

LE QUÉBEC, UNE ÉCOSSE FRANÇAISE ? ASYMÉTRIES ET RÔLE DES JURISTES DANS LES UNIONS ANGLO-ÉCOSSAISE (1707) ET CANADIENNE (1867)



par Marc Chevrier
Département de science politique
Université du Québec à Montréal
chevrier.marc@uqam.ca



PRÉSENTÉ AU COLLOQUE
*Le fédéralisme, le Québec et
les minorités francophones du Canada*

Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario) Canada
9 au 11 mars 2006

Version préliminaire / Ne pas citer



Il est toujours instructif de voir les bâtiments où s'est joué le destin de tout un peuple. Entre le vieux château d'Édimbourg et le nouveau parlement aux formes catalanes que l'Écosse s'est fait construire à grands frais, le voyageur peut s'aventurer dans le Parliament Hall, siège du parlement écossais jusqu'en 1707, construit dans la première moitié du XVII^e siècle. Les Édimbourgeois ont depuis converti le bâtiment en palais de justice. À l'intérieur brille encore de l'éclat de son architecture gothique une salle des pas perdus où déambulent des *advocates* en toge, téléphone portable à la main. Un superbe vitrail surplombe la salle ; on y voit Jacques V d'Écosse présider l'inauguration de la Cour de Justice en 1532 (Court of Session), dont l'organisation fut calquée sur le Parlement de Paris. Une statue de Walter Scott et un portrait de David Hume, intercalé parmi une série d'autres, nous rappellent qu'ils furent eux aussi des juristes écossais. N'est-ce pas une chose curieuse qu'un peuple ait renoncé à son parlement en échange de la préservation de son système juridique ? N'avons-nous pas là une clé d'interprétation du compromis historique conclu au Canada en 1867 ?

C'est donc sur la base de ces interrogations que j'entreprendrai ici d'éclairer la signification de l'arrangement politique sur lequel, encore aujourd'hui, les avis se partagent. Sans prétendre dissiper tout d'un coup cette brume que les querelles d'écoles, une longue exégèse et les divergences de vue entre Canadiens et Québécois ont produite, j'estime que nous devrions prendre

au sérieux l'analogie, que les acteurs historiques eux-mêmes ont faite, entre l'union anglo-écossaise de 1707 et l'union canadienne de 1867. C'est à cette condition que nous atteindrons à une compréhension plus juste et plus riche du type de régime politique et d'équilibre entre majorité et minorité que les pères fondateurs ont voulu instaurer. Cette compréhension a souffert pendant longtemps du peu d'intérêt porté à la genèse historique et intellectuelle du Dominion canadien, en science politique, en droit, et même en histoire ; le regain d'intérêt que connaît depuis quelques années l'étude de l'histoire et des traditions politiques est en voie de combler ce déficit. De plus, similaire par plusieurs de ses traits à l'union anglo-écossaise, l'union canadienne, par sa manière d'agencer liberté politique et reconnaissance au profit de l'élite juridique, a marqué durablement le discours autonomiste québécois.

La référence écossaise dans les débats fondateurs canadiens

Lorsqu'on aborde le moment fondateur canadien, qui s'échelonne des premières conférences intercoloniales de 1864 jusqu'à l'adoption finale de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique (AANB), on doit se garder de plaquer sur cette époque des schémas mentaux qui semblent aujourd'hui tomber sous le sens. Par exemple, la distinction canonique que nous faisons d'emblée entre les régimes d'État – fédéral, confédéral et unitaire – ne s'imposait pas encore ni dans le monde anglo-saxon, ni encore chez les auteurs français du milieu du XIX^e siècle. Ainsi, ce que les pères fondateurs canadiens entrevoyaient comme union fédérale pouvait englober des régimes que nous qualifierions aujourd'hui de confédéraux ou d'unitaires¹. Pendant longtemps, la science politique et le droit constitutionnel ont tenté de coucher l'étrange créature politique née en 1867 dans le lit de Procuste de distinctions toutes faites et sans recoupement possible. Se plonger dans l'univers conceptuel des pères fondateurs implique que nous retirions de notre champ de vision les lunettes modernes que nous sommes accoutumés de porter. Qui plus est, pour saisir cet univers, il convient d'interpréter les débats de l'époque à la lumière des précédents historiques et des expériences politiques dont les acteurs de l'époque étaient le plus proches.

