orange du Canada²⁵⁹. Pour la GRC, la menace séditionnelle venait de la gauche ouvrière et étrangère, et elle partageait les conceptions racistes et xénophobes de ces organisations, qui voulaient préserver la dimension anglo-saxonne et protestante de la société canadienne (Palmer et Driedger, 2011 ; Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 106). L'appareil sécuritaire canadien était ainsi créé dans le contexte de la « Peur rouge » et, abrité par la Couronne, pouvait agir hors du contrôle parlementaire (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 87). La création de la GRC et les mesures législatives prises par le gouvernement Borden, à la suite de la grève de 1919, « signifiaient que, malgré certaines restrictions, les pouvoirs qui n'étaient auparavant autorisés qu'en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre* étaient toujours en vigueur. » (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 94, traduction libre)

²⁵⁶ La plupart des officiers et des agents avaient une expérience militaire préalable et étaient nés au Royaume-Uni ou fils/petit-fils d'immigrants britanniques (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 96).

²⁵⁷ Entre 1919 et 1929, plus de 11 000 dossiers ont été ouverts par la GRC sur des individus considérés comme des agitateurs ou des radicaux (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 105).

²⁵⁸ Le discours du KKK était en phase avec le racisme présent partout au Canada (Pitsula, 2013). En Saskatchewan, le KKK comptait près de 40 000 membres durant les années 1920 (Banfield, 2006).

²⁵⁹ L'Ordre orange est une organisation anglo-saxonne et protestante, anticatholique, anti-francophone et impérialiste. En 1920, il comptait près de 100 000 membres dans tout le Canada (Wilcox, 2007).

La réponse des autorités à la crise sociopolitique de l'après-guerre fut ainsi de faire appel aux bras juridiques et policiers de l'État, plutôt que d'enclencher des réformes socioéconomiques ou d'assurer une meilleure protection des libertés d'association, d'expression et de réunion. Faisant un usage intensif de la *Loi des mesures de guerre*²⁶⁰ (qui s'appliqua de 1914 à 1920) et du gouvernement par décret, le Cabinet Borden fit appel à de nombreux moyens coercitifs : interdiction de grèves, décrets d'illégalité d'organisations et de journaux pro-ouvriers, emprisonnement de militants, etc. (Abella, 1981 : 12 ; Kealey, 1992 ; St. Croix, 2018) Face aux valeurs phares du libre marché et de la propriété privée, le problème ne pouvait être que du côté des groupes dissidents « étrangers » voulant renverser l'ordre établi. D'autant plus que les autorités ne disposaient pas d'outils statistiques fiables pour mesurer l'ampleur des problèmes sociaux, comme le chômage (Sautter, 1982). Le gouvernement multiplia les déportations et opta pour une politique d'immigration encore plus restrictive, qui favorisait les immigrants américains et britanniques, « assimilables » à la société anglo-protestante canadienne (Molinaro, 2018 : 11-18 ; Whitaker, 1991 : 12-14).

Le temps était encore celui, hégémonique, de la politique économique laisser-fairiste du libre marché, bien illustrée par une intervention en Chambre du premier ministre Borden : « plus le Gouvernement s'abstiendra [...] d'intervenir dans le domaine des affaires [...] mieux ce sera pour le pays. » (Canada, 1915 : 593) Selon Kenneth McNaught, « la plupart des membres du gouvernement Borden soutenaient une vision autoritaire de la société dans laquelle "l'ordre public" signifiait le maintien des droits des puissants intérêts et de la sacralité du contrat. » (McNaught, 1988 : 220, traduction libre) Les investisseurs et les spéculateurs furent avantagés par une telle politique coercitive (McNaught, 1988 : 220). Si le gouvernement Borden pratiqua modérément un interventionnisme de guerre, dès l'armistice, sa politique économique retomba dans les ornières du gouvernement limité (McNaught, 1988 : 220-221) Il n'y eut

²⁶⁰ *An Act to Confer Certain Powers Upon the Governor in Council in the Event of War, Invasion, or Insurrection*, 1914. Ottawa : Statutes of Canada, 5 George V, Chapitre 2.

subséquemment pas de changements significatifs à cette politique économique sous la gouverne du premier ministre libéral Mackenzie King, qui tint les rênes du pouvoir de 1921 à 1930, alors qu'il « constituait un cabinet avec des hommes fondamentalement conservateurs, a défendu un stérile individualisme sauvage et, à l'encontre des demandes d'une intervention fédérale drastique, [a justifié son inaction] en plaidant le carcan de [la Constitution]. » (McNaught, 1988 : 247, traduction libre) Sous les gouvernements minoritaires de Mackenzie King (1921-1930), bien que la « Peur rouge » fut encore présente, la répression du mouvement ouvrier fut laissée aux autorités locales et provinciales, pour respecter la division fédérale des compétences²⁶¹, mais aussi pour se maintenir au pouvoir, en s'assurant du soutien des députés du Parti progressiste du Canada²⁶² et des députés travaillistes, comme J. S. Woodsworth, favorables à la protection des libertés civiles (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 109-110 ; Molinaro, 2015a : 50-55 ; Mackenzie, 1972, traduction libre).

Malgré quelques faibles velléités de réforme de la part de Mackenzie King – pour s'assurer du soutien des députés progressistes et travaillistes de l'opposition –, l'appareil sécuritaire²⁶³ resta en place durant les années 1920, en étant certes moins actif, mais dans un contexte de démobilisation du mouvement ouvrier (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 116 ; Molinaro, 2015b : 331). De plus, sous King, « [l]a normalisation des pouvoirs d'urgence s'est poursuivie à l'approche des années 1930 au Canada. » (Molinaro, 2015a : 182, traduction libre) Son gouvernement amenda la *Loi sur les mesures de guerre*²⁶⁴, en 1927, pour retirer les sections faisant explicitement référence à la « guerre », de manière à en faire une loi plus générale pour répondre à des situations d'urgence – comme une insurrection réelle ou appréhendée –, qui

²⁶¹ Les articles 92.14 et 92.15 de la *Loi constitutionnelle de 1867* précisent que les États provinciaux, sont responsables de « l'administration de la justice » et de « l'infliction de punitions [...] dans le but de faire exécuter toute loi de la province. »

²⁶² Sa plateforme de 1921 exigeait « la suppression de la censure de la presse » et « le rétablissement immédiat de la liberté d'expression. » (Citation tirée de Morton, 1950 : 303, traduction libre)

²⁶³ Notamment la GRC, l'article 41 de la *Loi sur l'immigration* et l'article 98 du *Code criminel*.

²⁶⁴ *An Act to Confer Certain Powers Upon the Governor in Council in the Event of War, Invasion, or Insurrection*, 1927. Ottawa : Revised Statutes of Canada, Chapitre 206.

pourrait désormais être invoquée par le gouvernement en temps de paix, comme cela fut fait durant la Crise d'octobre 1970 (Molinaro, 2015 : 182-183 ; Greenwood, 1988 : 305-307). Cette nouvelle mouture de la *Loi sur les mesures de guerre* permettait toujours d'instaurer le gouvernement par décret – fusionnant les pouvoirs exécutif et législatif tout en empiétant sur les pouvoirs provinciaux – et ne prévoyait pas de débat ou d'approbation parlementaires, encore moins de consultation provinciale (Canada, 1927). Alors que la *Loi sur les mesures de guerre* fut adoptée en 1914 par le Parlement du Canada dans l'enthousiasme et en l'absence de débat²⁶⁵ (Greenwood, 1988 : 293-294), elle pouvait désormais être réactivée par le gouvernement, à l'aide d'une simple proclamation de la part du Gouverneur général, sur avis du Cabinet (Canada, 1927). Selon F. Murray Greenwood, cela reflète bien « la tendance canadienne à recourir à une législation sécuritaire drastique en temps de crise, réelle ou appréhendée, sans grand souci pour les libertés civiles et sans réel examen critique du langage invariablement élastique utilisé. » (Greenwood, 1988 : 292, traduction libre) La proclamation du Gouverneur général est d'ailleurs considérée comme « la preuve irréfutable que la guerre, l'invasion ou l'insurrection, réelle ou appréhendée, existe [...] » (Canada, 1914 et 1927, traduction libre) ; elle n'invite donc pas au débat ou à la contestation. Le Parlement n'a pas non plus son mot à dire sur sa durée, car la *Loi* s'applique « jusqu'à ce que, par une nouvelle proclamation, il soit déclaré que la guerre, l'invasion ou l'insurrection n'existe plus. » (Canada, 1914 et 1927, traduction libre) Ainsi, en temps d'urgence, le Parlement devient incapable de jouer le rôle attendu de lui, selon la théorie constitutionnelle britannique, soit d'être le frein aux excès du pouvoir exécutif, la voix du peuple qui consent aux lois et le garant des libertés fondamentales. Les tribunaux ne pouvaient pas non plus accomplir la fonction attendue d'eux par le droit britannique, car la *Loi sur les mesures de guerre* spécifiait que tous les ordres et les décrets du gouvernement, adoptés en vertu de la *Loi*, devaient être

²⁶⁵ Seul le député libéral, William Pugsley, se leva à la Chambre des communes, pour demander au gouvernement de justifier la suspension de l'*habeas corpus* (Greenwood, 1988 : 294).

jugés valides et ayant force de loi (Canada, 1914 et 1927). Selon Robert Martin, « la *Loi sur les mesures de guerre* a été rédigée de manière à exclure tout contrôle législatif et judiciaire. » (Martin, 2005 : 164, traduction libre) En temps de guerre, les juges tendaient de toute façon à donner toute la marge de manœuvre nécessaire au pouvoir exécutif pour faire face à la menace (Adams, 2009 : 15). La jurisprudence depuis l'arrêt *Fort Frances Pulp and Power Co* (1923) du Comité judiciaire tendait aussi à donner toute latitude à au gouvernement central en cas de guerre.

Que le gouvernement puisse suspendre les libertés civiles et s'arroger les pleins pouvoirs par simple proclamation, même en temps de paix, fait de la *Loi sur les mesures de guerre* une institution hobbesienne illibérale, qui donne tous les pouvoirs au Léviathan pour mettre fin à l'état de guerre et restaurer la paix et l'ordre²⁶⁶. Cette loi « légalise » donc paradoxalement l'état d'exception, c'est-à-dire la suspension temporaire des normes constitutionnelles dans le but de les sauvegarder. Or, « [l]e principe qui définit le gouvernement constitutionnel est l'État de droit. » (Martin, 2005 : 162, traduction libre) Ce qui signifie que « [l]a notion de pouvoirs d'urgence est en contradiction avec l'État de droit, car elle postule qu'en temps de crise nationale, l'État peut agir en dehors des normes constitutionnelles. » (Martin, 2005 : 162, traduction libre) Les pouvoirs d'urgence, en permettant au gouvernement central de légiférer dans les champs de compétences provinciales, sont aussi en contradiction avec le principe fédéral, qui s'en trouve affaibli (Marx, 1970 : 40)²⁶⁷.

L'appareil sécuritaire – réprimant les pratiques et les normes politiques déviantes et pouvant potentiellement suspendre les libertés civiles – allait ainsi de pair avec la

²⁶⁶ L'origine de cette institution d'exception remonterait, en Occident, à période de la Rome antique, où le Sénat, face à un tumulte (une invasion, une guerre civile, une conspiration, etc.) menaçant la survie de la République, proclamait, par un sénatus-consulte, « la suspension et l'arrêt du droit », donnant ainsi les pleins pouvoirs (dictatoriaux) aux consuls, pour qu'ils puissent « prendre toute mesure tenue pour nécessaire au salut de l'État. » (Agamben, 2003 : 71-72) On retrouve la même logique à l'œuvre dans la *Loi sur les mesures de guerre* (cf. Canada, 1914 et 1927).

²⁶⁷ Kenneth C. Wheare avançait que « c'est dans la nature du fédéralisme d'être pluraliste, et dans celle des pouvoirs de guerre d'être unitaire [...]. » (Wheare, 1963 : 187, traduction libre)

politique économique laisser-fairiste. C'est ce type de politique économique de libre marché, toujours à l'œuvre sous Mackenzie King, qui a été décriée par l'économiste John Maynard Keynes, dans son essai, *The End of Laisser-faire*, publié en 1926. Le keynésianisme, qui influença plusieurs intellectuels canadiens, était en faveur d'un État interventionniste, pour s'attaquer aux maux sociaux, comme le chômage, pour lesquels le libre marché n'apportait pas de solution (Dostaler et Hanin, 2005).

Selon Richard Risk, l'idéologie de la Common Law, encore dominante dans les années 1920, promouvait la protection des libertés individuelles, au premier chef la propriété, contre un État potentiellement liberticide (Risk, 2006 : 317). L'État interventionniste, par ses politiques de redistribution et son recours au droit public, était jugé contraire à l'État de droit, qui garantissait les libertés, grâce à la Common Law et aux tribunaux (Risk, 2006 : 317). Les positions et les prises de position des milieux d'affaires et de la profession juridique convergeaient vers le maintien de l'État de droit, puisqu'il « protégeait la propriété contre la réglementation et la redistribution, et préservait le pouvoir et le prestige des avocats et des tribunaux. » (Risk, 2006 : 317, traduction libre) Selon cette perspective, l'État interventionniste minerait l'État de droit, alors que le gouvernement limité et responsable ainsi que la suprématie parlementaire seraient plus favorables à la protection des « droits absolus de l'individu » (comme la propriété et la mobilité), selon la formule de l'influent juriste britannique du XVIII^e siècle, William Blackstone (1893 : 128-140). Selon ce dernier, il y aurait trois mécanismes garantissant la jouissance de ces « droits absolus de l'individu » : les pouvoirs du Parlement, la limitation de la prérogative royale (donc du pouvoir exécutif) et la procédure judiciaire (Blackstone, 1893 : 141). Au XIX^e siècle, Albert Dicey adoptait une perspective similaire, alors qu'il avançait que « la souveraineté du Parlement favorise la suprématie de la loi du pays » (c'est-à-dire l'État de droit), protégeant de la sorte le régime et ses citoyens de la dérive d'un « monarque despotique », qui gouvernerait par décrets (Dicey, 1915 : 268-269, traduction libre). Selon lui, le Parlement, jaloux de ses prérogatives, surveillerait et freinerait le pouvoir exécutif (Dicey, 1915 : 270). En

retour, la suprématie parlementaire renforcerait l'autorité des tribunaux, qui interprètent et appliquent les lois dûment adoptées (Dicey, 1915 : 269-271). Prenant appui sur le principe de la suprématie parlementaire, les tribunaux pourraient aussi agir comme un frein à la puissance exécutive (Dicey, 1915 : 273).

Au Canada, dans la continuité du modèle britannique, les garde-fous du parlement et des tribunaux, appliquant la Common Law, étaient considérés comme les protections adéquates des libertés et de l'État de droit (Adams, 2009 : 8-11 ; Risk, 2006 : 69-77 ; Risk et Vipond, 2006 : 97). La profession juridique s'opposait d'ailleurs au modèle constitutionnel américain de protection des droits (Risk et Vipond, 2006 : 95) Pour le juriste canadien le plus influent du début du XX^e siècle, Augustus Lefroy, la suprématie parlementaire « préserve la liberté du sujet sans détruire la liberté d'action du corps législatif. » (Lefroy, 1897 : lx, traduction libre) Selon lui, « le principe de la Constitution britannique semble être que l'on doive faire confiance aux bons serviteurs [les représentants] [...]. » (Lefroy, 1897 : lxxv, traduction libre) Or, en temps de crise, les « bons serviteurs » canadiens semblaient signer un chèque en blanc au pouvoir exécutif, qui pouvait suspendre les libertés civiles (Greenwood, 1988 : 293-295). En outre, en situation d'urgence, les « ennemis intérieurs », c'est-à-dire les groupes contestataires, étaient particulièrement ciblés par l'action répressive de l'État (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012). Mise à part la loyale opposition de Sa Majesté, il semblait exister peu d'espace pour la dissidence.

Le gouvernement limité au Canada se conjugua ainsi avec le respect des droits provinciaux, pour justifier un rôle limité du pouvoir central dans la vie socioéconomique de la fédération, sauf en cas de guerre. La conception constitutionnelle dominante de l'exclusivité des compétences²⁶⁸ – découlant de la

²⁶⁸ Dans le *Renvoi au sujet des lois relatives au repos hebdomadaire, aux salaires minimums et aux heures de travail* (*A.G. of Canada v. A.G. of Ontario and others*, [1937] UKPC 6, [1937] AC 326), le Comité judiciaire affirma que « bien que le navire de l'État vogue maintenant vers des horizons plus vastes et sur des mers étrangères, il conserve encore des compartiments étanches, parties essentielles de sa structure première. » (Traduction tirée de Bonenfant, 1977 : 384)

doctrine juridique (voir Augustus Lefroy²⁶⁹) et de la jurisprudence (voir l'arrêt du Comité judiciaire, *Liquidators of the Maritime Bank of Canada* [1892]) – s'appuyait sur le principe de la souveraineté (ou suprématie) parlementaire²⁷⁰ de chaque ordre de gouvernement, de manière à empêcher les chevauchements entre les lois des législatures provinciales et celles du Parlement central.

Le fédéralisme, la protection coutumière des libertés, la suprématie parlementaire, le gouvernement limité, l'appareil sécuritaire et le libre marché constituaient les normes et pratiques hégémoniques qui, combinées, constituaient un frein important à tout projet de réforme sociale et constitutionnelle. Le mouvement ouvrier, qui fut très revendicateur dans l'immédiat après-guerre, souffrit du contexte des années 1920, et n'était pas en mesure de s'attaquer à cette hégémonie, pour revendiquer les libertés syndicales, de presse et d'expression ainsi qu'une intervention socioéconomique accrue de l'État. J. S. Woodsworth porta la parole ouvrière au Parlement du Canada durant les 1920 et 1930 ; une parole qui demeura longtemps minoritaire.

7.2. J. S. Woodsworth, précurseur du nationalisme constitutionnel canadien

James Shaver Woodsworth est né en 1874 dans une famille religieuse et libérale de la classe moyenne supérieure (McNaught, 2001 : 3-6). Son père, James Woodsworth, était un docteur en théologie et un pasteur méthodiste du Manitoba, reconnu pour son dévouement, sa tolérance et sa probité (McNaught, 2001 : 3-5). Pour ce membre de la hiérarchie méthodiste, sa mission était de contribuer à la marche du progrès, en apportant les lumières de la civilisation anglo-protestante aux territoires de l'Ouest

²⁶⁹ Selon lui, l'ensemble des pouvoirs avaient été accordés soit au Parlement central soit aux législatures provinciales, chacun pleinement souverains dans leur champ de compétences, et ce, sans concurrence, mise à part pour l'agriculture et l'immigration (Lefroy, 1897 : lx-lxi, 347).

²⁷⁰ Dans *Hodge c. La Reine* (1883), le Comité judiciaire du Conseil privé précisa que chaque ordre de gouvernement jouit d'une souveraineté pleine et entière sur les compétences qui leur ont été attribuées par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (1867).

canadien, en plein développement (McNaught, 2001 : 4-5 ; Mills, 1991 : 5-6). Témoin de la colonisation des Prairies, Woodsworth père était toutefois inquiet d’y voir arriver des immigrants « qui n’étaient pas de la “race” appropriée, n’avaient pas le bon profil politique et manquaient de vertu », donc qui s’assimileraient plus difficilement à la culture anglo-canadienne et protestante (Mills, 1991 : 7-8, traduction libre) Woodsworth fils partagea les convictions réformistes (les poussant toutefois beaucoup plus loin), xénophobes et nationalistes anglo-protestantes de son père (Mills, 1991 : 8).

En 1891, marchant dans les pas de son père, J. S. Woodsworth débuta ses études supérieures en sciences sociales au collège méthodiste de Wesley²⁷¹, à Winnipeg, d’où il diplômé en 1896, pour commencer ses années de probation comme pasteur (Mills, 1991 : 12). Woodsworth était déjà sensible à la réalité des écarts de richesse, qu’il observa dans la rude société manitobaine, à la frontière de la civilisation (McNaught, 2001 : 7-8). Il en vint à questionner la démarche méthodiste, qui consistait à agir sur les individus pour améliorer leurs conditions de vie matérielle et spirituelle, ignorant de la sorte « la nature sociale de la plupart des problèmes humains. » (McNaught, 2001 : 8, 20, traduction libre) En 1898, pendant ses études de théologie au collège Victoria de Toronto, il connut les études bibliques critiques et l’influent mouvement de l’Évangile social, « l’âme du socialisme canadien », qui se répandait et voulait s’attaquer aux nouveaux problèmes sociaux (chômage, intégration des immigrants, logement, pauvreté, etc.), découlant de l’immigration de masse, de l’industrialisation et de l’urbanisation (McNaught, 2001 : 8-9). Pour le mouvement de l’Évangile social, « les doctrines du salut individuel étaient pour un âge plus précoce, un âge d’individualisme. Le nouvel âge [du capitalisme industriel] appelait des doctrines de rédemption sociale, de régénération collective. Le christianisme théologique a dû céder la place au “christianisme pratique”. » (Cook, 1990c, traduction libre)

²⁷¹ Fondé en 1888, *Wesley College*, l’épicentre de l’Évangile social au Canada, produisit plusieurs diplômés qui voulaient rendre la société plus juste, comme Woodsworth et Lower (Cook, 1990c).

L'année suivante, Woodsworth prit le chemin de l'Angleterre, où il suivit des conférences de philosophie et de théologie à l'Université Oxford, y expérimentant une atmosphère intellectuellement plus sophistiquée (McNaught, 2001 : 9-10). La misère des taudis de Londres et le socialisme chrétien contribuèrent fortement à former son éthique chrétienne, axée sur la justice sociale (McNaught, 2001 : 13-14, 22). À son retour au Canada, en 1900, malgré ses doutes, il fut ordonné pasteur méthodiste et pratiqua son ministère à Winnipeg, au centre du « bloom du blé » (McNaught, 2001 : 19-23). Les sermons du pasteur réformiste – dans lesquels ils dénonçaient la corruption de la vie démocratique et économique ainsi que l'indifférence face à la misère qui en découlait – causaient un certain malaise à l'establishment conservateur de la ville (McNaught, 2001 : 24-27). Il fut, dès lors, un ardent promoteur de l'Évangile social, le mettant en porte-à-faux à la fois avec l'Église méthodiste et la bourgeoisie winnipegaise (McNaught, 2001 : 35). La société capitaliste manitobaine connaissait un développement économique rapide et l'éthique arrivait très loin derrière l'impératif de l'accumulation de capital (McNaught, 2001 : 37). Les Églises protestantes donnaient une caution morale²⁷² à cette attitude en défendant l'ordre établi : « les riches étaient riches parce qu'ils le méritaient ; les pauvres n'avaient qu'à arrêter de boire, à économiser leur argent et tout irait bien. » (McNaught, 2001 : 38, traduction libre)

Lorsqu'il gravit les échelons de la hiérarchie méthodiste pour devenir superintendant du temple *All Peoples' Mission*, en 1907, il axa son ministère sur le travail social et la dénonciation des problèmes socioéconomiques ; il était en compagnie « d'un nombre restreint de personnes dont il était le principal porte-parole. » (McNaught, 2001 : 38, traduction libre) Percevant les limites de son approche basée sur la charité et le service communautaire, il défendit l'éducation obligatoire, universelle et gratuite ainsi que la remise en cause radicale du système capitaliste (McNaught, 2001 : 44-45, 51). Toutefois, sa volonté réformiste, comme celle des autres pasteurs adeptes de l'Évangile

²⁷² Comme l'a analysé Max Weber, dans *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, la religion protestante a été le pendant « moral » du libre marché, en justifiant l'accumulation capitaliste : le succès dans l'ici-bas récompensait le travail et confirmait que notre âme était sauvée dans l'au-delà.

social, rencontra les limites d'une institution ecclésiastique, qui dépendait des dons de la bourgeoisie et qui réprouvait l'implication politique de ses pasteurs (McNaught, 2001 : 49). Néanmoins, dans l'Ouest canadien, plusieurs pasteurs « ont contribué à préparer un terrain fertile pour le mouvement progressiste, le Crédit social et la Fédération du Commonwealth coopératif. » (McNaught, 2001 : 49, traduction libre)

S'il demeura dans l'Église méthodiste, Woodsworth collabora de plus en plus, dès 1910, avec des comités ouvriers et des syndicats, avec lesquels il partageait des convictions sociales-démocrates et le souci pour les libertés syndicales (McNaught, 2001 : 52-55). Ce rapprochement avec le mouvement ouvrier se doublait d'une critique grandissante pour la façon méthodiste de répondre aux maux socioéconomiques (McNaught, 2001 : 57). Il en vint à voir l'Église méthodiste comme étant trop imbriquée dans les rapports sociaux capitalistes pour pouvoir agir sur les inégalités et l'exploitation et faire advenir un ordre social plus juste (McNaught, 2001 : 64). Il conçut de manière impérative l'urgence d'enclencher une action politique et séculière plus large (McNaught, 2001 : 60 et 92). En 1918, lorsqu'il présenta sa démission comme pasteur, il quittait par le fait même sa classe sociale privilégiée, car dès l'automne, il devenait ouvrier dans le port de Vancouver, tout en faisant du travail d'éducation et d'organisation politique pour le *Syndicat des débardeurs* (McNaught, 2001 : 90). Le socialisme pragmatique et constitutionnel qu'il défendait s'inspirait des idées du Parti travailliste britannique (McNaught, 2001 : 92, traduction libre) Comme plusieurs radicaux de l'Ouest, il rejetait toutefois le syndicalisme apolitique et corporatiste d'inspiration américaine (McNaught, 2001 : 96).

C'est pour défendre ces idées qu'il entreprit une tournée de conférences dans les Prairies ; il se trouva ainsi à Winnipeg, le 6 juin 1919, en pleine grève générale (McNaught, 2001 : 98). Il prit fait et cause pour les grévistes, pendant qu'une conférence méthodiste, à Toronto, condamnait leurs visées « révolutionnaires » (McNaught, 2001 : 99, 118-119). Woodsworth, comme d'autres pasteurs réformistes, voyait dans la grève une « révolution religieuse » : « une nouvelle société luttait pour

naître, une société où la justice, l'égalité et la droiture régneraient pour toujours. » (Cook, 1990c, traduction libre) Lorsque les responsables de la presse syndicale, le *Western Labor News*, furent arrêtés pour sédition, Woodsworth et le député travailliste manitobain, Fred Dixon, les remplacèrent au pied levé pour opposer un point de vue ouvrier à celui, antisyndical, des médias de masse²⁷³ (McNaught, 2001 : 119-121).

Les libertés de presse et d'expression étaient deux principes phares chez Dixon et Woodsworth. (McNaught, 2001 : 121). Ils utilisèrent ces libertés pour en appeler à une solution pacifique du conflit et à une politique ambitieuse de reconstruction sociale. (McNaught, 2001 : 121-127). Dans un éditorial, Woodsworth critiqua notamment « le Conseil municipal, le gouvernement provincial et le gouvernement fédéral, qui n'ont adopté aucune politique constructive. Ils ne sont prêts qu'à mettre en place des mesures coercitives. » (Citation tirée de McNaught, 2001 : 127, traduction libre) Ses propos jugés séditieux menèrent à son arrestation et à la fermeture du journal ouvrier (McNaught, 2001 : 127). En janvier 1920, lors de son procès, qui se termina par un non-lieu, Woodsworth reçut notamment l'aide d'un comité de la *Ligue de défense des travailleurs canadiens* (McNaught, 2001 : 132-133).

L'écrasement d'une grève pourtant pacifique, laissant les travailleurs bredouilles, finit de convaincre Woodsworth de l'importance de porter en politique les intérêts ouvriers, « pour éviter une autre catastrophe sociale. » (McNaught, 2001 : 130, traduction libre) Il fallait dès lors œuvrer à l'organisation d'un parti ouvrier pancanadien, s'alliant les fermiers, qui soit en mesure de ravir les commandes de l'État aux représentants des intérêts capitalistes (McNaught, 2001 : 130, 146). Pour lui, le « socialisme constitutionnel » était la force d'avenir de la politique canadienne et, c'est pour travailler à son avènement, qu'il revint s'établir à Winnipeg, où il contribua à l'élection de députés travaillistes à l'Assemblée législative du Manitoba (McNaught, 2001 : 143, 147-149). Pour les élections à la Chambre des communes de 1921, il participa à

²⁷³ Comme *The Manitoba Free Press*, *The Montreal Star*, *The Toronto Globe*, *The Halifax Morning Chronicle* ; seul *The Toronto Star* adopta une position favorable aux grévistes (Dupuis, 2005).

l'élaboration du programme politique du Parti travailliste indépendant – avec comme slogan « Les besoins humains avant les droits de propriété » – et en fut le candidat pour Winnipeg-Centre (McNaught, 2001 : 149, 152).

L'élection de Woodsworth à la Chambre des communes, en 1921, « dépendait en bonne partie de la réaction de la classe ouvrière aux événements de 1919. » (McNaught, 2001 : 153, traduction libre) Comme « premier représentant de la classe ouvrière au Parlement canadien » (McNaught, 2001 : 153, traduction libre), il voulait être la voix des laissés-pour-compte de la société canadienne, notamment les fermiers des Prairies, mais surtout les ouvriers. Pour lui, les grandes corporations du Canada central, qui prospéraient sous le régime laisser-fairiste, constituaient la vraie menace envers les libertés, non pas l'intervention socioéconomique du gouvernement central. Il dénonçait la vision dominante de la division fédérale des pouvoirs, qu'il jugeait rigide et qui, selon lui, fournissait un faux fuyant à l'inaction socioéconomique du gouvernement central. Enfin, il réclamait l'abolition des mesures législatives liberticides, mise en place dans le contexte de la grève générale de Winnipeg de 1919.

Dans la société civile, la première association de défense des libertés civiles, créée à l'initiative du PCC en 1925, émanait du mouvement ouvrier. Cette association, la *Ligue de défense des travailleurs canadiens*, était critique du système capitaliste, assurait la défense des syndicalistes et des communistes, tout en revendiquant la protection des libertés civiles, l'abrogation de l'article 98 du *Code criminel* et la fin des déportations politiques (Petryshyn, 1982 : 39-40). Dès 1927, *La Ligue* fédérait 52 associations et 3 000 membres à la grandeur du pays (Clément, 2008 : 37). Selon Dominique Clément, « [i]l n'est guère surprenant que les premières associations de défense des droits émergent des rangs communistes, radicaux et syndicalistes, qui ont été la cible privilégiée des formes les plus extrêmes de répression gouvernementale. » (Clément, 2008 : 36, traduction libre) D'ailleurs, craignant pour leurs libertés, les syndicats réclamèrent chaque année la révocation du tristement célèbre article 98 du Code criminel (Mackenzie, 1972 : 480).

L'ère en fût une de déférence envers le politique et l'enseignement du droit n'incluait toujours pas de cours sur les libertés civiles. Il fallut attendre 1951 pour voir un premier manuel de droit – le *Constitutional Law* de Bora Laskin – dédier un chapitre aux protections constitutionnelles (Tarnopolsky, 1983). De leur côté, les élites économiques et politiques étaient généralement en faveur des mesures coercitives à l'attention des personnes immigrantes, des syndicats, des minorités religieuses et des militants communistes. La population était largement animée des mêmes préjugés racistes et xénophobes²⁷⁴. Il faudra attendre le contexte de la Grande Dépression pour voir apparaître d'autres voix, de plus en plus pressantes, qui réclameront une meilleure protection des libertés civiles, une réforme constitutionnelle et un État social.

La période de continuelle crise économique, qui suivit le Krach boursier de 1929, a ainsi été précédée par un contexte de précarité économique, d'apparition de nouveaux maux sociaux (chômage, hygiène, logement, etc.), qui étaient la conséquence de l'industrialisation et de l'urbanisation sous l'effet des capitaux américains, d'agitation sociale et de répression importante de la part de l'État. Selon Ramsay Cook, la Grande Dépression « a ses racines dans l'instabilité politique et le développement économique inégal qui marquent la décennie de l'après-guerre. » (Cook, 1990b : 510)

Pour Woodsworth, la solution à ces maux socioéconomiques passait par une réforme constitutionnelle. De 1924 à 1935, il déposa cinq résolutions visant à rapatrier la Constitution du Canada et à y ajouter une formule d'amendement, afin de transférer des pouvoirs en matière sociale au Parlement et pour enchâsser des protections constitutionnelles pour les minorités linguistiques et religieuses.

²⁷⁴ Un sondage plus tardif de *Gallup*, en 1946, indiquait que 60 % des répondants s'opposaient à l'immigration japonaise, 49 % à l'immigration juive, 34 % à l'immigration allemande, 33 % à l'immigration russe et 31 % à l'immigration noire (Jewish Telegraphic Agency, 1946 : 6). Il n'existe pas de tels instruments de mesure de l'opinion publique auparavant au Canada. L'étude des médias, des discours politiques et des mesures coercitives de l'État fait tout de même ressortir un climat de complaisance pour l'action répressive envers les groupes jugés extérieurs au groupe dominant.

Le concept de minorité à cette époque n'incluait pas les catégories énumérées, depuis 1982, à l'article 15(1) de la Charte canadienne, comme les personnes âgées, les femmes, les gais et lesbiennes, les minorités visibles. Le concept de « minorité » a été adopté durant les conflits et débats du XIX^e siècle à propos du sort des minorités nationales, qui étaient intégrées dans de plus grands ensembles, comme l'Empire austro-hongrois, et qui aspiraient à maintenir leur culture, voire à se doter d'un État-nation (Killian, 1991 : 19-20)²⁷⁵. Il était inféré de cela que les autres « groupes » n'étaient pas reconnus et devaient se fondre dans la culture majoritaire. J. S. Woodsworth lui-même, bien qu'un progressiste radical de son temps, en partageait les sentiments xénophobes²⁷⁶ (McNaught, 2001 : 46-47 ; Mills, 1991 : 42-47), tout comme l'historien et défenseur des libertés civiles, Arthur Lower, qui fut membre de l'organisation patriotique des *Fils natifs du Canada* (*Native Sons of Canada*)²⁷⁷, qui s'opposait à l'immigration asiatique (Kaufmann, 2020). Woodsworth appartenait au groupe majoritaire d'origine britannique, appelant à l'« angloconformité » – l'assimilation à une culture blanche anglo-protestante –, tout en étant animé de préjugés à l'égard d'une immigration plus diversifiée (Mann, 2014). Pour Woodsworth et pour Lower, comme pour les syndicats, l'immigration massive aurait eu un effet défavorable sur les conditions de vie et de travail (Lower, 1949 ; Mills, 1991)²⁷⁸. En outre, pour Woodsworth et Lower, cette immigration effriterait le tissu social canadien (Lower, 1949 ; McNaught, 2001 ; Mills, 1991). Il n'est dès lors pas surprenant que les droits des minorités, pour Woodsworth comme pour ses contemporains, ne concernaient que les Anglo-Québécois protestants et les Franco-Canadiens catholiques.

²⁷⁵ Le célèbre article de Lord Acton, *Nationality*, fut publié en 1862 et portait d'ailleurs sur la question des rapports entre majorité et minorité nationales au sein d'un même régime englobant.

²⁷⁶ En 1909, il publia l'ouvrage, au titre évocateur, *Strangers Within Our Gates*.

²⁷⁷ L'organisation nationaliste a été fondée en Colombie-Britannique, en 1921, et prônait l'instauration d'une culture et d'un régime juridico-politique proprement canadiens (Lacombe, 2009). À l'époque, il y a eu près d'une centaine d'antennes partout au Canada, avec plus de 100 000 membres (Lacombe, 2009).

²⁷⁸ L'instrumentalisation de l'immigration par les forces économiques ont d'ailleurs contribué à exacerber ces préjugés xénophobes populaires.

J. S. Woodsworth fut néanmoins un précurseur en termes de réforme constitutionnelle, même s'il faudra attendre F. R. Scott pour que le nationalisme constitutionnel canadien prenne véritablement son essor et connaisse un important développement. Ainsi, dès 1924, Woodsworth déposa en Chambre un *Projet de résolution relatif aux pouvoirs constitutionnels du Canada*, réclamant « que le parlement canadien ait le plein droit de décider des destinées du peuple canadien, tout comme le parlement britannique a le plein droit de décider des destinées de la population de la mère patrie. » (Woodsworth, 1924 : 504) Il dénonça l'« anomalie » qui faisait du Canada le seul Dominion ne pouvant modifier lui-même sa Constitution, de manière à répondre aux enjeux socioéconomiques contemporains, comme la réglementation de la grande entreprise et la détérioration des conditions de travail et de vie pour les classes laborieuses (Woodsworth, 1924 : 504-506). Selon lui, le Canada avait atteint l'âge de la majorité « et, par conséquent, [est] arrivé à l'heure où il a le droit d'être absolument maître de ses actes²⁷⁹. » (Woodsworth, 1924 : 504) Il affirmait que le Parlement du Canada pouvait modifier seul la Constitution, à l'aide d'une résolution à cet effet envoyée directement au Parlement de Westminster. Il ancrerait aussi son discours dans le langage du nouveau nationalisme canadien : « Nous croyons avoir atteint l'âge moyen et les caractéristiques d'une nation ; si nous sommes dans cet état et si nous voulons établir l'unité nationale, la première chose à faire, c'est de nous charger de toutes les responsabilités qui nous appartiennent. » (Woodsworth, 1924 : 508)

La résolution de Woodsworth concernait à la fois les rapports avec l'Empire et avec les États provinciaux. Elle visait ainsi à rendre le Canada pleinement indépendant du Royaume-Uni en matière de politique étrangère et de défense, donc à mettre fin à tout lien colonial. Elle avait aussi comme objectif de permettre une administration centrale plus efficace, qui puisse mettre en œuvre des mesures sociales uniformes (assurance chômage, journée de huit heures, etc.), répondant aux nouveaux problèmes de l'âge

²⁷⁹ Pour rappel, le raisonnement de la majorité de la Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi sur le rapatriement* (1981), reprenait la même idée (voir chapitre 6 de cette thèse).

industriel, mais qui relevaient des compétences provinciales (Woodsworth, 1924 : 504-506). Ainsi, à la rigidité constitutionnelle de l'Acte de 1867 et de son partage exclusif des compétences, découlant d'une époque préindustrielle, il fallait répondre par *une approche constitutionnelle centralisée, flexible, efficace et rationnelle*²⁸⁰, à la hauteur des nouveaux défis socioéconomiques (Woodsworth, 1924).

Woodsworth s'opposait aussi à l'interprétation de l'Acte de 1867 comme étant issu d'un pacte : « Je ne suis pas prêt à admettre que la loi constitutionnelle soit assimilable à un contrat passé entre les provinces. » (Woodsworth, 1924 : 507) Il critiquait d'ailleurs les députés francophones qui « ont beaucoup à dire en ce qui concerne les droits des minorités [linguistiques et religieuses] », mais qui « oublient [...] que les autres parties de notre pays ont également leurs droits [notamment à l'Ouest]. » (Woodsworth, 1924 : 536) Woodsworth répondait aussi à ces députés que les Canadiens n'avaient pas besoin de la tutelle britannique « pour maintenir les droits qui ont été reconnus dans le passé. » (Woodsworth, 1924 : 508)

Le ministre libéral de la Justice et lieutenant de Mackenzie King, Ernest Lapointe, s'opposa en Chambre à la vision de Woodsworth, voulant que l'ordre constitutionnel canadien soit englué dans un carcan impérial, qui gardait le Canada dans un état colonial et lui imposait une division rigide des compétences constitutionnelles. Selon Lapointe, le Canada n'était pas dans une situation de subordonné face au Royaume-Uni, car « [l]a loi de l'Amérique Britannique du Nord et les restrictions qu'il impose à nos pouvoirs – s'il y a restriction – ont été librement consentis par nous. » (Citation tirée de Woodsworth, 1924 : 515-516) Le ministre de la Justice ancre son argumentaire dans le langage contractualiste, en spécifiant que les limites des pouvoirs des deux ordres de gouvernement découlaient d'un pacte conclu entre les colonies fondatrices, pacte qui a été formalisé par une loi impériale (Woodsworth, 1924 : 515-516).

²⁸⁰ Ce langage deviendra commun après la tenue de la Commission Rowell-Sirois (voir plus bas).

Selon cette perspective, les « Pères fondateurs » ont choisi de créer deux ordres de gouvernement, dotés chacun de la pleine souveraineté dans leur champ de compétences. Lapointe rappela aussi que l'Acte de 1867 a valeur de traité, ne pouvant être modifié « sans le consentement préalable de tous les signataires. » (Citation tirée de Woodsworth, 1924 : 516) Il conclut par une mise en garde : tenter de modifier ce pacte, unilatéralement ou avec le seul appui d'une majorité de législatures, « ferait naître des conflits et des difficultés. » (Citation tirée de Woodsworth, 1924 : 516) Quant au chef de l'opposition officielle conservatrice, Arthur Meighen, il tint des propos similaires à ceux de Lapointe et conclut que la modification de la Constitution nécessitait le consentement unanime de ces partenaires (Woodsworth, 1924 : 521).

En 1925, Woodsworth aborda à nouveau la question du rapatriement. Selon lui, le Canada pouvait modifier seul sa Constitution et devait mettre fin aux appels au Comité judiciaire (Woodsworth, 1925 : 304). En réponse, le ministre de la Justice, Lapointe, réitéra la convention voulant que le Parlement central ne puisse envoyer une demande de modification constitutionnelle au Parlement à Londres, sans le consentement unanime des législatures provinciales (Woodsworth, 1925 : 306)

En 1927, Woodsworth, après le dépôt d'une motion²⁸¹, argua que le *statu quo* constitutionnel, justifié au nom des droits provinciaux, servait les pouvoirs d'argent bien représentés au Sénat, qui n'avaient rien à gagner d'une intervention accrue de l'État central dans l'économie. Selon ses mots : « le Sénat est pour beaucoup le champion et le gardien de ce qu'on appelle les gros intérêts. » (Woodsworth, 1927 : 1036) Il plaida aussi pour que l'on donne suite à la *Déclaration de Balfour de 1926*, reconnaissant l'autonomie des Dominions, pour que le Canada puisse pleinement négocier, ratifier et mettre en œuvre des traités internationaux²⁸² en matière de

²⁸¹ Motion pour la nomination d'un comité chargé d'examiner l'opportunité de modifier la Loi de l'Amérique britannique du Nord.

²⁸² Le Parlement central avait le pouvoir de donner suite à des traités internationaux signés par l'Empire (article 132 de l'Acte de 1867). En 1920, le gouvernement central se donna comme procédure de consulter ses homologues provinciaux pour toute convention internationale relevant de leur champ de compétences (Morin, 1965c : 137). En 1925, la Cour suprême, dans le *Renvoi sur la compétence*

législation sociale²⁸³, comme les conventions de l'*Organisation mondiale du travail*, limitant la journée de travail à huit heures²⁸⁴, imposant une journée de repos hebdomadaire²⁸⁵ et instaurant un salaire minimum²⁸⁶ (Woodsworth, 1927 : 1035). Pour aller de l'avant avec son projet de réforme constitutionnelle, tout en rassurant les « minorités », Woodsworth proposa de reconnaître formellement leurs droits linguistiques et religieux (Woodsworth, 1927 : 1039)

Le ministre Lapointe jugea que la création d'un comité au sein du Parlement du Canada, pour discuter d'une modification majeure au pacte de 1867, posait problème en soi. Seule une conférence constitutionnelle intergouvernementale, où tous les contractants seraient présents pour débattre des modifications à apporter, serait légitime. Selon Lapointe, « un comité de la Chambre des communes ne pourrait, pas plus qu'un comité de la législature de Québec ou d'Ontario, déclarer solennellement que la loi de l'Amérique septentrionale anglaise devrait subir tel ou tel changement. Cela ne serait pas de nature à créer l'harmonie en cette affaire. » (Citation tirée de Woodsworth, 1927 : 1041) Le ministre de la Justice, reprenant la thèse de Thomas-Jean-Jacques Loranger, ajouta que les États provinciaux ne sont pas les « enfants » de l'État central. Au contraire, ce sont des « colonies autonomes » qui ont conclu un pacte fédéral en 1867 et « ont consenti à abandonner certains de [leurs] privilèges à un pouvoir central, conservant le droit de légiférer dans les matières d'intérêt local, tandis qu'elles abandonnaient à un gouvernement central le pouvoir de disposer des affaires d'ordre plus général. » (Citation tirée de Woodsworth, 1927 : 1040) Les législatures

législative sur les heures de travail, affirma que puisque la législation sur le travail était de compétence provinciale, le gouvernement central devait soumettre à ses partenaires provinciaux la *Convention sur la durée du travail*, de l'Organisation mondiale du travail. Après la *Déclaration de Balfour de 1926* et le *Statut de Westminster de 1931*, confirmant l'indépendance du Canada, l'interprétation de l'article 132 fut resserrée par le Comité judiciaire, dans le *Renvoi sur les Conventions du travail* (1937), limitant le pouvoir d'Ottawa à mettre en œuvre les traités qui relèvent de ses compétences.

²⁸³ La jurisprudence, depuis l'arrêt *Toronto Electric Commissioners v. Snider* (1925) du Comité judiciaire, était à l'effet que le Parlement du Canada ne disposait d'aucune compétence en matière de législation du travail, qui relevait exclusivement des législatures provinciales.

²⁸⁴ La *Convention (n° 1) sur la durée du travail (industrie)*, 1919.

²⁸⁵ *Convention (n° 14) sur le repos hebdomadaire (industrie)*, 1921.

²⁸⁶ *Convention (n° 26) sur les méthodes de fixation des salaires minima*, 1928.

provinciales ne sont pas ainsi des entités subordonnées, mais des organes souverains, comme l'est le Parlement dans ses champs de compétences. Donc, le gouvernement central ne représentait pas à lui seul le Canada et ne pouvait demander seul à Londres de modifier la Constitution, sans le consentement préalable des États provinciaux. Lapointe partageait le point de vue largement répandu, auprès des intellectuels et des politiciens, à l'effet que la Confédération découlât d'un accord, d'un pacte, d'un traité ou d'un contrat, ne pouvant être modifié « sans le consentement des signataires de l'accord ou de leurs successeurs. » (Citation tirée de Woodsworth, 1927 : 1040-1041)

Alors que la Grande Dépression battait son plein, Woodsworth déposa une nouvelle motion en 1931²⁸⁷. Il réitéra l'importance de garantir les droits des minorités, mais, pour la première fois, il fit référence au constitutionnalisme américain²⁸⁸, qui relevait de la compétence du professeur de droit, F. R. Scott (Woodsworth, 1931 : 1462). Il n'était plus tant le précurseur et le mentor de Scott en matière constitutionnelle : ce dernier était désormais le maître (Adams, 2009 : 50-51 ; Mills, 1997).

Aux défenseurs du maintien du lien avec l'Empire et des droits provinciaux, Woodsworth rétorqua que « [t]ant que nous penserons qu'il faut aller outre-mer pour régler la question [constitutionnelle], il sera facile au gouvernement fédéral comme aux provinces de blâmer la Constitution pour leur inaction. » (Woodsworth, 1931 : 1456) La barrière rigide de la Constitution « empêch[ait] presque toute loi sociale. » (Woodsworth, 1931 : 1456) Le développement de la « nation » canadienne était donc bloqué par le carcan de la règle de l'unanimité, qui revenait « à permettre à la minorité d'imposer ses vues à la majorité. » (Woodsworth, 1931 : 1462) S'il conçut que, politiquement, il serait préférable d'obtenir un consentement provincial unanime, il ne crut pas possible de « satisfaire toutes les provinces. » (Woodsworth, 1931 : 1462)

²⁸⁷ *Proposition pour permettre au Canada de modifier sa propre constitution.*

²⁸⁸ Comme il l'énonça : « on pourrait établir ce que les Américains appellent des restrictions constitutionnelles. [...] puis nous aurions le droit de modifier la Constitution à notre gré, à condition de ne pas toucher à ces droits fondamentaux, qui sont ceux que reconnaît l'Acte de l'Amérique britannique du Nord. » (Woodsworth, 1931 : 1462)

Devant l'urgence de se donner une Constitution à la hauteur des défis du temps, « le parlement fédéral devrait déterminer quels amendements il veut effectuer », et ce, peu importe la position des législatures provinciales (Woodsworth, 1931 : 1462).

Le ministre conservateur de la Justice, Hugh Guthrie, répondit en énonçant les conventions dominantes : la pleine souveraineté des législatures ; la dimension contractualiste de l'Acte de 1867 ; le consentement unanime pour les modifications affectant les pouvoirs provinciaux (Woodsworth, 1931 : 1464). Guthrie réprouvait toute action unilatérale, car les législatures provinciales « considèrent leurs pouvoirs aussi complets que ceux du Parlement et je suis porté à croire qu'elles verraient d'un mauvais œil toute suggestion de la part de ce Parlement de limiter leurs prérogatives. » (Citation tirée de Woodsworth, 1931 : 1465) Enfin, si Guthrie ne s'opposait pas à des protections accrues des droits des minorités linguistiques et religieuses, cela ne pourrait toutefois pas se faire en sacrifiant « l'autonomie provinciale » (Citation tirée de Woodsworth, 1931 : 1466). À cela, le député libéral, Lapointe, ajouta que cette modification devrait être approuvée unanimement, pour devenir « un instrument national, une charte du pays » (Citation tirée de Woodsworth, 1931 : 1469).

En 1935, Woodsworth soumit une motion²⁸⁹, en 1935, pour créer un comité devant se pencher sur les problèmes de chevauchements entre ordres de gouvernement, et sur la question du financement des nouvelles mesures sociales, relevant des compétences provinciales, bien qu'Ottawa disposât des ressources (Woodsworth, 1935 : 217). En phase avec les influentes idées keynésiennes, il souligna « le besoin d'uniformité dans notre législation sociale », pour éviter qu'un gouvernement provincial légiférant en matière sociale ne soit désavantagé face aux autres (Woodsworth, 1935 : 217). À la suite des juristes réformateurs, tel Scott, Woodsworth critiqua l'appropriation indue de pouvoirs par les législatures provinciales ainsi que la sous-utilisation générale de la clause d'urgence et résiduaire (« paix, ordre et bon gouvernement ») pour répondre à

²⁸⁹ *Proposition de nomination d'un comité spécial pour considérer des modifications à la Loi de l'Amérique britannique du Nord.*

la crise sociale (Woodsworth, 1935 : 217-218). Suivant ces mêmes réformistes, il avança que la thèse contractualiste – justifiant le consentement provincial unanime –, « a été complètement abandonnée », donc que le Parlement du Canada pouvait légalement modifier seul la Constitution, par demande expresse au Parlement de Londres (Woodsworth, 1935 : 218-219). Une telle modification, pour ne pas se faire « au détriment des minorités », devrait aller de pair avec l’enchâssement d’« une déclaration de droits comportant la pleine reconnaissance des droits des minorités au point de vue religieux et ethnique. » (Woodsworth, 1935 : 219) Avançant un argument que reprit avec succès le gouvernement Trudeau des années plus tard, Woodsworth mit les partisans des droits provinciaux sur la défensive, les accusant de vouloir troquer les droits des minorités au profit de leurs pouvoirs : « Je ne vois pas comment nos amis de l’une quelconque des provinces peuvent s’opposer à une réforme constitutionnelle assurant ces sauvegardes aux minorités. » (Woodsworth, 1935 : 219)

Le ministre de la Justice, Guthrie, et le député Lapointe rappelèrent que les conventions constitutionnelles s’appliquaient toujours. S’ils reconnaissent tous deux la nécessité de modifier le pacte originel, ils précisèrent que cela devait se faire en respectant les conventions existantes. Guthrie ajouta que l’absence de formule d’amendement n’était pas une *anomalie*, mais découlait d’un *choix* : « c’est donc dans le but manifeste de protéger les droits des minorités que le pouvoir de modifier notre Constitution n’a pas été accordé au Parlement du Canada. » (Citation tirée de Woodsworth, 1935 : 221) Selon lui, le Parlement du Canada pouvait bien demander au Parlement de Londres de modifier l’Acte de 1867, ce dernier n’approuverait pas une modification restreignant les pouvoirs provinciaux sans leur consentement (Woodsworth, 1935 : 223) Pour Guthrie, il ne fallait pas confondre le « droit juridique » du Parlement central de s’adresser à Londres pour amender l’Acte de 1867 avec un « droit constitutionnel » (Citation tirée de Woodsworth, 1935 : 223)

Ernest Lapointe alla plus loin, en soulignant que le Parlement du Canada ne possédait ni le droit légal ni le droit constitutionnel de demander seul au Parlement britannique

de modifier l'équilibre des pouvoirs dans la fédération (Woodsworth, 1935 : 226). Pour lui, le Canada pouvait modifier sa Constitution, mais le Canada « comprend non seulement le Parlement fédéral, mais aussi les neuf provinces » (Citation tirée de Woodsworth, 1935 : 227). Enfin, si Lapointe n'était pas fermé l'idée de relâcher la règle de l'unanimité « sur les questions ordinaires », par contre, « sur des questions d'une importance essentielle au point de vue de certaines parties du Canada, question de protection des minorités, question scolaire ou de langue, l'unanimité devrait être exigée [...] » (Citation tirée de Woodsworth, 1935 : 228)

Les termes du conflit qui vont marquer le régime constitutionnel canadien, jusqu'au rapatriement de 1982, furent posés dans ces débats à la Chambre des communes, entre 1924 et 1935, opposant un député d'arrière-ban, Woodsworth, et des ténors conservateurs et libéraux, comme Guthrie et Lapointe. Les deux partis dominants portaient la vision politico-juridique hégémonique : suprématie parlementaire ; souveraineté pleine et entière des deux ordres de gouvernement ; pacte ou contrat social de 1867 ; convention d'unanimité en matière de modification ; maintien du lien juridique impérial. Le réformateur qu'était Woodsworth proposait un contre-discours minoritaire : suprématie du Parlement central ; centralisation des questions socioéconomiques ; rejet de l'idée contractualiste ; pouvoir légal de modifier la Constitution sans l'approbation des législatures provinciales ; fin des liens juridiques avec l'Empire. La parenté des idées juridico-politiques de Woodsworth et Scott est frappante – notamment leur socialisme chrétien – et se double d'une socialisation (d'un *habitus*) et d'un parcours militant convergents²⁹⁰. Scott subit d'abord l'influence du socialisme centralisateur de l'ancien pasteur méthodiste dès 1927, alors que Woodsworth produisait un article sur le Parti travailliste canadien pour *The McGill Fortnightly Review*, dont Scott était un fondateur, et prononçait un discours au Club ouvrier de McGill, auquel appartenait ce dernier (Djwa, 1987 : 108-111 et 431 ; Mills,

²⁹⁰ Woodsworth enseigna d'ailleurs dans plusieurs universités de l'Ouest des cours portant sur le travail social, l'immigration et les problèmes communautaires, et tenta même de se faire embaucher comme professeur à l'Université de Toronto (McNaught, 2001 : 65).

1997 : 44). Les deux hommes, animés d'un socialisme constitutionnel et protestant, militèrent ensemble pour la fondation d'un véritable parti travailliste pancanadien, qui réunirait les fermiers, les ouvriers et les intellectuels progressistes (Djwa, 1987 : 108-111 et 431). De ces efforts émergea le CCF, dirigé d'abord par Woodsworth, et dont la plateforme de lancement, le *Manifeste de Régina*, appelait à une réforme constitutionnelle majeure, permettant l'avènement d'un ordre social juste inspiré de l'Évangile social²⁹¹, à un régime fédéral davantage centralisé et à une meilleure protection des droits des minorités (CCF, 1933 ; Djwa, 1987 : 108-111 et 431). Si leurs points de convergence sociologiques et idéologiques étaient nombreux, Woodsworth ne proposait toutefois pas une véritable charte des droits protégeant les libertés fondamentales, au sens universel du terme, comme le fit Scott dès 1935. Woodsworth était favorable à une charte, adaptée au contexte canadien, garantissant les droits des minorités confessionnelles et linguistiques. Ainsi, si on ne peut dire que la proposition de Woodsworth faisait entrer le Canada de plain-pied dans l'ère du constitutionnalisme moderne (garanties constitutionnelles et contrôle judiciaire), il a toutefois ouvert le chemin à la nouvelle élite réformatrice montante, en posant les premiers jalons du débat. Ce débat allait d'ailleurs s'exacerber dans le contexte de la Grande Dépression, alors que les problèmes socioéconomiques et politiques des années 1920 s'accroissaient et que le Comité judiciaire déclarait *ultra vires* le *New Deal* canadien. Enfin, on peut voir une continuité dans la vision anthropologique rationaliste de Woodsworth et Scott, puis celle de Trudeau (Bélanger, 1977). Tous trois partageaient un point de vue moderne de la société canadienne, à la fois rationaliste et constructiviste. C'est-à-dire qu'ils croyaient dans les vertus de la réingénierie sociale et constitutionnelle, pour faire advenir un ordre sociopolitique juste. Ces rationalistes récusait comme étant irrationnelles les pratiques et les conventions, qui étaient le produit du long et patient

²⁹¹ Le socialisme chrétien était bien au fondement du parti, car « [l]es premiers dirigeants du CCF, [comme Woodsworth et Scott] ont cherché à construire un parti qui reflète la forte orientation de l'Évangile sociale de nombre de ses dirigeants et militants. » (Brewin, 2000 : 84, traduction libre)

travail des âges²⁹². Ces pratiques et conventions – la tradition – devaient céder la place à la planification sociale centralisée et au design constitutionnel – à la volonté rationnelle. C’est dire que ces trois acteurs rejetaient une bonne partie de l’héritage politique et constitutionnel britannique, où les conventions jouent pourtant un rôle clé pour encadrer les règles du jeu²⁹³, en l’absence de constitution formelle ou de normes codifiées. Comme Mills l’a précisé, pour Scott (mais l’idée vaut aussi pour Woodsworth comme pour Trudeau), « l’absence de planification économique – le libre marché – avait son pendant en matière constitutionnelle : la convention. » (Mills, 1997 : 47, traduction libre) Ils s’inscrivaient bien dans la logique du nationalisme constitutionnel moderne, qui appelle à dépasser l’infériorité de la tradition et du pluralisme normatif – l’impensé et le caractère bigarré de l’ancienne constitution – pour refonder les liens sociopolitiques et juridiques à partir d’un nouveau contrat social rationnel et universel – l’intention consciente et l’uniformité de la constitution formelle (Tully, 1999b : 57-95). C’est dire que le rationalisme et le constructivisme sont évolutionnistes : les sociétés en marche vers le progrès doivent se délester du poids des conventions passées et se donner des nouvelles normes codifiées (Tully, 1999b : 63-64). Cette vision occultait toutefois le fait que les conventions passées permettaient aussi de protéger les peuples minoritaires ainsi que la diversité culturelle (Tully, 1999b).

7.3. La Grande Dépression et la défense des libertés civiles

L’économiste Gilles Paquet affirma, avec justesse, que « si les signes avant-coureurs de crise sont évidents déjà dans les années 1920, avec les années 1930 ce sera la

²⁹² En 1790, Edmund Burke (2016), le penseur libéral conservateur britannique, reprocha d’ailleurs à la Révolution française de vouloir faire *tabula rasa* de l’ordre sociopolitique existant, pour établir un projet de société rationnelle, auquel manquait pourtant des assises sociologiques.

²⁹³ Par exemple, le gouvernement responsable ou le choix du premier ministre après une élection sont encadrés, non pas par des règles formelles et écrites, mais par de telles conventions.

débâcle. » (Paquet *et al.*, 1981b : 2) Une économie industriellement peu développée et tournée vers l'exportation, comme celle du Canada, ressentit fortement la montée du protectionnisme et la baisse de la demande mondiale pour ses matières premières (blé, bois, pulpe et papier) : les prix, les salaires, les investissements et les exportations, le produit intérieur brut et l'emploi²⁹⁴ s'effondrèrent (Paquet *et al.*, 1981b : 2-3 ; Cook, 1990b : 533-537 ; McNaught, 1988 : 246). Selon Paul-André Linteau, la Grande Dépression était « une crise générale du commerce international et de tout le système capitaliste. » (Citation tirée de Paquet *et al.*, 1981b : 3) L'idéologie et les pratiques économique-juridiques du laisser-faire – rendant les individus responsables de leur sort dans un libre marché jugé optimal et face à gouvernement devant jouer un rôle limité et maintenir l'équilibre des finances publiques – animaient les deux partis conservateur et libéral, et ne permettaient ni de penser et ni de répondre à la crise. Selon Blair Neatby, le gouvernement Bennett (1930-1935) augmenta les tarifs douaniers, pour protéger le marché canadien, et l'opposition libérale de Mackenzie King suggérait de les baisser, pour relancer le commerce international, mais « ils n'ont pas repensé le rôle du gouvernement dans l'économie. » (Citation tirée de Paquet *et al.*, 1981b : 7) Les recours sociaux provenaient essentiellement de la charité privée et publique (Cook, 1990b : 538). Les gouvernements voyaient la crise comme un événement temporaire et attendaient que l'économie se relance d'elle-même (Cook, 1990b : 533)

Pour sortir de la crise, il fallait ainsi revoir en profondeur les métanormes (le pouvoir symbolique) et le fonctionnement des institutions (le pouvoir physique) de l'État. La *Commission royale sur les relations entre le Dominion et les provinces* (Commission Rowell-Sirois), mise en place par le gouvernement de Mackenzie en 1937 – poussé par un groupe de mandarins nationalistes et réformistes – visait justement à revoir les fondements de l'ordre constitutionnel canadien. Plusieurs mémoires présentés à la Commission, dont celui d'Arthur Lower, plaidèrent pour les droits constitutionnalisés, en réponse notamment à l'action répression des gouvernements ontarien et québécois,

²⁹⁴ Le taux de chômage passa de 3 %, en 1929, à 23 %, en 1933 (McNaught, 1988 : 246).

qui ne faisaient pas figure d'exception, mais dont la politique était plus saillante. Ces deux gouvernements critiquèrent d'ailleurs la Commission, au nom de la préservation des droits provinciaux et de la souveraineté parlementaire.

Le laisser-fairisme, critiqué par le Rapport Rowell-Sirois, avait son pendant dans l'appareil sécuritaire, c'est-à-dire les pouvoirs judiciaires et policiers qui assuraient notamment le maintien de la paix et l'ordre (et l'exclusion de l'espace public de la dissidence radicale), le respect des contrats et la protection de la propriété privée. Alors que la contestation radicale croissait au sein des mouvements fermier et ouvrier – en réponse à la crise et à l'inaction étatique – l'austérité gouvernementale (la lutte contre les déficits) se doublait d'une politique répressive (la lutte contre les protestataires). Alors que la crise économique sévissait toujours, le gouvernement de Mackenzie King coupa de 34 % les transferts provinciaux en matière d'aide sociale, en 1937 (Milligan, 2004 : 130). Par contre, l'austérité ne concernait pas les dépenses de sécurité : les effectifs de la GRC passèrent rapidement à 2 350 hommes en 1931 (Macleod, 2006). La répression répondait à la misère sociale : « La police interrompait constamment les réunions de chômeurs – surtout celles du Parti communiste du Canada – en arrêtant et en expulsant les individus nés à l'étranger. » (Adams, 2009 : 49, traduction libre)

Les hordes de sans-emploi, errant à la recherche de travail, était vue comme une menace par le gouvernement Bennett qui, à la suggestion de son chef d'état-major (le général Andrew McNaughton), les installa dans des camps de travail, administrés par l'armée, où ils devaient trimer dur pour recevoir le gîte et trois repas par jour (Cook, 199b : 538 ; Wilbur, 1969 : 8-9). On reprocha au gouvernement de n'avoir pas plutôt opté pour « un programme offrant aux chômeurs du travail et des salaires décents. » (Howard, 2009) Les conditions précaires dans les camps et l'absence de politique sociale ont mené à la création, par des militants du PCC, du *Syndicat des travailleurs des camps de secours*, qui se mit en grève en 1935 et dont près de 1 800 membres entreprirent une marche de protestation vers Ottawa, depuis la Colombie-Britannique (Cook, 199b : 538). Leur progression fut brutalement stoppée à Régina, alors que la

GRC, en vertu de l'article 98 du Code criminel, agit de manière provocatrice en arrêtant des leaders syndicaux et dût mater l'émeute de protestation qui s'ensuivit (Howard, 2006 ; MacLennan, 2003 : 14). Regina fut un cas extrême, mais non isolé : « [p]resque toutes les villes sont le théâtre de troubles [...] » (Cook, 199b : 538)

Derrière la montée des discours et des organisations contestataires socialistes, comme le PCC ou le CCF, le premier ministre Bennett, inquiet, voyait poindre une menace révolutionnaire étrangère, qui devait être résolument écrasée du « talon » : « Nous savons qu'au Canada, cette propagande est mise en avant par des organisations étrangères, qui cherchent à détruire nos institutions. Et nous demandons que chaque homme et femme écrase de manière impitoyable leur talon de fer²⁹⁵ sur de telles choses. » (Citation tirée de Wilbur, 1969 : 10-11, traduction libre) Les syndicats non communistes étaient aussi dans la mire des autorités provinciales, soutenant les actions antisyndicales des employeurs (Cook, 1990b : 539-540). Les activités du mouvement ouvrier étaient suivies de près : « Des espions assistaient à la plupart des assemblées syndicales, la GRC dispersait les manifestations de chômeurs, les militants étaient victimes d'arrestation et de déportation arbitraires en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'immigration*, pendant que la censure des livres et des revues radicaux était étendue. » (McNaught, 1988 : 248, traduction libre) Les gouvernements provinciaux de Duplessis, au Québec, et de Hepburn, en Ontario, s'opposaient à Ottawa, tout en réprimant les syndicats (McNaught, 1988 : 250). Selon McNaught, le régime canadien de l'époque avait un parfum « d'État semi-policier [...] » (McNaught, 1988 : 248, traduction libre)

Toutefois, le « talon de fer » s'abattit plus fortement sur les communistes, qui connaissaient du succès dans la mobilisation des ouvriers non qualifiés et des chômeurs (Cook, 199b : 543 ; MacLennan, 2003 : 13-14). Pour éviter que le PCC ne prenne la tête de l'armée des laissés-pour-compte, et face à l'impatience du premier ministre

²⁹⁵ Le « talon de fer » était un instrument de torture médiéval, qui était utilisé pour brûler et écraser les pieds et les jambes des chevaliers templiers, condamnés pour hérésie en France (Keightley, 1837 : 295). *Le talon de fer* est aussi le titre d'un roman dystopique de Jack London, publié en 1908, dans lequel une dictature réactionnaire et capitaliste est créée pour mater les forces révolutionnaires américaines.

Bennett à son endroit, la GRC et la police provinciale ontarienne invoquèrent à nouveau l'article 98 du Code criminel, pour écrouer les principaux dirigeants communistes, au motif qu'ils appartenaient à une association illégale (MacLennan, 2003 : 14 ; Wilbur, 1969 : 7-8). Huit leaders communistes subirent leur procès et, n'ayant pas réussi à prouver leur innocence²⁹⁶, furent condamnés de manière expéditive à des peines de prison de trois à cinq ans, et ils encouraient presque tous la déportation (MacLennan, 2003 : 14). Scott, Woodsworth, le magazine *Canadian Forum* et la *Ligue de défense des travailleurs canadiens* protestèrent publiquement contre le « Procès des huit » (MacLennan, 2003 : 15-16). La *Ligue de défense*, qui réclamait depuis 1925 l'abolition de l'article 98 et la protection des libertés syndicales, organisa une série de conférences au pays pour dénoncer les abus de pouvoir du gouvernement, notamment son recours grandissant à la déportation²⁹⁷ pour se débarrasser de la dissidence (MacLennan, 2003 : 15). Quant à Scott, il n'hésita pas à contester l'arrestation, le procès et la condamnation de huit leaders communistes, incluant le secrétaire général Tim Buck. Ces derniers furent emprisonnés au motif qu'ils avaient violé l'article 98, en appartenant à une organisation jugée séditeuse, car elle prophétisait le renversement violent de l'ordre établi par le prolétariat. Le procès démontrait, pour Scott, que les autorités, au Canada, faisaient peu de cas des libertés d'opinion et d'expression. En 1932, dans *The Trial of the Toronto Communists*, il critiqua la criminalisation de la dissidence d'opinion au Canada : « Ce qui est le plus frappant dans ce procès, c'est le fait que les huit accusés ont été condamnés uniquement en raison de leurs opinions, car aucune preuve fiable n'a été présentée pour démontrer qu'eux-mêmes ou le parti auquel ils appartenaient avaient bien commis des actes de violence au Canada. » (Scott, 1977 : 67, traduction libre) De plus, comme il le souligna, la très grande majorité des démocraties libérales ont un Parti communiste reconnu et légal, mettant le Canada en compagnie des régimes réactionnaires (Scott, 1977 : 49). Cet épisode amena Scott à se questionner sur

²⁹⁶ L'article 98 inversait le fardeau de la preuve : l'accusé devait prouver son innocence.

²⁹⁷ En 1929, il y eut 1 964 déportations, contre 7 131 en 1933 (MacLennan, 2003 : 15). Par l'expulsion des « étrangers radicaux », Bennett s'attaquait directement à la base du PCC (MacLennan, 2003 : 15).

l'existence même des libertés britanniques coutumières et législatives (Scott, 1977 : 49). Pour lui, l'article 98 n'avait pas d'équivalent dans l'histoire canadienne ou britannique par son caractère répressif (Scott, 1977 : 50). D'ailleurs, le PCC fut toléré pendant plusieurs années et ce n'est qu'avec le contexte de la crise – où le parti fit un important travail de mobilisation auprès des désœuvrés – que les autorités décidèrent de faire appel à l'article 98 pour l'accuser de conspiration séditionnelle (Scott, 1977 : 51).

Dans le contexte répressif de ces années, le *Manifeste de Regina* soulignait que « le Canada a connu une croissance alarmante des tendances fascistes parmi toutes les autorités gouvernementales. » (CCF, 1933) Les auteurs du document, notamment Scott et Forsey, en voyaient la preuve dans le fait que « [l]es droits les plus élémentaires de liberté d'expression et de réunion ont été arbitrairement refusés aux travailleurs et à tous ceux dont les opinions politiques et sociales ne rencontrent pas l'approbation des autorités en place. » (CCF, 1933) L'application de l'article 98 et de l'article 41 de la *Loi sur l'immigration* était dénoncée comme des mesures oppressives et arbitraires d'« un gouvernement capitaliste pris de panique [...]. » (CCF, 1933, traduction libre)

Scott alla plus loin, en 1935, en proposant, dans *Social Planning for Canada*, que le Canada, en plus de mettre en avant une politique sociale et régulatrice ambitieuse, se dote d'une charte des droits, à l'image des États-Unis. Il s'agissait de « la première proposition savante, bien ancrée dans l'histoire canadienne, d'enchâsser une “déclaration des droits”. » (Adams, 2009 : 23, traduction libre) Et même, selon Eric Adams, la proposition de Scott « a marqué un moment historique dans la pensée constitutionnelle canadienne. En recadrant l'idée des droits constitutionnalisés, Scott a fait les premiers pas d'une révolution des droits, qui allait finalement transformer le droit constitutionnel canadien. » (Adams, 2009 : 73, traduction libre)

Lorsque le premier Bennett se décida enfin à agir, à la dernière heure, il le fit sans consulter le Cabinet ou le Parlement, en annonçant à la radio son *New Deal*, soumis pour avis des tribunaux l'année suivante, par le nouveau gouvernement libéral (Cook, 1990b : 547-548 ; Wilbur, 1969 : 14-17). Dans une série de décisions, le *New Deal* fut

battu en brèche par le Comité judiciaire en 1937, au motif que ces mesures empiétaient sur les compétences des législatures provinciales. L'invalidation du *New Deal* fit couler beaucoup d'encre chez les juristes réformateurs canadiens, comme Scott, qui y voyaient à l'œuvre un colonialisme atavique, une interprétation décentralisatrice induite et un laisser-fairisme réactionnaire et socialement dommageable (Cairns, 1971).

De retour au pouvoir, en 1935, les libéraux abrogèrent l'article 98, au motif qu'il répondait « à des situations d'urgence en temps de guerre », « était susceptible de donner lieu à de graves abus », violait la présomption d'innocence, transférait le fardeau de la preuve à l'accusé et s'avérait superflu, car d'autres clauses couvraient le crime de sédition (Mackenzie, 1972 : 483, traduction libre). Ils respectaient leur engagement de longue date, mais sans conviction, car ils adoptèrent aussi l'article 60.4, affirmant « qu'une personne serait présumée avoir une intention séditeuse, si elle enseigne, préconise ou défend l'usage de la force comme moyen d'accomplir un changement gouvernemental. » (Mackenzie, 1972 : 483, traduction libre)

7.3.1. Rowell-Sirois et la genèse de l'État-providence canadien

En 1937, le gouvernement King, faisant du surplace face à la crise, subit l'influence d'un groupe de professeurs et de spécialistes d'économie politique libéraux-réformistes²⁹⁸ et nationalistes centralisateurs, devenus hauts fonctionnaires ou

²⁹⁸ Avant que les idées de Keynes pussent se frayer un chemin au cœur de l'État canadien, on trouvait déjà un courant de pensée économique interventionniste au Canada, qui prit naissance avec les travaux du professeur d'histoire économique de l'Université Queen's, Adam Shortt (Dostaler et Hanin, 2005 : 158). Shortt joua un rôle crucial dans la modernisation de la fonction publique canadienne et forma notamment O. D. Skelton, W. C. Clark et W. A. Mackintosh, qui furent d'influents hauts fonctionnaires au sein de l'administration publique (Brooks et Gagnon, 1994 : 115-117 ; Dostaler et Hanin, 2005 : 158 ; Mackintosh, 1938 : 172). Au sein de l'état-major de King, se trouvait aussi le ministre du Travail et ancien professeur d'histoire de Queen's, Norman Rogers, un défenseur d'une politique interventionniste, inspirée des travaux de Keynes (Dostaler et Hanin, 2005 : 159-160). Comme plusieurs autres, Rogers fit ses études de droit et d'histoire à l'Université d'Oxford et remit « en question la vision orthodoxe de l'économie voulant que le marché puisse s'autocorriger. » (Strain, 1986 : 280, traduction libre)

ministres – tels William Clifford Clark²⁹⁹, Oscar Douglas Skelton³⁰⁰ ou Graham Ford Towers³⁰¹ – et opta pour la mise en place la Commission Rowell-Sirois (Bradford, 2000 : 144-145 ; Owram, 1986 : 222-240). Dans un premier temps, Mackenzie King « envisagea une enquête de portée et de durée limitées. » (Bradford, 2000 : 143, traduction libre), Mais, dans un deuxième temps, la volonté des hauts fonctionnaires prévalut et la Commission fut dotée d'un mandat ambitieux (Bradford, 2000 : 143). Elle avait pour mandat de procéder à « un réexamen des bases économiques et financières de la Confédération et de la répartition des pouvoirs législatifs à la lumière des développements économiques et sociaux des soixante-dix dernières années. » (Canada, 1940a : 9, traduction libre) La Commission était une étude sur le rôle du gouvernement dans la société – face à l'intégration économique continentale ainsi qu'à la complexité et l'ampleur des problèmes socioéconomiques – et une réponse à la plus grave crise économique de l'histoire et à l'impasse constitutionnelle canadienne. Le Parlement central disposait de larges pouvoirs de taxation, sans toutefois détenir la légitimité constitutionnelle pour agir, car les problèmes socioéconomiques des années 1930 relevaient des responsabilités des législatures provinciales, comme le confirmèrent les arrêts du Comité judiciaire sur le *New Deal* en 1937. Comme le soulignaient Woodsworth dans ses interventions aux Communes ou Scott dans ses écrits : la solution aux problèmes socioéconomiques, comme le chômage et la précarité financière provinciale, devait passer par une réforme constitutionnelle. Pour les membres de l'élite réformiste, « [l]a Constitution était devenue un blocage aux

²⁹⁹ W. C. Clark (1889-1952), un étudiant d'O. D. Skelton à Queen's, était professeur d'économie politique à l'Université Queen's (1915-1921 et 1929-1932) avant d'intégrer la fonction publique canadienne en 1932, à titre de sous-ministre des Finances (Mackintosh, 1953 : 413).

³⁰⁰ O. D. Skelton (1878-1941) a étudié avec Adam Shortt à Queen's, où il devint professeur d'économie politique en 1909, puis, en 1925, intégra la fonction publique canadienne comme sous-secrétaire d'État aux Affaires extérieures (Brooks et Gagnon, 1994 : 116-117 ; Hillmer, 2007). Il a été un joueur clé de la Commission Rowell-Sirois, en tant que directeur de la recherche (Brooks et Gagnon, 1994 : 117).

³⁰¹ G. F. Towers (1897-1975) avait étudié l'économie politique à l'Université McGill et a été le premier gouverneur de la Banque du Canada, poste qu'il occupa de 1934 à 1954, et a joué un rôle central dans l'avènement de la Commission Rowell-Sirois (Granatstein, 1982 : 57-61).

réformes progressistes et, si elle ne pouvait être modifiée, toute tentative de changement serait vaine. » (Owram, 1986 : 225, traduction libre)

Selon Doug Owram, les conclusions centralisatrices de la Commission – en phase avec la « révolution keynésienne » et les idées de la nouvelle génération d'intellectuels réformistes et nationalistes – auraient été écrites avant que ne commencent ses travaux : « les notes précédentes de Skelton, Clark et d'autres, supposaient que la centralisation de la fiscalité et des programmes sociaux était dans l'intérêt national. » (Owram, 1986 : 239-240, traduction libre) Pour cette génération, préoccupée par les questions sociales et l'unité nationale, et influencée par les idées keynésiennes³⁰², le Rapport Rowell-Sirois reviendrait aux véritables intentions des « Pères de la Confédération », avant que le Comité judiciaire ne réduise les pouvoirs du Parlement central : « un gouvernement central fort, pourvu de suffisamment de pouvoirs pour piloter le développement économique. » (Owram, 1986 : 245, traduction libre) Derrière cette prise de position de l'élite réformiste se trouvait un point de vue normatif anti-provincial doublé d'une allégeance forte envers un gouvernement central fort (Owram, 1986 : 223).

Les conclusions du Rapport Rowell-Sirois allèrent bien dans le sens d'un interventionnisme étatique plus grand et d'une centralisation des pouvoirs, de façon à mettre en place une politique socioéconomique uniforme et efficace, bref de créer une union sociale et économique (Brunelle, 1989 ; Dostaler et Hanin, 2005). D'ailleurs, l'État moderne, pour dépasser le particularisme et le pluralisme du régime économique féodal, a contribué à créer un espace économique national unifié –sur lequel s'applique un seul ensemble de règles uniformes, constantes et connues (cours des monnaies, droit du travail, fiscalité, lois commerciales, etc.) –, qui, en retour, a participé à la concentration étatique du pouvoir normatif (symbolique) autour des institutions centrales (le métachamp). Comme l'écrivit Bourdieu, « [l]a constitution de ce pouvoir

³⁰² Par exemple, un des étudiants de Keynes à Cambridge, Robert Bryce, devint haut fonctionnaire du ministère des Finances du Canada en 1938, d'où il diffusa les idées de son maître (Dostaler et Hanin, 2005 : 156-157). Sous l'influence de Bryce, le sous-ministre des Finances, William Clark, et le ministre des Finances, Charles Dunning, adhérèrent au keynésianisme (Dostaler et Hanin, 2005 : 157).

économique central donne à l'État le pouvoir de contribuer à la construction d'un espace économique autonome, à la construction de la nation comme espace économique unifié. » (Bourdieu, 2012 : 318-319)

Neil Bradford a résumé en ces termes la perspective de la Commission : « Ottawa était le seul gouvernement capable de répondre à la crise nationale, par des investissements pour relancer l'économie, par un régime national d'assurance chômage et par une aide d'urgence centralisée. » (Bradford, 2000 : 145, traduction libre) À ce sujet, l'éminent économiste, Harold Innis, jugea superficiel le travail d'analyse de la Commission. Elle n'avait pas suffisamment soupesé les répercussions politiques de ses recommandations centralisatrices sur le fonctionnement du fédéralisme, mais aussi sur la capacité de la fonction publique canadienne à prendre en charge des responsabilités, pour lesquelles les administrations provinciales avaient déjà développé une expertise (Innis, 1940).

Dans l'esprit des commissaires, le constituant aurait aussi voulu créer un régime fédéral, doté d'une *division des compétences flexible et fonctionnelle*, qui puisse s'ajuster aux changements économiques : « les Pères de la Confédération [...] avaient entrevu les dangers d'une Constitution excessivement rigide. » (Owram, 1986 : 251, traduction libre) L'interprétation décentralisatrice du Comité judiciaire aurait ainsi « transformé un instrument flexible [l'Acte de 1867], en une camisole de force qui menaçait d'étouffer la nation canadienne. » (Owram, 1986 : 251, traduction libre) Selon François Rocher, la Commission marqua un changement de discours majeur « dans la littérature d'expression anglaise », alors qu'était « évacué toute référence à la notion d'autonomie au profit de celle d'efficacité³⁰³ [...] ». » (Rocher, 2006 : 112-113) Ce changement permettait de « légitimer une approche plus fonctionnelle du régime fédératif. » (Rocher, 2006 : 129) L'on promouvait ainsi un « décroisement du fédéralisme », de manière à ce que l'ordre de gouvernement approprié (souvent le Dominion), indépendamment de l'attribution actuelle des compétences, réponde

³⁰³ Le concept d'efficacité était couplé avec ceux de flexibilité, de rationalisation (pour réduire les chevauchements), de fonctionnalité, d'équité interprovinciale, d'unité nationale (Rocher, 2006 : 128).

efficacement aux besoins des Canadiens, assurant de la sorte la « stabilité » de la fédération et renforçant « l'unité nationale » (Rocher, 2006 : 129-130).