Or, un constat frappant pour le lecteur transporté dans cet univers est la référence, souvent explicite, qui est faite à l'union anglo-écossaise de 1707. Bien avant la formation du Canada fédéral, cette union avait servi de modèle². Lors du fameux débat de février et de mars 1865 qui précéda le vote par l'assemblée législative du Canada-Uni des résolutions de Québec, tant les défenseurs que les opposants du projet d'union canadienne renvoient à cette lointaine union. John A. MacDonald, Alexander Mackenzie et D'Arcy McGee citent l'union anglo-écossaise en exemple d'arrangement fédéral ou confédéral qui a réussi et dont devraient s'inspirer les parlementaires canadiens³. Dans l'opposition, Joseph Perreault accable le projet d'union d'une charge virulente, sur la foi aussi du précédent anglo-écossais, révélateur à ses yeux des pratiques corruptrices et d'intimidation auxquelles les Britanniques eurent recours pour subjuguier les peuples écossais et irlandais⁴. Le portrait qu'il tire de l'union de 1707 – un suicide collectif perpétré

contre le peuple écossais par une élite vénale – contraste avec les merveilles chantées par le parti gouvernemental. (À Westminster, Lord Carnarvon évoque à son tour cette union en présentant le projet d'union des colonies de l'Amérique du Nord britannique⁵.) Ce que dit MacDonald sur l'union de 1707 est des plus instructif :

La position de l'Angleterre et de l'Écosse est à peu près analogue à celle du Canada. L'Union de ces deux pays, en matière de législation, est d'un caractère fédéral, pour la raison que l'acte d'union stipule qu'aucune loi écossaise ne sera changée qu'à l'avantage évident des Écossais. Et cette règle a été regardée comme tellement obligatoire, dans la législature de la Grande-Bretagne, qu'aucune loi affectant l'Écosse ne peut être passée sans une majorité des votes écossais. Il peut être important pour les intérêts généraux de l'empire que la loi écossaise soit modifiée ; cette loi peut affecter le système général de la législation du Royaume-Uni, – malgré toutes ces raisons, elle ne peut être changée sans la sanction de la majorité des membres écossais dans la législature, et leurs vues sont exprimées par un vote sur la question même. Si les membres écossais ne l'approuvent pas, la loi ne peut passer en parlement. [...] Nous trouvons donc en Angleterre un exemple frappant du fonctionnement et des effets d'une union fédérale, et nous pouvons nous attendre à voir les mêmes effets se produire dans notre confédération⁶.

De prime abord, l'analogie que MacDonald croit percevoir entre les rapports entre l'Écosse et l'Angleterre, d'une part, et les deux Canadas, d'autre part, a de quoi surprendre. En effet, l'union de 1867 fit exactement le contraire de ce qu'avait noué celle de 1707 en Grande-Bretagne : séparer, au lieu d'unir, deux peuples. On oublie trop souvent que l'acte constitutif du Canada fut une séparation⁷, qui rompit l'union scellée en 1840 contre la volonté du Bas-Canada. Pour le Canada français, l'enjeu principal de l'union canadienne de 1867 était de pouvoir récupérer l'autonomie et ses institutions propres au sein d'un État où il serait redevenu la majorité, sans devoir être enchaîné, en toutes matières, à un gouvernement ou à une assemblée répondant aussi au désir d'une autre collectivité. Bien loin de perdre son parlement, le Bas-Canada le retrouve en quelque sorte, avec la garantie d'une autonomie fédérale et avec les acquis de la responsabilité ministérielle. Donc, à première vue, tout semble opposer l'entreprise constituante de 1867 et l'union anglo-écossaise de 1707.

La genèse et les termes du traité d'Union de 1707

Il serait instructif de rappeler ici en quoi consistait cette union, qui se fit en deux étapes et entérina le déclin du royaume d'Écosse, absorbé par l'Angleterre. Au XVI^e siècle, les guerres de religion et le règne orageux de Marie Stuart qui dut abdiquer en 1567 avant connaître dix-huit ans de captivité ont affaibli le royaume écossais devant l'Angleterre élisabéthaine. À la mort de la reine « vierge » anglaise, Jacques VI, roi d'Écosse et fils de Marie Stuart, monte sur le trône

d'Angleterre en 1603. Ce faisant, les deux couronnes sont réunies, et le nouveau roi prend le nom de Jacques 1^{er}. L'union des deux couronnes préserve le parlement écossais, l'église presbytérienne et le système juridique écossais. Le roi installé à Londres gouverne l'Écosse à distance, flanqué notamment de l'assemblée générale de l'Église presbytérienne. Interrompue pendant la révolution anglaise sous Cromwell en 1652, la souveraineté écossaise renaît à la restauration de 1660, mais les infortunes d'une société commerciale de colonisation, dont nombre d'Écossais sont actionnaires, ruinent le royaume. Puis, dans une deuxième étape, en 1707, l'union des deux couronnes se double d'une union politique, consacrée par un traité qui dissout le parlement écossais « acheté » par la corruption du Court party⁸. Bien que les parlementaires écossais eussent préféré une union fédérale avec l'Angleterre, pareille à celle qui existait dans les Provinces-Unies hollandaises depuis la fin du XVI^e siècle, les Anglais s'y refusèrent et préférèrent une « incorporation telle que le parlement d'Écosse n'eût jamais le pouvoir d'annuler les articles du traité » d'union⁹. L'Écosse obtint toutefois des concessions en échange de sa renonciation à son parlement : le libre-échange avec l'Angleterre, de même que le maintien de l'Église d'Écosse ou Kirk presbytérienne, gouvernée par son assemblée générale annuelle, de son système éducatif (ses quatre universités) et de son système juridique, formé d'un droit resté proche du droit romain, d'un système judiciaire et d'un barreau, tous trois séparés de la *Common Law* anglaise¹⁰. Qui plus est, l'aristocratie écossaise se vit garantir ses charges et ses privilèges et l'Écosse obtint l'assurance d'être représentée par 45 députés à la Chambre des communes et 16 pairs à la Chambre des Lords. Devant la menace révolutionnaire grondante des États-Unis et de la France, l'Angleterre apeurée céda une autonomie législative à l'Irlande en 1783 pour aussitôt la remplacer en 1801, après une insurrection durement réprimée en 1798, par une union législative moins avantageuse que celle dont jouissait l'Écosse¹¹. De plus, l'union de 1707 semble avoir ménagé les institutions civiles écossaises mieux que l'avait fait l'annexion du Pays de Galles à l'Angleterre survenue en 1536 et 1542¹².