Le discours historique révisionniste de la Commission revenait à présenter le changement de paradigme comme étant inéluctable et s'inscrivant dans la continuité constitutionnelle – respectant de la sorte les intentions constitutantes –, plutôt qu'une rupture radicale avec les conventions en place (Bradford, 2000 : 144 ; Owram, 1986 : 247). Dans la lutte pour le monopole du pouvoir symbolique – c'est-à-dire la vision hégémonique des fondements, des pratiques et des normes d'un régime juridico-politique, d'un État (Bourdieu, 2012) – une telle « manœuvre » permet de justifier (masquer) le changement idéologique dans le langage de la continuité normative, ce qui permet en retour de légitimer de nouvelles pratiques (centralisatrices), considérées hétérodoxes jusque-là (sur le concept de « manœuvre », cf. Laforest, 1992b ; Sanschagrin, 2015). En retour, à la faveur d'un nouveau contexte et de modifications dans les rapports de forces politiques, l'innovation idéologique, hier minoritaires peut légitimer et cristalliser de nouvelles pratiques, désormais majoritaires (cf. Skinner, 2002 ; Tully, 1983). À cet égard, il fallut attendre le changement de contexte apporté par la Deuxième Guerre mondiale, plus favorable à l'intervention étatique, pour que le partisan du laisser-faire, du respect de la division des compétences³⁰⁴, de l'attribution et du gouvernement limité qu'était Mackenzie King emprunta, avec prudence et réticence, la voie planificatrice et centralisatrice tracée par la Commission Rowell-Sirois et les intellectuels réformistes, en mettant notamment en place un régime pancanadien d'assurance chômage (en 1942) et une allocation familiale (1945) et qu'il lance des travaux en vue de préparer la planification socioéconomique de l'après-guerre³⁰⁵ (Owram, 1986 : 226-230, 276-317 ; Dostaler et Hanin, 2005 : 159-161).

³⁰⁴ Eugene Forsey, dans un article de 1939 du *Canadian Forum* (*More Employment – Less Relief*), reprocha au gouvernement King de justifier son inaction sociale et constitutionnelle – qui servait bien les milieux d'affaires – au nom d'une division étanche des compétences constitutionnelles, qui prenait appui, selon lui, sur une fausse conception voulant que l'Acte de 1867 (Milligan, 2004 : 131).

³⁰⁵ Mandaté par le gouvernement, le directeur de la recherche en sciences sociales de l'Université McGill, Leonard Marsh, produisit un rapport appelant à l'adoption d'importantes mesures de protections

Les travaux de la Commission Rowell-Sirois – qui se sont concentrés sur les enjeux d’économie politique, de finance publique, de partage des compétences, de fédéralisme fonctionnel et d’unité nationale – traitèrent très peu de la question des droits des individus et des minorités (Canada, 1940b : 50-51, 223-224). Pour Rappel, Woodsworth et Scott liaient leurs propositions constitutionnelles de rapatriement et de centralisation des pouvoirs à une charte des droits des minorités. Cependant, plusieurs intellectuels, favorables à l’interventionnisme étatique et à une lecture centralisation de la Constitution, étaient opposés à la constitutionnalisation des droits et libertés, comme les doyens des facultés de droit des universités de Toronto et Dalhousie, William Kennedy ou Vincent Macdonald, qui y voyaient une proposition anticonstitutionnelle et réactionnaire (Adams, 2009 : 72, 166). Les membres de la Commission³⁰⁶ émirent aussi des doutes relativement à cette question, car une charte des droits pourrait avoir un effet régressif : « la difficulté de définir les droits dans la Constitution, de faire respecter leur protection et d’empêcher qu’une “charte des droits” ne soit un obstacle au progrès social, est évidente d’après l’expérience des États-Unis [durant l’ère *Lochner*]. » (Canada, 1940b : 224, traduction libre) Les membres de la Commission rejetaient le constitutionnalisme américain, préférant s’en remettre au mécanisme traditionnel de protection des libertés choisi par le constituant³⁰⁷ (Canada, 1940b : 224).

En ce qui a trait aux protections des minorités linguistiques, les membres de la Commission défendirent le maintien de l’autonomie des législatures provinciales en matière d’éducation, qui relevait de leur responsabilité constitutionnelle. Toute velléité

sociales, modelé sur le *Rapport sur l’assurance sociale et les services connexes* du directeur de la *London School of Economics*, William Beveridge, avec qui il étudia (Dostaler et Hanin, 2005 : 160).

³⁰⁶ Soit le président Joseph Sirois (notaire et professeur de droit à l’Université Laval) et les commissaires John Dafoe (rédacteur en chef du *Winnipeg Free Press*), Henry Angus (avocat et professeur d’économie à l’Université de la Colombie-Britannique) et Robert Mackay (professeur de science politique à l’Université Dalhousie). Le premier président de la Commission, qui a dû se retirer pour des raisons de santé, Newton Rowell, a été avocat, juge, politicien réformiste et militant du Parti libéral (Prang, 2008).

³⁰⁷ « Les Pères de la Confédération ont apparemment préféré se fier au bon sens, à l’équité et au constitutionnalisme traditionnel pratiqué par les majorités dans chaque partie du Dominion, pour garantir l’application de ces droits, plutôt que de tenter de mettre en place un contrôle judiciaire artificiel, impliquant une attitude anxieuse et un manque de confiance mutuelle, qui auraient été contraires aux idéaux qui les animaient. » (Canada, 1940b : 224, traduction libre)

de la part du Parlement central de s’immiscer dans ce champ de compétence serait cause de désunion et de conflit (Canada, 1940b : 50)³⁰⁸. Les membres arguèrent aussi qu’en matière de langue de l’administration publique – mise à part Québec et Ottawa, astreints au bilinguisme par l’article 133 de l’Acte de 1867 – les législatures provinciales détenaient un pouvoir exclusif (Canada, 1940b : 223). Bref, si les commissaires acceptaient de remettre en question plusieurs éléments de l’hégémonie canadienne – la division étanche des pouvoirs (le fédéralisme), le gouvernement limité et le laisser-faire –, ils s’inscrivaient toutefois dans la continuité de la vision britannique de la souveraineté parlementaire, réfractaire à la mécanique américaine de protection des libertés (charte des droits et contrôle judiciaire).

Les membres de la Commission répondaient ainsi aux quelques groupes ayant déposé un mémoire favorable aux droits constitutionnalisés. Par exemple, dans son mémoire, le syndicaliste Tim Buck – au nom d’un PCC victime de la répression étatique depuis sa création – défendit une conception plus large des protections constitutionnelles, incluant les droits socioéconomiques et culturels, les droits de la minorité franco-canadienne ainsi que les libertés fondamentales de presse, d’expression, de réunion, de religion, de vote et d’association et syndicale (Adams, 2009 : 202, note 24). Subissant les foudres de l’État depuis 1921, il était compréhensible qu’à la suite de « l’appel à la constitutionnalisation des droits individuels faite par Frank Scott et la *Ligue pour la reconstruction sociale* en 1935³⁰⁹ », cette « idée se soit répandue rapidement dans les cercles socialistes et communistes. » (Adams, 2009 : 202, traduction libre).

Dans le mémoire qu’il a écrit avec l’aide des juristes James Coyne et Ronald MacFarlane, au nom des *Fils natifs du Canada*, Arthur Lower plaida pour la constitutionnalisation des droits, inhérents à tous les citoyens habitant le territoire

³⁰⁸ « Une liberté de manœuvre dans un domaine aussi important pour la vie sociale et culturelle des gens nous semble indispensable à toute autonomie provinciale digne de ce nom. Toute tentative de modifier les arrangements existants se heurterait à une puissante opposition et susciterait un profond ressentiment. » (Canada, 1940b : 50, traduction libre)

³⁰⁹ Voir *social planning for Canada*.

« national canadien », et « qui doivent s'étendre uniformément dans tout le pays. » (Lower *et al.*, 1937 : 10, traduction libre) L'idée d'une citoyenneté canadienne unique dotée de droits universels – valables sur tout le territoire « national » canadien – qui était développée dans le mémoire de Lower, recoupait le thème plus large de l'unité nationale canadienne. Pour Lower, « la souveraineté est censée résider dans le Dominion » et « les différentes provinces doivent lui être subordonnées. » (Lower *et al.*, 1937 : 10, traduction libre) Ce dernier rejetait les idées encore dominantes de son époque, à l'effet que l'État central est né d'un pacte provincial et national, mais aussi que les législatures provinciales étaient dotées d'une souveraineté pleine et entière³¹⁰. Comme il l'écrivit, l'Acte de 1867 a institué une union canadienne « indissoluble », un « État-nation », et non pas « une ligue de provinces » ou « une agrégation peu structurée de souverainetés indépendantes » (Lower *et al.*, 1937 : 8-10, traduction libre). Ce qui veut dire que « [l]es provinces doivent cesser de se considérer comme des unités organiques distinctes [...] » (Lower *et al.*, 1937 : 27, traduction libre) Il affirmait aussi que « l'agitation en faveur des droits des États » constituait une « force centrifuge », déstabilisatrice, à l'image de la fédération américaine (Lower *et al.*, 1937 : 21, traduction libre). C'est justement pour éviter l'exemple de cette « faiblesse majeure », que les « Pères de la Confédération » avaient institué un gouvernement central fort et assuré « la prédominance du Dominion », pour développer l'unité nationale, « [m]ais leur travail a été en grande partie annulé [par l'interprétation décentralisatrice du Comité judiciaire]. » (Lower *et al.*, 1937 : 21, traduction libre) Le « gouvernement national » doit ainsi retrouver sa position prédominante, pour pouvoir mettre en œuvre et garantir constitutionnellement les libertés civiles, car elles auraient une dimension pancanadienne (non territorialisée) et relèveraient de son champ de compétence (Lower *et al.*, 1937 : 10-11, 19-21) Ces libertés individuelles incluent l'*habeas corpus*, le droit à la mobilité des personnes et des marchandises, le droit de

³¹⁰ Voir plus haut, dans ce chapitre, les propos tenus à la Chambre des communes, par les anciens ministres de la Justice du Canada, Ernest Lapointe (libéral) et Hugh Guthrie (conservateur).

propriété, le droit de vote et les libertés de presse, d'expression, de réunion pacifique et d'association (Lower *et al.*, 1937 : 26-27). Au Canada, où l'on trouve « une race, différente en termes de langue et de religion, de celle du groupe dirigeant [d'origine britannique] », il faut protéger à la fois les libertés civiles et les droits des minorités linguistiques et religieuses (Lower *et al.*, 1937 : 20, traduction libre). Dans un style lockéen, Lower avança que le gouvernement ne serait qu'un moyen servant à garantir les libertés individuelles, essentielles à la vie démocratique (Lower *et al.*, 1937 : 19).

Si ces libertés au Canada appartinrent à une longue tradition juridique britannique, au moment de la fondation de la Confédération, elles étaient désormais subordonnées à l'autorité suprême du parlement (Lower *et al.*, 1937 : 15). Selon Lower, ces droits allaient tellement de soi pour les « Pères de la Confédération » en 1867, qu'ils ne jugèrent pas nécessaire « de protéger expressément les libertés traditionnelles et fondamentales de l'individu contre leur réduction ou leur suppression par les provinces. » (Lower *et al.*, 1937 : 17, traduction libre) Or, les libertés étaient désormais menacées par les institutions qui devaient agir de manière raisonnable et assurer leur protection : les législatures provinciales (Lower *et al.*, 1937 : 17-19). Il est dès lors impératif de mettre en place des garde-fous constitutionnels et contre-majoritaires, car « [s]i le législateur [provincial] représente la volonté du peuple, l'expérience récente tend à démontrer que celle-ci ne va pas nécessairement dans le sens de la protection des libertés traditionnelles. » (Lower *et al.*, 1937 : 17, traduction libre) Les législatures provinciales justifient leur violation des libertés des citoyens en arguant que, comme elles agissent à l'intérieur de leur champ de compétences, leur action serait constitutionnelle (Lower *et al.*, 1937 : 17-24). C'est pourquoi « les libertés doivent [...] être maintenues non pas par, mais contre, les majorités [...]. » (Lower *et al.*, 1937 : 17, traduction libre) L'ajout de garanties supra-législatives dans la Constitution éviterait ainsi que des Canadiens ne jouissent pas des mêmes droits et deviennent des citoyens de seconde zone dans certaines parties de la fédération (Lower *et al.*, 1937 : 17-19). Toutefois, pour éviter que des juges britanniques, étrangers au régime juridico-

politique canadien, n'interprètent la Constitution de manière inconstante et contraire à l'intention centralisatrice des constituants, les juges canadiens, siégeant sur le banc de Cour suprême du Canada, devraient être les seuls arbitres judiciaires de dernière instance pour la fédération (Lower *et al.*, 1937 : 21-25). Lower, comme Laskin après lui, proposait aussi de suspendre la règle du *stare decisis* (l'autorité de la chose jugée) pour libérer le Canada de la jurisprudence du Comité judiciaire, qui serait paralysante pour l'action du pouvoir central (Lower *et al.*, 1937 : 21-25). L'unité nationale canadienne sortirait renforcée de l'établissement de normes constitutionnelles, plus centralisées, compatibles avec les besoins actuels du pays (Lower *et al.*, 1937 : 25).

Enfin, relativement à la constitutionnalisation des droits, Lower s'inscrivait dans la continuité de Woodsworth et Scott, en défendant l'importance du rapatriement et l'idée qu'Ottawa pouvait agir seul en cette matière (Lower *et al.*, 1937 : 15).

L'analyse du mémoire de Lower permet de voir que son nationalisme constitutionnel et sa vision centralisatrice de la fédération étaient en phase avec ceux d'un autre grand défenseur des libertés civiles, Frank Scott. Ils voyaient tous deux le Parlement « national » comme étant émancipateur et incarnant la souveraineté canadienne, et croyaient aussi « qu'une meilleure protection des droits était nécessaire pour freiner la politique régressive de gouvernements provinciaux aux vues étroites. » (Adams, 2009 : 179, traduction libre). Bien que le mémoire écrit par Scott (Djwa, 1983 : xv) – présenté devant la Commission en tandem avec Leonard Marsh, au nom de la *Ligue pour la reconstruction sociale* – n'abordait aucunement la constitutionnalisation des droits, le thème de l'unité nationale y était central. Dans son mémoire, Scott rappela les fondements de la Confédération : « 1) la création d'un État fédéral unique ; 2) la préservation de la démocratie ; 3) la protection des minorités ; 4) la construction d'un gouvernement central fort ; 5) l'unification du droit dans les provinces de Common Law. » (Scott, 1938b : 32, traduction libre) De plus, dans un contexte où se creusaient les inégalités, en même temps que grandissait le pouvoir « malfaisant » des monopoles, « [d]eux autres objectifs exigent maintenant une reconnaissance constitutionnelle plus

précise, à savoir : 6) l'offre de services sociaux et la garantie d'un niveau de vie minimum de base ; 7) le contrôle et la direction de l'économie par une planification économique à long terme. » (Scott, 1938b : 32, traduction libre) Il ne faisait pas mystère de sa vision centralisatrice et unificatrice : « Pour maintenir et réaliser ces objectifs, le Parlement fédéral doit retrouver son ancienne position d'autorité sur toutes les questions d'importance nationale touchant le bien-être des Canadiens dans toutes les provinces. » (Scott, 1938b : 32-33, traduction libre) À cette fin, « le Dominion devrait collecter toutes les taxes sur le revenu et sur les successions, pour en transférer une portion équitable aux provinces », et concentrer entre ses mains le pouvoir de signer et d'appliquer les traités internationaux, notamment en matière de protection sociale (Scott, 1938b : 33-34, traduction libre). Enfin, il recommandait la constitutionnalisation d'un « Code national du bien-être », qui centraliserait les principales compétences sociales, « laissant aux provinces un pouvoir concurrent », et protégerait « les libertés d'association » (Scott, 1938b : 33, traduction libre), c'est-à-dire les droits syndicaux qui étaient malmenés, entre autres au Québec et au Ontario.

7.3.2. L'Ontario et le Québec : autonomisme et antisindicalisme

Lors de la Commission Rowell-Sirois, les interventions de Lower, favorables à la protection constitutionnelle des droits, s'inscrivaient dans un contexte où les gouvernements provinciaux de Hepburn (1934-1942), en Ontario, et de Duplessis (1936-1939 et 1944-1949), au Québec, faisaient preuve de zèle répressif à l'endroit du mouvement ouvrier, dont ils bafouaient la liberté d'expression, d'association et de réunion. Tous deux voyaient le mouvement syndical comme étant sous l'emprise de communistes et d'agitateurs étrangers (Durocher, 1969 : 26).

Les deux défenseurs des droits provinciaux s'opposèrent d'un commun accord à la Commission, qui serait une forme de « totalitarisme » et une ingérence centralisatrice inefficace, menaçant l'équilibre des pouvoirs dans la fédération (Glassford, 2013 ; Sarra-Bournet, 2009). D'ailleurs, leurs mémoires faisaient « savoir clairement qu'ils ne reconnaissent pas l'autorité de la Commission parce qu'elle est contraire à l'esprit

[contractualiste] de la Confédération, parce qu'elle a été instituée d'une manière non démocratique et, finalement, parce qu'elle est un instrument inapproprié pour résoudre les problèmes qui se posent entre le Dominion et les provinces. » (Durocher, 1969 : 30) Selon eux, seule une conférence constitutionnelle aurait été légitime, car « le gouvernement central ne peut décider de sa seule autorité d'enquêter sur les administrations provinciales, pas plus qu'il ne peut amender ce pacte sans l'accord unanime de toutes les parties contractantes. » (Durocher, 1969 : 30). À ce sujet, dans une lettre adressée à Duplessis, Hepburn écrivit, en janvier 1938, que Mackenzie King « demande tout bonnement un chèque en blanc en matière de modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et il utilise l'assurance chômage comme un subtil cheval de Troie. » (Citation tirée de Alway, 1967 : 116, traduction libre)

Selon René Durocher, après l'arrivée au pouvoir de Duplessis, les premiers ministres ontarien et québécois se sont rapidement vus comme des alliés dans leur opposition à Ottawa. Cette alliance « augment[a] considérablement la force du Québec face à Ottawa en cette période troublée qui a bouleversé l'équilibre instable sur lequel repose le fédéralisme canadien. » (Durocher, 1969 : 25) Le mouvement nationaliste et réformiste canadien voulait justement utiliser la Commission Rowell-Sirois pour promouvoir une politique keynésienne et centralisatrice, pour sortir le Canada du marasme (Bradford, 2000 ; Owsram, 1986). Or, « [p]our résister à ce très fort courant centralisateur qui déferle sur le pays, le Québec et l'Ontario établiront un front commun d'une ampleur exceptionnelle. » (Durocher, 1969 : 25) À la conférence intergouvernementale de janvier 1941 portant sur le Rapport Rowell-Sirois, Hepburn fut notamment le fer de lance de l'opposition provinciale, annonçant qu'il se tiendrait aux côtés du Québec pour défendre ses droits en tant que minorité (Alway, 1976 : 135).

Pour Hepburn et Duplessis, l'un des objectifs de la Commission – la redistribution des ressources dans la fédération – se réaliserait au détriment des deux États fédérés les plus riches, le Québec et l'Ontario, mais signifierait aussi un transfert de pouvoirs fiscaux et sociaux vers le Dominion (Alway, 1976 ; Glassford, 2013 ; Sarra-Bournet,

2009). En outre, ils avaient en commun leur autoritarisme, leur populisme, leur proximité avec le clergé, leur défense de l'autonomie provinciale et leur arrivée au pouvoir durant la Grande Dépression, en se donnant une posture réformiste, rapidement mise de côté pour une politique répressive à l'égard des syndicats et des communistes (Glassford, 2013 ; Sarra-Bournet, 2009). Comme l'observa Kenneth McNaught, « Hepburn comme Duplessis voyaient dans les radicaux et un pouvoir fédéral arrogant la source des troubles provinciaux. » (McNaught, 1988 : 250, traduction libre)

7.3.2.1. Mitchell Frederick Hepburn

Durant les élections de 1934, le Parti libéral ontarien de Mitchell Hepburn « promit d'agir pour aider le travailleur, le fermier et le chômeur. » (McNaught, 1988 : 250, traduction libre) Pour donner suite à ces promesses, Hepburn nomma à titre de ministre de la Justice et du Travail un avocat en droit du travail et un réformiste, Arthur Roebuck³¹¹ (Glassford, 2013). Or, Hepburn opta pour une politique d'austérité, tout en augmentant les taxes, pour réduire le déficit provincial et équilibrer les finances publiques (Glassford, 2013). Son style autoritaire se manifesta aussi d'entrée de jeu face à son caucus et face à l'Assemblée législative (Glassford, 2013).

Hepburn adopta tout de même certaines réformes importantes, notamment « l'*Industrial Standards Act*, qui amena la création d'un salaire minimum » (Glassford, 2013). Toutefois, sa relation avec le mouvement ouvrier fut surtout marquée par son intransigeance, ce qui l'amena notamment à renvoyer Roebuck de son Cabinet pour ses critiques à son endroit (Glassford, 2013). Comme le souligna McNaught, « dès 1937, [Hepburn] menait une offensive tous azimuts contre le syndicalisme industriel dans la province. » (McNaught, 1988 : 250, traduction libre) Il se fit plutôt le promoteur des intérêts des compagnies minières et des filiales américaines installées en Ontario, comme les fabricants d'automobiles (McNaught, 1988 : 250). Par exemple, lors de la grève d'Oshawa, en 1937, déclenchée par les 4 000 membres des *Travailleurs unis de*

³¹¹ Devenu sénateur libéral, il fut un défenseur de la constitutionnalisation des droits (voir chapitre 8).

l'automobile, affilié au puissant *Congrès des organisations industrielles* (COI), Hepburn prit parti pour l'employeur, *General Motors* (GM), qui refusait de reconnaître le syndicat (Abella, 2006). Hepburn dénonça publiquement le COI comme étant un nid d'agitateurs étrangers et de communistes (Lower, 1977 : 529). Alors que ses propres mouchards lui confirmaient que « la situation à Oshawa était pacifique », il annonça publiquement que « la preuve d'un vaste complot communiste avait été découverte et que, par conséquent, il allait déployer des renforts policiers. » (Abella, 1969 : 117, traduction libre) Hepburn sollicita aussi le déploiement d'agents de la GRC et, après avoir essuyé un refus de Mackenzie King, il « ordonna à l'Ontario Provincial Police de recruter plusieurs centaines d'agents spéciaux » briseurs de grève (Glassford, 2013). Dans sa frénésie, il alla jusqu'à demander à GM « de rompre les négociations », « à chaque fois qu'une entente semblait imminente » avec le syndicat (Abella, 1969 : 118, traduction libre). Pour lui, une bataille existentielle se jouait pour la défense de la propriété privée face au communisme, qu'il fallait endiguer. Car Hepburn craignait que le COI n'étende son influence auprès des mineurs après une grève victorieuse dans le secteur de l'automobile (Abella, 1969 : 118). Il fit une déclaration publique sans équivoque : « Oshawa n'est qu'une tentative du CIO d'ouvrir la voie à une véritable offensive contre les richesses fondamentales de la province et son secteur minier. » (Citation tirée d'Abella, 1969 : 118, traduction libre) Son opposition virulente eut des effets contingents : GM, de guerre lasse, s'entendit avec le syndicat, dont la victoire « inspira les travailleurs partout au Canada » et « donna l'élan nécessaire au COI pour syndiquer les grandes industries du pays. » (Abella, 1969 : 118, traduction libre)

Le positionnement antisyndical et anticomuniste de Hepburn, tout comme ses actions durant la grève, lui attirèrent aussi de vives critiques de la part du *Toronto Star* et du *Canadian Forum* (Deshaies, 2019 : 82). Ces deux médias furent des voix isolées à dénoncer la politique répressive du gouvernement Hepburn à l'égard du mouvement ouvrier, car les autres médias de masse, notamment le *Globe and Mail*, soutenaient le premier ministre (Deshaies, 2019 : 82). Woodsworth fut aussi une voix solitaire à

dénoncer, aux Communes, le traitement inique réserver aux grévistes d'Oshawa en particulier, et aux libertés syndicales en général partout au Canada. Woodsworth attira l'attention de la Chambre sur « la concentration des forces policières fédérales et provinciales à Toronto et la nécessité urgente d'une intervention officielle » de la part du gouvernement central, pour éviter toute violence, comme lors « de la marche des chômeurs sur Régina » en 1935 (Woodsworth, 1937b : 2912). Le chef du CCF reprit les propos du maire d'Oshawa, Alex Hall, pour qui les grévistes étaient demeurés pacifiques et respectueux des lois (Woodsworth, 1937b : 2913) Selon Woodsworth, Hepburn ne pouvait plus jouer un rôle d'arbitre crédible entre les grévistes et l'employeur, car « il appuie sans réserve la General Motors et il se déclare prêt à mettre en œuvre toutes les ressources de la province pour faire respecter l'ordre et la loi. » (Woodsworth, 1937b : 2913) Le député travailliste se demanda aussi pourquoi le gouvernement King avait acquiescé à la requête d'Hepburn de déployer des dizaines d'agents de la GRC à Oshawa, alors que les circonstances ne réclamaient pas une telle démonstration de force et que le gouvernement ontarien avait pris fait et cause pour GM (Woodsworth, 1937b : 2913) Malgré la rhétorique d'Hepburn, Woodsworth réitéra que le syndicat présent à Oshawa, le COI, même s'il était d'origine étrangère, « est une association ouvrière légitime » et « n'est pas un groupement subversif ni illégal. » (Woodsworth, 1937b : 2913-2914) À ceux qui critiquaient la présence au Canada de syndicats américains, le député invitait à ne pas « oublier que nous avons aussi des industriels américains. » (Woodsworth, 1937b : 2914) Il rappela aussi que, contrairement aux préjugés, les syndicats jouaient un rôle crucial dans le maintien de la paix industrielle (Woodsworth, 1937b : 2914). Incidemment, les tentatives de bloquer la syndicalisation des ouvriers ne pouvaient mener qu'au désordre social (Woodsworth, 1937b : 2914). Le gouvernement central devait donc impérativement intervenir pour protéger les libertés des travailleurs, qui risquaient d'être écrasés, pour maintenir la paix et pour « réprimer la tentative de dictature qui se manifeste dans la direction de cette industrie à Oshawa. » (Woodsworth, 1937b : 2914)

Mackenzie King et son ministre du Travail, Norman Rogers, étaient critiques de l'approche répressive d'Hepburn, qui radicalisait les ouvriers, alors qu'ils jugeaient préférables une politique d'apaisement et de cooptation (Herd et Seager, 1985). Toutefois, King ne voulait pas provoquer une confrontation directe avec Hepburn (Herd et Seager, 1985). Durant ses années au pouvoir en Ontario, les relations d'Hepburn et King se détériorèrent (Glassford, 2013). Signe des conflits de personnalité et d'intérêts entre eux, King ne consulta même pas Hepburn, le leader de l'État provincial le plus riche et le plus peuplé qui appartenait au même parti politique que lui, avant de lancer la Commission Rowell-Sirois (Alway, 1967 : 118). Hepburn reprocha au gouvernement King de ne pas avoir consulté ses homologues provinciaux sur « une question qui touchait de manière directe et fondamentale à leurs intérêts. » (Alway, 1967 : 118, traduction libre) Comme Ernest Lapointe avant lui, Hepburn croyait, dans une perspective contractualiste, que seule une conférence constitutionnelle, réunissant tous les partenaires de la fédération, pouvait légitimement revoir l'équilibre des pouvoirs, qui nécessitait le consentement unanime du Parlement et des législatures (Alway, 1967 : 118-119, 122). Pour le premier ministre ontarien, une commission royale d'enquête était la créature et servait les intérêts du gouvernement central (Alway, 1967 : 118-119, 122). De plus, selon ce dernier, et contrairement aux conclusions avancées par la Commission Rowell-Sirois, « les gouvernements provinciaux devraient avoir davantage de responsabilités, pas moins, lesquelles seraient financées par un nouveau partage des pouvoirs fiscaux entre les deux ordres de gouvernement. » (Alway, 1967 : 119). De cette façon, « en empêchant une centralisation excessive et dangereuse », « le fragile équilibre au sein du système fédéral canadien serait préservé. » (Alway, 1967 : 120, traduction libre)

7.3.2.2. Maurice Le Noblet Duplessis

Devenu chef de l'opposition à Québec, en 1933, Maurice Duplessis était un leader à la recherche d'un programme qui pourrait le propulser jusqu'au pouvoir. Son Parti conservateur se rapprocha de l'Action libérale nationale (ALN), dirigée par Paul Gouin

et formée notamment de libéraux dissidents et réformistes, qui s'opposaient au laisser-fairisme et à la corruption du premier ministre libéral Alexandre Taschereau (Linteau *et al.*, 1989 : 53, 131). À la suite d'une alliance électorale fructueuse, en 1935, qui vit les deux partis rafler plusieurs sièges aux libéraux, et d'une redoutable campagne de lutte contre la corruption gouvernementale, menée de main de maître par Duplessis, les deux partis fusionnèrent en une nouvelle entité, l'Union nationale (UN), à la tête de laquelle ce dernier parvint à se hisser, tout en reprenant la plateforme réformiste de l'ALN (Sarra-Bournet, 2009). En 1936, l'UN mit fin au long règne des libéraux – au pouvoir depuis 1897, mais affaiblis par les scandales – avec un programme de réformes, critique des « puissances d'argent » (Linteau *et al.*, 1989 : 53, 131-135). Au pouvoir, Duplessis abandonna rapidement l'esprit de réforme pour « une approche libérale qui différerait peu de celle de son prédécesseur. » (Linteau *et al.*, 1989 : 135) Au laisser-faire et à l'antisindicalisme de Taschereau, Duplessis ajouta un conservatisme social et une politique de charité publique (Sarra-Bournet, 2009). Il continua aussi « la même politique que son prédécesseur, axée sur la coopération avec les entreprises étrangères et l'exploitation privée des richesses naturelles. » (Linteau *et al.*, 1989 : 135) Par exemple, lors de la grève générale du textile de 1937 – opposant les 10 000 tisserands de la *Confédération des Travailleurs catholiques du Canada*, demandant de meilleures conditions de travail et la pleine reconnaissance des libertés syndicales, à la puissante *Dominion Textile* –, Duplessis critiqua publiquement les dirigeants syndicaux, accusés de promouvoir la grève pour assurer leur propre position (Charpentier, 1965 : 90-94). Ce dernier et son ministre du Travail, William Tremblay, s'ingérèrent dans le conflit industriel, « enjoignant aux travailleurs de rentrer au travail avant de négocier. » (Sarra-Bournet, 2009) Duplessis voulait aussi canaliser les revendications des ouvriers à travers l'*Office des salaires raisonnables*, créé en vertu de la *Loi sur les salaires raisonnables* de 1937, qui devait jouer le rôle d'arbitre en

matière de relations industrielles, alors que le syndicat, méfiant³¹², préférait une convention collective négociée, même s'il fallait rester en grève (Charpentier, 1965 : 89-90).

Lors de la grève du textile, qui dura pratiquement tout le mois d'août 1937, la *Dominion Textile* pouvait notamment bénéficier de « la protection d'une force policière très nombreuse et, par moment, complice de ses manœuvres. » (Charpentier, 1965 : 98) Les policiers municipaux et provinciaux avaient d'ailleurs été dépêchés pour permettre l'entrée des briseurs de grève et pour assurer leur protection (Charpentier, 1965 : 99).

Donnant suite à la campagne anticomuniste du cardinal Villeneuve, et voulant compenser l'abrogation de l'article 98 du Code criminel en 1936 par le Parlement central, Duplessis fit adopter en mars 1937 la *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*³¹³, mieux connue sous le nom de *Loi du cadenas* (Le Devoir, 1937 : 6 ; Lambertson, 2005 : 45). La *Loi du cadenas* donnait le pouvoir au Procureur général (Duplessis) de faire fermer tout édifice ayant servi à la propagation des idées bolchéviques (Québec, 1937). Elle rendait aussi illégale toute publication ou distribution de littérature faisant la promotion de ces idées, qui pouvait être saisie et détruites par la police, et les contrevenants pouvaient encourir une peine de prison d'une année (Québec, 1937). Non conforme à l'État de droit, cette loi inversait le fardeau de la preuve, car le propriétaire d'un édifice ayant été fermé devait prouver son innocence devant la Cour supérieure, en démontrant qu'il ignorait que sa maison fut utilisée pour disséminer des idées communistes, ou encore qu'elle n'eût pas été utilisée à cette fin depuis au moins une année (Québec, 1937). Le premier ministre prit la parole

³¹² Le président de la *Confédération des travailleurs catholiques du Canada*, Alfred Charpentier, critiqua ce mécanisme puisqu'il ne permettrait pas d'améliorer les conditions de travail des tisserands : « La Loi des salaires raisonnables peut vous valoir une augmentation de salaire et une diminution d'heures de travail, mais elle ne vous donne pas le moyen d'obtenir d'autres améliorations. Ce n'est que par une organisation syndicale compétente que vous pourrez obtenir des améliorations comme la diminution de la vitesse de vos machines, la diminution du nombre de métiers assignés à chacun. » (Charpentier, 1937)

³¹³ En vertu de la *Loi du cadenas*, de mars 1937 à décembre 1938, dix bâtiments furent cadénassés et les autorités saisirent 54 369 copies de divers journaux, 39 317 livres, 23 102 circulaires, 15 000 pamphlets et 4 900 insignes (MacLennan, 2003 : 19).

à l'Assemblée législative pour défendre le pouvoir étendu que le projet de loi accordait au pouvoir coercitif d'État : « Nous devons faire face à des circonstances hors de l'ordinaire et en conséquence recourir à des moyens hors de l'ordinaire. Aux grands maux les grands remèdes. » (Le Devoir, 1937 : 6) Selon Duplessis, le communisme athée était une menace existentielle pour le Québec, qui commandait une réponse forte : « Nous voulons atteindre le communisme à sa source même, car il nous ferait perdre, s'il était victorieux, notre principal actif, qui est la foi. [...] Le jour où le communisme triompherait et renverserait ce rempart de l'ordre et du bien qu'est notre clergé, c'en serait fait de la province de Québec. » (Le Devoir, 1937 : 6) Duplessis concevait aussi cette loi comme une mesure prophylactique, visant à protéger la société québécoise d'une pandémie communiste (Le Devoir, 1937 : 6).

Dès son adoption, la *Loi du cadenas* a joui d'un soutien public important au Québec, tant du côté du clergé catholique, de la presse d'expression anglaise et française ainsi que des milieux d'affaires anglo-montréalais (Horn, 1980 : 113 ; Lambertson, 2005 : 45-46). De plus, le chef des libéraux québécois, Télesphore-Damien Bouchard, en approuva le principe et l'objectif, en affirmant que « [l']opposition est sympathique à toutes les mesures contre le communisme. » (Le Devoir, 1937 : 6) Toutefois, le député libéral Peter Bercovitch émit une réserve : comme la *Loi du cadenas* ne définissait pas les concepts « bolchéviste » et « communiste », elle pouvait mener à des excès (Le Devoir, 1937 : 6). Alors que le premier ministre voyait justement la force de cette loi dans son imprécision, lui donnant une application plus large (Le Devoir, 1937 : 6).

L'opposition à la *Loi du cadenas* au Québec provint « d'un petit groupe de défenseurs des libertés civiles, surtout anglophones, mais incluant quelques francophones », notamment Forsey et Scott, pour qui « la loi était un cauchemar. » (Lambertson, 2005 : 46, traduction libre) Ce groupe était essentiellement composé d'hommes très éduqués, d'ascendance britannique, appartenant à la classe moyenne supérieure et dont l'idéologie était libérale progressiste (Lambertson, 2005 : 48-57). Un des membres de cette nouvelle élite réformiste, Forsey, dénonça dans *Canadian Forum* la dérive

répressive et arbitraire que représentait cette loi, qui ne proposait délibérément pas une définition de ce qui était entendu par « bolchévisme » (Forsey, 1937b). L'absence de définition claire permit au gouvernement Duplessis « d'en abuser » et « d'agir à l'encontre du CCF et des syndicats, et même de fermer des organisations communautaires juifs et ukrainiens » (Clément, 2008 : 38, traduction libre) Ce vide sémantique donnait « carte blanche pour décider quelle forme de dissidence politique impopulaire pouvait être réprimée. » (Lambertson, 2005 : 46, traduction libre)

Dans l'article *Embryo Fascism in Quebec*, Scott avança que la *Loi du cadenas* ne répondait pas à une menace réelle : la faiblesse du Parti communiste au Québec était inversement proportionnelle à la force répressive de la législation, devant combattre « cet ennemi largement imaginaire. » (Scott, 1938a : 455, traduction libre) Forsey, Scott et plusieurs autres participèrent à la fondation de l'*Association canadienne des libertés civiles* de Montréal, avec l'aide des conseils du directeur de l'*Association américaine des libertés civiles*, Roger Baldwin, pour s'opposer à la *Loi du cadenas* et dénoncer son caractère liberticide (Clément, 2008 : 38-39 ; MacLennan, 2003 : 19). L'*Association* était la première vraie association de défense des droits civils au Canada, car elle visait la défense de tous les citoyens, pas seulement des syndicalistes et des communistes, comme la *Ligue de défense des travailleurs canadiens* (Clément, 2008). L'*Association*, et une quarantaine d'autres organisations comme le CCF, déposèrent d'ailleurs une pétition au gouvernement central, réclamant qu'il demande l'avis de la Cour suprême sur la constitutionnalité de cette loi ou qu'il la désavoue (Canadian Forum, 1938 ; Forsey, 1938b). À la Chambre des communes, le chef du CCF, Woodsworth, se fit le relais de leurs revendications et de celles de syndiqués ailleurs au Canada, en alertant la Chambre des communes des dangers menaçant « les libertés des citoyens canadiens et [...] en particulier [les] droits fondamentaux de la classe ouvrière. » (Woodsworth, 1937a : 2367) Il reprocha au gouvernement d'être prompt à réagir pour mettre fin aux grèves d'occupation, mais de manquer à l'appel quand il s'agissait de « protéger les membres des syndicats ouvriers » (Woodsworth, 1937a :

2367-2368). Il voyait derrière cela une justice à géométrie variable, favorisant le grand capital au détriment des droits de la personne (Woodsworth, 1937a : 2367) Woodsworth contesta spécifiquement la *Loi du cadenas* « au nom des ouvriers syndiqués » et « de tous les sujets britanniques qui aiment la liberté. » (Woodsworth, 1937a : 2368) Il cita d'ailleurs un éditorial du *Winnipeg Free Press*, affirmant qu'il y avait une « chasse aux radicaux dans la province de Québec », mais aussi que la *Loi du cadenas* était « bien l'un des assauts les plus farouches qui ait jamais été tenté contre la liberté au Canada. » (Citation tirée de Woodsworth, 1937a : 2368) Il interpella le gouvernement libéral pour lui rappeler qu'il détenait un pouvoir de désaveu ou qu'il pouvait soumettre cette loi, pour avis, à la Cour suprême, car elle semblait, à sa face même, anticonstitutionnelle (Woodsworth, 1937a : 2369). Entrevoyant la mauvaise foi du gouvernement, Woodsworth se fit ironique : « Voyant que le Gouvernement était si impatient de savoir si [le *New Deal* canadien] était valide, peut-être essaierait-il de s'assurer si cette loi l'est également. » (Woodsworth, 1937a : 2369) Au final, le gouvernement King « refusa catégoriquement de donner suite à l'une ou l'autre » de ces options, car sa majorité en Chambre dépendait de députés libéraux québécois favorables à cette loi (Lambertson, 2005 : 50) et il voulait éviter de nourrir la rhétorique électorale de Duplessis (Bushnell, 1992 : 319, traduction libre), tout en invoquant le respect de la souveraineté législative provinciale (Woodsworth, 1937a : 2372). Forsey dénonça ce refus, qui était contraire au droit constitutionnel et aux précédents historiques³¹⁴ (Forsey, 1937b, traduction libre) Pour ce dernier, le pouvoir désaveu pouvait justement être utilisé comme une « arme juridique » « pour protéger les libertés civiles », compensant le fait que le Canada ne possédait pas de déclaration des droits (Forsey, 1937b, traduction libre). Il avança l'idée qu'il était temps au Canada de remédier à cette tare constitutionnelle (Forsey, 1937b).

³¹⁴ En 1937, le gouvernement central avait désavoué trois lois de la législature albertaine (Forsey, 1938a : 47). En 1938, la Cour suprême du Canada déclarait que le pouvoir de désaveu du Gouverneur général en Conseil (le gouvernement central) existait toujours (*Reference Disallowance and Reservation*, 1938). L'utilisation du pouvoir de désaveu, pour protéger les libertés, était à géométrie variable.

Lower arriva à la même conclusion, car, comme il le mentionna, « [l]es efforts déployés pour tester la loi devant les tribunaux ont échoué, à cause de la souveraineté complète de la législature », puisqu'« il n'y a pas de charte des droits au Canada. » (Lower, 1977 : 532, traduction libre) Forsey espérait notamment que la Commission Rowell-Sirois « recommande les changements constitutionnels nécessaires, *y compris une charte des droits*, dont le Canada avait besoin pour défendre la liberté de manière adéquate. » (Milligan, 2004 : 154, traduction libre, italique ajouté)

Bref, l'autonomie souveraine de l'Assemblée législative du Québec, dans ses champs de compétence, mettait de la sorte la *Loi du cadenas*, pourtant arbitraire et répressive, à l'abri du contrôle judiciaire. De plus, le soutien important de la loi auprès des élites québécoises empêchait le King de la désavouer, comme il le fit en Alberta. Les voix critiques de la politique ouvrière de Duplessis – émanant notamment de Forsey, Scott et de l'*Association canadienne des libertés civiles* – demeuraient très minoritaires. En outre, le gouvernement central ne voulait pas envenimer des relations déjà tendues avec le gouvernement Duplessis, qui avait adopté une position autonomiste forte et était véhémentement opposé aux initiatives du gouvernement central (comme la création d'un régime canadien d'assurance chômage). D'ailleurs, comme son homologue de l'Ontario, Duplessis inscrivit son opposition ferme à la Commission Rowell-Sirois dans le langage des droits provinciaux, tout en s'inscrivant dans la continuité de la tradition de pensée contractualiste héritée du juge Loranger (Sarra-Bournet, 2009). Si le régime de Duplessis et sa *Loi du cadenas* a incarné, pour plusieurs comme Scott ou Lower, le paroxysme de la répression provinciale et lui « a attiré une attention nationale, [toutefois,] la dissidence politique était ciblée et réprimée dans toutes les provinces canadiennes. » (Adams, 2009 : 63, traduction libre)

Les années d'entre-deux-guerres ont vu apparaître un appareil sécuritaire – violant les libertés civiles et écrasant de son « talon de fer » les forces contestatrices – ainsi qu'un contre-discours juridique, qui énonça les termes du projet nationaliste constitutionnel canadien. Face aux exemples nombreux et patents d'abus de pouvoir commis par les autorités à l'endroit des organisations de travailleurs (souvent issus de l'immigration), un groupe de juristes réformateurs émergea pour s'allier au mouvement ouvrier et pour remettre en question l'ordre constitutionnel canadien d'héritage britannique. Pour ces derniers, le système britannique de protection des libertés – le parlement comme frein au pouvoir exécutif et les tribunaux appliquant la *Common Law* – avait prouvé son inefficacité à garantir efficacement les droits inhérents à la citoyenneté. En outre, pour ce groupe de réformistes, l'Acte de 1867 – tel qu'interprété par le Comité judiciaire et par les principaux acteurs politiques, comme le puissant lieutenant de Mackenzie King, Ernest Lapointe – s'était révélé être un carcan contraignant, qui empêchait le Canada de se doter d'un État central interventionniste, pour lutter contre les injustices et sortir le pays du marasme économique des années 1920 et 1930.

Le projet nationaliste constitutionnel visait à redonner sa primauté à l'État central – comme l'auraient voulu, selon eux, les « Pères de la Confédération » –, en rapatriant et en amendement la Constitution de manière unilatérale, pour accroître ses pouvoirs généraux « de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada » et pour constitutionnaliser les droits. L'État central devrait ainsi être le seul responsable du bien-être général de la population et de la protection des libertés. Il pourrait ainsi jouer un rôle de surveillance des gouvernements provinciaux liberticides.

Durant cette période, le contre-discours juridique réformiste, avancé par une nouvelle élite éduquée, est demeuré minoritaire, à la fois par la position inférieure occupée par ses promoteurs et par sa faible diffusion. Par exemple, aux Communes, le député d'arrière-ban Woodsworth fut une voix constante, mais solitaire, du mouvement ouvrier, victime de la répression étatique. Scott est demeuré un simple professeur, certes influent dans les cercles réformistes, mais dont l'esprit radical et critique

l'éloigna des postes de pouvoir. Forsey, quant à lui, se voyait cantonné à une position inférieure de professeur auxiliaire d'économie politique sans possibilité de promotion, car on lui reprochait ses activités militantes (auprès des syndicats, du CCF, de la *Ligue pour la reconstruction sociale* et de l'*Association canadienne des libertés civiles*) (Milligan, 2004 : 151). Sans contrat de travail en 1941, Forsey conclut que l'avancement à l'Université McGill « ne dépendait pas du travail [d'enseignement et de recherche] d'une personne, mais de sa popularité et de son observance, dans ses activités extérieures, de certaines règles arbitraires et mal définies. » (Citation tirée de Milligan, 2004 : 152, traduction libre) Son expérience l'amena à voir la liberté académique comme une liberté fondamentale (Milligan, 2004 : 152).

L'entre-deux-guerres a tout de même permis de poser les termes du débat qui allait traverser le Canada, et ce, jusqu'au rapatriement de 1982. D'un côté, le groupe majoritaire, libéral conservateur, qui occupait les postes de pouvoir au centre de l'État mobilisait le langage laisser-fairiste du droit coutumier britannique, favorable aux libertés économiques et individuelles, et d'un fédéralisme plus classique, combinant suprématie parlementaire, respect de la division constitutionnelle des pouvoirs et vision contractualiste de la Confédération. Les acteurs de ce groupe voulaient maintenir un lien juridique avec l'Empire (même sous une forme atténuée après le *Statut de Westminster de 1931*) et respectaient la convention de modification constitutionnelle, exigeant le consentement unanime des législatures provinciales.

De l'autre, le groupe minoritaire, libéral progressiste, prenait appui sur une conception moderne du droit, influencée par le constitutionnalisme américain (vision fonctionnelle du droit, charte des droits et contrôle judiciaire), une vision centralisatrice de la fédération (imposant une plus grande uniformité du droit et des programmes sociaux), tout en récusant l'idée que la fondation du Canada découlait d'un pacte. Ces juristes réformateurs plaidaient pour la fin du lien juridique avec Londres, par l'abolition des appels au Comité judiciaire et le rapatriement de la Constitution. Pour arriver à ces fins, ils ne jugeaient pas légalement nécessaire d'obtenir le consentement des législatures

provinciales. Ce groupe, minoritaire par le pouvoir institutionnel et la faible pénétration de leur discours, était proche des organisations politiques et syndicales, qui réclamaient la protection des libertés fondamentales (association, expression, réunion, etc.).

Alors que la Grande Dépression tirait à sa fin, on observa une brèche dans l'édifice constitutionnel canadien, avec la conclusion des travaux de la Commission Rowell-Sirois, alors que peu à peu un nouveau paradigme gouvernemental interventionniste se met en place, à la faveur de la Deuxième Guerre mondiale. Au cœur de l'État central, le fédéralisme classique (deux ordres de gouvernement autonomes et pleinement souverains dans leur champ de compétences exclusives) cédait le pas à une conception plus fonctionnelle de la fédération (division flexible et coopération des pouvoirs), tandis que les principes du laisser-fairisme et du gouvernement limité reculaient devant la nouvelle approche davantage interventionniste et fonctionnelle. S'il n'y avait toutefois pas encore d'ouverture pour que l'État s'oriente vers la constitutionnalisation des droits, l'hégémonie canadienne était fissurée, ouvrant la porte aux changements futurs, favorables à la réalisation du projet nationaliste constitutionnel canadien.

Une nouvelle élite montante, nationaliste, masculine, plus scolarisée et appartenant à la classe moyenne supérieure a porté le projet du virage keynésien de l'État canadien et fonctionnel du régime fédéral. Toutefois, seule une minorité d'entre eux alla jusqu'à rejeter le principe de la suprématie parlementaire pour instaurer des protections constitutionnelles et un contrôle judiciaire à l'américaine. L'idée de la constitutionnalisation des droits n'était défendue que par une poignée d'intellectuels, dont Forsey, Lower, Scott et Woodsworth. La grande majorité des acteurs demandaient l'abrogation de l'appareil sécuritaire – notamment l'article 98 du Code criminel et l'article 41 de la *Loi sur l'immigration* – qui minait la jouissance des libertés britanniques traditionnelles. Selon Christopher MacLennan, mis à part quelques exceptions, le mouvement de défense des libertés civiles, durant la crise des années 1930, se contentait, essentiellement, « de convaincre le gouvernement de cesser de bafouer les droits individuels, dans certaines circonstances particulières [...] ».

(MacLennan, 2003 : 20, traduction libre) Il fallait attendre le contexte hautement répressif de la Deuxième Guerre mondiale « pour que bon nombre des défenseurs des libertés civiles commencent à envisager sérieusement la nécessité d'une solution plus complète [c'est-à-dire une charte constitutionnelle des droits]. » (MacLennan, 2003 : 20, traduction libre) Ce tournant est le thème du prochain chapitre.

CHAPITRE VIII

LA MONTÉE DU PROJET NATIONALISTE CONSTITUTIONNEL – II DE LA DEUXIÈME GUERRE MONDIALE AUX ANNÉES 1960

La Deuxième Guerre mondiale précipita le retour des mesures d'urgence et de la suspension des libertés civiles, mais à une intensité plus grande que durant la précédente. Toutefois, effets de contingence, cette période fut aussi un moment charnière dans le développement des idées des juristes réformateurs et dans la mobilisation de plus en plus importante du mouvement pour la défense des libertés civiles. Deux événements marquèrent la lutte au sein de l'État et du champ juridique : la déportation des Canadiens japonais et la répression des communistes.

Dans l'après-guerre eut lieu un débat inédit sur la protection des droits au Canada, alors que le Parlement central créa deux comités parlementaires pour étudier l'état des libertés dans la fédération et la façon de répondre aux obligations découlant de la *Charte des Nations Unies* et de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Si le droit international des droits de la personne n'a pas déterminé le développement des droits constitutionnalisés au Canada, par contre il a contribué à ce qu'au cœur du champ étatique canadien, cette question fût discutée avec une ampleur sans précédent.

Le contexte de l'après-guerre favorisa indubitablement le groupe minoritaire des juristes réformateurs au sein du champ juridique, qui put tirer avantage de la puissance symbolique de l'enjeu des droits de la personne. Leurs positions unitaires, centralisatrices, nationalistes et constitutionnelles ont gagné en importance. Certes, le groupe majoritaire, au pouvoir, défendait encore le maintien des conventions et traditions d'héritage britannique. Mais, il se retrouvait dans une position politique de plus en plus inconfortable face à la force des droits de la personne après la guerre. Cet

inconfort fut rendu visible notamment dans la position ambiguë du Canada lors des débats à l'ONU, en 1948, à propos de l'adoption de la *Déclaration universelle*, mais aussi dans les critiques équivoques qu'apportèrent les libéraux menés par Lester B. Pearson au projet de *Déclaration canadienne des droits* du premier ministre John Diefenbaker. Le groupe majoritaire continua à justifier sa position au sein du métachamp étatique au nom du droit coutumier, de la protection traditionnelle des libertés, d'un fédéralisme plus classique (contractualiste et dualiste) et de la suprématie parlementaire. Toutefois, après la retraite de King puis de Louis St-Laurent, le nouveau chef, Pearson, céda peu à peu du terrain à partir de 1958 sur la question des droits constitutionnalisés. Enfin, l'arrivée de Diefenbaker à la tête des progressistes-conservateurs, un champion des libertés civiles, marquait un changement de cap majeur pour ce parti qui, jusqu'alors, défendait le lien impérial et la tradition britannique.

L'ère Diefenbaker fut une période de transition entre deux modèles juridico-politiques. Il proposa une offre politique tentant de fusionner deux mondes. Son échec ne doit pas faire oublier qu'elle a contribué à inscrire la protection des « droits de l'homme » au cœur des priorités de l'État. Il a été le premier chef de l'exécutif à proposer une vision nationaliste canadienne, liant charte des droits, justice sociale, solidarité interprovinciale, souveraineté parlementaire, connexion britannique, unité et citoyenneté canadiennes. S'il ne reconnut pas sa dette envers Diefenbaker, le premier ministre Trudeau put bénéficier du travail sur les consciences et sur les institutions qu'effectua son prédécesseur. Puisque les gouvernements Trudeau coïncidèrent avec l'institutionnalisation durable du projet nationaliste constitutionnelle, ce pan de l'histoire canadienne va être traité dans la conclusion générale.

Dans ce chapitre, qui poursuit l'analyse sociohistorique commencée au chapitre précédent, (1) l'état d'exception durant la Deuxième Guerre mondiale va être analysé, notamment la déportation des Canadiens japonais, la répression des communistes et l'affaire d'espionnage Gouzenko. Ensuite, (2) le débat d'après-guerre sur la protection constitutionnelle des libertés est présenté. Enfin, ce chapitre clôt avec (3) l'analyse de

l'arrivée au pouvoir d'un défenseur des libertés civiles, Diefenbaker. Pour chacune de ces périodes, les positions, prises de position et *habitus* des principaux acteurs des groupes majoritaire et minoritaire sont analysés, de façon cohérente avec l'approche conflictuelle, historique, dynamique et relationnelle bourdieusienne.

8.1. L'État d'exception durant la Deuxième Guerre mondiale

Au vu de l'imminence d'un conflit militaire généralisé en Europe, le gouvernement King adopta par décret, le 14 mars 1938, la mise en place d'un comité interministériel – auquel participa la GRC – qui devait proposer des législations d'urgence pour assurer la sécurité intérieure (Cook, 1974 : 37-38). Leurs 64 propositions allaient devenir les *Règlements concernant la défense du Canada*, entrés en vigueur le 3 septembre 1939, en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*, proclamée une semaine plus tôt (Cook, 1974 : 38). Lorsque Mackenzie King convia les membres de la Chambre des communes à débattre d'une proposition de déclaration de guerre, le 7 septembre 1939, la loi et les mesures d'urgence ne furent pas débattues (Cook, 1974 : 39). Pour affirmer l'indépendance du Canada en matière de politique étrangère et de défense³¹⁵, le gouvernement King retarda ostensiblement l'entrée en guerre de la fédération de quelques jours : si Londres déclarait officiellement la guerre à l'Allemagne nazie le 3 septembre 1939, le Parlement du Canada le fit une semaine plus tard, le 10 septembre.

Ramsay Cook souligna que les *Règlements* « représentaient, ensemble, la plus grave restriction aux libertés civiles des Canadiens depuis la fondation de la Confédération. » (Cook, 1974 : 38, traduction libre) En effet, la *Loi sur les mesures de guerre* conférait les pleins pouvoirs au Cabinet King, qui pouvait gouverner par décrets, sans approbation ou véritable contrôle parlementaire (Cook, 1974 : 38-39). De plus, les

³¹⁵ Énoncée par la *Déclaration de Balfour* de 1926 et confirmée par le *Statut de Westminster* de 1931.

Règlements levaient les garanties juridiques³¹⁶ et les libertés fondamentales³¹⁷ : « Tant et aussi longtemps que le Canada restait en guerre, les libertés des Canadiens et de leurs associations civiles étaient largement à la merci d'Ottawa. » (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 146, traduction libre) Quant à l'appareil sécuritaire, « jamais auparavant et jamais plus la GRC n'allait-elle disposer de pouvoirs aussi étendus, quasi totalitaires, pour assurer un rôle de police politique et contrôler la société canadienne. » (Whitaker, Kealey et Parnaby, 2012 : 146, traduction libre) Privé de ses droits, le citoyen était donc juridiquement nu, vulnérable, devant une raison d'État primant sur la règle de droit et les libertés³¹⁸. Ironiquement, l'état d'exception était ainsi instauré « au moment même où le Canada se préparait à lutter contre le totalitarisme au nom de la démocratie libérale. » (Cook, 1974 : 38, traduction libre)

La réactivation de la *Loi des mesures de guerre* et la mise en œuvre des *Règlements* signifiaient l'application du cortège habituel de mesures répressives, qui prenaient pour cibles les « ennemis intérieurs ». Dans les circonstances, l'on mit sur la sellette le PCC, la presse ouvrière et ethnoculturelle ainsi que les Canadiens d'origine étrangère, qui avaient le malheur d'être issus des pays de l'Axe et dont la loyauté était jugée douteuse. Les autorités canadiennes ciblerent aussi les groupes religieux objecteurs de conscience, comme les Témoins de Jéhovah. Ces derniers ont été déclarés organisation illégale entre 1941 et 1945 par le gouvernement canadien et plusieurs membres furent internés à cause de leur pacifisme jugé nuisible à l'effort de guerre (cf. Rainville, 2018 : 212-216). À partir de 1946, ces derniers lancèrent une campagne contre le traitement réservé aux minorités religieuses au Québec et diffusèrent le pamphlet *La haine ardente du Québec pour Dieu, pour Christ, et pour la liberté, est un sujet de honte pour tout le Canada*. Ils militèrent aussi pour une charte des droits à l'américaine pour protéger notamment la liberté de culte, et déposèrent à la Chambre des communes une pétition

³¹⁶ Comme la protection contre l'arrestation arbitraire, la détention sans procès, le droit de faire appel.

³¹⁷ Soit les libertés d'association, d'expression, de religion, de réunion, etc.

³¹⁸ Selon Giorgio Agamben (2003), l'état d'exception désarticule la relation entre le droit et la violence légitime, laissant l'individu à la merci d'une violence se manifestant sans respecter les normes juridiques.

de près de 500 000 noms. Le prosélytisme des Témoins leur attira les foudres du clergé catholique et du premier ministre Duplessis, qui fit adopter plusieurs lois³¹⁹ pour les faire taire. Leur principal conseiller juridique, William Glen How, remporta avec Frank Scott plusieurs causes pour les Témoins devant la Cour suprême (comme l'arrêt *Roncarelli*), et fit la promotion d'une charte constitutionnelle des droits.

Plusieurs autres groupes furent ciblés : les *Règlements* permirent de censurer 325 organes de presse et 30 groupes ethnoculturels, politiques et religieux (Smith, 2013). Plusieurs membres de ces groupes ainsi que des citoyens appartenant à la catégorie des « ennemis étrangers » (originaires d'Allemagne, d'Italie et du Japon) furent internés de manière « préventive » durant la guerre, au nom de la sécurité intérieure. Selon Reg Whitaker, on ne saurait minimiser la portée de cet internement de masse, car le Royaume-Uni, pourtant à proximité de la menace nazie, avait interné beaucoup moins de citoyens ou résidents que le Canada³²⁰ (Whitaker, 1986 : 145).

Les mesures répressives mises en place par le gouvernement central « allaient bien au-delà de ce que le contexte d'urgence pouvait justifier », mais « furent peu critiqués, étant donné le contexte de guerre [...] » (Cook, 1974 : 38-39) De plus, « [l]e gouvernement libéral qui était au pouvoir durant la Deuxième Guerre mondiale était beaucoup plus répressif que le gouvernement conservateur qui tenait les rênes du pays durant la Première Guerre mondiale. » (Clément, 2008 : 39, traduction libre) Dans un mémorandum, l'*Association des libertés civiles de Winnipeg* – créée en 1940, pour protester contre « les mesures tyranniques en temps de guerre », et dont le président fut Arthur Lower – fut l'une des rares voix critiques à se faire entendre, à un moment où l'on attendait des citoyens obéissance et patriotisme (Lower, 1967 : 236). Au nom de l'*Association*, le professeur Lower, le pasteur Lloyd C. Stinson³²¹, le professeur de

³¹⁹ Comme la *Loi concernant les publications et la morale publique* (1950).

³²⁰ En ajoutant la quasi-totalité de la population japonaise du Canada, le Royaume-Uni a interné près de 1 800 personnes durant la guerre, et le Canada près de 24 000 (Whitaker, 1986 : 145).

³²¹ Il fut député CCF à l'Assemblée législative du Manitoba de 1945 à 1958.

littérature William F. Osborne, le comptable Alistair McLeod Stewart³²² ainsi que le pasteur et professeur de philosophie, David Owens, firent parvenir un mémoire au premier ministre Mackenzie King. Leur texte fut reproduit dans trois grands journaux³²³ au début de 1940. Selon eux, s'il était compréhensible que le gouvernement s'arroge davantage de pouvoir et restreigne les libertés en temps de guerre, il était inconcevable qu'il suspende celles-ci de manière dictatoriale (Lower *et al.*, 1940). Comme ils le dénoncèrent, « [l]a Loi des Mesures de Guerre donne des pouvoirs absolus au gouverneur général en conseil, elle crée un absolutisme virtuel ; elle abroge les fonctions du Parlement. » (Lower *et al.*, 1940) En outre, l'on dénonça qu'au nom de « la conduite efficace de la guerre », les *Règlements* permettaient « l'emprisonnement préventif », suspendant ainsi la règle de droit, et permettant la censure généralisée (Lower *et al.*, 1940). Or, pour eux, refuser le débat public libre relèverait de la tyrannie (Lower *et al.*, 1940). Pour Lower et ses collègues, « l'atmosphère irrespirable, répressive, [qui] s'abat sur le Canada » s'apparentait à celle que l'on trouvait dans les régimes dictatoriaux allemand, italien et russe (Lower *et al.*, 1940). Ils demandaient au gouvernement de faire preuve de cohérence : « s'il faut combattre pour la liberté de l'autre côté de l'océan, il est nécessaire d'apporter la plus grande vigilance à ce que l'on n'aille pas sacrifier cette liberté ici, au Canada. » (Lower *et al.*, 1940) Ils ne furent pas entendus : plusieurs leaders ouvriers furent écroués durant la guerre, mais aussi des politiciens conservateurs de premier plan, comme le maire de Montréal, Camillien Houde, qui a été détenu pendant quatre ans sans avoir subi de procès, et ce, pour avoir osé critiquer publiquement la conscription militaire (Cook, 1974 : 41-42). Ces faits révélaient la dimension politique de la mise en œuvre des *Règlements* (Cook, 1974 : 42). Deux groupes furent particulièrement

³²² Né en Écosse en 1905 et diplômé de l'Université d'Édimbourg, Stewart immigra au Canada en 1930 et pratiqua le métier de comptable. Il fut un des membres fondateurs du CCF avant de devenir député de ce parti à la Chambre des communes de 1945 à 1958. En 1945, lors de son premier discours en Chambre, il énonça la première proposition d'une charte des droits complète, qui ne visait pas qu'à garantir les droits des minorités linguistiques et religieuses, comme le suggérait Woodsworth.

³²³ *Le Devoir*, *The Vancouver Sun* et *The Winnipeg Free Press*.

ciblés par l'appareil sécuritaire – les Canadiens japonais et les communistes – et leur répression – lors de (1) l'affaire de déportation pour les premiers, et (2) du scandale d'espionnage de 1946 pour les seconds – joua un rôle crucial dans la mobilisation des défenseurs des libertés civiles durant la guerre et ses suites immédiates (Clément, 2016 : 55).

8.1.1. La déportation des Canadiens japonais

Avant la guerre, le racisme et la xénophobie étaient bien répandus au Canada, dans toutes les classes sociales, et se manifestaient ouvertement et publiquement à l'égard des minorités ethnoculturelles et religieuses, comme les Japonais (Palmer et Driedger, 2011). Le racisme envers les Canadiens japonais était particulièrement fort en Colombie-Britannique, là où ils étaient concentrés et perçus par la majorité blanche comme des concurrents économiques indésirables et des étrangers non assimilables (Lambertson, 2005 : 108). Qui plus est, depuis le tournant du XX^e siècle, ils furent directement visés par plusieurs lois et mesures discriminatoires et répressives à leur égard³²⁴ (Cook, 1974 : 43 ; Bangarth, 2008 : 17-19). Le fait que le Japon fut un ennemi du Canada durant la guerre a exacerbé ces sentiments.

Dès 1938, la GRC surveillait les Canadiens japonais, pour s'assurer qu'ils ne s'adonnassent pas à des activités séditeuses (Ward, 1982 : 14). Plus encore, lorsque le gouvernement instaura le service militaire en 1939, les Canadiens japonais en furent exclus (Robinson, 2017). En 1940, le gouvernement King mit sur pied le *Comité permanent sur les Orientaux en Colombie-Britannique*, afin « d'apaiser les craintes populaires et de promouvoir le calme dans le grand public. » (Ward, 1982 : 14) Par la suite, il suivit la recommandation de ce *Comité* et imposa aux Canadiens japonais

³²⁴ Par exemple, en 1895, un amendement à la loi électorale de la Colombie-Britannique prohibait toutes les personnes d'origine japonaise, naturalisées ou non, d'exercer leur droit de vote. Le Comité judiciaire jugea cette loi valide en 1902, dans l'arrêt *Cunningham v. Homma*, dans lequel il statuait que si le Parlement du Dominion était seul responsable de la naturalisation des étrangers, les législatures provinciales pouvaient tout de même déterminer les critères ethniques d'éligibilité électorale, puisque la naturalisation ne conférait pas de droits en soi. Pour une liste complète des lois ciblant les Asiatiques en Colombie-Britannique, voir *Discriminatory Legislation in British Columbia, 1872-1948*.

l'obligation de s'enregistrer auprès de la GRC à titre « d'ennemi étranger »³²⁵ (Cook, 1974 : 43). Le raid aérien de l'armée impériale japonaise, le 7 décembre 1941, sur la base navale américaine de Pearl Harbor dans le Pacifique, « fournit le prétexte pour débarrasser la Côte Ouest de cette population détestée. » (Bangarth, 2008 : 19, traduction libre). Le Canada déclara officiellement la guerre au Japon quelques heures après cette attaque (Sunahara, 2000 : 23). Le jour même, la GRC procéda à l'arrestation de 38 immigrants japonais, suspectés d'être loyaux envers le Japon, et ferma une école de langue japonaise et un journal nippon (Sunahara, 2000 : 23-24). Le lendemain, au nom de la sécurité nationale, la Marine royale canadienne saisissait les 1 200 navires de pêche japonais (Sunahara, 2000 : 24). Devant la multiplication des victoires japonaises dans le Pacifique, les Canadiens japonais étaient de plus en plus perçus comme une « cinquième colonne³²⁶ », composée de traîtres et de saboteurs menaçant la sécurité du Canada (Ward, 1982 : 15). Avec la prise de Hong Kong par l'armée japonaise, le 25 décembre 1941, l'hostilité envers les Canadiens japonais s'est renforcée et, sous la pression de la population et des autorités provinciales, le gouvernement King renforça les mesures coercitives contre eux (Sunahara, 2000 : 25).

Au début du mois de janvier 1942, à Ottawa, lors de la « conférence sur le problème japonais », le *Comité permanent sur les Orientaux* recommanda l'internement des Canadiens japonais (Robinson, 2017). Le 14 janvier 1942, le gouvernement de Mackenzie King ordonna le déplacement de tous les hommes d'origine japonaise, âgés de 18 à 45 ans, de la Côte Ouest vers l'intérieur des terres, pour qu'ils soient internés dans des camps de travail, où ils reçurent des salaires de crève-faim (Cook, 1974 : 43). Les *Règlements concernant la défense du Canada*, en suspendant les protections

³²⁵ Le concept d'ennemi étranger « signifie un individu qui n'est pas sujet britannique et détient la nationalité d'un pays en guerre avec Sa Majesté. » (Canada, 1939b, traduction libre)

³²⁶ Le concept est issu de la propagande fasciste durant la Guerre civile espagnole (1936-1939). Avec l'avancée des « quatre colonnes » de l'armée du général Franco sur Madrid, les fascistes, pour démoraliser les troupes républicaines, affirmèrent que dans la capitale se trouvait une « cinquième colonne », prête à attaquer de l'intérieur et à déstabiliser les défenseurs (Jacomet, 2020).

juridiques normales, accordaient effectivement au ministre de la Justice du Canada un pouvoir discrétionnaire de détention préventive³²⁷ (Canada, 1939b : 29-32).

Plutôt que de calmer les esprits, en suggérant que les Canadiens japonais représentaient une réelle menace, cette mesure n'a fait « qu'amplifier les craintes des blancs de la côte ouest et les pousse à réclamer la déportation de tous les Canadiens japonais. » (Robinson, 2017) Le premier ministre King était lui aussi animé des mêmes inquiétudes et préjugés à l'égard des Canadiens japonais, les voyant comme des saboteurs et des traîtres en puissance (Robinson, 2017). Ainsi, son gouvernement emboîta-t-il le pas de l'administration américaine qui, le 19 février 1942, ordonna la relocalisation et l'internement de tous les Japonais habitant la Côte Ouest (Robinson, 2017). Conséquemment, le Cabinet canadien amenda les *Règlements* « pour désigner la côte Pacifique comme une “zone protégée”, permettant au ministre de la Justice d'ordonner des mesures importantes envers toutes les personnes et les biens s'y trouvant. » (Adams, 2009 : 95, traduction libre) Le Cabinet approuva aussi par décret, le 24 février 1942, l'internement et le déplacement de tous les Canadiens japonais de la Côte Ouest, incluant les hommes non valides, les femmes et les enfants (Cook, 1974 : 43). Les deux tiers des Canadiens japonais étaient naturalisés canadiens ou nés au Canada, mais cela ne leur donna pas plus de droit (Cook, 1974 : 43). Au total, près de 22 000 Canadiens japonais³²⁸ furent déplacés et internés dans des camps, qui étaient peu salubres et où ils ne reçurent aucune aide gouvernementale (Robinson, 2017).

Le ministre de la Justice, Louis St-Laurent, rendit même illégal pour un Canadien japonais de posséder ou de louer une terre ou un édifice commercial (Sunahara, 2000 :

³²⁷ L'article 21(1) stipulait que le ministre de la Justice, « s'il est convaincu de la nécessité d'empêcher une personne donnée d'agir d'une manière préjudiciable à la sécurité publique ou à la sécurité de l'État, peut émettre une ordonnance » pour sa détention (Canada, 1939b : 29, traduction libre). Ces personnes « sont réputées être en détention légale. » (Canada, 1939b : 30, traduction libre) L'article 24(2) mentionnait aussi que les « ennemis étrangers » qui agissent contre la sécurité de l'État canadien « seront arrêtés et détenus. » (Canada, 1939b : 31-32, traduction libre) Enfin, l'article 24(3) précisait que les agents de la GRC pouvaient procéder à leur arrestation et à leur détention sans mandat (Canada, 1939b).

³²⁸ 600 Italo-Canadien et 800 Germano-Canadiens connurent le même sort (Smith, 2013).

96). De plus, les biens et propriétés des Canadiens japonais internés furent saisis et vendus par le *Bureau de séquestre des biens ennemis*³²⁹, sans le consentement de leurs propriétaires et bien en deçà de leur valeur réelle (Roberts-Moore, 1986). Cette mesure visait à « financer l'internement des Canadiens d'origine japonaise et [à] les décourager de revenir sur la côte ouest [...]. » (Robinson, 2017) Si ces derniers eurent accès aux montants de la vente de leurs biens, ils furent « forcés d'utiliser ces fonds pour déboursier les frais de leur propre internement. » (Robinson, 2017) Selon Greg Robinson : « Si l'internement se veut une mesure de guerre appliquée au nom de la sécurité nationale, il n'en demeure pas moins qu'il découle d'une longue histoire de racisme et de discrimination à l'endroit des Asiatiques. » (Robinson, 2017)

Frank Scott fut l'un des rares à dénoncer publiquement ces abus (Tarnopolsky, 1983 : 137). Dans un article du *Financial Post* du 21 mars 1942, *What Ought to Be Done With Our Japanese?*, il mit ses compatriotes en garde contre « l'hystérie de guerre », menant « à un traitement malavisé et antidémocratique des Japonais nés au Canada. » (Citation tirée de Adams, 2009 : 96, traduction libre) Les défenseurs des libertés civiles, à l'image de la population, voyaient l'expulsion comme « une mesure de guerre nécessaire pour garantir la sécurité nationale [...]. » (Clément, 2008 : 41, traduction libre) Lower adopta notamment une position commandée par la sécurité d'État : par précaution les Canadiens japonais devaient être déplacés de la Côte (Lower, 1967). Ce n'est qu'à la fin de la guerre, que le mouvement de la défense des libertés civiles se mobilisa contre la déportation des Canadiens japonais (Lambertson, 2005 : 102-108).

Une fois la guerre terminée, ni les autorités ni la population de la Colombie-Britannique ne souhaitaient le retour de cette population « indésirable » (Patrias, 2006 : 274-275). Le gouvernement de Mackenzie King opta alors pour la déportation des Canadiens japonais, alors que la plupart d'entre eux avaient été naturalisés ou étaient nés au

³²⁹ Le Bureau a été créé en 1916, pour s'occuper de la saisie et de la vente des biens des personnes ennemies de l'État, et ce, jusqu'en 1985 (Roberts-Moore, 1986). Durant la Deuxième Guerre mondiale, le Bureau tirait son autorité des *Règlements sur le commerce avec l'ennemi*, qui faisaient partie des *Règlements concernant la défense du Canada* adoptés par décret en septembre 1939.

Canada. Ainsi, le 15 décembre 1945, deux semaines avant que n'expire la *Loi sur les mesures de guerre*, le Cabinet adopta les décrets n° 7355 et n° 7356, pour se soustraire au contrôle à un Parlement de plus en plus critique de la politique japonaise (Sunahara, 2000 : 110-111). Le décret n° 7355 validait l'expulsion vers le Japon des Canadiens japonais et leur famille, naturalisés ou non. Le décret n° 7355 permettait au *Bureau de séquestre des biens ennemis* de procéder à la vente des biens fonciers et personnels des déportés. Quant au décret n° 7356, il stipulait que les déportés perdaient leur statut juridique. Le gouvernement proposait également aux Canadiens japonais de se relocaliser ailleurs au Canada, en échange d'un faible soutien financier. Toutefois, les gouvernements provinciaux étaient loin d'être enthousiastes à l'idée de les accueillir durablement, à l'exception du gouvernement de Tommy Douglas en Saskatchewan (Patrias, 2006 : 274-275). À l'armistice, 10 000 Canadiens japonais, qui n'avaient pas fait de demande de « rapatriement » ou de relocalisation, ont été considérés comme ayant acquiescé à leur « déportation volontaire » (Robinson, 2017).

L'un des impacts de ces décrets fut « de convaincre plusieurs Canadiens qu'une charte des droits était nécessaire pour restreindre les pouvoirs du Cabinet fédéral. » (Lambertson, 2005 : 127, traduction libre) Lors du débat sur le projet de loi sur la citoyenneté canadienne, le 9 avril 1946, le député CCF et membre fondateur de l'*Association des libertés civiles de Winnipeg*, Alistair Stewart, affirma que ces décrets créaient deux catégories de citoyens : l'une dotée de l'ensemble des droits inhérents à la citoyenneté, l'autre, de seconde zone, pouvait être dépouillée de ses droits, de son statut juridique et être déportée (Canada, 1946a : 714-715). Il dénonça l'hypocrisie du soi-disant gouvernement « libéral » (Canada, 1946a : 714-715) Pour Stewart, « tout homme en ce pays, qu'il soit Juif ou Gentil, catholique ou protestant, noir, blanc ou jaune, fidèle ou mécréant, possède les mêmes droits que tout autre citoyen. » (Citation tirée de Canada, 1946a : 714) C'est pourquoi il proposa d'inscrire dans la loi sur la citoyenneté les droits égaux de tous les citoyens, peu importe leur origine ou leur religion (Canada, 1946a : 715). Selon lui, l'égalité de traitement et la dignité sociale

pour tous permettraient de faire naître un véritable patriotisme canadien : « Édifions un Canada qui fera l'orgueil de tous ses citoyens et inspirera l'envie, la bienveillante envie, de tous les peuples de la terre. » (Canada, 1946a : 715)

L'ordre de déportation fut contesté par le *Comité de coopération pour les Canadiens japonais*, un groupe torontois formé de religieux, de membres des professions libérales et de juristes réformateurs, comme le sénateur libéral Arthur Roebuck³³⁰, le premier ministre cécéfiste Tommy Douglas et, agissant à titre de conseillers juridiques, Francis Andrew Brewin³³¹ et John Robert Cartwright. Face à cette fronde de personnalités influentes, le gouvernement King choisit de demander l'avis de la Cour suprême avant de procéder aux déportations (Sunahara, 2000 : 122).

Dans le *Renvoi sur la déportation des Japonais* (1946)³³², Brewin et Carthwright avancèrent que la *Loi sur les mesures de guerre* ne permettait pas la déportation des citoyens. Ils contestèrent aussi la légalité de la vente des biens des déportés. Enfin, ils tentèrent d'invoquer le droit international, qui réprouverait la déportation de citoyens³³³ (*Renvoi sur la déportation des Japonais*, 1946, traduction libre).

Une majorité du banc donna tort à Brewin et à Carthwright et trouva les décrets constitutionnellement valides, mais jugea *ultra vires* la clause portant sur la déportation

³³⁰ Ancien membre du gouvernement ontarien de Mitchell Hepburn, renvoyé pour ses positions trop libérales face au mouvement ouvrier, le sénateur Roebuck a été un des rares libéraux à critiquer ouvertement, dès le début, les *Règlements concernant la défense du Canada* (Lambertson, 2005 : 129).

³³¹ Ce socialiste démocrate et protestant, issu de la classe moyenne supérieure, était né en 1907 en Angleterre d'un père pasteur anglican, proche de l'Évangile sociale (Brewin, 2000 : 74). Immigré au Canada à un très jeune âge (en 1911), Francis Brewin retourna en Angleterre de 1918 à 1925, pour réaliser ses études secondaires dans l'institution anglicane privée de Radley College (Brewin, 2000 : 75-76). De retour au Canada, il étudia le droit à Osgoode Hall et pratiqua le droit à Toronto en 1930 (Brewin, 2000 : 77). Il s'impliqua activement dans les activités religieuses et sociales de son église anglicane à Toronto, où il put observer directement les effets dévastateurs de la Grande Dépression (Brewin, 2000 : 78, 80-81, 84-85). Comme beaucoup d'autres, « [s]es sensibilités religieuses ont conduit à sa décision de rejoindre le CCF en 1935 et ont déterminé la nature de sa participation. » (Brewin, 2000 : 73, traduction libre) Il fut une figure centrale du CCF et un membre fondateur de l'*Association de défense des libertés civiles de Toronto*. Il siégea au Parlement de 1962 à 1979 comme néodémocrate.

³³² *Reference to the Validity of Orders in Council in relation to Persons of Japanese Race*, [1946] SCR 248.

³³³ L'article 6 du *Statut du Tribunal militaire international*, du 8 août 1945, précisait que la déportation de populations civiles est un crime contre l'humanité (Secrétaire général des Nations Unies, 1949 : 101).

de la famille à charge. Pour la Cour, les décrets avaient été dûment adoptés, en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*, afin d'assurer « la sécurité, la défense, la paix, l'ordre et le bien-être du Canada dans le contexte d'une guerre » (*Renvoi sur la déportation des Japonais*, 1946, traduction libre). La Cour affirmait enfin que « le gouverneur général en conseil était le seul juge de la nécessité ou de l'à propos de ces mesures [...] ». » (*Renvoi sur la déportation des Japonais*, 1946, traduction libre)

Si le *Comité de coopération* perdit la bataille judiciaire, il gagna en partie la joute politique. La population avait largement soutenu les limitations des libertés civiles durant la guerre, mais suite à la campagne publique du Comité, au début de 1946, une proportion suffisante d'appuis populaire en vint à faire reculer le gouvernement King (Sunahara, 2000 : 122-123). La division du banc des juges embarrassa le gouvernement, qui chercha à gagner du temps, en portant la cause en appel À Londres (Sunahara, 2000 : 123). En décembre 1946, le Comité judiciaire déclara, dans le *Renvoi sur les personnes de race japonaise*³³⁴, que l'ensemble des décrets étaient *intra vires*, même les dispositions touchant à la déportation des familles à charge. Les magistrats réitérèrent alors les principes énoncés dans l'affaire *Fort Frances Pulp and Power Co* (1923), à savoir qu'en situation d'urgence, comme une guerre, le Parlement central disposait des pouvoirs et de la marge de manœuvre nécessaires pour assurer la sécurité du Canada (*Renvoi sur les personnes de race japonaise*, 1946). Faisant preuve d'une déférence typiquement britannique, les juges avancèrent « qu'il n'est pas pertinent pour le pouvoir judiciaire d'examiner la sagesse ou le bien-fondé de la politique particulière qui prend forme dans la législation d'urgence. » (*Ibid.*, traduction libre) Selon eux, « [l]a détermination de la politique à suivre relève exclusivement du Parlement du Dominion et de ceux à qui il a délégué ses pouvoirs [lire le gouvernement du Canada]. » (*Ibid.*) Le comité judiciaire valida des décrets que « le gouvernement n'était cependant plus intéressé à les faire appliquer. La vive opposition publique à la déportation et à la

³³⁴ *The Co-operative Committee on Japanese Canadians and another (Appeal No. 46 of 1946) v. The Attorney-General of Canada and another (Canada)*, [1946] UKPC 48, [1947] AC 87.

dispersion des Canadiens japonais à travers le Canada avait rendu une telle politique inutile et politiquement peu judicieuse. » (Sunahara, 2000 : 127-128, traduction libre) Face à la faction du Cabinet favorable à la déportation³³⁵, le premier ministre proposa une voie médiane : « Abandonner l'expulsion, mais maintenir les restrictions ciblant les Canadiens japonais pendant deux années supplémentaires, afin d'assurer leur relocalisation permanente. » (Sunahara, 2000 : 128, traduction libre) Il s'agissait de l'unique politique « que nous puissions vraiment espérer faire approuver avec succès au Parlement et qui, pour des raisons humanitaires, est juste. » (Citation tirée de Sunahara, 2000 : 128, traduction libre) Le gouvernement ne fit aucun *mea culpa* et maintint sa version : les mesures prises à l'encontre des Canadiens japonais s'étaient imposées pour des raisons de sécurité (Sunahara, 2000 : 133). Si le gouvernement céda à la pression publique, près de 4 000 Canadiens japonais furent tout de même déportés et durent « attendre des années avant de pouvoir revenir. » (Robinson, 2017)

À la fin de la guerre, la politique de déportation et de privation de citoyenneté rencontra ainsi une vive opposition de la part de la population³³⁶, des associations de défense des libertés civiles (de Toronto, Vancouver et Winnipeg), de plusieurs syndicats, du CCF, d'associations étudiantes, du *Comité de coopération pour les Canadiens japonais*, d'organisations religieuses et de journaux libéraux, comme le *Winnipeg Free Press* (Clément, 2008 : 41, 42 ; Lamberton, 2005 : 102, 114-125). Lower incarnait bien ce changement de cap : il soutint le déplacement et l'internement des Canadiens japonais après l'attaque de Pearl Harbor, mais s'opposa à leur expulsion et au retrait de leur citoyenneté après coup. Au nom de l'*Association de défense des libertés civiles de Winnipeg*, il écrivit à plusieurs parlementaires et au premier ministre pour protester contre cette mesure (Clément, 2008 : 41-42). Revenant plus tard sur ces événements, Lower souligna que « s'il semblait sage de prendre des précautions, par contre je n'ai jamais anticipé qu'on en viendrait à une mesure aussi extrême que l'expulsion. »

³³⁵ Menée par les ministres Ian Mackenzie et Louis St-Laurent.

³³⁶ À l'automne 1944, dans un sondage Gallup, seulement 33 % des répondants soutenaient la politique de déportation, alors qu'ils étaient 54 % à la soutenir en janvier (Lamberton, 2005 : 112, 125).

(Lower, 1967 : 260, traduction libre) L'effet contingent d'une mesure répressive radicale et patente fut ainsi de sensibiliser davantage de gens à l'importance de la protection des libertés (Lower, 1967 : 260).

Fidèle à lui-même, Scott prit la plume pour dénoncer le traitement inique que le gouvernement réservait aux Canadiens japonais. Dans *The Deportation of the Japanese Canadians*, une lettre ouverte publiée par 11 quotidiens le 4 janvier 1946, il souligna que « le gouvernement canadien s'apprête à déporter près de 10 000 hommes, femmes et enfants, pour la plupart des citoyens, pour le seul crime de leur seule origine raciale. » (Scott, 1977 : 190, traduction libre) Il poursuivit : « On va les renvoyer dans un pays que la majorité d'entre eux n'ont jamais connu, qui est trop dévasté par la guerre pour pouvoir les recevoir et où leur avenir est sans espoir. » (Scott, 1977 : 190, traduction libre) Il dénonça aussi « l'hypocrisie » du gouvernement « qui justifiait sa politique devant le peuple canadien », en arguant que « seuls ceux qui en avaient fait la demande et qui s'étaient montrés déloyaux allaient être renvoyés. » (Scott, 1977 : 191, traduction libre) Scott remettait en question la possibilité même pour ces personnes de faire un libre choix à propos de leur déportation, car plusieurs contraintes pesaient sur leur décision (Scott, 1977 : 191)³³⁷. Il déplora aussi que ces actions répressives aient été enclenchées « au même moment où le Parlement essaie de renforcer le statut juridique des citoyens canadiens par une loi sur la citoyenneté. » (Scott, 1977 : 192, traduction libre) Il rappela également qu'au Canada, mis à part les Premières Nations, « nous sommes tous des immigrants et les droits de citoyens sont aussi forts que ceux que l'on accorde aux groupes les plus vulnérables. » (Scott, 1977 : 192, traduction libre) Ce qui revient à dire que « les droits fondamentaux de tous les Canadiens sont violés par cette politique. » (Scott, 1977 : 192, traduction libre) Malgré la défaite du nazisme, Scott observa qu'entre-temps, les standards juridiques canadiens semblaient avoir déclinés, alors qu'une telle politique de déportation massive fut mise

³³⁷ Notamment la politique officielle du gouvernement, le racisme en Colombie-Britannique, le refus des gouvernements provinciaux de les accueillir (Scott, 1977 : 191).

en place par un gouvernement qui porte le qualificatif de « libéral » (Scott, 1977 : 192) Enfin, pour lui, le véritable problème au Canada était la prévalence des préjugés raciaux, lesquels furent justement accentués par cette politique (Scott, 1977 : 192).

Quant au député d'arrière-ban, Diefenbaker, il reprocha au gouvernement d'avoir adopté en douce des décrets permettant la déportation et la révocation de la nationalité de citoyens, et ce, au moment où le Parlement siégeait encore et qu'il avait fait connaître son « refus de souscrire au principe réactionnaire en vertu duquel un sujet britannique pourrait subir l'expulsion au gré du Gouvernement. » (Canada, 1946b : 140) Diefenbaker justifia son opposition à la déportation au nom du respect des minorités et de l'unité nationale (Canada, 1946b : 140).

Comme le résuma Clément : « Le traitement réservé par l'État aux Canadiens japonais, durant et après la guerre », « eut un impact profond sur le mouvement de défense des libertés civiles », et il a été « un rappel constant de la nécessité de protéger les droits de la personne. » (Clément, 2008 : 42, traduction libre) En dehors de ce cercle libertaire restreint, la population, le champ juridique – notamment les juges de la Cour suprême – et l'élite politique au centre de l'État étaient favorables à l'internement de ces derniers. Ce n'est que face aux solutions extrêmes de la déportation et la privation de citoyenneté, que l'on commença à voir un vent de protestation se lever, même si les juges canadiens et britanniques conclurent que la mesure était légale. Ce qui permet de conclure qu'en 1946 – malgré la mobilisation importante du mouvement pour la défense des libertés civiles en faveur des Canadiens japonais – la protection constitutionnelle des individus et des minorités n'était pas un principe largement partagé, mais aussi que le Parlement et les tribunaux avaient démontré leur incapacité à protéger efficacement les libertés civiles. Toutefois, le traitement inique et liberticide des Canadiens japonais a nourri, dans les années subséquentes, l'idée des droits constitutionnalisés au Canada. Par exemple, lors des travaux du *Comité spécial institué pour étudier les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, en 1950, Scott et Forsey, entre autres, soulignèrent, lors de leurs interventions, le dangereux précédent

du traitement des Canadiens japonais, auquel il fallait remédier par une protection plus adéquate des droits. En outre, durant les débats à la Chambre des communes sur le projet de la *Déclaration canadienne des droits*, le premier ministre Diefenbaker, pour justifier sa charte des droits, rappela le sort funeste réservé aux Canadiens japonais, qui furent privés arbitrairement de leurs droits (Canada, 1958d).

8.1.2. La répression des communistes et l'affaire Gouzenko

8.1.2.1. La répression des communistes au Canada

Le PCC a été dès ses débuts la bête noire de l'appareil sécuritaire canadien et des élites politiques, qui voyaient en lui une force étrangère subversive menaçant l'ordre libéral (Whitaker, 1986 : 137). Plusieurs membres de ce parti étaient recrutés parmi la population ouvrière d'origine immigrante, notamment des Britanniques et des Juifs d'Europe centrale (Lambertson, 2005). Au Canada, le PCC et le mouvement syndical étaient victimes de préjugés et réprimés pour leur appartenance de classe et ethnoculturelle. Dès 1931, la GRC avait même mis en place des enquêtes de sécurité dans la fonction publique pour repérer les éléments subversifs ; ces enquêtes connurent leur paroxysme avec la Deuxième Guerre mondiale (MacKenzie, 2001 : 3). Plusieurs mois avant que n'éclate la guerre contre l'Allemagne nazie, et malgré la politique militariste ouvertement agressive du chancelier Adolf Hitler, le chef de la section de renseignements de la GRC, Charles Rivett Carnac, affirmait encore à un haut fonctionnaire des Affaires étrangères, Norman Robertson, que « les communistes constituaient une menace plus grave que les nazis », car, contrairement au communisme, « le fascisme n'impliquait pas le renversement de l'ordre économique actuel et de sa machine administrative [...] ». » (Whitaker, 1986 : 137, traduction libre)

Après que le ministre de la Justice Lapointe lui eut présenté quelques pamphlets communistes antigouvernementaux, à l'automne 1939, King affirma : « ils sont nos vrais ennemis et nous ne devons pas laisser leurs activités subversives gagner du terrain. » (Citation tirée de Whitaker, 1986 : 138, traduction libre) Pour repérer cette

« cinquième colonne », tout au long de la guerre, « la GRC relève les empreintes digitales de quelque deux millions de Canadiens³³⁸, afin d'identifier les criminels, les communistes et les éventuels saboteurs infiltrés dans l'industrie canadienne. » (MacKenzie, 2001 : 3, traduction libre) Selon David MacKenzie : « Ce contrôle s'avère un moyen efficace de surveiller la population active et de réprimer la dissension ou l'agitation ouvrière, qui se poursuit alors même que l'Union soviétique devient une alliée dans la guerre contre l'Allemagne. » (MacKenzie, 2001 : 3-4, traduction libre)

S'il ne fut pas d'entrée de jeu déclaré illégal, un juge d'Ottawa déclara que le PCC était désormais une organisation hors-la-loi, à la suite du procès d'un de ses membres en mai 1940 (Whitaker, 1986 : 145). Le ministre de la Justice Lapointe y donna suite en faisant adopter le décret CP 2363 en juin, qui rendait illégaux seize organismes, dont le PCC et dix organisations ethnoculturelles affiliées (Whitaker, 1986 : 145). Le nombre d'organisations illégales doubla l'année suivante, pour inclure des groupes religieux pacifistes, accusés de nuire à l'effort de guerre, comme les Témoins de Jéhovah (Whitaker, 1986 : 145). Les organisations et publications communistes furent d'ailleurs les premières victimes de la répression étatique, et non pas celles profascistes, même si le Canada était en guerre avec l'Allemagne (Whitaker, 1986 : 140). Il était dès lors proscrit d'appartenir à l'une de ces organisations, de distribuer leurs pamphlets ou de publiquement faire la promotion de leurs idées. Dans le contexte, les personnes accusées d'être membres de ces groupes étaient d'emblée présumées coupables et devaient prouver leur innocence (Whitaker, 1986 : 145). Les militants radicaux écroués n'avaient pas accès aux moyens adéquats pour pouvoir se défendre équitablement (Whitaker, 1986 : 146). La GRC écroua une centaine de militants suspectés d'appartenance communiste³³⁹, permettant par la même occasion « de faire taire les militants syndicaux. » (Kelley et Trebilcock, 2008 : 285, traduction libre) Dès la mise en œuvre des *Règlements*, plusieurs membres de l'élite économique et politique y virent

³³⁸ Sur une population totale d'un peu moins de douze millions de personnes à l'époque.

³³⁹ Par comparaison, les communistes ne furent pas internés au Royaume-Uni (Whitaker, 1986 : 146).

un moyen d'annuler les gains des syndicats depuis les années 1930 (Whitaker, 1986 : 152). La répression déborda sur toute la gauche : plusieurs organisations ouvrières furent interdites et de nombreux leaders syndicaux furent internés, et ce, sans procès et sans possibilité d'appel (Cook, 1974 : 41 ; Whitaker, 1986 : 138, 146).

Les militants communistes et syndicaux ne trouvèrent pas non plus de protection juridique auprès des tribunaux. Dans une affaire portée devant la Haute cour de justice de l'Ontario (*Re Rex v. Burt*, 1941), des syndiqués, faisant du piquetage devant une usine de la compagnie *Chrysler*, furent arrêtés pour « flânage », en vertu de l'article 6(3) des *Règlements concernant la défense du Canada*, qui avait pour but de prévenir les actes d'espionnage. Le juge Frederick Drummond Hogg jugea l'arrestation valide, bien qu'à sa face même, la manifestation des ouvriers était légale (Laskin, 1941 : 134). L'arrêt *Rex v. Burt* illustre, pour Bora Laskin, une fâcheuse tendance de la magistrature à faire du zèle lorsqu'il s'agissait de valider les actions répressives des autorités en temps de guerre (Laskin, 1941 : 134). Il se demanda « si les tribunaux seraient aussi généreux envers les autorités si elles empiétaient sur la propriété privée et les intérêts des entreprises. » (Laskin, 1941 : 134, traduction libre)

À ceux qui critiquaient les pouvoirs quasi absolus dont s'était doté le gouvernement et la façon arbitraire qu'il en faisait usage pour réprimer le mouvement ouvrier, le premier ministre King et le ministre de la Justice Lapointe rétorquaient qu'étant des « libéraux », et non pas des « conservateurs », l'on pouvait leur faire confiance. Ils n'abuseraient pas de ces pouvoirs et les utiliseraient en tenant compte des libertés de la personne (Whitaker, 1986 : 163). Or, la protection des libertés, dans la modernité libérale, devrait découler de l'État de droit et du fonctionnement régulier des « institutions de la liberté » (comme le parlement et le tribunal), non pas de l'application arbitraire de la loi et de la bonne volonté des dirigeants. Les propos de King et Lapointe allaient à contre-courant du libéralisme, idéologie dont ils se réclamaient pourtant. Le libéralisme politique s'incarne dans les idées de la séparation des pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) et d'un pouvoir rationnel-légal, le

« gouvernement des lois » ou l'État de droit, qui doit supplanter le « gouvernement des hommes » et des passions³⁴⁰. Or, comme le souligna Lower, dans l'article *Wartime Democracy in Canada*, « en temps de paix, le PLC est plutôt fidèle à la philosophie que son nom implique », par contre, « il s'en écarte passablement en temps de guerre. » (Lower, 1940 : 503, traduction libre) Si l'exécutif entendait appliquer avec retenue les pleins pouvoirs octroyés par la loi d'urgence, il n'en demeure pas moins que l'espace pour une critique légitime était extrêmement ténu. Le gouvernement « estimait qu'il existait un spectre d'opinion légitime, qui excluait toutes celles situées à la gauche des sociaux-démocrates parlementaires. » (Whitaker, 1986 : 166, traduction libre) Ainsi, dès que la guerre et les pouvoirs d'urgence lui en donnèrent l'occasion, le gouvernement « s'en est saisi avec hâte et enthousiasme » pour réprimer l'opinion de la gauche ouvrière et radicale, démontrant « son faible attachement » pour les libertés dont il se revendiquait (Whitaker, 1986 : 166, traduction libre).

L'offensive nazie de l'été 1941 (*Opération Barbarossa*), mit fin au *Pacte de non-agression germano-soviétique* de 1939 et fit de l'URSS, par la force des choses, un allié du Canada. Les communistes canadiens abandonnèrent alors leurs positions pacifistes pour devenir d'ardents promoteurs de la guerre contre le Troisième Reich (Penner, 2006). Leur organisation fut aussi renommée Parti ouvrier progressiste du Canada (Penner, 2006). Sous cette bannière, les militants s'adonnèrent à leurs activités politiques normales et firent élire plusieurs membres à différents postes. Dans les circonstances, on observa une tolérance *de facto* de la part des autorités canadiennes à leur égard (Whitaker, 1986 : 149). Toutefois, au plus fort de la lutte contre le fascisme

³⁴⁰ L'influent penseur anglais, James Harrington (1611-1677), publia en 1656 une utopie sur la forme du gouvernement idéal, *The Commonwealth of Oceana*, dans laquelle il affirma que l'empire des hommes devait céder le pas à l'empire des lois. Comme il l'écrivit : « si la liberté d'un homme consiste dans l'empire de sa raison, dont l'absence le réduirait à l'esclavage de ses passions, alors la liberté d'une république consiste dans l'empire de ses lois, dont l'absence la mettrait à la merci de la convoitise des tyrans. Et c'est sur ces principes qu'Aristote et Tite-Live [...] ont fondé leur affirmation, "qu'une communauté est un empire de lois et non d'hommes". » (Harrington, 1771 : 97, traduction livre) La formule d'Harrington influença les révolutionnaires américains, notamment John Adams, pour qui la république était « un gouvernement de lois, et non d'hommes. » (Adams, 1775, traduction libre)

européen, la perception des autorités n'allait pas changer : l'extrême gauche canadienne demeurait un « ennemi intérieur » qui mettait en danger l'ordre libéral capitaliste (Whitaker, 1986 : 137). Si King cessa d'admirer Hitler, « maintenant qu'il était l'ennemi du Canada », par contre, « sa perception du communisme est restée constante. » (Whitaker, 1986 : 138, traduction libre) Encore en 1942, la GRC et le ministre de la Justice, St-Laurent, s'opposèrent vigoureusement à la libération des communistes et à la légalisation de leur parti, car ceux-ci promouvaient la destruction du système capitaliste et le renversement de l'État (Whitaker, 1986 : 150). Le gouvernement King refusa de lever l'interdiction de ce parti et de ses organisations affiliées, et ce, malgré la recommandation d'un comité parlementaire (Whitaker, 1986 : 151). L'accalmie ne fut donc que de courte durée : « un futur conflit entre les autorités et les radicaux était inévitable. Ce n'était qu'une question de temps avant qu'un événement ne le déclenche. » (Lambertson, 2005 : 144, traduction libre)

8.1.2.2. L'affaire Gouzenko

L'élément déclencheur allait être le passage à l'Ouest d'un officier de renseignements de l'ambassade soviétique à Ottawa. Lorsqu'il fit défection, le 5 septembre 1945, Igor Gouzenko emporta avec des documents prouvant l'existence d'un réseau d'espionnage soviétique au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni (Molinaro, 2017). Sa famille et lui reçurent l'asile politique et il coopéra avec les autorités canadiennes. Un comité secret, le comité Corby³⁴¹, mandaté par King et une poignée de personnes au parfum³⁴², pour analyser les implications de l'affaire Gouzenko et les dossiers secrets (Clément, 2000 : 54 ; Lambertson, 2005 : 145-146). Sur le comité Corby, l'on trouvait le président du Barreau canadien, Esten Kenneth Williams (Lambertson, 2005 : 146).

³⁴¹ Corby était le nom de code attribué à Gouzenko, mais il renvoyait aussi à la boîte de bouteilles de whisky *Corby's*, dans laquelle les dossiers étaient rangés (Lambertson, 2005 : 145).

³⁴² Soit le ministre de la Justice, St-Laurent, le ministre des Munitions et de l'Approvisionnement, Clarence Decatur Howe, et un haut fonctionnaire des Affaires étrangères, Norman Robertson.

Le 6 octobre, Mackenzie King, C. D. Howe et Louis St-Laurent adoptèrent le décret CP 6444, à l'insu du reste du gouvernement et du Parlement (MacLennan, 2003 : 40-41). Le décret suspendait les droits juridiques³⁴³ des personnes suspectées d'espionnage pour le compte de l'URSS et donnait à la GRC tous les pouvoirs pour arrêter, détenir et interroger ces individus, même si cela impliquait qu'ils produisent des témoignages auto-incriminants (MacLennan, 2003 : 40-41). CP 6444 mentionnait que le premier ministre ou le ministre de la Justice pouvait ordonner la détention et l'interrogation de toute personne suspectée d'espionnage ou de menacer la sécurité de l'État, selon des conditions physiques et temporelles déterminées de façon discrétionnaire (Canada, 1946h : 667). En outre, CP 6444 précisait que toute détention, en vertu de ce décret, devait être considérée comme légale (Canada, 1946h : 668). Le décret créait donc un espace de non-droit, où les autorités avaient un pouvoir absolu sur des Canadiens, dépouillés de leurs droits inhérents à leur statut de citoyens, et ce, au nom de la sécurité nationale. Ce qui revenait à dire qu'« [a]ucun juge au Canada ou en Grande-Bretagne n'avait le pouvoir de libérer une personne détenue en vertu de cette ordonnance, mais aussi que le ministre n'était pas tenu d'expliquer ou de justifier à qui que ce soit la détention d'un suspect. » (Clément, 2000 : 54, traduction libre) Selon Dominique Clément, il s'agissait d'une des plus importantes violations des libertés civiles de la part de l'État dans l'histoire canadienne (Clément, 2000 : 53).

L'aspect confidentiel des démarches s'expliquait, notamment, par la volonté du gouvernement de ne pas entacher la réputation des Britanniques³⁴⁴ et de ne pas froisser son allié soviétique (Molinaro, 2017 : 146-147). Le gouvernement canadien et la GRC coordonnèrent leurs efforts avec l'administration américaine et le *Federal Bureau of Investigation* (FBI) ainsi qu'avec le cabinet britannique et le *Military Intelligence, Section 5* (MI5) (Molinaro, 2017). Les fonctionnaires britanniques et canadiens étaient favorables aux mesures rapides et sévères, de façon à connaître l'étendue du réseau

³⁴³ Comme le droit d'être représenté par un avocat ou d'être formellement accusé avant d'être détenu.

³⁴⁴ Un des suspects, Alan Nunn May, était un physicien nucléaire britannique travaillant au Canada, qui avait reçu une autorisation de sécurité préalable de la part des services de sécurité intérieure britannique.

d'espionnage et le prendre de court, alors que les premiers ministres britanniques et canadiens hésitaient (Molinaro, 2017 : 149-153). En outre, puisque les preuves disponibles s'avéraient insuffisantes pour poursuivre avec succès les espions potentiels devant les tribunaux, E. K. Williams suggéra au ministre de la Justice de créer une commission royale d'enquête, pour faire toute la lumière sur l'affaire et exposer les fonctionnaires impliqués (Lambertson, 2005 : 146). La *Loi sur les enquêtes*³⁴⁵ permettrait en effet à une commission de faire ce que ne pouvait une procédure judiciaire : forcer le témoignage de suspects sans la présence d'un avocat, les obliger à coopérer sous peine de sanctions, tirer d'eux le maximum d'informations incriminantes – à utiliser lors d'un procès ultérieur – et accepter des « preuves » qui ne passeraient pas le test des tribunaux (Clément, 2000 : 55-56). Williams recommanda de nommer à la tête de la commission deux juges de la Cour suprême (Lambertson, 2005 : 146).

La fuite de l'affaire dans les médias américains, révélée en onde par le journaliste Drew Pearson le 3 février 1946, avait été orchestrée par le FBI et le MI5, pour forcer la main de Mackenzie King (Molinaro, 2017 : 151-154). Le 4 février 1946, il fit adopter par son Cabinet le décret CP 411, qui donnait suite aux recommandations de Williams, en créant la *Commission royale d'enquête sur l'espionnage*³⁴⁶ et en nommant à sa tête les juges Kellock et Taschereau, qui n'avaient pas la réputation d'être des grands défenseurs des libertés civiles (Lambertson, 2005 : 146-147). Dans le rôle de conseiller juridique de la Commission, le futur juge en chef de la *Court of Queen's Bench of Manitoba*, E. K. Williams, allait être appuyé, entre autres, par deux futurs juges en chef de la Cour suprême du Canada, John Robert Cartwright et Gérard Fauteux, ainsi qu'un constitutionnaliste du ministère de la Justice, David W. Mundell (Canada, 1946f : 50-52). La nomination de juges de la Cour à la tête de commissions royales était un

³⁴⁵ *Inquiries Act* (R.S.C., 1927, c. 99).

³⁴⁶ De son nom complet : *La Commission royale nommée sous le régime de l'arrêté en conseil C.P. 411 du 5 février 1946 pour enquêter sur les faits intéressant et les circonstances entourant la communication, par des fonctionnaires publics et autres personnes occupant des postes de confiance, de renseignements secrets et confidentiels aux agents d'une puissance étrangère.*

phénomène récurrent au Canada (voir chapitre 6). Mais, il était inusité que ceux-ci président une commission violant ouvertement les droits des témoins (Lambertson, 2005 : 146). Kellock, Taschereau et Williams étaient la caution éthique aux mesures coercitives et controversées mises en place par le gouvernement (Adams, 2009 : 54).

La commission commença ses travaux dans le secret, le 13 février 1946, avec le témoignage de Gouzenko. Avant la publication du premier rapport intérimaire de la Commission Kellock-Taschereau, le 2 mars 1946, ni le Cabinet au complet, ni le Parlement et ni le public ne connaissaient toute l'étendue de l'affaire d'espionnage (MacKenzie, 2001). Puis, le 14 février, les trois conseillers juridiques de la Commission écrivirent au ministre de la Justice pour lui demander de procéder à l'arrestation de douze suspects, pour qu'ils comparaissent (Canada, 1946h : 685-686). Ils furent arrêtés par la GRC, sans mandat, et détenus secrètement dans leur caserne de *Rockcliffe*, près d'Ottawa. Pendant plusieurs semaines, ils furent maintenus en confinement solitaire, dans une cellule éclairée en permanence, sans pouvoir consulter un avocat ou communiquer avec leurs proches et sans recevoir d'accusation formelle (Clément, 2000 : 55). Lors de leurs interrogatoires par la GRC, les suspects furent aussi victimes d'intimidation, pour forcer leurs aveux (Lambertson, 2005 : 150). Lorsqu'ils apparurent devant la Commission, les juges Kellock et Taschereau omirent de les informer de leurs droits à un avocat et de ne pas voir leur témoignage auto-incriminant être utilisé en cour, et leur imposèrent de faire preuve de coopération, sous peine d'emprisonnement (Clément, 2000 : 56-57). Devant la Commission, les suspects avaient les traits tirés et l'air hagard ; ils étaient incapables de se défendre ou de réclamer leurs droits (Clément, 2000 : 56). Dans ces circonstances difficiles, « il n'est pas surprenant que plusieurs prisonniers aient craqué et passé aux aveux. » (Clément, 2000 : 55, traduction libre) Selon David MacKenzie, « presque tous ceux qui seront ultérieurement reconnus coupables d'agissements criminels auront ainsi été leurs

propres accusateurs. » (MacKenzie, 2001 : 7) Au regard du droit international, on peut considérer que les suspects ont subi de la torture pour tirer d'eux des aveux³⁴⁷.

Dans leur rapport final de juin 1946, Kellock et Taschereau justifièrent les mesures répressives envers les accusés au nom de la sécurité de l'État, menacée par une « cinquième colonne³⁴⁸ » (Canada, 1946h : 681). Ils s'appuyèrent sur une maxime cicéronienne : « le salut du peuple est la loi suprême »³⁴⁹ (Canada, 1946h : 698-699). À une époque de tumultes dans la Rome antique, Cicéron cherchait par cette formule à donner aux consuls tous les pouvoirs nécessaires pour préserver l'ordre public, mais il voulait aussi limiter ce même pouvoir, en précisant qu'il devait être exercé pour assurer le bien-être et la sauvegarde de la communauté politique (Mantovani, 2020). Ce faisant, les juges réaffirmaient la suprématie parlementaire, tout en justifiant les écarts importants face aux protections juridiques habituelles (Adams, 2009 : 156-157).

Plusieurs suspects produisirent des témoignages auto-incriminants durant les travaux de la Commission, et furent poursuivis en vertu de la *Loi sur les secrets officiels*³⁵⁰, « une législation liberticide³⁵¹ adoptée en mai 1939. » (Lambertson, 2005 : 150, traduction libre). Fait inusité, dans leur rapport final, Kellock et Taschereau n'hésitèrent pas à déclarer, sans procès préalable, que seize des suspects entendus

³⁴⁷ Les normes internationales ont été établies, entre autres, par la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ONU, 1948), et ont été précisées notamment par l'article premier de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (ONU, 1984).

³⁴⁸ « La détermination de l'ampleur et du fonctionnement de l'organisation de la cinquième colonne et des diverses bandes d'espions et l'identification des Canadiens déjà au travail en qualité d'agents, ou attirés dans le filet permettraient de mettre immédiatement fin aux manœuvres subversives, empêcheraient de nombreuses autres personnes d'être victimes de corruption, tout en exonérant celles sur qui des soupçons avaient pesé, mais qui, en fait, étaient innocentes. » (Canada, 1946h : 681)

³⁴⁹ Cf. le *Traité des lois*, écrit en 50 av. J.-C. par le sénateur et philosophe romain Cicéron.

³⁵⁰ *An Act Respecting Official Secrets*. Ottawa : SC 3 George VI, Chapitre 49. Cette loi a été adoptée au début de la guerre pour rendre illégal la communication à une puissance étrangère d'information gouvernementale sensible, de façon à nuire à la sécurité de l'État (Canada, 1939c).

³⁵¹ Selon la Commission de réforme du droit, la *Loi sur les secrets officiels* posait problème à plusieurs égards : la signification et la portée du texte de cette loi étaient ambiguës, incertaines et inconsistantes ; elle tendait à étendre de manière excessive le domaine pénal en incluant la faute par négligence ; il était impossible de savoir si la loi concernait seulement les renseignements officiels et secrets ou tout autre renseignement jugé sensible par le gouvernement ; elle renversait le fardeau de la preuve sur l'accusé, qui était d'emblée présumé coupable ; etc. (Commission de réforme du droit, 1986 : 25-42).

étaient *coupables* d'espionnage (Clément, 2000 : 57). Sur ces seize personnes, huit furent exonérées par les tribunaux. Ce constat n'amena pas d'autocritique de la part de la magistrature, bien au contraire (Adams, 2009 : 158). La jurisprudence constitutionnelle récente³⁵² avait bien établi la légalité des décrets adoptés en situation d'urgence (Adams, 2009 : 158). Les juges entendant les causes reprochèrent aux suspects d'ignorer leurs droits, et justifèrent la limitation des droits au de nom de la sécurité de l'État (Adams, 2009 : 158-159). Au final, trente-neuf personnes furent arrêtées, la plupart étant immigrantes ou nées de parents immigrants ; plusieurs aussi étaient juives, comme Fred Rose³⁵³ (né en Pologne sous le nom de Fishel Rosenberg). L'affaire avait bien un sous-texte antisémite et xénophobe (Lambertson, 2005 : 186).

En vertu de la *Loi sur les secrets officiels*, les tribunaux condamnèrent onze personnes à des peines allant de trois à six ans de prison (Clément, 2000 : 57). Lors des procès, les juges invoquèrent la raison d'État : « le respect de la suprématie parlementaire et la déférence judiciaire envers l'autorité exécutive l'emportaient sur toutes les autres considérations de justice, de fair-play et de libertés britanniques traditionnelles. » (Lambertson, 2005 : 185) Pour ce qui était de l'éminent biophysicien du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social du Canada, David Shugar, bien qu'innocenté en cour en décembre 1946, il ne fut ni exonéré publiquement par le gouvernement –le rapport Kellock-Taschereau l'avait déclaré coupable – et ne put récupérer son emploi (Lambertson, 2005 : 186-190). Avec la perte de ses revenus, de sa réputation et la nécessité de s'exiler pour trouver de l'emploi, Shugar fut arbitrairement puni, ce qui violait l'État de droit, voulant que nul ne puisse encourir une pénalité à moins d'avoir enfreint une règle de droit et après avoir subi un procès juste et équitable.

³⁵² Voir les arrêts de la Cour suprême et du Comité judiciaire dans l'affaire de la déportation des Japonais.

³⁵³ Il fut le premier député communiste de la Chambre des communes, élu sous la bannière du Parti ouvrier progressiste Fred Rose, et se vit condamner à six ans de prison dans le cadre de l'affaire.

8.1.2.3. Débat en Chambre sur l'affaire Gouzenko

En même temps qu'il minait les libertés britanniques traditionnelles, le gouvernement invoqua qu'il agissait à l'intérieur des pouvoirs légaux conférés par la *Loi sur les mesures de guerre* (Lambertson, 2005 : 155). D'ailleurs, citant en Chambre des extraits du rapport Kellock et Taschereau – confirmant l'existence d'un réseau d'espions –, le premier ministre³⁵⁴ et le ministre de la Justice justifiaient l'ampleur des mesures prises par la gravité du péril. Pour débusquer les espions, il importait donc, selon King, de garder les détenus isolés de tout contact extérieur (Canada, 1946f : 49). Pour faire taire les critiques, reprochant le peu d'égard pour les libertés, King argua que le gouvernement avait confié cette enquête à deux juges de la Cour suprême, assistés du président du Barreau canadien³⁵⁵ (Canada, 1946f : 50). Or, dès le début de la Commission, celle-ci fit abstraction des droits des suspects (Adams, 2009 : 155). La Commission s'est même comportée comme un tribunal criminel, sans fournir les moyens légaux aux accusés pour se défendre équitablement (Adams, 2009 : 155-156).

Réagissant à vif aux propos du premier ministre, le chef du CCF, Major James William Coldwell³⁵⁶, affirma s'inquiéter du traitement réservé à des citoyens, arrêtés sommairement et maintenus depuis en confinement solitaire : « Ces façons, si on les tolère, sentent le totalitarisme et ne sauraient être ni permises ni excusées en ce pays. » (Canada, 1946f : 56) Selon lui, les *Règlements concernant la défense du Canada*

³⁵⁴ Mackenzie King affirma « qu'une cinquième colonne était à se former au Canada, qu'elle était le fait d'agents russes en contact avec des membres de notre service administratif et d'autres citoyens, que les ramifications en étaient très étendues, que les efforts avaient porté sur un cercle très grand et que, pour cette raison, une enquête des plus complètes s'imposait. » (Canada, 1946f : 48)

³⁵⁵ Selon ses mots : « Le gouvernement ne savait où trouver au Canada deux personnes plus soucieuses du maintien de la justice à tous les points de vue ou plus soucieuses de protéger la liberté du sujet, que ces deux juges de la Cour suprême du Canada. » (Canada, 1946f : 50)

³⁵⁶ Cet immigrant britannique de foi anglicane, fils de fermier, est né en 1888 dans une petite ville du Sud de la Grande-Bretagne, Seaton. Coldwell étudia à l'Université d'Exeter, où il se familiarisa avec les théories socialistes. Il s'installa en Saskatchewan en 1910, où il exerça le métier d'enseignant, fut président de son syndicat de 1924 à 1934 et s'impliqua en politique active dès le début des années 1920. Ce socialiste fut d'abord président du CCF saskatchewanais en 1932 et élu député de ce parti à la Chambre des communes en 1935. Il succéda à Woodsworth à la tête du CCF après sa mort, en 1942, et conserva ce poste jusqu'à sa retraite en 1960 (cf. Wenaas, 2008 ; Young, 1974).

minaient les libertés historiques britanniques : « pendant des siècles nos ancêtres se sont battus avec vigueur contre les procès à huis clos et les mesures attentatoires à la liberté, sans un procès convenable et équitable. » (Canada, 1946f : 56)

Lors du débat en Chambre sur l'affaire Gouzenko, « la critique la plus forte du gouvernement est venue d'un simple député conservateur relativement obscur, John Diefenbaker. » (Lambertson, 2005 : 156, traduction libre) Les autres députés conservateurs étaient plutôt favorables à la Commission, car ils « étaient tout à fait disposés à limiter les libertés civiles en cas d'urgence, surtout lorsque planait la menace du spectre communiste sur la nation. » (Lambertson, 2005 : 157, traduction libre)

Diefenbaker débuta son intervention en rappelant la responsabilité du Parlement, dans la plus pure tradition britannique, d'être « le rempart des libertés de la population canadienne. » (Canada, 1946b : 138) S'il réprouvait les traîtres ayant aidé une puissance étrangère, il souligna par contre qu'ils avaient droit « à un procès conforme aux lois et non en marge de toute règle établie. » (Canada, 1946b : 139) Or, selon lui, les décrets suspendaient les libertés fondamentales, comme l'*habeas corpus* (Canada, 1946b : 139). De plus, le gouvernement aurait fait peu de cas de l'État de droit, en supprimant le « droit de recourir aux tribunaux. » (Canada, 1946b : 140) Avec la guerre terminée, il demandait à ce que le Parlement et les individus retrouvaient leurs droits (Canada, 1946b : 139). Le député de l'opposition observait que l'ampleur des mesures attentatoires aux libertés, adoptées au Canada, n'avait pas leur pareil au Royaume-Uni, où le Parlement et les individus conservèrent leurs droits durant la guerre (Canada, 1946b : 139-141). Il ajouta que les tendances répressives au Canada avaient une longue histoire, remontant à la Première Guerre mondiale où fut adoptée la *Loi sur les mesures de guerre*, « que l'on a maintenue depuis sans l'abroger. » (Canada, 1946e : 1162) Pour Diefenbaker, le gouvernement par décret, pouvant suspendre à souhait les libertés, était contraire à la tradition constitutionnelle britannique, car seul le Parlement pouvait suspendre les droits dont jouissent tous les sujets britanniques (Canada, 1946e : 1162). Il récusait l'argument du gouvernement qui, au nom de la sécurité de l'État, justifiait

que l'on puisse détenir de façon arbitraire des individus pour de seuls soupçons, puis de leur soutirer des confessions (Canada, 1946b : 141). Selon lui, « l'habeas corpus est le principal rempart de la liberté anglaise [...]. » (Canada, 1946b : 141) Ce dernier craignait que sa suspension « ne nous conduise à la persécution aveugle, par simple animosité personnelle, de ceux qui ne partagent pas nos opinions politiques. » (Canada, 1946b : 141) Il compara même les décrets et la Commission Kellock-Taschereau au fonctionnement de la Chambre étoilée (1487-1641), le tribunal anglais qui rendait une justice arbitraire et expéditive contre les ennemis du roi (Canada, 1946b : 141). En terminant, Diefenbaker souligna que « les événements de ces dernières années imposent l'obligation au Parlement de faire en sorte que les Canadiens [...] bénéficient d'une [déclaration] [...], qui garantirait la liberté de religion, d'association et de parole et garantirait les gens contre les arrestations arbitraires autres que celles qu'autorise la loi. » (Canada, 1946b : 139) Lors du débat sur la *Loi sur la citoyenneté*, il suggéra même d'y ajouter une charte des droits, qui garantirait l'égalité juridique de tous les citoyens et renforcerait, de la sorte, l'unité nationale (Canada, 1946c : 523-524).

8.1.2.4. Positions et prises de position sur la question des libertés civiles

Pour légitimer ses mesures répressives, le gouvernement se drapait dans la légalité (la *Loi sur les mesures d'urgence*), s'appuyait sur d'éminents juristes (Fauteux, Kellock, Mundell, Taschereau et Williams) et s'alliait à deux puissantes institutions du champ juridique canadien (la Cour suprême et le Barreau canadien). De plus, la population approuvait sa gestion de l'affaire d'espionnage : un sondage Gallup de mai 1946 révélait que 61 % des sondés approuvaient le gouvernement (Lambertson, 2005 : 175). Le caucus libéral se rangea derrière le gouvernement, à l'exception de l'ancien ministre de la Défense et désormais député d'arrière-ban, Charles Gavan Power³⁵⁷ (Lambertson, 2005). Il dénonça les tendances antilibérales du gouvernement, qui allaient à l'encontre de la tradition britannique de liberté (Canada, 1946g : 173-176). Alors que le

³⁵⁷ Sa rétrogradation résultait de son opposition à la conscription militaire. En outre, durant la guerre, il « représentait une voix modératrice au sein du Cabinet [...]. » (Lambertson, 2005 : 157, traduction libre)

gouvernement alléguait la légalité de ses actions, « Power estimait [qu'il] avait agi en violation de l'esprit de la constitution. » (Lambertson, 2005 : 158, traduction libre)

Le Barreau canadien, pour sa part, refusa de condamner les actions de la Commission sur l'espionnage, où l'on trouvait plusieurs de ses plus éminents membres, qui occupaient les plus hautes positions du champ juridique canadien (Girard, 2005 : 170). Après coup, Fauteux et Williams jouèrent aussi un rôle important dans l'enseignement du droit à l'Université McGill, pour le premier, et à l'École de droit du Manitoba, pour le second (Girard, 2005 : 170). Dans l'immédiat après-guerre, il était tout à fait convenable pour un administrateur universitaire d'afficher une idéologie ouvertement anticomuniste (Girard, 2005 : 170). À cela s'ajoutait un certain penchant autoritaire, c'est-à-dire que la plupart des juristes du Barreau acceptaient l'argument voulant qu'en temps de crise, l'exécutif devait avoir les coudées franches pour répondre à la menace (Lambertson, 2005 : 182-183). D'ailleurs, la commission des libertés civiles du Barreau avait produit un rapport modérément critique des actions répressives du gouvernement durant la guerre ; ce rapport, déjà timoré, fut davantage atténué lors de l'assemblée générale annuelle (Lambertson, 2005 : 182-183 ; Monette, 1944). Si les juristes canadiens avaient été socialisés au droit constitutionnel britannique, leur position au sommet de plusieurs institutions de pouvoir, au sein du champ juridique et du métachamp de l'État, les amenait à faire primer la conservation de l'ordre public et du système économique sur les libertés civiles (Lamberton, 2005 : 183-184). Les intérêts de classe se doubleraient de considération de caste : les membres de la Commission étaient des collègues très respectés (Lambertson, 2005 : 183-184). Les juristes faisaient ainsi front commun pour protéger leur champ social et sa logique.

Le sénateur Arthur Roebuck, un défenseur des libertés civiles³⁵⁸, rompit les rangs comme Power. Il avait d'ailleurs défendu en cour l'un des suspects dans cette affaire d'espionnage à titre d'avocat (Lambertson, 2005 : 177). De plus, dans un discours,

³⁵⁸ Il était membre de l'*Association pour la défense des libertés civiles d'Ottawa*.

Roebuck remet en question la pratique de nommer des juges de la Cour suprême du Canada à la tête de commission royale d'enquête, et reprocha à Kellock et Taschereau leur rôle dans cette affaire ; ce qui, selon lui, mettait à mal les grandes avancées en matière de libertés, comme la *Loi d'habeas corpus de 1679* (Lambertson, 2005 : 177).

En Chambre, Diefenbaker et Coldwell arguaient que le gouvernement avait supprimé des libertés essentielles, qui sont pourtant au cœur du régime canadien d'héritage britannique et qui, par conséquent, devraient être inviolables. L'opposition provenait donc d'un député d'arrière-ban et du chef d'un tiers parti. En outre, si la principale voie critique, Diefenbaker, proposait que le Parlement adoptât une charte des droits, sa suggestion s'inscrivait encore dans la continuité du droit constitutionnel britannique, où le Parlement et les tribunaux demeuraient les garants des libertés contre les dérives potentiellement despotiques de l'exécutif. Bref, « la vision des libertés civiles de Diefenbaker était principalement diceyenne, en mobilisant le discours des “libertés britanniques”, en faisant de nombreuses références à la *Magna Carta* et à l'État de droit. » (Lambertson, 2005 : 157, traduction libre) Toutefois, l'opposition extra-parlementaire fut plus timorée que lors de la déportation des Canadiens japonais, car les défenseurs des libertés civiles et leurs associations (Montréal, Ottawa, Toronto, Winnipeg et Vancouver) étaient des libéraux réformistes ou des sociaux-démocrates de tendance anticomuniste, inconfortables à l'idée de défendre, au nom des libertés civiles, des militants communistes accusés d'espionnage (Clément, 2000 : 66-67).

Pour juger de la validité de l'approche du gouvernement King durant l'affaire d'espionnage, deux visions s'opposent. D'un côté, « [l]e point de vue libéral, classique ou réformateur, met l'accent sur les libertés traditionnelles de l'individu et n'accepte de les limiter qu'en raison de circonstances extrêmes. » (Lambertson, 2005 : 191, traduction libre) De l'autre, « [l]e point de vue conservateur autoritaire [...] défend la primauté de l'ordre public sur la liberté individuelle. » (Lambertson, 2005 : 191, traduction libre) Le gouvernement King opta pour la vision autoritaire et, ce faisant, mobilisa l'appareil de sécurité de manière disproportionnée par rapport à la réalité de

la menace (Lambertson, 2005 : 191-192 ; Molinaro, 2017 : 145). En effet, il n'existe aucune preuve que « l'État eut été réellement en danger à quelque moment que ce soit. Aucun secret atomique n'a été révélé, et les informations fournies aux Soviétiques, toujours des alliés, étaient dans l'ensemble plutôt inoffensives. » (Lambertson, 2005 : 192, traduction libre) Quant au réseau d'espionnage canadien, il était formé de militants ouvriers idéalistes facilement manipulables, dans un contexte où le Canada était l'allié des Soviétiques (Molinaro, 2017 : 145). Ces faits permettent d'avancer que le gouvernement King ne voulait pas tant repousser une menace, que discréditer le PCC et l'Union soviétique (Molinaro, 2017 : 147).

L'affaire Gouzenko a été le prélude la Guerre froide : au même moment où siégeait la Commission Kellock-Taschereau, l'ancien premier ministre britannique Winston Churchill prononçait, le 5 mars 1946, son discours sur le rideau de fer, *Le nerf de la paix*³⁵⁹ (Molinaro, 2017 : 154). Le rapport de la Commission a renforcé le manichéisme *bons pays démocratiques occidentaux/mauvais pays communistes orientaux* (Molinaro, 2017 : 154). Ce rapport connut une diffusion importante et fut un instrument très efficace de propagande anticommuniste (Molinaro, 2017 : 154-155).

Les suites de l'affaire Gouzenko ouvrirent un débat sur la protection des libertés civiles au Canada, qui prit de l'ampleur avec l'adoption de la Charte des Nations Unies³⁶⁰ et de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, conséquemment, avec la mise en place d'un *Comité conjoint spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales* (1947-1948) (Lambertson, 2005 : 190).

³⁵⁹ Selon les paroles de Churchill : « De Stettin dans la Baltique jusqu'à Trieste dans l'Adriatique, un rideau de fer est descendu à travers le continent. Derrière cette ligne se trouvent toutes les capitales des anciens États de l'Europe centrale et orientale [qui] se trouvent dans [...] la sphère soviétique, et toutes sont soumises, sous une forme ou sous une autre, non seulement à l'influence soviétique, mais aussi à un degré très élevé et, dans beaucoup de cas, à un degré croissant, au contrôle de Moscou. [...] Les partis communistes [...] cherchent partout à accéder à un contrôle totalitaire. » (Churchill, 1946)

³⁶⁰ Son article 1(3) précise qu'un des buts de l'ONU est de « [r]éaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, *en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion.* » (Italiques ajoutés)

Le Comité devait « étudier la question des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que la meilleure façon de remplir les obligations qu'ont acceptées à cet égard tous les membres de l'Organisation des Nations Unies. » (Canada, 1947a : 3126) L'effet contingent de l'affaire Gouzenko fut ainsi de donner une dimension pancanadienne au débat sur la protection constitutionnelle des libertés civiles, mais aussi d'amener ce débat au cœur du champ étatique (MacLennan, 2003 : 4, 43).

8.2. Le débat d'après-guerre sur la protection constitutionnelle des libertés

Le champ juridique – les avocats, les juges, les professeurs, les tribunaux, les barreaux, les facultés de droit, etc. –, comme la population, furent plutôt silencieux durant la guerre à propos des dérives entourant l'application des *Règlements concernant la défense du Canada* et la suspension des libertés au nom de la sécurité de l'État (Adams, 2009 : 15, 87-89, 118). Vers la fin du conflit, l'une de ses institutions centrales, le Barreau canadien, sans véritablement critiquer le gouvernement central, en appela tout de même à « l'adoption d'une déclaration constitutionnelle des droits à l'américaine » (Adams, 2009 : 112, 118). Toutefois, cette proposition était surtout motivée par l'inquiétude soulevée par l'existence d'un « gouvernement par décrets » – suspendant les pouvoirs du Parlement – et par la croissance de l'État administratif, qui empiétait sur les libertés individuelles, comme le droit à la propriété (Monette, 1944). Selon Eric Adams, le soutien à l'enchâssement des droits « illustre la réceptivité croissante des juristes canadiens aux idées, à la politique et à la culture juridique américaines. Il ne serait pas possible après la guerre, comme auparavant, d'ignorer les idées constitutionnelles américaines. » (Adams, 2009 : 112, traduction libre)

Au mois d'août 1945, lors de la *Conférence fédérale-provinciale du rétablissement*³⁶¹, le premier ministre cécéfiste de la Saskatchewan, Tommy Douglas, avança une

³⁶¹ Laquelle s'est penchée sur la question de la reconstruction d'après-guerre.

proposition d'enchâssement d'une charte des droits, qui « ne souleva aucun enthousiasme [...] ». » (Lambertson, 2005 : 325, traduction libre). Cette position était en phase avec celles avancées préalablement par d'éminents membres de sa famille politique, comme Woodsworth et Scott. Dans la continuité du *Manifeste de Regina*, appelant à l'égalité juridique, Douglas fit adopter par sa législature la première charte des droits au Canada, la *Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, qui protégeait les libertés civiles et politiques et interdisait la discrimination basée sur les croyances et l'appartenance ethnoculturelle (Patrias, 2006 : 265-266, 277). Cette charte, même si elle ne prévoyait pas vraiment de moyens d'application, fut tout de même vivement critiquée par les conservateurs, les libéraux et les milieux d'affaires, lesquels invoquaient que cette « loi socialiste » violait la liberté de l'entreprise privée (Patrias, 2006 : 265-266, 281-287). Le rédacteur de cette charte était le conseiller juridique du premier ministre, Morris Cyril Shumiatcher, qui avait incidemment été le premier étudiant juif à être admis au doctorat en droit à l'Université de Toronto en 1942, où il compléta sa thèse sous la direction du professeur Bora Laskin (Girard, 2005 : 144). Que le rédacteur fût un juif social-démocrate, ayant étudié le droit pour combattre la discrimination dont il était victime, allait de soi (Patrias, 2006 : 277-279). De nombreux Juifs militèrent dans des organisations progressistes, comme le *Jewish Labour Committee*, dirigé par le syndicaliste et membre du CCF, Kalmen Kaplansky. Leur objectif était de faire avancer les causes intimement liées des droits de la personne et de la justice sociale (Patrias, 2006 : 267, 271-274, 276). Plusieurs de ces organisations apportèrent leur soutien à Shumiatcher dans son travail de rédaction (Patrias, 2006 : 280).

En septembre 1945, le député CCF Alistair Stewart rappelait au premier ministre King, dans la foulée du Discours du Trône, que depuis la Grande Dépression, les divers gouvernements libéraux qu'il a dirigés ont traité de manière inique la classe ouvrière (Stewart, 1945a : 141). Stewart dénonça la discrimination basée sur l'origine ethnique, la couleur ou la religion dont étaient victimes les minorités au Canada, comme les Afro-

Canadiens, les Canadiens ukrainiens et les Juifs (Stewart, 1945a : 141-143). Selon lui, les inégalités de traitement minaient l'unité nationale : « Voilà des germes de désunion. Pourquoi parler d'unité nationale lorsque des gens ont au cœur l'amertume de voir qu'ils sont victimes d'injustice. L'unité est impossible dans ces conditions. » (Stewart, 1945a : 143) Alors que le Parlement s'apprêtait à débattre de la Charte des Nations Unies – dont les pays la ratifiant signifiaient leur engagement envers les « droits de l'homme » –, le député cécéfiste invitait le gouvernement à faire preuve de cohérence, en dotant le Canada d'une déclaration des droits (Stewart, 1945a : 144). À cet effet, il déposa une motion en Chambre visant à intégrer à l'Acte de 1867 une charte des droits, de façon à garantir les droits des minorités, les droits fondamentaux, les droits politiques et les droits à l'égalité (Stewart, 1945b : 925). Ses propositions ne soulevèrent pas de débat, mise à part une intervention d'un député du parti gouvernemental, Leslie Alexander Mutch. S'il disait partager le souci de Stewart envers les problèmes de racisme et de discrimination au pays et croire en l'importance de renforcer « l'union du peuple canadien », par contre il défendait le maintien de la tradition britannique, en affirmant ne pas être « de l'avis de l'honorable député [Stewart] quand il critique certaines de nos institutions. » (Mutch, 1945 : 218) Lesdites institutions ont pourtant utilisé de manière davantage autoritaire ses pouvoirs d'urgence que celles, plus libérales, du Royaume-Uni³⁶² (Brewin, 1941 : 113-114). Or, par son approche coercitive, notamment envers les Canadiens japonais et les communistes, le gouvernement King raffermissait l'opposition des défenseurs des droits de la personne et nourrissait « une demande croissante pour que de telles violations des libertés civiles ne se répètent pas. » (Tarnopolsky, 1970 : 56, traduction libre)

Si la question de la protection constitutionnelle des libertés ne soulevait pas l'enthousiasme des élites politiques et juridiques canadiennes, socialisées au modèle britannique, par contre l'adoption de la *Déclaration universelle* allait en quelque sorte

³⁶² « Sur toute la question des libertés civiles en temps de guerre, il y a des raisons de croire que le Parlement et le gouvernement de Grande-Bretagne ont montré une plus grande sensibilité envers la nécessité de préserver les procédures démocratiques. » (Brewin, 1941 : 113-114, traduction libre)

forcer le débat au sein du champ étatique canadien, où fut mis en place, non pas sans réticence, un *Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales* (1947-1948), où témoigna le directeur de la *Division des droits de l'homme* de l'ONU, John Peters Humphrey. À ce comité conjoint succéda un comité sénatorial, créé par l'initiative du sénateur Roebuck, le *Comité spécial sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales* (1950).

8.2.1. John P. Humphrey et la *Déclaration universelle des droits de l'homme*

En 1947, le premier directeur de la *Division des droits de l'homme* de l'ONU, John Peters Humphrey rédigea l'ébauche d'une charte internationale des droits (Hobbins, 1998 : 325). Avant d'être haut fonctionnaire onusien, Humphrey eut comme collègue son mentor, F. R. Scott, à la faculté de droit de l'Université McGill, de 1936 à 1946, où il enseigna notamment deux cours constituant des innovations majeures dans l'enseignement du droit au Canada : le droit public et les organisations internationales (MacDonald, 1991 : 15). « Grâce à ces cours, Humphrey a pu plaider en faveur de la réorganisation des institutions internationales. » (Roth, 2007 : 314, traduction libre) Cette réorganisation devenait impérative au vu du sort funeste réservé aux minorités en Europe, comme les Juifs, et devant l'échec de la Société des Nations à prévenir la guerre (Roth, 2007 : 314-315). Il proposa la création d'une fédération mondiale, dotée d'une constitution, qui prendrait appui sur une société internationale, et non pas sur des États, et qui aurait ainsi la légitimité et la capacité de produire des décisions contraignantes pour l'ensemble des États membres (Humphrey, 1946b : 20-21).

Avant d'enseigner à l'Université McGill, Humphrey y fit ses études. Orphelin d'un homme d'affaires prospère du Nouveau-Brunswick, Humphrey débuta ses études à l'Université McGill en 1922, où il compléta trois baccalauréats (commerce, science politique et droit) (Roth, 2007 : 309). Après l'obtention de son barreau, à son grand ennui, il pratiqua le droit privé pendant six ans dans une firme d'avocats montréalaise (MacDonald, 1991 : 11). Interpellé par la possibilité d'un nouvel ordre mondial, de contribuer à la paix internationale, il entreprit une maîtrise en droit international en

1935, débuta l'enseignement du droit à titre de professeur adjoint en 1936 et obtint un congé annuel pour poursuivre ses études à l'Université de Paris (MacDonald, 1991 : 11-13). À la fin de ses études parisiennes, il reçut le titre de docteur en droit (romain et public) et devint professeur agrégé (MacDonald, 1991 : 12). En 1945, tout en enseignant à temps plein, il compléta sa thèse de doctorat en science politique (MacDonald, 1991 : 18-19). Dans sa thèse, il avança que la théorie de la séparation des pouvoirs était une arme politique réactionnaire, car elle ne préservait pas tant les libertés, qu'elle empêchait le gouvernement d'accomplir ses fonctions, notamment en matière de relations internationales et de sécurité sociale (Humphrey, 1946a : 342-360).

Témoin de la paupérisation de la population montréalaise et de la montée des forces d'intolérance durant la Grande Dépression, Humphrey fut attiré par le socialisme démocratique (MacDonald, 1991 : 12). Avec Scott et plusieurs autres, il participa à la création de la *Ligue pour la reconstruction sociale* (Roth, 2007 : 310). Il partageait le souci de la *Ligue* pour les questions d'unité canadienne, d'indépendance nationale³⁶³, d'égalité juridique et de justice sociale (Roth, 2007 : 310-313, 328-329). À cet égard, il soutint les conclusions keynésiennes de la Commission Rowell-Sirois, qui proposait la centralisation de certains pouvoirs dans la fédération, afin de garantir un niveau de sécurité socioéconomique équivalent pour tous, partout au Canada (Hobbins, 1993 : 135). Pour Humphrey, comme pour Scott et bien d'autres, une des menaces importantes à l'édification d'une nation civique canadienne – le mouvement nationaliste québécois – pourrait être résorbée en instituant un État central fort, qui pourrait garantir le respect des droits linguistiques des Canadiens français partout dans la fédération (Roth, 2007 : 311-312). Selon Ronald St. John MacDonald, Humphrey « était un visionnaire qui fut l'un des premiers défenseurs du bilinguisme canadien. » (MacDonald, 1991 : 17) Le nationalisme politique englobant d'Humphrey rejetait les forces provinciales et nationalistes centrifuges, mais laissait tout de même place à l'expression de multiples identités : comme beaucoup d'intellectuels canadiens-anglais de son temps, il

³⁶³ Impliquant la fin des appels au Comité judiciaire de Londres et le rapatriement de la Constitution.

concevait la nation canadienne avec un prisme actonien (Humphrey, 1976 : 605-608). Pour lui, le Canada était un pays bilingue, multiculturel et composé de plusieurs nations ethniques ; une telle configuration sociolinguistique était d'ailleurs mieux à même de préserver la liberté dans un État, dans un esprit bien actonien (Humphrey, 1976 : 605).

En 1942, en plein conflit sur la conscription, dans un débat public à la *Canadian Broadcasting Corporation*, Humphrey, comme son mentor Scott, appela les Canadiens anglais à tenter de comprendre leurs compatriotes Canadiens français (Hobbins, 1993 : 135). Il y proposa aussi de mettre fin à tout lien colonial avec le Royaume-Uni et de mettre en œuvre, au Canada, les propositions énoncées par le président Franklin Roosevelt dans son discours sur « les quatre libertés », prononcé devant le Congrès américain en janvier 1941 (Hobbins, 1993 : 135). Dans son allocution, le président des États-Unis critiquait l'isolationnisme américain et évoquait un nouvel ordre mondial « fondé sur quatre libertés humaines essentielles » : « la liberté de parole et d'expression », « la liberté de chacun de rendre un culte à Dieu à sa manière », « la liberté de vivre à l'abri du besoin » et « la liberté de ne pas avoir peur [...] » (Roosevelt, 1941 : 20-21, traduction libre) Comme l'analysa Erin C. Roth, « [i]l ressort clairement de ces objectifs qu'un gouvernement central fort était nécessaire et, en outre, que l'existence d'une décentralisation importante et de puissants gouvernements provinciaux constituaient des obstacles à l'unité. » (Roth, 2007 : 312-313, traduction libre) L'individu en tant qu'être juridique doté de droits égaux, dans l'ordre étatique et dans le système international, était au cœur de la pensée et de l'action d'Humphrey (Roth, 2007 : 324). Il déplorait notamment l'indifférence canadienne face à l'importance de la protection des droits de la personne (Hobbins, 1998 : 333, 338). Selon lui, la paix au sein des États et sur la scène internationale découlait du juste traitement des citoyens et du respect de leurs libertés (Humphrey, 1948, 1949). En outre, pour lui, la légitimité des institutions nationales et internationales – donc leur autorité morale à produire des décisions contraignantes – découlait du consentement des individus à un ordre légal intérieur et international (Roth, 2007 : 330). C'est ce qui

permet de comprendre qu'il était à la fois nationaliste canadien et internationaliste convaincu (Roth, 2007 : 324). D'ailleurs, comme Scott, il était membre de l'*Institut canadien des affaires internationales*, fondé en 1928, après la *Déclaration de Balfour de 1926*. Et, comme Scott, il défendit l'enchâssement des droits fondamentaux, pour protéger l'individu contre les abus des autorités. Il croyait aussi que l'un des principaux obstacles à ce projet résidait dans l'opposition des gouvernements provinciaux, jaloux de leurs prérogatives (Humphrey, 1970 : 419-420). Bref, Humphrey partageait les dispositions et idées de plusieurs membres du groupe des juristes réformateurs.

Écrivant quelque temps après l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, le 10 décembre 1948, le directeur de la *Division des droits de l'homme* précisa les motifs qui avaient mené à ce que l'Assemblée des Nations Unies se saisissent de la question de la protection internationale des droits de la personne : « Dans les années précédant la Deuxième Guerre mondiale, et pendant cette guerre, la conscience de l'humanité a été choquée, non seulement par les meurtres de masse et l'oppression dont le gouvernement nazi était responsable dans d'autres pays, mais aussi par les violations des droits de l'homme dans l'Allemagne nazie. » (Humphrey, 1949 : 353, traduction libre) Il était désormais entendu que les violations massives des droits de la personne dans un État donné menaçaient aussi la paix internationale ; la protection des libertés individuelles n'était plus qu'une simple question de politique intérieure (Humphrey, 1949 : 352-353). À cet égard, les gouvernements américains et britanniques ont trouvé la justification morale de leur participation à la guerre dans la protection des « quatre libertés » (Roth, 2007 : 318). En mettant « l'accent sur les droits individuels », les forces alliées « cherchaient à moraliser leurs objectifs militaires et à se distinguer de leurs ennemis. » (Adams, 2009 : 138, traduction libre) Ainsi, le projet de construction d'un nouvel ordre mondial dans l'après-guerre était lié à la protection internationale des droits de la personne (Schabas, 1998 : 69-70). La *Déclaration* trouva ainsi son inspiration immédiate dans « les quatre libertés » de Roosevelt, présentes

dans le préambule du document³⁶⁴ (Humphrey, 1949 : 353-354). C'est pourquoi elle contient des dispositions sur les droits civils et politiques ainsi que les droits socioéconomiques (Humphrey, 1949 : 355). Ces deux types de droits seraient liés : « Les droits de la personne ne signifient pas grand-chose pour un estomac vide. » (Humphrey, 1976 : 610, traduction libre) De même, « [u]n pays qui respecte les droits économiques et sociaux de ses habitants, mais ne respecte pas leurs droits civils et politiques, n'est pas une société libre. » (Humphrey, 1976 : 610, traduction libre) Enfin, si la *Déclaration* mettait en sourdine les devoirs de l'individu face à la collectivité, c'est qu'elle se voulait « une affirmation solennelle de droits qui ont été foulés aux pieds et un cri de protestation indigné contre une autorité illégitime, arrogante, cruelle et insensible. » (Humphrey, 1970 : 415, traduction libre)

Entre la première ébauche et le texte final de la *Déclaration*, les débats et les tractations furent importants entre les États membres de l'ONU, qui ne voyaient pas d'un bon œil l'idée de potentielles ingérences dans leur politique intérieure (Schabas, 1998 : 70). Une poignée d'États étaient réfractaires à l'adoption du texte final de la *Déclaration*, en décembre 1948, dont le Canada. Selon William Schabas, « l'attitude du gouvernement canadien à l'égard de la *Déclaration* s'avéra sceptique et même hostile. » (Schabas, 1998 : 69) Mis à part un soutien minoritaire émanant des milieux politiques de gauche – proches du CCF –, lorsque les premières versions de la *Déclaration* ont commencé à circuler au Canada, dès 1947, l'inscription de droits socioéconomiques en particulier a nourri « une opposition considérable de la part de la droite politique, des milieux d'affaires et de la profession juridique. » (Hobbins, 1998 : 326, traduction libre) Les Barreaux américain et canadien s'opposèrent à la *Déclaration* et travaillèrent à établir une position commune (Hobbins, 1998 : 331). Pour le président du Barreau américain, Frank Holman, la *Déclaration* prônait le

³⁶⁴ Le préambule de la *Déclaration universelle* affirme que « la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme [...]. » (Italiques ajoutés)

communisme, tandis que pour son vis-à-vis canadien, John Hackett, seule la diffusion du christianisme pouvait contribuer au progrès universel des droits de l'homme (Hobbins, 1998 : 331 ; Schabas, 1998 : 79). Hackett était aussi député conservateur à la Chambre des communes, conseiller parlementaire de la délégation canadienne à l'ONU, proche conseiller informel de son ami, Louis St-Laurent, mais aussi un des leaders de la campagne canadienne contre la *Déclaration* (Hobbins, 1998 : 331, 337). Cette campagne contribua à l'impopularité croissante de la proposition de *Déclaration* dans les lieux de pouvoir au Canada (Hobbins, 1998 : 332). Dans ce contexte, l'on peut comprendre pourquoi, le 7 décembre 1948, lors d'un vote en comité sur la *Déclaration*, le nouveau ministre des Affaires étrangères, Lester B. Pearson³⁶⁵, demanda à la délégation canadienne de s'abstenir (Schabas, 1998 : 69). La raison invoquée fut que le gouvernement central ne pouvait engager favorablement la fédération envers les droits internationaux de la personne, alors qu'ils relevaient largement des pouvoirs provinciaux, notamment en matière de droits civils, de propriété et d'éducation (Schabas, 1998 : 69). À l'époque, il était accepté par la plupart des acteurs juridiques et politiques, au sein des champs juridiques et étatiques, que les libertés civiles découlaient, principalement, de la compétence provinciale sur « la propriété et les droits civils » (Acte de 1867, article 92.13) (Tarnopolsky, 1970 : 58). Lors d'un débat aux Communes – portant sur la création d'un Comité conjoint spécial sur les droits de l'homme³⁶⁶ –, le ministre de la Justice, James Lorimer Ilsley, soutint que, pour ce faire, le Canada devrait modifier sa Constitution dans le but de « limiter et restreindre le pouvoir des provinces de légiférer à leur gré en matière de droits civils. C'est dire que, dans ce domaine, le principe de la suprématie de l'Assemblée législative provinciale n'existerait plus. » (Citation tirée de Canada, 1947b : 3203) En outre, depuis l'affaire des Conventions sur le travail de 1937³⁶⁷, la jurisprudence était claire : le gouvernement

³⁶⁵ Ce diplomate de carrière accepta le ministère des Affaires étrangères, le 10 septembre 1948, et se faire élire à la Chambre des communes lors d'une élection partielle le 25 octobre.

³⁶⁶ Ce comité devait évaluer si le Canada devait se doter d'une charte constitutionnelle des droits à l'américaine pour répondre à ses obligations en vertu de la Charte des Nations Unies.

³⁶⁷ Pour cet arrêt (*The A. G. of Canada v. The A. G. of Ontario and others*, [1937] AC 326), portant sur

central ne pouvait adopter et mettre en œuvre seul des traités internationaux relevant des compétences provinciales (Cyr, 2007). L'argument de la délégation canadienne tombait cependant à plat, car la *Déclaration* – contrairement à la Charte des Nations Unies – n'encourait pas d'obligation juridique³⁶⁸ (Schabas, 1998 : 74, 86).

D'un côté, l'abstention du Canada étonna les délégués aux Nations Unies, car elle le rangeait avec les États soviétiques, l'Arabie saoudite et l'Afrique du Sud – qui rejetaient l'inclusion des droits individuels –, tout en l'isolant de ses principaux alliés, les États-Unis et le Royaume-Uni (Hobbins, 1998 : 331, 337). D'un autre côté, la surprise n'aurait pas dû être si grande : le bilan du Canada en matière de protection des droits de la personne était peu reluisant. À cet égard, durant les débats à l'ONU à propos du projet de *Déclaration*, la délégation canadienne utilisa des mesures dilatoires pour retarder son adoption, comme de suggérer de soumettre le projet à une autre organisation pour une analyse approfondie, d'invoquer la possibilité d'y apporter plusieurs amendements (sans le faire) pour pouvoir le soutenir ou encore de plaider l'impuissance devant la complexité de la division fédérale des pouvoirs au Canada (Schabas, 1998 : 75-80-81, 86, 90-94). La délégation fit aussi savoir ses réticences relativement aux droits culturels et socioéconomiques – comme les droits à l'éducation et au travail –, en invoquant l'enjeu de la division des compétences (Schabas, 1998 : 82-83, 86). La délégation s'opposa aussi à la proposition d'ajouter une disposition en matière de protection des minorités ethnoculturelles et nationales, arguant « que le Canada n'aurait pas de problème dans le domaine des minorités [...] ». (Schabas, 1998 : 83-84) Enfin, les diplomates canadiens firent bloc contre la proposition voulant garantir le droit à la citoyenneté à tous les habitants d'un territoire (Schabas, 1998 : 85), alors que le débat sur la déportation des Canadiens japonais était encore récent.

une partie du *New Deal* de Bennett, les *Law Lords* jugèrent que le Parlement du Canada ne pouvait donner suite aux conventions de l'*Organisation internationale du travail* en matière de droit du travail, car il ne pouvait étendre sa sphère de compétences en mettant en œuvre des traités internationaux signés par le Canada, mais dont les matières tombaient sous compétence provinciale.

³⁶⁸ Son préambule évoque un « idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations [...] ». »

À l'automne 1948, le gouvernement libéral jongla même avec l'idée de ne pas soutenir la *Déclaration* ou, au minimum, de s'abstenir en invoquant la division des pouvoirs (Schabas, 1998 : 86-87). Toutefois, Pearson, était bien conscient que, politiquement, le Canada ne pouvait s'opposer à une charte internationale des droits, fortement appuyée par ses proches alliés (Schabas, 1998 : 87). Le ministre des Affaires étrangères voyait aussi qu'une telle charte pouvait être un instrument politique utile pour les pays occidentaux, dans la Guerre froide qui se mettait en branle (Schabas, 1998 : 87). Ceci dit, Pearson souhaitait voir l'Assemblée générale opter pour une version plus courte et moins ambitieuse, ou encore reporter l'adoption de la charte en la soumettant à un groupe d'experts indépendants, la *Commission du droit international* (Schabas, 1998 : 87). St-Laurent, qui s'apprêtait à succéder à King³⁶⁹, « était très inquiet des répercussions possibles de la Déclaration » sur « la politique interne du Canada. » (Schabas, 1998 : 88) Dans une note de service rédigée pour St-Laurent, à l'attention de la délégation canadienne, l'on reconnaissait la difficile position du gouvernement central, qui ne voulait pas créer de différends politiques avec ses homologues provinciaux, mais, en même temps, ne souhaitait pas apparaître comme étant « opposé au principe de l'adoption d'une Déclaration des droits de l'homme. » (Citation tirée de Schabas, 1998 : 88, traduction libre) En outre, le premier ministre par intérim, St-Laurent, désirait ne pas engager la parole officielle du gouvernement envers certains droits fondamentaux protégés par la *Déclaration* – comme les libertés de parole, d'association, de réunion et le droit au travail –, ce qui pourrait l'empêcher de « discriminer les communistes en raison de leurs opinions politiques. » (Citation tirée de Schabas, 1998 : 89, traduction libre) Cette position « était révélatrice de l'intention du gouvernement de préserver la suprématie parlementaire » (MacLennan, 2003 : 74, traduction libre), mais aussi de vouloir se garder une marge de manœuvre importante en cas d'urgence nationale. De plus, la liberté de religion embêtait le gouvernement libéral, redoutant que cette clause puisse potentiellement « protéger les Témoins de

³⁶⁹ La passation des pouvoirs fut officialisée le 15 novembre 1948.

Jéhovah » (Schabas, 1998 : 100), qui avait critiqué la participation du Canada à la guerre. Devant cette impasse, l'abstention de la délégation canadienne lors du vote final sur la *Déclaration* semblait être la seule issue politique (Schabas, 1998 : 92). Diplomate d'expérience, Pearson voyait bien qu'une telle position nuirait à la réputation du Canada, d'autant plus qu'il ferait partie d'un groupuscule composé des six pays soviétiques (Schabas, 1998 : 94-95). Pearson proposa donc un compromis que St-Laurent accepta : l'abstention lors du vote en comité et le soutien pour le vote final devant l'Assemblée générale de l'ONU (Schabas, 1998 : 94-95). Ainsi, le 7 décembre 1948, la délégation s'abstint lors du vote en comité, lui valant les remontrances des alliés américains et britanniques, jugeant que cette position minait la portée symbolique et anticomuniste de la *Déclaration* (Schabas, 1998 : 96). Puis, le 10 décembre, devant l'Assemblée générale, la délégation vota sans grand enthousiasme en faveur de la *Déclaration*, préservant la réputation du Canada (MacLennan, 2003 : 75). Lors des délibérations, à l'Assemblée générale, Pearson justifia l'abstention du Canada en précisant « que le Gouvernement fédéral de son pays n'entend pas empiéter sur les droits des gouvernements provinciaux, droits auxquels le peuple canadien est tout aussi attaché qu'aux principes qui figurent dans la déclaration. » (Pearson, 1948 : 900)

Malgré les réticences du gouvernement libéral et du Barreau canadien envers la *Déclaration* – au nom de la tradition politico-juridique britannique et de la division des compétences –, celle-ci devint un des piliers de l'ordre international d'après-guerre, et eut une incidence sur le champ étatique canadien. En effet, « [s]a rédaction et, ensuite, son adoption furent de nature à contraindre le Parlement canadien à examiner la question de sa mise en œuvre au niveau national. » (Schabas, 1998 : 68) Le gouvernement créa le *Comité spécial mixte* (1947-1948), où l'on vit une figure montante du mouvement pour la défense des libertés civiles, John Diefenbaker.

S'il est exagéré d'avancer que la *Déclaration universelle* ait bouleversé l'ordre juridico-politique canadien – le débat canadien sur les droits constitutionnalisés existait depuis les années 1930 –, par contre, elle a accru le pouvoir symbolique de la cause du

nationalisme constitutionnel canadien, dans la société, mais aussi au sein des champs juridique et étatique. Les défenseurs des libertés civiles utilisèrent la *Déclaration* comme un argument en faveur d'une charte des droits au Canada (MacLennan, 2003 : 61). Comme l'analysa Clément, la *Déclaration* « était très certainement un symbole puissant, mais elle n'était pas vraiment prise en compte au Canada à l'époque. » (Clément, 2016 : 19, traduction libre) Walter Tarnopolsky écrivait, en 1970, qu'« il serait difficile d'identifier une loi canadienne en particulier qui a été promulguée uniquement pour répondre à ses obligations internationales. » (Tarnopolsky, 1970 : 54, traduction libre) Si les débats autour de la *Déclaration* ont amplifié la saillance de l'enjeu des libertés civiles au Canada, les luttes et les forces politiques canadiennes autour de cet enjeu sont antérieures à son avènement (Tarnopolsky, 1970 : 54-55). La révolution des droits ne découlait pas « d'un principe abstrait » (l'idée des droits naturels de la personne), « de changements à l'échelle globale », mais bien « de circonstances propres au Canada. » (Clément, 2016 : 20, traduction libre) L'évolution de l'idée des droits constitutionnalisés provenait largement des luttes de pouvoirs au sein des champs juridique et étatique entre, d'un côté, l'élite réformiste montante et ses alliés et de l'autre, l'élite au pouvoir, dans un contexte où les violations massives des libertés nourrissaient le discours et le pouvoir symbolique des forces contestataires. Si l'influence de la *Déclaration* sur la politique constitutionnelle canadienne fut plutôt faible jusque dans les années 1980³⁷⁰, elle ne fut pas nulle. D'abord, la création des deux comités parlementaires – celui de 1947-1948 et l'autre de 1950 –, découlait de l'adoption de la Charte des Nations Unies et de la *Déclaration*. Ainsi, la teneur des débats canadiens fut marquée par le droit international des droits de la personne, « ce qui a probablement accéléré l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*. » (Tarnopolsky, 1970 : 61, traduction libre) Ensuite, le sous-titre de la *Déclaration canadienne des droits* – que fit adopter le gouvernement Diefenbaker en 1960 –

³⁷⁰ En prenant appui sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême mobilisa davantage et de manière plus rigoureuse le droit international dans ses décisions (Schabas et Turp, 1989 : 12).

renvoyait clairement au langage de la *Déclaration* onusienne, plutôt qu'à la tradition juridique britannique, en avançant qu'elle avait « pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. » (Cohen, 1959 : 231, traduction libre) De plus, lors des travaux d'élaboration de la *Charte canadienne des droits et libertés*, « ses rédacteurs s'inspirèrent abondamment du contenu de la *Déclaration [universelle]* afin d'assurer une compatibilité et une complémentarité entre les deux instruments. » (Schabas, 1998 : 68) Malgré cela, dans un discours prononcé le 3 août 1982, devant le Barreau canadien, Humphrey conclut que la *Charte canadienne* n'était pas à la hauteur des obligations internationales du Canada³⁷¹ (Humphrey, 1982 : 21). Plusieurs droits protégés par la *Déclaration* et le *Pacte* étaient absents de la *Charte canadienne*, comme l'*habeas corpus* ou le droit à la nationalité (Humphrey, 1982 : 12, 14, 21). Ces droits sont justement ceux qui ont été violés par l'État canadien à l'encontre des Canadiens japonais et des communistes.

Avant que ne débutent les travaux du *Comité*, Lower publia en 1947 un article influent, *Some Reflections on a Bill of Rights*, où il réitéra plusieurs des positions qu'il défendit lors de la Commission Rowell-Sirois, notamment que le Canada devait se doter d'une charte constitutionnelle des droits, pour protéger de manière effective les libertés de tous les citoyens, partout au pays, face à la montée d'un nouveau despotisme. Il s'attaqua à certains des arguments avancés par les tenants du *statu quo* constitutionnel, comme celui voulant qu'une telle charte dénaturât le régime canadien basé sur la suprématie parlementaire. Selon lui, au Canada, comme l'on trouvait déjà des limites à la souveraineté parlementaire dans la division des compétences, étendre quelque peu ces limites, par une charte constitutionnelle des droits, était conforme à l'essence du régime libéral canadien (Lower, 1975b : 216). En outre, à ceux affirmant qu'une déclaration des droits était vaine – car le Canada jouissait déjà des libertés héritées de l'histoire britannique –, Lower rétorqua que l'expérience récente durant la guerre

³⁷¹ En vertu de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948) et du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1976).

démontrait la nécessité d'une telle charte, appliquée par des tribunaux indépendants, qui mettrait hors de portée des parlements et des gouvernements, un ensemble de libertés cruciales au maintien de la démocratie canadienne (Lower, 1975b : 247-250). L'expérience de la guerre a montré l'impuissance du Parlement à contrôler et limiter les excès du gouvernement (Lower, 1975b : 247-250). Enfin, il prit de front l'argument voulant qu'une charte des droits empiète largement sur les pouvoirs provinciaux, tels « les droits civils et la propriété ». Cet argument serait caduc, attendu que « [l]es droits de la citoyenneté sont des droits civils, qui ne se limitent pas à une seule province. Ce sont les droits civils du Dominion et, en tant que tels, ils doivent être sous la tutelle du Dominion. » (Lower, 1975b : 247, traduction libre) Il suggéra qu'un comité d'enquête sur les droits de la personne devrait étudier la possibilité d'abroger la *Loi sur les mesures de guerre*, de codifier les grandes libertés britanniques, de revoir le concept de « sécurité d'État », de modifier la *Loi sur les secrets officiels*, qui ne laissait « pratiquement aucune chance aux personnes accusées en vertu de cette loi de se défendre contre l'État » (Lower, 1975b : 239-241, traduction libre). Lower proposa aussi une ébauche de charte contenant : les droits des minorités linguistiques ; les droits fondamentaux (comme la liberté d'expression) et les garanties juridiques (comme l'*habeas corpus*) ; le principe de l'égalité juridique de tous les citoyens, natifs ou non, et l'interdiction de la déportation de tout citoyen ; enfin, les droits syndicaux (Lower, 1975b : 243-245). Conscient des difficultés que posait l'enchâssement d'une telle charte, Lower pensait que l'adoption d'une loi ordinaire, certes limitée, constituerait néanmoins un pas dans la bonne direction et représenterait un outil de sensibilisation envers les droits de la personne (Lower, 1975b : 239-240). Les idées avancées par Lower furent reprises lors des travaux du *Comité spécial mixte* et des débats en Chambre, mais elles demeuraient fortement minoritaires, portées par une poignée d'intervenants et ne se retrouvèrent pas dans le rapport final de juin 1948.

8.2.2. Les comités spéciaux sur les droits de la personne : 1947 à 1950

8.2.2.1. Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales

Le *Comité spécial mixte* devait se pencher sur les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne et sur la façon d'y répondre. Plusieurs acteurs importants du débat canadien sur la protection des libertés civiles siégeaient à ce comité. Du côté des juristes réformateurs, on retrouvait notamment Diefenbaker et Roebuck. Du côté des défenseurs du maintien de l'ordre constitutionnel canadien de tradition britannique, l'on trouvait entre autres le député conservateur et ancien président du Barreau canadien, Hackett, et le ministre libéral de la Justice, Ilsley.

Pour préciser les obligations internationales du Canada, le Comité entendit notamment deux fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et John Humphrey. Malgré certaines critiques – la longueur du texte et son imprécision –, le Comité conclut, dans son rapport du 25 juin 1948, que la *Déclaration universelle* n'imposait aucune obligation juridique au Canada (Canada, 1948, fascicule 11 : 3, 7). Le Canada pouvait donc y consentir sans déclencher une crise constitutionnelle.