Ce qui est instructif dans l'union anglo-écossaise, c'est le type de marché que l'élite écossaise a bien voulu conclure. Il y a apparence que cette union n'a pas mis l'Écosse sur les genoux, si appauvrie et désarmée qu'elle fût devant l'Angleterre conquérante. Comme l'observe Lindsay Paterson :

Scotland's union with England in 1707 was a bargain. Scotland did surrender autonomy, but not abjectly: the bargain provided advantages to both parties. England gained peace on its northern border (more or less), and Scotland gained economic opportunities, political influence and the protection of most of this key institution. [...] That was not bad going for a small and weak nation at the end of a century of almost continuous European warfare¹³.

La relative bonne affaire que représente l'union de 1707 tient donc au fait que l'élite politique écossaise, en échange de sa renonciation à la liberté politique de l'Écosse et à son existence même en tant que royaume distinct, se fait garantir le maintien de trois institutions civiles, et l'accès à un ensemble politique et éco-

nomique plus vaste. L'Écosse, en tant que royaume séculaire, disparaît, mais survit néanmoins à travers ses institutions civiles, et l'élite écossaise obtient l'assurance de participer au gouvernement anglais. L'Écosse ne se fond pas totalement dans un État unitaire. En effet, à l'État britannique correspond une pluralité de sociétés civiles, dont l'écossaise, société périphérique qui renonce au souci du politique pour s'investir dans les sphères économique, sociale et culturelle. L'identité écossaise subsiste ainsi en se cristallisant sur la « sainte trinité » que forment le droit, le système éducatif et l'Église presbytérienne¹⁴. À l'intérieur de son régime en apparence unitaire, le gouvernement britannique dut consentir des accommodements, mettre sur pied des administrations séparées pour l'Écosse, adapter sa procédure parlementaire et faire coexister sur son territoire deux systèmes juridiques. Bref, l'État britannique multiplie les asymétries pour intégrer dans son fonctionnement une société politiquement hétéronome, mais n'en demeurant pas moins une société à part. Pour décrire le statut de l'Écosse les analystes ont eu recours à toutes sortes d'expression qui témoignent de l'ambiguïté de l'union : semi-indépendance, un pays dans un pays, l'indépendance à l'intérieur de la Grande-Bretagne¹⁵. L'historien John G. A. Pocock constate qu'on ne peut écrire une histoire du Royaume-Uni en prenant pour acquis que le pays forme un État, puisqu'il n'a réussi ni à s'unifier, ni à se fédéraliser véritablement¹⁶. En effet, l'Union de 1707 a fait de l'Écosse une sorte de « nation-État », sans État propre¹⁷. Cet arrangement institutionnel avait ceci de particulier qu'il permit à l'élite écossaise de cultiver une double identité dans tous les aspects de la vie sociale et politique, parce qu'elle considérait l'État britannique comme le sien¹⁸. Ce type d'arrangement, dont Londres a appliqué des variantes aux pays de Galles et à l'Irlande, a fait partant du Royaume-Uni un régime s'éloignant des formules d'États unitaires ou fédéraux connus en Europe au XIX^e et XX^e siècles¹⁹.

L'union de 1707 n'allait pas sans bénéfice pour la bourgeoisie écossaise, qui vit s'ouvrir des opportunités de carrières dans l'administration et l'armée britanniques, de même que dans les administrations spéciales sises à Édimbourg, comme dans les tribunaux écossais²⁰. Cet arrangement a notamment profité à la profession juridique écossaise, qui était relativement nombreuse au XVII^e siècle²¹ et qui, par la suite, en vint à jouer un rôle décisif aussi bien à Londres qu'à Édimbourg. En fait, selon Alexander Murdoch, la survivance de l'Écosse en tant qu'entité distincte au sein du Royaume-Uni est largement tributaire des juristes écossais, jusqu'au XX^e siècle du moins :

*Scotland since 1707 has been part of a non-federal, highly centralised state, yet certain aspects of government have always remained centred, in Edinburgh, to a greater or lesser degree, and until the advent of the twentieth-century civil servant, it was the lawyers and the Scottish legal system which made this phenomenon possible*²².

Dans une bonne partie du XVIII^e après 1707, les deux principales institutions juridiques d'Écosse, la Cour de Justice et la Faculté des avocats (équivalent d'un barreau supérieur), installées dans le bâtiment du parlement écossais aboli, tinrent lieu de forum public de la nation, de « para-parlement »²³. Privés d'un

parlement national par lequel accomplir une réforme législative propice à l'émergence d'une société civile commerçante, les juristes écossais se rabattirent sur les tribunaux écossais pour réaliser leur ambition modernisatrice²⁴. Pendant le XVIII^e siècle, Londres prit l'habitude de confier la gouverne des affaires écossaises à un Écossais de confiance – le plus éminent d'entre les ministres écossais fut le duc d'Argyle, en fonction de 1725 à 1761. Bien que résidant à Londres, il eut recours à des « sous-ministres » vivant en Écosse, pour la plupart des avocats qui prenaient avis auprès de leurs confrères avant de transmettre leur recommandation à Londres²⁵. Par ailleurs, comme le souligna le constitutionnaliste Ivor Jennings, les représentants écossais à Londres accédaient à cette fonction sous l'influence d'oligarchies corrompues, dans les bonnes grâces du gouvernement anglais. Ce système se maintint jusqu'à la réforme électorale de 1832²⁶.

Il est intéressant de noter qu'à l'époque où le nationalisme écossais renaît au XIX^e siècle, à la faveur des écrivains Scott, Burns, Wallace et Bruce qui ont célébré une nation romantique et épique, l'union est dépeinte comme un pacte entre deux partenaires égaux²⁷. En réalité, entre 1780 et 1820, beaucoup d'avocats écossais se lancèrent dans la carrière littéraire, célébrant du même coup le rôle de la caste juridique dans l'avenir de l'Athènes du nord²⁸.

L'union canadienne de 1867 et le rôle stratégique de la codification du droit civil en 1866

Cela étant, on peut se demander en quoi l'union anglo-écossaise est pertinente pour élucider le sens de l'union canadienne de 1867. L'hypothèse que j'avance est la suivante : le projet sur lequel se sont entendus les pères fondateurs canadiens constituerait une forme d'arrangement à l'écossaise supposant beaucoup plus d'asymétries que nous serions disposés à le croire aujourd'hui, à cela près qu'elles s'inséreraient dans un régime principalement fédéral et non strictement unitaire. Plusieurs indices accèdent, me semble-t-il, cette hypothèse. Tout d'abord, il y a le fait que les pères fondateurs utilisent le terme « union », ou l'expression « traité d'union » ou « pacte d'union » pour décrire leur projet, laissant ainsi entendre que leur dessein était de regrouper dans un nouvel ensemble – et non d'amalgamer – des collectivités déjà constituées. Il est clair que les parlementaires coloniaux de l'époque considèrent les résolutions de Québec comme les dispositions d'un traité conclu entre des États indépendants : il fallait donc l'adopter en bloc ou le rejeter, tout amendement étant irrecevable²⁹. L'autre indice, des plus significatifs, est l'importance qu'a revêtue dans les négociations échelonnées entre 1864 et 1867 la protection des institutions civiles et juridiques de l'ancien Bas-Canada, constitué en État provincial en 1867. C'est une chose connue et documentée que d'affirmer que l'AANB répond à la nécessité d'octroyer au Québec des protections et une autonomie constitutionnelles qui assureront la pérennité de ses institutions civiles, de sa culture – et, à l'époque, de sa religion. Il est certes vrai que le Bas-Canada ne fut pas seul à craindre pour son autonomie, aux côtés des colonies des Maritimes qui entrèrent dans l'union avec réticence ; il n'empêche que le choix d'un régime fédéral plutôt qu'une forme

d'union législative s'explique par l'insistance et l'habileté avec lesquelles les dirigeants du Canada français ont tenu à défendre les droits de leur nationalité.

Le dispositif de l'AANB comprend les éléments de compromis suivants :

- 1- L'indication, dans le préambule, que l'union serait de type fédéral ;
- 2- Un partage des compétences législatives qui garantit au Québec l'exclusivité sur ses institutions civiles, sur son droit civil, sur l'administration des tribunaux et sur toutes les matières d'intérêt local ;
- 3- La garantie que le droit civil québécois ne pourra faire l'objet d'une loi d'uniformisation fédérale (art. 94) ;
- 4- La garantie que le Québec obtiendra à la Chambre des communes un minimum de 65 représentants, plancher qui servira de base de calcul pour l'attribution proportionnelle des circonscriptions aux autres États provinciaux (art. 51) ;
- 5- Au Sénat, le Québec sera mis sur un pied d'égalité avec l'Ontario et les Maritimes en tant que région ;
- 6- L'assurance que les juges des cours supérieures du Québec seront choisis parmi les membres du Barreau du Québec (art. 98) ;
- 7- La garantie que les lois encore en vigueur dans l'ancien Bas-Canada continueront à s'appliquer après l'entrée en vigueur de l'AANB (le code civil du Bas-Canada, l'Acte de Québec de 1774) ;
- 8- L'assurance que le français demeurera une langue de législation, des débats parlementaires et des procédures judiciaires, au profit de la classe politique et des juristes.