Pour déterminer la réponse adéquate du Canada, le Comité sollicita l'avis du sous-ministre de la Justice, Frederick Varcoe, des doyens des facultés de droit canadiennes et des procureurs généraux provinciaux, et reçut les mémoires et les témoignages de plusieurs groupes de la société civile, comme celui des Témoins de Jéhovah, qui fut écrit et présenté par leur conseiller juridique William Glen How³⁷². Cet aspect des travaux du Comité sont pertinent pour comprendre l'état des rapports de force entre les partisans du *statu quo* et les réformistes constitutionnels au sein du champ étatique.

Lors du débat sur la création du *Comité spécial mixte*, celui qui allait en devenir son coprésident, le ministre de la Justice Ilsley, tint des propos en Chambre révélant son biais idéologique (britannique), avant même le début des travaux. Ilsley réitéra « que

³⁷² Dont le mémoire, *The Case for a Canadian Bill of Rights*, fut publié dans la *Canadian Bar Review*.

la constitution britannique accorde la plus haute importance au principe de la suprématie du Parlement : il peut faire toutes lois qu'il désire, conférer des droits et les modifier, ou même priver les personnes de ceux qu'ils exercent [...]. » (Canada, 1947b : 3203) Il poursuivit : « au Canada notre Parlement est suprême dans les limites de sa compétence comme les Assemblées législatives sont suprêmes dans les limites de leur compétence. » (Canada, 1947b : 3203) Adopter une déclaration constitutionnelle des droits limiterait le pouvoir du Parlement et des législatures, dénaturant le régime fédéral canadien : « Ce serait appliquer à notre constitution un principe de la constitution américaine, et américaniser, pour ainsi dire, notre constitution. » (Canada, 1947b : 3203) Ilsley jugea que le Parlement central ne pouvait adopter une déclaration des droits « qui porterait atteinte aux droits civils, et que le gouvernement fédéral se serve ensuite de cette mesure, constitutionnelle ou non, pour annuler des lois adoptées par les assemblées législatives. » (Canada, 1947b : 3204) D'autant plus que le Canada était un régime parlementaire dans lequel les libertés des citoyens étaient respectées (Canada, 1947b : 3204-3205). Enfin, Ilsley avança que devant une urgence, le gouvernement devait agir avec efficacité pour assurer la sécurité de l'État, en n'étant pas contraint par des droits et des procédures intangibles, dont tireraient avantage ses ennemis intérieurs (Canada, 1947b : 3205-3206).

Lors de ce débat, Diefenbaker prit la parole pour rappeler que si le Canada avait bien hérité des grandes libertés britanniques (la liberté d'expression, l'*habeas corpus*, etc.), celles-ci furent bafouées à plusieurs reprises par le gouvernement (Canada, 1947a : 3137, 3140-3141). De plus, si l'un des motifs derrière l'adoption d'une charte internationale des droits de la personne était de favoriser la paix entre les nations, ladite charte devait aussi avoir sa contrepartie dans le droit interne des États, qui sont appelés à garantir les droits égaux de leurs citoyens (Canada, 1947a : 3137-3138). Il reprocha au gouvernement d'avoir déjà décidé de s'opposer à une charte des droits, avant même le début des travaux du Comité (Canada, 1947a : 3138). Conscient de l'enjeu de la division des pouvoirs, il proposa d'intégrer les gouvernements provinciaux au

processus d'élaboration, « afin que la déclaration des droits la plus complète possible soit le fruit d'une décision commune, sous forme d'un amendement à la constitution ou d'une loi. » (Canada, 1947a : 3139) Les tribunaux pourraient ainsi appliquer de manière objective ces droits codifiés, car « [s]ans la faculté de les réclamer en justice, que valent ces précieux droits traditionnels ? Ils ne sont que vains mots. » (Canada, 1947a : 3140) Une déclaration contribuerait aussi à « doter le pays d'un gouvernement appuyé sur des lois et non sur le bon plaisir de particuliers. » (Canada, 1947a : 3140)

Pour Diefenbaker, une telle déclaration est donc conforme au régime démocratique, qui « se distingue précisément du régime autoritaire en ce qu'il accorde aux particuliers des droits envers l'État, tandis que l'autre les supprime. Il honore comme sacrée la dignité humaine, tandis que l'autre exalte l'autorité de l'État. » (Canada, 1947a : 3140) Or, lorsque l'autorité de l'État est magnifiée, qu'il « est maître absolu, les particuliers doivent se préparer à suivre ses instructions et leur liberté personnelle disparaît. » (Canada, 1947a : 3141) Enfin, l'absence d'une telle déclaration, en 1867, ne signifiait pas, selon lui, qu'elle fut contraire à la vision des constituants, car ils « ne s'imaginaient pas que ces droits [ne] seraient jamais amoindris. C'est pourquoi ils ne les ont pas insérés dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. » (Canada, 1947a : 3140) Ces libertés, prises pour acquises, ont été récemment mises de côté (Canada, 1947a : 3141).

Lors de son témoignage devant le Comité, Frederick Varcoe mentionna que le Canada était une démocratie respectueuse de l'État de droit, donc que les libertés fondamentales y étaient tout autant protégées qu'aux États-Unis (Canada, 1947d, fascicule n° 4 : 9-10). Diefenbaker rétorqua au sous-ministre que, contrairement à la République américaine, le Canada ne possédait pas de contrôle de constitutionnalité en matière de droits fondamentaux (Canada, 1947d, fascicule n° 4 : 10). Varcoe ne jugeait pas nécessaire de constitutionnaliser des droits déjà protégés au Canada par les grands textes et les précédents, issus de la tradition britannique et intégrés au droit canadien

par le préambule de l'Acte de 1867³⁷³ (Canada, 1947d, fascicule n° 4 : 28-29). Il s'opposait aussi à toute constitutionnalisation formelle des droits, car le Canada abolirait un des piliers de son régime constitutionnel distinctement britannique : la souveraineté parlementaire (Canada, 1947d, fascicule n° 6 : 20). En outre, selon Varcoe, les droits et libertés mentionnés dans le projet de *Déclaration universelle* relèvent, par certains côtés, des pouvoirs du Parlement central et, par d'autres, des compétences des législatures (Canada, 1947d, fascicule n° 4 : 11-12). Selon lui, une loi du Parlement central cherchant à protéger les libertés, pour être constitutionnelle, devrait se cantonner au champ de compétences délimité par l'article 91 de l'Acte de 1867, car si « l'on se propose d'adopter une loi qui a pour but de restreindre les pouvoirs provinciaux et tout privilège découlant de l'article 92, cette loi est mauvaise [lire : anticonstitutionnelle]. » (Citation tirée de Canada, 1947d, fascicule n° 4 : 24)

Le sénateur Roebuck lui demanda si une « déclaration des droits de l'homme », adoptée par le Parlement central, pourrait contraindre le gouvernement à les respecter (Canada, 1947d, fascicule n° 4 : 25). Varcoe lui répondit suivant la tradition britannique : « Le Parlement ne peut engager un Parlement futur. [...] Une telle disposition ne s'appliquerait que jusqu'à sa révocation implicite ou explicite par un parlement futur. » (Citation tirée de Canada, 1947d, fascicule n° 4 : 25) Roebuck – en se basant sur la modification constitutionnelle ayant accordé au Parlement central la compétence en matière d'assurance chômage –, s'interrogea à savoir si ce dernier pouvait demander seul au Parlement impérial de modifier la Constitution pour y enchâsser une charte des droits, même si cela empiétait sur les pouvoirs provinciaux (Canada, 1948a, fascicule n° 10 : 8-9). Le coprésident du Comité, Ilsley, lui rappela que pour envoyer une telle résolution à Londres, il fallait obtenir le consentement unanime des législatures provinciales, comme lors de l'amendement sur l'assurance chômage (Canada, 1948a, fascicule n° 10 : 8-9). Roebuck avança que, pour cet amendement, « [n]ous avons demandé le consentement des provinces par diplomatie. » (Canada, 1948a, fascicule

³⁷³ Voir l'opinion du juge en chef Lyman Duff, dans le *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta* (1938).

n° 10 : 9) Pour Ilsley, une démarche unilatérale serait politiquement insensée et mènerait à « démembrer tout le pays. » (Canada, 1948a, fascicule n° 10 : 9) Diefenbaker soutint la position d'Ilsley (Canada, 1948a, fascicule n° 10 : 9)

Selon Varcoe, une charte des droits contribuerait à judiciariser la définition des libertés – qui relève du Parlement –, et à politiser le judiciaire : « Les tribunaux qui interprètent la définition exercent, par le fait même, un pouvoir législatif et prennent par conséquent la place de la législature. » (Canada, 1948a, fascicule n° 10 : 10) De la sorte, citant le contre-exemple américain, il affirma que cela reviendrait à transposer « de la scène politique à la scène judiciaire [...] “la lutte pour la liberté”. Et les conséquences n'en sont pas toujours bonnes. » (Citation tirée de Canada, 1948a, fascicule n° 10 : 11)

La position d'Ilsley et de Varcoe fut validée par les procureurs généraux provinciaux et les doyens des facultés de droit, qui firent parvenir leur avis au Comité. Les procureurs généraux de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Nouvelle-Écosse émirent l'opinion qu'une charte canadienne des droits n'était pas constitutionnelle (Canada, 1948a, fascicule n° 9 : 9 ; Canadian Bar Review, 1948 : 708-714). Le procureur général de la Saskatchewan était ouvert à l'idée que le Parlement central adoptât une déclaration *restreinte* des droits, en matière de garanties juridiques (*habeas corpus*, droit à un avocat, etc.) (Canadian Bar Review, 1948 : 711) Comme l'a résumé en Chambre le ministre Ilsley : « Aucun procureur général n'a déclaré nettement qu'à son avis le gouvernement fédéral a le pouvoir d'adopter une déclaration complète des droits applicable au pays tout entier. » (Canada, 1948b : 2923)

Selon Ilsley, les opinions de trois doyens « répondent catégoriquement par la négative à la question de savoir si le Parlement possède le pouvoir [de promulguer une charte des droits complète et applicable à tout le pays]. » (Canada, 1948b : 2923) Le doyen Vincent Macdonald, de l'Université Dalhousie, répondit brièvement au Comité que le Parlement ne pouvait pas « adopter une déclaration des droits complète et applicable à tout le Canada. » (Canadian Bar Review, 1948 : 708, traduction libre) Le doyen William Kennedy, de l'Université de Toronto, partageait l'analyse de son confrère

(Canadian Bar Review, 1948 : 711). En outre, pour Kennedy, une telle déclaration serait non seulement superflue, mais « signifierait, tant pour le parlement fédéral que pour les législatures provinciales, un abandon de leurs pouvoirs suprêmes. En d'autres termes, nous nous écarterions de la doctrine de la suprématie législative [...]. » (Canadian Bar Review, 1948 : 711, traduction libre) Le professeur (et futur juge de la Cour suprême) Louis-Philippe Pigeon répondit au nom du doyen de la faculté de droit de l'Université Laval³⁷⁴. Pigeon était d'accord avec ses collègues : « Je suis d'avis que le Parlement fédéral n'a pas le pouvoir de promulguer une déclaration des droits complète [...] qui ne tienne pas compte de la division constitutionnelle des pouvoirs. » (Canadian Bar Review, 1948 : 714, traduction libre) En outre, une telle déclaration abolirait la souveraineté parlementaire des législatures dans leur champ de compétences et « signifierait [qu'elles] seraient subordonnées au Parlement fédéral [...]. » (Canadian Bar Review, 1948 : 714, traduction libre) Si le Canada souhaitait se doter d'une déclaration des droits à l'américaine, il devrait d'abord mettre fin à l'anomalie privant la fédération du pouvoir de modifier seule sa Constitution, puis obtenir le consentement des législatures (Canadian Bar Review, 1948 : 712-713).

Ainsi, les représentants des institutions de pouvoir au sein du champ juridique et du métachamp étatique canadien prônaient le maintien du principe de la souveraineté parlementaire et jugeaient *ultra vires* une déclaration canadienne des droits. Selon Eric Adams, « [c]e n'était pas seulement les libéraux fédéraux qui s'opposaient à la constitutionnalité d'une déclaration des droits, mais aussi le courant principal de la pensée politique et constitutionnelle canadienne. » (Adams, 2009 : 166, traduction libre) Lors du débat de 1947-1948, sur la protection des droits, les ministres libéraux, comme Ilsley et Mackenzie, défendirent la vision britannique des libertés contre le constitutionnalisme à l'américaine. Ils arguaient qu'une charte des droits était inutile – les libertés britanniques étaient florissantes au Canada –, et dangereuse, car s'attaquant

³⁷⁴ Le doyen Ferdinand Roy devait maintenir un certain devoir de réserve en tant que juge en chef de la Cour de magistrat (aujourd'hui la Cour du Québec).

au principe fondamental de la souveraineté parlementaire et minant les pouvoirs des législatures provinciales (*cf.* Canada, 1947a : 3126-3136). Bref, « A. V. Dicey et sa conception de la souveraineté parlementaire figuraient en bonne place dans les arguments avancés contre une déclaration des droits, tout comme les caractéristiques distinctives du fédéralisme. » (Adams, 2009 : 161-162, traduction libre)

En plus du député d'arrière-ban Diefenbaker et du sénateur Roebuck, c'est plutôt du côté des organismes issus de la société civile et minoritaires en termes de pouvoir, que l'on trouva une position favorable à une charte constitutionnelle des droits. Par exemple, l'avocat William Glen How, au nom des Témoins de Jéhovah, soumit au Comité un mémoire favorable à cette mesure (Canada, 1948a, fascicule n° 11 : 4). How répliqua à ceux qui, nombreux, « pensent que les libertés individuelles sont inhérentes à notre droit et ne nécessitent donc pas de protection légale. » (How, 1948 : 759, traduction libre) Or, les libertés historiques britanniques tant vantées (*habeas corpus*, liberté de religion, etc.), en tant que rempart face à un pouvoir arbitraire et despotique, n'ont pas été et ne sont toujours pas en mesure de protéger les minorités vulnérables et impopulaires face à l'action répressive de l'État, en l'absence d'application et de sanctions judiciaires précises (How, 1948 : 763-771). En outre, pour ce dernier, l'aspect non écrit et imprécis des libertés britanniques ne faisait qu'accroître le pouvoir des dominants, de ceux qui contrôlent les institutions de pouvoir (gouvernement et parlement), qui sont en mesure d'interpréter ces libertés, de trouver un moyen de les contourner et de se soustraire au contrôle des tribunaux (How, 1948 : 763-771). Les minorités politiques ou religieuses, ne contrôlant pas ces instruments de pouvoir, se sont ainsi trouvées exclues de la protection de la loi (How, 1948 : 763). La Constitution non écrite, au final, ne ferait que garantir la suprématie parlementaire, non pas la jouissance des libertés pour tous. Car « [u]ne législature tyrannique ou myope pourrait détruire tout vestige de liberté et les tribunaux seraient impuissants à y remédier. » (How, 1948 : 763, traduction libre) Les parlementaires anglais voulaient en effet se préserver des abus de la Couronne, qui empiétait fréquemment sur leurs prérogatives,

en garantissant leurs droits de pouvoir librement débattre des lois et critiquer l'exécutif (How, 1948 : 768). La liberté d'expression, si essentielle à un régime démocratique, devrait d'ailleurs être étendue à toute la société, plutôt que d'être contrainte et réprimée de multiples façons (How, 1948 : 768, 772). Cette liberté nécessite la libre circulation des idées, donc une liberté de presse qui n'a pas à subir le contrôle tatillon des agents de l'État, car « [l]orsque le gouvernement censure les informations, la liberté de la presse signifie la liberté de publier ce que le gouvernement trouve acceptable. » (How, 1948 : 772, traduction libre) Or, la liberté de parole implique que l'on tolère les idées minoritaires, même dérangeantes, mais aussi que seuls les propos véritablement séditieux soient déclarés illégaux (How, 1948 : 768, 772). Les libertés au Canada ne se trouvent pas ancrées dans de véritables et solides garanties juridiques, comme on en trouve aux États-Unis (How, 1948 : 774, 787, 794-796). Seules de telles garanties mettraient les libertés à l'abri d'un vent d'opinion contraire et pourraient en étendre le bénéfice aux minorités vulnérables et impopulaires, comme les Témoins de Jéhovah (How, 1948 : 774, 787, 794-796). Or, ces libertés ne peuvent être réellement garanties que par une protection juridique à l'américaine : un contrôle judiciaire indépendant, basé sur une charte constitutionnelle, où sont décrits de manière complète et précise les droits et libertés dont jouissent tous les citoyens, peu importe leur religion ou leurs opinions (How, 1948 : 794-796). Ce programme s'inscrit en continuité de l'histoire des libertés anglaises, car tous les grands textes historiques, depuis la *Magna Carta*, ont contribué au progrès continu des libertés (How, 1948 : 768). C'est pourquoi l'on considérerait qu'« une déclaration des droits du XX^e siècle, assortie de sanctions appropriées pour son application, constituerait un autre jalon dans la marche du progrès. Ceux qui s'opposent à une telle mesure aujourd'hui [...] sont moins progressistes que les dirigeants anglais du passé. » (How, 1948 : 768, traduction libre) Enfin, pour How, le Canada devrait être un leader en termes de protection des droits de la personne au sein de l'ONU, ce qui contribuerait à son unité nationale (How, 1948 : 766).

Le rapport du Comité spécial mixte

Le rapport fut signé par ses coprésidents : le sénateur libéral Léon-Mercier Gouin et le ministre libéral James Lorimer Ilsley. Ils précisèrent que les intervenants³⁷⁵ qui avaient abordé la question d'une charte des droits, favorisaient tous l'option de son enchâssement (Canada, 1948a, fascicule n° 10 : 28). Or, le pouvoir du Parlement de promulguer « une déclaration des droits de l'homme applicable au Canada entier » a été remis en question par les procureurs généraux et les doyens des facultés de droit (Canada, 1948a, fascicule n° 11 : 4, 8). Une telle charte serait superflue, car « les Canadiens jouissent de droits civils et de libertés à un degré qui n'est surpassé nulle part ailleurs. » (Canada, 1948a, fascicule n° 11 : 5, 9) Une déclaration des droits pourrait aussi avoir des effets pernicioeux et devrait, pour ce motif, être examinée plus à fond (Canada, 1948a, fascicule n° 11 : 5, 9). Qui plus est, à l'heure actuelle, une telle proposition ne jouissait pas d'un soutien populaire important (Canada, 1948a, fascicule n° 11 : 5-10) Bref, le rapport réitérait les arguments du groupe majoritaire au centre de l'État et démontrait que sa logique était encore celle du métachamp étatique.

Dans le contexte de l'adoption de la *Déclaration universelle* et à la suite du dépôt du rapport du *Comité spécial mixte*, Frank Scott publia, en 1949, le très influent article *Dominion Jurisdiction over Human Rights and Fundamental Freedoms*. Pour lui, l'approche générale du gouvernement central sur la question des droits de la personne était de nature dilatoire (Scott, 1977 : 211). Il attaqua plusieurs des postulats mis en avant par les anti-chartistes durant les travaux du comité. Comme Lower et How avant lui, Scott s'opposa à l'idée voulant que la protection des libertés fondamentales relevât largement des compétences provinciales, que la souveraineté parlementaire constituât une garantie suffisante pour les libertés citoyennes et qu'une charte des droits était incompatible avec le régime parlementaire canadien (Scott, 1977 : 209-221). Scott put

³⁷⁵ Comme le *Comité pour une déclaration des droits*, auquel appartenait Francis Andrew Brewin.

défendre ses idées devant un organe favorable à l'idée des droits constitutionnalisés : le *Comité spécial sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales*.

8.2.2.2. Comité spécial sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales

En réponse au *Comité spécial mixte*, le sénateur Roebuck réussit à faire approuver par le Sénat la création du *Comité spécial* (1950), auquel participèrent plusieurs éminents défenseurs des libertés civiles, comme Brewin, Forsey, Lower et Scott, ainsi qu'un représentant de la Division des droits de l'homme de l'ONU, John King Gordon, un ami de longue date de Scott. Avant de rejoindre Humphrey à l'ONU en 1950, Gordon avait étudié avec Scott à l'Université d'Oxford, en 1920-1921, grâce à une bourse Rhodes. À ce moment, il participa avec ce dernier à la fondation de la *Ligue pour la reconstruction sociale* et à l'écriture du *Manifeste de Regina*. Il fut aussi un pasteur protestant au Manitoba³⁷⁶ et un professeur d'éthique chrétienne, renvoyé en 1934 à cause de ses positions socialistes (Djwa, 1987 ; Hoffman, 2015). Gordon partageait les mêmes dispositions et idées que les membres du groupe des juristes réformateurs.

Le Comité devait « étudier les droits de l'homme et les libertés fondamentales », énoncer « en quoi ils consistent et comment ils peuvent être protégés et sauvegardés » et proposer des mesures « afin d'assurer ces droits à toute personne au Canada [...] ». (Canada, 1950a : 101) Roebuck ne cacha pas ses couleurs : « Je suis libéral. Or, le premier principe du libéralisme est le respect des droits de chacun. » (Canada, 1950a : 103) Or, ces droits étaient menacés par les grands intérêts capitalistes à l'Ouest et les régimes dictatoriaux à l'Est (Canada, 1950a : 103-104). Selon lui, « la meilleure réponse aux maux du régime fondé sur les privilèges, d'une part, et du socialisme totalitaire, d'autre part, c'est le respect des droits et des libertés de chacun. » (Canada, 1950a : 103-104) Comme il le précisa : « Bonne société, et juste société sont, à mon sens, synonymes. L'essence de la justice c'est de connaître et de respecter les droits de tous les êtres humains, hommes, femmes et enfants [...]. » (Canada, 1950a : 104)

³⁷⁶ Comme son père, le romancier Charles William Gordon (alias Ralph Connor).

Frank R. Scott

Scott s'attaqua à l'idée voulant que les libertés civiles ne relevassent pas du Parlement central : il « serait vraiment étrange que la seule législature qui peut parler au nom de tous les Canadiens [...] se trouve incapable de sauvegarder les grands principes de liberté et de droits individuels sur lesquels est fondée notre constitution. » (Canada, 1950b, fascicule n° 1 : 26) Adoptant une perspective nationaliste pancanadienne, Scott avança que « les Canadiens ne sont pas seulement des citoyens de dix provinces différentes : ils sont aussi citoyens d'un seul pays et, à ce titre, ils possèdent, en tant qu'hommes, des droits qu'il est du devoir du Parlement [central] de préserver. » (Canada, 1950b, fascicule n° 1 : 26) Cette citoyenneté peut s'exprimer notamment à travers une déclaration constitutionnelle des droits, même si Scott jugeait qu'une charte législative des droits n'était pas sans mérite³⁷⁷ (Canada, 1950b, fascicule n° 1 : 27-29). Toutefois, les limites d'une démarche législative étaient évidentes, car elle ne pouvait pas garantir « aussi bien les droits de la personne humaine et les libertés fondamentales que le ferait une déclaration des droits de l'homme incorporée dans la constitution même, au moyen d'un amendement à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. » (Canada, 1950b, fascicule n° 1 : 30) En inscrivant ces droits dans la Constitution, les individus et les minorités seraient protégés « contre toute action exécutive et administrative qui les enfreindrait, mais aussi contre la tyrannie éventuelle de majorités législatives. » (Canada, 1950b, fascicule n° 1 : 30) À l'image des États-Unis, « notre magistrature indépendante deviendrait la gardienne de nos libertés dans une plus large mesure qu'elle ne peut l'être actuellement. » (Canada, 1950b, fascicule n° 1 : 30) Puisque l'on trouvait déjà dans la Constitution des dispositions protégeant les droits et libertés, mais aussi que le gouvernement central pouvait désavouer une loi provinciale attentatoire aux libertés, une charte constitutionnelle des droits « ne modifierait en rien le caractère essentiel de cette constitution. » (Canada, 1950b, fascicule n° 1 : 31) De

³⁷⁷ Une telle loi pourrait notamment ancrer dans l'espace public l'importance des droits de la personne, modifier favorablement l'interprétation judiciaire, influencer sur la nature des lois futures et, enfin, subordonner le gouvernement à la volonté parlementaire (Canada, 1950b, fascicule n° 1 : 29).

plus, à travers le préambule de la Constitution, le Canada jouissait des mêmes droits et libertés qu'au Royaume-Uni et, une charte, ne ferait que codifier ces protections, surtout dans un contexte où elles ont été bafouées (Canada, 1950b, fascicule n° 1 : 31) Si Scott approuva la plupart des garanties contenues dans la *Déclaration universelle*, il ne croyait toutefois pas qu'une charte canadienne devrait protéger les droits socioéconomiques « qui, bien qu'extrêmement importants pour la sauvegarde de la liberté individuelle, ne peuvent pas être protégés par de simples stipulations constitutionnelles et exigent l'adoption de lois sociales [et d'un contexte politique favorable]. » (Canada, 1950b, fascicule n° 1 : 32) La constitutionnalisation d'une charte des droits, selon lui, protégerait efficacement les droits et les libertés des citoyens. Scott voyait aussi cela comme moyen de contribuer à l'avancement des « droits de l'homme » dans le monde (Canada, 1950b, fascicule n° 1 : 40)

Eugene A. Forsey

Le directeur de la recherche du Congrès du travail du Canada, Eugene Forsey, rappela aux sénateurs que « [l]a classe ouvrière, prise collectivement ou isolément, a souffert plus que toute autre de la perte des droits de l'homme et des libertés fondamentales. » (Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 16). La constitutionnalisation des droits et des libertés est donc au cœur des priorités des syndicats (Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 16). Selon Forsey, « [l]es syndicats ne peuvent prospérer et les ouvriers ne peuvent progresser que dans une société véritablement libre et démocratique, où seront assurés les droits de tous les citoyens et non seulement ceux des ouvriers ou des syndiqués. » (Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 16) Or, une déclaration législative des droits ne pourrait garantir ces droits, car elle pourrait être abrogée ou modifiée par la procédure ordinaire et sa portée serait limitée aux compétences du Parlement central (Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 16). Les autres droits ne recevraient aucune protection supplémentaire, alors qu'« [i]ls sont presque complètement à la merci des provinces et des municipalités » où eurent lieu, « [a]u cours des quinze dernières années, les pires empiétements à la liberté [...] ». » (Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 16) Si le gouvernement central « a

certaines droits de regard sur les provinces », par la procédure de désaveu, son application est néanmoins restreinte à « la première année d'adoption d'une loi. » (Citation tirée de Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 16-17). Cette procédure est ainsi une réponse insuffisante, car « [c]ertaines iniquités, comme l'infâme loi du cadenas, de la province de Québec, sont consignées dans les statuts depuis plusieurs années. » (Citation tirée de Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 17) Le gouvernement du Canada utilisait aussi ce pouvoir de façon arbitraire et inégale (Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 17). Bref, seule une charte des droits à l'américaine permettrait de « placer les droits qu'elle cherche à sauvegarder hors de la portée du Parlement fédéral et des assemblées législatives des provinces. Elle doit diminuer la souveraineté de ces organismes législatifs pour accroître celle des citoyens. » (Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 17) Une telle charte aurait permis de faire « déclarer invalides les décrets autorisant la déportation des Canadiens japonais] [...]. » (Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 24)

Forsey, comme Scott, ne pensait pas qu'une charte des droits devrait contenir de droits socioéconomiques, car « il appartient au Parlement, aux autorités provinciales et même internationales d'adopter des lois et un programme économique à cet égard. Il est illusoire de croire que le droit à l'emploi ou à la libération de l'indigence puisse être assuré par le genre de mesure constitutionnelle que serait une déclaration de droits. » (Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 27-28) Enfin, à ceux qui citent en exemple le régime britannique, où les libertés traditionnelles sont portées en haute estime, sans être constitutionnalisées, Forsey répond que la tradition canadienne des libertés est beaucoup moins forte et rend indispensable, au Canada, une charte constitutionnelle des droits (Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 18). Une telle charte n'outrepasserait pas les pouvoirs du Parlement central, car les « libertés civiles » relèvent du droit public – les « droits civils », quant à eux, constitueraient du droit privé –, donc elle « n'empiéterait aucunement sur la compétence provinciale à l'égard des droits civils et ne constituerait aucune subversion du droit civil du Québec. » (Canada, 1950b, fascicule n° 3 : 19)

Arthur R. M. Lower

Dans son mémoire, Lower fit un rappel historique des traditions juridico-politiques anglaise et française au fondement du régime canadien, dont le croisement au fil du temps créa non pas une copie britannique, mais un système fédéral authentiquement canadien³⁷⁸ (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 5-21). Selon Lower, le droit privé français – « les droits civils » – fut reconnu dans le nouvel ordre canadien, mais ne devait pas être confondu avec « les libertés civiles », qui relèvent du droit public et concernent l'ensemble du pays (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 18-19). Or, depuis les débuts de la Confédération, les juges ont entretenu une certaine confusion entre les deux termes : « La conséquence, c'est que les gens ont l'impression que les provinces ont juridiction sur toutes les libertés historiques ordinaires. » (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 19) Si la tradition britannique de liberté³⁷⁹ a bien été implantée au Canada, elle a été toutefois fortement affaiblie depuis l'époque de la Confédération avec l'arrivée d'immigrants qui n'appartenaient pas à cet univers culturel (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 15). Avec l'affaïssement de cette barrière culturelle et normative, les libertés au Canada devinrent précaires et à la merci de gouvernements tendant à abuser de leurs prérogatives, qui ont en outre assujéti l'institution devant justement les contrôler : le Parlement (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 14-15, 19-20). C'est pourquoi cet état de fait mine le principe du gouvernement responsable et concentre le pouvoir dans les mains de l'exécutif (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 19-20). Donc, « notre forme de gouvernement au Canada consiste à élire tous les cinq ans quelque chose qui ressemble à une dictature. » (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 19) Les « Pères de la Confédération » auraient tenu pour acquis que les libertés anglaises avaient bien été transplantées en Amérique du Nord britannique, donc qu'il n'était pas nécessaire de parer les excès de l'exécutif par une charte constitutionnelle des droits, comme pour la République américaine (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 14-15). Or, aujourd'hui, il importe de réaffirmer publiquement

³⁷⁸ On trouve aussi l'idée du caractère distinct du régime constitutionnel canadien chez LaSelva (2018).

³⁷⁹ C'est-à-dire la longue lutte pour les libertés ayant accouché de plusieurs grands documents juridiques, qui ont jalonné l'histoire anglaise et modulé sa culture juridico-politique.

ces libertés historiques, à l'aide d'une déclaration des droits inscrite dans la Constitution (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 16). Une telle charte ne constituerait pas un écart des fondements normatifs du régime canadien, car comme le souligna Lower « [l]e Canada est un pays à la loi fondamentale et non pas un pays à souveraineté parlementaire, comme la Grande-Bretagne. » (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 18) Sa Constitution limite l'extension des pouvoirs constitutionnels du Parlement du Dominion et des législatures provinciales (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 18). Ce qui a fait dire à Lower que « [n]ous n'avons qu'une forme limitée de souveraineté parlementaire au Canada et [qu']à peu près tous les articles de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique témoignent des limitations de nos corps législatifs. » (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 18) Or, cet Acte « assure des droits aux collectivités³⁸⁰, mais n'assure pas de droit aux individus. » (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 18) Il mettait aussi en garde contre l'idée voulant que le Canada soit gouverné par des ministres modérés, qui n'abusent pas outre mesure de la toute-puissance étatique concentrée dans leurs mains (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 20). Comme il le souligna : « Le danger pour la liberté vient de ceux qui détiennent le pouvoir, non de ceux qui ne le détiennent pas. » (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 20) Les gouvernements, par souci d'efficacité, cherchent à accroître leur marge de manœuvre, au détriment des garde-fous traditionnels, comme le gouvernement responsable (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 20). Or, selon Lower, « l'efficacité peut facilement être la mort de la liberté. » (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 20) Il est ainsi impératif « de maintenir et d'accroître les moyens de freiner les personnes au pouvoir [...] », de « renforcer les digues protégeant notre liberté [...]. » (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 20) Ce qui l'amena à conclure que la « loi fondamentale [...] a besoin d'être remaniée, remodelée, pour qu'on y inclue les droits historiques préservés par la constitution anglaise au moyen des grands documents constitutionnels, et par la constitution américaine au moyen de la constitution elle-même. » (Canada, 1950b, fascicule n° 9 : 18)

³⁸⁰ Il fait référence aux droits des minorités religieuses et linguistiques ainsi que ceux des législatures.

Arthur Wentworth Roebuck

Le rapport du Comité sénatorial spécial fut signé par le sénateur Roebuck. Ce dernier s'inscrivait dans la perspective des droits naturels, en soulignant que l'égalité de droits entre toutes les personnes, indépendamment de leurs caractéristiques intrinsèques, provenait de la Création divine (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 5) Ce qui veut dire que les droits de la personne « sont au-dessus des pouvoirs humains. » (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 5) Ces droits « doivent être reconnus, et il faut prendre toutes les mesures possibles afin de les préserver. Les individus, les collectivités et les gouvernements agissent mal lorsqu'ils s'efforcent de supprimer ou d'ignorer ces droits. » (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 5) L'expérience passée des deux guerres, l'apparition des États totalitaires bolchévique et nazi ainsi que le développement de nouveaux besoins ont rendu nécessaire une réaffirmation sans équivoque des droits égaux de la personne (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 5). C'est pourquoi, au sortir d'une guerre marquée par les violations massives des « droits de l'homme », les États membres des Nations Unies ont voulu inscrire dans ses documents fondateurs – la *Charte des Nations Unies* et la *Déclaration universelle des droits de l'homme* –, l'importance des droits de l'homme (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 5-6).

Roebuck rappelait qu'après le *Statut de Westminster de 1931*, la fin des appels au Comité judiciaire du Conseil privé et la mise en place en 1949 d'une procédure d'amendement concernant les institutions centrales, le Canada était en train de devenir une nation pleinement indépendante (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 7). Alors que le Canada complète son indépendance, il semblait propice de revoir les fondements constitutionnels de la nation canadienne, en affirmant l'importance de la protection des droits et libertés de l'ensemble des citoyens, sans exception (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 7). Roebuck observa « que la Nation canadienne s'intéresse vivement aux libertés et aux droits nationaux aussi bien qu'internationaux. » (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 6) La façon de garantir ces droits pour tous « consiste à incorporer dans la Constitution canadienne les dispositions qui protègent les droits de l'homme,

afin qu'ils puissent être appliqués par nos tribunaux, et qu'ils lient et contraignent les individus aussi bien que le gouvernement. » (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 7) La protection constitutionnelle des libertés à l'américaine était jugée cruciale (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 9). Une « déclaration nationale des droits » limiterait ainsi les pouvoirs des deux ordres de gouvernement, qui devront au préalable donner leur consentement pour qu'elle soit intégrée à la Constitution (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 7). À propos de la procédure de modification, Roebuck renia l'approche unilatérale qu'il préconisa durant les travaux du *Comité spécial mixte* de 1947-1948 : « Aucune personne bien renseignée et possédant quelque sens de responsabilité, ne proposerait que le Parlement du Dominion envahisse de force la juridiction provinciale. Par conséquent, le consentement mutuel constitue une condition essentielle du progrès dans le domaine constitutionnel. » (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 8)

Pour pallier à la lenteur des négociations intergouvernementales sur la réforme constitutionnelle, le sénateur proposa d'agir en deux temps. D'abord, en adoptant une déclaration législative des droits applicable uniquement au Parlement du Canada, qui « servirait à le guider ainsi que le Service civil fédéral. » (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 8) Elle constituerait une affirmation officielle en faveur des droits et libertés, qui renforcerait la force normative « des droits de l'homme » auprès des juges, des Parlements futurs et de la population (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 9). Ensuite, après entente entre les deux ordres de gouvernement, Roebuck recommanda de procéder au rapatriement de la Constitution et à l'enchâssement d'une « déclaration nationale des droits de l'homme. » (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 8) Ceci étant, pour le sénateur, la réforme constitutionnelle qu'il prônait s'inscrivait dans un contexte plus large : la contribution canadienne au progrès universel des droits de la personne (Canada, 1950b, fascicule n° 10 : 9). Ce rapport porté par le groupe minoritaire défendit donc une perspective diamétralement opposée à celle du Comité spécial mixte, qui réaffirmait les normes du groupe dominant au sein de l'État.

Les suites du Rapport Roebuck

Des pressions importantes émanèrent des défenseurs des libertés civiles pour que le gouvernement mette en œuvre les conclusions du Rapport Roebuck. Près de 300 d'entre eux se rendirent à Ottawa pour rencontrer le premier ministre St-Laurent, le ministre de la Justice, Stuart Sinclair Garson, et le ministre des Affaires étrangères Pearson, pour promouvoir leur cause et leur transmettre un mémoire rédigé par Frank Scott, l'avocat Irving Himel (président de l'*Association des libertés civiles*) et le journaliste Bernard Keble Sandwell (membre de l'*Association de défense des libertés civiles de Toronto*) (MacLennan, 2003 : 105). Le premier ministre publia un communiqué dans lequel il réitérait que la priorité de son gouvernement était de s'entendre avec ses homologues provinciaux sur le rapatriement de la Constitution et sur une formule d'amendement (MacLennan, 2003 : 105). Le message était clair : « Avec cette déclaration, le premier ministre fermait publiquement la porte aux demandes pour une protection constitutionnelle des droits. » (MacLennan, 2003 : 105, traduction libre) Diefenbaker – qui s'était sensiblement rapproché du mouvement de défense des libertés civiles et en particulier d'Arthur Lower, avec qui il correspondait régulièrement depuis 1946 – affirma avec raison que tant que les libéraux resteraient au pouvoir, aucune charte des droits ne serait adoptée (MacLennan, 2003 : 105).

8.3. L'arrivée au pouvoir d'un défenseur des libertés civiles : John Diefenbaker

Alors qu'on adopta à l'ONU la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, les travaux des comités mixte (1947-1948) et sénatorial (1950) sur les droits de la personne ont contribué à mettre en saillance cette question dans le débat public canadien (Adams, 2009 : 194). Durant les travaux de ces comités, des défenseurs des libertés civiles, bien que favorables à une charte constitutionnelle des droits, ont proposé, à titre de compromis, que le Parlement du Canada opte d'abord pour une déclaration législative

des droits. Ce compromis était une manœuvre habile : elle faisait sauter plusieurs verrous normatifs et contre-arguments des partisans de la tradition britannique. En effet, une déclaration législative des droits se cantonnait à la sphère de compétence du Parlement central (ne touchant pas aux droits provinciaux), ne liait pas un futur Parlement (préservant la suprématie parlementaire) et ne modifiait pas la pratique du contrôle judiciaire et l'attitude des juges au Canada (conservant la protection parlementaire et coutumière des libertés). Les avantages d'une telle déclaration n'étaient pas non plus négligeables, en ce sens où elle accroissait la force symbolique des droits de la personne, sensibilisait les élites juridico-politiques et la population à cette idée et, plus généralement, habituaient les esprits britanniques à une autre conception des droits et de leur protection. Une déclaration législative des droits agissait comme un cheval de Troie dans l'édifice hégémonique canadien : renforçant le pouvoir symbolique du projet nationaliste constitutionnel, elle préparait le terrain pour les réformes institutionnelles futures, lesquelles s'effectuèrent à la faveur d'un changement de garde au sommet des lieux de pouvoir, au sein du champ étatique, et d'un changement dans les rapports de force entre les deux ordres de gouvernement.

La force symbolique des droits constitutionnalisés et le pouvoir grandissant du mouvement³⁸¹ qui la portait jouissaient clairement de vents favorables. Après un règne ininterrompu depuis 1935, les résultats des élections générales de 1957 produisirent une étonnante défaite des libéraux face aux progressistes-conservateurs, menés par leur nouveau chef, Diefenbaker. Cette défaite amena la démission du chef libéral et l'entrée en scène de Pearson. La retraite de St-Laurent signifiait le départ d'un fervent défenseur du maintien des normes juridico-politiques britanniques au cœur de l'État. Bien que Pearson s'inscrivît aussi dans ce courant, sa participation au débat parlementaire sur la proposition de *Déclaration canadienne des droits*, de 1958 à 1960, démontra une certaine ouverture à l'endroit de l'enjeu de la protection formelle des

³⁸¹ Soit les juristes réformateurs, le CCF, des médias comme *The Winnipeg Free Press*, les associations de défense des droits de la personne et plusieurs organisations syndicales, ethnoculturelles ou religieuses.

libertés civiles. Toutefois, la position de Pearson était équivoque : il vanta l'efficacité du régime britannique de protection des libertés, tout en critiquant le projet de Diefenbaker pour sa portée insuffisante. Il incarnait la transition difficile et ambiguë du sein du PLC sur la question de la constitutionnalisation des droits.

De 1952 à 1957, l'idée des droits constitutionnalisés fut moins saillante au sein de l'État canadien, notamment après l'incapacité à donner suite au Rapport Roebuck (MacLennan, 2003 : 107). La question n'est pas disparue pour autant du débat public. C'est aussi durant cette décennie que la Cour suprême rendit plusieurs grands jugements sensibles à la question de la protection des libertés civiles, sous l'influence du juge Ivan Rand et de sa vision des droits implicites, dans des causes où le plaideur fut souvent Frank Scott. Pendant ce temps, les États-Unis étaient secoués par le mouvement de défense des droits civils et marqués par plusieurs jugements progressistes de la Cour Warren. Ce sont aussi les années où un jeune juriste franco-québécois, Pierre Trudeau, commença à prendre la plume dans *Cité libre* pour défendre les libertés civiles dans le Québec de Duplessis, où ses positions en porte-à-faux du régime l'empêchait d'aspirer à un poste de professeur de droit. Trudeau, à titre de conseiller juridique de la *Fédération des unions industrielles du Québec* (affilié au *Congrès du travail du Canada*), rédigea d'ailleurs le mémoire de cette dernière, qui fut présenté en 1954 devant la *Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels* (ou Commission Tremblay)³⁸². Pour l'écriture de ce mémoire – dans lequel il défendit un fédéralisme coopératif et « l'incorporation d'une déclaration des droits de l'homme dans la Constitution » –, Trudeau reçut les conseils de son ami et collègue, Eugene Forsey, qui était responsable de la recherche pour le *Congrès du travail du Canada* (Milligan, 2004 : 227 ; Trudeau, 1954a : 43-46).

Durant sa campagne victorieuse de 1957, Diefenbaker ne mit pas en avant son projet de déclaration des droits et tira avantage d'un gouvernement usé par deux décennies au

³⁸² La Commission Tremblay, favorable aux droits provinciaux, était la réplique du Québec à la Commission Rowell-Sirois (Gagnon et Latouche, 1991 ; Rocher, 2006).

pouvoir. Toutefois, le Parti progressiste-conservateur du Canada (PPCC) fit campagne en misant sur les enjeux des libertés, de l'unité nationale, de la sécurité sociale pour tous (PPCC, 1957). Lors de l'élection suivante, en 1958, le premier ministre Diefenbaker mit sur la table son projet de déclaration des droits (PPCC, 1958). Le fil conducteur du conservatisme-progressiste de ce dernier fut le nationalisme canadien et le maintien du lien britannique : à la suite George-Étienne Cartier et John A. Macdonald, Diefenbaker voulait construire une grande nation canadienne, qui était composée de Canadiens égaux en droit et en dignité, et organisée sous un régime de démocratie parlementaire, au sein du Commonwealth et sous la permanence de la Couronne. Le Canada de Diefenbaker n'était donc pas une pâle copie nordique de la République américaine, de laquelle il chercha, sans succès, à émanciper l'économie canadienne. Chez lui, nationalisme juridique canadien (et non pas encore « nationalisme constitutionnel »), britannicité et interventionnisme se côtoyaient dans une proposition hybride, qui tentait de réunir et maintenir ensemble plusieurs courants idéologiques ascendants et descendants. Cette proposition instable et ambitieuse était un positionnement de transition pour le Canada, qui se trouvait sur le fil entre deux mondes, où déclinait l'influence britannique et où le modèle américain modelait le système international d'après-guerre³⁸³. L'histoire personnelle de Diefenbaker permet de comprendre la genèse de son nationalisme progressiste-conservateur.

8.3.1. Les droits de la personne arrivent au centre de l'État

Petits fils d'un immigrant d'origine allemande, Diefenbaker était le fils d'un enseignant devenu inspecteur des douanes en Saskatchewan. Diefenbaker compléta un baccalauréat en droit et en lettres, puis une maîtrise en économie politique à l'Université de Saskatoon. Après avoir suivi les cours de l'école de droit de la *Law Society of Saskatchewan* et complété son apprentissage, il passa son barreau à l'été 1919. Il commença sa pratique comme avocat de la défense dans un petit village situé

³⁸³ Le philosophe George Grant (1987) a analysé l'impossibilité de ce nationalisme progressiste-conservateur, face aux forces puissantes de l'histoire, qui jouaient en faveur du modèle libéral américain.

au nord de la Saskatchewan, Wakaw, composé en grande partie d'immigrants d'Europe de l'Est. Il acquit rapidement la réputation d'un redoutable et charismatique défenseur des laissés-pour-compte (Smith, 2005). S'il était sensible aux enjeux d'inégalités économiques et juridiques, il ne rejoignit pourtant pas les forces du CCF, leur préférant le Parti conservateur, qui défendait le maintien du lien impérial et un conservatisme fiscal (Smith, 2005). À partir de 1925, il se présenta sans succès aux élections provinciales et canadiennes. Il admira le chef conservateur Richard Bedford Bennett, dont le radical *New Deal* l'emballa, car il donnait aux militants du parti « un nouvel espoir et un nouvel esprit. » (Citation tirée de Smith, 2005) Il devint président du Parti conservateur saskatchewanais en pleine dépression, en 1936, avec une plateforme réformiste inspirée de Bennett (Smith, 2005). Quelques années plus tard, il se fit élire à la Chambre des communes, en demandant un prix plancher pour le blé et en dénonçant la « forte tendance à la dictature » du gouvernement King, qui fut toutefois réélu (Smith, 2005). En 1942, pour faire face au PLC solidement installé au pouvoir, les conservateurs se dotèrent d'un programme plus progressiste – liant sécurité sociale pour tous, libre entreprise et tradition britannique –, adoptèrent le nom de Parti progressiste-conservateur du Canada et se donnèrent un chef modérément réformiste, l'ancien premier ministre du Manitoba et chef de file des Fermiers unis, John Bracken (Diekmeyer *et al.*., 2011 ; Granatstein, 2008b).

Diefenbaker représenta son parti sur le *Comité spécial sur les Règlements concernant la défense du Canada*, qui avait été mis en place par les libéraux pour étudier l'application des mesures d'urgence. Ce comité avait été créé par le gouvernement suite à la suggestion faite par plusieurs organisations – comme l'*Association de défense des libertés civiles Winnipeg* –, qui lui reprochaient sa dangereuse approche « absolutiste » et « répressive » (Beauregard, 1998 : 41 ; Lower *et al.*., 1940). Aux débuts du second conflit mondial, où les appels au patriotisme fusaient de toutes parts, Diefenbaker soutint les mesures d'urgence et la suspension des libertés civiles (Smith, 2005). Vers

la fin de la guerre, il critiqua la suspension du contrôle parlementaire et les dérives liberticides, notamment la suppression de l'*habeas corpus* (Smith, 2005).

C'est en 1946 que Diefenbaker se révéla comme l'influente voix progressiste des conservateurs, lorsqu'il critiqua l'approche coercitive du gouvernement King dans les affaires d'espionnage et de déportation, et qu'il s'opposa au maintien des mesures d'urgence, alors même que la guerre était officiellement terminée depuis la capitulation de l'Empire japonais, le 2 septembre 1945 (Smith, 2005). À partir de ce moment, Diefenbaker, même s'il n'était pas une figure de premier plan de son parti, était vu comme un défenseur des libertés civiles et un promoteur d'une charte des droits, pour protéger les libertés des citoyens et raffermir l'unité nationale.

La démission inopinée du chef George Drew³⁸⁴, pour cause de maladie, ouvrit une course à la direction que remporta haut la main le politicien des Prairies. Diefenbaker avait alors mené une campagne nationaliste, réformiste et populiste (Smith, 2005). La plateforme conservatrice de l'été 1957 prônait « Le Canada d'abord et un Canada uni » (*One Canada and Canada first*) (PPCC, 1957 : 1). Elle faisait référence à John A. Macdonald, en proposant la mise en place d'« une nouvelle politique nationale », en coopération avec les gouvernements provinciaux, et dont pourraient bénéficier tous les citoyens dans l'ensemble des régions du Canada (PPCC, 1957 : 1, 4-5). Diefenbaker proposait une vision d'avenir pour le Canada, axée sur le renforcement de l'unité nationale, la défense des libertés, la promotion de la libre entreprise et du syndicalisme, le contrôle canadien de l'économie canadienne, l'avancement de l'égalité des chances et la sécurité sociale pour tous³⁸⁵, le rétablissement des institutions parlementaires – en tant que gardienne des libertés –, et le maintien du lien britannique (PPCC, 1957 : 1-2, 4-5, 7). Le programme appelait à mettre fin à « la domination arrogante des libéraux »,

³⁸⁴ Il était aussi l'ancien premier ministre de l'Ontario (1943 à 1948).

³⁸⁵ Le programme affirmait notamment que « [l']amélioration de la condition humaine est l'essence même du gouvernement et nous avons l'intention de maintenir toutes les mesures de sécurité sociale ; nous avons l'intention de maintenir un niveau élevé de sécurité sociale pour suivre le rythme de la productivité croissante de la nation. » (PPCC, 1957 : 9, traduction libre)

qui mettait en danger les libertés individuelles et collectives, tout minant le régime britannique de démocratie parlementaire (PPCC, 1957 : 1-2). Les progressistes-conservateurs affirmaient respecter les « trois piliers de la démocratie canadienne » : « le peuple canadien », « le Parlement canadien » et « les provinces canadiennes. » (PPCC, 1957 : 2) Le programme promettait de mettre fin à la centralisation financière et politique excessive³⁸⁶, pour trouver un équilibre juste et rationnel entre les responsabilités et les revenus des deux ordres de gouvernement, ouvrant la voie à la péréquation après les élections (PPCC, 1957 : 2-3). L'on proposait aussi de réorienter la politique fiscale, de façon à encourager l'investissement canadien dans son économie, pour diminuer le contrôle du capital américain et pour éviter que le Canada ne soit réduit à être une économie extractiviste (PPCC, 1957 : 3-5). La domination du capital américain était d'ailleurs extrêmement saillante dans le débat public canadien et nourrissait la montée d'un nationalisme économique (McNaught, 1988 : 294-297).

Après leur victoire à l'arraché de 1957, leur permettant de former un gouvernement minoritaire, la campagne suivante de 1958 poursuivit la logique nationaliste, britannique, interventionniste et populiste, et valut, cette fois, au PPCC de former un gouvernement majoritaire. La campagne 1957 proposait un seul Canada pour tous, en mettant l'accent sur le développement économique, la sécurité sociale universelle et un rééquilibrage des relations Dominion-provinciales. Celle de 1958 ajouta le thème phare de la carrière de Diefenbaker, depuis 1946, d'une déclaration des droits, assurant l'égalité juridique pour tous les Canadiens, indépendamment de leur origine ethnoculturelle, de leur couleur de peau, de leur religion, de leur sexe. L'égalité juridique, la sécurité sociale et l'équité interprovinciale constituaient une proposition en phase avec une époque marquée par une longue croissance économique –

³⁸⁶ « La concentration de la fiscalité au sein du gouvernement central diluera, si elle n'est pas contrôlée, les droits des provinces aussi efficacement, bien que plus lentement, que ne le ferait une modification réelle de la Constitution. » (PPCC, 1957 : 3, traduction libre)

bénéficiant surtout au Canada central –, par une courte récession (1957-1961), aggravant le chômage, et par une immigration massive (McNaught, 1988 : 289-301).

Si la *Déclaration universelle* a été l'une des inspirations du premier ministre pour son projet de charte canadienne, elle ne fut toutefois pas la principale, car « la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits* était intimement liée avec l'ensemble de la carrière politique de John Diefenbaker. » (Tarnopolsky, 1970 : 57, traduction libre) Depuis la fin de la guerre, il fit la promotion de l'importance d'une charte des droits (Tarnopolsky, 1970 : 57). Durant les débats sur le projet de *Déclaration canadienne*, le gouvernement invoqua aussi les obligations internationales du Canada en vertu de la *Déclaration universelle* (Tarnopolsky, 1970 : 57). Qu'à cela ne tienne, la *Déclaration canadienne*, au final, ne codifia que les libertés fondamentales héritées de la tradition constitutionnelle britannique (Tarnopolsky, 1970 : 57). Toutefois, le caractère novateur et radical de la *Déclaration canadienne* ne doit pas être occulté, car le discours officiel appuyant ce projet était porté par le représentant officiel du gouvernement central, le premier ministre. Ce discours se déployait au cœur même de l'État, pour en modifier le pouvoir symbolique, de façon à y renforcer l'importance de la logique des droits de la personne. Si les effets de la *Déclaration canadienne* furent surtout symboliques, le symbolique participe au premier chef de la puissance étatique (Bourdieu, 2012).

8.3.2. Le débat en Chambre sur la Déclaration canadienne des droits

John G. Diefenbaker

Dans le Discours du Trône du 12 mai 1958, le gouvernement Diefenbaker annonça vouloir adopter « une Déclaration des droits destinée à sauvegarder les droits de toute personne, au Canada, à l'égard de tout ce qui relève du Parlement. » (Canada, 1958a : 5) Cette déclaration découlerait des obligations internationales du Canada (Canada, 1958b : 37). Diefenbaker concevait le caractère novateur de ce projet pour le Canada, lorsqu'il avança que cette charte des droits permettra de « faire franchir à notre pays le plus grand pas jamais accompli depuis des années en vue du maintien et de la

sauvegarde de la liberté. » (Canada, 1958b : 37) Le premier ministre souligna aussi que, de la sorte, le Canada rejoignait les autres grandes fédérations, comme les États-Unis, qui étaient aussi dotés d'un *Bill of Rights* (Canada, 1958b : 36-37).

Lors du débat en Chambre sur la Déclaration des droits – de septembre 1958 à août 1960 –, Diefenbaker précisa qu'elle s'appliquerait uniquement au Parlement central (Canada, 1958d : 4871). Il voyait ce projet comme une réponse aux importantes violations passées des droits des citoyens, comme la déportation des Canadiens japonais : « le seul objectif du bill est de donner au Parlement l'occasion de supprimer à l'avenir le danger qui pourrait menacer les libertés fondamentales de notre pays, danger qui n'a pas manqué de se révéler dans le passé. » (Canada, 1958d : 4871) La Déclaration réaffirmait la suprématie parlementaire et le rôle du Parlement comme frein aux excès de l'exécutif, en précisant que toute mesure d'urgence et toute suspension des libertés devra avoir l'approbation des représentants du peuple (Canada, 1958d : 4872). Le Canada serait au diapason du Royaume-Uni, où le Parlement de Westminster conserve son pouvoir de contrôle et d'approbation des lois, même en temps de guerre (Canada, 1960a : 5891). Si la Déclaration n'empêchait pas la suspension des libertés en temps de guerre, elle garantissait que cela ne découlerait pas d'un simple décret, sans débat et approbation parlementaires (Canada, 1960a : 5891). Pour défendre son projet, Diefenbaker puisa plusieurs idées tirées du Comité Roebuck de 1950 et de célèbres défenseurs des libertés, citant notamment à plusieurs reprises son ami, Arthur Lower (Canada, 1958d : 4873). L'une des idées phares était que, par le passé, ni l'Acte de 1867 ni le Parlement n'avaient pu préserver adéquatement les droits des individus et des minorités (Canada, 1958d : 4873).

Aux critiques jugeant une charte législative comme étant une faible protection des libertés, sujette à être abrogée par un autre Parlement, Diefenbaker rétorqua que « les législatures subséquentes hésitent beaucoup à modifier une déclaration qui assure la liberté de l'individu. » (Canada, 1958d : 4875) Aux juristes réformateurs qui suggéraient d'enchâsser une charte des droits (Forsey, Laskin, Lower, Scott,

Humphrey, etc.) afin de lier les deux ordres de gouvernement, Diefenbaker répliqua qu'il fallait respecter les droits des législatures provinciales qui « ne seraient pas favorables à un amendement constitutionnel qui pût s'appliquer à elles. » (Canada, 1958d : 4875) D'ailleurs, « [u]n amendement constitutionnel qui ne tiendrait [pas] compte de la compétence provinciale, quelle qu'elle soit, serait tout simplement déclaré anticonstitutionnel dans la mesure où il empiéterait sur la juridiction provinciale. » (Canada, 1958d : 4875) De plus, selon le chef conservateur, même si une déclaration des droits enchâssée dans la loi fondamentale pouvait constituer une protection plus efficace des droits et libertés, « [a]ttendre une modification constitutionnelle, ce serait attendre pendant des années encore [...] ». » (Canada, 1960a : 5892) Entre temps, le premier ministre remarqua que la Saskatchewan s'était dotée de sa propre charte des droits, et l'on pouvait espérer que les autres États provinciaux lui emboîtassent le pas et, qu'à terme, une entente pancanadienne sur cette question soit possible entre le Parlement et les législatures (Canada, 1960a : 5891-5892). Enfin, il reprit aussi les arguments avancés par Scott et Lower pour illustrer les avantages d'une simple déclaration législative des droits du Parlement (Canada, 1958d : 4875). Il voyait tout de même cette telle loi comme « un grand pas en avant. » (Canada, 1958d : 4876)

Lester B. Pearson

Lors de ses interventions en Chambre, le chef de l'opposition, Pearson, reprit plusieurs des arguments anti-chartistes développés sous le long règne des libéraux, et avancés notamment par l'ancien sous-ministre de la Justice, Varcoe, lors des travaux du *Comité spécial mixte* de 1947-1948. Pearson défendit la position traditionnelle du PLC sur cet enjeu, annonçant qu'en tant que libéral, il soutenait le principe général des « droits de l'homme », mais jugeait le projet de loi ambigu et confus (Canada, 1958d : 4877-4878). Selon cette perspective, le projet de Déclaration des droits nécessitait une analyse plus approfondie, pour évaluer ses effets potentiellement délétères sur le fonctionnement du Parlement (la suprématie parlementaire), de la fédération (les droits provinciaux en matière de libertés civiles) et du contrôle judiciaire des lois (la déférence judiciaire et

la Common Law) (Canada, 1958d : 4877-4883). En outre, il jugeait bien vain d'adopter une charte ne prévoyant pas de sanction judiciaire et ne concernant que le Parlement central ; une proposition bien faible par rapport à celle avancée par Diefenbaker, alors qu'il était dans l'opposition (Canada, 1958d : 4877-4883). Ce projet était aussi futile, car selon le droit constitutionnel, les décisions du Parlement présent ne peuvent lier un Parlement futur (Canada, 1958d : 4877-4883). Pearson s'appuya sur deux juristes réformateurs, Laskin et Scott, pour soutenir l'idée que le *statu quo* était préférable à l'actuel projet de charte (Canada, 1960a : 5906-5907). En s'appuyant sur les écrits de Lower, Pearson reprocha à la Déclaration de ne pas garantir les droits face à la *Loi sur les mesures de guerre*, permettant les abus passés, auxquels Diefenbaker voulait répondre avec sa Déclaration (Canada, 1960a : 5892-5894). Citant Lower, Pearson mentionna que c'est justement en temps de guerre que les libertés sont le plus rudement mises à l'épreuve (Canada, 1960a : 5893).

L'idée d'une charte des droits s'avérait aussi superflue pour Pearson, car les libertés dont jouissaient les Canadiens n'avaient leur pareil nulle part ailleurs dans le monde, sauf peut-être au Royaume-Uni (Canada, 1958d : 4878-4882). Il concéda toutefois qu'il y eut des épisodes plus noirs en termes de protection des libertés (Canada, 1958d : 4882). Cependant, si la *Déclaration universelle* pouvait amener certains pays à mieux protéger les droits de leurs citoyens, le Canada garantissait déjà à ses citoyens la pleine jouissance de leurs droits (Canada, 1960a : 5895). Selon Pearson, la culture et les pratiques juridico-politiques canadiennes – valorisant les libertés, la justice, les lois, la compréhension, la tolérance, la raison –, constituaient un rempart plus efficace pour garantir la protection des droits des citoyens, que les grandes déclarations laissées lettre morte (Canada, 1958d : 4883). Pour le chef libéral, la protection des droits faisait consensus, mais la question était la manière de les garantir (Canada, 1960a : 5896). Or, le projet de Déclaration « déroge à nos traditions. » (Canada, 1960a : 5896) Cette tradition était justement la gardienne des libertés au Canada car, selon lui, « [u]ne société libre, qui a atteint un haut degré de sagesse, de maturité et de confiance, veillera

jalousement à la sauvegarde des droits de ses citoyens, même si aucune garantie à cet effet n'est inscrite dans la constitution. » (Citation tirée de Canada, 1958d : 4883) Mentionnant à nouveau Lower, il avança que l'équilibre complexe entre l'ordre et la liberté avait été bouleversé par la croissance de la puissance de l'État – pour répondre aux revendications socioéconomiques de la population –, qui s'était faite au détriment de la liberté individuelle (Canada, 1958d : 4884-4885). Selon Pearson, influencé par Lower : « Quand le citoyen exige la sécurité plus fortement qu'il ne souhaite la liberté et les droits, nous courons des dangers, et aucun bill, aucune déclaration, aucune garantie constitutionnelle, ne nous sauveront. » (Canada, 1958d : 4885) Il réitéra l'idée voulant qu'une charte à l'américaine était contraire à l'éprouvé régime de souveraineté parlementaire d'héritage britannique (Canada, 1958d : 4882-4883).

Selon lui, cette idée était aussi opposée à l'entente de 1867, car une charte constitutionnelle modifierait le partage des compétences à la base de la Confédération, réduisant les pouvoirs des législatures provinciales (Canada, 1958d : 4882). Pearson termina par une proposition équivoque, si on prend en compte son positionnement favorable au *statu quo* en matière de protection des droits et libertés : consulter les gouvernements provinciaux sur le projet de déclaration pour ensuite « les inviter à demander à leurs assemblées législatives si elles ne s'uniraient pas au gouvernement fédéral pour proclamer une déclaration vraiment nationale des droits de l'homme et des libertés fondamentales. » (Canada, 1958d : 4886) Au vu des positions passées du PLC, l'on peut interpréter cette proposition comme étant une mesure dilatoire.

Au final, l'ambivalence de Pearson à propos de la protection des droits de la personne illustre la difficulté pour le PLC de maintenir ses positions traditionnelles face à la montée en force du projet nationaliste constitutionnel. Selon Adams, « [e]n luttant pour le *statu quo* constitutionnel, les libéraux ont invoqué la tradition et l'identité britanniques, mais dans leurs équivoques, on détecte un sens dans lequel ils ont eux aussi senti le terrain constitutionnel se déplacer sous eux. » (Adams, 2009 : 257-258, traduction libre) La logique dominante au centre du champ étatique était en mutation.

Hazen Argue et Tommy Douglas

Le leader du CCF à la Chambre des communes, Hazen Argue³⁸⁷, déclara que son parti « a toujours préconisé une déclaration des droits garantissant les droits de l'homme et les libertés fondamentales. » (Canada, 1958d : 4887) Il rappela au premier ministre qu'en plus des libéraux, les conservateurs avaient aussi réprimé les libertés des citoyens par le passé, notamment lors de la Grève générale de Winnipeg, qui fut suivie de modifications au Code criminel et à la *Loi de l'immigration*, pour faciliter la répression et la déportation des contestataires (Canada, 1958d : 4888). Il cita aussi l'exemple de la charge violente de la GRC contre les chômeurs qui manifestaient pacifiquement à Regina en 1935 (Canada, 1958d : 4888). Enfin, Argue présenta deux critiques au projet de déclaration. Il en jugea la portée médiocre et, citant l'ancien président du CCF et professeur de droit, Frank Scott, il souligna qu'une simple déclaration législative des droits était une protection juridique insuffisante (Canada, 1958d : 4888-4890). Selon lui, « [c]'est l'Acte de l'Amérique du Nord britannique lui-même qu'il faut modifier. Nous croyons que de la sorte nous aurions des garanties plus solides et plus sûres que celles que nous donnerait une déclaration des droits incorporée dans notre droit statutaire. » (Citation tirée de Canada, 1958d : 4889)

Le premier ministre cécéfiste de la Saskatchewan, Douglas, écrivit officiellement à Diefenbaker, en janvier 1959, pour appuyer son projet de Déclaration des droits. Douglas proposa de bonifier le projet selon les positions traditionnelles du CCF et en critiqua les limites intrinsèques. C'est-à-dire que, pour lui, une déclaration législative des droits ne permettait pas de mettre à l'abri de manière pérenne les droits des citoyens, car « ce qu'une législature ou un Parlement peut faire, une future législature et un futur Parlement peuvent le défaire. » (Douglas, 1959 : 2, traduction libre) En situation d'urgence, de telles déclarations, « lorsqu'elles sont le plus nécessaires, peuvent soudainement disparaître sous la pression. » (Douglas, 1959 : 2, traduction

³⁸⁷ Le chef du CCF, Coldwell, ayant perdu ses élections en 1958, ne put prendre la parole en Chambre.

libre) Il conclut donc « que pour que les droits de l'homme et les libertés fondamentales dont parle le projet de loi soient garantis, ils devraient s'exprimer, non pas dans une loi ordinaire du Parlement, mais plutôt par un amendement à la Constitution du Canada, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. » (Douglas, 1959 : 2, traduction libre)

Critiques des juristes réformateurs

Dès l'annonce du projet de Déclaration des droits, plusieurs critiques émanèrent des juristes réformateurs ; les alliés d'hier de Diefenbaker. La *Conférence nationale sur les droits de l'homme*, tenue en décembre 1958 à Ottawa, pour célébrer le dixième anniversaire de la *Déclaration universelle*, vit défiler plusieurs juristes de premier plan, comme Andrew Brewin, John Humphrey, Bora Laskin, Frank Scott et Pierre Trudeau, et reçut une attention publique importante (MacLennan, 2003 : 127-128). Si les participants approuvaient le principe général d'une déclaration des droits, par contre ils énoncèrent quatre critiques principales au projet de Diefenbaker : sa dimension législative plutôt que constitutionnelle ; sa faible portée ; sa non-application à la *Loi sur les mesures de guerre* ; l'absence de consultations publiques (MacLennan, 2003 : 127-128). Parmi les intervenants, « [l]a plupart doutent de la valeur d'une déclaration des droits adoptée comme une loi et non comme un amendement à la constitution. » (MacLennan, 2003 : 128, traduction libre) Il était enfin possible pour ces intellectuels de mettre le premier ministre Diefenbaker en porte-à-faux avec le député Diefenbaker, sur la question des droits constitutionnalisés (MacLennan, 2003 : 128).

Le numéro spécial de la *Canadian Bar Review* de mars 1959 publia plusieurs de ces interventions, notamment celles de Laskin et Scott. Dans son article, *An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights*, Laskin – bien que consulté en amont par le gouvernement Diefenbaker sur la Déclaration canadienne – s'opposa au projet. Ce dernier alla jusqu'à écrire qu'il était préférable de conserver le *statu quo* – et de maintenir la protection coutumière des libertés – plutôt que d'adopter la présente proposition de déclaration des droits, qu'il jugea faible (Laskin, 1959 : 78). Selon lui, il était inconcevable de charcuter territorialement la protection des libertés, dont

devraient jouir tous les citoyens partout au pays (Laskin, 1959 : 78). Pour toutes ces raisons, lors de son intervention à la *Conférence nationale*, Laskin jugea sévèrement la Déclaration canadienne en disant qu'elle n'était qu'« un vulgaire bout de papier. » (Citation tirée de MacLennan, 2003 : 152, traduction libre)

Quant à Scott, dans sa contribution, *The Bill of Rights and Quebec Law*, affirma que la Déclaration des droits « n'accordait aucun nouveau recours judiciaire aux individus [...] ». » (Scott, 1977 : 325, traduction libre) Scott avait en tête le climat autoritaire et intolérant prévalant au Québec sous le régime Duplessis face au mouvement ouvrier, mais aussi le traitement arbitraire réservé aux Témoins de Jéhovah, à cause de leur prosélytisme religieux. En l'absence d'une charte constitutionnelle des droits – limitant la souveraineté de la législature québécoise et indiquant clairement aux tribunaux la marche à suivre en matière de libertés –, Scott avança qu'une simple déclaration législative des droits aurait un impact juridique limité (Scott, 1977 : 332-334). Dans une série de conférences prononcées en mars 1959, publiée sous le titre de *Civil Liberties and Canadian Federalism*, il réitéra un de ses arguments clés, voulant que les législatures provinciales eussent davantage tendance à empiéter sur les droits des individus et des minorités que le Parlement (Scott, 1959 : 56). Donc, la Déclaration des droits envisagée par Diefenbaker ne s'appliquait pas à l'ordre de gouvernement qui violait davantage les libertés des citoyens (Scott, 1959 : 56). Il remit aussi en question la thèse « du premier pas » de Diefenbaker, car ce « premier pas » pouvait peut-être embrouiller l'enjeu de la protection des droits de la personne et décourager les partisans de la constitutionnalisation des droits au Canada (Scott, 1959 : 52). Scott se demanda pourquoi le premier ministre tenait pour acquis que les gouvernements provinciaux seraient opposés à l'enchâssement des droits et libertés. Car selon lui, une telle mesure « ne modifierait pas l'équilibre des pouvoirs entre Ottawa et les provinces. » (Scott, 1959 : 52, traduction libre) Selon Scott, « [a]ucune centralisation des pouvoirs n'aurait lieu », car « l'autorité des législatures fédérale et provinciales sur certaines questions de leur compétence serait également réduite. » (Scott, 1959 : 52-53, traduction libre)

Enfin, il rappela que la « nation canadienne » n'était pas complètement indépendante, qu'elle dépendait encore d'un processus colonial pour modifier sa Constitution (Scott, 1959 : 56-57). Lorsque le peuple canadien atteindra sa pleine maturité, en « nationalisant sa Constitution », Scott entrevoyait qu'il serait alors approprié de compléter l'indépendance du Canada et d'offrir en même temps une protection adéquate aux droits des citoyens en les constitutionnalisant (Scott, 1959 : 56-57).

Les événements intérieurs (comme la déportation des Canadiens japonais) et internationaux (comme la *Déclaration universelle des droits de l'homme*) qui eurent lieu dans le contexte de la Deuxième Guerre mondiale et ses suites contribuèrent à cristalliser une série d'idées sur le régime canadien de libertés, à accroître le pouvoir des acteurs appelant à des protections juridiques plus fortes et à augmenter la saillance publique du projet de charte constitutionnelle des droits. Selon Adams, « [b]ien que onait souvent parlé de droits pendant la guerre, dans la seconde moitié des années 1940, la question des droits individuels a pris une importance sans précédent. » (Adams, 2009 : 138, traduction libre) Toutefois, ce sont avant tout les luttes de position et de prises de position au sein des champs juridique et étatique au Canada, qui permettent de comprendre l'avènement du constitutionnalisme moderne dans ce pays de tradition britannique. Malgré la grande influence du droit international des droits de la personne, « le débat canadien sur les droits dans l'après-guerre a pris forme dans un contexte national particulier, défini par ses propres contours politiques, controverses juridiques et pensée constitutionnelle. » (Adams, 2009 : 138, traduction libre) De ce débat, lancé par les cécéfistes Woodsworth et Scott durant la Grande Dépression, a émergé plusieurs figures et organisations qui ont contribué à faire progresser l'idée du

constitutionnalisme au cœur des institutions de pouvoir au centre du métachamp de l'État, comme le juge en chef Laskin et le premier ministre Diefenbaker.

Diefenbaker, avec sa *Déclaration canadienne des droits*, a avancé une proposition hybride – alliant tradition britannique et constitutionnalisme moderne –, qui renforçait l'aura et le pouvoir du Parlement, qui laissait intact la possibilité de suspendre les libertés en cas d'urgence, qui était muette sur les droits linguistiques et qui eut, au final, peu d'impact sur le plan jurisprudentiel. Cette proposition hybride contribua cependant à rendre acceptable l'idée des « droits de l'homme universels », étrangère à la tradition britannique, qui avait une approche plus pragmatique et historiquement ancrée de la protection des libertés. En outre, sa vision unitaire de la nation et de la citoyenneté canadiennes et son rejet du dualisme ont signifié des changements normatifs majeurs au centre du champ étatique canadien. Après sa démission comme chef de son parti, Diefenbaker se porta d'ailleurs candidat à sa propre succession, en 1967, pour bloquer une résolution favorable la thèse des « deux nations » ou des « deux peuples fondateurs » adoptée en congrès (Smith, 2005). Il dénonça publiquement cette position, car pour lui, le dualisme faisait des autres groupes qui composent le pays des Canadiens de deuxième catégorie, mettant à mal le principe de l'égalité entre tous les citoyens, peu importe leur origine ethnoculturelle, leur couleur, leur religion (Smith, 2005). Ce faisant, il resta cohérent avec sa conception d'une nation canadienne unifiée et composée de citoyens égaux en droit, vision qui contribua à l'avancement du projet nationaliste constitutionnel au sein du métachamp étatique.

La politique des droits de Diefenbaker ne s'inscrivait pas complètement dans le programme nationaliste constitutionnel. L'un de ses successeurs à la tête du gouvernement, Trudeau, prononça un discours devant le Barreau canadien, à titre de ministre de la Justice, le 4 septembre 1967, dans lequel il critiqua la faible portée de la Déclaration et son inefficacité à protéger les droits des Canadiens partout dans la fédération, car elle ne s'appliquait qu'aux compétences du Parlement central et elle pouvait être abrogée ou modifiée par la voie législative ordinaire (Trudeau, 1968b : 55,

57). Ce dernier reconnut que la Déclaration avait fait « œuvre utile » dans le progrès des droits au Canada (Trudeau, 1968b : 55). Il demeure toutefois que leurs perspectives divergeaient sur un point crucial. Diefenbaker concevait que la constitutionnalisation des droits créerait des tensions avec les gouvernements provinciaux et nuirait à l'unité nationale. Tandis que Trudeau – à la suite de Woodsworth, Scott, Lower, Humphrey – pensait qu'une charte des droits, protégeant notamment les droits des francophones, renforcerait l'unité canadienne (MacLennan, 2003 : 157-159). Dans tous les cas, on ne peut nier que Trudeau s'inscrit ultimement dans le sillage du mouvement de défense des libertés civiles, dont Diefenbaker fut l'une des figures marquantes, et qu'il a hérité d'un bagage d'idées développées par ces précurseurs, qu'il a bénéficié de leur travail de mobilisation et de diffusion auprès de la population canadienne. En toute justice, la Déclaration a préparé le terrain et les psychés pour le parachèvement du programme nationaliste constitutionnel, sous le gouvernement Trudeau. La Déclaration « a en fait joué un rôle essentiel en faisant avancer la question, en la sortant du débat stérile dans lequel elle était engluée durant les années 1950. » (MacLennan, 2003 : 160, traduction libre) Comme l'analysa Christopher MacLennan, la Déclaration « a représenté la première rupture significative avec l'argument voulant que la codification des droits, sous quelque forme que ce soit, était contraire à la tradition canadienne. » (MacLennan, 2003 : 160, traduction libre) Malgré ses limites évidentes, la Déclaration a ouvert le chemin au sein de l'État pour le programme nationaliste constitutionnel.

Les années de pouvoir de Pearson (1963-1968) furent en quelque sorte une période de transition pour le PLC. Après son élection comme député dans le château fort libéral de Mont-Royal en 1965, Trudeau fut nommé Secrétaire parlementaire du premier ministre et, avec un petit groupe – composé notamment de Marc Lalonde et de Michael Pitfield –, il commença à élaborer une réponse constitutionnelle forte aux revendications du Québec (English, 2007c). Comme l'observa Eric Adams, « [l]orsque Trudeau quitte son poste de professeur de droit constitutionnel à l'Université de Montréal pour entrer en politique en 1965, il apporte ses idées constitutionnelles au

Parti libéral fédéral. » (Adams, 2009 : 260, traduction libre) Il faut toutefois préciser que « ses idées constitutionnelles » provenaient d'un bagage d'idées développé par le mouvement nationaliste constitutionnel, depuis le tournant des années 1930. En avril 1967, le labeur de son Secrétaire parlementaire en matière constitutionnelle convainquit Pearson d'élever Trudeau au rang de ministre de la Justice, le rendant responsable de préparer la prochaine conférence intergouvernementale (English, 2007c). Trudeau se mit au travail rapidement, rassemblant autour de lui une brillante équipe de juristes réformateurs « pour développer la politique constitutionnelle du gouvernement en matière de droits constitutionnels. » (Adams, 2009 : 260-261, traduction libre) La nomination de Trudeau signifiait un changement de cap majeur pour le PLC qui, encore lors du débat sur la Déclaration canadienne, défendit le maintien du régime britannique de protection des libertés. En effet, « [l]orsque Pearson le nomme ministre de la Justice au printemps 1967, la nécessité d'enchâsser les droits dans la Constitution devient la position officielle du gouvernement du Canada. » (Adams, 2009 : 260-261, traduction libre) Ce fut le message que porta Trudeau devant le Barreau canadien en septembre (Trudeau, 1968b) et devant les premiers ministres provinciaux lors de la conférence constitutionnelle de février 1968 (Adams, 2009 : 261).

Le ministre de la Justice Trudeau joua un rôle clé dans l'énonciation de la position constitutionnelle du gouvernement et fut à l'avant-scène, lors de la conférence constitutionnelle de février 1968, *La Confédération de demain*. Lors de cette Conférence, Trudeau répondit à la vision plus classique du fédéralisme portée par le premier ministre québécois Daniel Johnson. La vision de Johnson était basée sur la souveraineté partagée également entre deux ordres de gouvernement, la suprématie parlementaire, la décentralisation et le régionalisme, l'asymétrie et le dualisme (la reconnaissance de la nation québécoise), et la perception de la Confédération comme un pacte. Celle de Trudeau était fondée sur une conception moniste du fédéralisme, axée sur la prédominance de l'État central, la suprématie constitutionnelle, la centralisation, l'uniformité (l'égalité des gouvernements provinciaux, l'unité nationale

et les droits individuels constitutionnalisés, dont il a hérité des générations précédentes de juristes réformateurs, au sein du courant nationaliste constitutionnel. Après *La Confédération de demain*, le projet nationaliste constitutionnel s'installait ainsi au centre du champ étatique en tant qu'orthodoxie, c'est-à-dire discours officiel, mais pas encore *doxa*, c'est-à-dire normes, valeurs et vision qui vont de soi. La vision nationaliste constitutionnelle devient doxique après la refondation constitutionnelle de 1982, qui le faisait entrer de plain-pied dans le constitutionnalisme moderne.

L'arrivée au pouvoir d'un membre du groupe des juristes réformateurs, Trudeau, signifiait donc que leurs idées, développées depuis les années 1930, s'incrustaient au centre du champ étatique canadien jusqu'à ce qu'en 1982, le projet nationaliste constitutionnel canadien fut parachevé.

De 1968 à 1982, le gouvernement Trudeau mit constamment en avant le projet de refondation constitutionnelle du régime juridico-politique canadien. Conséquent avec la vision du « peuple canadien » – composé d'individus égaux en droit –, et de « l'unité canadienne », inhérente au projet nationaliste constitutionnel, ce gouvernement opposa les revendications jugées utilitaristes des gouvernements provinciaux aux droits et aux besoins du peuple canadien, qui devaient être assurés par une déclaration constitutionnelle des droits et un gouvernement central fort. Le ministre de la Justice du Canada, Jean Chrétien, affirma d'ailleurs aux Communes que son « gouvernement est d'avis que ces droits doivent être protégés dans la constitution parce qu'ils sont fondamentaux pour le Canada. » (Canada, 1980c : 3286, traduction libre)

Sous la gouverne de Trudeau, le recours à des commissions d'enquête ou des comités parlementaires mixtes, où furent entendus de nombreux acteurs et groupes de la société civile, était logique par rapport à cette vision « populiste » et unitaire, mais permettait aussi de renforcer le rayonnement et le pouvoir symbolique du projet nationaliste constitutionnel. Il ne manquait au gouvernement Trudeau qu'un contexte politique favorable – l'affaiblissement du gouvernement québécois après l'échec référendaire de 1980, qui était le fer de lance de la défense des droits provinciaux et de la

décentralisation de la fédération –, pour être en mesure de réaliser le rêve du mouvement nationaliste constitutionnel : la concrétisation d'une grande nation canadienne pleinement indépendante, constituée de citoyens égaux en droit, protégés par un gouvernement central fort et une charte constitutionnelle des droits.

CONCLUSION

1. La refondation constitutionnelle et nationale de 1982

L'entrée en politique de Pierre Elliott Trudeau, en 1965, fut motivée par sa volonté de s'opposer fermement aux demandes de décentralisation de la fédération – émanant de tous les gouvernements provinciaux, qui voulaient acquérir davantage de pouvoirs, afin de répondre différemment aux défis qui se présentaient à eux (le régionalisme) –, et de reconnaissance d'un statut particulier pour le Québec (le dualisme). Selon lui, l'effet déstabilisateur du régionalisme et du dualisme mènerait à la « balkanisation » du Canada, qui ne serait plus qu'une ligue d'États, dont un des membres, le Québec, serait pratiquement indépendant. Pour éviter que le régime fédéral ne soit dénaturé et ne puisse relever les défis du temps (comme les disparités interprovinciales ou les violations des libertés fondamentales), il fallait ainsi rehausser la stature constitutionnelle du gouvernement central, afin de renforcer l'unité canadienne.