Or, l'arrangement de 1867 intervient peu après un fait politique et juridique capital, qui a conditionné plusieurs des termes de l'entente : la codification du droit civil bas-canadien. Ces deux événements sont beaucoup plus liés qu'ils ne paraissent, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, l'élite politique bas-canadienne est alors largement dominée à l'époque par la profession juridique. Entre 1841 et 1851, par exemple, 24 des 40 membres de l'exécutif ont été des avocats, ce que constate avec amertume en 1856 Étienne-Pascal Taché, lui qui dirigera le gouvernement de la Grande Coalition de 1864³⁰. L'union de 1867 est un pacte entre avocats, peut-être plus qu'il ne fut une entente supposée entre deux peuples fondateurs ou entre des colonies de l'Amérique du Nord Britannique. Au Canada français, la carrière d'avocat, mieux que le peu d'autres qui s'offraient aux jeunes gens instruits, était la voie royale pour accéder au pouvoir politique, en l'absence d'une élite gouvernante indépendante de fortune ou d'une bourgeoisie capitaliste francophone³¹. Deuxièmement, l'union de 1840, qui a signifié la disparition du Bas-Canada légal et politique, n'a pas freiné le désir qu'avait l'élite canadienne-française de reconstituer, par des voies parfois détournées, les institutions perdues. Ainsi sous le régime de l'union est apparu un type de politique *consociationnel* qui obligea les deux communautés nationales à séparer leurs affaires en créant des institutions administratives et municipales distinctes et en adoptant des lois d'une application différenciée, en vigueur soit au Canada-Ouest, soit au Canada-Est³². Il n'est donc pas étonnant que lorsque Georges-Étienne

Cartier devint Procureur général du Canada-Est en 1856, il tâcha de faire adopter un train de mesures destinées à la fois à rehausser le statut de la profession juridique et à renforcer l'administration judiciaire et la certitude du droit sur l'ensemble du territoire³³. Le projet de codification du droit civil lancé par Cartier en 1857 s'inscrivait dans un plan de modernisation et d'uniformisation qui ne répondait pas qu'à des considérations techniques ou juridiques. Il avait pour but de faire du Bas-Canada une société civile à part entière, régie par un code expurgé de tous les obstacles que la Coutume de Paris, la pluralité cacophonique des sources de droit et le régime seigneurial avaient posé à l'émergence d'un ordre capitaliste supposant la fluidité des échanges et l'efficacité du droit des obligations.

Or, l'idée même de codification a une histoire des plus instructives. Elle apparaît d'abord à l'époque des Patriotes. Les premiers ténors de cette solution y virent le moyen de combattre l'ignorance des paysans et des immigrants et de leur inculquer les valeurs du régime seigneurial et de la vie traditionnelle. Par la codification, le droit acquérait une valeur universelle, un maniement plus simple et exprimerait le génie français du droit. Pour certains, la codification mettrait fin au pouvoir des juges hardis qui créent le droit en l'absence de normes claires, pour d'autres, elle adapterait le droit aux nouvelles exigences de l'économie³⁴. Mais à mesure que le mouvement patriote s'est radicalisé, à l'approche des rébellions de 1837-38, il n'était plus question de codifier les institutions traditionnelles du Bas-Canada, mais bien de les éliminer.

Après les rébellions, l'idée de la codification évolua. Ceux-là mêmes qui avaient été dans leur jeunesse de fervents Patriotes et critiques de la jurisprudence produite par une magistrature anglophone insensible à la loi des élus, devinrent, sous l'union de 1840, des hommes politiques, des juges et des professeurs de droit, désormais soucieux de dépolitiser le droit, de l'ériger en science rationnelle capable de prévision. Ainsi, il n'était plus question de consacrer le français comme seule langue de droit civil, tel que l'avaient réclamé les Patriotes. Le Code civil du Bas-Canada constituerait un code bilingue, certes français dans sa forme, mais qui, sur le plan des sources de droit auxquels il emprunte, opérerait un mariage entre le droit bas-canadien, le droit français et le Common law. Ce mariage avait commencé dès l'Acte de Québec de 1774 qui autorisa de nombreuses exceptions au principe du rétablissement du droit coutumier français dans la colonie conquise³⁵. En ce sens, le Code de 1866 a préparé l'institutionnalisation du bilinguisme et créé un droit hybride, métissé³⁶. Et c'est à une élite de juristes bilingues, connaisseurs du droit civil français et de la Common Law, et travaillant au contact de la grande bourgeoisie anglo-montréalaise, qu'a été confiée l'entreprise de codification.

Le père de la codification, Georges-Étienne Cartier, illustre à merveille l'ambiguïté de cette entreprise. Avocat de l'abolition du régime seigneurial, réfractaire aux idées abstraites et à tout radicalisme, Cartier a été l'intercesseur entre le capitalisme anglo-montréalais et sa profession, entre la minorité anglophone et la société francophone traditionnelle, ainsi que le défenseur du bon ententisme entre les deux Canadas. Anglophile par ses lectures et même dans son

style de vie, il se piquait de maîtriser la Common Law aussi bien que le droit civil. Ainsi, le droit dont il a voulu la codification n'était pas un droit débarrassé de ses emprunts au droit anglais pour retrouver une quelconque pureté originelle. Il devait offrir une synthèse du meilleur des deux systèmes de droit. En confiant entre autres la codification au commissaire Charles Dewey Day, ex-procureur de la cour martiale qui avait condamné les Patriotes insurgés, et au secrétaire Thomas Kennedy Ramsay, Écossais issu de la petite noblesse terrienne, Cartier s'assurait de rendre lisible et recevable à l'esprit britannique les inventions du droit civil bas-canadien ou les concepts étrangers à la culture juridique britannique³⁷. Pour audacieuse qu'elle parût, la codification présentait donc un droit dont les potentialités d'altérité pour le monde anglo-saxon avaient été considérablement réduites.

Il est intéressant d'observer que lorsque le projet de codification fut présenté devant le parlement du Canada-Uni en 1858, plusieurs parlementaires s'objectèrent au projet, préférant plutôt que la codification systématisât en un seul code le droit des deux parties du Canada. En chambre, George Brown, le chef des Grands, exprima la crainte que cette entreprise ne séparât plus que jamais ces deux divisions. Convaincu de la supériorité du droit civil français sur la Common Law, Antoine-Aimé Dorion voulut aussi étendre la codification à l'ensemble du droit canadien³⁸. MacDonald et Cartier prirent appui sur le précédent écossais pour rejeter la demande de l'Opposition : ce précédent montrait qu'il était possible de concevoir deux systèmes juridiques coexistant au sein d'une même union politique.

Ces débats et l'habileté avec laquelle Cartier a manœuvré pour faire avancer à tout prix son projet de code civil séparé révèlent qu'il y avait derrière cette ambition de juriste un dessein politique : 1857, c'était l'époque où le gouvernement de Cartier-MacDonald commença à envisager une union fédérale ; un an après, Cartier se rallia au principe d'établir une telle union. Lors des conférences intercoloniales de Québec et de Charlottetown de 1864, les communiqués du gouvernement du Canada-Uni insistèrent sur le fait que le Bas-Canada allait participer aux pourparlers en se présentant avec un système de droit évolué et qu'en raison de ce fait, il allait réclamer la compétence sur tout le droit civil et l'organisation judiciaire, à l'exception du droit criminel³⁹. L'utilisation stratégique qui fut faite de cette codification n'a pas échappé à Thomas McCord, éditeur d'une version privée et anglaise du Code :

In a view of a union of the British American provinces, the codification of our laws is perhaps better calculated than any other available means to secure to Lower Canada an advantage which the proposed plan of confederation appears to have already contemplated, that of being the standard of assimilation and unity, and of entering into new political relations without undergoing disturbing alterations in her laws or institutions⁴⁰.

Devant la chambre du Canada-Uni, Cartier présenta son nouveau Code civil du Bas-Canada avec ferveur et grandiloquence. Par cette codification, qui suivait les traces du Code de Napoléon de 1804, le Canada français parvenait à la même dignité que celle qui auréolait le peuple français. « Si le Canada veut grandir, s'il veut conserver son individualité et sa nationalité, rien ne sera plus capable de réaliser ses espérances que l'adoption d'un code de loi⁴¹. » Ce que révèle l'ambition codificatrice de Cartier, c'est que le Bas-Canada ne pourra prétendre former une nationalité distincte auprès du reste du Canada et des colonies britanniques invitées à former une nouvelle union tant et aussi longtemps qu'il ne leur opposera pas un système juridique distinct. Le droit, bien plus que la langue et la foi catholique, est ce par quoi le Bas-Canada pourra se hausser au statut de collectivité distincte⁴². Les Britanniques, férus de légalisme, ont plus de respect pour les nationalités qui élaborent leur propre code de lois que pour celles qui persistent dans l'existence par la seule culture et la religion. D'où l'importance de terminer la codification avant la conclusion des pourparlers sur le projet d'union fédérale. La codification terminée en 1865, le Bas-Canada, bien que disparu légalement en 1840, renaissait en tant que société civile distincte, apte à agir comme partie contractante des négociations intercoloniales. Et à ce titre, par cette habile fiction, le Bas-Canada partait du bon pied pour faire du maintien de son système juridique distinct une condition à son entrée dans la « confédération » et ainsi exiger une distribution des compétences qui s'alignât sur cette asymétrie fondamentale. Cartier semble avoir remporté son pari, puisque la structure du partage des compétences convenue en 1867 est ainsi faite que le Québec garde la maîtrise, sauf exception, de tout son droit civil, de l'organisation judiciaire et des institutions municipales. Au parlement de Westminster, en février 1867, Lord Carnarvon reconnut ce fait :

Le Bas-Canada est jaloux et fier à bon droit, de ses coutumes et de ses traditions ancestrales, il est attaché à ses institutions particulières et n'entrera dans l'union qu'avec la claire entente qu'il les conservera. [...] La coutume de Paris est encore le fondement de leur Code civil et leurs institutions nationales ont été pareillement respectées par leurs compatriotes anglais et chéries par eux-mêmes. Et c'est avec ces sentiments et à ces conditions que le Bas-Canada consent maintenant à entrer dans cette confédération⁴³.