La stratégie du gouvernement Trudeau fut de contrer le régionalisme et le dualisme par un patriotisme constitutionnel et libéral. C'est-à-dire qu'il chercha à développer une fierté collective à l'endroit du Canada et à encourager une identification forte pour tous les citoyens envers l'État central, qui est présenté comme le gardien et promoteur des droits universels, des valeurs communes, des intérêts collectifs, de l'égalité des chances et de la solidarité interprovinciale. Par la vision qu'il portait et qu'il institutionnalisait, le gouvernement Trudeau fut ainsi le continuateur du projet nationaliste constitutionnel, qui prit sa source dans le contexte de la Grande Dépression.

Le projet d'édification nationale libérale-individualiste et unitaire, concrétisé par la *Loi constitutionnelle de 1982*, récusait la sociologie politique pluraliste d'un Canada

composé de plusieurs peuples et projets politiques distincts. La nation canadienne serait ainsi une société d'individus, formant un seul peuple, qui fournit sa légitimité à un État central fort, lequel défend leurs droits et leurs intérêts. Le patriotisme constitutionnel se révèle être à la fois un nationalisme rationnel-légal et un universalisme. Il est un impérialisme culturel imposant une uniformité normative sur le territoire canadien. Le patriotisme constitutionnel ou nationalisme constitutionnel permettait aussi au Canada de répondre à la vieille question existentielle de son identité face au géant américain, surtout après le déclin du groupe britannique après la Deuxième Guerre mondiale. Le paradoxe étant que le régime canadien de 1867 s'est construit contre l'exemple des États-Unis, alors que celui de 1982 s'est édifié sous l'influence du constitutionnalisme américain. Qu'à cela ne tienne, le nouveau nationalisme constitutionnel exprime un besoin identitaire profond et s'est installé au centre de l'État à la suite de luttes séculaires : les forces d'inertie qui le maintiennent en place sont donc formidables.

L'universalité d'un peuple canadien unifié et composé de citoyens égaux en droit trouvait sa contrepartie dans l'égalité des États provinciaux, qui devaient offrir des services équivalents partout dans la fédération, garantir les mêmes droits et se soumettre aux mêmes normes supra-législatives. Selon cette vision, seul un État central fort pouvait défendre les intérêts sociaux et juridiques de la nation canadienne dans son ensemble, car ils transcendaient le découpage territorial et politique de la fédération.

La *Loi constitutionnelle de 1982* mettait aussi fin au lien juridique avec Londres et faisait du Canada un État pleinement souverain. La Loi supplantait aussi le principe de suprématie parlementaire par celle de la Constitution formelle, constitutionnalisait le programme de péréquation, mettait sur le même pied toutes les législatures provinciales en matière d'amendement fondamental et contribuait à uniformiser les normes dans la fédération, par l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans la vaste littérature panégyrique, adoptant une perspective individualiste et rationnelle de l'histoire, Trudeau apparaît souvent comme une sorte de Grand Législateur qui, par son génie propre, donna une nouvelle loi fondamentale au régime

canadien et contribua à faire advenir la société juste, qui reconnaît le pluralisme culturel et où tous les individus composant le peuple canadien sont égaux en droit et jouissent de l'égalité des chances. Or, la pensée et les réalisations constitutionnelles et politiques de Trudeau doivent être situées dans le contexte qui les a vues naître : le mouvement nationaliste constitutionnel, qui s'est développé durant la Grande Dépression. Ce projet juridico-politique, au premier abord généreux et noble, s'inscrivait aussi dans la dynamique d'après-guerre des « droits universels de l'homme ». Si le discours des droits de la personne était déjà orthodoxie durant les années 1960 – c'est-à-dire qu'avec Diefenbaker, il faisait partie du discours officiel émanant du sommet de l'État –, il s'inscrivit profondément dans les pratiques et devint *doxa* – normes, valeurs et vision du monde qui vont de soi – avec la proclamation de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comprenant notamment la *Charte canadienne*. Le gouvernement Trudeau la décrivit comme la « charte du peuple », un grand projet d'émancipation des minorités et des individus (le peuple canadien) des gouvernements (central, mais surtout provinciaux, selon la perspective nationaliste constitutionnelle). Il opposa la « charte du peuple » aux revendications de pouvoirs de la part de ses homologues provinciaux, lesquels, à cette aune, semblaient simplement guidés par de basses considérations instrumentales.

La révolution des droits de 1982 signifiait que les normes développées au sein du champ juridique depuis les années 1930 s'inscrivaient au cœur du métachamp de l'État canadien. Au centre de l'État, la logique du champ politique déclinait face à la logique du champ juridique, axée sur des normes constitutionnelles se voulant universelles et intangibles. Cette logique juridique universaliste, qui devenait prépondérante au sein du champ étatique, est par définition moins propice à la conciliation et à la reconnaissance des différences nationales et normatives. La gouvernance judiciaire contribue de la sorte à la dépolitisation des conflits, au plan partisan, pour leur proposer une solution supra-législative et technocratique, qui relève de la haute politique, la politique symbolique, et qui est portée par le discours constitutionnel au cœur du champ de l'État canadien. Ainsi, la judiciarisation du politique ne supprime certes pas les

conflits au sein du champ politique, mais les déplace au sein du champ juridique, où ils sont décidés par une autre instance, la Cour suprême du Canada, dont les magistrats sont entièrement nommés par le pouvoir central, auquel ils s'identifient.

2. Les critiques de la révolution des droits de 1982

Sans contester les progrès qu'ont connus certaines minorités sous le régime de la Charte canadienne, des critiques y ont aussi vu un projet de domination de classe et nationale. De nombreuses critiques émanèrent des champs sociaux politique et universitaire, tant à gauche³⁸⁸ qu'à droite,³⁸⁹ et issues à la fois de la majorité nationale³⁹⁰ et des nations minoritaires³⁹¹ (autochtones et québécoise). Ces critiques ont vu dans la révolution des droits de 1982 l'établissement et la confirmation de nouveaux rapports de domination. Deux critiques, en particulier, ont été retenues pour cette étude : la critique libérale nationaliste québécoise ainsi que la critique marxiste canadienne.

Pour la première critique, que l'on retrouve notamment dans les travaux d'Eugénie Brouillet, d'Alain-G. Gagnon, de Guy Laforest et de François Rocher, la Charte canadienne cristalliserait la domination de la majorité nationale canadienne-anglaise sur la nation minoritaire québécoise, en imposant l'uniformité des normes constitutionnelles libérales individualistes (anti-communautaires) dans une fédération pourtant sociologiquement pluraliste. Au libéralisme nationaliste et universaliste du groupe canadien majoritaire, ces penseurs opposent, d'abord, une vision davantage pluraliste et multinationale du Canada, qui serait composé de plusieurs nations et devrait pouvoir accommoder les variations régionales (le régionalisme), l'asymétrie

³⁸⁸ Comme la critique libérale nationaliste, la critique marxiste et la critique féministe québécoise.

³⁸⁹ Comme la critique libérale conservatrice, appelée aussi « École de Calgary » (*cf.* Sanschagrin, 2015).

³⁹⁰ Comme la critique « fonctionnelle » – au sein de laquelle on trouve notamment Will Kymlicka, Kenneth McRoberts, Charles Taylor et James Tully (*cf.* Sanschagrin, 2015 ; Gagnon, 2008 : 112-116).

³⁹¹ La critique autochtone est similaire à celle du Québec, car l'on dénonce le fait que l'on veut voulant soumettre tous les peuples du Canada à un même ensemble normatif (*cf.* Ladner et McCrossan, 2009).

constitutionnelle (le dualisme) et le pluralisme culturel non national (le multiculturalisme). Ces intellectuels promeuvent donc un nationalisme québécois libéral et pluraliste, liant affirmation collective de la nation québécoise, protection des droits des individus et des minorités et reconnaissance des Autochtones. Selon leur perspective, le régime de 1982 proposait une définition universelle et égalitaire de la nation canadienne, mais ce faisant, il intégrait par la force du droit les nations minoritaires, qui devaient dorénavant se penser à travers les normes majoritaires et se représenter comme composantes indifférenciées de la diversité multiculturelle canadienne. Si l'impérialisme culturel derrière la refondation de 1982 valorisait le pluralisme, par contre la diversité qui était reconnue était celle qui n'était pas territorialement concentrée et ne pouvait pas concurrencer le modèle juridico-politique dominant et réclamer la souveraineté sur une portion du territoire de la Couronne.

Les critiques marxistes, comme Judy Fudge, Ran Hirschl, Michael Mandel et Andrew Petter, ont de leur côté perçu la domination de classe qu'institutionnalisait la Charte, en garantissant des droits individuels (ou négatifs), qui protègent la sphère privée de l'intervention de l'État. Pourtant, c'est justement dans la société civile que se reproduisent et se creusent les inégalités. Sans égalité réelle, la reconnaissance de libertés formelles est factice et masque les rapports de domination socioéconomiques. La genèse des droits naturels de la personne est d'ailleurs liée à la création du régime libéral capitaliste, à l'apparition de l'individu-propriétaire (de sa personne, de ses biens, de sa liberté de religion, de mouvement, d'expression, de réunion, d'association), dont la sphère privée devait être protégée des abus du gouvernement. En limitant l'institutionnalisation des « droits de l'homme » à ces libertés négatives, on légitime et permet la reproduction des rapports de dominations socioéconomiques. Or, selon ces critiques, l'institutionnalisation du constitutionnalisme moderne au Canada a fragilisé le pouvoir législatif, c'est-à-dire le seul instrument dont le peuple peut s'emparer pour défendre ses intérêts et contrecarrer l'oligarchie, en produisant une législation sociale ambitieuse et en encadrant les marchés. Le libéralisme individualiste et antiétatique de

la « politique des droits de l'homme » minait ainsi le politique à la faveur du judiciaire et mettait hors de portée du débat démocratique un ensemble de valeurs et de pratiques, qui sont favorables à l'accumulation capitaliste et à la libre circulation des biens, des capitaux, des marchandises (comme la force de travail).

3. Volonté de puissance, contingence et nationalisme constitutionnel

La critique libérale nationaliste et la critique marxiste ont en commun de voir derrière la réforme constitutionnelle de 1982 une volonté de puissance, une stratégie délibérée pour renforcer et cristalliser le pouvoir de la nation majoritaire, pour la première, et les puissances d'argent, pour la seconde. La première critique, adoptant une conception davantage individualiste de l'histoire, voit Pierre Trudeau comme un Grand législateur, le maître d'œuvre d'une politique de puissance minant les intérêts de la nation minoritaire québécoise, et constitutionnalisant un ensemble de normes conformes aux intérêts de la majorité canadienne. La seconde critique, empruntant une démarche essentiellement structuraliste, perçoit derrière la révolution des droits de 1982 la manœuvre des classes possédantes, au contrôle des institutions de pouvoir, qui cherchent à consolider leurs privilèges, pour les mettre hors de portée du politique. Ces deux critiques perçurent toutes deux que les effets de 1982 étaient bien de raffermir la domination de la majorité nationale et d'augmenter l'autonomie des marchés et la libre circulation des biens. Par contre, leur perspective ne permet pas de tenir compte de la teneur émancipatrice du projet nationaliste constitutionnel, ni de la contingence de l'histoire, comme produit des luttes au sein de l'espace social. En levant le voile sur ces dynamiques, cette thèse offre une contribution originale à la littérature scientifique.

Ces perspectives davantage individualiste (pour la critique libérale nationaliste) et structuraliste (pour la critique marxiste) de la refondation de 1982 n'intègrent pas à leur analyse l'histoire du mouvement nationaliste constitutionnel ainsi que l'action des

juristes réformateurs. Pourtant, ces acteurs ont joué un rôle de premier plan, en réussissant à intégrer la logique des droits de la personne au cœur des champs juridique et étatique canadiens. En effet, le projet juridico-politique de 1982 ne découle pas du génie d'un Grand législateur, mais provient du mouvement nationaliste constitutionnel, dans lequel Trudeau et plusieurs juristes réformateurs s'inscrivaient. Ce courant, d'abord dans le contexte de la Grande Dépression, s'est nourri de l'apport de nombreuses organisations défendant les libertés (syndicats, CCF, association de défense des droits, etc.) et de plusieurs juristes réformateurs³⁹² (notamment Woodsworth, Scott, Forsey, Lower, Humphrey, Laskin, Trudeau), influencés notamment par le constitutionnalisme américain (plusieurs fréquentèrent d'ailleurs l'Université Harvard) et le socialisme protestant (ou le personnalisme chrétien dans le cas de Trudeau). Ces intellectuels modernisateurs, dont la plupart s'impliquèrent dans des associations de défense des libertés civiles et appartenirent au CCF, prenaient aussi appui sur une constellation d'alliés ayant subi la répression étatique (organisations ethnoculturelles, politiques, religieuses et syndicales), que ce soit lors de la grève générale de Winnipeg de 1919, les années 1930 ou la Deuxième Guerre mondiale.

Événement marquant dans l'histoire du mouvement ouvrier au Canada, la grève générale de 1919 présida à la naissance du liberticide appareil sécuritaire canadien, lequel est composé de la Gendarmerie royale du Canada (et des divers corps policiers), de lois refusant l'entrée sur le territoire ou permettant la déportation des éléments jugés subversifs, du Code criminel facilitant la répression de la dissidence et de la *Loi sur les mesures de guerre*. L'appareil sécuritaire mettait en œuvre une politique coercitive à la fois cliviste, raciste et xénophobe, contre laquelle lutta cette coalition d'intellectuels, de militants et d'organisations favorables à la protection des libertés civiles.

³⁹² Pour rappel, bien que tous les « juristes réformateurs » n'étaient pas tous des individus ayant complété des études de droit ou pratiquant le droit –, par contre, tous ces intellectuels canadianistes et modernisateurs – incluant le professeur d'histoire Arthur Lower – ont contribué au développement de la pensée et de la pratique constitutionnelle sein des champs juridique et étatiques canadiens.

Les juristes réformateurs s'opposaient aussi au laisser-fairisme et à une division rigide des pouvoirs – due, selon eux, à une interprétation décentralisatrice fautive de la Constitution par le Comité judiciaire du Conseil privé –, qui empêchaient l'État central d'intervenir pour répondre aux maux socioéconomiques (chômage, pauvreté, etc.) et aux violations des libertés civiles perpétrées par les gouvernements provinciaux.

Enfin, ils concevaient que les principaux problèmes au Canada – l'absence de protection constitutionnelle des droits, les inégalités régionales et le statut inférieur des francophones – exigeaient une réponse plus ambitieuse que de seulement réaffirmer la suprématie parlementaire et les libertés traditionnelles britanniques. Leur volonté affichée de s'émanciper juridiquement et politiquement de la métropole britannique³⁹³ allait de pair avec la constitutionnalisation des libertés civiles, la fin des appels au Comité judiciaire, le développement d'une jurisprudence adaptée à la situation canadienne et le développement de l'identité nationale canadienne.

Les juristes réformateurs accusaient le Comité judiciaire de faire une lecture biaisée et décentralisatrice de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867, ce qui favorisait indument les droits des « liberticides » États provinciaux, et ce, au détriment du pouvoir constitutionnel d'Ottawa de mettre en place une législation sociale ambitieuse et de garantir les libertés civiles. Dits autrement, le keynésianisme (ou providentialisme modéré) et le constitutionnalisme étaient contrecarrés par un tribunal étranger et réactionnaire, qui interpréta à tort, au regard des intentions centralisatrices du constituant, de façon à diminuer la souveraineté du pouvoir central et à magnifier l'autonomie des législatures provinciales. En dénaturant la Constitution du Canada, les *Law Lords* auraient ainsi bloqué les réformes constitutionnelles qui s'imposaient pour

³⁹³ Le Canada devait ainsi passer de « colonie à nation » (*Colony to Nation*), pour reprendre le titre de l'histoire du Canada d'Arthur Lower, publiée en 1946. En mars 1981, Trudeau y fit allusion, lorsqu'il défendit son projet constitutionnel, en arguant qu'il « est conforme à nos valeurs politiques traditionnelles » et que cela fait partie de « la tradition canadienne que nous évoluons et que nous continuons d'évoluer de l'état de colonie vers l'état de nation. » (Canada, 1981b : 8512)

répondre aux maux socioéconomiques et pour que le Canada puisse devenir une société juste et une nation pleinement indépendante, égalitaire et unie.

Pour ces nationalistes centralisateurs et modernisateurs, les droits provinciaux, validés par les magistrats britanniques, ne protégeaient pas les individus et les minorités, tout en minant le fonctionnement du gouvernement central. En fait, ils concevaient les droits provinciaux comme un frein aux réformes sociales et constitutionnelles qui s'imposaient, et ce, à l'avantage des pouvoirs d'argent. D'autant plus que l'idée des droits provinciaux prenait appui notamment sur la vision de la Confédération comme un pacte, qui justifiait que toute modification constitutionnelle d'importance nécessitait le consentement unanime des législatures provinciales. Cette convention d'unanimité était perçue, par les juristes réformateurs, comme étant un verrou à toute politique sociale d'envergure, mais aussi comme une interprétation erronée de la Confédération, qui découlait, selon eux, d'une simple loi du Parlement impérial. En mars 1981, en plein conflit à propos du rapatriement, le premier ministre Trudeau dénonça d'ailleurs la convention d'unanimité en Chambre : « L'histoire du Canada depuis 1927 prouve que la théorie de l'unanimité n'aboutit qu'à l'impasse, à l'inaction, à l'institutionnalisation du statu quo. » (Canada, 1981b : 8509) Cette « théorie » freinerait l'entrée du Canada dans l'ère du constitutionnalisme moderne : « Je puis vous assurer que la meilleure façon de ne pas inclure une charte des droits dans la constitution, c'est d'exiger l'unanimité pour pouvoir le faire. » (Canada, 1981b : 8510)

Selon les juristes réformateurs, la suprématie parlementaire et les droits provinciaux avaient prouvé leur incapacité à protéger les libertés et bloquaient toute réforme. Or, pour eux, contrairement à un libéralisme antiétatique plus traditionnel, ce serait plutôt l'augmentation des pouvoirs de l'État central qui pourrait garantir les droits, plutôt que les menacer. En outre, à la suite de John A. Macdonald, ils concevaient que le constituant derrière l'Acte de 1867 avait conçu le Parlement central de façon à ce qu'il joue un rôle prépondérant par rapport aux législatures, allant jusqu'à la possibilité de modifier de manière unilatérale la Constitution. Ils prônaient donc le renforcement des

pouvoirs physiques et symboliques de l'État central. Pour le premier aspect physique du pouvoir étatique, il s'agissait de lui donner des moyens d'action, afin qu'il puisse assurer une plus grande égalité des chances partout au Canada, garantir les mêmes droits à tous les Canadiens et promouvoir les intérêts des francophones. Pour l'aspect symbolique, il fallait modifier le métadiscours et les pratiques du fédéralisme pluraliste et du constitutionnalisme britannique, au sein des champs juridique et étatique. Ils furent supplantés par le fédéralisme moniste et le constitutionnalisme moderne, pour lesquels le Canada était constitué d'un seul peuple, d'un seul ensemble de normes et de valeurs, d'une culture nationale et d'un État central représentant ce tout.

Après la fin des appels au Comité judiciaire, en 1949, et l'adoption de la Déclaration de 1960, le projet nationaliste constitutionnel imposa sa logique au sein de l'État, dès 1968. Année où un juriste réformateur, Trudeau, parvint à la tête du gouvernement qui participa à institutionnaliser ce projet en 1982. En 1973, il nomma un autre juriste réformateur, Laskin, à la tête de la Cour suprême, qui donna une légitimité légale à son programme constitutionnel par le *Renvoi sur le rapatriement en 1981*. L'institution dominante du champ politique, le gouvernement, et celle du champ juridique, la Cour suprême, étaient dominées par deux intellectuels héritiers de ce groupe de réformistes initialement minoritaire. Toutefois, si le gouvernement Trudeau fut le dernier acteur à entrer sur la scène de l'histoire canadienne et retira tous les honneurs (et les critiques) pour la refondation constitutionnelle de 1982, il ne faut pas oublier que la genèse de la Charte canadienne se trouve dans le contexte de la Grande Dépression, où apparut le mouvement nationaliste constitutionnel.

4. Le constitutionnalisme canadien d'héritage britannique

Tout comme ses prédécesseurs au sein du courant nationaliste constitutionnel, Trudeau s'opposait à la conception traditionnelle de la Confédération comme pacte entre

colonies britanniques autonomes et entre deux peuples, qui aurait été institutionnalisé par l'Acte de 1867. Selon cette vision contractualiste, l'État central serait la créature de ces entités souveraines fondatrices, dont leurs représentants dûment élus avaient été le pouvoir constituant lors de la Conférence de Québec (cf. Loranger, 1883 ; Tully, 1999b). De la sorte, la souveraineté des législatures provinciales serait pleine et entière sur les matières qu'elles n'avaient pas cédées au Parlement central. Ce dernier était uniquement responsable des questions générales concernant l'ensemble de la fédération. L'une de ces compétences provinciales, le droit civil et la propriété (article 92.13 de l'Acte de 1867), était cependant source de conflit. L'interprétation judiciaire avait étendu la portée de l'article 92(13) de façon importante, freinant ainsi le pouvoir de l'État central et magnifiant celui des États provinciaux, notamment sur la question de la protection des libertés fondamentales. La jurisprudence du Comité judiciaire était claire à cet effet depuis la décennie 1880 : le Canada était une véritable fédération, ce qui impliquait que les législatures provinciales étaient autonomes dans leurs domaines de compétences exclusives (cf. *Hodge v. The Queen*, 1883), à l'exception des situations d'urgence, qui permettait la centralisation temporaire des pouvoirs, pour garantir la sécurité de l'État (cf. *Fort Frances Pulp and Power Co v. Manitoba Free Press Co*, 1923). Le Comité judiciaire, qui trônait au sommet d'un champ juridique canadien en développement, imposait sa jurisprudence aux tribunaux canadiens grâce à la règle de *stare decisis* (l'autorité de la chose jugée). Les professeurs de droit canadiens reprirent la logique de cette jurisprudence dans leur manuel de droit constitutionnel. À la fin du XIX^e siècle, le plus éminent théoricien du constitutionnalisme britannique (des principes de la suprématie parlementaire et de l'État de droit), le professeur Albert Venn Dicey de l'Université d'Oxford, forma d'ailleurs Augustus Henry Frazer Lefroy, qui fit carrière à l'Université de Toronto. Lefroy adapta le constitutionnalisme britannique à la réalité fédérale canadienne dans son œuvre *The Law of Legislative Power in Canada*, publié en 1897. Dans cet ouvrage, Lefroy avança que le principe de suprématie parlementaire, dans la fédération canadienne, signifiait que chaque ordre de gouvernement était souverain dans ses champs de compétences exclusives. On

retrouvait sensiblement le même consensus du côté de la classe dirigeante, car après la mort du premier ministre John A. Macdonald, en 1891, et jusque dans les années 1960, aucun premier ministre ne remit en question cette logique fédérale pluraliste au sein des champs juridique et étatique canadiens. Pour cette conception traditionnelle, hégémonique jusque dans les années 1960, le Canada serait un régime d'héritage britannique, où prévalait la suprématie parlementaire et l'État de droit, mais adapté à une formule fédérale. C'est-à-dire que le Parlement et les législatures étaient chacun souverains dans leurs champs de compétences et que la protection de certaines libertés fondamentales relevait du Parlement (comme les garanties juridiques en matière de droit criminel) et d'autres des législatures (comme le droit à la propriété).

Ainsi, les législatures ne se voyaient pas comme subordonnée face au Parlement, à l'image de la relation hiérarchique qui prévalut entre le Parlement impérial et le Dominion. En tant que forces contractantes en 1867, les législatures ne devraient pas leur existence et leur part de souveraineté au bon vouloir d'un Parlement central qui aurait déterminé, seul, les normes constitutionnelles et les modifierait à sa guise, jusqu'à transformer le régime fédéral en un État-nation unitaire. Conséquemment, au sein de l'État fédéral, la souveraineté était divisée entre deux ordres de gouvernement, dont aucun des deux ne représentait seul le Canada ni ne pouvait modifier unilatéralement le pacte fondateur, l'Acte de 1867. Le contractualisme légitimait donc le régionalisme et le dualisme et, de cela, découlait la convention constitutionnelle exigeant le consentement unanime des législatures provinciales pour toute modification de la Constitution qui affectait leurs champs de compétences ou leurs intérêts.

5. La prépondérance de l'État central

Pour le mouvement nationaliste constitutionnel, l'Acte de 1867 était une simple loi impériale, qui prévoyait un gouvernement central fort, doté des grands attributs de la

souveraineté³⁹⁴, afin de développer le nouveau pays, défendre les intérêts d'une seule grande nation politique canadienne, assurer « la paix, l'ordre et le bon gouvernement » et envers lequel les gouvernements provinciaux se trouvaient dans une position subordonnée. Cette position subordonnée se justifierait par le fait que le gouvernement central possédait plusieurs pouvoirs unilatéraux (déclaration, d'urgence, de réserve et de désaveu, de nomination, de dépenser) et que le Parlement central détenait le pouvoir résiduaire. Le pouvoir de désaveu donnait d'ailleurs au gouvernement central un droit de regard sur les législatures provinciales et d'invalidiser les lois qui bafouent les libertés. La désuétude du pouvoir de désaveu et l'incapacité des législatures et des tribunaux à protéger les libertés, contrairement à ce qu'avancait la théorie constitutionnelle britannique, mettaient les droits des citoyens à la merci des gouvernements au Canada.

Dès 1935, Scott proposa d'intégrer la logique du constitutionnalisme moderne aux champs juridique et étatique, pour que tous les Canadiens, sans distinction, puissent jouir des mêmes droits fondamentaux et linguistiques partout au pays, mis à l'abri du politique dans une charte constitutionnelle, laquelle serait appliquée uniformément par des tribunaux indépendants. Scott, comme Woodsworth avant lui, souhaitait voir croître les pouvoirs sociaux de l'État central, pour répondre à la crise économique.

À l'époque, la proposition de Scott ne fut pas reprise par les principaux politiciens et juristes occupant les positions dominantes au sein des champs juridique et étatique (doyens de faculté de droit, juges des tribunaux supérieurs, ministres, premiers ministres). Ceux-ci continuaient à percevoir ce projet comme étant étranger à la fois au régime britannique de suprématie parlementaire et de Common Law, réfractaire à l'intervention étatique, et au fédéralisme canadien, car les droits civils relevaient largement de la compétence des législatures provinciales. Le groupe de juristes réformateurs, tout comme le discours modernisateur que ceux-ci proposaient, étaient donc fortement minoritaires jusqu'au tournant des années 1960. Ce discours était donc

³⁹⁴ C'est-à-dire les pouvoirs régaliens : la sécurité intérieure et la défense, le contrôle des frontières et la citoyenneté, la monnaie et le système bancaire, les relations étrangères, la loi criminelle, etc.

dominé au sein des champs juridique et étatique, alors que ses promoteurs en occupaient les positions subordonnées (professeurs de droit, avocats, militants pour les droits civils, syndicalistes, députés d'arrière-ban).

6. Le groupe et le discours dominants ante 1968

Le groupe majoritaire au contrôle des institutions de pouvoir promouvait un discours hégémonique axé sur le fédéralisme classique (ou pluraliste) et le constitutionnalisme britannique. Ce discours confortait leur position dominante, qui correspondait en même temps à leur socialisation (leurs valeurs, leurs normes et leur vision du monde, bref leur *habitus*). Dans leur esprit, le droit constitutionnel britannique occupait une place prépondérante, et ce, jusque dans les années 1960.

La protection des libertés, héritées de la tradition anglaise, découlait selon eux du rôle complémentaire et concurrent du Parlement, qui adopte les lois et freine les élans de l'exécutif, et des tribunaux, qui interprètent ces lois et font évoluer le droit jurisprudentiel de façon à préserver les libertés, notamment la propriété privée. Ainsi, la suprématie parlementaire et la *Common Law* garantiraient ensemble l'État de droit, c'est-à-dire un régime où les libertés sont préservées, où les règles de droit sont connues et suivies et où les citoyens sont à l'abri des abus du pouvoir étatique.

Selon cette vision, les dérives arbitraires et despotiques du pouvoir exécutif – non pas le libre marché – constitueraient la principale menace envers les libertés. Un gouvernement limité, qui était surveillé par des parlements souverains dans leur champ de compétences, ferait du Canada l'égal des autres régimes libéraux occidentaux en matière de protection des libertés civiles, incluant la République américaine.

L'équilibre et la stabilité de l'ordre fédéral impliquaient que le Parlement et les législatures n'outrepassent pas leurs pouvoirs constitutionnels, sur lesquels

s'entendirent les colonies britanniques d'Amérique du Nord et les deux principaux groupes (anglais et français). Le Comité judiciaire montra la voie à suivre, en balisant l'étendue des compétences du Parlement de façon à préserver le caractère fédéral du régime. Si l'un des deux pôles devait s'imposer aux autres, sans leur consentement, le Canada cesserait d'être une fédération. Le jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi relatif à une Résolution pour modifier la Constitution* (1981), allait en ce sens : « La convention [de consentement provincial] existe parce que le principe fédéral est inconciliable avec un état des affaires où l'action unilatérale des autorités fédérales peut entraîner la modification des pouvoirs législatifs provinciaux. » Commentant la première proposition du gouvernement Trudeau de rapatrier et d'amender la Constitution de façon unilatérale, en 1976, le directeur du *Devoir*, Claude Ryan, affirma que cette approche, si elle devait se concrétiser, « violerait d'abord une règle non écrite qui est devenue, avec le temps, aussi importante qu'une règle inscrite dans les textes constitutionnels. » (Ryan, 1976) Selon Ryan, la voie proposée par le gouvernement minait « l'esprit fédéral » et représentait un changement de régime radical : l'on passerait d'un régime fédéral à un régime unitaire (Ryan, 1976). Ce qui signifiait que « [l]es provinces auraient cessé d'être des parties prenantes au pacte moral et juridique qui sous-tend la fédération. Elles seraient devenues à toutes fins utiles des entités administratives munies de pouvoirs substantiels certes, mais dépouillées de leur souveraineté originelle. » (Ryan, 1976)

7. La Grande Dépression, Rowell-Sirois et la Deuxième Guerre mondiale

La première brèche dans le discours hégémonique canadien apparut durant la Grande Dépression, qui imposa un changement de paradigme : le gouvernement limité, le laisser-fairisme et une division rigide des pouvoirs étaient désormais intenable, alors que la crise s'installait à demeure, que les marchés ne se relançaient pas d'eux-mêmes

et que les gouvernements provinciaux ne disposaient pas des ressources pour intervenir. L'esprit keynésien de la Commission Rowell-Sirois et le contexte de crise contribuèrent à ce que les idées réformistes, portées par la nouvelle élite montante, s'imposent peu à peu au sein du métachamp de l'État, au grand dam des premiers ministres Mitchell Hepburn (Ontario) et Maurice Duplessis (Québec), mais aussi de la profession juridique, qui voyait d'un mauvais œil la croissance du pouvoir étatique.

Dans ce contexte, le droit public prit une plus grande importance au sein des champs juridique et étatique canadiens. Sous l'influence du constitutionnalisme américain, les juristes concevaient de plus en plus que le droit devait répondre aux besoins de la société, et que l'État devait légiférer pour encadrer les marchés et assurer la sécurité sociale. L'esprit de la Commission Rowell-Sirois ne fut remis en question par aucun gouvernement à Ottawa avant les années 1980 et le virage néolibéral de l'État, suite de la Commission Macdonald. La logique uniformisatrice et centralisatrice de la Commission Rowell-Sirois se limitait au domaine socioéconomique, alors que les commissaires eux-mêmes s'en remettaient au mécanisme traditionnel de protection des libertés et rejetaient la constitutionnalisation des droits.

La fin de la Deuxième Guerre mondiale laissa place à trois débats cruciaux, qui traversèrent les champs juridique et étatique canadien, lesquels faisaient suite à des événements clés : la répression des espions communistes (lors de l'affaire Gouzenko), la déportation des Canadiens japonais et la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. L'enjeu des droits de la personne devint saillant dans les médias et au sein des champs juridique et étatique, alors qu'au cœur de l'État central, deux comités parlementaires spéciaux furent créés (celui mixte de 1947-1948 et celui du Sénat de 1950). Ces comités avaient pour but d'étudier la situation des libertés au pays et d'offrir des recommandations afin de donner suite aux obligations internationales du Canada, découlant du droit international des droits de la personne. Le comité spécial mixte, coprésidé par le ministre libéral de la Justice, James Ilsley, accoucha d'un rapport favorable au *statu quo* et rejetait l'idée d'une charte constitutionnelle des droits. À

l'opposé, le comité sénatorial, présidé par un défenseur des libertés civiles, le sénateur libéral Arthur Roebuck, défendit la grande idée des droits naturels de la personne et suggéra d'adopter le constitutionnalisme à l'américaine, où des tribunaux indépendants appliquent et interprètent un *Bill of Rights* incorporé dans la Constitution.

Le droit international des droits de la personne ne détermina pas la nature des débats au Canada. Il ne fut pas davantage le déclencheur du mouvement canadien en faveur de la protection constitutionnelle des libertés. Ce sont avant tout les luttes de position et de prises de position, au sein des champs juridique et étatique au Canada, qui expliquent l'avènement du constitutionnalisme moderne dans le régime canadien de tradition britannique. Toutefois, il faut reconnaître que le droit international des droits de la personne contribua à donner une force symbolique accrue à cette idée au sein des champs juridique et étatique canadiens. La valse-hésitation des gouvernements King et St-Laurent sur la position du Canada, dans le débat à l'ONU portant sur l'adoption de la *Déclaration universelle*, illustre la difficulté de concilier un positionnement politique en faveur du discours hégémonique canadien – notamment le principe de la suprématie parlementaire et la compétence des législatures provinciales sur « les droits civils et la propriété » – avec le soutien aux « droits de l'homme ». Les débats dans l'après-guerre ont permis d'affûter les idées du courant nationaliste constitutionnel, d'en voir une plus grande diffusion, mais aussi qu'émergeasse un nouveau champion des droits de la personne, le député d'arrière-ban John Diefenbaker.

8. La Déclaration canadienne des droits

La relative dormance du projet nationaliste constitutionnel au début des années 1950 se comprend notamment par l'incapacité des défenseurs des libertés civiles à donner suite au Rapport Roebuck. Cette phase fut suivie d'une accélération de l'histoire, lorsque Diefenbaker remporta les élections de 1957, puis celles de 1958. Les

progressistes-conservateurs firent campagne avec un programme nationaliste et populiste axé sur la sécurité sociale pour tous, l'égalité juridique de tous les Canadiens, le développement économique de toutes les régions du Canada et la solidarité interprovinciale. Le débat à la Chambre des communes sur un projet de charte législative des droits ne s'appliquant qu'au Parlement central – la *Déclaration canadienne des droits* – ramena à l'avant-scène l'enjeu de la protection constitutionnelle des libertés. Le CCF reprocha d'ailleurs à Diefenbaker de revenir sur ses positions passées (notamment de 1946 à 1948) d'enchâsser les droits dans la Constitution. Plusieurs juristes réformateurs critiquèrent publiquement la faible portée de la *Déclaration canadienne*, comme Laskin, Scott et Trudeau. Le nouveau chef des Libéraux, Pearson, énonça la même critique, tout en vantant le système traditionnel de protection des libertés et en jugeant vain le constitutionnalisme à l'américaine.

L'ambiguïté de la position de Pearson démontrait encore une fois l'inconfort d'un PLC cherchant à préserver l'héritage britannique et les principes hégémoniques, avec la logique des droits de la personne. La proposition de Diefenbaker n'avait pas non plus toute la clarté de celles énoncées par les ténors du mouvement nationaliste constitutionnel, comme Scott, car elle liait le constitutionnalisme britannique – en préservant le principe de la suprématie parlementaire – et le constitutionnalisme moderne – en codifiant et en formalisant les libertés canadiennes, tout en empruntant le langage des « droits de l'homme » de la *Déclaration universelle*.

Bien que les effets de la *Déclaration des droits* sur la jurisprudence fussent minimaux – une poignée d'arrêts l'invoquant donnèrent victoire à la partie demanderesse –, l'on ne doit pas douter du radicalisme de cette proposition. Pour la première fois de l'histoire de la Confédération, le détenteur de la plus haute fonction politique au sein de l'État canadien, le premier ministre, tenait un discours officiel axé sur l'importance du respect des libertés fondamentales et des « droits de l'homme ». Le discours et la pratique des droits de la personne s'incrustaient au centre du métachamp de l'État, modifiant ainsi la dimension symbolique du pouvoir étatique. Si l'impact de la

Déclaration des droits fut avant tout symbolique, l'on ne doit pas perdre de vue que le pouvoir symbolique représente, parmi les deux dimensions de la puissance étatique, la plus fondamentale, car il légitime ou délégitime des discours et des pratiques, il ouvre ou ferme des horizons normatifs, il porte une vision du monde social (Bourdieu, 2012).

C'est ce que le gouvernement Diefenbaker contribua à faire par sa proposition hybride : rendre acceptable la logique universelle des « droits de l'homme » au sein de l'État, qui est extrinsèque à la tradition britannique³⁹⁵. Il rendit fréquentable le discours des « droits de l'homme universels » en lui faisant revêtir les habits britanniques de la suprématie parlementaire. Liée intimement à *Déclaration des droits*, la vision unitaire de la nation canadienne et d'une citoyenneté unique composée d'individus égaux en droit, tout comme le rejet du dualisme, de la part du chef progressiste-conservateur, ont marqué un tournant normatif décisif au centre du champ étatique canadien. Cette conception officielle du Canada n'a été remise en compte par aucun de ses successeurs, à l'exception des années de pouvoir du premier ministre Brian Mulroney, qui tenta, sans succès, de réconcilier le nouveau Canada de 1982 avec le principe du dualisme.

9. Le nationalisme constitutionnel au cœur du champ étatique canadien

Dans un contexte politique favorable au mouvement nationaliste constitutionnel, les conventions hégémoniques au Canada jusque dans les années 1960 ont ainsi cédé peu à peu le terrain, lors des luttes au sein des champs juridique et étatique. Au centre de l'État, le groupe dominant et le discours majoritaire d'hier cédèrent le haut du pavé aux tenants du discours constitutionnaliste réformiste, à la suite de la conférence constitutionnelle de février 1968, *Le fédéralisme et l'avenir*³⁹⁶ (Pearson, 1968).

³⁹⁵ En 1790, la dénonciation, par Edmund Burke, des périls de l'universalisme, du rationalisme et du radicalisme de la Révolution française et des droits de l'homme, constituent un éloquent exemple d'un certain empirisme et pragmatisme britannique sur la question des libertés.

³⁹⁶ Du 27 au 30 novembre 1967, le premier ministre de l'Ontario, John Robarts, convia à Toronto les

Cette conférence constitutionnelle fut le moment où commença à se déployer la stratégie de Trudeau et de son état-major, qui permit éventuellement de compléter le projet nationaliste constitutionnel. Lors de la Conférence, Trudeau tint tête au premier ministre du Québec, Daniel Johnson³⁹⁷, et à sa vision binationale (dualiste et contractualiste) et décentralisatrice (régionaliste) de la fédération. Cela contribua à renforcer la stature publique de Trudeau et l'idée qu'il était capable de défendre le fédéralisme et de remettre le Québec à sa place.

Dans son *Mémoire sur la question constitutionnelle*, préparée pour la conférence de février 1968, le gouvernement du Québec proposait une transformation profonde de l'ordre constitutionnel canadien pour répondre « à deux problèmes fondamentaux » : les disparités régionales et les rapports inégaux entre « les deux peuples qui ont fondé le Canada. » (Québec, 1968 : 37) Cette « nouvelle constitution » devrait refléter « à la fois un bilinguisme authentique et un fédéralisme décentralisé [...] où la coopération intergouvernementale viendra remplacer la centralisation des pouvoirs. » (Québec, 1968 : 38) Or, la véritable égalité entre les deux communautés linguistiques et les deux peuples fondateurs ne pouvait pas qu'être juridique, mais devait être réelle, ce qui impliquerait « la reconnaissance d'un rôle particulier pour le Québec, principal foyer du Canada français, et pour son gouvernement. » (Québec, 1968 : 38)

autres premiers ministres à une conférence interprovinciale, *La Confédération de demain*, pour reprendre le débat laissée en plan après l'échec de la formule Fulton-Favreau et en arriver à une réforme constitutionnelle viable pour tous les partenaires de la fédération. Lors de cette conférence, Daniel Johnson énonça sa conception binationale du Canada, réclamant une relation d'égale à égale entre les deux nations fondatrices de la fédération, et exigeant un nouveau partage des pouvoirs favorable aux législatures provinciales, avant de procéder au rapatriement (Rémillard, 1984 : 46). Le premier ministre Pearson refusa de participer à la conférence interprovinciale de novembre 1967, initiée par son homologue ontarien, et se devait de reprendre l'initiative sur le front constitutionnel (Rémillard, 1984 : 47). Son ministre de la Justice organisa donc la conférence constitutionnelle de février 1968.

³⁹⁷ Le premier ministre Johnson réclamait les pouvoirs nécessaires au Québec pour réparer les injustices envers les francophones, telles qu'identifiées par la Commission Laurendeau-Dunton, et assurer l'égalité entre les deux peuples fondateurs (Johnson, 1968 ; Québec, 1968). En effet, dans le premier Rapport de la Commission Laurendeau-Dunton, publié en 1967, l'on faisait un constat sévère des rapports entre les peuples canadiens-anglais et canadiens-français. On pouvait y lire que « les lois en vigueur [dans la fédération] sont très loin de traduire dans la réalité la notion d'un pays fondé sur l'égalité de deux communautés linguistiques. » (Canada, 1967 : 69)

Pour remplir ce rôle particulier, le Québec devrait disposer des compétences lui permettant de préserver « la vitalité de la nation canadienne-française », notamment la sécurité sociale, les relations internationales, la radiodiffusion et les télécommunications, l'immigration, la culture et la législation du travail (Québec, 1968 : 40). Cependant, le gouvernement québécois rappelait que les « droits du français au Québec » étaient compatibles avec ceux « de la langue anglaise » ; il était même prêt à reconnaître ces derniers « par de nouvelles dispositions constitutionnelles [...] ». (Québec, 1968 : 45) À ce sujet, si le gouvernement du Québec affirma vouloir aller de l'avant avec l'insertion d'« une charte québécoise des droits de l'homme » dans sa « constitution interne », il s'opposait à une « déclaration constitutionnelle des droits de l'homme » valable pour tout le pays (Québec, 1968 : 46-47). Une telle déclaration générale serait incompatible avec un État fédéral, marqué par la diversité culturelle et normative, car elle « consacrer[ait] dans la constitution une tendance à l'homogénéité des conceptions éthiques dont l'application relève des tribunaux. » (Québec, 1968 : 47) En outre, si l'on adopta une telle déclaration, il faudrait alors se doter d'un véritable arbitre constitutionnel fédéral : un « tribunal constitutionnel³⁹⁸. » (Québec, 1968 : 47) Enfin, plusieurs des droits que l'on pourrait trouver dans une charte canadienne relèvent de la compétence provinciale en matière de droits civils et de propriété ; le gouvernement du Québec affirmait ne pas vouloir « abandonner cette compétence. » (Québec, 1968 : 47)

À cette vision basée sur les droits provinciaux et le pluralisme national, énoncée par le premier ministre Johnson, le ministre Trudeau répondit par la conception nationaliste constitutionnelle, axée sur l'unité nationale canadienne et la primauté des droits

³⁹⁸ C'est-à-dire un tribunal véritablement impartial, qui serait indépendant face aux deux ordres de gouvernement, participant tous deux à la nomination des juges, qui seraient également issus des deux communautés linguistiques et ne proviendraient pas uniquement de la profession juridique (Morin, 1965). Un tel tribunal devrait être créé par une disposition constitutionnelle, non pas par une loi du Parlement central, être spécialisé uniquement sur les questions constitutionnelles et avoir deux Chambres : une compétente pour juger les causes de Common Law et une autre pour les affaires de droit civil (Morin, 1965). Le fonctionnement du tribunal constitutionnel de la fédération allemande est souvent cité au Québec comme un exemple d'un tel tribunal (Morin, 1965).

individuels, notamment les droits linguistiques des anglophones et des francophones en situation minoritaire (Secrétariat de la Conférence, 1968 ; Johnson, 1968 ; Québec, 1968). Trudeau récusait la position désormais traditionnelle du Québec, à l'effet que le rapatriement de la Constitution et l'adoption d'une formule d'amendement devaient être précédés d'un redécoupage décentralisateur de la division des pouvoirs (*cf.* Morin, 1965b). Tandis que Trudeau énonçait ce qui était désormais la position officielle du gouvernement canadien : prioriser les droits individuels et linguistiques sur le partage des compétences, car « les droits des peuples doivent précéder les droits des gouvernements. » (Secrétariat de la Conférence, 1968) Peu de temps avant la conférence constitutionnelle, le 1^{er} février 1968, le ministère de la Justice du Canada avait publié un document, *Charte canadienne des droits de l'homme*³⁹⁹, décrivant la proposition de déclaration des droits du gouvernement central (Trudeau, 1968b)

Deux visions du constitutionnalisme et du fédéralisme s'affrontèrent lors de cette conférence : la première était une vision plus classique et pluraliste, portée par Johnson, tandis que la seconde était une vision plus moderne et unitaire, défendue par Trudeau, qui proposait une refondation du régime canadien d'origine britannique sur les bases du projet nationaliste constitutionnel. Le « vieux monde » des conventions et des traditions (du pluralisme normatif) rencontrait et commençait à céder le pas au « nouveau monde » du formalisme et du rationalisme (de l'uniformité normative) (*cf.* Tully, 1999b). Si le « nouveau monde » reconnaissait certes la diversité culturelle non nationale (le multiculturalisme), par contre il rejetait aux oubliettes de l'histoire la diversité nationale (le plurinationalisme).

L'importance de ce tournant ne doit pas être sous-estimée. Pour la première fois, depuis le début du projet de rapatriement faisant suite à la *Déclaration de Balfour de 1926*, le gouvernement du Canada adoptait comme politique officielle une vision nationaliste et constitutionnelle unitaire, en rupture avec les conventions et normes qui prévalaient

³⁹⁹ Le mémoire du Québec fut très critique à l'endroit de ce document (Québec, 1968 : 47-48).

jusqu'alors. En effet, de King à Pearson, en passant par Bennett et Diefenbaker, tous les premiers ministres canadiens ainsi que leurs ministres de la Justice, ont défendu les principes de la souveraineté pleine et entière des législatures, du consentement provincial en matière d'amendement affectant les pouvoirs des législatures, de la suprématie parlementaire ainsi que de la protection parlementaire et coutumière des libertés. Pearson avait annoncé sa retraite avant la conférence constitutionnelle de 1968, tandis que Trudeau et son état-major furent les principaux architectes de la position et de la stratégie du gouvernement en matière constitutionnelle.

Lors de la conférence constitutionnelle de 1968, la performance de Trudeau le plaça dans une position favorable durant la course à la chefferie libérale, pour remplacer Pearson. Le Rapport du *Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada* (1972) et le Livre blanc sur le renouvellement de la constitution canadienne, *Le temps d'agir* (1978), confirmèrent que la logique des « droits universels de l'homme » et du centralisme était bien implantée au sein du champ étatique, n'attendant qu'un contexte favorable pour s'inscrire pleinement dans les pratiques. La dissidence du député libéral Pierre de Bané et du sénateur progressiste-conservateur Martial Asselin, passée sous silence dans le Rapport du Comité spécial mixte⁴⁰⁰, tout comme le Rapport de la *Commission de l'unité canadienne* (Rapport Pepin-Robart) – resté lettre morte –, ne furent que des *hiatus* dans l'histoire constitutionnelle des années 1970, inhospitalière au dualisme et au régionalisme. Durant ces années, les rapports de force favorisaient sans conteste les tendances unitaires du nationalisme constitutionnel et ses tenants.

L'échec référendaire de 1980 offrit un contexte favorable, qui mit l'un des champions du dualisme et du régionalisme, le Québec, en position de faiblesse. L'échec référendaire de 1980 – avec 59,56 % des citoyens se prononçant contre la souveraineté – affaiblit profondément la position du Québec dans ses rapports de pouvoir avec

⁴⁰⁰ Pierre de Bané et Martial Asselin ont écrit un rapport minoritaire qui n'a pas été reconnu officiellement par la Chambre des communes, dans lequel il critiquait le fait que le rapport officiel taisait le fait que le Québec était une société distincte, ne proposait pas de reconnaissance constitutionnelle de cette distinction ni de partage asymétrique des pouvoirs pour en rendre compte (Gagnon, 2017 : 120).

Ottawa. L'étendue des forces réelles du gouvernement du Québec était connue et le gouvernement Trudeau put exploiter à son avantage cette situation, pour parachever le projet nationaliste constitutionnel canadien. La célérité avec laquelle il voulut procéder se comprend par sa volonté de tirer avantage du rapport de force qui lui était favorable et du soutien public massif⁴⁰¹ en faveur de l'inclusion d'une charte constitutionnelle des droits. Le gouvernement jouissait aussi de l'appui des néodémocrates d'Ed Broadbent, et ce, même s'il fallait agir de manière unilatérale (Rémillard, 1984 : 73).

Le premier ministre Trudeau, cohérent avec le nationalisme constitutionnel, réitéra l'idée, déjà annoncée dans le projet de loi C-60 en 1978, de recourir au peuple canadien dans un référendum pancanadien pour briser l'impasse constitutionnelle (Rémillard, 1984 : 75). Après l'échec prévisible de la conférence constitutionnelle de septembre 1980⁴⁰², le gouvernement libéral annonça vouloir procéder seul au rapatriement ; en continuité avec la stratégie esquissée par les mandarins Michal Kirby et Michael Pitfield et avec les propos que tenait Trudeau depuis 1976⁴⁰³.

Le 6 octobre, le gouvernement présenta à la Chambre une motion visant à créer un *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution* du

⁴⁰¹ Dans un sondage de juillet 1980, après que le gouvernement Trudeau eut fait connaître ses premières propositions de réforme constitutionnelle, 88,1 % des répondants étaient en faveur de l'inclusion des droits linguistiques dans la Constitution et 97,6 % soutenaient la constitutionnalisation des droits fondamentaux (Gallup Canada, 1980). Dans un autre sondage, en avril 1981, 80 % des répondants soutenaient l'enchâssement d'une charte des droits dans la Constitution rapatriée, même si cette mesure générerait une forte opposition de la part des gouvernements provinciaux (Gallup Canada, 1981).

⁴⁰² Suite à la fuite médiatique du mémorandum de l'équipe de Michael Kirby, peu de temps avant que ne commence la conférence constitutionnelle de septembre 1980. Le mémorandum énonçait la stratégie gouvernementale de vouloir présenter les gouvernements provinciaux comme étant opposés aux droits et, prédisant ou souhaitant l'échec de la conférence, il proposait d'attendre la fin de la conférence pour annoncer vouloir agir de façon unilatérale face à l'inflexibilité de ces derniers. Enfin, le mémorandum arguait que le gouvernement central pouvait agir de la sorte en toute légalité (voir chapitre 6).

⁴⁰³ Rafferme par le soutien d'une majorité parlementaire après les élections de mars 1974, Trudeau relança le processus constitutionnel en avril 1975, avant de rencontrer une autre fin de non-recevoir, le 5 mars 1976, lors d'une rencontre privée avec le premier ministre Bourassa, qui s'opposait au rapatriement, sans régler en premier lieu la question des demandes traditionnelles du Québec (Bergeron, 1980 : 30-31). Suite à cet échec, Trudeau affirma devant l'aile libérale québécoise, que « [c]'est non seulement possible, mais peut-être même souhaitable d'agir unilatéralement. Après 110 ans d'attente, si les Canadiens n'ont pas encore une constitution à eux, il faudra bien que quelqu'un prenne son courage à deux mains et aille la chercher. » (Citation tirée de Bissonnette et Lesage, 1976)

Canada, afin d'étudier la proposition d'amendement⁴⁰⁴ et de publier un rapport avant le 9 décembre 1980, pour que la demande de modification soit rapidement envoyée à Londres. Ce Comité était coprésidé par un proche de Trudeau, le sénateur Serge Joyal. Par la bouche du député Douglas Grinslade Lewis, le PPCC condamna l'approche du gouvernement par une motion, battue aux voix, dans laquelle il était affirmé que « l'Acte de l'Amérique du Nord britannique est un contrat entre les Canadiens, représentés par leurs législatures fédéral et provinciales » et que « [l]e Canada propose maintenant de modifier les conditions de ce contrat par une action unilatérale sans consulter les signataires de ce contrat [...]. » (Canada, 1980b : 3263, traduction libre)

Lors de la présentation de la motion, le ministre de la Justice, Chrétien, déplora qu'après trois mois de négociation et des concessions en matière de compétences, son gouvernement n'eût pas réussi à faire reconnaître aux gouvernements provinciaux certains principes fondamentaux. D'abord, que le Canada était constitué d'« une seule citoyenneté et non pas [de] dix citoyennetés provinciales. » Ensuite, que les citoyens devaient jouir de la liberté de circulation, que leurs droits fondamentaux et linguistiques devaient être uniformément garantis et que l'égalité des chances devait être établie partout au pays (Canada, 1980c : 3282-3283, traduction libre). Selon Chrétien, si chaque législature provinciale devait être responsable de la protection des libertés sur leur territoire, « il n'y aurait pas de droits et de libertés communs à tous les Canadiens. » (Canada, 1980c : 3285, traduction libre)

Chrétien affirma inscrire l'action de son gouvernement « dans la poursuite du travail de deux grands Canadiens de l'Ouest, John Diefenbaker et Tommy Douglas. » (Canada, 1980c : 3284, traduction libre) Reprenant un argument développé d'abord par Woodsworth en 1935, Chrétien expliqua que l'échec des négociations découlait de l'attitude des gouvernements provinciaux, qui « ont tenté de négocier les droits des Canadiens contre un accroissement des pouvoirs des provinces. Nous étions prêts à

⁴⁰⁴ Le *Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada*, portant sur le rapatriement, une charte des droits et une formule d'amendement.

« négocier les pouvoirs des gouvernements, mais nous ne voulions pas négocier les droits des peuples contre des pouvoirs pour les gouvernements. » (Canada, 1980c : 3282, traduction libre) Chrétien mobilisa aussi un argument – déjà évoqué par Forsey, Lower et Scott – à l’effet que la charte des droits ne modifiait pas l’équilibre fédéral des pouvoirs (Canada, 1980c : 3283). Le gouvernement Trudeau était donc prêt à céder sur des considérations secondaires (pouvoirs accrus sur les ressources naturelles et le droit de la famille) pour préserver l’essentiel de son projet d’édification nationale : la modification des métanormes du régime canadien, de façon à renforcer le Centre.

Les travaux du *Comité mixte spécial* s’étirèrent finalement du 6 novembre 1980 au 9 février 1981 et il fut le premier comité télévisé de l’histoire canadienne, contribuant à accroître le soutien populaire au projet de réforme constitutionnelle (Dodek, 2018 ; Hogg et Wang, 2017 : 3, 9 ; Romanow, Whyte et Leeson, 2007 : 121). Pour la première fois de l’histoire canadienne, marquée par les compromis entre élites derrière des portes closes, le Comité invitait les Canadiens à prendre part aux débats constitutionnels (Dodek, 2018). Ces derniers participèrent ainsi à la nouvelle *Loi constitutionnelle* – qui émergea des travaux du Comité et du compromis final de novembre 1981 –, qui leur donnait un intérêt crucial au jeu constitutionnel : ils devenaient des acteurs constitutionnels auxquels l’on garantissait la jouissance des droits fondamentaux et linguistiques (*cf.* Cairns, 1992). Il était dans l’ordre des choses que le peuple canadien, institué par la nouvelle loi fondamentale, ait une part dans le jeu constitutionnel, qui le concernait désormais au premier chef. En ce sens, les appels répétés du premier ministre Trudeau, de recourir à la procédure référendaire pour valider son projet, était au diapason de cette perspective patriotique et constitutionnelle.

Au final, le Comité reçut des mémoires et des lettres de 914 personnes et 294 organisations, et entendit le témoignage de 104 individus et groupes, dont plusieurs approuvèrent le projet de charte des droits et proposèrent de lui apporter de nombreux amendements pour en étendre la portée (Hogg et Wang, 2017 : 3-9 ; Romanow, Whyte et Leeson, 2007 : 248). Dans son rapport du 13 février 1981, sans surprise, le Comité

soutint le projet du gouvernement : « Votre Comité recommande que le gouvernement propose pour adoption, au Sénat et à la Chambre des communes, une résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada. [...] » Le Comité recommanda aussi que cette résolution, dans sa forme « modifiée et approuvée », soit ensuite « présentée à Sa Majesté la Reine. » (Canada, 1981a : 6)

L'opposition continue d'une majorité de gouvernements provinciaux – au Canada, devant les tribunaux et auprès des parlementaires britanniques – et les réticences du gouvernement conservateur de Margaret Thatcher de soumettre ladite résolution au Parlement de Westminster sans un appui plus conséquent, forcèrent la main du gouvernement Trudeau, qui soumit son projet pour avis à la Cour suprême du Canada.

Lorsque Trudeau nomma l'un de ses mentors, le juriste réformateur et diplômé en droit de l'Université d'Harvard Bora Laskin, juge à la Cour suprême du Canada (1970), puis l'éleva rapidement à la position de juge en chef (1973) devant les autres juges seniors, cela illustre l'intégration grandissante de la logique du nationalisme constitutionnel au cœur du champ juridique et de son institution centrale. Parmi les indices de cette métamorphose d'un tribunal traditionnellement conservateur, on note (i) la remise en compte de la règle séculaire du *stare decisis*, afin d'émanciper la Cour de la jurisprudence plus décentralisatrice du Comité judiciaire – ; (ii) le fait que la Cour canadienne s'inspirait de plusieurs jugements importants de la Cour suprême des États-Unis, justifiant une conception plus flexible du droit constitutionnel, qui doit répondre aux besoins de la société – ; (iii) la légitimation d'un rôle plus grand pour le pouvoir central en situation de crise.

Trudeau avait nommé sept des neuf juges de la Cour suprême du Canada qui entendirent le *Renvoi relatif à une Résolution pour modifier la Constitution* (1981), avec un regard constitutionnel moderne. C'est-à-dire que la majorité du banc fit jouer l'infériorité juridique de la convention – élément pourtant essentiel du régime canadien d'héritage britannique – face au droit écrit, qui n'interdisait ni ne permettait explicitement l'amendement unilatéral de la Constitution.

Seuls les deux juges nommés par Diefenbaker, Martland et Ritchie, rejetèrent comme étant illégale et anticonstitutionnelle la proposition du gouvernement libéral. Leur avis s'appuyait sur le principe fédéral et la convention constitutionnelle requérant l'approbation unanime des deux ordres de gouvernement, pour les modifications les affectant également. Pour les deux juges, la convention n'était pas une règle de droit inférieure, car ce principe « a été adopté et intégré dans le mécanisme de la procédure de résolution [à envoyer à Londres pour toutes modifications]. » (*Renvoi relatif à une Résolution pour modifier la Constitution*, 1981) Pour eux, « l'accession du Canada à la souveraineté » ne changeait rien au fait que « le Parlement fédéral n'a ni le pouvoir législatif d'adopter pareille résolution ni celui de mettre en œuvre une mesure contraire à l'A.A.N.B. Pareille action va à l'encontre d'une convention établie et constitue l'exercice d'un pouvoir inexistant. » (*Renvoi relatif à une Résolution pour modifier la Constitution*, 1981) Comme pour la dissidence de Pierre de Bané et de Martial Asselin en 1972 ou le Rapport Pepin-Robarts en 1979, l'avis des deux juges fut aussi un *hiatus* dans l'avancée du projet nationaliste constitutionnel au sein des champs sociaux de pouvoir. Ils défendaient des principes qui n'avaient plus crédit au sein des champs juridique et étatique canadiens dominés par la logique nationaliste constitutionnelle.

La *Loi constitutionnelle de 1982* et la Charte canadienne entrèrent en vigueur le 17 avril 1982, après la proclamation signée conjointement par la Reine du Canada, Elizabeth II, et par le premier ministre Trudeau. Cet événement créa un « Canada de la rencontre [délibérée] des ethnies, de la liberté des personnes et du partage économique », et compléta « son accession à la pleine souveraineté. » (Trudeau, 1982)

10. Discours de pouvoir et projet émancipatoire

La Loi de 1982 aurait ainsi, selon la narration majoritaire, concrétisé le projet d'indépendance du Canada et de réalisation d'une société juste. Ce projet

émancipatoire était toutefois doublé d'un discours de pouvoir, affirmant l'unité de la nation et de ses normes, renforçant la place de l'État central dans l'équilibre des pouvoirs au Canada, tout en donnant la primauté à la liberté individuelle, inscrite formellement dans la Constitution, au détriment des droits collectifs et socioéconomiques, qui en étaient absents.

Comment le projet séculaire nationaliste constitutionnel – qui prenait sa source dans le constitutionnalisme moderne et le socialisme protestant – pouvait-il accoucher d'un discours de pouvoir ayant renforcé la domination de classe et nationale au Canada ? Ces rapports de domination découlaient-ils d'un projet délibéré, d'une quête de puissance, comme le suggèrent les deux critiques, libérale nationaliste et marxiste ?

En fait, la « politique des droits de l'homme » au Canada relève d'une logique inextricablement émancipatrice et dominatrice : elle est discours et pratique de pouvoir (ou impérialisme culturel) face aux gouvernements provinciaux et aux nations minoritaires ; elle est discours et pratique libertaires dans la relation des individus et des minorités non nationales avec l'État. L'apport de cette thèse consiste notamment à articuler conjointement ces deux dimensions de la révolution des droits au Canada, moyennant une approche novatrice de sociologie historique et politique inspirée des travaux du sociologue Pierre Bourdieu sur la constitution de l'État moderne, notamment dans ses cours au Collège de France rassemblés dans *Sur l'État* (2012).

L'approche conflictuelle, dynamique, historique et relationnelle de Pierre Bourdieu permet bien d'éclairer l'action sociale, en tant que le résultat contingent des luttes et des prises de position entre acteurs au sein des champs sociaux. C'est-à-dire que les intentions des acteurs ne se matérialisent pas telles qu'ils l'entrevoient, puisque des forces contraires ont modifié leur projet et que celui-ci a produit des fruits imprévus.

Par exemple, l'incorporation dans la Charte canadienne d'une clause dérogatoire permettait d'aller chercher l'appui des gouvernements provinciaux anglophones.

Toutefois, par la même occasion, l'on conservait un espace constitutionnel pour la suprématie parlementaire, alors que les assemblées législatives au Canada pouvaient, théoriquement, se soustraire à l'application du contrôle judiciaire en matière de libertés fondamentales et de garanties juridiques... ce pourquoi le mouvement nationaliste constitutionnel réclamait justement depuis les années 1930 une charte constitutionnelle hors de portée du politique.

Autre fait contingent : la législature québécoise, qui a refusé d'adhérer au nouveau pacte constitutionnel de 1982, fut celle qui utilisa le plus souvent l'article 33 pour protéger sa législation, alors que la clause dérogatoire fut une demande *sine qua non* des États provinciaux anglophones (à l'exception du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario), pour qu'ils acquiescent au rapatriement (Romanow, Whyte et Leeson, 2007 : 207-211). De plus, dans le contexte normatif post-1982 – où la Charte canadienne et les tribunaux qui l'appliquent jouissent d'une bien plus grande confiance que les parlements et les gouvernements de la fédération –, il faut rappeler que d'invoquer la clause dérogatoire a désormais un coût sociopolitique prohibitif.

Au gré des luttes et des changements de contexte, le groupe minoritaire d'hier des juristes réformateurs, au sein des champs juridique et étatique, purent bénéficier plus tard d'un rapport de force avantageux et ainsi devenir le groupe dominant aujourd'hui, promouvant paradoxalement, à leur tour, un discours de pouvoir hégémonique, qui conforte le nouvel ordre juridico-politique.

En outre, Pierre Bourdieu soulignait que les acteurs qui ont construit le champ de l'État (souvent des juristes) ont conjugué l'appel à l'universel normatif sur un territoire et la promotion d'intérêts particuliers, et ce, sans hypocrisie ou pure volonté de puissance. Dans cet esprit, Bourdieu rappelait aussi, dans *Méditations pascaliennes* (1997), que dans l'action sociale, les acteurs prennent très rarement en compte leur propre position sociale – c'est-à-dire les normes, les valeurs, les intérêts de classe et la vision du monde qui découlent des différents milieux dans lesquels ils ont été socialisés, bref leur *habitus*. En retour, cela les amène à énoncer des propositions qui se veulent neutres et

universelles, mais qui reflètent en particulier leurs intérêts, comme membre d'une classe sociale, d'une profession, d'une nation.

Ainsi, le grand projet émancipateur nationaliste constitutionnel, dont la logique a irradié le métachamp de l'État canadien, était notamment porté par des juristes réformateurs, qui étaient tous des hommes blancs, anglophones pour la plupart, bilingues, hautement scolarisés (dans les grandes universités anglaises et américaines), issus des classes privilégiées, dotés d'une grande mobilité sociale et s'identifiant à la nation majoritaire canadienne et à l'État central. Ce groupe contribua à la concrétisation d'un nouveau régime de libertés protégeant les droits individuels face à l'État, mais qui laissa jouer les rapports de pouvoir au sein de la société civile. Les juristes réformateurs étaient donc défenseurs des libertés civiles et politiques traditionnelles, compatible avec leur idéologie libérale. Ils s'opposaient à leur extension aux droits collectifs et socioéconomiques, qui relèveraient du domaine de la lutte politique. En matière de protection des libertés, ils étaient ainsi des libéraux individualistes.

La « révolution libérale des droits de l'homme », à laquelle ils participèrent et qu'ils promurent, était donc conforme à leur propre statut, à leurs valeurs et à leur vision du monde, bref à leur *habitus*. Leur conception individualiste et anti-communautaire des droits de la personne s'inscrivait dans la longue histoire du libéralisme. Elle était aussi ancrée dans le contexte plus récent d'une économie capitaliste avancée, qui demandait une plus grande mobilité horizontale (territoriale) et verticale (sociale) des individus, ce que permet l'égalité des chances (plutôt que l'égalité des conditions) et la suppression des barrières culturelles et politiques à la circulation. Ce nouveau régime de libertés proposa une définition universelle et égalitaire de la nation canadienne qui intégrait, par la force du droit, les nations minoritaires, devant dorénavant se reconnaître dans les normes majoritaires et se concevoir comme composantes indifférenciées du Canada. Enfin, la *Loi constitutionnelle de 1982*, par son article 52, énonça la primauté de la loi fondamentale écrite sur toutes autres règles de droit, comme les conventions, pourtant essentielles au fonctionnement du parlementarisme.

La logique de 1982 opposait ainsi à la tradition et aux conventions une nouvelle vision rationnelle-légale, codifiée et formalisée.

La refonte de 1982 découle ainsi, sans conteste, de la logique du constitutionnalisme moderne, ou nationalisme constitutionnel, pour laquelle sur un territoire donné, on ne saurait trouver qu'un seul peuple, une seule culture et un seul ensemble d'institutions et de normes étatiques codifiés. Dès lors, le constitutionnalisme moderne participe de la domination rationnelle-légale et à l'impérialisme culturel, en ce sens qu'il centralise, codifie, formalise et uniformise les normes sur un territoire, et rejette les conventions et traditions, c'est-à-dire le droit non-écrit, qui permet pourtant le pluralisme culturel et normatif sur un territoire. Puisque le majoritaire est aux commandes de l'État, qu'il le reconnaisse ou non, il peut imposer les règles du jeu qui le favorise en particulier, et ce, au nom de l'universalisme de normes, valables en tout lieu et en tout temps.

Qu'il s'agisse de la France médiévale ou du Canada contemporain, la logique à l'œuvre est la même : à partir du Centre, les normes sont imposées à la périphérie par le droit, de façon à assurer une uniformité normative sur un territoire et, par conséquent, à délégitimer les pouvoirs juridico-politiques concurrents et magnifier la puissance de l'État central. Les normes en provenance du Centre doivent d'abord s'imposer dans les pratiques, devenir orthodoxie (discours officiel), puis intégrer les psychés à travers le temps et la socialisation des générations, devenir *doxa* (valeurs, normes et vision du monde « qui vont de soi », qu'on ne pense même pas à remettre en question).

La Charte est ainsi porteuse d'une vision moniste du Canada, en tant que régime fédéral centralisé, constitué d'une seule nation, dont les membres sont dotés des mêmes droits universels partout sur le territoire canadien, comme la mobilité interprovinciale ou le droit d'avoir accès à des services dans les deux langues officielles, là où le nombre le permet. Selon cette perspective, il n'y aurait pas au Canada plusieurs peuples et projets pouvoirs juridico-politiques, qui ont chacun leurs particularités et leur légitimité. La réforme de 1982 allait donc clairement à contresens des tendances régionalistes et dualistes du Canada, manifestes jusque dans les années 1970. En effet, elle réaffirmait

la primauté de l'État central pour éviter la « balkanisation » du pays, tel que l'aurait voulu l'un des « Pères fondateurs », John A. Macdonald. Cependant, et il s'agit là d'une différence notable : alors qu'en 1867 le Canada s'était constitué contre l'exemple américain, en 1982, l'influence constitutionnelle américaine était notoire.

En effet, en 1982, la rupture avec le régime canadien d'héritage britannique était multiple : (1) Le principe de la suprématie parlementaire, soit la primauté des normes législatives sur toutes les autres règles de droit, perdait sa prééminence devant celui de la suprématie constitutionnelle. (2) Le Parlement et les législatures voyaient leur rôle traditionnel de gardiens des libertés devenir largement l'apanage du judiciaire. (3) Les pouvoirs des États provinciaux, donc leur souveraineté, étaient réduits, tandis que le rôle de l'État central était magnifié, comme gardien des valeurs et normes communes. (4) Le contractualisme, le dualisme et le régionalisme cédaient du terrain devant le centralisme et le multiculturalisme. (5) La convention d'unanimité en matière de modification constitutionnelle était abolie, puis remplacée par des normes écrites et formelles. (6) Finalement, l'idéal d'un fédéralisme classique, plus hospitalier envers le pluralisme normatif et la diversité nationale, était déclassé par un fédéralisme moniste, qui ne reconnaît que le pluralisme culturel non national.

À partir d'une perspective théorique bourdieusienne, l'on peut donc observer de quelle manière la Charte canadienne est à la fois un instrument d'émancipation – comme le voulaient les juristes réformateurs au sein du mouvement nationaliste constitutionnel – et de domination économique et nationale – comme l'ont analysé plusieurs intellectuels comme Michael Mandel et Alain-G. Gagnon. La forme de domination qui résulte de 1982 ne découle donc pas de la seule recherche de puissance de la part de ses promoteurs : elle est plutôt le produit contingent de l'action sociale. L'émancipation que permet la Charte est périphérique, car elle ne modifie pas et légitime même les rapports de dominations de classe et nationaux. La révolution libérale des droits de 1982 correspond ainsi à l'*habitus* des juristes réformateurs et à leur position dans l'espace social. Elle est synchronique de la contre-révolution libérale, mais n'en est pas

l'antithèse, puisque le régime capitaliste avancé exige une main-d'œuvre mobile et flexible et l'absence de frontière culturelle et normative à la circulation des individus, des capitaux et des biens. Les droits individuels et l'empire commercial canadien sont les deux aspects d'un même visage. Le Canada d'aujourd'hui conjugue un discours d'émancipation universelle et d'ouverture à la diversité non nationale, avec un empire commercial et extractiviste, contribuant notamment à accroître les inégalités.

11. Au-delà de l'impérialisme culturel ?

Le groupe majoritaire au Canada poursuit, encore aujourd'hui, son entreprise d'édification nationale. Cette entreprise est d'ailleurs occultée par le fait que le groupe majoritaire ne se perçoit ni comme majoritaire ni comme nation culturelle. Il en appelle plutôt à une appartenance et à une fierté communes envers une grande nation politique – à un patriotisme vu comme étant opposé au nationalisme –, qui inclut, par la force du langage et par les normes constitutionnelles, les nations minoritaires. Le nationalisme majoritaire rencontre ici la domination légale rationnelle.

Or, cette division entre culture et politique est d'ailleurs un mécanisme de domination majoritaire subtil, car occulté et inconscient. En prônant l'égalité procédurale dans un État culturellement neutre, on laisse effectivement jouer les rapports de pouvoir entre les groupes culturels. On occulte aussi le fait que le fonctionnement de l'État, même quand il se dit impartial et aspire à incarner des normes « universelles », est traversé de part en part par la culture et les normes de la majorité qui ne se nomme pas (la langue privilégiée dans l'administration, les commémorations nationales, les manuels d'histoire, l'hymne national chanté en classe, les valeurs mises en avant par le discours officiel, etc.). L'État sert ainsi les intérêts particuliers et renforce la culture du groupe majoritaire. Comme l'analysèrent Bourdieu et Wacquant, « [l']impérialisme culturel

repose sur le pouvoir d'universaliser les particularismes liés à une tradition historique singulière en les faisant méconnaître comme tels. » (Bourdieu et Wacquant, 1998 : 109)

En ce sens, tournée vers l'avenir, la nation majoritaire poursuit le travail du mouvement nationaliste constitutionnel dans la bonne conscience que lui donne le sentiment de participer à la justice universelle sur le territoire canadien. Ce faisant, elle a oublié l'histoire et n'est plus en mesure de comprendre le langage du fédéralisme, du dualisme, du régionalisme et du multinationalisme.

Jean Laponce écrit à ce sujet que « [l]e Canada n'est pas une... mais deux fédérations : une fédération de dix provinces d'un côté... une fédération de trois nations d'un autre côté... et les deux côtés ne se rencontrent pas. » (Laponce, 2004 : 203, traduction libre) L'on peut complexifier cette affirmation en disant que les composantes normatives du métachamp de l'État au Canada sont le bilinguisme (avec forte prépondérance de l'anglais), le multiculturalisme (le pluralisme culturel non national), le centralisme, l'universalisme des droits individuels, le constitutionnalisme moderne (d'inspiration américaine) et un providentialisme modéré. Ces composantes s'opposent terme à terme avec ceux, prévalant encore au début des années 1960, du contractualisme, du dualisme, du pluralisme national, du constitutionnalisme britannique et du régionalisme.

Les deux mondes du Canada d'hier et de celui d'aujourd'hui – qui semble avoir adopté une perspective anhistorique et joviale de l'histoire canadienne – ne peuvent plus se rencontrer et se comprendre : la coupure avec le passé apparaît comme étant radicale, sans possibilité de retour⁴⁰⁵. Par exemple, lorsque le Québec contemporain fait bande à part, évoque une histoire d'injustice envers les francophones, cherche à préserver ses

⁴⁰⁵ Eric Adams nota aussi que, malgré les changements positifs apportés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, le nouveau droit constitutionnel post-1982 avait aussi son lot d'effets pervers (Adams, 2009 : 262-263). Selon lui, « le discours désormais dominant sur les droits a érodé notre foi dans la politique et a sans doute émoussé les visions communautaires de l'État. » (Adams, 2009 : 262, traduction libre) En outre, il souligna qu'« une autre conséquence de cette logique a été l'abandon progressif de l'histoire constitutionnelle. » (Adams, 2009 : 262, traduction libre)

compétences, réclame un traitement différencié, mais équivalent ou veut rouvrir le débat pour tenter de régler la crise constitutionnelle, latente depuis 1981-1982⁴⁰⁶, il a comme réponse, au mieux, le silence ou une fin de non-recevoir. Au pire, il est décrit publiquement comme le membre rétrograde et capricieux de la fédération, dont la loyauté est douteuse, et qui menace potentiellement l'unité nationale⁴⁰⁷.

Ce contexte normatif laisse deux possibilités pour la suite des choses : la disparition, à terme, des nations minoritaires, qui en viennent à se fondre dans un creuset supranational (qui n'est pas sans noblesse et générosité à l'égard des individus qui le composent), ou l'accession à une autonomie gouvernementale forte, pouvant aller jusqu'à la création d'une confédération triple, unissant la nation canadienne, la nation québécoise et les peuples autochtones, comme le proposait Guy Laforest, en 1998, dans *Se placer dans les souliers des autres partenaires de la fédération*. L'avenir du Canada pourrait ainsi passer par la confédération, permettant de concilier la volonté des partenaires de vivre à la fois ensemble et séparé, et de réparer plusieurs injustices du passé (LaSelva, 1996 ; Sanschagrin, 2017).

Toutefois, cette proposition, *a priori* satisfaisante pour tous les partenaires, attaque de front l'idée que le groupe majoritaire se fait de l'unité canadienne et va à l'encontre des normes du constitutionnalisme moderne, tel qu'il s'est incarné au sein des champs juridique et étatique canadiens en 1982. Les tendances culturelles impérialistes du constitutionnalisme moderne et des « droits universels de l'homme » constituent de formidables remparts sur le chemin de toute redéfinition du Canada, pour tenir compte du pluralisme national. Reste à savoir si le groupe majoritaire et ses représentants sauront voir leur intérêt ou trouveront un moyen de réconcilier le pluralisme national avec le multiculturalisme (la diversité non nationale) et les droits individuels. Rien

⁴⁰⁶ Si le soutien à l'indépendance du Québec recule depuis 1995, il reste tout de même élevé en l'absence de tout débat sur la question du statut constitutionnel du Québec. De plus, plus des deux tiers des Québécois-e-s se disent insatisfaits du *statu quo* constitutionnel. Enfin, une forte majorité de citoyens du Québec se disent Québécois d'abord, lorsque interrogés sur leur identité (*cf.* Sanschagrin, 2017).

⁴⁰⁷ Le débat récurrent sur la péréquation canadienne est une bonne illustration de cette dynamique.

n'est moins sûr, car « le nationalisme pancanadien, qui suit son évolution centralisatrice, ne peut accommoder les revendications du Québec sans miner sa propre existence. » (Sanschagrin, 2017 : 103) Ce besoin identitaire est une constante de l'histoire canadienne. Dès la Confédération, s'est fait ressentir le besoin existentiel de contrer les tendances assimilationnistes du puissant voisin étatsuniens, de se définir en propre face aux Empires britannique et américain, de se distinguer d'eux par la hauteur morale (Bouchard, 2019 : 174, 186). Ce besoin de distinction morale a trouvé une réponse dans le patriotisme constitutionnel de 1982, dont la logique universaliste, intégrationniste est intransigeante face à la diversité nationale. Recoupant le propos de Bhikhu Parekh (1994) sur les tendances impériales du nationalisme libéral, Léon Dion voyait bien que le projet nationaliste canadien, s'il pouvait reconnaître les différences culturelles et régionales, « n'admet[tait] la diversité que pour autant qu'elle se fonde dans une même politique. » (Dion, 1995 : 21)

Le métachamp de l'État canadien ne changera pas de l'intérieur, car il n'y a présentement pas de contre-discours politique d'envergure au Canada anglais, qui serait en mesure de modifier l'équilibre des forces favorisant le nationalisme constitutionnel, tel qu'il s'est institutionnalisé en 1982. Les mouvements d'opposition qui peuvent potentiellement infléchir cette tendance unitaire lourde, s'ils émergent, proviendront donc de l'extérieur des champs juridique et étatique canadiens.

Lors de sa participation à la *Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, suite à l'échec de l'Accord du lac Meech, Léon Dion énonça avec une franchise brutale que l'on ne peut négocier avec le Canada anglais qu'en lui tenant un « couteau à la gorge », c'est-à-dire en créant un nouveau rapport de force (Dion, 1995). Ce nouveau rapport de force pourrait se développer à partir des secteurs du champ politique canadien, où l'on trouve les mouvements nationalistes minoritaires, autochtones et québécois. Le mouvement nationaliste québécois, qui peine à se renouveler et qui est sur la défensive depuis l'échec référendaire de 1995, pourrait être relancé par une nouvelle *Révolution tranquille*, à la fois pluraliste et progressiste.

Les mouvements politiques autochtones, très mobilisés et novateurs, jouissent quant à eux d'une réelle sympathie publique et peuvent tirer avantage de la politique canadienne de la « Réconciliation »⁴⁰⁸. Ce contexte est favorable à leurs revendications. Toutefois, si leurs demandes sont en partie compatibles avec l'imaginaire national pluraliste du Canada contemporain, cela est valable tant qu'ils ne remettent pas en question les deux blocs de l'économie extractiviste et de l'unité canadienne, en et acceptant une autonomie fort limitée, déléguée et non-souveraine.

Ces deux courants nationaux minoritaires pourraient d'ailleurs voir leur intérêt réciproque à unir leurs revendications et à renouer une vieille alliance.

⁴⁰⁸ Le discours officiel de la « Réconciliation » se mit en place au sein du gouvernement central, notamment dans la foulée du dépôt des rapports de la *Commission royale sur les peuples autochtones* (1996) et de la *Commission de vérité et réconciliation du Canada* (2015) (Sterritt, 2020).

BIBLIOGRAPHIE

1. Jurisprudence

1.1. Alberta Queen Bench

National Citizens' Coalition Inc. c. Attorney General of Canada (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249.

1.2. Comité judiciaire du Conseil privé

Russell v. The Queen, [1882] UKPC 33, [1882] 7 AC 829.

Hodge v. The Queen, [1883] UKPC 59, [1883] 9 AC 117.

Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. The Receiver General of New Brunswick, [1892] UKPC 34, [1892] AC 437.

The Collector of Voter for the Electoral District of Vancouver City and the Attorney General for the Province of British Columbia v Tomey Homma and the Attorney General for the Dominions of Canada (British Columbia), [1902] UKPC 60, 1903, A.C. 151.