L'arrangement constitutionnel de 1867 et le sens ambigu de ses asymétries

La question qui se pose ici est de savoir en quoi précisément l'union de 1867 constituait un arrangement à l'écossaise, puisque le Québec semblait avoir remporté la mise et acquis une autonomie politique qu'eussent pu lui envier nombre de nationalistes écossais du XIX^e siècle. Si l'on se place dans la perspective de Cartier, l'union canadienne de 1867 fut une séparation réussie, qui érigea le Québec en collectivité autonome possédant un statut particulier protégé par un ensemble de mécanismes inscrits dans la loi impériale. Par contre, si l'on considère cette union au vu de la critique des opposants au projet, avec à leur tête le

chef des Rouges, Antoine-Aimé Dorion, une tout autre perspective se dégage. Leur thèse était que l'union canadienne procurait au Québec un semblant d'autonomie, un régime de tutelle qui subordonne les pouvoirs et les institutions du nouvel État à la puissance du gouvernement fédéral, nanti de pouvoirs unilatéraux qui finiraient, à terme, par réduire à néant l'autonomie québécoise. Dans la perspective de l'opposition, l'union de 1867 est un troc boiteux par lequel le Québec se fait consentir des protections quant à son droit et à sa langue, en échange d'une renonciation à une véritable liberté politique. L'opposition n'a pas manqué de soulever la contradiction entre d'une part la prétention du Québec à exercer la plus souveraine autonomie sur son droit civil et d'autre part, le fait qu'il abandonne au gouvernement fédéral la nomination des juges chargés d'interpréter ce droit. Le ministre de la justice de l'époque, Hector Louis Langevin, défendit l'octroi de ce pouvoir de nomination au motif que l'arène fédérale, plus grande et plus prestigieuse, pourrait attirer des candidats de valeur et ambitieux, alors que les législatures provinciales ne sauraient résister à la pression funeste des influents⁴⁴. En bref, si distinct qu'il soit par son droit civil, le Québec n'est une collectivité ni assez mûre, ni assez forte, ni assez prometteuse pour l'ambition des avocats : le Québec ne peut donc voir lui-même à la nomination des magistrats de prestige qui interpréteront ce droit. Ces magistrats fédéraux deviendront les gardiens du droit codifié d'une société civile incapable de s'ériger en communauté politique autonome, quand bien elle aurait son propre parlement. Plus une société civile existant par son droit qu'une communauté politique existant par l'affirmation d'une volonté populaire, le Québec exclut de se donner lui-même sa loi criminelle – qu'il abandonne au parlement fédéral, ni ne voit la nécessité de se doter d'une constitution politique écrite, comme l'avait pourtant préconisé l'un des premiers promoteurs d'une union fédérale au Bas-Canada en 1858, Joseph-Charles Taché⁴⁵.

On voit dès lors l'ambiguïté de la démarche constituante de 1867. L'union de 1867 établit certes une union asymétrique ; cependant, la portée de cette asymétrie est fonction de la manière dont nous qualifions le régime canadien. Est-ce une union asymétrique s'insérant dans un régime centralisé, mêlant une logique fédérale à la tradition britannique de l'union législative unitaire ou une union fédérale, à la fois dualiste et asymétrique ? Certains analystes, tels que La Selva et Laforest, penchent pour le deuxième terme de cette alternative. Leur thèse est que l'histoire et la pratique constitutionnelle canadiennes ont complètement passé sous silence les implications de l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui accorde au parlement fédéral le pouvoir d'uniformiser le droit civil des États provinciaux de Common Law (Ontario, N.-B et N.-É.), moyennant l'accord de ces derniers. Cet article, à l'application duquel le Québec est soustrait, a soulevé en 1865 les interrogations de plusieurs parlementaires. D'aucuns convinrent que l'article 94 interdisait implicitement au parlement fédéral de proposer toute mesure qui pût affecter le droit civil québécois⁴⁶. Alors que l'uniformisation du droit civil des États provinciaux de Common Law devenait légitime et juridiquement réalisable par un mécanisme législatif qui dispensait de recourir à l'amendement constitutionnel, l'assujettissement du droit civil québécois à toute velléité d'uniformisation fédérale était *ab initio* interdite. La Selva et Laforest déduisent