The Attorney General for the Dominion of Canada v. Everett E. Cain and James Raymond Gilhula (Ontario), [1906] UKPC 55, [1906] AC 542.

Fort Frances Pulp and Power Co v. Manitoba Free Press Co, [1923] UKPC 64, [1923] AC 695.

The Toronto Electric Commissioners v. Colin G. Snider and others, [1925] UKPC 2, [1925] AC 396.

The Attorney General of Canada v. The Attorney General of British Columbia and others, [1929] UKPC 80, [1930] AC 111 (*Reference as to constitutional validity of certain sections of The Fisheries Act, 1914*).

Edwards v. The Attorney General of Canada, [1929] UKPC 86, [1930] AC 124.

The Attorney General of Canada v. The Attorney General of Ontario and others v. The Attorney General of Canada (Control of Aeronautics), [1931] UKPC 9, [1932] AC 54.

The Attorney General of Quebec v. The Attorney General of Canada and others (Control of Radio Communication), [1932] UKPC 7, [1932] A.C. 304.

The Attorney General of Canada v. The Attorney General of Ontario and others, [1937] UKPC 6, [1937] AC 326 (*The Weekly Rest in Industrial Undertaking Act ; The Minimum Wages Act ; The Limitation of Hours of Work Act*).

The Attorney General of Canada v. The Attorney General of Ontario and others, [1937] UKPC 7 (*Employment and Social Insurance Act*).

The Attorney General of British Columbia v. The Attorney General of Canada and others, [1937] UKPC 8 (*An Act to Amend the Criminal Code*)

The Attorney General of British Columbia v. The Attorney General of Canada and others, [1937] UKPC 9 (*The Natural Products Marketing Act*).

The Attorney General of British Columbia v. The Attorney General of Canada and others, [1937] UKPC 10 (*The Farmers' Creditors Arrangement Act*).

The Attorney General of Ontario v. The Attorney General of Canada and others, [1937] UKPC 11 (*The Dominion Trade and Industry Commission Act*).

The Co-operative Committee on Japanese Canadians and another (Appeal No. 46 of 1946) v. The Attorney-General of Canada and another (Canada), [1946] UKPC 48, [1947] AC 87.

The Attorney General of Ontario v. The Attorney General of Canada and The Attorney General of Quebec, [1947] UKPC 1, [1947] AC 127.

1.3. Cour suprême des États-Unis

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

McCulloch v. State of Maryland, 17 U.S. (4 Wheaton's) 316 (1819).

Johnson v. Southern Pacific Co., 196 U.S. 1 (1904).

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908).

Gompers v. United States, 233 U.S. 604 (1914).

State of Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

United States v. U.S. District Court, 407 U.S. 297 (1972).

Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

1.4. Cour suprême du Canada

Lenoir c. Ritchie, [1879] 3 R.C.S. 575.

Mercer c. Procureur general de l'Ontario, [1881] 5 R.C.S. 538.

Smith c. Le Procureur général de l'Ontario, [1924] R.C.S. 331.

Reference in re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour, [1925] S.C.R. 505.

Reference re meaning of the word « Persons » in s. 24 of British North America Act, [1928] R.C.S. 276.

Reference Re Alberta Statutes – The Bank Taxation Act ; The Credit of Alberta Regulation Act ; and the Accurate News and Information Act, [1938] SCR 100 (*Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*).

- Reference re The Power of the Governor General in Council to Disallow Provincial Legislation and the Power of Reservation of a Lieutenant-Governor of a Province*, [1938] S.C.R. 71.
- Reference as to the Legislative Competence of the Parliament of Canada to Enact Bill No. 9 of the Fourth Session, Eighteenth Parliament of Canada, Entitled « An Act to Amend the Supreme Court Act »*, [1940] R.C.S. 49.
- Reference to the Validity of Orders in Council in relation to Persons of Japanese Race*, [1946] SCR 248.
- Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre*, [1950] R.C.S. 124.
- Boucher c. le Roi*, [1951] R.C.S. 265.
- Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299.
- Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834.
- Switzman c. Elbling et P.G. du Québec*, [1957] R.C.S. 285.
- Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.
- Brodie c. La Reine*, [1962] R.C.S. 681.
- La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.
- La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.
- Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138.
- Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200.
- Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.
- McNamara Construction et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654.
- Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662.
- Reference re Agricultural Products Marketing*, [1978] 2 R.C.S. 1198.
- A.V.G. Management Science Ltd. c. Barwell Developments Ltd. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 43.
- Procureur Général du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016.
- Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.
- Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.
- Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 466.
- Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.
- Ministre de la Justice (Can.) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.
- Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714.
- Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.
- Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.
- Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.
- R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.
- R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613.
- Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455.
- Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.
Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO, [1987] 2 R.C.S. 2.
R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.
Devine c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 790.
Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712.
Tremblay c. Daigle, [1989] 2 R.C.S. 530.
Mahe c. Alberta, [1990] 1 R.C.S. 342.
R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075.
Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Saskatchewan), [1991] 2 R.C.S. 158.
Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679.
Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679.
R. c. Morgentaler, [1993] 3 R.C.S. 463.
RJR-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1994] 1 R.C.S. 311.
Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513.
Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493.
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27.
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877.
Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, 265.
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard, [2000] 1 R.C.S. 3.
Gosselin c. Québec (Procureur général), [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84.
Sauvé c. Canada (Directeur général des élections), [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68.
Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79.
Chaoulli c. Québec (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35.
Canada (Justice) c. Khadr, [2008] 2 R.C.S. 125, 2008 CSC 28.
Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650.
Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique, [2014] CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256.
Renvoi relatif à la réforme du Sénat, [2014] CSC 32.
Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245.
Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation), 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139.
R. c. Jordan, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631.

1.5. Court of King's Bench

Millar v. Taylor, [1769] 4 Burr. 2303, 98 ER 201. En ligne : <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1769/44.pdf>.

2. Documents officiels divers

- Allemagne. 1919. *Constitution de Weimar*. Université de Perpignan : Digithèque de matériaux juridiques et politique. En ligne : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/de1919.htm#11>.
- Angleterre. 1215. *La Grande Charte des Libertés. Magna Carta*. Perpignan : Digithèque de matériaux juridiques et politiques. En ligne : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1215.htm>.
- British Columbia. n.d. *Discriminatory Legislation in British Columbia, 1872-1948*. Victoria : Government of British Columbia. En ligne : https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/british-columbians-our-governments/our-history/historic-places/documents/heritage/chinese-legacy/discriminatory_legislation_in_bc_1872_1948.pdf.
- Browne, Gerald Peter. 1980. « Sur l'insertion d'une déclaration des droits ». *Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution*, Ottawa, 8 au 12 septembre.
- Cour suprême du Canada. 2000. *La Cour suprême du Canada et ses juges, 1875-2000*. Ottawa : Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 222 p.
- Douglas, Thomas Clement. 1959. *Letter from T. C. Douglas to J. G. Diefenbaker, January 19th*. Regina : Premier's Office, 5 p. En ligne : https://diefenbaker.usask.ca/documents/the-canadian-bill-of-rights/douglas_letter_and_amendment.pdf.
- Encyclopaedia Britannica. 2019. « Text of the Declaration of Independence ». *Encyclopædia Britannica*. En ligne : <https://www.britannica.com/topic/Declaration-of-Independence/Text-of-the-Declaration-of-Independence>.
- France. Assemblée constituante. 1789. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1793*. En ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793>.
- Jefferson, Thomas. 1816. « Jefferson to H. Tompkinson (AKA Samuel Kercheval), July 12, 1816 ». *Thomas Jefferson Encyclopedia*. En ligne : <https://www.monticello.org/site/research-and-collections/quotations-jefferson-memorial>.
- Premiers' Conference. 1997. « Framework for Discussion on Canadian Unity (Calgary Declaration) ». *Premier's Meeting*, 14 septembre, McDougall Centre, Calgary.
- Secrétaire général des Nations Unies. 1949. *Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse*. New York : Publications des Nations Unies, 108 p.
- Secrétariat de la Conférence. 1968. *Délibérations*. Conférence sur la Constitution, Ottawa, 5 au 7 février. Ottawa : Imprimeur de La Reine. En ligne : <https://primarydocuments.ca/conference-constitutionnelle-deliberations-5-7-fevrier-1968/?lang=fr>.

3. Politiques et énoncés gouvernementaux

- Canada. 1969. *La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969*. Ottawa : Imprimeur de la Reine.
- Gouvernement du Canada. 1982. *Notes sur la Constitution. The Constitution and You*. Publications n° CP 45-23 Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 32 p.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1968a. *Charte canadienne des droits de l'homme*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 183 p.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1969. *La Constitution canadienne et le citoyen*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 87 p.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1978. *A Time for Action. Toward the Renewal of the Canadian Federation / Le temps d'agir. Jalons du renouvellement de la fédération canadienne*. Ottawa : gouvernement du Canada, 26 et 28 p.

4. Législations

- Canada. 1893. *Loi sur la preuve du Canada*. 56 Vict., c. 31.
- Canada. 1914. *An Act to Confer Certain Powers Upon the Governor in Council in the Event of War, Invasion, or Insurrection*. Ottawa : SC 5 George V, Chapitre 2.
- Canada. 1919c. *Loi modifiant la Loi de l'immigration, 1919*. Ottawa : Statutes of Canada 9-10 George V, Chapitre 25.
- Canada. 1927. *An Act to Confer Certain Powers Upon the Governor in Council in the Event of War, Invasion, or Insurrection*. Ottawa : RSC, Chapitre 206.
- Canada. 1939b. *Defense of Canada Regulations*. Ottawa : J. O. Patenaude, Imprimeur du Roi, 57 p.
- Canada. 1939c. *An Act respecting Official Secrets*. Ottawa : SC 3 George VI, Chapitre 49.
- Canada. 1945. *An Act to confer certain transitional powers upon the Governor in Council during the National Emergency arising out of the War*. Ottawa : SC 9-10 George V, Chapitre 25.
- Canada. 1985a. *Loi sur les mesures d'urgence*. L.R.C., Chapitre 22 (4^e suppl.).
- Québec. Parlement. 1937. *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, 1 George IV, chapitre 11.

5. Rapports et procès-verbaux

- Canada. 1919a. *Rapport de la Commission nommée en vertu de l'arrêté en conseil C.P. 670 pour s'enquérir des relations industrielles au Canada*. Ottawa : gouvernement du Canada, 30 p.
- Canada. Chambre des communes. 1935. *Comité spécial d'enquête sur l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord*. Procès-verbaux, témoignages et rapport, lundi

18 février au 18 juin. En ligne : http://parl.canadiana.ca/view/oop.com_CDC_1706_1_1/1?r=0&s=1.

- Canada. 1939a. *Report pursuant to Resolution of the Senate to the Honourable the Speaker by the Parliamentary Counsel relating to : The Enactment of the British North America Act, 1867, Any Lack of Consonance between its Terms and Judicial Construction of Them and Cognate Matters* [The O'Connor Report]. Ottawa : J. O. Patenaude, Imprimeur du Roi, 708 p.
- Canada. 1940a. *Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations. Book I, Canada : 1867-1939*. Ottawa : Privy Council Office, 261 p.
- Canada. 1940b. *Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations. Book II, Recommendations*. Ottawa : Privy Council Office, 295 p.
- Canada. 1946h. *Le rapport de la Commission royale nommée sous le régime de l'arrêté en conseil C.P. 411 du 5 février 1946 pour enquêter sur les faits intéressant et les circonstances entourant la communication, par des fonctionnaires publics et autres personnes occupant des postes de confiance, de renseignements secrets et confidentiels aux agents d'une puissance étrangère*. Ottawa : Conseil privé, 753 p.
- Canada. 1947d. *Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes enquêtant sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales*. Procès-verbaux et témoignages, fascicules n° 1-6, jeudi 5 juin au vendredi 4 juillet.
- Canada. 1948a. *Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes institué pour étudier les droits de l'homme et les libertés fondamentales*. Procès-verbaux et témoignages, fascicules n° 1-11, 23 avril au 25 juin.
- Canada. Sénat. 1950b. *Délibération du Comité spécial institué pour étudier les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, fascicules n° 1-10, 25 avril au 10 mai. En ligne : http://parl.canadiana.ca/view/oop.com_SDC_2102_2_1/1?r=0&s=1.
- Canada. 1967. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Introduction générale. Livre I, Les langues officielles*. Ottawa : Imprimeur de la Reine.
- Canada. 1972. *The Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada : Final Report*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 128 p.
- Canada. 1979a. *Rapport de la Commission de l'unité canadienne. Volume 1 : Définir pour choisir. Vocabulaire du débat*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 125 p.
- Canada. 1979b. *Rapport de la Commission de l'unité canadienne. Volume 3 : Se retrouver. Observations et recommandations*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 160 p.
- Canada. 1981a. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la constitution du Canada. Rapport au Parlement*. Fascicule n° 57, vendredi 13 février. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 100 p.
- Canada. 1985b. « Recueil des conclusions et des recommandations », dans *Rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, p. 469-550. Ottawa : Bureau du Conseil privé.

- Canada. 1996. *À l'aube d'un rapprochement. Points saillants du Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*. Ottawa : gouvernement du Canada. En ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100014597/1572547985018>.
- Chrétien, Jean. 1981. *Le rôle du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution du Canada*. Ottawa : gouvernement du Canada, 62 p.
- Favreau, Guy. 1965. *The Amendment of the Constitution of Canada*. Ottawa : Queen's Printer, 129 p.
- Commission de réforme du droit du Canada. 1986. *Les crimes contre l'État*. Document de travail n° 49. Ottawa : Commission de réforme du droit du Canada, 76 p.
- Commissariat aux langues officielles. 2010. *Au-delà des obligations. Rapport annuel 2009-2010, volume II*. Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 64 p.
- Goreham, Richard. 1992. *Les droits linguistiques et le programme de contestation judiciaire. Réalisations du programme et incidence de son abolition*. Ottawa : Commissaire aux langues officielles, 98 p.
- Inter-Imperial Relations Committee. 1926. *Report, Proceedings and Memoranda. (Balfour Declaration, 1926)*. Conférence impériale, Londres, 12 p. En ligne : https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/cth11_doc_1926.pdf.
- Manitoba. 1919. *Royal Commission to enquire into and report upon the causes and effects of the General Strike which recently existed in the City of Winnipeg for a period of six weeks, including the methods of calling and carrying on such strike*. Winnipeg : Government of Manitoba, 31 p. (*Commission royale d'enquête sur la grève générale à Winnipeg*).
- Monette, Gustave. 1944. « Report of the Committee on Civil Liberties. Presented to the Annual Meeting of the Canadian Bar Association at Toronto, August 30 1944 ». *Canadian Bar Review*, vol. 22, n° 7, p. 598-617.
- Scott, Frank R. 1969. « Opinion dissidente du commissaire F. R. Scott », dans *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Livre III, Volume 3B, Le monde du travail*, p. 621-623. Ottawa : Imprimeur de la Reine.
- Simeon, Richard et Ian Robinson. 1990. *L'État, la société et l'évolution du fédéralisme canadien*. Ottawa : Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 408 p.
- Spence, Wishart Flett. 1966. *Rapport de la Commission d'enquête sur certaines questions relatives à la dénommée Gerda Munsinger*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 108 p.
- United Kingdom. House of Commons. Foreign Affairs Committee. 1981. *British North America Acts : The Role of Parliament, Volume I : Report*. Londres : Her Majesty's Stationery Office, 87 p.
- Wernick, Michael. 2017. *Vingt-quatrième rapport annuel au premier ministre sur la fonction publique du Canada*. Ottawa : Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 44 p.

6. Débats parlementaires

- Assemblée législative de la Province du Canada. 1865. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des Provinces de l'Amérique du Nord britannique*, 3^e session, 8^e Parlement provincial du Canada. Québec : Hunter, Rose et Lemieux, Imprimeurs parlementaires, 1027 p.
- Browne, Gerald Peter. 1969. *Documents on the Confederation of British North America*. Toronto: McClelland and Stewart, 377 p.
- Canada. 1915. *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 12^e législature, 5^e session, vol. 1, 4 février-11 mars.
- Canada. 1919b. *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 13^e législature, 2^e session, vol. 4, 6-24 juin.
- Canada. 1946a. « Citoyenneté canadienne. Nationalité, naturalisation et statut des étrangers », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 2^e session, vol. 1, 9 avril, p. 698-739.
- Canada. 1946b. « Discours du Gouverneur général », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 2^e session, vol. 1, 21 mars, p. 133-154.
- Canada. 1946c. « Citoyenneté canadienne. Nationalité, naturalisation et statut des étrangers », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 2^e session, vol. 1, 2 avril, p. 512-527.
- Canada. 1946d. « Citoyenneté canadienne. Nationalité, naturalisation et statut des étrangers », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 2^e session, vol. 1, 5 avril, p. 626-642.
- Canada. 1946e. « Reprise de la séance », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 2^e session, vol. 1, 2 mai, p. 1152-1178.
- Canada. 1946f. « Reprise de la séance », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 2^e session, vol. 1, 18 mars, p. 45-60.
- Canada. 1946g. « Reprise de la séance », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 2^e session, vol. 1, 21 mars, p. 154-179.
- Canada. 1947a. « Droits de l'homme », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 3^e session, vol. 4, 16 mai, p. 3126-3171.
- Canada. 1947b. « Droits de l'homme », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 3^e session, vol. 4, 19 mai, p. 3187-3225.
- Canada. 1947c. « Droits de l'homme », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 3^e session, vol. 4, 26 mai, p. 3414-3418.
- Canada. 1948b. « Les droits de l'homme : Libertés fondamentales – Obligations en vertu de la Charte des Nations Unies – Nomination d'un comité mixte », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 4^e session, vol. 3, 9 avril, p. 2919-2924.
- Canada. 1948c. « Les droits de l'homme : Libertés fondamentales – Obligations en vertu de la Charte des Nations Unies – Nomination d'un comité mixte », *Débats*

- de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 4^e session, vol. 3, 12 avril, p. 2931-2974.
- Canada. 1950a. « Droits de l'homme et libertés fondamentales », *Débats du Sénat. Compte rendu officiel*, 21^e législature, 2^e session, 20 mars, p. 101-105.
- Canada. 1958a. « Discours du Trône », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 24^e législature, 1^{ère} session, vol. 1, 12 mai, p. 5-7.
- Canada. 1958b. « Le Discours du Trône. Suite du débat sur l'Adresse », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 24^e législature, 1^{ère} session, vol. 1, 13 mai, p. 21-46.
- Canada. 1958c. « Bill sur les droits de l'homme. Méthode proposée au sujet de la mesure », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 24^e législature, 1^{ère} session, vol. 4, 12 mai, p. 4571-4572.
- Canada. 1958d. « Les droits de l'homme. Mesure assurant reconnaissance et protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 24^e législature, 1^{ère} session, vol. 4, 5 septembre, p. 4871-4890.
- Canada. 1960a. « Les droits de l'homme. Mesure ayant pour objet la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 24^e législature, 3^e session, vol. 5, 1^{er} juillet, p. 5884-5895.
- Canada. 1960b. « Les droits de l'homme. Mesure ayant pour objet la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 24^e législature, 3^e session, vol. 5, 4 juillet, p. 5901-5966.
- Canada. 1980a. « Discours du trône », *Journaux du Sénat*, 32^e Législature, 1^{ère} session, vol. 126, n° 1, 14 avril, p. 7-18.
- Canada. 1980b. « British North America Act, 1867 : Unitateral Action to Change Provisions », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 32^e législature, 1^{re} session, vol. 5, 6 octobre, p. 3263.
- Canada. 1980c. « The Constitution : Establishment of Special Committee of the Senate and House of Commons », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 32^e législature, 1^{re} session, vol. 5, 6 octobre.
- Canada. 1981b. « La Constitution. Le projet de résolution concernant la Loi constitutionnelle de 1981 », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 32^e législature, 1^{re} session, vol. 8, 23 mars, p. 8502-8520.
- Canada. 2000. « Le décès du très honorable Pierre Elliott Trudeau. Hommages ». *Débats du Sénat*, 36^e législature, 2^e session, vol. 138, n° 78, 4 octobre, p. 1994-2013.
- Mutch, Leslie Alexander. 1945. « Discours du Gouverneur général. Suite du débat sur l'Adresse », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 1^{ère} session, vol. 1, 17 septembre, p. 214-219.
- Pope, Joseph. 1895. *Confederation. Being Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*. Toronto: Carswell, 324 p.

- Stewart, Alistair. 1945a. « Discours du Gouverneur général. Suite du débat sur l'Adresse », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 1^{ère} session, vol. 1, 13 septembre, p. 141-144.
- Stewart, Alistair. 1945b. « Bill des droits des citoyens. Protection des droits des minorités, des libertés civiles et religieuses », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 20^e législature, 1^{ère} session, vol. 1, 10 octobre, 925-926.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1968d. « Discours du trône ». *Débats du Sénat. Compte rendu officiel*, 28^e législature, 1^{ère} session, vol. 1, jeudi 12 septembre, p. 3-7.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1971. « La mise en œuvre de la politique du multiculturalisme dans un cadre bilingue ». *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 28^e législature, 3^e session, vol. 8, vendredi 8 octobre 1971, p. 8545-8546.
- Woodsworth, James Shaver. 1924. « Discussion d'un projet de résolution relatif aux pouvoirs constitutionnels du Canada », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 14^e législature, 3^e session, vol. 1, 20 mars, p. 504-536.
- Woodsworth, James Shaver. 1925. *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 14^e législature, 4^e session, vol. 1, 18 février, p. 304-306.
- Woodsworth, James Shaver. 1927. « Discussion d'une motion pour la nomination d'un comité chargé d'examiner l'opportunité de modifier la Loi de l'Amérique britannique du Nord », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 16^e législature, 1^{ère} session, vol. 1, 9 mars, p. 1033-1054.
- Woodsworth, James Shaver. 1931. « Proposition pour permettre au Canada de modifier sa propre Constitution », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 17^e législature, 2^e session, vol. 2, 11 mai, p. 1456-1479.
- Woodsworth, James Shaver. 1935a. « Proposition de nomination d'un comité spécial pour considérer des modifications », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 17^e législature, 6^e session, vol. 3, 28 janvier, p. 216-229.
- Woodsworth, James Shaver. 1937a. « Interpellation de M. Woodsworth au sujet de la restriction des libertés civiles », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 18^e législature, 2^e session, vol. 3, 30 mars, p. 2367-2375.
- Woodsworth, James Shaver. 1937b. « Grève des employés de l'usine d'automobiles d'Oshawa », *Débats de la Chambre des communes. Compte rendu officiel*, 18^e législature, 2^e session, vol. 3, 9 avril, p. 2912-2917.

7. Sondages, recensements et statistiques

- Environics Institute for Survey Research. 2012. *Focus Canada 2012*. Toronto : Environics Institute for Survey Research, 55 p.
- Environics Research Group. 2006. *Focus Canada. The Pulse of Canadian Public Opinion. Report 2006-4*. Toronto : Environics Research Group Limited, 174 p.
- Fournier, Patrick, Fred Cutler, Stuart Soroka et Deitland Stolle. 2011. *The 2011 Canadian Election Study*. Kingston, Canadian Opinion Research Archive. En ligne: [http://www.queensu.ca/cora/_files/CES%202011%20SPSS.zip].

- Gallup Canada. 1980. *Canadian Gallup Poll*, juillet. En ligne : <https://search2.odesi.ca/#/details?uri=%2Fodesi%2Fcipo-440-1-E-1980-07.xml>
- Gallup Canada. 1981. *Canadian Gallup Poll*, avril. En ligne : <https://search2.odesi.ca/#/details?uri=%2Fodesi%2Fcipo-448-2-E-1981-04.xml>.
- Institut Broadbent. 2014. *La distribution de la richesse : perceptions et idées fausses au Canada*. Ottawa : Institut Broadbent. En ligne : [http://www.institutbroadbent.ca/la distribution de la richesse](http://www.institutbroadbent.ca/la_distribution_de_la_richesse).
- Institut de la statistique du Québec. 2019. *Population, Québec et Canada, 1851-2019*. Québec : gouvernement du Québec. En ligne : <https://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/structure/102.htm>.
- Jedwab, Jack. 2013. *Multicultural with Two Official Languages : The Dominant Vision of Canada*. Montréal : Association d'études canadiennes. En ligne : <http://www.acs-aec.ca/pdf/polls/Envisioning%20Canada.pdf>.
- Jedwab, Jack. 2017. *Marking Canada 150, Identity and Priority : 2017 and 2067*. Montréal : Association d'études canadiennes et Institut canadien pour les identités et les migrations. En ligne : <http://www.acs-aec.ca/pdf/polls/ACS-CIIM-2017EN-R305-Marking%20Canada%20150,%20Identity%20and%20Priority%202017%20and%202067.pdf>.
- Jewish Telegraphic Agency. 1946. *Daily News Bulletin*, vol. 13, n° 251, lundi 4 novembre. En ligne : http://pdfs.jta.org/1946/1946-11-04_251.pdf?_ga=2.19106555.2147217361.1587908675-1156226034.1587908675.
- Jones, Jeffrey M. 2012. « Confidence in U.S. Public Schools at New Low ». *Gallup*, 20 juin. En ligne : <https://news.gallup.com/poll/155258/confidence-public-schools-new-low.aspx>.
- Meltz, Noah M. 1983. « Section E : Wages and Working Conditions », *Historical Statistics of Canada*. Ottawa : Statistique Canada. En ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/11-516-x/sectione/4147438-eng.htm>.
- Sinha, Maire. 2015. *Mettre l'accent sur les Canadiens : résultats de l'Enquête sociale générale. Identité canadienne, 2013*. Publication n° 89-652-X2015005 au catalogue. Ottawa : Statistique Canada.
- Statistique Canada. 2015. *Survol du premier siècle de l'Indice des prix à la consommation au Canada*. Publication n° 62-604-X au catalogue. Ottawa : Statistique Canada.
- Statistique Canada. 2016. « 150 ans d'immigration au Canada », *Mégatendances canadiennes*, 29 juin. Ottawa : Statistique Canada. En ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/11-630-x/11-630-x2016006-fra.htm>.
- Statistique Canada. 2017. *Un nouveau sommet pour le bilinguisme français-anglais. Recensement de la population, 2016*. Publication n° 98-200-X2016009 au catalogue. Ottawa : Statistique Canada.

8. Mémoires de commission d'enquête

- Lower, Arthur Reginald Marsden. 1975a. « Brief to the Committee of the Senate on Human Rights », reproduit dans Welf H. Heick (dir.), *History and Myth. Arthur Lower and the Making of Canadian Nationalism*, p. 216-234. Vancouver : University of British Columbia Press.
- Lower, Arthur Reginald Marsden, James Coyne et Ronald MacFarlane. 1937. *Brief submitted to Royal Commission on Dominion Provincial Relations by the Native Sons of Canada*. Winnipeg : Albion Press, 27 p.
- Québec. 1968. *Mémoire sur la question constitutionnelle*. Conférence intergouvernementale canadienne, Ottawa, 5-7 février. Repris dans *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, 28^e Législature, 3^e Session, Volume 7, jeudi 28 mars, p. 35-49.
- Russell, Peter H. 1981. « Témoignage devant le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada », *Procès-verbaux et témoignages*, 32^e législature, 1^{ère} session, fascicule n° 34, 8 janvier, p. 131-173.
- Scott, Frank R. 1938b. *Canada – One or Nine ? : The Purpose of Confederation. Brief submitted to the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*. Montréal : League for social Reconstruction, 34 p.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1954a. *Mémoire de la Fédération des unions industrielles du Québec (Congrès canadien du travail) à la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels (Province de Québec)*. Montréal : Fédération des unions industrielles du Québec, 47 p.

9. Plateformes électorales et manifestes politiques

- Cooperative Commonwealth Federation. 1933. « The Regina Manifesto », dans Ian Angus (dir.), *Socialist History Projet*. En ligne : <https://www.marxists.org/history/canada/socialisthistory/Docs/CCF/ReginaManifesto.htm>.
- League for social Reconstruction. 1980. « The LSR Manifesto », dans Michiel Horn, *The League for Social Reconstruction. Intellectual Origins of the Democratic Left in Canada, 1930-1942*, p. 219-220. Toronto : University of Toronto Press.
- Parti libéral du Canada. 2005. *Philosophie*. En ligne : https://www.collectionscanada.gc.ca/eppp-archive/100/205/300/liberal-ef/05-05-24/www.liberal.ca/philosophy_f.aspx@_EVENTTARGET=left_menu1_253Ali nkbutton1&_EVENTARGUMENT=.
- Parti progressiste-conservateur du Canada. 1957. *A New National Policy*. Ottawa : Parti progressiste-conservateur du Canada, 9 p.
- Parti progressiste-conservateur du Canada. 1958. *Diefenbaker's Statements and Promises, 1958*. Ottawa : Parti progressiste-conservateur du Canada, 87 p.
- Pearson, Lester B. 1948. « Suite de la discussion sur le projet de déclaration universelle des droits de l'homme : rapport de la Troisième Commission (A/777) », *Assemblée*

- générale des Nations Unies, 182^e séance plénière*, Paris, vendredi 10 décembre, p. 898-900. En ligne : <http://undocs.org/fr/A/PV.182>.
- Pearson, Lester B. 1968. *Le fédéralisme et l'avenir. Déclaration de principe et exposé de la politique du Gouvernement du Canada*. Conférence sur la Constitution, Ottawa, 5 au 7 février. Ottawa : Imprimeur de La Reine, 49 p.
- Ryan, Claude. 2002. *Les valeurs libérales et le Québec moderne. Une perspective historique sur l'apport du Parti libéral du Québec à l'édification du Québec d'hier et d'aujourd'hui*. Montréal : Parti libéral du Québec, 93 p.
- Trudeau, Justin. 2015. *Nos valeurs : l'économie*. Canada : Parti libéral du Canada.
- Trudeau, Justin. 2018a. *Réaliser une croissance qui profite à tout le monde*. Ottawa : gouvernement du Canada.

10. Allocutions, communications, conférences et déclarations

- Chrétien, Jean. 2003. *Notes pour un discours du Premier ministre Jean Chrétien à l'occasion de la soirée hommage au Premier ministre, 13 novembre 2003*, Toronto.
- Churchill, Winston. 1946. *Le nerf de la paix. Discours prononcé à Fulton, le 5 mars 1946*. Perpignan : Digithèque de matériaux juridiques et politiques.
- Clark, Joe. 1979. « Building a Nation. An Address by the Honourable Joe Clark, Leader of the Progressive Conservative Party of Canada ». *The Empire Club of Canada Addresses*, Toronto, 19 avril, p. 316-327.
- Humphrey, John Peters. 1982. *The New Charter of Rights and Freedoms and Canada's Obligations Under the International Bill of Rights*. Notes d'un discours prononcé devant l'Association du Barreau canadien (Section droit constitutionnel et international) et la Commission internationale de juristes (Section canadienne). Toronto, le 3 août, 21 p.
- Johnson, Daniel. 1968. *Allocution d'ouverture de l'honorable Daniel Johnson, premier ministre du Québec*. Conférence intergouvernementale canadienne, Ottawa, 5 février 1968.
- Kenny, Enda. 2017. *Speech by the Taoiseach, Chamber of Commerce of Metropolitan Montreal International Leaders' Luncheon, 4th May*.
- Laforest, Guy. 2012. « Plus de détresse que d'enchantement : la conférence constitutionnelle de novembre 1981, trente ans après ». *30 ans après le rapatriement : l'état des lieux. Quel bilan ? Quelles perspectives ?*, 12-14 avril. Montréal : Université du Québec à Montréal.
- Macron, Emmanuel. 2018. « Commémorations du 11 novembre. Discours d'Emmanuel Macron à l'Arc de Triomphe ». *Le Monde*, 11 novembre.
- McLachlin, Beverley. 2002. « Les droits et les libertés au Canada. Vingt ans après l'adoption de la Charte ». *Allocution prononcée par la très honorable Beverley McLachlin, Juge en chef du Canada, Ottawa, Ontario, le 17 avril*.
- McLachlin, Beverley. 2013. « Defining Moments : The Canadian Constitution », *Remarks before the Canadian Club of Canada*, Ottawa, 5 février.

- McLachlin, Beverley. 2014. « La Cour suprême du Canada ». *Allocution de la très honorable Beverley McLachlin, C.P., Juge en chef du Canada, Mayor's Breakfast Series, Ottawa, 25 novembre.*
- McLachlin, Beverley. 2016b. « Le système juridique canadien à l'aube du 150^e : Démocratie et magistrature. » *Remarques de la très honorable Beverley McLachlin, C.P., Juge en chef du Canada Devant l'Empire Club of Canada, 3 juin, Toronto.*
- Morneau, Bill. 2018. *Égalité et croissance : Pour une économie mondiale forte. Allocution de l'honorable Bill Morneau, ministre des Finances.* Canada : Ministère des Finances.
- Ostberg, Cynthia L. et Matthew E. Wetstein. 2013. « Postmaterialist Values in the Supreme Court of Canada : Empirical Analysis of Environmental Cases, 1973-2010 ». *Congrès annuel de l'Association canadienne de science politique, Université de Victoria, 6 juin.*
- Rae, Bob. 1992. « Canada and the Constitution ». *The Empire Club of Canada Addresses, Toronto, 13 octobre, p. 67-76.*
- Rand, Ivan. 1959. « An Address by the Honourable Mr. Justice I. C. Rand to the Alberta Section of the Canadian Bar Association ». *Alberta Law Review, vol. 1, n° 5, p. 459-462.*
- Roosevelt, Franklin Delano. 1941. *Annual Message to Congress, 6 janvier.*
- Trudeau, Justin. 2016. *Déclaration du premier ministre du Canada à l'occasion de la fête du Canada.* Ottawa : gouvernement du Canada.
- Trudeau, Justin. 2017. *Déclaration du premier ministre du Canada au sujet du décès de Michael Pitfield.* Ottawa : gouvernement du Canada.
- Trudeau, Justin. 2018b. *Déclaration du premier ministre à l'occasion de la Semaine de l'égalité des sexes.* Ottawa : gouvernement du Canada.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1968c. *Déclaration du Premier ministre à la Chambre des communes sur la résolution précédant la présentation du projet de Loi sur les langues officielles.* Ottawa : Cabinet du Premier ministre.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1970c. *Notes pour un message du Premier ministre à la nation.* Ottawa : Cabinet du Premier ministre, 10 p.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1982. *Allocution du Premier ministre lors de la cérémonie de proclamation de la Constitution du Canada.* Ottawa : Cabinet du Premier ministre.
- Wagner, Richard. 2018. « Access to Justice : A Societal Imperative ». *Remarks of the Right Honourable Richard Wagner, Chief Justice of Canada On the occasion of the 7th Annual Pro Bono Conference, Vancouver, 4 octobre.*

11. Articles de presse

- Adams, John. 1775. « VII. To the Inhabitants of the Colony of Massachusetts-Bay ». *Boston Gazette, 6 mars.* En ligne : <http://www.masshist.org/publications/adams-papers/index.php/view/PJA02p314>.

- Bélair-Cirino, Marco, Dave Noël et Marie-Michèle Sioui. 2017. « Couillard, entre idéalisme et réalisme constitutionnel ». *Le Devoir*, 2 juin.
- Bellavance, Joël-Denis. 2012. « Jean Chrétien souligne l'«équilibre parfait» de la Charte des droits ». *La Presse*, 17 avril.
- Bergeron, François. 2014. « La dissolution de Heenan Blaikie change la donne pour la francophonie ». *L'Express.ca*, 11 février. En ligne : <https://l-express.ca/la-dissolution-de-heenan-blaikie-change-la-donne-pour-la-francophonie/>.
- Bissonnette, Lise. 1976. « Claude Morin : le rapatriement unilatéral favorise la centralisation des pouvoirs ». *Le Devoir*, lundi 8 mars.
- Bissonnette, Lise et Gilles et Lesage. 1976. « Avec ou sans accord des provinces Trudeau rapatriera la constitution ». *Le Devoir*, samedi 6 mars.
- Buzzetti, Hélène. 2017. « Le Québec signe à son tour une entente sur les transferts en santé ». *Le Devoir*, 11 mars.
- Charpentier, Alfred. 1937. « La défense du syndicalisme professionnel et la loi des salaires raisonnables ». *Le Devoir*, 18 août.
- Crête, Mylène. 2017. « Justin Trudeau : “On ne rouvre pas la Constitution” ». *La Presse*, 1^{er} juin.
- Descôteaux, Bernard. 1976. « “Lord Elliott” prépare un coup de force (Jacques-Yvan Morin) ». *Le Devoir*, lundi 8 mars.
- Desrosiers, Éric. 2014. « Canada, au pays du grand écart. ». *Le Devoir*, 1^{er} mai.
- Donegan, Moira. 2019. « Kavanaugh should never have been appointed. Impeachment is our only hope ». *The Guardian*, 18 septembre.
- Epstein, Lee et Eric Posner. 2018. « If the Supreme Court Is Nakedly Political, Can It Be Just ? ». *New York Times*, 9 juillet.
- Gray, John. 2017. « Pierre Trudeau ally Michael Pitfield was Canada's top bureaucrat ». *Globe and Mail*, 20 octobre.
- Laforest, Guy. 2003a. « La question oubliée – Qu'est-ce que le Canada ? ». *Le Devoir*, 28 juin.
- Lampron, Louis-Philippe. 2015. « Pour en finir avec la critique inconsiderée du “gouvernement par les juges” ». *Le Devoir*, 24 février.
- Le Devoir. 1937. « La province fera la lutte au communisme même si d'autres autorités hésitent ». *Le Devoir*, jeudi 18 mars.
- Lisée, Jean-François. 2011. « 1981 – Longs couteaux, la vraie histoire ». *L'Actualité*, 4 novembre. En ligne : <https://lactualite.com/politique/2011/11/04/1981-longs-couteaux-la-vraie-histoire/>.
- Long, Emma. 2020. « Where the Politicisation of the US Supreme Court Could Lead ». *The Conversation*, 29 octobre. En ligne : <https://theconversation.com/where-the-politicisation-of-the-us-supreme-court-could-lead-149025>.
- Lower, Arthur Reginald Marsden, Lloyd C. Stinson, W. F. Osborne, Alistair Stewart, David Owens. 1940. « Loi des mesures de guerre : Des universitaires de l'Ouest en font la critique raisonnée, pour M. King ». *Le Devoir*, 15 février.

- MacCharles, Tonda. 2018. « Canada's top judge says Supreme Court should provide leadership at a time when fundamental values are being undermined in the world ». *Toronto Star*, 22 juin.
- Maisonneuve en direct. 2005. « Le juge Robert doit-il quitter ses fonctions ? ». *Radio-Canada*, 3 mai. En ligne : <https://ici.radio-canada.ca/radio/maisonneuve/03052005/52596.shtml>.
- Mathieu, Félix. 2017. « Les sources de la position de Couillard ». *Le Devoir*, 7 juin.
- McCullough, J. J. 2017. « Why Does "Progressive" Quebec Have so Many Massacres? ». *The Washington Post*, 1^{er} février.
- Moustaqim-Barrette, Amina. 2017. « Quebec's Ugly Ethnic Nationalism ». *CBC News*, 1^{er} février. En ligne : <http://www.cbc.ca/news/opinion/ethnic-nationalism-quebec-1.3960340>.
- Paquet, Gilles, Andrée Lévesque, John Thomson, Jacques Rouillard, Blair Neatby, Carmen Miller et Gilles Piédalue. 1981a. « Les années 20 ». *Histoire économique du Canada*, Cahier n° 19, 11 mars. Montréal : Radio-Canada, 11 mars, p. 1-21. En ligne : <http://www.gouvernance.ca/hec/hec-19.pdf>.
- Paquet, Gilles, Paul-André Linteau, Blair Neatby, John Thomson, Carmen Miller et Andrée Lévesque. 1981b. « Les années 30 ». *Histoire économique du Canada*, Cahier n° 20, 18 mars. Montréal : Radio-Canada, 11 mars, p. 1-21. En ligne : <http://www.gouvernance.ca/hec/hec-20.pdf>.
- Parekh, Bhikhu. 1994. « Superior People. The narrowness of liberalism from Mill to Rawls ». *Times Literary Supplement*, 25 février, p. 11-13.
- Patriquin, Martin. 2018. « How did Quebec's nationalist movement become so white ? ». *The Guardian*, 12 juillet.
- Presse canadienne. 2015. « Trudeau ne voit aucune raison de rouvrir la Constitution ». *Radio-Canada*, 17 décembre. En ligne : <http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/755841/trudeau-constitution-probleme-quebec>.
- Roy, Michel. 1968. « Une constitution entièrement nouvelle associant dans l'égalité les deux peuples fondateurs ». *Le Devoir*, lundi 5 février.
- Ryan, Claude. 1976. « Le rapatriement de la Constitution : Le rêve vain de M. Trudeau ». *Le Devoir*, lundi 8 mars.
- Sioui, Marie-Michèle. 2018. « Constitution : le ROC reste sourd aux appels de Couillard ». *Le Devoir*, 4 janvier.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1968e. « Canada Must be a Just Society ». *CBC Digital Archives*. En ligne : <https://www.cbc.ca/archives/entry/pierre-trudeau-canada-must-be-a-just-society>.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1981. « Just what was said. Trudeau Responds from Seoul ». *The Globe and Mail*, 29 septembre.

12. Articles de dictionnaire ou d'encyclopédie

- Abella, Irving. 2006. « Grève d'Oshawa ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/greve-doshawa>.

- Abella, Irving. 2012. « Antisémitisme au Canada ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/antisemitisme>.
- Baker, G. Blaine. 2008. « Ivan Cleveland Rand ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/rand-ivan-cleveland>.
- Banfield, Paul. 2006. « Ku Klux Klan ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/ku-klux-klan>.
- Benidickson, Jamie. 1994. « STRONG, sir SAMUEL HENRY », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 13, 1901-1910. Québec et Toronto : Presses de l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/strong_samuel_henry_13F.html.
- Berry, David. 2006. « One Big Union ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/one-big-union>.
- Bonikowsky, Laura Neilson. 2013. « La montée de la Fédération du commonwealth coopératif ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/ccf-levolution-politique-du-canada>.
- Butts, Edward. 2006. « Police à cheval du Nord-Ouest ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/police-a-cheval-du-nord-ouest>.
- Butts, Edward. 2008. « Igor Gouzenko ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/gouzenko-igor-sergeievich>.
- Denord, François. 2021. « Théorie des réseaux ». *Encyclopædia Universalis*. En ligne : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/theorie-des-reseaux/>.
- Diekmeyer, Peter, Richard Foot, David Berry et Trevor W. Harrison. 2011. « Parti conservateur ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/parti-conservateur>.
- Di Matteo, Livio. 2007. « Produit national brut ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/produit-national-brut>.
- English, John R. 2006. « Gouvernement d'union ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/gouvernement-dunion>.
- English, John R. 2007a. « Affaire Munsinger ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/munsinger-affaire>.
- English, John R. 2007b. « Martin, Paul Joseph James ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/martin-paul-joseph-james>.
- English, John R. 2007c. « TRUDEAU, PIERRE ELLIOTT », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 22, 1991-2000. Québec et Toronto : Presses de l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/trudeau_pierre_elliott_22F.html.
- English, John R. 2008. « Peter Michael Pitfield ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/pitfield-peter-michael>.
- Fleming, Rae B. 1994. « HOWLAND, sir WILLIAM PEARCE », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 13, 1901-1910. Québec et Toronto : Presses de

- l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/howland_william_pearce_13F.html.
- Forsey, Helen. 2012. « Eugene Forsey ». *L'Encyclopédie Canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/eugene-forsey>.
- Gall, Gerald L. et Walter S. Tarnopolsky. 2006. « Libertés civiles ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/libertes-civiles>.
- Gaudemet, Jean. 2019. « Droit romain », dans *Encyclopædia Universalis*. En ligne : <http://www.universalis-edu.com.proxy.bibliotheques.uqam.ca/encyclopédie/droit-romain/>.
- Glassford, Larry A. 2013. « HEPBURN, MITCHELL FREDERICK », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 18, 1951-1960. Québec et Toronto : Presses de l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/hepburn_mitchell_frederick_18E.html.
- Granatstein, Jack L. 2008a. « Kirby, Michael J. L. ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/kirby-michael-jl>.
- Granatstein, Jack L. 2008b. « Bracken, John ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/bracken-john>.
- Hillmer, Norman et Stephen Azzi. 2007. « Paul Martin ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/martin-paul-edgar-philippe>.
- Hillmer, Norman. 2007. « Skelton, Oscar Douglas ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/skelton-oscar-douglas>.
- Hillmer, Norman. 2013. « La Déclaration universelle des droits de l'homme ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <http://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/the-universal-declaration-of-human-rights-feature/>.
- Howard, Victor. 2006. « Marche sur Ottawa ». *L'Encyclopédie Canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/marche-sur-ottawa>.
- Howard, Victor. 2009. « Camps de secours pour les chômeurs ». *L'Encyclopédie Canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/camps-de-secours-pour-les-chomeurs>.
- Hudon, Raymond. 2006. « Commission de l'unité canadienne ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/commission-de-lunite-canadienne>.
- Jacomet, Arnaud. 2020. « COLONNE, CINQUIÈME ». *Encyclopædia Universalis*. En ligne : <http://www.universalis-edu.com/encyclopédie/cinquieme-colonne/>.
- Johnson, J. K. et P. B. Waite. 1990. « MACDONALD, sir JOHN ALEXANDER », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 12, 1891-1900. Québec et Toronto : Presses de l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/macdonald_john_alexander_12F.html.
- Johnson, Leo A. 1982. « GIBBS, THOMAS NICHOLSON », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 11, 1881-1890. Québec et Toronto : Presses de

- l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/gibbs_thomas_nicholson_11F.html.
- Kaplan, William et Laura Neilson Bonikowsky. 2011. « John Peters Humphrey ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/john-peters-humphrey>.
- Kaplan, William et Laura Neilson Bonikowsky. 2011. « John Peters Humphrey ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/john-peters-humphrey>.
- Kellow, Aynsley et Peter Carroll. 2013. « Johnston, Donald James », dans Bob Reinalda, Kent J. Kille et Jaci Eisenberg (dir.), *IO BIO, Biographical Dictionary of Secretaries-General of international Organizations*. En ligne : <https://www.ru.nl/publish/pages/816038/johnston-dj-23may2013-mar15.pdf>.
- Kesteman, Jean-Pierre. 1990. « GALT, sir ALEXANDER TILLOCH », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 12, 1891-1900. Québec et Toronto : Presses de l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/galt_alexander_tilloch_12F.html.
- Lagace, Naithan et Niigaanwewidam James Sinclair. 2015. « Le Livre blanc de 1969 ». *L'Encyclopédie canadienne*, septembre. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/livre-blanc-de-1969>.
- Lenoir, Rémi. 2007. « Holisme et individualisme », dans *Dictionnaire de sociologie*, p. 394-396. Paris : Encyclopaedia Universalis et Albin Michel.
- Lundy, Darryl. 2019. « John Sankey, 1st and last Viscount Sankey ». *The Peerage. A Genealogical Survey of the Peerage of Britain as Well as the Royal Families of Europe*. En ligne : <http://thepeerage.com/p24193.htm#c241925.1>.
- Macdowell, Laurel Sefton. 2008. « Cohen, Jacob Laurence ». *Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/cohen-jacob-laurence>.
- Macleod, Rod C. 2006. « Gendarmerie royale du Canada (GRC) ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/gendarmerie-royale-du-canada>.
- Marshall, Tabitha et Laurence Dale Lovick. 2013. « Tommy Douglas ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/tommy-douglas>.
- Marx, Roland. 2020. « Chambre étoilée ». *Encyclopædia Universalis*. En ligne : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/chambre-etoilee/>.
- Molinaro, Dennis. 2011a. « Article 98 du Code criminel ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/article-98-du-code-criminel>.
- Molinaro, Dennis. 2011b. « Déportation du Canada ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/deportation>.
- Naylor, James. 2004. « Winnipeg General Strike », dans Gerald Hallowell (dir.), *The Oxford Companion to Canadian History*, p. 664-665. Oxford : Oxford University Press.

- Neatby, H. Blair. 2005. « KING, WILLIAM LYON MACKENZIE », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 17, 1941-1950. Québec et Toronto : Presses de l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/king_william_lyon_mackenzie_17E.html.
- Palier, Bruno. 2014. « *Path dependence* (dépendance au chemin emprunté) », dans Laurie Boussaguet, Sophie Jacquot et Pauline Ravinet (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, 4^e édition, p. 411-419. Paris : Presses de Sciences Po.
- Palmer, Howard et Leo Driedger. 2011. « Préjugés et discrimination au Canada ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/prejuges-et-discrimination>.
- Penner, Norman. 2006. « Parti communiste du Canada ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/parti-communiste-du-canada>.
- Prang, Margaret E. 2008. « Rowell, Newton Wesley ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/rowell-newton-wesley>.
- Reilly, Nolan J. 2006. « Grève générale de Winnipeg, 1919 ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/greve-generale-de-winnipeg>.
- Rémillard, Gil, Gerald L. Gall et Kirk Makin. 2006. « Cour suprême du Canada ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/cour-supreme-du-canada>.
- Risk, R. C. B. 1998. « LEFROY, AUGUSTUS HENRY FRAZER », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 14, 1911-1920. Québec et Toronto : Presses de l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/lefroy_augustus_henry_frazer_14F.html.
- Robinson, Greg. 2017. « Internement des Canadiens d'origine japonaise ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/internment-of-japanese-canadians>.
- Romney, Paul. 1994. « GWYNNE, JOHN WELLINGTON », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 13, 1901-1910. Québec et Toronto : Presses de l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/gwynne_john_wellington_13F.html.
- Rouillard, Jacques, David Frank, Bryan D. Palmer, Todd McCallum. 2006. « Histoire des Travailleurs ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/histoire-des-travailleurs>.
- Roy, Patricia E. 2013. « Internement au Canada ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/internement-1>.
- Sarra-Bournet, Michel. 2009. « DUPLESSIS, MAURICE LE NOBLET », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 18, 1951-1960. Québec et Toronto : Presses de l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/duplessis_maurice_le_noblet_18E.html.
- Smith, Denis. 2005. « DIEFENBAKER, JOHN GEORGE », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 20, 1971-1980. Québec et Toronto : Presses de

- l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/diefenbaker_john_george_20E.html.
- Smith, Denis. 2013. « Loi sur les mesures de guerre ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/loi-sur-les-mesures-de-guerre>.
- Soulard, Jean-Claude. 1990. « DORION, sir ANTOINE-AIMÉ », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 12, 1891-1900. Québec et Toronto : Presses de l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/dorion_antoine_aimé_12F.html.
- St. Croix, Bradley. 2018. « Labour Movements, Trade Unions and Strikes (Canada) », dans Ute Daniel, Peter Gatrell, Oliver Janz, Heather Jones, Jennifer Keene, Alan Kramer et Bill Nasson (dir.), *1914-1918 Online. International Encyclopedia of the First World War*. Berlin : Freie Universität Berlin. En ligne : <http://dx.doi.org/10.15463/ie1418.11279>.
- Sterritt, Angela. 2020. « Réconciliation au Canada ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/reconciliation-in-canada>.
- Sutherland, David A. 1994. « KENNY, THOMAS EDWARD », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 13, 1901-1910. Québec et Toronto : Presses de l'Université Laval et University of Toronto Press. En ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/kenny_thomas_edward_13F.html.
- Tattie, Jon. 2015. « Les adversaires de la Confédération ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/les-adversaires-de-la-confederation>.
- The Editors of the Encyclopaedia Britannica. 2019. « James Bryce, Viscount Bryce ». *Encyclopædia Britannica*. En ligne : <https://www.britannica.com/biography/James-Bryce-Viscount-Bryce>.
- Waite, P. B. 2006. « Scandale du Pacifique ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/scandale-du-pacifique>.
- Wilcox. 2007. « Ordre d'Orange au Canada ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/ordre-dorange>.
- Wenaas, Carl. 2008. « Coldwell, Major James William ». *L'Encyclopédie canadienne*. En ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/coldwell-major-james-william>.

13. Articles de périodique

- Abella, Irving. 1969. « The CIO, the Communist Party and the Formation of the Canadian Congress of Labour, 1936-1941 ». *Historical Papers*, vol. 4, n° 1, p. 112-128.
- Abella, Irving. 2000. « Presidential Address : Jews, Human Rights, and the Making of a New Canada ». *Journal of the Canadian Historical Association*, vol. 11, n° 1, p. 3-15.

- Adams, Eric. 2006. « Canada's "Newer Constitutional Law" and the Idea of Constitutional Rights ». *McGill Law Journal*, vol. 51, n° 3, p. 435-474.
- Adams, Eric. 2010. « Building a Law of Human Rights : Roncarelli v. Duplessis in Canadian Constitutional Culture ». *McGill Law Journal*, vol. 55, n° 3, p. 437-460.
- Adams, Eric. 2014. « Introduction : Back to the Future of Law School ». *Alberta Law Review*, vol. 51, n° 4, p. 695-703.
- Adams, Eric. 2015a. « Canadian Constitutional Identities ». *Dalhousie Law Journal*, vol. 38, n° 2, automne, p. 311-343.
- Aivalis, Christo. 2013. « In the Name of Liberalism : Pierre Trudeau, Organized Labour, and the Canadian Social Democratic Left, 1949-1959. » *The Canadian Historical Review*, vol. 94, n° 2, juin, p. 263-288.
- Ajzenstat, Janet. 1985. « Modern Mixed Government : A Liberal Defence of Inequality ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 18, n° 1, mars, p. 119-134.
- Ajzenstat, Janet. 1997. « Reconciling Parliament and Rights : A.V. Dicey Reads the Canadian Charter of Rights and Freedoms ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 30, n° 4, décembre, p. 645-662.
- Albert, Richard. 2008. « The Reincarnation of the Notwithstanding Clause ». *Alberta Law Review*, vol. 45, n° 4, p. 1037-1069.
- Albert, Richard. 2017. « Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations ». *Cornell International Law Journal*, vol. 50, n° 2, p. 169-198.
- Alway, Richard M. H. 1967. « Hepburn, King, and the Rowell-Sirois Commission ». *Canadian Historical Review*, vol. 48, n° 2, juin, p. 113-141.
- Ancelovici, Marcos. 2009. « Esquisse d'une théorie de la contestation : Bourdieu et le modèle du processus politique ». *Sociologie et sociétés*, vol. 41, n° 2, p. 39-61.
- Anderson, Perry. 1976. « The Antinomies of Antonio Gramsci ». *New Left Review*, vol. 1, n° 100, novembre-décembre, p. 5-78.
- Angers, François-Albert. 1960b. « Constitution canadienne et droits de l'homme ». *L'Action nationale*, vol. 50, n° 2, octobre, p. 109-122.
- Angers, François-Albert. 1972. « La défense du peuple ». *L'Action nationale*, vol. 61, n° 8-9, avril-mai, p. 708-724.
- Angus, Henry F. 1946. « The Canadian Constitution and the United Nations Charter ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, n° 2, mai, p. 127-135.
- Angus, Henry F. 1951. « The Dangers of Declaring Human Rights ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 17, n° 2, mai, p. 218-221.
- Appadurai, Arjun. 1993. « Patriotism and Its Futures ». *Public Culture*, vol. 3, n° 5, printemps, p. 411-429.
- Arès, Richard. 1958. « La Déclaration canadienne des droits de l'homme ». *Relations*, n° 215, novembre, p. 291-293.
- Arthurs, Harry. 1997. « Globalization of the Mind : Canadian Elites and the Restructuration of Legal Fields ». *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 12, n° 1-2, p. 219-246.

- Arthurs, Harry. 2007a. « Labour and the “Real” Constitution ». *Les Cahiers de Droit*, vol. 48, n° 1-2, mars-juin, p. 43-64.
- Arthurs, Harry. 2007b. « In Memoriam : A Locomotive of a Man ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n° 4, p. 657-659.
- Arthurs, Harry et Brent Arnold. 2005. « Does the Charter Matter? ». *Review of Constitutional Studies*, vol. 11, n° 1, p. 37-117.
- Asad, Talal. 2000. « What Do Human Rights Do ? An Anthropological Enquiry ». *Theory & Event*, vol. 4, n° 4. En ligne : <https://muse-jhu-edu.proxy.bibliotheques.uqam.ca/article/32601>.
- Ascheri, Mario. 2005. « La cité-État italienne du Moyen Âge. Culture et liberté ». *Médiévales*, vol. 48, printemps, p. 149-164.
- Axworthy, Thomas S.. 1986. « Colliding Visions : The Debate over the Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1980-81 ». *Journal of Commonwealth & Comparative Politics*, vol. 24, n° 3, p. 239-253.
- Axworthy, Thomas S. 2007. « The Notwithstanding Clause : Sword of Damocles or Paper Tiger ? ». *Policy Options*, mars, p. 58-63.
- Bachrach, Peter et Morton Baratz. 1962. « The Two Faces of Power ». *American Political Science Review*, vol. 56, n° 4, décembre, p. 947-952.
- Bale, Gordon. 1980. « Casting Off the Mooring Ropes of Binding Precedent ». *Canadian Bar Review*, vol. 58, n° 2, p. 255-279.
- Balkin, Jack M. 2001. « Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics ». *Yale Law Journal*, vol. 110, n° 8, juin, p. 1407-1458.
- Balthazar, Louis. 1995. « Quebec and the Ideal of Federalism ». *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 538, mars, p. 40-53.
- Barriault, Frédéric. 2017. « Déboulonner les mythes fondateurs ». *Relations*, n° 791, juillet-août, p. 17-18.
- Bastarache, Michel. 2007. « Le statut des minorités dans le cadre de la Charte canadienne des droits et libertés ». *International Journal of Canadian Studies*, vol. 36, p. 309-318.
- Bazowski, Raymond et Robert MacDermid. 1997. « Constitutional Imaginings and the Nation-State ». *American Review of Canadian Studies*, vol. 27, n° 2, p. 221-252.
- Beaudoin, Gérald. 1975. « La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux ». *Revue du Barreau canadien*, vol. 53, p. 675-714.
- Beaudoin, Gérald. 2000. « Le sénateur Gérald-A. Beaudoin en entrevue au Journal du Barreau. Une carrière consacrée à la réflexion sur le droit constitutionnel ». *Journal du Barreau*, vol. 32, n° 10, 1^{er} juin. En ligne : <https://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol32/no10/beaudoin.html>.
- Beetz, Jean. 1958. « Le contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l’homme dans la constitution du Canada ». *Revue du Barreau*, vol. 18, p. 361.
- Behiels, Michael. 2003. « Pierre Elliott Trudeau’s Legacy : The Canadian Charter of Rights and Freedoms ». *Supreme Court Law Review*, vol. 19, p. 139-172.
- Béland, Daniel. 2002. « Néo-institutionnalisme historique et politiques sociales : une perspective sociologique ». *Politique et Sociétés*, vol. 21, n° 3, p. 21-39.

- Bellavance, Marcel. 1995. « La Confédération et ses opposants ». *Cap-aux-Diamants. La revue d'histoire du Québec*, n° 41, printemps, p. 32-36.
- Belleau, André. 1983. « Langue et nationalisme ». *Liberté*, vol. 25, n° 2, avril, p. 2-9.
- Berger, Suzanne. 1979. « Politics and Antipolitics in Western Europe in the Seventies ». *Daedalus*, vol. 108, n° 1, hiver, p. 27-50.
- Bergeron, Gérard. 1982. « L'État et ses trois niveaux : le régime, la gouverne et la politie ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 15, n° 2, p. 227-258.
- Berlin, Isaiah. 1972. « The Bent Twig : A Note on Nationalism ». *Foreign Affairs*, vol. 51, n° 1, octobre, p. 11-30.
- Berlin, Isaiah. 1991. « Two Concepts of Nationalism : An Interview with Isaiah Berlin ». *The New York Review of Books*, 21 novembre, p. 19-23.
- Bernatchez, Stéphane, Manon Montpetit, Michèle Rivet et Daniel Turp. 2015. « De la Charte des droits de l'homme pour le Québec à la Charte des droits et libertés de la personne ». *Revue québécoise de droit international*, hors-série, juin, p. 11-12.
- Bernatchez, Stéphane. 2005-2006. « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada ». *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 36, n° 1-2, p. 165-288.
- Berque, Jacques. 1963. « Les révoltés du Québec ». *Parti Pris*, vol. 1, n° 3, décembre, p. 48-51.
- Binette, André. 2003. « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et la structure de la Constitution du Canada ». *Revue du Barreau*, tome 63, Numéro spécial, p. 107-149.
- Blakeney, Allan E. 2010. « The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada's Patriated Constitution : What I Thought We Were Doing ». *Constitutional Forum*, vol. 19, n° 1, p. 1-9.
- Bliss, Michael. 2000. « Citizen Trudeau ». *Time*, vol. 156, n° 15, p. 20-25.
- Bonenfant, Jean-Charles et Jean-Charles Falardeau. 1946. « Cultural and Political Implications of French-Canadian Nationalism ». *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association*, vol. 25, n° 1, p. 56-73.
- Bonenfant, Jean-Charles. 1963. « L'esprit de 1867 ». *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 17, n° 1, p. 19-38.
- Bonenfant, Jean-Charles. 1977. « L'étanchéité de l'A.A.N.B. est-elle menacée ? *Les Cahiers de droit*, vol. 18, n° 2-3, p. 383-396.
- Bosset, Pierre. 2003. « Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte ». *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, n° 5, p. 229-244.
- Bosset, Pierre. 2013. « 1975 / La Charte québécoise : Le rôle crucial de la Ligue ». *Revue Droits et libertés*, numéro spécial *Au cœur des luttes, 1963-2013*. En ligne : <https://liguedesdroits.ca/1975-la-charte-quebecoise-le-role-crucial-de-la-ligue/>.
- Bouchard, Gérard. 1995. « La nation au singulier et au pluriel. L'avenir de la culture nationale comme 'paradigme' de la société québécoise ». *Cahiers de recherche sociologique*, vol. 25, 79-99.

- Bouchard, Gérard. 2005. « L’imaginaire de la grande noirceur et de la révolution tranquille : fictions identitaires et jeux de mémoire au Québec ». *Recherches sociographiques*, vol. 46, n° 3, p. 411-436.
- Boulianne, François. 2014. « Le rapatriement constitutionnel de 1982 : existait-il une coutume constitutionnelle nécessitant l’accord unanime des provinces pour modifier la Constitution ? ». *Les Cahiers de droit*, vol. 55, n° 2, p. 329-384.
- Bourdieu, Pierre. 1981. « La représentation politique. Éléments pour une théorie du champ politique ». *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 36, n° 1, p. 3-24.
- Bourdieu, Pierre. 1984. « La délégation et le fétichisme en politique ». *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 52, n° 1, p. 49-55.
- Bourdieu, Pierre. 1986. « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique ». *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, n° 1, p. 3-19.
- Bourdieu, Pierre et Loïc Wacquant. 1998. « Sur les ruses de la raison impérialiste ». *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 121-122, mars, pp. 109-118.
- Bradford, Neil. 2000. « Writing Public Philosophy : Canada’s Royal Commissions on Everything ». *Journal of Canadian Studies*, vol. 34, n° 4, hiver, p. 136-167.
- Brenner, Neil. 1994. « Foucault’s new functionalism ». *Theory and Society*, vol. 23, p. 679-709.
- Breton, Gilles et Jane Jenson. 1991. « After Free Trade and Meech Lake : Quoi de neuf ? ». *Studies in Political Economy*, vol. 34, n° 1, janvier, p. 199-218.
- Breton, Raymond. 1964. « Institutional Completeness of Ethnic Communities and the Personal Relations of Immigrants ». *American Journal of Sociology*, vol. 70, n° 2, p. 193-205.
- Breton, Raymond. 1984. « The Production and Allocation of Symbolic Resources : an Analysis of the Linguistic and Ethnocultural Fields in Canada ». *Canadian Review of Sociology and Anthropology*, vol. 21, n° 2, p. 123-144.
- Breton, Raymond. 1988. « From Ethnic to Civic Nationalism : English Canada and Quebec ». *Ethnic and Racial Studies*, vol. 11, n° 1, p. 85-102.
- Brewin, John. 2000. « Francis Andrew Brewin, “He Who Would Valiant Be” : The Makings of a Canadian Anglican Christian Socialist ». *Historical Papers : Canadian Society of Church History*, p. 73-92.
- Brewin, Francis Andrew. 1941. « Civil Liberties in Canada during Wartime ». *Bill of Rights Review*, vol. 1, n° 2, hiver, p. 112-121.
- Brouillet, Eugénie. 2011a. « La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada ». *Revue générale de droit*, 2011, vol. 41, n° 1, p. 279-293.
- Brouillet, Eugénie. 2011b. « Le rôle de la Cour suprême dans l’évolution de la fédération canadienne : quel équilibre des pouvoirs ? ». *Revista Catalana de Dret Públic*, n° 43, décembre, p. 187-220.
- Brown, Wendy. 2004. « “The Most We Can Hope For...” Human Rights and the Politics of Fatalism ». *The South Atlantic Quarterly*, vol. 103, n° 2, printemps/été, p. 451-463.

- Brun, Henri. 1989. « Droits individuels et droits collectifs. Un difficile équilibre ». *Relations*, juin, p. 139-142.
- Brunelle, Dorval. 1989. « Continentalisation et continentalisme ». *Interventions économiques*, n° 22-23, automne, p. 131-146.
- Brunet, Michel. 1955. « Compte-rendu de *Foundations of Canadian Nationhood*, par Chester Martin ». *L'Actualité économique*, vol. 31, n° 3, p. 472-475.
- Brunet, Michel. 1956a. « Qu'est-ce que l'assimilation ? ». *L'Action nationale*, vol. 45, n° 5, janvier, p. 388-395.
- Brunet, Michel, Hilda Neatby et R. S. Preston. 1956b. « Canadianism — A Symposium ». *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association*, vol. 35, n° 1, p. 74-82.
- Brunet, Michel. 1972. « La révision constitutionnelle ». *L'Action nationale*, vol. 61, n° 8-9, avril-mai, p. 681-688.
- Bzdera, André. 1992. « Perspectives québécoises sur la Cour suprême du Canada ». *Revue canadienne droit et société*, vol. 7, n° 2, automne, p. 1-21.
- Bzdera, André. 1993. « Comparative Analysis of Federal High Courts. A Political Theory of Judicial Review ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 26, n° 1, mars, p. 3-29.
- Cairns, Alan C. 1971. « The Judicial Committee and Its Critics Author ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 4, n° 3, septembre, p. 301-345.
- Cairns, Alan C. 1984-1985. « The Canadian Constitutional Experiment ». *Dalhousie Law Journal*, vol. 9, p. 87-114.
- Campbell, W. Kenneth. 1974. « The Right Honourable Sir Lyman Poore Duff, P.C., G.C.M.G. : The Man as I Knew Him ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 12, n° 2, p. 243-260.
- Canadian Bar Review. 1948. « The Joint Committee on Human Rights and Fundamental Freedoms ». *Canadian Bar Review*, vol. 26, n° 4, p. 706-714.
- Canadian Forum. 1938. « Democracy in Danger ». *Canadian Forum*, vol. 17, n° 206, mars, p. 403. En ligne : <http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/docs/Padlocklaw-democracyindanger.html>.
- Cardinal, Linda. 1993. « Les mouvements sociaux et la Charte canadienne des droits et libertés ». *Revue internationale d'études canadiennes*, vol. 7-8, printemps-automne, p. 137-151.
- Cardinal, Linda. 2000. « Le pouvoir exécutif et la judiciarisation de la politique au Canada. Une étude du Programme de contestation judiciaire ». *Politique et Sociétés*, vol. 19, n° 2-3, p. 43-64.
- Cardinal, Linda et Rémi Léger. 2017. « La complétude institutionnelle en perspective ». *Politique et Sociétés*, vol. 36, n° 3, p. 3-14.
- Carter, Neal et Patrick James. 2009. « 'Grab the Signatures and Run' : Federal Unity Strategy in Canada from the Referendum to Patriation ». *International Political Sociology*, vol. 3, n° 2, p. 194-217.
- Champagne, Patrick. 2013. « Note sur quelques lectures du concept de champ ». *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 5, n° 200, p. 38-43.

- Chaput, Roger. 1975. « Le désaveu ou l'annulation des lois provinciales par le gouvernement fédéral ». *Revue générale de droit*, vol. 6, n° 2, p. 305-320.
- Charpentier, Alfred. 1965. « La Grève du Textile dans le Québec en 1937 ». *Relations industrielles*, vol. 20, n° 1, p. 86-127.
- Cheffins, Ronald. 1966. « The Supreme Court of Canada : The Quiet Court in an Unquiet Country ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 4, n° 2, p. 259-275.
- Chevrier, Marc. 2009. « Le passage de la voie anglaise à la voie américaine. Le changement de régime de liberté au Canada et au Royaume-Uni ». *Monde commun*, vol. 1, n° 2, automne, p. 177-221.
- Choudhry, Sujit. 2004. « The *Lochner* Era and Comparative Constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 1, p. 1-55.
- Chomsky, Noam. 1985. « The Manufacture of Consent ». *Our Generation*, vol. 17, n° 1, p. 85-106.
- Christiano, Kevin J. 1989. « Federalism as a Canadian National Ideal : The Civic Rationalism of Pierre Elliott Trudeau ». *Dalhousie Review*, vol. 69, n° 2, été, p. 248-269.
- Clark, John Arthur. 1952. « Appointments to the bench ». *Canadian Bar Review*, vol. 30, n° 1, p. 28-36.
- Clément, Dominique. 2000. « The Royal Commission on Espionage and the Spy Trials of 1946-9 : A Case Study in Parliamentary Supremacy ». *Journal of the Canadian Historical Association*, vol. 11, n° 1, p. 151-172.
- Clement, Wallace. 1975. « Inequality of Access : Characteristics of the Canadian Corporate Elite ». *Canadian Review of Sociology and Anthropology*, vol. 12, n° 1, p. 33-52.
- Cohen, Maxwell. 1959. « Case and Comment : Bill C-60 and International Law – The United Nations Charter – Declaration of Human Rights ». *Canada Bar Review*, vol. 37, n° 1, p. 228-233.
- Colas, Émile. 1958. « Les droits de l'homme et la Constitution canadienne ». *Revue du Barreau de la province de Québec*, vol. 18, septembre, p. 317-325.
- Cole, Douglas L. 1969. « John S. Ewart and Canadian Nationalism ». *Historical Papers / Communications historiques*, vol. 4, n° 1, p. 62-73.
- Commaille, Jacques et Laurence Dumoulin. 2009. « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" ». *L'Année sociologique*, vol. 59, n° 1, p. 63-107.
- Cook, Ramsay. 1990c. « Ambiguous Heritage : Wesley College and the Social Gospel Re-considered ». *Manitoba History*, n° 19, printemps. En ligne : http://www.mhs.mb.ca/docs/mb_history/19/wesleycollege.shtml.
- Cook, Ramsay. 1998. « D'illusion en panacée ». *Cité libre*, vol. 26, n° 3, juin-juillet, p. 25-32.
- Cornut, Jérémie et Stéphane Rousselle. 2011a. « Canadian Foreign Policy : A Linguistically Divided Field ». *Canadian Journal of Political Science*, vol. 44, n° 3, p. 685-709.

- Cornut, Jérémie et Stéphane Rousselle. 2011b. « Un champ et deux univers ? Les francophones dans l'étude de la politique étrangère canadienne ». *Politique et Sociétés*, vol. 30, n° 1, p. 139-164.
- Coutu, Michel. 1998. « Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire ». *Droit et société*, n° 40, p. 631-646.
- Couture, Yves. 2014. « Problématiser les liens entre la démocratie et les droits de l'homme. Les perspectives de Castoriadis, Lefort et Gauchet ». *Klēsis*, n° 29. En ligne : <https://www.revue-klesis.org/pdf/Klesis-droits-homme-democratie-05-Couture-Problematiser-liens-democratie-droits-de-l-homme-perspectives-Castoriadis-Lefort-Gauchet.pdf>.
- Cutler, A. Claire. 2005. « Gramsci, Law, and the Culture of Global Capitalism ». *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 8, n° 4, p. 527-542.
- Dahl, Robert. 1957. « The Concept of Power ». *Behavioral Science*, vol. 2, n° 3, p. 201-215.
- Delazay, Yves. 2013. « Les usages internationaux du concept de champ juridique ». *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 5, n° 200, p. 56-69.
- De Nooy, Wouter. 2003. « Fields and networks : correspondence analysis and social network analysis in the framework of field theory ». *Poetics*, vol. 31, n° 5, p. 305-327.
- Derrida, Jacques. 1990. « Force de loi : le fondement mystique de l'autorité ». *Cardozo Law Review*, vol. 11, n° 5-6, juillet-août, p. 919-1045.
- Des Ormeaux, Jacques. 1959. « Pour une constitution du Québec ». *L'Action nationale*, vol. 49, n° 4, décembre, p. 279-284.
- Dickson, Brian. 1980. « Operations and Practice, Comparison : The Canadian Supreme Court ». *Canada-United States Law Journal*, vol. 3, été, p. 86-94.
- Dickson, Brian. 1994. « The Canadian Charter of Rights and Freedoms : Dawn of a New Era? ». *Review of Constitutional Studies*, vol. 2, n° 1, p. 1-19.
- Dion, Léon. 1986. « L'État libéral et l'expansion de l'espace public étatique ». *Revue internationale de science politique*, vol. 7, n° 2, p. 190-208.
- Dodek, Adam M. 2010. « Lawyers, Guns and Money : Lawyers and Power in Canadian Society ». *SSRN*, 11 août, p. 1-21. En ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1656475.
- Dodek, Adam M. 2011. « Courting Constitutional Danger : Constitutional Conventions and the Legacy of the Patriation Reference ». *The Supreme Court Law Review : Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 54, p. 117-142.
- Dodek, Adam M. 2016. « The Canadian Override : Constitutional Model or Bête Noire of Constitutional Politics ? ». *Israel Law Review*, vol. 49, n° 1, p. 45-65.
- Dorais, François-Olivier, Michel Bock et E.-Martin Meunier. 2018. « Grandeur et misère de l'utopie bilingue au Canada ». *Bulletin d'histoire politique*, vol. 26, n° 2, hiver, p. 9-20.
- Dostaler, Gilles et Frédéric Hanin. 2005. « Keynes et le keynésianisme au Canada et au Québec ». *Sociologie et sociétés*, vol. 37, n° 2, automne, p. 153-181.

- Dramé, Papa et Magali Deleuze. 2006. « Les idées phares du processus de décolonisation et le Québec ». *Bulletin d'histoire politique*, vol. 15, n° 1, automne, p. 109-129.
- Dubuc, Alfred. 1966. « Une interprétation économique de la constitution ». *Socialisme* 66, n° 7, janvier, p. 3-21.
- Dupuis, Michael. 2005. « The Toronto Star and the Winnipeg General Strike ». *Manitoba History*, n° 49, juin. En ligne : http://www.mhs.mb.ca/docs/mb_history/49/torontostar.shtml#01.
- Durkheim, Émile et Marcel Mauss. 1901-1902. « De quelques formes de classification. Contribution à l'étude des représentations collectives ». *L'Année sociologique*, vol. 6, p. 1-72.
- Durocher, René. 1969. « Maurice Duplessis et sa conception de l'autonomie provinciale au début de sa carrière politique ». *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 23, n° 1, p. 13-34.
- Durocher, René et Michèle Jean. 1971. « Duplessis et la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels, 1953-1956 ». *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 25, n° 3, décembre, p. 337-363.
- Egerton, George. 2004. « Entering the Age of Human Rights : Religion, Politics, and Canadian Liberalism, 1945-50 ». *The Canadian Historical Review*, vol. 85, n° 3, septembre, p. 451-479.
- Ellul, Jacques. 1976. « Le problème de l'émergence du droit ». *Annales de la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques et de la Faculté des sciences économiques*, n° 1, p. 5-15.
- Epp, Charles R. 1996. « Do Bills of Rights Matter ? The Canadian Charter of Rights and Freedoms ». *American Political Science Review*, vol. 90, n° 4, décembre, p. 765-779.
- Farago, Bela. 1993. « La démocratie et le problème des minorités nationales ». *Le Débat*, vol. 4, n° 76, p. 5-24.
- Ferland, Benjamin et Luc Turgeon. « Understanding Majority Attitudes toward Minority Nations in Multinational Federations : The Case of Canada ». *Publius : The Journal of Federalism*, p. 1-25. En ligne : <https://doi.org/10.1093/publius/pjz029>.
- Finnis, John. 2015. « The Coxford Lecture Patriation and Patrimony : The Path to the Charter ». *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 28, n° 1, p. 51-75.
- Fletcher, Joseph et Patrick Neal. 1985. « Hercules and the Legislator : The Problem of Justice in Contemporary Political Philosophy ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 38, n° 1, p. 57-76.
- Fletcher, Joseph. 1989. « Mass and Elite Attitudes about Wiretapping in Canada : Implications for Democratic Theory and Practice ». *Public Opinion Quarterly*, vol. 53, n° 2, p. 225-245.
- Fletcher, Joseph et Paul Howe. 2000. « Public Opinion and the Courts ». *Choices*, vol. 6, n° 3, mai, p. 4-56.

- Forsey, Eugene Anthony. 1937a. « Quebec On the Road to Fascism ». *Canadian Forum*, vol. 17, n° 203, décembre, p. 298-300. En ligne : <http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/docs/Padlocklaw-Quebecfascism.html>.
- Forsey, Eugene Anthony. 1937b. « Civil Liberties in Quebec ». *Canadian Forum*, vol. 17, n° 196, mai, p. 42-43. En ligne: <http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/docs/ThePadlocklaw-CivillibertiesinQuebec.html>.
- Forsey, Eugene Anthony. 1938a. « Disallowance of Provincial Acts, Reservation of Provincial Bills, and Refusal of Assent by Lieutenant-Governors since 1867 ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 4, n° 1, février, p. 47-59.
- Forsey, Eugene Anthony. 1938b. « Disallowance : A Contrast ». *Canadian Forum*, vol. 18, n° 209, juin, p. 73-74. En ligne : <http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/docs/Padlocklaw-Disallowance.html>.
- Forsey, Eugene Anthony. 1939. « The Padlock – New Style ». *Canadian Forum*, vol. 18, n° 218, mars, p. 362-363. En ligne : <http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/docs/Padlocklaw-raids.html>.
- Forsey, Eugene Anthony. 1951. « Mr. King and Parliamentary Government ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 17, n° 4, p. 451-467.
- Forsey, Eugene Anthony. 1962. « Canada : Two Nations or One ? ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 28, n° 4, p. 485-501.
- Forsey, Eugene Anthony. 1966. « Present Problems of Confederation : An English-Canadian View ». *Journal of Canadian Studies*, vol. 1, n° 2, août, p. 13-23.
- Forsey, Eugene Anthony. 1972-1973. « In Defence of Macdonald's Constitution ». *Manitoba Historical Society Transactions*, n° 29. En ligne : <http://www.mhs.mb.ca/docs/transactions/3/macdonaldconstitution.shtml>.
- Fossum, John Erik. 2001. « Deep Diversity Versus Constitutional Patriotism : Taylor, Habermas and the Canadian Constitutional Crisis ». *Ethnicities*, vol. 1, n° 2, août, p. 179-206.
- Fournier, Bernard et José Woehrling. 2000. « Judicialisation et pouvoir politique : Présentation du numéro ». *Politique et Sociétés*, vol. 19, n° 2-3, p. 3-7.
- Fournier, Marcel et Lionel Vécrin. 2009. « Pierre Bourdieu in Canada ». *Sociologica*, vol. 1, p. 1-15.
- Fraser, Graham. 2009. « Frank Scott and the Canadian conundrum ». *Policy Options*, décembre. En ligne : <https://policyoptions.irpp.org/magazines/the-2010-olympics/frank-scott-and-the-canadian-conundrum/>.
- Frégault, Guy. 1937. « Révolution et liberté ». *L'Action nationale*, vol. 9, n° 4, avril, p. 232-239.
- Frémont, Jacques. 1984. « Le droit international, la souveraineté du Canada et le “rapatriement” de la Constitution canadienne ». *Revue québécoise de droit international*, n° 1, p. 327-343.

- Fudge, Judy. 1988. « Labour, the New Constitution and Old Style Liberalism ». *Queen's Law Journal*, vol. 13, n° 2, p. 61-111.
- Fudge, Judy. 1990. « What Do We Mean by Law and Social Transformation ? ». *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 5, p. 47-69.
- Fudge, Judy. 2010. « Brave New Words : Labour, the Courts and the Canadian Charter of Rights and Freedoms ». *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 28, n° 1, p. 23-52.
- Fudge, Judy et Harry Glasbeek. 1992. « The Politics of Rights. A Politics With Little Class ». *Social and Legal Studies*, vol. 1, n° 1, p. 45-70.
- Fukuyama, Francis. 1989. « La fin de l'histoire ? », *Commentaire*, vol. 3, n° 47, p. 457-469.
- Fyfe, M. H. 1946. « Some Legal Aspects of the Report of the Royal Commission on Espionage ». *Canadian Bar Review*, vol. 24, n° 9, septembre, p. 777-784.
- Gagnon, Alain-G. 2015. « Constitutional Referendums and the Democratic Challenge : Canada as a Role Model ? ». *Revista Internacional de los Estudios Vascos Cuadernos*, vol. 11, p. 18-31.
- Gagnon, Alain-G. et François Rocher. 1997. « Nationalisme libéral et construction multinationale : la représentation de la 'nation' dans la dynamique Québec-Canada ». *Revue internationale d'études canadiennes*, vol. 16, automne, p. 51-68.
- Garfinkel, Irwin et Timothy Smeeding. 2015. « Welfare State Myths and Measurement ». *Capitalism and Society*, vol. 10, n° 1, article 1. En ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2629585_code187710.pdf?a_bstractid=2629585&mirid=1.
- Garland, David. 1986. « Review : Foucault's "Discipline and Punish" – An Exposition and Critique ». *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 11, n° 4, automne, p. 847-880.
- Gauchet, Marcel. 1980. « Les droits de l'homme ne sont pas une politique ». *Le Débat*, n° 3, vol. 3, p. 3-21.
- Gauchet, Marcel. 2000. « Quand les droits de l'homme deviennent une politique ». *Le Débat*, n° 110, vol. 3, p. 258-288.
- Galanter, Marc. 1974. « Why the Haves Come Out Ahead. Speculations on the Limits of Legal Change ». *Law and Society Review*, vol. 9, n° 1, automne, p. 95-160.
- Gauchet, Marcel. 2008. « Crise dans la démocratie ». *La revue lacanienne*, vol. 2, n° 2, p. 59-72.
- Gauchet, Marcel. 2009. « Du bon usage des droits de l'homme ». *Le Débat*, n° 153, vol. 1, p. 163-168.
- Gérin-Lajoie, Paul. 1951. « Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada ». *Revue du Barreau canadien*, vol. 29, n° 10, p. 1136-1179.
- Gibbins, Roger. 1995. « The New Face of Canadian Nationalism. The 1994 Kenneth R. MacGregor Lecturer ». *Reflections Papers*, n° 14, p. 1-17.
- Glasbeek, Harry et Michael Mandel. 1984. « The Legalization of Politics in Advanced Capitalism : The Canadian Charter of Rights and Freedoms ». *Socialist Studies*, vol. 2, p. 84-124.

- Gold, Marc. 1985. « Constitutional Scholarship in Canada ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 23, n° 3, automne, p. 495-518.
- Goldenberg, H. Carl. 1934. « Social and Economic Problems in Canadian Federalism ». *Canadian Bar Review*, vol. 12, n° 7, p. 422-430.
- Goodyear-Grant, Elizabeth, J. Scott Matthews et Janet Hiebert. 2013. « The courts/parliament trade-off : Canadian attitudes on judicial influence in public policy », *Commonwealth and Comparative Politics*, vol. 51, n° 3, p. 377-397.
- Grammond, Sébastien. 2016. « Compact is Back : The Supreme Court of Canada's Revival of the Compact Theory of Confederation ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 53, p. 799-823.
- Green, Leslie C. 1981. « Commentaries : The Entrenchment of a Bill of Rights ». *Alberta Law Review*, vol. 19, n° 3, p. 384-387.
- Guerlain, Pierre. 2007. « L'impérialisme humanitaire de Michael Ignatieff : le cas d'un "libéral hawk" ». *Revue LISA*, vol. v, n° 3, p. 74-89.
- Guillaumin, Colette. 1985. « Sur la notion de minorité ». *L'Homme et la société*, n° 77-78, p. 101-109.
- Guindon, Hubert. 1988. « Du droit des Anglais aux droits de l'Homme : la Cour suprême et la loi 101 ». *Sociologie et sociétés*, vol. 20, n° 2, automne, p. 194-198.
- Hamilton, Eric. 2012. « Politicizing the Supreme Court ». *Stanford Law Review Online*, vol. 65, août, p. 35-40.
- Heard, Andrew. 2012. « Constitutional Conventions : The Heart of the Living Constitution ». *Journal of Parliamentary and Political Law*, vo. 6, janvier, p. 319-338.
- Hein, Gregory. 2000. « Interest Group Litigation and Canadian Democracy ». *Choices*, vol. 6, n° 2, mars, p. 3-30.
- Herskovits, Melville. 1947. « Statement on Human Rights ». *American Anthropologist*, vol. 49, n° 4, octobre-décembre, p. 539-543.
- Hiebert, Janet. 1999. « Wrestling with Rights : Judges, Parliament and the Making of Social Policy ». *Choices*, vol. 5, p. 3-32.
- Hiebert, Janet. 2005. « Interpreting a Bill of Rights : The Importance of Legislative Rights Review ». *British Journal of Political Science*, vol. 35, n° 2, 235-255.
- Hirschl, Ran. 2002. « Resituating the Judicialization of Politics : Bush v. Gore as Global Trend ». *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 15, n° 2, p. 191-218.
- Hirschl, Ran. 2008b. « The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts ». *Annual Review of Political Science*, vol. 11, n° 1, p. 93-118.
- Hobbins, Alan John. 1993. « Canadian Unity and Quebec in 1942 : A Roundtable Discussion among John Humphrey, Hugh MacLennan and Émile Vaillancourt ». *Fontanus*, vol. 6, p. 119-141.
- Hobbins, Alan John. 1998. « Eleanor Roosevelt, John Humphrey And Canadian Opposition to the Universal Declaration of Human Rights : Looking Back on the 50th Annivesary of UNDHR ». *International Journal*, vol. 53, n° 2, printemps, p. 325-342.

- Hoffman, George. 2015. « Review : Growing to One World : The Life of J. King Gordon ». *Labour*, vol. 75, printemps, p. 281-283.
- Hogg, Peter W. 1976. « Proof of Facts in Constitutional Cases ». *University of Toronto Law Journal*, vol. 26, n° 4, automne, p. 386-408.
- Hogg, Peter W. 1980. « Constitutional Reform in Canada. Comment on the Canadian Constitutional Crisis ». *Yale Studies in World Public Order*, vol. 6, n° 2, p. 285-296.
- Hogg, Peter W. 1982. « Comments on Legislation and Judicial Decisions : Constitutional Law – Amendment of the British North America Act – Role of the Provinces ». *Canadian Bar Review*, vol. 60, n° 2, p. 307-334.
- Hogg, Peter W. 1987. « The Charter of Rights and American Theories of Interpretation ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 25, n° 1, p. 87-114.
- Hogg, Peter W. 2002. « The Charter Revolution : Is It Undemocratic? ». *Constitutional Forum*, vol. 12, n° 1, p. 1-8.
- Hogg, Peter W. et Annika Wang. 2017. « The Special Joint Committee on the Constitution of Canada, 1980-81 ». *The Supreme Court Law Review : Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 81, p. 3-23.
- Hogg, Peter W. et Allison A. Bushell. 1997. « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't such a Bad Thing After All) ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, n° 1, p. 75-124.
- Holloway, Ian. 2013. « The Evolved Context of Legal Education ». *Saskatchewan Law Review*, vol. 76, n° 1, p. 133-139.
- Hopkins, J. Castell. 1918. « The Shell Committee and Sir Sam Hughes : The Making of Munitions ». *Canadian Annual Review of Public Affairs. War Series. 1916*, p. 269-296. Toronto : The Canadian Annual Review Limited.
- Horowitz, Gad. 1966. « Conservatism, Liberalism, and Socialism in Canada : An Interpretation ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 32, n° 2, mai, p. 143-171.
- Horrall, Stan William. 1980. « The Royal North-West Mounted Police and Labour Unrest in Western Canada, 1919 ». *Canadian Historical Review*, vol. 61, n° 2, juin, p. 169-190.
- How, William Glen. 1948. « The Case for a Canadian Bill of Rights ». *Canadian Bar Review*, vol. 26, n° 5, p. 759.
- Howe, R. Brian. 1992. « Human Rights in Hard Times : The Post-War Canadian Experience ». *Canadian Public Administration*, vol. 35, n° 4, p. 464-484.
- Hudon, Edward G. 1981. « Quelques mots sur la recevabilité des éléments de preuve extrinsèques devant les tribunaux : le Canada et les États-Unis. » *Les Cahiers de droit*, vol. 22, n° 2, p. 371-382.
- Hudon, Raymond. 1986. « La commission Macdonald : principes et préceptes ». *Politique*, n° 9, hiver, p. 111-145.
- Hueglin, Thomas. 2003. « Federalism at the Crossroads : Old Meanings, New Significance ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 36, n° 2, juin, p. 275-294.

- Humphrey, John Peters. 1946a. « The Theory of the Separation of Functions ». *University of Toronto Law Journal*, vol. 6, n° 2, p. 331-360.
- Humphrey, John Peters. 1946b. « The Parent of Anarchy ». *International Journal*, vol. 1, n° 1, janvier, p. 11-21.
- Humphrey, John Peters. 1948. « International Protection of Human Rights ». *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 255, janvier, p. 15-21.
- Humphrey, John Peters. 1949. « The Universal Declaration of Human Rights ». *International Journal*, vol. 4, n° 4, automne, p. 351-361.
- Humphrey, John Peters. 1970. « Human Rights and Authority ». *University of Toronto Law Journal*, vol. 20, n° 4, automne, p. 412-421.
- Humphrey, John Peters. 1976. « Nationalism, Freedom and Social Justice ». *Dalhousie Review*, vol. 55, n° 4, p. 605-611.
- Hutchinson, Allan et Andrew Petter. 1988. « Private Rights/Public Wrongs : The Liberal Lie of the Charter ». *University of Toronto Law Journal*, vol. 38, n° 3, été, p. 278-297.
- Iacobucci, Frank. 2002. « The Charter : Twenty Years Later ». *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 21, p. 3-32.
- Ignatieff, Michael. 2013. « The Charter at Thirty ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 50, n° 3, p. i-v.
- Innis, Harold A. 1940. « The Rowell-Sirois Report ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 6, n° 4, novembre, p. 562-571.
- Ipperciel, Donald. 2008a. « Nationalisme et patriotisme de la Charte au Canada ». *International Journal of Canadian Studies*, n° 37, p. 57-79.
- Ipperciel, Donald. 2008b. « Where did Trudeau go wrong ? On the Question of Nationalism and Charter Patriotism in Canada ». *Constitutional Forum*, automne, vol. 17, n° 2, p. 39-47.
- Jung, Courtney, Ran Hirschl et Evan Rosevear, 2014. « Economic and Social Rights in National Constitutions ». *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, n° 4, p. 1043-1094.
- Kantorowicz, Ernst. 1951. « Pro Patri Mori in Medieval Political Thought ». *The American Historical Review*, vol. 56, n° 3, avril, p. 472-492.
- Kantorowicz, Ernst. 1995. « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit ». *Politix*, vol. 8, n° 32, p. 5-22.
- Kapoor, Devon. 2017. « Selecting the New Chief Justice ». *TheCourt.ca*, 2 novembre. En ligne : <http://www.thecourt.ca/selecting-the-new-chief-justice/>.
- Kar, Robin Bradley et Jason Mazzone. 2016. « The Garland Affair : What History and the Constitution Really Say About President Obama's Powers to Appoint a Replacement for Justice Scalia ». *New York University Law Review Online*, vol. 91, p. 53-113.
- Kaufmann, Eric. 2020. *Native Canadianism : a Neglected Tradition*. En ligne : <https://www.sneps.net/research-interests/canadian-identity/native-canadianism-a-neglected-tradition>.

- Kealey, Gregory S. 1984. « 1919 : The Canadian Labour Revolt ». *Labour*, vol. 13, printemps, p. 11-44.
- Kealey, Gregory S. 1992. « State Repression of Labour and the Left in Canada, 1914-20 : The Impact of the First World War ». *Canadian Historical Review*, vol. 73, n° 3, p. 281-314.
- Kennedy, Duncan. 1982. « Antonio Gramsci and the Legal System ». *American Legal Studies Association Forum*, vol. 6, n° 1, p. 32-37.
- Kennedy, William Paul Maclure. 1921. « Nationalism and Self-Determination ». *Canadian Historical Review*, vol. 2, n° 1, mars, p. 6-18.
- Kennedy, William Paul Maclure. 1931. « Three Views of Constitutional Law ». *Canadian Bar Review*, vol. 9, n° 8, p. 553.
- Kennedy, William Paul Maclure. 1937. « The British North America Act : Past and Future ». *Canadian Bar Review*, vol. 15, n° 6, p. 393.
- Kennedy, William Paul Maclure. 1942-1944. « The Interpretation of the British North America Act ». *Cambridge Law Journal*, vol. 8, n° 2, p. 146-160.
- Killian, Lewis M. 1996. « What or Who is a 'Minority' ? ». *Michigan Sociological Review*, n° 10, automne, p. 18-31.
- Kipling, Rudyard. 1899. « *The White Man's Burden : The United States and the Philippine Islands* ». *McClure's Magazine*, vol. 12, n° 4, février, p. 290
- Kloegman, Larissa. 2007. « A Democratic Defense of the Court Challenges Program ». *Constitutional Forum*, vol. 16, n° 3, p. 107-115.
- Koskeniemi, Martti. 2010. « *Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power* ». *Humanity : An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, vol. 1, n° 1, automne, p. 47-58.
- Kymlicka, Will. 2000. « Nation-Building and Minority Rights : Comparing West and East ». *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 26, n° 2, p. 183-212.
- Kymlicka, Will. 2018. « Liberal Multiculturalism as a Political Theory of State-Minority Relations ». *Political Theory*, vol. 46, n° 1, p. 81-91.
- Labelle, Micheline. 2015. « Multiculturalisme, interculturalisme, antiracisme : le traitement de l'altérité ». *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 31, n° 2, p. 31-53.
- Lacombe, Sylvie. 2009. « Fils légitimes de l'imaginaire national : les Canadiens français selon *The Beaver-Canada First*, organe des *Native Sons of Canada*, 1928-1929 ». *Mens*, vol. 9, n° 2, p. 207-241.
- Laforest, Guy. 1990. « La Révolution glorieuse, John Locke et l'impasse constitutionnelle du Canada ». *Les Cahiers de droit*, vol. 31, n° 2, p. 621-640.
- Laforest, Guy. 1992c. « Le Québec et l'éthique libérale de la sécession ». *Philosophiques*, vol. 19, n° 2, automne, p. 199-214.
- Lajoie, Andree. 1995. « The Implied Bill of Rights, the Charter and the Role of the Judiciary ». *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 44, p. 337-356.
- Lajoie, Andrée. 2000. « La primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du Renvoi sur la sécession du Québec ». *Politique et Sociétés*, vol. 19, n° 2-3, 2000, p. 31-41.

- Lamer, Antonio. 1994. « Canada's Legal Revolution. Judging in the Age of Charter Rights ». *Israel Law Review*, vol. 28, n° 4, automne, p. 579-588.
- Lampron, Louis-Philippe. 2012. « Hiérarchie des droits fondamentaux et protection des convictions religieuses en droit constitutionnel québécois et canadien ». *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 4, p. 43-60.
- Lampron, Louis-Philippe. 2020. « Cosmopolitisme, pluralisme et droits humains – le grand malentendu ». *Arguments*, vol. 22, n° 2, printemps-été, p. 130-137.
- Lampron, Louis-Philippe et Eugénie Brouillet. 2011. « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? ». *Revue générale de droit*, vol. 41, n° 1, p. 93-141.
- Langford, Malcolm. 2018. « Critiques of Human Rights ». *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 14, p. 69-89.
- Laplane, Laurent. 1972. « Les journaux québécois et la Charte de Victoria ». *L'Action nationale*, vol. 61, n° 8-9, avril-mai, p. 689-707.
- Lapointe-Gagnon, Valérie. 2018. « De l'atteinte de l'égalité entre les "deux peuples fondateurs" : débats sur le bilinguisme à la commission Laurendeau-Dunton, 1963-1971 ». *Bulletin d'histoire politique*, vol. 26, n° 2, p. 91-113.
- Laskin, Bora. 1941. « Case and Comment : *Re Rex v. Burt* ». *Canadian Bar Review*, vol. 19, n° 2, p. 133-139.
- Laskin, Bora. 1947. « "Peace, Order, and Good Government" Re-examined ». *Canadian Bar Review*, vol. 25, n° 10, p. 1054-1087.
- Laskin, Bora. 1951. « The Supreme Court of Canada : A Final Court of and for Canadians ». *Canadian Bar Review*, vol. 29, n° 10, p. 1038-1079.
- Laskin, Bora. 1954-1955. « Our Civil Liberties : The Role of the Supreme Court ». *Queen's Quarterly*, vol. 61, n° 4, hiver, p. 455-471.
- Laskin, Bora. 1959. « An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights ». *Canadian Bar Review*, vol. 37, n° 1, p. 77-134.
- Laskin, Bora. 1962. « Canada's Bill of Rights : A Dilemma for the Courts? ». *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, n° 2, avril, p. 519-536.
- Laskin, Bora. 1967. « Reflections of the Canadian Constitution After the First Century ». *Canadian Bar Review*, vol. 45, n° 3, p. 395-401.
- Laskin, Bora. 1978. « La Cour Suprême du Canada ». *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n° 1, janvier-mars, p. 139-147.
- Lawson, Guy. 2015. « Trudeau's Canada Again ». *The New York Times Magazine*, 8 décembre.
- Leclair, Jean. 2003. « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien ». *Revue du Barreau*, tome 63, Numéro spécial, p. 377-420.
- Le Dain, Gérald. 1967. « Reflections of the Canadian Constitution After the First Century ». *Canadian Bar Review*, vol. 45, n° 3, p. 402-408.
- Lederman, William R. 1959. « The Nature and Problems of a Bill of Rights ». *Canadian Bar Review*, vol. 37, n° 1, p. 4-15.

- Lederman, William R. 1966. « The Process of Constitutional Amendment for Canada ». *McGill Law Journal*, vol. 12, n° 4, p. 371-383.
- Lederman, William R. 1971. « Canadian Legal Education in the Second Half of the Twentieth Century ». *University of Toronto Law Journal*, vol. 21, n° 2, printemps, p. 141-161.
- Legendre, Pierre. 1993. « Ce que nous appelons le droit ». *Le Débat*, vol. 2, n° 74, p. 98-111.
- Léger, Jean-Marc. 1950. « De notre démocratie libérale comme expression de la volonté du peuple ». *L'Action nationale*, vol. 37, n° 3, novembre, p. 186-212.
- Leslie, Peter M. 1986. « L'aspect politique et collectif ». *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n° 1, p. 161-170.
- Leuchtenburg, William E. 2005. « When Franklin Roosevelt Clashed with the Supreme Court – and Lost ». *Smithsonian Magazine*, mai. En ligne : <https://www.smithsonianmag.com/history/when-franklin-roosevelt-clashed-with-the-supreme-court-and-lost-78497994/>.
- Leydet, Dominique. 1992. « Patriotisme constitutionnel et identité nationale ». *Philosophiques*, vol. 19, n° 2, p. 81-92.
- Liew, Jamie Chai Yun. 2012. « Finding Common Ground : Charter Remedies and Challenges for Marginalized Persons in Public Spaces ». *Canadian Journal of Poverty Law*, vol. 1, n° 1, p. 1-31.
- Lindsay, John. 2014. « The Power to React : Review and Discussion of Canada's Emergency Measures Legislation ». *International Journal of Human Rights*, vol. 18, n° 2, p. 159-177.
- Linz, Juan J. 1993. « State Building and Nation Building ». *European Review*, vol. 1, n° 4, p. 355-369.
- Litowitz, Douglas. 2000. « Gramsci, Hegemony, and the Law ». *Brigham Young University Law Review*, n° 2, p. 515-551.
- Logan, G. R. 1965. « Historical Sketch of the Supreme Court of Canada ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 3, n° 2, avril, p. 171-172.
- Lower, Arthur Reginald Marsden. 1936. « In Unknown Quebec ». *University of Toronto Quarterly*, vol. 6, n° 1, octobre, p. 89-102.
- Lower, Arthur Reginald Marsden. 1940. « Wartime Democracy in Canada ». *The New Republic*, vol. 102, 15 avril, p. 503.
- Lower, Arthur Reginald Marsden. 1949. « The Myth of Mass Immigration ». *Maclean's*, 15 mai.
- Luhmann, Niklas. 1989. « Le droit comme système social ». *Droit et Société*, n° 11-12, p. 53-67.
- Luhmann, Niklas. 1997. « Capitalisme et utopie ». *Archives de philosophie du droit*, vol. 41, p. 483-492.
- Macdonald, Roderick A. 1997. « F.R. Scott's Constitution ». *McGill Law Journal*, vol. 42, n° 1, p. 11-28.

- MacDonald, Ronald St. John. 1991. « Leadership in Law : John P. Humphrey and the Development of the International Law of Human Rights ». *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 29, p. 3-91.
- Macdonald, Vincent. 1937. « The Canadian Constitution Seventy Years After ». *Canadian Bar Review*, vol. 15, n° 6, p. 401-427.
- Macdonald, Vincent. 1951. « The Privy Council and the Canadian Constitution ». *Canadian Bar Review*, vol. 29, n° 10, p. 1021-1037.
- MacGuigan, Mark R. 1965. « The Development of Civil Liberties in Canada ». *Queen's Quarterly*, vol. 72, n° 2, été, p. 270-288.
- MacGuigan, Mark R. 1966. « Civil Liberties in the Canadian Federation ». *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 16, p. 1-15.
- Mackenzie, J. B. 1972. « Section 98, Criminal Code and Freedom of Expression in Canada ». *Queen's Law Journal*, vol. 1, n° 4, novembre, p. 469-483.
- Mackintosh, William Archibald. 1938. « Adam Shortt, 1859-1931 ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 4, n° 2, mai, p. 164-176.
- Mackintosh, William Archibald. 1953. « William Clifford Clark and Canadian Economic Policy ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, août, vol. 19, n° 3, p. 411-413.
- Maclean's. 1982. « Backroom king of the Ottawa jungle ». *Maclean's*, 24 mai, p. 22-23.
- MacNeil, Michael. 1988-1989. « Courts and Liberal Ideology : An Analysis of the Application of the Charter to Some Labour Law Issues ». *McGill Law Journal*, vol. 34, n° 1, janvier, p. 86-118.
- Mallory, Joseph. 1944. « The Courts and the Sovereignty of the Canadian Parliament ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 10, n° 2, mai, p. 165-178.
- Mandel, Michael. 1998. « A Brief History of the New Constitutionalism, or "How We Changed Everything so that Everything Would Remain the Same" ». *Israel Law Review*, vol. 32, n° 2, p. 250-300.
- Manderson, Desmond et Sarah Turner. 2006. « Coffee House : Habitus and Performance Among Law Students ». *Law & Social Inquiry*, vol. 31, n° 3, été, p. 649-676.
- Manfredi, Christopher P. 1990. « The Use of United States Decisions by the Supreme Court of Canada under the Charter of Rights and Freedoms ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 23, n° 3, septembre, p. 499-518.
- Manfredi, Christopher P. 1992. « The Canadian Supreme Court and American Judicial Review : United States Constitutional Jurisprudence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms ». *American Journal of Comparative Law*, vol. 40, n° 1, hiver, p. 213-235.
- Manin, Bernard. 1985. « Volonté générale ou délibération. Esquisse d'une théorie de la délibération politique ». *Le Débat*, vol. 1, n° 33, janvier-février, p. 72-93.
- Mann, Jatinder. 2012. « The Introduction of Multiculturalism in Canada and Australia, 1960s-1970s ». *Nations and Nationalism*, vol. 18, n° 3, p. 483-503.

- Mann, Jatinder. 2014. « 'Anglo-Conformity' : Assimilation Policy in Canada, 1890s-1950s. *International Journal of Canadian Studies*, vol. 50, p. 253-276.
- Mantovani, Dario. 2020. *Quand la santé devient politique. Salus populi suprema lex esto*. Paris : Fondation du Collège de France. En ligne : <https://www.fondation-cdf.fr/2020/05/13/quand-la-sante-devient-politique/>.
- Martin, Robert. 1982. « Criticising the Judges ». *McGill Law Journal*, vol. 28, n° 1, p. 1-30.
- Martin, Robert. 1988. « Ideology and Judging in the Supreme Court of Canada ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 26, n° 4, hiver, p. 797-832.
- Martin, Robert. 2005. « Notes on Emergency Powers in Canada ». *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 54, p. 161-177.
- Marx, Herbert. 1970. « The Emergency Power and Civil Liberties in Canada ». *McGill Law Journal*, vol. 16, n° 1, mars, p. 39-91.
- Marx, Herbert. 1972. « The Apprehended Insurrection of October 1970 and the Judicial Function ». *University of British Columbia Law Review*, vol. 7, n° 1, été, p. 55-70.
- Mazabraud, Bertrand. 2010. « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir ». *Cités*, vol. 2, n° 42, p. 127-189.
- McConnell, W.H. 1969. « The Genesis of the Canadian 'New Deal' ». *Journal of Canadian Studies*, vol. 4, n° 2, mai, p. 31-41.
- McCrossan, Michael et Kiera Ladner. 2016. « Eliminating Indigenous Jurisdictions : Federalism, the Supreme Court of Canada, and Territorial Rationalities of Power ». *Canadian Journal of Political Science*, vol. 49, n° 3, p. 411-431.
- McKay, Ian. 2000. « The Liberal Order Framework : A Prospectus for a Reconnaissance of Canadian History ». *The Canadian Historical Review*, vol. 81, n° 4, décembre, p. 617-645.
- McLachlin, Beverley. 2000. « Judicial Power and Democracy ». *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 12, septembre, p. 311-330.
- McLachlin, Beverley. 2003. « Canada's Coming of Age ». *Supreme Court Law Review*, vol. 19, p. 353-370.
- McLachlin, Beverley. 2007. « The Charter 25 Years Later : The Good, The Bad and The Challenges ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n° 2, p. 366-377.
- McLachlin, Beverley. 2016a. « Canadian Constitutionalism and the Ethic of Inclusion and Accommodation ». *Western Journal of Legal Studies*, vol. 6, n° 3, p. 1-12.
- McRae, Kenneth D. 1975. « The Principle of Territoriality and the Principle of Personality in Multilingual States ». *International Journal of the Sociology of Language*, vol. 4, p. 33-54.
- McRae, Kenneth D. 1978. « Bilingual Language Districts in Finland and Canada : Adventures in the Transplanting of an Institution ». *Canadian Public Policy*, vol. 4, n° 3, été, p. 331-351.
- McRae, Kenneth D. 1979. « The Plural Society and the Western Political Tradition ». *Canadian Journal of Political Science*, vol. 12, n° 4, décembre, p. 675-688.
- McWhinney, Edward. 1961. « The New Canadian Bill of Rights ». *The American Journal of Comparative Law*, vol. 10, n° 1-2, janvier, p. 87-99.

- Mérand, Frédéric et Vincent Pouliot. 2008. « Le monde de Pierre Bourdieu : Éléments pour une théorie sociale des Relations internationales ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 43, n° 3, septembre, p. 603-625.
- Miliband, Ralph. 1970. « The Capitalist State : Reply to Nicos Poulantzas ». *New Left Review*, vol. 1, n° 59, janvier-février, p. 53-60.
- Miliband, Ralph. 1973b. « Poulantzas and the Capitalist State ». *New Left Review*, vol. 1, n° 82, novembre-décembre, p. 83-92.
- Mills, Allen. 1997. « Of Charters and Justice : The Social Thought of F.R. Scott, 1930–1985 ». *Journal of Canadian Studies*, vol. 32, n° 1, printemps, p. 44-62.
- Molinaro, Dennis. 2017. « How the Cold War Began... with British Help : The Gouzenko Affair Revisited ». *Labour*, vol. 79, printemps, p. 143-155.
- Monahan, Patrick J. 2007. « In Memoriam : The Gerald Eric Le Dain ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n° 4, p. 655-656.
- Morin, Claude. 1972. « Le cul-de-sac de Victoria ». *L'Action nationale*, vol. 61, n° 8-9, avril-mai, p. 623-650.
- Morin, Claude. 1985. « L'expérience canadienne et québécoise de révision constitutionnelle : leçons et perspectives ». *Les Cahiers de Droit*, vol. 26, n° 1, mars, p. 29-55.
- Morin, Jacques-Yvan. 1963. « Une Charte des droits de l'homme pour le Québec ». *Revue de droit de McGill*, vol. 9, n° 4 p. 273-316.
- Morin, Jacques-Yvan. 1965a. « A Constitutional Court for Canada ». *Canadian Bar Review*, vol. 43, n° 4, décembre, p. 545-552.
- Morin, Jacques-Yvan. 1965c. « La conclusion d'accords internationaux par les provinces canadiennes à la lumière du droit comparé ». *Annuaire canadien de droit international*, vol. 3, p. 127-186.
- Morin, Jacques-Yvan. 1967. « Le Québec et l'arbitrage constitutionnel : de Charybde en Scylla ». *Canadian Bar Review*, vol. 45, n° 3, p. 608-627.
- Morin, Jacques-Yvan. 1972. « De la “formule Fulton-Favreau” à la “Charte de Victoria”. *L'Action nationale*, vol. 61, n° 8-9, avril-mai, p. 668-680.
- Müller, Jan-Werner. 2008. « Constitutional Patriotism : An Introduction ». *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n° 1, p. 67-71.
- Nadeau, Alain-Robert. 2006. « La Charte des droits et libertés de la personne : origines, enjeux et perspectives ». *Revue du Barreau*, numéro thématique hors série, p. 1-32.
- Nemni, Max. 1994. « The Case Against Quebec Nationalism ». *The Canadian review of American studies*, vol. 24, n° 2, p. 171-195.
- Nemni, Max. 1999. « Deux nationalismes canadiens de souche québécoise ». *Cité libre*, vol. 27, n° 4, automne, p. 39-47.
- Nemni, Max. 2007. « La Charte canadienne des droits et libertés : reflet d'un humanisme chrétien ». *Options politiques*, février, p. 60-64.
- Neves, Marcelo. 2004. « La force symbolique des droits de l'homme ». *Droit et société*, vol. 3, n° 58, p. 599-629.

- Nieguth, Tim. 1999. « Privilege or Recognition ? The Myth of State Neutrality ». *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 2, n° 2, p. 112-131.
- Nieguth, Tim et Tracey Raney. 2017. « Nation-Building and Canada's National Symbolic Order, 1993-2015 ». *Nations and Nationalism*, vol. 23, n° 1, p. 87-108.
- Noreau, Pierre et André-Jean Arnaud. 1998. « The Sociology of Law in France : Trends and Paradigms ». *Journal of Law and Society*, vol. 25, n° 2, juin, p. 257-283.
- O'Neill, Brenda. 2001. « Generational Patterns in the Political Opinions and Behaviour of Canadians. Separating the Wheat from the Chaff ». *Policy Matters*, vol. 2, n° 5, 48 p.
- Parsons, Talcott. 1957. « The Distribution of Power in American Society ». *World Politics*, vol. 10, n° 1, octobre, p. 123-143.
- Patrias, Carmela. 2006. « Socialists, Jews, and the 1947 Saskatchewan Bill of Rights ». *Canadian Historical Review*, vol. 87, n° 2, juin, p. 265-292.
- Pelletier, Benoît. 2017. « La modification et la réforme de la Constitution canadienne ». *Revue générale de droit*, vol. 47, n° 2, p. 459-517.
- Peter, Yacobucci et Hennessy Gregory. 2016 « Is Anyone Listening ? The Politicization of the Judiciary and the Loss of Authority : An Initial Assessment ». *Journal of Political Sciences and Public Affairs*, vol. 4, n° 3, 8 p.
- Petryshyn, Jaroslav. 1982. « Class Conflict and Civil Liberties : The Origins and Activities of the Canadian Labour Defense League, 1925-1940 ». *Labour*, vol. 10, automne, p. 39-63.
- Petter, Andrew et Allan Hutchinson. 1989. « Rights in Conflict : The Dilemma of Charter Legitimacy ». *University of British Columbia Law Review*, vol. 23, n° 3, p. 531-548.
- Philips, Dana. 2013. « Public Interest Standing, Access to Justice, and Democracy under the Charter : Canada (AG) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence ». *Constitutional Forum*, vol. 22, n° 2, p. 21-31.
- Pierson, Paul. 2000. « Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics ». *American Political Science Review*, vol. 94, n° 2, juin, p. 251-267.
- Pigeon, Louis-Philippe. 1959. « The Bill of Rights and the British North America Act ». *Revue du Barreau canadien*, vol. 37, n° 1, mars, p. 66-76.
- Pigeon, Louis-Philippe. 1966. « Le sens de la formule Fulton-Favreau ». *McGill Law Journal*, vol. 12, n° 4, p. 403-419.
- Poulantzas, Nicos. 1969. « The Problem of the Capitalist State ». *New Left Review*, vol. 1, n° 58, novembre-décembre, p. 67-78.
- Pound, Roscoe. 1908. « Mechanical Jurisprudence ». *Columbia Law Review*, vol. 8, n° 8, p. 605-623.
- Pound, Roscoe. 1911a. « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. I. Schools of Jurists and Methods of Jurisprudence ». *Harvard Law Review*, vol. 24, n° 8, juin, p. 591-619.

- Pound, Roscoe. 1911b. « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. II. Logical Jurisprudence » *Harvard Law Review*, vol. 25, n° 2, décembre, p. 140-168.
- Pound, Roscoe. 1912a. « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. III. Sociological Jurisprudence ». *Harvard Law Review*, vol. 25, n° 6, avril, p. 489-516.
- Pound, Roscoe. 1912b. « Social Problems and the Courts ». *American Journal of Sociology*, vol. 18, n° 3, novembre, p. 331-341.
- Preece, Rod. 1984. « The Political Wisdom of Sir John A. Macdonald ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 17, n° 3, septembre, p. 459-486.
- Racine, Pierre. 2008. « Aux origines du droit public. La législation de Frédéric Barberousse à la Diète de Roncaglia (1158) ». *Le Moyen Age. Revue d'histoire et de philologie*, vol. 114, n° 2, p. 361-368.
- Rainville, Paul-Étienne. 2013. « À l'origine d'un mouvement social des droits humains ». *Revue Droits et libertés*, numéro spécial *Au cœur des luttes, 1963-2013*. En ligne : <https://liguedesdroits.ca/a-lorigine-dun-mouvement-social-des-droits-humains/>.
- Rainville, Paul-Étienne. 2018. « Au nom de l'ordre ou de la liberté ? Le Congrès juif canadien face à la répression des libertés civiles et des droits des minorités religieuses au Québec (1945–1954) ». *Canadian Historical Review*, vol. 99, n° 2, juin, p. 196-224.
- Rand, Ivan. 1954. « Legal Education in Canada ». *Canadian Bar Review*, vol. 32, p. 387-418.
- Rand, Ivan. 2010. « The Supreme Court of Canada ». *Manitoba Law Journal*, vol. 34, n° 1, p. 2-23.
- Rawls, John. 1985. « Justice as Fairness : Political not Metaphysical ». *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, n° 3, été, p. 223-251.
- Reid, Scott. 2013. « The Persons Case Eight Decades Later : Reappraising Canada's Most Misunderstood Court Ruling ». *SSRN*, 31 janvier, p. 1-31. En ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2209846.
- Rémillard, Gil. 1981. « Commentaries : The Entrenchment of a Bill of Rights ». *Alberta Law Review*, vol. 19, n° 3, p. 387-390.
- Rémillard, Gil. 1984. « Historique du rapatriement ». *Les Cahiers de droit*, vol. 25, n° 1, p. 15-97.
- Requejo, Ferran. 2010. « Revealing the Dark Side of Traditional Democracies in Plurinational Societies : The Case of Catalonia and the Spanish 'Estado de las Autonomías' ». *Nations and Nationalism*, vol. 16, n° 1, p. 148-168.
- Resnick, Philip. 1987. « Montesquieu Revisited, or the Mixed Constitution and the Separation of Powers in Canada ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 20, n° 1, mars, p. 97-115.
- Resnick, Philip. 1994a. « The Crisis of Multi-National Federations : Post-Charlottetown Reflections ». *Review of Constitutional Studies*, vol. 1, n° 2, p. 189-202.

- Roberts-Moore, Judith. 1986. « The Office of the Custodian of Enemy Property : An Overview of the Office and its Records, 1920-1952 ». *Archivaria*, n° 22, été, p. 95-106.
- Rocher, François. 2007. « The End of the “Two Solitudes” ? The Presence (Or Absence) of the Work of French-Speaking Scholars in Canadian Politics ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 40, n° 4, p. 833-857.
- Rocher, François et Daniel Salée. 1991. « Charte et société : vers un nouvel ordre politique canadien ? ». *Politique*, n° 20, automne, p. 35-64.
- Romney, Paul. 1991. « From Railway Construction to Constitutional Construction : John Wellington Gwynne’s National Dream ». *Manitoba Law Journal*, vol. 20, n° 1, p. 91-106.
- Ross, Susan Mallon, Karen Wilson et Janice Adderley. 2000. « Juridical Distinctions in Canadian Child Pornography Cases – Philosophical Perspectives, Following Bourdieu ». *Free Speech Yearbook*, vol. 38, n° 1, p. 127-141.
- Rosenthal, Peter. 1991. « The New Emergencies Act : Four Times the War Measures Act ». *Manitoba Law Journal*, vol. 20, n° 3, p. 563-599.
- Roth, Erin C. 2007. « John Peters Humphrey : Canadian Nationalist and World Government Advocate ». *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 45, p. 305-346.
- Rothney, Gordon O. 1947. « Compte rendu de *Colony to Nation : A History of Canada* ». *Revue d’histoire de l’Amérique française*, vol. 1, n° 1, p. 143-147.
- Roussel, Violaine. 2004. « Le droit et ses formes. Éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu ». *Droit et société*, vol. 1, n° 56-57, p. 41-55.
- Roux, Sébastien, Gisèle Sapiro, Christophe Charle et Franck Poupeau, 2014, « Penser l’État », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 1, n° 201-202, p. 4-10.
- Roy, Raoul. 1963-1964. « Une lutte réelle de décolonisation, entrevue avec Jacques Berque ». *Revue Socialiste*, n° 7, hiver, p. 1-5.
- Russell, Peter H. 1969. « A Democratic Approach to Civil Liberties ». *University of Toronto Law Journal*, vol. 19, n° 2, printemps, p. 109-131.
- Russell, Peter H. 1975. « The Political Role of the Supreme Court of Canada in its First Century ». *Canadian Bar Review*, vol. 53, n° 3, p. 576-596.
- Russell, Peter H. 1980. « Introduction : History and Development of the Court in National Society : The Canadian Supreme Court ». *Canada-United States Law Journal*, vol. 3, été, p. 4-12.
- Russell, Peter H. 1983. « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms ». *The Canadian Bar Review*, vol. 61, n° 1, mars, p. 30-54.
- Russell, Peter H. 1986. « Overcoming Legal Formalism : The Treatment of the Constitution, the Courts and Judicial Behaviour in Canadian Political Science ». *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 1, p. 5-33.
- Russell, Peter H. 1990. « The Diffusion of Judicial Review : The Commonwealth, the United States, and the Canadian Case ». *Policy Studies Journal*, vol. 19, n° 1, automne, p. 116-126.

- Russell, Peter H. 2011. « The Patriation and Quebec Veto References : The Supreme Court Wrestles with the Political Part of the Constitution ». *The Supreme Court Law Review : Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 54, p. 69- 76.
- Ryder, Bruce. 2001. « The Past and Future of Canadian Generalist Law Journals ». *Alberta Law Review*, vol. 39, n° 3, p. 625-639.
- Ryder, Bruce. 2007. « In Memoriam : To Make a Difference ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n° 4, p. 660-663.
- Sautter, Ugo. 1982. « Measuring Unemployment in Canada : Federal Efforts before World War II ». *Social History*, vol. 15, n° 30, novembre, p. 475-87.
- Savoie, Donald. 1999a. « The Rise of Court Government in Canada ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 32, n° 4, décembre, p. 635-664.
- Savoie, Donald. 2000. « The Prime Minister of Canada : Primus in All Things ». *Inroads : A Journal of Opinion*, vol. 9, p. 37-46.
- Schabas, William Anthony et Daniel Turp. 1989. « La Charte canadienne des droits et libertés et le droit international : Les enseignements de la Cour suprême du Canada dans les affaires Keegstra, Andrews et Taylor ». *Revue québécoise de droit international*, vol. 6, n° 1, p. 12-25.
- Schabas, William Anthony. 1998. « Le Canada et l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme. » *Revue québécoise de droit international*, vol. 11, n° 2, p. 67-102.
- Schiller, Herbert. 1975-1976. « Communication and Cultural Domination ». *International Journal of Politics*, vol. 5, n° 4, hiver, p. 1-127.
- Schmeiser, Douglas A. 1981. « The Entrenchment of a Bill of Rights ». *Alberta Law Review*, vol. 19, n° 3, p. 375-383.
- Scott, Frank R. 1932. « Trial of the Toronto Communists ». *Queen's Quarterly*, vol. 39, p. 512-527.
- Scott, Frank R. 1934a. « The Fascist Province ». *Canadian Forum*, vol. 14, avril, p. 251-252.
- Scott, Frank R. 1937a. « The Consequences of the Privy Council Decisions ». *Canadian Bar Review*, vol. 16, n° 6, p. 485-494.
- Scott, Frank R. 1937b. « The Privy Council and Mr. Bennett's 'New Deal' ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 3, n° 2, mai, p. 234-241.
- Scott, Frank R. 1938a. « Embryo Fascism in Quebec ». *Foreign Affairs*, avril, p. 454-466. En ligne : <https://www.foreignaffairs.com/articles/canada/1938-04-01/embryo-fascism-quebec>.
- Scott, Frank R. 1938c. « The Royal Commission on Dominion-Provincial Relations ». *University of Toronto Quarterly*, vol. 7, n° 2, janvier, p. 141-151.
- Scott, Frank R. 1939. « A Policy of Neutrality for Canada ». *Foreign Affairs*, vol. 17, n° 2, janvier, p. 402-416.
- Scott, Frank R. 1947. « The Rights of Man ». *United Nations Weekly Bulletin*, vol. 3, n° 25, 16 décembre, p. 813.

- Scott, Frank R. 1951. « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism ». *Canadian Bar Review*, vol. 29, n° 10, p. 1095-1125.
- Seijas Villadangos, María Esther. 2016. « Origin of Parliamentarism : An Historical Review From its Crisis : León (Spain) as Cradle of Parliamentarism ». *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, vol. 88, n° 2, p. 2-25. En ligne : <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/12100>.
- Senghor, Léopold Sédar *et al.*. 1956. « Dialogue ». *Présence africaine*, vol. 3, n° VIII-IX-X, p. 366-378.
- Shafer, Boyd C. 1958. « Nationalism – Some Myths and Realities ». *Journal of international Affairs*, vol. 12, n° 2, p. 173-181.
- Shapiro, Martin. 1994. « Juridicalization of Politics in the United States ». *International Political Science Review*, vol. 15, n° 2, avril, p. 101-112.
- Sharpe, Robert J. 2013a. « Access to Charter Justice ». *The Supreme Court Law Review : Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 63, p. 3-13.
- Sharpe, Robert J. 2013b. « The Persons Case and the Living Tree Theory of Constitutional Interpretation ». *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 64, p. 1-18.
- Sigurdson, Richard. 1993a. « Left- and Right-Wing Charterphobia in Canada. A Critique of the Critics ». *Revue internationale d'études canadiennes*, n° 7-8, p. 95-114.
- Sigurdson, Richard. 1993b. « The Left-Legal Critique of the Charter : A Critical Assessment ». *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 13, p. 117-155.
- Skinner, Quentin, Astrid von Busekist, Mathieu Hauchecorne et Frédérique Matonti. 2017. « Nous sommes peut-être beaucoup moins libres que nous le pensons. Entretien avec Quentin Skinner ». *Raisons politiques*, vol. 3, n° 67, p. 185-203.
- Smiley, Donald V. 1969. « The Case against the Canadian Charter of Human Rights ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 2, n° 3, septembre, p. 277-291.
- Smith, David Edward. 1969. « Emergency Government in Canada ». *Canadian Historical Review*, vol. 50, n° 4, décembre, p. 429-448.
- Smith, Herbert A. 1926. « The Residue of Power in Canada ». *The Canadian Bar Review*, vol. 4, n° 7, p. 432-439.
- Smith, Herbert A. 1927. « Interpretation in English and Continental Law ». *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 9, n° 4, p. 153-164.
- Smith, Jennifer. 1983. « The Origins of Judicial Review in Canada ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 16, n° 1, p. 115-134.
- Smith, Jennifer. 1999. « Democracy and the Canadian House of Commons at the Millennium ». *Canadian Public Administration*, vol. 42, n° 4, p. 398-421.
- Smith, Miriam. 2007. « The Impact of the Charter : Untangling the Effects of Institutional Change ». *International Journal of Canadian Studies*, n° 36, 2007, p. 17-40.
- Sniderman, Paul, Joseph Fletcher, Peter Russell et Philip Tetlock. 1989. « Political Culture and the Problem of Double Standards : Mass and Elite Attitudes toward

- Language Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 22, n° 2, juin, p. 259-284.
- Stewart, Herbert Leslie. 1946. « Current Magazines : The Espionage Shock in Canada ». *Dalhousie Review*, vol. 26, n° 2, p. 239-248.
- St-Hilaire, Maxime. 2014. « Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique : bonne décision, mauvaises raisons ». *Revue générale de droit*, vol. 44, n° 2, p. 445-504.
- St-Laurent, Louis. 1931. « Presidential Address ». *Canadian Bar Review*, vol. 9, n° 8, p. 525-537.
- Stokes, Allyson et John McLevey. 2016. « From Porter to Bourdieu: The Evolving Specialty Structure of English Canadian Sociology, 1966 to 2014 ». *Canadian Review of Sociology*, vol. 53, n° 2, mai, p. 176-202.
- Strain, J. Frank. 1986. « Norman McLeod Rogers : A Neglected Nova Scotian Contributor to Regional Economics ». *The Dalhousie Review*, vol. 66, n° 3, automne, p. 275-281.
- Strayer, Barry L. 2007. « The Constitution Act, 1982 : The Foreseen and Unforeseen ». *Constitutional Forum*, vol. 16, n° 2, p. 51-61.
- Streeck, Wolfgang. 2019. « Un empire européen en voie d'éclatement ». *Le Monde diplomatique*, mai, p. 1 et 20-21.
- Sugarman, David. 1983. « Review : The Legal Boundaries of Liberty : Dicey, Liberalism and Legal Science ». *The Modern Law Review*, vol. 46, n° 1, janvier, p. 102-111.
- Swartz, David. 2006. « Pierre Bourdieu and North American Political Sociology : Why He Doesn't Fit In But Should ». *French Politics*, vol. 4, n° 1, p. 84-99.
- Taras, David. 2000. « Mass Media Reporting of Canadian Supreme Court Decisions : Mapping the Terrain ». *Canadian Journal of Communication*, vol. 25, n° 3, mars. En ligne : <https://www.cjc-online.ca/index.php/journal/article/view/1166/1085>.
- Thomas, David M. 1993. « Turning a Blind Eye : Constitutional Abeyances and the Canadian Experience ». *International Journal of Canadian Studies*, vol. 7-8, printemps-automne, p. 63-78.
- Tierney, Brian. 1966. « Medieval Canon Law and Western Constitutionalism ». *The Catholic Historical Review*, vol. 52, n° 1, avril, p. 1-17.
- Tremblay, André. 1991-1992. « L'interprétation judiciaire et les dilemmes de la réforme constitutionnelle au Canada ». *National Journal of Constitutional Law*, vol. 1, p. 179-195.
- Trent, John. 1977. « Terrain d'entente et territoires contestés : les positions fédérales et provinciales à l'égard de l'avenir constitutionnel du Canada ». *Études internationales*, vol. 8, n° 2, p. 172-196.
- Trochev, Alexei. 2004. « Less Democracy, More Courts: A Puzzle of Judicial Review in Russia ». *Law and Society Review*, vol. 38, n° 3, p. 513-548.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1954b. « De libro, tributo et quibusdam aliis ». *Cité Libre*, n° 10, octobre, p. 1-16.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1958a. « Some Obstacles to Democracy in Quebec ». *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 24, n° 3, août, p. 297-311.

- Trudeau, Pierre Elliott. 1958b. « Un manifeste démocratique ». *Cité libre*, n° 22, octobre, p. 1-31.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1962a. « Economic Rights ». *McGill Law Journal*, vol. 8, n° 2, p. 121-125.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1962b. « La nouvelle trahison des clercs ». *Cité Libre*, n° 46, avril, p. 3-16.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1963. « Pearson ou l'abdication de l'esprit ». *Cité Libre*, n° 56, avril, p. 7-12.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1964a. « We Need a Bill of Rights, Not a New Version of the B.N.A. Act ». *Maclean's*, vol. 77, 8 février, p. 24-25.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1964b. « Les séparatistes : des contre-révolutionnaires ». *Cité libre*, n° 67, mai, p. 2-6.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1985. « Le défi ». *Les Cahiers de Droit*, vol. 26, n° 1, mars, p. 15-27.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1991a. « Convocation Speech at the Opening of the Bora Laskin Law Library ». *University of Toronto Law Journal*, vol. 41, n° 3, été, p. 295-306.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1991b. « The Challenge of Equality and Other Things ». *Stanford Journal of international Law*, vol. 26, n° 2, printemps, p. 371-390.
- Trudeau, Pierre Elliott, Albert Breton, Raymond Breton, Claude Bruneau, Yvon Gauthier, Marc Lalond et Maurice Pinard. 1964. « Pour une politique fonctionnelle », *Cité Libre*, n° 67, mai, p. 11-17.
- Tucker, Albert W. 1983. « The Mathematics of Tucker : A Sampler. A Two-Person Dilemma : The Prisoner's Dilemma ». *The Two-Year College Mathematics Journal*, vol. 14, n° 3, juin, p. 228-232.
- Tucker, Eric. 2008. « The Constitutional Right to Bargain Collectively : The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada ». *Labour*, vol. 61, printemps, p. 151-180.
- Tuckness, Alex. 2003. « Discourses of Resistance in the American Revolution ». *Journal of the History of Ideas*, vol. 64, n° 4, octobre, p. 547-563.
- Tully, James. 1983. « The Pen is a Mighty Sword : Quentin Skinner's Analysis of Politics ». *British Journal of Political Science*, vol. 13, n° 4, p. 489-509.
- Tully, James. 1995a. « Let's Talk – The Quebec Referendum and Canada's Future. Part One ». *Canada Watch*, vol. 3, n° 7, mai-juin, p. 104-108.
- Tully, James. 1995b. « Let's Talk – The Quebec Referendum and Canada's Future. Part Two ». *Canada Watch*, vol. 4, n° 1, septembre-octobre, p. 10-12.
- Tully, James. 1999a. « Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales », *Globe*, vol. 2, n° 2, p. 13-36.
- Valverde, Mariana. 2005. « Authorizing the Production of Urban Moral Order : Appellate Courts and Their Knowledge Games ». *Law & Society Review*, vol. 39, n° 2, juin, p. 419-455.
- Van Campenhout, Luc. 2012. « Réseau ou champ ? Deux concepts à l'épreuve du pouvoir dans le "travail en réseau" ». *Cités*, n° 51, p. 47 à 63.

- Vandycke, Robert. 1990. « La Charte constitutionnelle et les droits économiques, sociaux et culturels ». *Annuaire canadien des droits de la personne, 1989-1990*, vol. 3, p. 167-183.
- Vipond, Robert. 1985. « Constitutional Politics and the Legacy of the Provincial Rights Movement in Canada ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 18, n° 2, juin, p. 267-294.
- Vipond, Robert. 1989. « 1787 and 1867 : The Federal Principle and Canadian Confederation Reconsidered ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 22, n° 1, mars, p. 3-25.
- Vipond, Robert. 1996. « Citizenship and the Charter of Rights : The Two Sides of Pierre Trudeau ». *International journal of Canadian studies*, vol. 14, p. 179-192.
- Wacquant, Loïc. 2010. « La fabrique de l'État néolibéral : “Workfare”, “Prisonfare” et insécurité sociale ». *Civilisations*, vol. 59, n° 1, p. 151-173.
- Watts, Ronald. 1999. « Processes of Constitutional Restructuring : the Canadian Experience in Comparative Perspective ». *Working Papers*, n° 1. Kingston : Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 16 p.
- Warren, Jean-Philippe. 2014. « Penser l'histoire politique au Québec avec Pierre Bourdieu : précisions conceptuelles et défis pratiques ». *Bulletin d'histoire politique*, vol. 22, n° 2, p. 7-21.
- Weinrib, Lorraine. 1999a. « Canada's Constitutional Revolution : From Legislative State to Constitutional State ». *Israel Law Review*, vol. 33, n° 1, p. 13-50.
- Weinrib, Lorraine. 1999b. « The Activist Constitution ». *Options politiques*, vol. 20, avril, p. 27-30.
- Weinrib, Lorraine. 2007. « “This New Democracy...” : Justice Iacobucci and Canada's Rights Revolution ». *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, n° 2, printemps, p. 399-413.
- Whitaker, Reg. 1986. « Official Repression of Communism During World War II ». *Labour*, vol. 17, printemps, p. 135-166.
- Whitaker, Reg. 1993. « Apprehended Insurrection ? RCMP Intelligence and the October Crisis ». *Queen's Quarterly*, vol. 100, n° 2, été, p. 383-406.
- Whitaker, Reg. 2012. « The Post-9/11 National Security Regime in Canada : Strengthening Security, Diminishing Accountability ». *Review of Constitutional Studies*, vol. 16, n° 2, p. 139-158.
- Whyte, John D.. 2013. « Patriation Myth. It took more than Trudeau's vision to bring the constitution home ». *Literary Review of Canada*, vol. 21, n° 4, mai. En ligne : <https://reviewcanada.ca/magazine/2013/05/patriation-myth/>.
- Winter, Yves. 2012. « Violence and Visibility ». *New Political Science*, vol. 34, n° 2, p. 195-202.
- Woehrling, José. 1986. « La Constitution canadienne et la protection des minorités ethniques ». *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n° 1, p. 171-188.
- Woehrling, José. 2000. « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada ». *McGill Law Journal*, vol. 46, n° 1, p. 21-68.

- Woodsworth, James Shaver. 1935b. « Political Democracy ». *University of Toronto Quarterly*, vol. 4, n° 3, avril, p. 296-314.
- Yoo, John Choon. 1992. « Marshall's Plan : The Early Supreme Court and Statutory Interpretation ». *The Yale Law Journal*, vol. 101, n° 7, mai, p. 1607-1630.
- Young, Walter D. 1974. « M. J. Coldwell : The Making of a Social Democrat ». *Journal of Canadian Studies*, vol. 9, n° 3, août, p. 50-60.

14. Chapitres de livre

- Abella, Irving. 1974a. « Introduction », dans Irving Abella (dir.), *On Strike. Six key Labour Struggles in Canada, 1919-1949*, p. xii-xv. Toronto : James Lorimer.
- Abella, Irving. 1974b. « Oshawa, 1937 », dans Irving Abella (dir.), *On Strike. Six key Labour Struggles in Canada, 1919-1949*, p. 93-128. Toronto : James Lorimer.
- Abella, Irving. 1988. « Foreword », dans Barbara Roberts, *Whence They Came. Deportation from Canada, 1900-1935*, p. vii-ix. Ottawa : University of Ottawa Press.
- Adams, Eric. 2015b. « Constitutional Nationalism : Politics, Law, and Culture on the Road to Patriation », dans Lois Harder et Steve Patten (dir.), *Patriation and its Consequences : Constitution Making in Canada*, p. 49-71. Vancouver : University of British Columbia Press.
- Althusser, Louis. 1976. « Idéologie et appareil idéologique d'État », dans *Positions*, p. 79-137. Paris : Éditions sociales.
- Alves da Fonseca, Marcio. 2013. « Droit, disciplines et arts de gouverner », dans *Michel Foucault et le droit*, p. 113-179. Paris : Éditions L'Harmattan.
- Angers, François-Albert. 1997. « Les relations fédérales-provinciales sous le régime Duplessis », dans Alain-G. Gagnon et Michel Sarra-Bournet (dir.), *Duplessis. Entre la grande noirceur et la société libérale*, p. 231-243. Montréal : Québec/Amérique, 1997.
- Aquin, Hubert. 1977. « La fatigue culturelle du Canada français », dans *Blocs erratiques. Textes (1948-1977)*, p. 69-103. Montréal : Les Éditions Quinze.
- Arès, Richard. 1970. « La Constitution », dans Louis Sabourin (dir.), *Le système politique du Canada. Institutions fédérales et québécoises*, p. 35-50. Ottawa : Éditions de l'Université d'Ottawa.
- Aron, Raymond. 1965. « Les régimes constitutionnels-pluralistes », dans *Démocratie et totalitarisme*, p. 111-222. Paris : Éditions Gallimard.
- Artous, Antoine. 2005. « Marx et le droit légal : retour critique », dans Didier Hanne et Antoine Artous, *Droit et émancipation*, p. 49-93. Paris : Éditions Syllepse.
- Baker, G. Blaine et Jim Philips. 2006. « Introduction », dans R. C. B. Risk, *A History of Canadian Legal Thought : Collected Essays*, p. 3-29. Toronto : The Osgoode Society for Canadian Legal History.
- Bazowski, Raymond. 1992. « Collective Action in the Age of the Charter », dans Alain-G. Gagnon et A. Brian Tanguay (dir.), *Democracy with Justice : Essays in*

- Honour of Khayyam Zev Paltiel*, p. 52-65. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Bazowski, Raymond. 2009. « The Judiciary and the Charter », dans James Bickerton et Alain-G. Gagnon (dir.), *Canadian Politics*, 5^e édition, p. 197-218. Toronto : University of Toronto Press.
- Bazowski, Raymond. 2020. « Judicial Politics in the Age of the Charter », dans James Bickerton et Alain-G. Gagnon (dir.), *Canadian Politics*, 7^e édition. Toronto : University of Toronto Press.
- Bélanger, André-J. 1977. « L'émergence de l'homme abstrait : Cité libre », dans *Ruptures et constantes. Quatre idéologies du Québec en éclatement : la Relève, la JEC, Cité libre, Parti pris*, p. 65-135. Lasalle : Hurtubise HMH.
- Bensaïd, Daniel. 2009. « Le scandale permanent », dans *Démocratie, dans quel état ?*, p. 27-58. Paris : La Fabrique.
- Benveniste, Émile. 1969. « Le droit », dans *Le vocabulaire des institutions indo-européennes, 2. Pouvoir droit, religion*, p. 97-175. Paris : Les Éditions de Minuit.
- Bercuson, David. 1974. « The Winnipeg General Strike », dans Irving Abella (dir.), *On Strike. Six key Labour Struggles in Canada, 1919-1949*, p. 1-32. Toronto : James Lorimer.
- Berger, Thomas. 1983. « F.R. Scott and the Idea of Canada », dans Sandra Djwa et Ronald St. John MacDonald (dir.), *On F.R. Scott. Essays on His Contributions to Law, Literature, and Politics*, p. 179-190. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Berger, Stefan et Alexei Miller. 2015. « Introduction : Building Nations In and With Empires – A Reassessment », dans Stefan Berger et Alexei Miller (dir.), *Nationalizing Empires*, p. 1-30. Budapest : Central European University Press.
- Bergeron, Gérard. 1980. « L'État du Québec sous le fédéralisme canadien », dans Gérard Bergeron et Vincent Lemieux (dir.), *L'État du Québec en devenir*, p. 331-350 (p. 6-32, pour l'édition en ligne). Montréal : Boréal. En ligne : http://classiques.ugac.ca/contemporains/bergeron_gerard/Etat_du_Qc_sous_federalisme/Etat_du_Qc_sous_federalisme.pdf.
- Bergeron, Michael. 2016. « Nègres blancs d'amérique : entre critiques et dénonciations », dans Patrick Dramé, Pascal Scallon-Chouinard et Françoise Nozati (dir.), *Décolonisation et construction nationale : Afrique, Asie et Québec*, p. 86-100. Sherbrooke : Éditions de l'université de Sherbrooke.
- Berlin, Isaiah. 1969. « Two Concepts of Liberty », dans *Four Essays on Liberty*, p. 118-172. Oxford : Oxford University Press.
- Berlin, Isaiah. 1980. « Nationalism : Past Neglect and Present Power », dans *Against the Current : Essays in the History of Ideas*, p. 333-355. New York : The Viking Press.
- Berman, Harold. 1980. « Influence of Christianity on Western Law », dans William Evan (dir.), *The Sociology of Law. A Social-Structural Perspective*, p. 424-434. New York : The Free Press.

- Bickerton, James. 2007. « La question du nationalisme majoritaire au Canada », dans Alain-G. Gagnon, André Lecours et Geneviève Nootens (dir.), *Les Nationalismes majoritaires contemporains : identités, mémoire, pouvoir*, p. 217-270. Montréal : Québec Amérique.
- Bliss, Michael. 1994. « Trudeau : The Politics of Confrontation », dans *Right Honourable Men. The Descent of Canadian Politics from Macdonald to Mulroney*, p. 245-275. Toronto : HarperCollins.
- Boismenu, Gérard et François Rocher. 1988. « Une réforme constitutionnelle qui s'impose », dans Yves Bélanger et Dorval Brunelle (dir.), *L'ère des libéraux. Le pouvoir fédéral de 1963 à 1984*, p. 71-107. Sillery : Presses de l'Université du Québec.
- Boismenu, Gérard. 1990. « Le théâtre constitutionnel : un épilogue à écrire », dans Denis Monière (dir.), *L'année politique au Québec, 1989-1990*, p. 61-82. Montréal : Québec Amérique.
- Bouchard, Gérard. 2013a. « Introduction », dans *National Myths. Constructed Pasts, Contested Presents*, p. xi-xiv. London : Routledge.
- Bouchard, Gérard. 2013b. « National Myths. An Overview », dans Gérard Bouchard (dir.), *National Myths. Constructed Pasts, Contested Presents*, p. 276-297. London : Routledge.
- Bourdieu, Pierre. 1980. « Culture et politique », dans *Questions de sociologie*, p. 236-250. Paris : Éditions de Minuit.
- Bourdieu, Pierre. 1991. « Les juristes, gardiens de notre hypocrisie collective », dans *Normes juridiques et régulation sociale*, p. 95-99. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Bourque, Gilles. 1997. « Duplessis, libéralisme et société libérale », dans Alain-G. Gagnon et Michel Sarra-Bournet (dir.), *Duplessis : Entre la grande noirceur et la société libérale*, p. 265-282. Montréal : Québec Amérique.
- Bradford, Neil. 1999. « Innovation by Commission : Policy Paradigms and the Canadian Political System », dans James Bickerton et Alain-G. Gagnon (dir.), *Canadian Politics*, p. 541-564. Peterborough : Broadview Press.
- Brouillet, Eugénie. 2008. « La Charte de la langue française et la Charte canadienne des droits et libertés. La difficile conciliation des logiques majoritaire et minoritaire », dans Marcel Martel et Martin Pâquet (dir.), *Légiférer en matière linguistique*, p. 359-388. Québec : Presses de l'Université Laval.
- Brouillet, Eugénie et Alain-G. Gagnon. 2017. « La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : quelques réflexions politologiques et juridiques », dans Alain-G. Gagnon et Pierre Noreau (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité : mélanges en l'honneur de José Woehrling*, p. 79-107. Montréal : Éditions Thémis.
- Brouillet, Eugénie, Alain-G. Gagnon et Guy Laforest. 2018. « Introduction : A Pivotal Year in the Advent of the Canadian Confederation », dans Eugénie Brouillet, Alain-G. Gagnon et Guy Laforest (dir.), *The Quebec Conference of 1864 :*

- Understanding the Emergence of the Canadian Federation*, p. 3-25. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Brown, Wendy. 2009. « Nous sommes tous démocrates à présent », dans *Démocratie, dans quel état ?*, p. 59-76. Paris : La Fabrique.
- Brunelle, Dorval. 1978. « Le capital, la bourgeoisie et l'État du Québec, 1959-1976 », dans Pierre Fournier (dir.), *Le capitalisme au Québec*, p. 79-108. Montréal : Éditions Albert Saint-Martin. En ligne : http://classiques.uqac.ca/contemporains/brunelle_dorval/capital_bourgeoisie_Etat_qc/capital_bourgeoisie.html.
- Brunet, Michel. 1954. « Centralisme et fédéralisme », dans *Canadians et Canadiens*, p. 153-173. Montréal : Fides.
- Buckner, Phillip. 2018. « Canadian Constitution-Making in the British World », dans Eugénie Brouillet, Alain-G. Gagnon et Guy Laforest (dir.), *The Quebec Conference of 1864 : Understanding the Emergence of the Canadian Federation*, p. 70-100. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Burke, Edmund. 1774. « Speech to the Electors of Bristol », dans *The Founders' Constitution*, Volume 1. Chicago: University of Chicago Press. En ligne : <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s7.html>.
- Cairns, Alan C. 1986. « The Embedded State. State-Society Relations in Canada », dans Keith Banting (dir.), *State and Society. Canada in Comparative Perspective*, p. 53-86. Toronto : University of Toronto Press.
- Cairns, Alan C. 1991. « Constitutional Change and the Three Equalities », dans Ronald L. Watts et Douglas M. Brown (dir.), *Options for a New Canada*, p. 77-100. Toronto : University of Toronto Press.
- Cairns, Alan C. 1995a. « Reflections on the Political Purposes of the Charter. The First Decade », dans Douglas E. Williams (dir.), *Reconfigurations : Canadian Citizenship and Constitutional Change. Selected Essays by Alan C. Cairns*, p. 195-215. Toronto : McClelland and Stewart.
- Cairns, Alan C. 1995b. « Dreams versus Reality in 'Our' Constitutional Future : How Many Communities », dans Douglas E. Williams (dir.), *Reconfigurations : Canadian Citizenship and Constitutional Change. Selected Essays by Alan C. Cairns*, p. 315-348. Toronto : McClelland and Stewart.
- Cairns, Alan C. 2004. « My Academic Career : The Pleasures and Risks of Introspection », dans Gerald Kernerman et Philip Resnick (dir.), *Insiders and Outsiders : Alan Cairns and the Reshaping of Canadian Citizenship*, p. 329-350. Vancouver : University of British Columbia Press.
- Calhoun, Craig. 2002. « Individualism », dans *Dictionary of the Social Sciences*. Oxford : Oxford University Press. En ligne : <https://www-oxfordreference-com.proxy.bibliotheques.uqam.ca/view/10.1093/acref/9780195123715.001.0001/acref-9780195123715-e-821?rsk=9Cnkkj&result=13>.
- Castoriadis, Cornelius. 1986. « Nature et valeur de l'égalité », dans *Domaines de l'homme. Les carrefours du labyrinthe – 2*, p. 383-405. Paris : Éditions du Seuil.

- Chevrier, Marc. 2006. « La genèse de l'idée fédérale chez les pères fondateurs américains et canadiens », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, p. 19-61. Montréal : Presses de l'Université de Montréal.
- Chevrier, Marc. 2011. « Par-delà le fédéralisme multinational, l'empire », dans Michel Seymour et Guy Laforest (dir.), *Le fédéralisme multinational, un modèle viable?*, p. 73-95. Bruxelles : P.I.E. Peter Lang.
- Chevrier, Marc. 2013. « De quelques fonctions du droit au sein de l'Empire canadien », dans Eugénie Brouillet et Louis-Philippe Lampron (dir.), *La mobilisation du droit et la protection des collectivités minoritaires*, p. 33-54. Québec : Presses de l'Université Laval.
- Chevrier, Marc. 2013. « L'idéologie canadienne », dans Micheline Labelle, Rachad Antonius et Pierre Toussaint (dir.), *Les nationalismes québécois face à la diversité ethnoculturelle. Actes du colloque annuel de la Chaire de recherche en immigration, ethnicité et citoyenneté*, p. 157-178. Montréal : Éditions IEIM.
- Chevrier, Marc. 2016a. « L'écriture républicaine du droit politique canadien et québécois chez les publicistes Henri Brun et Guy Tremblay », dans Patrick Taillon, Eugénie Brouillet et André Binette (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*. Montréal : Yvon Blais, p. 57-100.
- Chevrier, Marc. 2016b. « Faire un Dominion, ou le parachèvement d'une conquête », dans Eugénie Brouillet, Alain-G. Gagnon et Guy Laforest (dir.), *La conférence de Québec de 1864. 150 ans plus tard*, p. 49-70. Québec : Presses de l'université Laval.
- Chevrier, Marc et David Sanschagrin. 2016. « Le juge superlégislateur au Canada ou la politique par soustraction », dans Geoffrey Grandjean et Jonathan Wildemeersch (dir.), *Les juges : décideurs politiques? De l'incidence politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, p. 95-132. Bruxelles : Bruylant.
- Chevrier, Marc et David Sanschagrin. 2017. « La politique des langues au Canada et au Québec : genèse et évolution de deux projets concurrents », dans Alain-G. Gagnon et David Sanschagrin (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, Institutions, Société*, p. 417-444. Québec : Presses de l'Université du Québec.
- Chevrier, Marc. 2019. « The Conqueror's Mask : Canada as an Empire-State », dans David McGrane et Neil Hibbert (dir.), *Applied Political Theory and Canadian Politics*, p. 409-433. Toronto : University of Toronto Press.
- Choudhry, Sujit. 2009. « Bills of Rights as Instruments of Nation-building in Multinational States : The Canadian Charter and Quebec Nationalism », dans James B. Kelly et Christopher P. Manfredi (dir.), *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, p. 233-250. Vancouver : University of British Columbia Press.

- Chrétien, Jean. 1990. « Bringing the Constitution Home », dans Thomas S. Axworthy et Pierre Elliott Trudeau (dir.), *Towards a Just Society. The Trudeau Years*, p. 282-309. Toronto : Penguin Books.
- Colliot-Thélène, Catherine. 2007. « Pouvoir », dans *Dictionnaire de sociologie*, p. 599-601. Paris : Encyclopaedia Universalis et Albin Michel.
- Comeau, Robert et Jean-François Nadeau. 1997. « Actions de Jacques Perrault », dans Alain-G. Gagnon et Michel Sarra-Bournet (dir.), *Duplessis : Entre la grande noirceur et la société libérale*, p. 121-143. Montréal : Québec Amérique.
- Constant, Benjamin. 1997. « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », dans *Écrits politiques*, p. 589-627. Paris : Éditions Gallimard.
- Cook, Ramsay. 1974. « Canadian Freedom in Wartime, 1939-1945 », dans W. H. Heick et Roger Graham (dir.), *His Own Man : Essays in Honour of Arthur Reginald Marsden Lower*, p. 37-53. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Cook, Ramsay. 1990a. « 'I never thought I could be as proud...' : The Trudeau-Lévesque Debate », dans Thomas S. Axworthy et Pierre Elliott Trudeau (dir.), *Towards a Just Society. The Trudeau Years*, p. 342-356. Toronto : Penguin Books.
- Cook, Ramsay. 1990b. « Triomphe et revers du matérialisme, 1900-1945 », dans Craig Brown (dir.), *Histoire générale du Canada*, p. 449-566. Montréal : Boréal.
- Couture, Yves. 2017. « Empire, pluralisme et démocratie : la pensée politique au Québec et au Canada anglais », dans Alain-G. Gagnon et David Sanschagrin (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, Institutions, Société*, p. 33-60. Québec : Presses de l'Université du Québec.
- Dalberg-Acton, John Emerich Edward. 1948. « Nationality », dans *Essays on Freedom and Power*, p. 166-195. Glencoe : The Free Press.
- Diamond, Jared. 2000. « De l'égalitarisme à la kleptocratie », dans *De l'inégalité parmi les sociétés. Essai sur l'homme et l'environnement dans l'histoire*, p. 271-301. Paris : Gallimard.
- Dieckhoff, Alain. 2006. « Nationalisme politique contre nationalisme culturel ? », dans Alain Dieckhoff et Christophe Jaffrelot (dir.), *Repenser le nationalisme. Théories et pratiques*, p. 105-129. Paris : Presses Sciences Po.
- Dieckhoff, Alain. 2007. « Rapprochement et différence : le paradoxe du nationalisme contemporain », dans Alain-G. Gagnon, André Lecours et Geneviève Nootens (dir.), *Les Nationalismes majoritaires contemporains : identités, mémoire, pouvoir*, p. 51-79. Montréal : Québec Amérique.
- Dieckhoff, Alain et Christophe Jaffrelot. 2006. « Introduction », dans Alain Dieckhoff et Christophe Jaffrelot (dir.), *Repenser le nationalisme. Théories et pratiques*, p. 13-25. Paris : Presses Sciences Po.
- Djwa, Sandra. 1983. « Introduction », dans Sandra Djwa et Ronald St. John MacDonald (dir.), *On F.R. Scott. Essays on His Contributions to Law, Literature, and Politics*, p. ix-xxii. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Dubuc, Alfred. 1978. « Les fondements historiques de la crise des sociétés canadienne et québécoise », dans Pierre Fournier (dir.), *Le capitalisme au Québec*, p. 49-78.

- Montréal : Albert Saint-Martin. En ligne : http://classiques.uqac.ca/contemporains/fournier_pierre/capitalisme_au_quebec/capitalisme_au_quebec.pdf.
- Dumont, Louis. 1983. « Genèse, II. La catégorie politique et l'État à partir du XIII^e siècle », dans *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, p. 82-133. Paris : Éditions du Seuil.
- Dworkin, Ronald. 1985. « Liberalism and Justice », dans *A Matter of Principle*, p. 181-233. Cambridge : Harvard University Press.
- Fitzpatrick, Peter. 1990. « The Desperate Vacuum : Imperialism and Law in the Experience of Enlightenment », dans Anthony Carty (dir.), *Post-modern Law : Enlightenment, Revolution and the Death of Man*, p. 90-106. Edinburgh : Edinburgh University Press.
- Fortin, Sarah. 2006. « De l'union sociale canadienne à l'union sociale fédérale du Canada (1990-2006) », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondement, traditions, institutions*, p. 339-369. Montréal : Presses de l'Université de Montréal.
- Foucault, Michel. 2001a. « Les mailles du pouvoir », dans *Dits et écrits II. 1976-1988*, p. 1001-1020. Paris : Gallimard.
- Foucault, Michel. 2001b. « Le sujet et le pouvoir », dans *Dits et écrits II. 1976-1988*, p. 1041-1062. Paris : Gallimard.
- Foucault, Michel. 2001c. « La sécurité et l'État », dans *Dits et écrits II. 1976-1988*, p. 383-388. Paris : Gallimard.
- Frémont, Jacques. 2000. « Mobilité », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *L'union sociale canadienne sans le Québec. Huit études sur l'entente-cadre*, p. 91-114. Montréal : Éditions Albert Saint-Martin.
- Fudge, Judy. 2001. « The Canadian Charter of Rights : Recognition, Redistribution, and the Imperialism of the Court », dans Tom Campbell, K. D. Ewing et Adam Tomkins (dir.), *Sceptical Essays on Human Rights*, p. 335-358. Oxford : Oxford University Press.
- Gagnon, Alain-G. 1991. « Égalité ou indépendance : un tournant dans la pensée constitutionnelle au Québec », dans Robert Comeau, Michel Lévesque et Yves Bélanger (dir.), *Daniel Johnson. Rêve d'égalité et projet d'indépendance*, p. 173-181. Sillery : Presses de l'Université du Québec.
- Gagnon, Alain-G. 1997. « La réforme des institutions au Canada : de la délibération démocratique au repli bureaucratique », dans Serge Jaumain (dir.), *La réforme de l'État... et après ? L'impact des débats institutionnels en Belgique et au Canada*, p. 105-122. Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles.
- Gagnon, Alain-G. 2000. « L'opposition du Québec à l'union sociale canadienne », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *L'union sociale canadienne sans le Québec. Huit études sur l'entente-cadre*, p. 11-18. Montréal : Éditions Albert Saint-Martin.
- Gagnon, Alain-G. 2003a. « Le dossier constitutionnel Québec-Canada », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Québec : État et société*, Tome 2, p. 151-174. Montréal : Éditions Québec/Amérique.

- Gagnon, Alain-G. 2003b. « Undermining Federalism and Feeding Minority Nationalism : The Impact of Majority Nationalism in Canada », dans Alain-G. Gagnon, Montserrat Guibernau et François Rocher (dir.), *The Conditions of Diversity in Multinational Federations*, p. 295-312. Montréal : Institut de recherche en politiques publiques.
- Gagnon, Alain-G. 2006. « Le fédéralisme asymétrique au Canada », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondement, traditions, institutions*, p. 287-304. Montréal : Presses de l'Université de Montréal.
- Gagnon, Alain-G. 2017. « Les cinq visages du Québec », dans Alain-G. Gagnon et David Sanschagrin (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, Institutions, Société*, p. 109-132. Québec : Presses de l'Université du Québec.
- Gagnon, Alain-G. et François Rocher. 1992. « Pour prendre congé des fantômes du passé », dans Alain-G. Gagnon et François Rocher (dir.), *Réplique aux détracteurs de la souveraineté du Québec*, p. 471-500. Montréal : VLB Éditeur.
- Gagnon, Alain-G. et Marc Sanjaume-Calvet. 2017. « Clash of legitimacies in Catalonia and Spain : The imperial logic of modern constitutionalism versus multinational federalism », dans Peter A. Kraus et Joan Vergés Gifra (dir.), *The Catalan Process Sovereignty, Self-Determination and Democracy in the 21st Century*, p. 275-302. Barcelona : Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis de l'Autogovern.
- Gagnon, Alain-G. et Jean-Denis Garon. 2020. « Examen des relations Québec-Canada : Dynamiques et tensions autour du système de santé », dans Félix Mathieu, Dave Guénette et Alain-G. Gagnon (dir.), *Cinquante Déclinaisons de fédéralisme. Théories, enjeux et études de cas*, p. 577-586. Montréal : Presses de l'Université du Québec.
- Gagnon, Chantal. 2006. « Ideologies in the history of translation : a case study on Canadian political speeches », dans Paul Bandia et Georges Bastin (dir.), *Charting the Future of Translation History*, p. 201-223. Ottawa : University of Ottawa Press.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François. 2009. « The Fetishism of Formal Law and the Fate of Constitutional Patriotism in Communities of Comfort : A Canadian Perspective », dans John Erik Fossum, Paul Magnette et Johanne Poirier (dir.), *Ties that Bind. Accommodating Diversity in Canada and the European Union*, p. 301-330. Bruxelles : P.I.E. Peter Lang.
- Gaxie, Daniel. 2004. « Science politique, sociologie politique, sciences sociales du politique », dans Éric Darras et Olivier Philippe (dir.), *La science politique une et multiple*, p. 127-153. Paris : L'Harmattan.
- Geertz, Clifford. 1983a. « Centers, Kings, and Charisma : Reflections on the Symbolics of Power », dans *Local Knowledge. Further Essays in Interpretative Anthropology*, New York, Basic Books, 1983, p. 121-146.
- Geertz, Clifford. 1983b. « Local Knowledge : Fact and Law in Comparative Perspective », dans *Local Knowledge. Further Essays in Interpretative Anthropology*, New York, Basic Books, 1983, p. 167-234.

- Girard, Philip. 2015. « Law, Politics, and the Patriation Reference of 1981 », dans Lois Harder et Steve Patten (dir.), *Patriation and its Consequences : Constitution Making in Canada*, p. 115-136. Vancouver : University of British Columbia Press.
- Graefe, Peter. 2014. « L'État canadien », dans Alain-G. Gagnon (dir.), avec la participation de David Sanschagrin, *La politique québécoise et canadienne. Une approche pluraliste*, p. 37-65. Montréal : Presses de l'Université du Québec.
- Gramsci, Antonio. 1975a. « Notes sur Machiavel, sur la politique et sur le prince moderne », dans François Ricci (dir.), *Gramsci dans le texte*, p. 415-580. Paris : Éditions sociales.
- Gramsci, Antonio. 1975b. « La formation des intellectuels », dans François Ricci (dir.), *Gramsci dans le texte*, p. 597-608. Paris : Éditions sociales.
- Gramsci, Antonio. 1975c. « Passé et présent », dans François Ricci (dir.), *Gramsci dans le texte*, p. 581-594. Paris : Éditions sociales.
- Greenwood, F. Murray. 1988. « The Drafting and Passage of the War Measures Act in 1914 and 1927 : Object Lessons in the Need for Vigilance », dans W. Wesley Pue et Barry Wright (dir.), *Canadian Perspectives on Law and Society : Issues in Legal History*, p. 291-327. Ottawa : Carleton University Press.
- Habermas, Jürgen. 1987. « Excursus on Luhmann's Appropriation of the Philosophy of the Subject through Systems Theory », dans *The Philosophical Discourse of Modernity : Twelve Lectures*, p. 368-385. Cambridge : The Massachusetts Institute of Technology Press.
- Habermas, Jürgen. 1994. « Citizenship and National Identity : Some Reflections on the Future of Europe », dans Bart van Steenberghe (dir.), *The Condition of Citizenship*, p. 20-35. Londres : Sage Publications Ltd.
- Habermas, Jürgen. 1997. « Comment la légitimité est-elle possible sur la base de la légalité? », dans *Droit et morale. Tanner lectures (1986)*, p. 13-54. Paris : Éditions du Seuil.
- Habermas, Jürgen. 1998. « The European Nation-State : On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship », dans *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, p. 105-127. Cambridge : The Massachusetts Institute of Technology Press.
- Hay, Douglas. 1993. « Time, Inequality, and Law's Violence », dans Austin Sarat and Thomas R. Keams (dir.), *Law's Violence*, p. 141-173. Ann Harbor : University of Michigan Press.
- Hiebert, Janet L. 2001. « Wrestling with Rights : Judges, Parliament and the Making of Social Policy », dans Paul Howe et Peter H. Russell (dir.), *Judicial Power and Canadian Democracy*, p. 165-213. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Hirschl, Ran. 2008a. « The Judicialization of Politics », dans Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen et Gregory A. Caldeira (dir.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, p. 119-141. Oxford : Oxford University Press.
- Horn, Michiel. 1983. « F.R. Scott, the Great Depression, and the League for Social Reconstruction », dans Sandra Djwa et Ronald St. John MacDonald (dir.), *On F.R.*

- Scott. *Essays on His Contributions to Law, Literature, and Politics*, p. 71-77. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Houde, Nicolas et Benjamin Pillet. 2017. « Les Autochtones et le colonialisme canadien », dans Alain-G. Gagnon et David Sanschagrin (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, Institutions, Sociétés*, p. 61-86. Québec : Presses de l'Université du Québec.
- Hutchinson, Allan. 2017a. « The Politics of the Charter : A Critical Approach », dans *Law, Life, and Lore. It's Too Late to Stop Now*, p. 95-116. Cambridge : Cambridge University Press.
- Hutchinson, Allan. 2017b. « Les Misérables Redux : Law and the Poor », dans *Law, Life, and Lore. It's Too Late to Stop Now*, p. 185-212. Cambridge : Cambridge University Press.
- Ignatieff, Michael. 2000a. « Human Rights as Politics », dans *The Tanner Lectures on Human Values*, p. 287-319. Princeton : Princeton University.
- Ignatieff, Michael. 2000b. « Human Rights as Idolatry », dans *The Tanner Lectures on Human Values*, p. 320-349. Princeton : Princeton University.
- Innerarity, Daniel. 2011. « L'histoire comme expérience de la contingence », dans Christophe Bouton et Bruce Bégout (dir.), *Penser l'histoire. De Karl Marx aux siècles des catastrophes*, p. 270-278. Paris : Éditions de l'Éclat.
- Ipperciel, Donald. 2011. « Michael Ignatieff et le nationalisme québécois », dans Frédéric Boily (dir.), *D'une nation à l'autre. Discours nationaux au Canada et au Québec*, p. 149-165. Québec : Presses de l'Université Laval.
- Jackman, Martha et Bruce Porter. 2008. « Socio-Economic Rights Under the Canadian Charter », dans Malcolm Langford (dir.), *Socio-Economic Rights Jurisprudence : Emerging Trends in Comparative International Law*, p. 209-229. Cambridge : Cambridge University Press.
- Jaffrelot, Christophe. 2006. « Pour une théorie du nationalisme », dans Alain Dieckhoff et Christophe Jaffrelot (dir.), *Repenser le nationalisme. Théories et pratiques*, p. 29-103. Paris : Presses Sciences Po.
- Johnston, Donald. 1990b. « Introduction », dans Donald Johnston (dir.), *Pierre Trudeau Speaks Out on Meech Lake*, p. 1-7. Toronto : General.
- Johnston, Donald. 1990b. « Conclusion », dans Donald Johnston (dir.), *Pierre Trudeau Speaks Out on Meech Lake*, p. 106-109. Toronto : General.
- Joyal, Serge. 2018. « L'avènement de la Charte canadienne des droits et libertés : le pouvoir remis aux citoyens, un tournant plus fondamental que prévu », dans Serge Royal et Judith Seidman (dir.), *Réfléchir sur notre passé pour aborder notre avenir : Une initiative du Sénat pour le Canada*, p. 159-174. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Karmis, Dimitrios. 2003. « Pluralisme et identité(s) nationale(s) dans le Québec contemporain », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Québec : État et société*, Tome 2, p. 85-116. Montréal : Québec Amérique.
- Karmis, Dimitrios. 2006. « Les multiples voix de la tradition fédérale et la tourmente du fédéralisme canadien », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien*

- contemporain. Fondement, traditions, institutions*, p. 63-91. Montréal : Presses de l'Université de Montréal.
- Karmis, Dimitrios et François Rocher. 2012. « Introduction », dans Dimitrios Karmis et François Rocher (dir.), *La dynamique confiance-méfiance dans les démocraties multinationales : Le Canada sous l'angle comparatif*, p. 1-16. Québec : Presses de l'Université Laval.
- Kelly, James et Christopher Manfredi. 2009. « Should We Cheer ? Contested Constitutionalism and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* », dans James Kelly et Christopher Manfredi (dir.), *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, p. 3-29. Vancouver : University of British Columbia Press.
- Kennedy, Duncan. 2002. « The Critique of Rights in Critical Legal Studies », dans Wendy Brown et Janet Halley (dir.), *Left Legalism/Left Critique*, p. 178-228. Durham : Duke University Press.
- Knopff, Rainer et Frederick Lee Morton. 1985. « Nation Building and the Charter », dans Alan C. Cairns et Cynthia Williams (dir.), *Constitutionalism Citizenship and Society in Canada*, p. 133-182. Toronto : University of Toronto Press.
- Ladner, Kiera et Michael McCrossan. 2009. « The Road Not Taken: Aboriginal Rights after the Re-Imagining of the Canadian Constitutional Order », dans James B. Kelly et Christopher P. Manfredi (dir.), *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, p. 263-286. Vancouver : University of British Columbia Press.
- Laforest, Guy. 1991. « L'esprit de 1982 », dans Louis Balthazar, Guy Laforest et Vincent Lemieux (dir.), *Le Québec et la restructuration du Canada, 1980-1992. Enjeux et perspectives*, p. 147-163. Sillery : Les Éditions du Septentrion.
- Laforest, Guy. 1992a. « La Charte canadienne des droits et libertés : nationaliste, injuste et illégitime », dans François Rocher (dir.), *Bilan québécois du fédéralisme canadien*, p. 124-151. Montréal : VLB Éditeur.
- Laforest, Guy. 1998. « Se placer dans les souliers des autres partenaires de la fédération », dans Guy Laforest et Roger Gibbins (dir.), *Sortir de l'impasse. Les voies de la réconciliation*, p. 55-84. Montréal : Institut de recherche en politiques publiques.
- Laforest, Guy. 2003b. « Sait-on jamais ? One never knows... ». *Le Québec et le Canada au 21^e siècle : Nouvelles dynamiques, nouvelles perspectives*, 31 octobre et 1^{er} novembre. Kingston : Institute of Intergovernmental Relations, 16 p.
- Laforest, Guy et Rosalie Readman. 2013. « Plus de détresse que d'enchantement : les négociations constitutionnelles de novembre 1981 vues du Québec », dans François Rocher et Benoît Pelletier (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien. Du rapatriement de 1982 à nos jours*, p. 57-83. Montréal : Presses de l'Université du Québec.
- Laforest, Guy et Alain-G. Gagnon. 2017. « Comprendre la vie politique au Québec et au Canada », dans Alain-G. Gagnon et David Sanschagrin (dir.), *La politique*

- québécoise et canadienne. Acteurs, Institutions, Société*, p. 9-32. Québec : Presses de l'Université du Québec.
- Lajoie, Andrée. 2005. « Garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit. Une entreprise irréalisable par la voie structurelle », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et Fabien Gélinas (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, p. 365-381. Cowansville et Bruxelles : Éditions Yvon Blais et Éditions Bruylant.
- Lajoie, Andrée. 2006. « Le fédéralisme au Canada. Provinces et minorités, même combat », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondement, traditions, institutions*, p. 183-209. Montréal : Presses de l'Université de Montréal.
- Lampron, Louis-Philippe. 2017. « Les institutions judiciaires et le phénomène de la judiciarisation du politique au Québec et au Canada », dans Alain-G. Gagnon et David Sanschagrin (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, Institutions, Sociétés*, p. 217-240. Québec : Presses de l'Université du Québec.
- Langlois, Simon. 1991. « Le choc de deux sociétés globales », dans Louis Balthazar, Guy Laforest et Vincent Lemieux (dir.), *Le Québec et la restructuration du Canada, 1980-1992. Enjeux et perspectives*, p. 95-108. Sillery : Éditions du Septentrion.
- Laponce, Jean. 2004. « Canada's Mismatch Federation », dans Gerald Kernerman et Philip Resnick (dir.), *Insiders and Outsiders : Alan Cairns and the Reshaping of Canadian Citizenship*, p. 203-212. Vancouver : University of British Columbia Press.
- Laurendeau, André. 1962. « Le Canada, une nation ou deux ?... », dans Congrès des affaires canadiennes, *Le Canada, expérience ratée... ou réussie ?*, p. 71-87. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval.
- Lecours, André et Geneviève Nootens. 2007. « Comprendre le nationalisme majoritaire », dans Alain-G. Gagnon, André Lecours et Geneviève Nootens (dir.), *Les Nationalismes majoritaires contemporains : identités, mémoire, pouvoir*, p. 19-45. Montréal : Québec Amérique.
- Le Dain, Gérald. 1983. « F.R. Scott and Legal Education », dans Sandra Djwa et Ronald St. John MacDonald (dir.), *On F.R. Scott. Essays on His Contributions to Law, Literature, and Politics*, p. 103-116. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Lederman, William R. 1977. « Securing Human Rights in a Renewed Confederation », dans Richard Simeon (dir.), *Must Canada Fail ?*, p. 281-290. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Lederman, William R. 1983. « F.R. Scott and Constitutional Law », dans Sandra Djwa et Ronald St. John MacDonald (dir.), *On F.R. Scott. Essays on His Contributions to Law, Literature, and Politics*, p. 117-120. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.

- Leeson, Howard. 2001. « Section 33, The Notwithstanding Clause : A Paper Tiger ? », dans Paul Howe et Peter H. Russell (dir.), *Judicial Power and Canadian Democracy*, p. 297-327. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Lefort, Claude. 1981. « Droits de l'homme et politique », dans *L'invention démocratique*. Paris : Éditions Fayard, p. 45-86.
- Lefort, Claude. 2007. « La pensée politique devant les droits de l'homme », dans *Le temps présent. Écrits 1945-2005*. Paris : Éditions Belin, p. 405-421.
- Legaré, Anne. 2008. « Dix provinces, un État. Contribution au débat sur le fédéralisme canadien », dans Pierre Noreau et Louise Rolland (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, p. 883-906. Montréal : Éditions Thémis.
- Lewis, David. 1983. « F.R. Scott's Contribution to the CCF », dans Sandra Djwa et Ronald St. John MacDonald (dir.), *On F.R. Scott. Essays on His Contributions to Law, Literature, and Politics*, p. 78-88. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Lower, Arthur Reginald Marsden. 1975b. « Some Reflections on a Bill of Rights », reproduit dans Welf H. Heick (dir.), *History and Myth. Arthur Lower and the Making of Canadian Nationalism*, p. 238-250. Vancouver : University of British Columbia Press.
- Lyon, J. Noel. 1982. « Constitutional Theory and the Martland-Ritchie Dissent », dans Peter H. Russell, Robert Décary, William Lederman, Noel Lyon et Dan Soberman, *The Court and the Constitution. Comments on the Supreme Court Reference on Constitutional Amendment*, p. 57-65. Kingston : Queen's University Institute of Intergovernmental Relations.
- McAdam, Doug. 2009. « The US Civil Rights Movement : Power from Below and Above, 1945-70 », dans Adam Roberts et Timothy Garton Ash (dir.), *Civil Resistance and Power Politics : The Experience of Non-violent Action From Gandhi to the Present*, p. 58-74. Oxford : Oxford University Press.
- Madsen, Mikael Rask et Yves Dezalay. 2013. « Pierre Bourdieu's Sociology of Law : From the Genesis of the State to the Globalization of Law », dans Reza Banakar et Max Travers (dir.), *Law and Social Theory*, p. 111-128. Oxford : Hart Publishing.
- Maillé, Chantal. 2013. « Féminisme, rapatriement de la Constitution et Charte canadienne des droits et libertés, 1982-2012 », dans François Rocher et Benoît Pelletier (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien. Du rapatriement de 1982 à nos jours*, p. 165-178. Montréal : Presses de l'Université du Québec.
- Mandel, Michael. 1991. « Rights, Freedoms and Market Power : Canada's Charter of Rights and the New Era of Global Competition », dans Daniel Drache et Meric S. Gertler (dir.), *The New Era of Global Competition : State Policy and Market Power*, p. 128-149. Montréal : McGill-Queen's University Press.
- Marcuse, Herbert. 1969. « Repressive Tolerance », dans Robert Paul Wolff, Barrington Moore et Herbert Marcuse, *A Critique of Pure Tolerance*, p. 81-123. Boston : Beacon Press.

- Marshall, Geoffrey. 1984. « The Problem of Patriation », dans *Constitutional Conventions : The Rules and Forms of Political Accountability*, p. 180-200. Oxford : Clarendon Press.
- Mathieu, Félix. 2020. « L'école québécoise de la diversité. Émergence, renouvellement et déploiement », dans Antoine Brousseau Desaulniers et Stéphane Savard (dir.), *La pensée fédéraliste contemporaine au Québec. Perspectives historiques*, p. 377-404. Montréal : Presses de l'Université du Québec.
- McKay, Ian. 2009. « Canada as a Long Liberal Revolution : On Writting the History of Actually Existing Canadians Liberalisms, 1840s-1940s », dans Jean-François Constant et Michel Ducharme (dir.), *Liberalism and Hegemony. Debating the Canadian Liberal Revolution*, p. 347-452. Toronto : University of Toronto Press.
- McLachlin, Beverley. 2018. « Célébrer la Charte, pour le respect des droits individuels et la protection des droits des minorités », dans Serge Royal et Judith Seidman (dir.), *Réfléchir sur notre passé pour aborder notre avenir : Une initiative du Sénat pour le Canada*, p. 175-184. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- McLaren, John. 1987. « The History of Legal Education in Common Law Canada », dans Deborah J. McCawley et Roy J. Matas (dir.), *Legal Education in Canada : Reports and Background Papers of a National Conference on Legal Education Held in Winnipeg, Manitoba, October 23-26, 1985*, p. 111-145. Montréal : Federation of Law Societies of Canada.
- McNaught, Kenneth. 1983. « Socialism and the Canadian Political Tradition », dans Sandra Djwa et Ronald St. John MacDonald (dir.), *On F.R. Scott. Essays on His Contributions to Law, Literature, and Politics*, p. 89-102. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- McRae, Kenneth D. 1970. « The Constitutional Protection of Linguistic Rights in Bilingual and Multilingual States », dans Allan Gotlieb (dir.), *Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, p. 211-227. Toronto : Institut canadien des affaires internationales.
- McRoberts, Kenneth. 1994. « Les perceptions canadiennes-anglaises du Québec », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Québec : État et société*, Tome 1, p. 107-123. Montréal : Québec Amérique.
- McRoberts, Kenneth. 2002. « Les politiques de la langue au Canada. Un combat contre la territorialisation », dans Denis Lacorne et Tony Judt (dir.), *La politique de Babel. Du monolinguisme d'État au plurilinguisme des peuples*, p. 155-190. Paris : Karthala.
- McRoberts, Kenneth. 2013. « La politique de l'édification nationale », dans François Rocher et Benoît Pelletier (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien. Du rapatriement de 1982 à nos jours*, p. 99-110. Montréal : Presses de l'Université du Québec.
- Memmi, Albert. 1972. « Les Canadiens français sont-ils des colonisés ? », dans *Portrait du colonisé, précédé du Portrait du colonisateur*, p. 135-146. Montréal : L'Étincelle.

- Molinaro, Dennis. 2015b. « Section 98 : The Trial of *Rex v. Buck et al.* and the ‘State of Exception’ in Canada, 1919-36 », dans Barry Wright et F. Murray Greenwood (dir.), *Canadian State Trials, Volume IV : Security, Dissent, and the Limits of Toleration in War and Peace, 1914-1939*, p. 324-363. Toronto : University of Toronto Press.
- Montaigne. 1950. « De l’expérience », dans *Essais*, p. 1194-1257. Paris : Gallimard.
- Morin, Jacques-Yvan. 1965b. « Vers un nouvel équilibre constitutionnel au Canada », dans P.-A. Crépeau et C. B. Macpherson (dir.), *L’avenir du fédéralisme canadien*, p. 141-156. Toronto : University of Toronto Press.
- Morton, F. L. 2002. « Dialogue or Monologue ? A Reply to Hogg and Thornton », dans F. L. Morton (dir.), *Law, Politics, and the Judicial Process in Canada*, 3^e édition, p. 603-608. Calgary : University of Calgary Press.
- Nemni, Max. 1991. « Le ‘dés’accord du lac Meech et la construction de l’imaginaire symbolique des Québécois », dans Louis Balthazar, Guy Laforest et Vincent Lemieux (dir.), *Le Québec et la restructuration du Canada, 1980-1992 : enjeux et perspectives*, p. 167-197. Sillery : Septentrion.
- Nemni, Max. 2011. « Trudeau et ‘La promesse du Québec’ », dans Frédéric Boily et Donald Ipperciel (dir.), *D’une nation à l’autre. Discours nationaux au Canada*, p. 35-47. Québec : Presses de l’Université Laval.
- Nevitte, Neil. 2002. « Nouvelles valeurs et réorientation des relations citoyen-État », dans Neil Nevitte (dir.), *Nouvelles valeurs et gouvernance au Canada*, p. 9-39. Montréal : Presses de l’Université de Montréal.
- Nietzsche, Friedrich. 2000a. « Par-delà bien et mal. Prélude d’une philosophie de l’avenir », dans *Œuvres*, p. 619-841. Paris : Flammarion.
- Nietzsche, Friedrich. 2000b. « La généalogie de la morale », dans *Œuvres*, p. 843-973. Paris : Flammarion.
- Noël, Alain. 2013. « Ideology, Identity, Majoritarianism : On the Politics of Federalism », dans Grace Skogstad, David Cameron, Martin Papillon and Keith Banting (dir.), *The Global Promise of Federalism*, p. 166-187. Toronto : University of Toronto Press.
- Noël, Alain. 2017. « Inégalités et redistribution dans la fédération canadienne », dans Alain-G. Gagnon et David Sanschagrin (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, Institutions, Sociétés*, p. 445-464. Québec : Presses de l’Université du Québec.
- Noreau, Pierre. 2009. « De la force symbolique du droit », dans Catherine Thibierge (dir.), *La force normative, naissance d’un concept*, p. 137-150. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence et Éditions Bruylant.
- Oliver, Michael. 1991. « Laurendeau et Trudeau : leurs opinions sur le Canada », dans Raymond Hudon et Réjean Pelletier (dir.), *L’engagement intellectuel. Mélanges en l’honneur de Léon Dion*, p. 339-368. Québec : Presses de l’Université Laval.
- Orwell, George. 1953. « Notes on Nationalism », dans *England, Your England, and Other Essays*. Londres : Secker and Warburg. En ligne : http://www.orwell.ru/library/essays/nationalism/english/e_nat.

- Ouellet, Lionel. 1980. « L'appareil gouvernemental et législatif », dans Gérard Bergeron et Réjean Pelletier (dir.), *L'État du Québec en devenir*, p. 74-130. Montréal : Les Éditions du Boréal.
- Panitch, Leo. 1977. « The Role and Nature of the Canadian State », dans Leo Panitch (dir.), *The Canadian State. Political Economy and Political Power*, p. 3-27. Toronto : University of Toronto Press.
- Parnaby, Andrew et Gregory S. Kealey. 2004. « Red Scare », dans Gerald Hallowell (dir.), *The Oxford Companion to Canadian History*, p. 534-535. Oxford : Oxford University Press.
- Pelletier, Réjean. 2013. « Constitution et fédéralisme », dans Réjean Pelletier et Manon Tremblay (dir.), *Le Parlementarisme canadien*, p. 41-88. Québec : Presses de l'Université Laval.
- Pitfield, Michael. 2003. « Foreword », dans Serge Joyal (dir.), *Protecting Canadian Democracy : The Senate You Never Knew*, p. xv-xvi. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Pound, Roscoe. 1921. « The Rights of Englishmen and the Rights of Man », dans *Spirit of the Common Law*, p. 85-111. Boston : Marshall Jones Co.
- Pound, Roscoe. 1922. « The End of Law », dans *Introduction to the Philosophy of Law*, p. 59-99. New Haven : Yale University.
- Pue, W. Wesley. 1999. « British Maculinites, Canadian Lawyers », dans Rob McQueen et W. Wesley Pue (dir.), *Misplaced Traditions. British Lawyers, Colonial Peoples*, p. 80-122. Leichhardt : The Federation Press.
- Rensmann, Lars. 2017. « Critical Theory of Human Rights », dans Michael J. Thompson (dir.), *The Palgrave Handbook of Critical Theory*, p. 631-653. New York : Palgrave Macmillan.
- Risk, R. C. B. et Robert Vipond. 2006. « Rights Talk in Canada in the Late Nineteenth Century : 'The Good Sense and Right Feeling of the People' », dans R. C. B. Risk, *A History of Canadian Legal Thought : Collected Essays*, p. 94-129. Toronto : The Osgoode Society for Canadian Legal History.
- Rocher, François. 2006. « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, institutions, traditions*, p. 93-146. Montréal : Presses de l'Université de Montréal.
- Rocher, François. 2012. « La construction du Canada en perspective historique : de la méfiance comme élément consubstantiel des débats constitutionnels ? », dans Dimitrios Karmis et François Rocher (dir.), *La dynamique confiance-méfiance dans les démocraties multinationales : Le Canada sous l'angle comparatif*, p. 137-164. Québec : Presses de l'Université Laval.
- Rocher, François et Nadia Verrelli. 2003. « Questioning Constitutional Democracy in Canada : From the Canadian Supreme Court Reference on Quebec Secession to the Clarity Act », dans Alain-G. Gagnon, Montserrat Guibernau et François Rocher (dir.), *The Conditions of Diversity in Multinational Federations*, p. 207-237. Montréal : Institut de recherche en politiques publiques.

- Rocher, François et Elisenda Casanas Adam. 2016. « L'encadrement juridique du droit de décider », dans Patrick Taillon, Eugénie Brouillet et Amélie Binette (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel*, p. 877-909. Montréal : Éditions Yvon Blais.
- Rosanvallon, Pierre. 1993. « L'histoire du mot démocratie à l'époque moderne », dans Marcel Gauchet, Pierre Manent et Pierre Rosanvallon (dir.), *Situations de la démocratie. Démocratie : l'ancien et le neuf, l'historicisme et ses ennemis, passé présent*, p. 11-29. Paris : Éditions Gallimard et Éditions du Seuil.
- Russell, Peter H. 1982. « The Supreme Court Decision : Bold Statescraft Based on Questionable Jurisprudence », dans Peter H. Russell, Robert Décary, William Lederman, Noel Lyon et Dan Soberman, *The Court and the Constitution. Comments on the Supreme Court Reference on Constitutional Amendment*, p. 1-32. Kingston : Queen's University Institute of Intergovernmental Relations.
- Russell, Peter H. 1994. « The Political Purposes of the Charter : Have They Been Fulfilled ? An Agnostic's Report Card », dans Philip Bryden, Steven Davis et John Russell (dir.), *Protecting Rights and Freedoms : Essays on the Charter's Place in Canada's Political, Legal, and Intellectual Life*, p. 33-44. Toronto : University of Toronto Press.
- Russell, Peter H. 2012. « La nature déterminante de la notion de confiance dans la politique multinationale du Canada », dans Dimitrios Karmis et François Rocher (dir.), *La dynamique confiance-méfiance dans les démocraties multinationales : Le Canada sous l'angle comparatif*, p. 115-136. Québec : Presses de l'Université Laval.
- Sanders, Douglas. 1983. « Law and Social Change : The Experience of F.R. Scott », dans Sandra Djwa et Ronald St. John MacDonald (dir.), *On F.R. Scott. Essays on His Contributions to Law, Literature, and Politics*, p. 121-132. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Sanschagrin, David. 2016. « Les limites du dialogue public au sein de la cité », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Les conditions du dialogue au Québec. Laïcité, réciprocité, pluralisme*, p. 105-130. Montréal : Québec Amérique.
- Sanschagrin, David. 2015. *Les juges contre le peuple ? La conscience politique de l'Ouest et la contre-révolution des droits au Canada*. Québec : Presses de l'Université Laval, 177 p.
- Sanschagrin, David. 2017. « Un avenir confédéral – A Confederal Future », dans Philippe Tortell, Margot Young et Peter Nemetz (dir.), *Reflections of Canada. Illuminating our Opportunities and our Challenges at 150+ Years*, p. 99-111. Vancouver : Peter Wall Institute of Advanced Studies.
- Sanschagrin, David. 2019. « Le Renvoi de 1998 et la gouvernance judiciaire. Légitimer la domination », dans Dave Guénette et Félix Mathieu (dir.), *Ré-imaginer le Canada. Vers un État multinational ?*, p. 199-225. Québec : Presses de l'Université Laval.

- Savoie, Donald. 2017. « Le pouvoir au sommet », dans Alain-G. Gagnon et David Sanschagrin (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, Institutions, Société*, p. 179-195. Québec : Presses de l'Université du Québec.
- Saywell, John T. 1968. « Introduction », dans Pierre Elliott Trudeau, *Federalism and the French Canadians*, p. vii-xiii. Toronto : Macmillan.
- Schneiderman, David. 2015. « The Judiciary in Trudeau's Constitutional Vision : Intellectual Trajectory and the Origins of the Charter », dans Lois Harder et Steve Patten (dir.), *Patriation and its Consequences : Constitution Making in Canada*, p. 137-158. Vancouver : University of British Columbia Press.
- Scott, Frank R. 1943a. « The Constitution and the Post-War World », dans Alexander Brady et Frank R. Scott (dir.), *Canada After the War : Studies in Political, Social and Economic Policies for Post-War Canada*, p. 60-87. Toronto : The Macmillan Company of Canada.
- Scott, Frank R. 1943b. « The Rebirth of Democracy », dans David Lewis et Frank R. Scott, *Make This Your Canada : A Review of CCF History and Policy*. Toronto : Central Canada Publishing Company, p. 187-197.
- Scott, Frank R. 1975. « Parliament and the Constitution », dans League for Social Reconstruction Research Committee, *Social planning for Canada*, p. 489-511. Toronto : University of Toronto Press.
- Scott, Frank R. 1986a. « Letter to the Editor, *The Gazette*, 1931 », dans Michiel Horn (dir.), *A New Endeavour. Selected Political Essays, Letters, and Addresses*, p. 3-4. Toronto : University of Toronto Press.
- Scott, Frank R. 1986b. « What Did 'No' Mean ? », dans Michiel Horn (dir.), *A New Endeavour. Selected Political Essays, Letters, and Addresses*, p. 58-65. Toronto : University of Toronto Press.
- Scott, Frank R. 1986c. « French Canadian Nationalism », dans Michiel Horn (dir.), *A New Endeavour. Selected Political Essays, Letters, and Addresses*, p. 27-36. Toronto : University of Toronto Press.
- Seymour, Michel. 2008. « Le Canada reconnaît-il l'existence des droits collectifs linguistiques du peuple québécois ? », Marcel Martel et Martin Pâquet (dir.), *Légiférer en matière linguistique*, p. 423-446. Québec : Presses de l'Université Laval.
- Seymour, Michel. 2011. « L'autodétermination interne du Québec dans la fédération canadienne », dans Michel Seymour et Guy Laforest (dir.), *Le fédéralisme multinational. Un modèle viable?*, p. 295-317. Bruxelles : P.I.E. Peter Lang.
- Sfez, Lucien. 1990. « Préface », dans Gérard Bergeron, *Petit traité de l'État*, p. v-viii. Paris : Presses universitaires de France.
- Shugarman, David. 1989. « Ideology and the Charter », dans David P. Shugarman et Reg Whitaker (dir.), *Federalism and Political Community. Essays in Honour of Donald Smiley*, p. 307-326. Peterborough : Broadview Press.
- Shugarman, David. 1992. « The Social Charter », dans Duncan Cameron et Miriam Smith (dir.), *Constitutional Politics. The Canadian Forum Book on the Federal*

- Constitutional Proposals, 1991-1992*, p. 157-214. Toronto : James Lorimer and Company.
- Skinner, Quentin. 1989. « The State », dans Terence Ball, James Farr et Russell L. Hanson (dir.), *Political Innovation and Conceptual Change*, p. 90-131. Cambridge : Cambridge University Press.
- Skinner, Quentin. 2000. « La théorie néo-romaine des États libres », dans *La liberté avant le libéralisme*, p. 13-40. Paris : Éditions du Seuil.
- Skornicki, Arnault et Jérôme Tournadre. 2015. « L’“école de Cambridge” et le contextualisme », dans *La nouvelle histoire des idées politiques*, p. 9-32. Paris : Éditions La Découverte.
- Smandych, Russell. 2005. « The Cultural Imperialism of Law », dans Bernd Hamm et Russell Smandych (dir.), *Cultural Imperialism. Essays on the Political Economy of Cultural Domination*, p. 267-289. Peterborough : Broadview Press.
- Smiley, Donald V. 1983. « A Dangerous Deed : The Constitutional Act, 1982 », dans Keith Banting et Richard Simeon (dir.), *And No One Cheered. Federalism, Democracy and The Constitutional Act*, p. 74-95. Toronto : Methuen.
- Smith, Denis. 1977. « President and Parliament : The Transformation of Parliamentary Government in Canada », dans Thomas A. Hockin (dir.), *Apex of Power : The Prime Minister and Political Leadership in Canada*, p. 308-325. Scarborough : Prentice-Hall of Canada, 1977.
- Smith, Miriam. 2018. « LGBTQ Rights and the Citizenship Regime in the Neoliberal Age », dans Mireille Paquet, Nora Nagels et Aude-Claire Fourot (dir.), *Citizenship as a Regime : Canadian and International Perspectives*, p. 97-117. Montréal et Kingston : McGill-Queen’s University Press.
- Speisman, Stephen. 2006. « Antisemitism in Ontario », dans Alan T. Davies (dir.), *Antisemitism in Canada : History and Interpretation*, p. 113-133. Waterloo : Wilfrid Laurier University Press.
- Strayer, Barry L. 2015. « The Evolution of the Charter », dans Lois Harder et Steve Patten (dir.), *Patriation and its Consequences : Constitution Making in Canada*, p. 72-92. Vancouver : University of British Columbia Press.
- Tarnopolsky, Walter Surma. 1970. « The Impact of the United Nations Achievements on Canadian Laws and Practices », dans Allan Gotlieb (dir.), *Les droits de l’homme, le fédéralisme et les minorités*, p. 54-66. Toronto : Institut canadien des affaires internationales
- Tarnopolsky, Walter Surma. 1983. « F.R. Scott : Civil Libertarian », dans Sandra Djwa et Ronald St. John MacDonald (dir.), *On F.R. Scott. Essays on His Contributions to Law, Literature, and Politics*, p. 133-152. Montréal et Kingston : McGill-Queen’s University Press.
- Tassé, Roger. 2013. « Le rapatriement de la Constitution. Constats et enseignements », dans François Rocher et Benoît Pelletier (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien. Du rapatriement de 1982 à nos jours*, p. 45-53. Montréal : Presses de l’Université du Québec.

- Taylor, Charles. 1970. « Consensus or Conflict ? », dans *The Pattern of Politics*, p. 1-14. Toronto : McClelland and Stewart.
- Taylor, Charles. 1989. « Cross-Purposes : The Liberal-Communitarian Debate », dans Nancy L. Rosenblum (dir.), *Liberalism and the Moral Life*, p. 159-182. Cambridge : Harvard University Press.
- Taylor, Charles. 1992c. « Convergence et divergence à propos des valeurs entre le Québec et le Canada », dans *Rapprocher les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, p. 179-214. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval.
- Taylor, Charles. 1994. « Le pluralisme et le dualisme », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Québec : État et société*, Tome 1, p. 61-84. Montréal : Québec Amérique.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1961. « The Practice and Theory of Federalism », dans Michael Oliver (dir.), *Social Purpose for Canada*, p. 371-393. Toronto : University of Toronto Press.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1965. « Federalism, Nationalism, and Reason », dans P.-A. Crépeau et C. B. Macpherson (dir.), *The Future of Canadian Federalism. L'Avenir du fédéralisme canadien*, p. 16-35. Toronto et Montréal : University of Toronto Press et Presses de l'Université de Montréal.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1968b. « A Constitutional Declaration of Rights », dans *Federalism and the French Canadians*, p. 52-60. Toronto : Macmillan.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1968c. « Foreword », dans *Federalism and the French Canadians*, p. xix-xvi. Toronto : Macmillan.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1970a. « Les droits de l'homme et la suprématie parlementaire », dans Allan Gotlieb (dir.), *Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, p. 3-15. Toronto : Institut canadien des affaires internationales.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1970b. « La Province de Québec au moment de la grève », dans Pierre Elliott Trudeau (dir.), *La Grève de l'amiante*, p. 1-92. Montréal : Éditions du Jour.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1990a. « Des valeurs d'une société juste », dans Thomas S. Axworthy et Pierre Elliott Trudeau, *Les années Trudeau. La recherche d'une société juste*, p. 379-407. Montréal : Le Jour.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1990b. « There Must Be a Sense of Belonging », dans Donald Johnston (dir.), *Pierre Trudeau Speaks Out on Meech Lake*, p. 23-35. Toronto : General.
- Tully, James. 1994. « Le fédéralisme à voies multiples et la Charte », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Québec : État et société*, Tome 1, p. 125-149. Montréal : Québec Amérique.
- Vipond, Robert. 1995. « From Provincial Autonomy to Provincial Equality (Or, Clyde Wells and the Distinct Society) », dans Joseph H. Carens (dir.), *Is Quebec Nationalism Just ? : Perspectives from Anglophone Canada*, p. 97-119. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Von Trotha, Trutz. 2006. « Colonialism », dans Stefan Berger (dir.), *A Companion to Nineteenth-Century Europe, 1789-1914*, p. 432-447. Malden : Blackwell Publishing.

- Waite, P. B. 1990. « Un défi continental, 1840-1900 », dans Craig Brown (dir.), *Histoire générale du Canada*, p. 333-448. Montréal : Boréal.
- Wallerstein, Immanuel. 1997. « Universalisme, racisme, sexisme : les tensions idéologiques du capitalisme », dans *Race, nation, classe. Les identités ambiguës*, p. 42-53. Paris : La Découverte.
- Wallot, Jean-Pierre. 1984. « L'histoire et le néo-nationalisme des années 1947-1970 », dans Georges-Henri Lévesque et al. (dir.), *Continuité et rupture. Les sciences sociales au Québec*, Tome premier, p. 111-116. Montréal : Presses de l'Université de Montréal.
- Walters, Mark D. 2018. « La Charte et le Concept de ce qu'est le Canada », dans Serge Royal et Judith Seidman (dir.), *Réfléchir sur notre passé pour aborder notre avenir : Une initiative du Sénat pour le Canada*, p. 185-203. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Walzer, Michael. 1986. « The Politics of Michel Foucault », dans David Couzens Hoy (dir.), *Foucault. A Critical Reader*, p. 51-68. Oxford : Basil Blackwell.
- Weber, Max. 1991. « La naissance du capitalisme moderne », dans *Histoire économique. Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, p. 295-386. Paris : Gallimard.
- Weber, Max. 1994. « Between Two Laws », dans Peter Lassman et Ronald Speirs (dir.), *Weber : Political Writings*, p. 74-79. Cambridge : Cambridge University Press.
- Weinrib, Lorraine. 2000. « The Charter Critics : Strangers in a Strange Land », dans Mary Jane Mossman et Ghislain Otis (dir.), *The Judiciary as Third Branch of Government. Manifestations and Challenges to Legitimacy*, p. 245-255. Montréal : Éditions Thémis.
- Weinstock, Daniel. 2009. « Frayed Federation. Challenges to Canadian Unity in the Wake of Trudeau's Failed Nation-Building Project », dans John Erik Fossum, Paul Magnette et Johanne Poirier (dir.), *Ties that Bind. Accommodating Diversity in Canada and the European Union*, p. 279-300. Bruxelles : P.I.E. Peter Lang.
- Whitaker, Reg. 1992. « Reason, Passion, and Interest : Pierre Trudeau's Eternal Liberal Triangle », dans *A Sovereign Idea : Essays on Canada as a Democratic Community*, p. 132-162. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Wilson, Richard. 2001. « Human Rights and Nation Building », *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa. Legitimizing the Post-Apartheid State*, p. 1-30. Cambridge : Cambridge University Press.
- Woehrling, José. 1994. « L'évolution et le réaménagement des rapports entre le Québec et le Canada anglais », dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Demain, le Québec... Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, p. 17-143. Sillery : Septentrion.
- Woehrling, José. 2005. « L'évolution du cadre juridique et conceptuel de la législation linguistique au Québec », dans Alexandre Stefanescu et Pierre Georgeault (dir.), *Le français au Québec. Les nouveaux défis*, p. 253-356. Montréal : Fides.

- Woehrling, José. 2006. « Les conséquences de l'application de la Charte canadienne des droits et libertés pour la vie politique et démocratique et l'équilibre du système fédéral », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondement, traditions, institutions*, p. 251-279. Montréal : Presses de l'Université de Montréal.
- Woehrling, José. 2009. « La protection des minorités nationales dans le système fédéral canadien », dans Bernard Fournier et Min Reuchamps (dir.), *Le fédéralisme en Belgique et au Canada*, p. 143-165. Bruxelles : De Boeck Supérieur.
- Woehrling, José. 2013. « La Charte canadienne des droits et libertés et ses répercussions sur la vie politique », dans Réjean Pelletier et Manon Tremblay (dir.), *Le Parlementarisme canadien*, p. 89-126. Québec : Presses de l'Université Laval.

15. Livres

- Abella, Irving. 1981. *Le mouvement ouvrier au Canada, 1902-1960*. Ottawa. La Société historique du Canada, 33 p.
- Agamben, Giorgio. 1997. *Homo Sacer I. Le pouvoir souverain et la vie nue*. Paris : Éditions du Seuil, 216 p.
- Agamben, Giorgio. 2003. *Homo Sacer II, 1. État d'exception*. Paris : Éditions du Seuil, 153 p.
- Ajzenstat, Janet. 1988. *The Political Thought of Lord Durham*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 137 p.
- Ajzenstat, Janet, Paul Romney, Ian Gentles et William Gairdner. 2004. *Débats sur la foundation du Canada*. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 555 p.
- Albert, Richard. 2019. *Constitutional Amendments : Making, Breaking, and Changing Constitutions*. New York : Oxford University Press, 338 p.
- Anderson, Benedict. 2002. *L'imaginaire national. Réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*. Paris : Éditions La Découverte, 224 p.
- Angers, François-Albert. 1960a. *Essai sur la centralisation. Analyse des principes et perspectives canadiennes*. Montréal : Beauchemin, 331 p.
- Ansart, Pierre. 1977. *Idéologies, conflits et pouvoir*. Paris : Presses universitaires de France.
- Arendt, Hannah. 1989. *Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine*. Paris : Presses Pocket, 249 p.
- Aristote. 1993. *Politique. Livre I à VIII*. Paris : Gallimard, 392 p.
- Audard, Catherine. 2009. *Qu'est-ce que le libéralisme? Éthique, politique, société*. Paris : Éditions Gallimard, 843 p.
- Axworthy, Thomas S. et Pierre Elliott Trudeau (dir.). 1990. *Les années Trudeau. La recherche d'une société juste*. Montréal : Le Jour, éditeur.
- Backhouse, Constance. 2010. *De la couleur des lois : une histoire juridique du racisme au Canada entre 1900 et 1950*. Ottawa : Presses de l'Université d'Ottawa, 576 p.

- Bakan, Joel. 1997. *Just Words. Constitutional Rights and Social Wrongs*. Toronto : University of Toronto Press, 230 p.
- Bakan, Joel et David Schneiderman (dir.). 1992. *Social Justice and the Constitution. Perspectives on a social Union for Canada*. Ottawa : Carleton University Press, 176 p.
- Balthazar, Louis. 1986. *Bilan du nationalisme au Québec*. Montréal : Éditions de l'Hexagone, 217 p.
- Bangarth, Stephanie. 2008. *Voices Raised in Protest : Defending North American Citizens of Japanese Ancestry, 1942-49*. Vancouver : University of British Columbia Press, 296 p.
- Bannerji, Himani. 2000. *The Dark Side of the Nation. Essays on Multiculturalism, Nationalism and Gender*. Toronto : Canadian Scholars' Press Inc., 182 p.
- Baranger, Denis. 2008. *Écrire la constitution non écrite. Une introduction au droit politique britannique*. Paris : Presses universitaires de France, 315 p.
- Bastien, Frédéric. 2013. *La bataille de Londres. Dessous, secrets et coulisses du rapatriement constitutionnel*. Montréal : Boréal, 476 p.
- Baume, Sandrine. 2007. *Kelsen. Plaider la démocratie*. Paris : Éditions Michalon, 115 p.
- Beauregard, Claude. 1998. *Guerre et censure au Canada, 1939-1945*. Sillery : Septentrion, 196 p.
- Benjamin, Walter. 2012. *Critique de la violence*. Paris : Payot, 160 p.
- Bercuson, David et Barry Cooper. 1991. *Deconfederation : Canada Without Quebec*. Toronto : Key Porter Books, 180 p.
- Berger, Carl. 1986. *The Writing of Canadian History. Aspects of English-Canadian Historical Writing Since 1900*. Toronto : University of Toronto Press, 364 p.
- Bergeron, Gérard. 1990. *Petit traité de l'État*. Paris : Presses universitaires de France, 263 p.
- Bergeron, Gérard. 1993. *L'État en fonctionnement*. Paris et Sainte-Foy : L'Harmattan et Presses de l'Université Laval, 170 p.
- Bernard, André. 2007. *Vie politique au Canada*. Montréal : Presses de l'Université du Québec, 466 p.
- Bickerton, James, Stephen Brooks et Alain-G Gagnon. 2003. *Six penseurs en quête de liberté, d'égalité et de communauté : Grant, Innis, Laurendeau, Rioux, Taylor et Trudeau*. Québec : Presses de l'Université Laval, 188 p.
- Blackstone, William. 1893. *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 1. Philadelphia : J.B. Lippincott Co. En ligne : http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf.
- Borden, Robert Laird. 1922. *Canadian Constitutional Studies : The Marfleet Lectures, University of Toronto, October, 1921*. Toronto : University of Toronto Press, 163 p.
- Bothwell, Robert et Jack L. Granatstein. 2017. *Trudeau's World : Insiders Reflect on Foreign Policy, Trade, and Defence, 1968-84*. Vancouver : University of British Columbia Press, 412 p.

- Bouchard, Gérard. 2014. *L'interculturalisme. Un point de vue québécois*. Montréal : Boréal, 288 p.
- Bouchard, Gérard. 2019. *Les nations savent-elles encore rêver ? Les mythes nationaux à l'ère de la mondialisation*. Montréal : Boréal, 440 p.
- Boudon, Raymond et François Bourricaud. 1990. *Dictionnaire critique de la sociologie*. Paris : Presses universitaires de France, 714 p.
- Bourdieu, Pierre. 1979. *La distinction. Critique sociale du jugement*. Paris : Éditions de Minuit, 670 p.
- Bourdieu, Pierre. 1982. *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*. Paris : Fayard, 248 p.
- Bourdieu, Pierre. 1989. *La noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps*. Paris : Éditions de Minuit, 568 p.
- Bourdieu, Pierre (avec Loïc Wacquant). 1992. *Réponses pour une anthropologie réflexive*. Paris : Seuil, 267 p.
- Bourdieu, Pierre (dir.). 1993. *La misère du monde*. Paris : Seuil, 956 p.
- Bourdieu, Pierre. 1994. *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*. Paris : Seuil, 251 p.
- Bourdieu, Pierre. 2000. *Propos sur le champ politique*. Lyon : Presses universitaires de Lyon, 110 p.
- Bourdieu, Pierre. 2003. *Méditations pascaliennes*. Paris : Seuil, 389 p.
- Bourdieu, Pierre. 2012. *Sur l'État. Cours au Collège de France (1989-1992)*. Paris : Raisons d'agir/Seuil, 672 p.
- Bourque, Gilles et Jules Duchastel. 1996. *L'identité fragmentée. Nation et citoyenneté dans les débats constitutionnels canadiens, 1941-1992*. Montréal : Fides, 383 p.
- Brooks, Stephen et Alain-G. Gagnon. 1994. *Les specialists des sciences sociales et la politique au Canada. Entre l'ordre des clercs et l'avant-garde*. Montréal : Boréal, 226 p.
- Brouillet, Eugénie. 2005. *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*. Sillery : Septentrion, 478 p.
- Brouillet, Eugénie et Louis-Philippe Lampron (dir.). 2013. *La mobilisation du droit et la protection des collectivités minoritaires*. Québec : Presses de l'Université Laval, 252 p.
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. 2008. *Droit constitutionnel*. Cowansville : Yvon Blais, 1666 p.
- Brunelle, Dorval. 1997. *Droit et exclusion. Critique de l'ordre libéral*. Paris : L'Harmattan, 210 p.
- Brunet, Michel. 1964. *La présence anglaise et les Canadiens*. Montréal : Beauchemin, 293 p.
- Bryce, James. 1995. *The American Commonwealth*, Volume 1. Indianapolis : Liberty Fund, 680 p.
- Buchanan, Allen. 1991. *Secession : The Morality of Political Divorce, from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*. Boulder : Westview Press, 174 p.
- Burdeau, Georges. 1970. *L'État*. Paris : Seuil, 182 p.

- Burelle, André. 1995. *Le mal canadien. Essai de diagnostic et esquisse d'une thérapie*. Montréal : Fides, 245 p.
- Burelle, André. 2005. *Pierre Elliott Trudeau : l'intellectuel et le politique*. Montréal : Fides, 480 p.
- Burke, Edmund. 2016. *Réflexions sur la Révolution de France*. Paris : Les Belles Lettres, 804 p.
- Bushnell, Ian. 1992. *Captive Court : A Study of the Supreme Court of Canada*. Montreal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 604 p.
- Carbasse, Jean-Marie. 2008. *Histoire du droit*. Paris : Presses universitaires de France, 127 p.
- Cairns, Alan C. 1992. *Charter versus Federalism. The Dilemmas of Constitutional Reform*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 160 p.
- Cardinal, Harold. 1969. *The Unjust Society. The Tragedy of Canada's Indians*. Edmonton : M. G. Hurtig, 171 p.
- Cassirer, Ernst. 1993. *Le mythe de l'État*. Paris : Gallimard, 405 p.
- Castells, Manuel. 2010. *The Power of Identity. The Information Age. Economy, Society, and Culture, Volume II*. Malden : Wiley-Blackwell, 538 p.
- Castoriadis, Cornelius. 1996. *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe – 4*. Paris : Éditions du Seuil, 295 p.
- Castoriadis, Cornelius. 1999. *Figures du pensable. Les carrefours du labyrinthe – 6*. Paris : Éditions du Seuil, 364 p.
- Chevrier, Marc. 2012. *La République québécoise. Hommages à une idée suspecte*. Montréal : Boréal, 416 p.
- Clarkson, Stephen et Christina McCall. 1990. *Trudeau. L'homme, l'utopie, l'histoire*. Montréal : Boréal, 470 p.
- Clastres, Pierre. 1974. *La société contre l'État*. Paris : Éditions de Minuit, 186 p.
- Clément, Dominique. 2008. *Canada's Rights Revolution. Social Movements in Canadian Constitutional Politics*. Vancouver : University of British Columbia Press, 281 p.
- Clément, Dominique. 2016. *Human Rights in Canada. A History*. Waterloo : Wilfrid Laurier University Press, 233 p.
- Commaille, Jacques et Martine Kaluszynski (dir.). 2007. *La fonction politique de la justice*. Paris : Éditions La Découverte, 328 p.
- Commaille, Jacques, Laurence Dumoulin et Cécile Robert (dir.). 2010. *La juridicisation du politique*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 232 p.
- Constant, Jean-François et Michel Ducharme (dir.). 2009. *Liberalism and Hegemony. Debating the Canadian Liberal Revolution*. Toronto : University of Toronto Press, 464 p.
- Cook, Ramsay. 2006. *The Teeth of Time. Remembering Pierre Elliott Trudeau*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 224 p.

- Creighton, Donald Grant. 1981a. *John A. Macdonald. Le 1^{er} premier ministre du Canada. Le Haut et le Bas-Canada*, Tome 1. Montréal : Les Éditions de l'Homme, 525 p.
- Creighton, Donald Grant. 1981b. *John A. Macdonald. Le 1^{er} premier ministre du Canada. La Naissance d'un pays incertain*, Tome 2. Montréal : Les Éditions de l'Homme, 451 p.
- Curtis, Bruce. 2001. *The Politics of Population. State Formation, Statistics, and the Census of Canada : 1840-1875*. Toronto : University of Toronto Press, 385 p.
- Dahl, Robert. 1956. *A Preface to Democratic Theory*. Chicago : University of Chicago Press, 154 p.
- Dahl, Robert. 1967. *Who Governs ? Democracy and Power in an American City*. New Haven : Yale University Press, 355 p.
- Dardot, Pierre et Christian Laval. 2009. *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*. Paris : La Découverte, 497 p.
- Defarges, Philippe Moreau. 2015. *La gouvernance*. Paris : Presses universitaires de France, 125 p.
- Deleuze, Gilles et Félix Guattari. 1980. *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*. Paris : Éditions de Minuit, 645 p.
- Dicey, Albert Venn. 1915. *Introduction to the Study of the Law of Constitution*. Londres : Macmillan, 564 p.
- Dieckhoff, Alain. 2002. *La nation dans tous ses États. Les identités nationales en mouvement*. Paris : Flammarion, 336 p.
- Dion, Léon. 1995. *Le duel constitutionnel Québec-Canada*. Montréal : Boréal, 378 p.
- Dion, Stéphane. 1999. *Le pari de la franchise. Discours et écrits sur l'unité canadienne*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 273 p.
- Djwa, Sandra. 1987. *The Politics of the Imagination : A Life of F.R. Scott*. Toronto : McClelland and Stewart, 528 p.
- Dodek, Adam M. 2018. *The Charter Debates : The Special Joint Committee on the Constitution, 1980-81, and the Making of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : University of Toronto Press, 483 p.
- Downs, Anthony. 2013. *Une théorie économique de la démocratie*. Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 364 p.
- Doyle, Michael. 1986. *Empires*. Ithaca : Cornell University Press, 407 p.
- Dumont, Fernand. 1995. *Raisons communes*. Montréal : Boréal, 255 p.
- Dunn, Sheilagh M. 1982. *The Year in Review 1981 : Intergovernmental Relations in Canada*. Kingston : Queen's University Institute of Intergovernmental Relations, 228 p.
- Dunsmuir, Mollie et Brian O'Neal. 1992. *Le droit de veto du Québec en matière constitutionnelle : le contexte juridique et historique*. Ottawa : Bibliothèque du Parlement, 14 p.
- Dupuis-Déri, Francis. 2013a. *Démocratie. Histoire politique d'un mot aux États-Unis et en France*. Montréal : Lux éditeur, 446 p.

- Dupuis-Déri, Francis (dir.). 2013b. *À qui la rue ? Répression policière et mouvements sociaux*. Montréal : Écosociété, 276 p.
- Durkheim, Émile. 2007. *De la division du travail social*. Paris : Presses universitaires de France, 416 p.
- Duverger, Maurice. 1964. *Introduction à la politique*. Paris : Gallimard, 382 p.
- Eber, Nicolas. 2006. *Le dilemme du prisonnier*. Paris : La Découverte, 122 p. En ligne : <https://www-cairn-info.proxy.bibliotheques.ugam.ca/le-dilemme-du-prisonnier--9782707148834.htm>.
- Elias, Norbert. 1991. *La dynamique de l'Occident*. Paris : Éditions Calmann-Lévy, 328 p.
- Engels, Friedrich. 1972. *L'origine de la famille, de la propriété et de l'État*. Paris : Éditions sociales.
- Epp, Charles. 1998. *The Rights Revolution : Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago : University of Chicago Press, 342 p.
- Flanagan, Tom. 2000. *First Nations? Second Thoughts*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 304 p.
- Forget, Patrick. 2005. *Sur la manifestation. Le droit et l'action collective*. Montréal : Liber, 172 p.
- Foucault, Michel. 1975. *Surveiller et punir*. Paris : Gallimard, 362 p.
- Foucault, Michel. 1997. *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France, 1976*. Paris : Gallimard et Seuil, 286 p.
- Foucault, Michel. 2004a. *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France, 1977-1978*. Paris : Gallimard et Seuil, 435 p.
- Foucault, Michel. 2004b. *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979*. Paris : Gallimard et Seuil, 355 p.
- France, Anatole. 1894. *Le lys rouge*. Paris : Calmann-Lévy, 409 p.
- Fraser, Nancy. 2005. *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*. Paris : Éditions La Découverte, 178 p.
- Freund, Julien. 1966. *Sociologie de Max Weber*. Paris : Presses universitaires de France, 256 p.
- Friedrich, Carl Joachim. 1937. *Constitutional Government and Politics. Nature and Development*. New York : Harper and Brothers, 591 p.
- Friedrich, Carl Joachim. 1941. *Constitutional Government and Democracy : Theory and Practice in Europe and America*. Boston : Little, Brown and Co., 695 p.
- Gagnon, Alain-G. 2008. *La raison du plus fort. Plaidoyer pour le fédéralisme multinational*. Montréal : Québec Amérique, 236 p.
- Gagnon, Alain-G. et Daniel Latouche. 1991. *Allaire, Bélanger et Campeau et les autres. Les Québécois s'interrogent sur leur avenir*. Montréal : Éditions Québec Amérique, 602 p.
- Gauchet, Marcel. 2002. *La Démocratie contre elle-même*. Paris : Gallimard, 387 p.
- Gellner, Ernest. 1989. *Nations et nationalisme*. Paris : Payot, 208 p.
- Girard, Philip. 2005. *Bora Laskin : Bringing Law to Life*. Toronto : University of Toronto Press, 646 p.

- Granatstein, Jack L. 1982. *The Ottawa Men. The Civil Service Mandarins, 1935-1957*. Toronto : Oxford Universit Press, 333 p.
- Grawitz, Madeleine. 2004. *Lexique des sciences sociales*. Paris : Dalloz, 421 p.
- Grant, George. 1987. *Est-ce la fin du Canada ? Lamentation sur l'échec du nationalisme canadien*. LaSalle, Québec Hurtubise HMH, 97 p.
- Guillaumin, Colette. 1972. *L'idéologie raciste*. Paris : Mouton, 247 p.
- Guindon, Hubert. 1990. *Tradition, modernité et aspiration nationale de la société québécoise*, p. 75-98. Montréal : Éditions Albert Saint-Martin, 233 p.
- Harrington, James. 1771. *The Oceana and Other Works*. Londres : Becket and Cadell, 757 p. En ligne : <https://oll.libertyfund.org/titles/harrington-the-oceana-and-other-works>.
- Heaman, Elsbeth A. 2015. *A Short History of the State in Canada*. Toronto : University of Toronto Press, 296 p.
- Hermet, Guy, Bertrand Badie, Pierre Birnbaum et Philippe Braud. 2001. *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*. Paris : Armand Colin, 319 p.
- Hirschman, Albert Otto. 1991. *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*. Paris : Fayard, 294 p.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge : Harvard University Press, 296 p.
- Hoare, George et Sperber Nathan. 2013. *Introduction à Antonio Gramsci*. Paris : La Découverte, 128 p.
- Hobbes, Thomas. 2000. *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*. Paris : Gallimard, 1024 p.
- Hogg, Peter W. 1992. *Constitutional Law of Canada*, 3^e édition. Toronto : Carswell, 1478 p.
- Horn, Michiel. 1980. *The League for Social Reconstruction. Intellectual Origins of the Democratic Left in Canada, 1930-1942*. Toronto : University of Toronto Press, 270 p.
- Hume, David. 2008. *Quinze essais politiques, 1741-1777*. Chicoutimi : Classiques des sciences sociales, 144 p. En ligne : http://classiques.uqac.ca/classiques/Hume_david/essais_moraux_pol_lit/15_essais_politiques/quinze_essais_politiques.pdf.
- Huppé, Luc. 2007. *Histoire des institutions judiciaires du Canada*. Montréal : Wilson et Lafleur, 764 p.
- Hutchinson, Allan. 1995. *Waiting for CORAF. A Critique of Law and Rights*. Toronto : University of Toronto Press, 269 p.
- Ignatieff, Michael. 1993. *Blood and Belongings. Journeys into the New Nationalism*. Toronto : Viking, 201 p.
- Ignatieff, Michael. 2001. *La révolution des droits*. Montréal : Les Éditions du Boréal, 141 p.
- Inglehart, Ronald. 1990. *Culture Shift in Advanced Industrial Society*. Princeton : Princeton University Press, 484 p.

- Jennings, Ivor. 1959. *The Law and the Constitution*. Londres : University of London Press, 354 p.
- Johnson, Daniel. 1965. *Égalité ou indépendance*. Montréal : Renaissance, 125 p.
- Kaplan, William. 2009. *Canadian Maverick. The Life and Times of Ivan C. Rand*. University of Toronto Press, 510 p.
- Keightley, Thomas. 1837. *Secret Societies of the Middle Ages*. Londres : Charles Knight and Co., 408 p. En ligne : <https://www.gutenberg.org/files/38785/38785-h/38785-h.htm>.
- Kelley, Ninette et M. J. Trebilcock. 2008. *The Making of the Mosaic : A History of Canadian Immigration Policy*. Toronto : University of Toronto Press, 689 p.
- Kelly, James. 2006. *Governing with the Charter*. Vancouver : University of British Columbia Press, 336 p.
- Kennedy, Duncan. 2010. *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système*. Montréal : Lux Éditeur, 150 p.
- Kennedy, William Paul Maclure. 1922. *The Constitution of Canada. An Introduction to its Development and Law*. Oxford : Oxford University Press, 519 p.
- Kennedy, William Paul Maclure. 1932. *Some Aspects of the Theories and Workings of Constitutional Law*. New York : Macmillan, 1932, p.
- Keynes, John Maynard. 1999. *The End of Laissez-faire. Suivi de Suis-je un libéral ?*. Marseille : Agone Éditeur, 141 p.
- Knowles, Valerie. 2007. *Strangers at Our Gates : Canadian Immigration and Immigration Policy, 1540-2006*. Toronto : Dundurn, 310 p.
- Kymlicka, Will. 2001a. *Politics in the Vernacular. Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*. Oxford : Oxford University Press, 383 p.
- Kymlicka, Will. 2001b. *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droits des minorités*. Montréal : Boréal, 359 p.
- Kymlicka, Will. 2003. *La voie canadienne. Repenser le multiculturalisme*. Montréal : Les Éditions du Boréal, 342 p.
- Laforest, Guy. 1992b. *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*. Sillery : Septentrion, 265 p.
- Laforest, Guy. 1993. *De la prudence. Textes politiques*. Montréal : Boréal, 211 p.
- Laforest, Guy. 2004. *Pour la liberté d'une société distincte. Parcours d'un intellectuel engagé*. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 353 p.
- Laforest, Guy. 2014. *Un Québec exilé dans la fédération. Essai d'histoire intellectuelle et de pensée politique*. Montréal : Québec Amérique, 280 p.
- Lajoie, Andrée. 1997. *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*. Paris : Presses universitaires de France, 217 p.
- Lambertson, Ross. 2005. *Repression and Resistance : Canadian Human Rights Activists, 1930-1960*. Toronto : University of Toronto Press, 523 p.
- Lamontagne, Maurice. 1954. *Le Fédéralisme canadien. Évolution et problèmes*. Québec : Presses de l'Université Laval, 298 p.
- Lapierre, Jean William. 1988. *Le pouvoir politique et les langues. Babel et Léviathan*. Paris : Presses de universitaires de France, 304 p.

- Laponce, Jean. 1984. *Langue et territoire*. Québec : Presses de l'Université Laval, 266 p.
- Laponce, Jean. 2006. *Loi de Babel et autres régularités des rapports entre langue et politique*. Québec : Presses de l'Université Laval, 194 p.
- LaSelva, Samuel. 1996. *The Moral Foundations of Canadian Federalism : Paradoxes, Achievements, and Tragedies of Nationhood*. Montréal : McGill-Queen's University Press, 264 p.
- LaSelva, Samuel. 2018. *Canada and the Ethics of Constitutionalism : Identity, Destiny, and Constitutional Faith*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 324 p.
- Laski, Harold J. 1927. *Authority in the Modern State*. New Haven : Yale University Press, 398 p.
- Laski, Harold J. 1932. *Studies in Law and Politics*. New Haven : Yale University Press, 300 p.
- Laski, Harold J. 1938. *A Grammar of Politics*, 4^e Édition. London: George Allen and Unwin, 672 p.
- Laski, Harold J. 1940. *The Rights of Man*. Londres : Macmillan Company. En ligne : <https://gutenberg.ca/ebooks/laski-rights/laski-rights-00-h.html>.
- Laxer, James et Robert Laxer. 1977. *The Liberal Idea of Canada. Pierre Trudeau and the Question of Canada's Survival*. Toronto : Lorimer, 234 p.
- Lederman, William R. (dir.). 1964. *The Courts and the Canadian Constitution*. Toronto : McClelland and Stewart, 249 p.
- Lefroy, Augustus Henry Frazer. 1897. *The Law of Legislative Power in Canada*. Toronto : The Toronto Law Book and Publishing Company, 825 p.
- Lénine. 1970. *L'État et la révolution. La doctrine marxiste de l'État et les tâches du prolétariat dans la Révolution*. Pékin : Éditions en langues étrangères.
- Linteau, Paul-André, René Durocher, Jean-Claude Robert et François Ricard. 1989. *Histoire du Québec contemporain. Tome II : Le Québec depuis 1930*. Montréal : Boréal, 834 p.
- Locke, John. 1994. *Le second traité du gouvernement civil*. Paris : Presses universitaires de France, 302 p.
- Loranger, Thomas-Jean-Jacques. 1883. *Lettres sur l'interprétation de la constitution fédérale, dite L'Acte de l'Amérique britannique du Nord, 1867. Première lettre*. Québec : Imprimerie A. Côté et cie, 61 p.
- Lower, Arthur Reginald Marsden. 1967. *My First Seventy-five Years*. Toronto: Macmillan, 384 p.
- Lower, Arthur Reginald Marsden. 1977. *Colony to Nation. A History of Canada*. Toronto : McClelland and Stewart, 600 p.
- Luhmann, Niklas. 2004. *Law as a Social System*. Oxford : Oxford University Press, 498 p.
- Luhmann, Niklas. 2010. *Le pouvoir*. Québec : Presses de l'Université Laval, 156 p.
- Lukes, Steven. 1974. *Power. A Radical View*. Londres : Macmillan, 63 p.

- MacKenzie, David. 2001. *La peur du communisme au Canada, 1945-1957*. Ottawa : Société historique du Canada, 31 p.
- MacLennan, Christopher. 2003. *Toward the Charter : Canadians and the Demand for a National Bill of Rights, 1929-1960*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 234 p.
- Macleod, Rod C. 1979. *La police à cheval du Nord-Ouest, 1873-1919*. Ottawa : Société historique du Canada, 20 p.
- Macpherson, Crawford Brough. 1971. *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*. Paris : Gallimard, 352 p.
- Macpherson, Crawford Brough. 1985. *Principes et limites de la démocratie libérale*. Montréal : Boréal, 155 p.
- Mandel, Michael. 1996. *La charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*. Montréal : Les Éditions du Boréal, 383 p.
- Manin, Bernard. 1996. *Principes du gouvernement représentatif*. Paris : Flammarion, 320 p.
- Mann, Michael. 1986. *The Sources of Social Power : A History of Power from the Beginning to A.D. 1760*, vol. 1. Cambridge : Cambridge University Press, 549 p.
- Martel, Marcel et Martin Pâquet. 2010. *Langue et politique au Canada et au Québec. Une synthèse historique*. Montréal : Boréal, 335 p.
- Martin, Robert. 2003. *The Most Dangerous Branch. How the Supreme Court of Canada has Undermined Our Law and Our Democracy*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 320 p.
- Marx, Karl. 1978. *Contribution à la critique de l'économie politique*. Moscou : Édition du Progrès, 260 p.
- Marx, Karl. 2006. *Sur la question juive*. Paris : Éditions La Fabrique, 200 p.
- Marx, Karl et Friedrich Engels. 1966. *L'idéologie allemande*. Paris : Éditions sociales.
- Marx, Karl et Friedrich Engels. 1976. *Manifeste du Parti communiste*. Paris : Éditions sociales.
- Massicotte, Louis. 2009. *Le Parlement du Québec. De 1867 à aujourd'hui*. Québec : Presses de l'Université Laval, 298 p.
- McCormick, Peter. 2000. *Supreme at Last. The Evolution of the Supreme Court of Canada*. Toronto : James Lorimer and Company, 204 p.
- McNaught, Kenneth. 1988. *The Penguin History of Canada*. Toronto : Penguin Books, 434 p.
- McNaught, Kenneth. 2001. *A Prophet in Politics : A Biography of J. S. Woodsworth*. Toronto : University of Toronto Press, 339 p.
- McRae, Kenneth D. 1997. *Conflict and compromise in multilingual societies. Volume 3 : Finland*. Waterloo : Wilfrid Laurier University Press, 429 p.
- McRoberts, Kenneth. 1999. *Un pays à refaire. L'échec des politiques constitutionnelles canadiennes*. Montréal : Boréal, 483 p.
- Memmi, Albert. 1985. *Portait du colonisé. Précédé de Portait du colonisateur*. Paris : Gallimard, 163 p.

- Michels, Roberto. 2009. *Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*. Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 271 p.
- Miliband, Ralph. 1973a. *L'État dans la société capitaliste. Analyse du système de pouvoir occidental*. Paris : Maspero, 311 p.
- Millard, Gregory. 2008. *Secession and the Self. Quebec in Canadian Thought*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 354 p.
- Milligan, Frank. 2004. *Eugene A. Forsey : An Intellectual Biography*. Calgary : University of Calgary Press, 317 p.
- Mills, Allen. 1991. *Fool for Christ. The political Thought of J. S. Woodsworth*. Toronto : University of Toronto Press, 301 p.
- Mills, Charles Wright. 2012. *L'élite au pouvoir*. Marseille : Agone, 580 p.
- Mills, Sean. 2011. *Contester l'empire. Pensée postcoloniale et militantisme politique à Montréal, 1963-1972*. Montréal : Hurtubise, 349 p.
- Milne, David. 1982. *The New Canadian Constitution*. Toronto : James Lorimer and Company, 240 p.
- Monahan, Patrick. 1987. *The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*. Toronto : Carswell, 260 p.
- Molinaro, Dennis. 2018. *La pratique des expulsions au Canada*. Ottawa : La Société historique du Canada, 37 p.
- Montesquieu, Charles de Secondat de. 1995. *De l'esprit des lois*. Paris : Gallimard. En ligne : http://www.voxpopuli.media/assets/files/14055_MONT.pdf.
- Moore, Barrington. 1969. *Les origines sociales de la dictature et de la démocratie*. Paris : Maspero, 431 p.
- Morin, Claude. 1988. *Lendemain piégés. Du référendum à la nuit des longs couteaux*. Montréal : Boréal, 395 p.
- Morin, Jacques-Yvan et José Woehrling. 1992. *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*. Montréal : Éditions Thémis, 978 p.
- Morton, F. L. et Rainer Knopff. 2000. *The Charter Revolution and the Court Party*. Peterborough : Broadview Press, 227 p.
- Morton, F. L. et Dave Snow (dir.). 2018. *Law, Politics, and the Judicial Process in Canada*, 4^e édition. Calgary : University of Calgary Press, 714 p.
- Morton, W. L. 1950. *The Progressive Party in Canada*. Toronto : University of Toronto press, 331 p.
- Mourgeon, Jacques. 1978. *Les droits de l'homme*. Paris : Presses universitaires de France, 127 p.
- Moyn, Samuel. 2018. *Human Rights in an Unequal World*. Cambridge : Belknap Press of Harvard University Press, 277 p.
- Nemo, Philippe. 2004. *Qu'est-ce que l'Occident ?*. Paris : Presses universitaires de France, 158 p.
- Nevitte, Neil. 1996. *The Decline of Deference : Canadian Value Change in Cross National Perspective*. Toronto : University of Toronto Press, 352 p.
- Olson, Mancur. 2011. *Logique de l'action collective*. Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles.

- Otis, James. 1764. *The Rights of the British Colonists Asserted and Proved*. Boston : J. Almon, 120 p. En ligne : <https://oll.libertyfund.org/sources/2986-facsimile-pdf-otis-rights-of-the-british-colonies/download>.
- Owram, Doug. 1986. *The Government Generation. Canadian Intellectuals and the State, 1900-1945*. Toronto : University of Toronto Press, 402 p.
- Pal, Leslie A. 1993. *Interests of state the politics of language, multiculturalism, and feminism in Canada*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 330 p.
- Palmer, Howard. 1991. *Les enjeux ethniques dans la politique canadienne depuis la Confédération*. Ottawa : La Société historique du Canada, 36 p.
- Petter, Andrew. 2010. *The Politics of the Charter. The Illusive Promise of Constitutional Rights*. Toronto : University of Toronto Press, 256 p.
- Picq, Jean. 2005. *Histoire et droits des États. La souveraineté dans le temps et l'espace européens*. Paris : Presses de Sciences Po, 409 p.
- Pierson, Paul. 2004. *Politics in Time History, Institutions, and Social Analysis*. Princeton : Princeton University Press, 208 p.
- Pelletier, Réjean. 2008. *Le Québec et le fédéralisme canadien. Un regard critique*. Québec : Presses de l'Université Laval, 236 p.
- Piotte, Jean-Marc. 1997. *Les grands penseurs du monde occidental. L'éthique et la politique de Platon à nos jours*. Montréal : Fides, 610 p.
- Piotte, Jean-Marc. 2010. *La pensée politique de Gramsci*. Montréal : Lux, 280 p.
- Pitsula, James M. 2013. *Keeping Canada British : The Ku Klux Klan in 1920s Saskatchewan*. Vancouver : University of British Columbia Press, 308 p.
- Piven, Frances Fox et Richard A. Cloward. 1972. *Regulating the Poor. The Functions of Public Welfare*. New York : Vintage Books, 389 p.
- Platon. 2002. *La République*. Paris : GF Flammarion, 801 p.
- Porter, John. 1965. *The Vertical Mosaic : An Analysis of Social Class and Power in Canada*. Toronto : University of Toronto Press, 626 p.
- Prévost, Jean-Guy. 1995. *De l'étude des idées politiques*. Québec : Presses de l'Université du Québec, 100 p.
- Pue, W. Wesley. 2016. *Lawyers' Empire. Legal Professions and Cultural Authority, 1780-1950*. Vancouver : University of British Columbia Press, 499 p.
- Rancière, Jacques. 1998. *Aux bords du politique*. Paris : Gallimard, 261 p.
- Rancière, Jacques. 2005. *La haine de la démocratie*. Paris : La fabrique, 112 p.
- Rawls, John. 1987. *Théorie de la justice*. Paris : Éditions du Seuil, 666 p.
- Rawls, John. 1995. *Libéralisme politique*. Paris : Presses universitaires de France, 450 p.
- Resnick, Philip. 1990. *The Masks of Proteus. Canadian Reflections on the State*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 340 p.
- Resnick, Philip. 1994b. *Thinking English Canada*. Toronto : Stoddart, 129 p.
- Risk, R. C. B. 2006. *A History of Canadian Legal Thought : Collected Essays*. Toronto : The Osgoode Society for Canadian Legal History, 336 p.

- Roach, Kent. 2016. *The Supreme Court on Trial : Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto : Irwin Law, 508 p.
- Robertson, Gordon. 2000. *Memoirs of a Very Civil Servant : Mackenzie King to Pierre Trudeau*. Toronto : University of Toronto Press, 408 p.
- Rocher, Guy. 1996. *Études de sociologie du droit et de l'éthique*. Montréal : Éditions Thémis, 327 p.
- Romanow, Roy, John Whyte et Howard Leeson. 2007. *Canada... Notwithstanding. The Making of the Constitution, 1976-1982. 25th Anniversary Edition*. Toronto : Thomson / Carswell, 287 p.
- Rosanvallon, Pierre. 2006. *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*. Paris : Seuil, 345 p.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1943. *Du contrat social*. Paris : Aubier Montaigne, 462 p.
- Roy, Marc-André et Laurence Brosseau. 2018. *La disposition de dérogation de la Charte*. Ottawa : Bibliothèque du Parlement, 20 p.
- Russell, Peter H. 1987. *The Judiciary in Canada. The Third Branch of Government*. Toronto : McGraw-Hill, 388 p.
- Russell, Peter H. 2004. *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People ?*. Toronto : University of Toronto Press, 364 p.
- Ryan, Alan. 2013. *On Politics. A History of Political Thought from Herodotus to the Present*. Londres : Penguin Books, 1 114 p.
- Ryerson, Stanley Bréhaut. 1978. *Capitalisme et Confédération. Aux sources du conflit Canada/Québec*. Montréal : Éditions Parti pris, 367 p.
- Saïd, Edward W. 1994. *Culture and Imperialism*. New York : Vintage Books, 380 p.
- Saint Augustin. 1994. *La Cité de Dieu*, Tome 3, Livres XVIII à XXII. Paris : Seuil, 368 p.
- Sanschagrin, David. 2015. *Les juges contre le parlement ? La conscience politique de l'Ouest et la contre-révolution des droits au Canada*. Québec : Presses de l'Université Laval, 177 p.
- Sarra-Bournet, Michel. 1986. *L'affaire Roncarelli Duplessis contre les Temoins de Jehovah*. Québec : Institut québécois de recherche sur la culture, 196 p.
- Sartori, Giovanni. 1962. *Democratic Theory*. Detroit : Wayne State University Press, 479 p.
- Savoie, Donald. 1999b. *Governing from the Center. The Concentration of Power in Canadian Politics*. Toronto : University of Toronto Press, 440 p.
- Saywell, John T. 2002. *The Lawmakers. Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*. Toronto : University of Toronto Press, 432 p.
- Schmitt, Carl. 1993. *Théorie de la Constitution*. Paris : Presses universitaires de France, 576 p.
- Schumpeter, Joseph. 1961. *Capitalisme, socialisme et démocratie*. Paris : Payot, 462 p.
- Scott, Frank R. 1934b. *Social Reconstruction and the B.N.A. Act*. Toronto : T. Nelson and Sons, 38 p.
- Scott, Frank R. 1959. *Civil Liberties and Canadian Federalism*. Toronto : University of Toronto Press, 58 p.

- Scott, Frank R. 1977. *Essays on the Constitution. Aspects of Canadian Law and Politics*. Toronto : University of Toronto Press, 422 p.
- Seymour, Michel. 2001. *Le pari de la démesure. L'intransigeance canadienne face au Québec*. Montréal : Éditions de l'Hexagone, 309 p.
- Seymour, Michel et Guy Laforest (dir.). 2011. *Le fédéralisme multinational. Un modèle viable ?*. Bruxelles : Peter Lang, 343 p.
- Sharpe, Robert et Kent Roach. 2009. *The Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Irwin Law, 450 p.
- Simard, Jean-Jacques. 1979. *La longue marche des technocrates*. Montréal : Éditions Albert Saint-Martin, 199 p.
- Skinner, Quentin. 2002. *Visions of Politics. Volume I. Regarding Method*. Cambridge : Cambridge University Press, 225 p.
- Skinner, Quentin. 2009. *Les fondements de la pensée politique moderne*. Paris : Éditions Albin Michel, 923 p.
- Skocpol, Theda. 1979. *States and Social Revolutions. A Comparative Analysis of France, Russia, and China*. Cambridge : Cambridge University Press, 407 p.
- Smiley, Donald V. 1980. *Canada in Question : Federalism in the Eighties*. Toronto : McGraw-Hill Ryerson, 347 p.
- Snell, James et Frederick Vaughan. 1985. *The Supreme Court of Canada. History of the Institution*. Toronto : University of Toronto Press, 319 p.
- Sniderman, Paul, Joseph Fletcher, Peter Russell et Philip Tetlock. 1987. *Attitudes Toward Civil Liberties and the Canadian Charter of Rights*. Toronto : York University. Institute for Social Research.
- Songer, Donald, Susan Johnson, Cynthia Ostberg et Matthew Wetstein. 2012. *Law, Ideology, and Collegiality. Judicial Behaviour in the Supreme Court of Canada*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- Stager, David et Harry Arthurs. 1990. *Lawyers in Canada*. Toronto : Toronto University Press, 370 p.
- Strauss, Leo. 1989. *La persécution et l'art d'écrire*. Paris : Presses Pocket, 330 p.
- Strayer, Barry L. 1968. *Judicial Review of Legislation in Canada*. Toronto : University of Toronto Press, 275 p.
- Strayer, Barry L. 2013. *Canada's Constitutional Revolution*. Edmonton : The University of Alberta Press, 360 p.
- Strayer, Joseph. 1970. *On the Medieval Origins of the Modern State*. Princeton : Princeton University Press, 114 p.
- Sunahara, Ann Gomer. 2000. *The Politics of Racism : The Uprooting of Japanese Canadians During the Second World War*, 2^e Édition. Toronto : James Lorimer. En ligne : https://www.japanesecanadianhistory.ca/Politics_of_Racism.pdf.
- Tamir, Yael. 1993. *Liberal nationalism*. Princeton : Princeton University Press, 194 p.
- Tarnopolsky, Walter Surma. 1975. *The Canadian Bill of Rights*. Toronto : McClelland and Stewart, 436 p.
- Tate, C. Neal et Torbjörn Vallinder (dir.). 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York : New York University Press, 570 p.

- Taylor, Charles. 1992a. *Rapprocher les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 233 p.
- Taylor, Charles. 1992b. *Multiculturalism and the Politics of Recognition*. Princeton : Princeton University Press, 132 p.
- Thompson, John Herd et Allen Seager. 1985. *Canada, 1922-1939 : Decades of Discord*. Toronto : McClelland and Stewart, 438 p.
- Thucydide. 1950a. *Histoire de la Guerre du Péloponnèse*. Tome premier. Paris : Librairie Garnier frères, 385 p.
- Thucydide. 1950b. *Histoire de la Guerre du Péloponnèse*. Tome deuxième. Paris : Librairie Garnier frères, 322 p.
- Tilly, Charles. 1992. *Coercion, Capital, and European States, AD 990-1992*. Cambridge et Oxford : Blackwell.
- Tocqueville, Alexis de. 1951. *De la démocratie en Amérique*, 2 Tomes. Paris : Librairie de Médicis, 1090 p.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1967. *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, Montréal : Éditions Hurtubise/HMH, 229 p.
- Trudeau, Pierre Elliott. 1991c. *Fatal Tilt : Speaking Out About Sovereignty*. Toronto : Harper Collins, 16 p.
- Tully, James. 1980. *A Discourse on Property. John Locke and his Adversaries*. Cambridge : Cambridge University Press, 194 p.
- Tully, James. 1999b. *Une étrange multiplicité. Le constitutionnalisme à une époque de diversité*. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 242 p.
- Vallières, Pierre. 1968. *Nègres blancs d'Amérique. Autobiographie précoce d'un « terroriste » québécois*. Montréal : Parti pris, 542 p.
- Varcoe, Frederick P. 1965. *The Constitution of Canada*. Toronto : Carswell, 314 p.
- Vigod, Bernard. 1984. *Les Juifs au Canada*. Ottawa : Société historique du Canada, 20 p.
- Vipond, Robert. 1991. *Liberty and Community : Canadian Federalism and the Failure of the Constitution*. Albany : State of University of New York Press, 249 p.
- Viroli, Maurizio. 1995. *For Love of Country : An Essay On Patriotism and Nationalism*. Oxford : Clarendon Press, 206 p.
- Walker, James. 1997. "Race," Rights and the Law in the Supreme Court of Canada: Historical Case Studies. Waterloo : Wilfrid Laurier University Press, 463 p.
- Webber, Jeremy. 1993. *Reimagining Canada : Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 373 p.
- Weber, Max. 1995a. *Économie et société, 1. Les catégories de la sociologie*. Paris : Presses Pocket, 411 p.
- Weber, Max. 1995b. *Économie et société, 2. L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*. Paris : Presses Pocket, 425 p.
- Weber, Max. 2003. *Le savant et le politique*. Paris : La Découverte, 207 p.
- Weber, Max. 2004. *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*. Paris : Gallimard, 608 p.

- Weber, Max. 2006. *Sociologie de la religion*. Paris : Flammarion, 512 p.
- Weber, Max. 2013. *La domination*. Paris : La Découverte, 427 p.
- Wetstein, Matthew E. et Cynthia L. Ostberg. 2017. *Value Change in the Supreme Court of Canada*. Toronto : University of Toronto Press, 360 p.
- Wheare, Kenneth C. 1963. *Federal Government*, 4e édition. Oxford : Oxford University Press, 266 p.
- Whitaker, Reg. 1991. *La politique canadienne d'immigration*. Ottawa : La Société historique du Canada, 28 p.
- Whitaker, Reginald, Gregory S. Kealey et Andy Parnaby. 2012. *Secret Service. Political Policing in Canada : From the Fenians to Fortress America*. Toronto : University of Toronto Press, 2012, 687 p.
- Wilbur, Richard. 1969. *The Bennett Administration, 1930-1935*. Ottawa : Canadian Historical Association, 21 p.
- Ward, W. Peter. 1982. *Les Japonais au Canada*. Ottawa : Société historique du Canada, 24 p.

16. Thèses

- Adams, Eric. 2009. « The Idea of Constitutional Rights and the Transformation of Canadian Constitutional Law, 1930-1960 ». Thèse de doctorat, Toronto, Université de Toronto, Faculté de droit, 300 p.
- Cyr, Hugo. 2007. *Canadian Federalism and Treaty Powers : Existential Communities, Functional Regimes and the Canadian Constitution*. Thèse de doctorat, Université de Montréal, 426 p.
- Deshaies, Charles A. 2019. *The Rise and Decline of the Cooperative Commonwealth Federation in Ontario and Quebec during World War II, 1939-1945*. Thèse de doctorat, Université du Maine, 427 p.
- Molinaro, Dennis. 2015a. *State Repression and Political Deportation in Canada, 1919-1936*. Thèse de doctorat, Université de Toronto, 337 p.