de l'article 94 que tout projet d'amendement constitutionnel qui tend à l'alignement du droit civil québécois sur la norme fédérale est soumis au veto du Québec⁴⁷. Une autre signification possible de l'article 94, que n'ont pas explorée les deux auteurs, est qu'il interdit au parlement fédéral d'utiliser ses compétences nommées à l'article 91 de manière à uniformiser le droit civil québécois ou à en restreindre le champ d'application. En somme, cet article oublié de la *Loi constitutionnelle de 1867* consacrerait deux principes d'asymétrie : 1- la continuité des institutions civiles québécoises vis-à-vis du changement constitutionnel ; 2- la non-centralisation du droit civil québécois. Dans un article méconnu de François-Albert Angers, celui-ci déduisait de l'article 94 deux principes : 1 - la reconnaissance implicite du caractère national du groupe canadien-français du Québec ; 2- une garantie de non-centralisation, voire de « séparation », qui protège les droits du Québec contre l'évolution centralisatrice de l'AANB⁴⁸. Angers alla jusqu'à soutenir que cet article envisageait au Canada « une sorte de double État national, l'un pour les Canadiens anglais, faisant progressivement leur unité par Ottawa, l'autre pour le Canada français, assurant son unité par Québec⁴⁹. »

Le rôle des juristes québécois dans l'amenuisement des asymétries fondatrices de 1867

En somme, l'union canadienne de 1867 recèle beaucoup plus d'asymétries potentielles que le fonctionnement actuel du fédéralisme canadien n'est disposé à l'admettre. Cependant, ces asymétries peuvent prendre des configurations diverses, suivant qu'on les insère dans un régime mixte – mi-unitaire, mi-fédéral – qui préserve le Québec à titre de société de droit civil distincte sans lui fournir toutes les prérogatives de l'autonomie, ou qu'on associe ces asymétries à un principe de fédéralisme intégral, qui atténue la portée des pouvoirs fédéraux unilatéraux et fortifie l'autonomie du Québec par une double garantie de continuité et de non-centralisation. Or, si l'on observe la pratique et l'interprétation constitutionnelle du Canada depuis 1867, force est de constater que les tribunaux, les acteurs politiques, y compris la classe juridique québécoise, ont concouru à neutraliser considérablement le potentiel des asymétries.

Tout d'abord, les tribunaux canadiens et le Conseil privé de Londres semblent avoir accordé une importance limitée à l'article 94 dans l'économie du partage des compétences, et encore moindre aux fondements historiques et intellectuels de l'union canadienne. Dans quelques décisions de ces tribunaux, il est fait référence à l'article 94, pour donner une interprétation large à l'alinéa 92(13) qui confère aux États provinciaux la compétence sur la propriété et les droits civils, mais sans soulever les implications de l'asymétrie enchâssée dans cet article⁵⁰. Emprisonnés dans une logique formaliste propre au positivisme juridique, ces tribunaux ont souvent fait comme si ces éléments n'existaient pas. Ce formalisme, encore tenace aujourd'hui dans l'interprétation judiciaire de la constitution, justifie les tribunaux de faire abstraction de l'intention historique du constituant⁵¹. Le préambule de l'AANB, qui établit une union fédérale dotée d'une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, aurait pu être lu comme une invitation à repérer dans l'histoire constitutionnelle britanni-

que les pratiques et les précédents qui rendaient plausible une union fédérale asymétrique. Si en 1865 John A. MacDonald était convaincu qu'en vertu de la pratique constitutionnelle britannique, les élus écossais de Westminster devaient consentir à toute mesure affectant l'Écosse, comment pouvait-on alors transposer ce principe au Canada à l'égard du Québec⁵² ?

Sur le plan politique, la pratique constitutionnelle montre qu'il était beaucoup plus avantageux pour le parlement fédéral de s'appuyer sur ses compétences générales plutôt que sur l'article 94 pour uniformiser le droit au Canada, d'autant que ces compétences-là s'exercent aussi à l'égard du Québec et sans devoir demander l'approbation préalable des États provinciaux. Les juristes canadiens favorables à la centralisation ont vite compris que la méthode la plus efficace pour uniformiser le droit était la voie judiciaire, et que la bataille pour la suprématie de la loi fédérale dans le régime fédératif canadien se jouerait avec l'abolition des appels au Conseil privé de Londres⁵³.

Enfin, les juristes et les hommes politiques québécois ont eux-mêmes considérablement restreint la portée des asymétries dont semblait jouir le Québec lors de la création de la Cour suprême du Canada en 1875. La Cour naquit sous le gouvernement d'Alexander Mackenzie, après quelques tentatives de création faites par le gouvernement de MacDonald en 1869 et 1870. Le projet dont le parlement fut saisi le 23 février 1875 prévoyait l'établissement d'une Cour suprême ayant compétence sur les matières tant fédérales que provinciales, y compris les litiges régis par le droit civil québécois⁵⁴. Plusieurs députés canadiens-français tentèrent d'amender le projet de loi, soit pour confier au Conseil privé de Londres l'exclusivité de la juridiction sur le droit civil québécois, soit pour restreindre la juridiction de la Cour suprême aux seules matières fédérales. Mais la discipline de parti eut raison de ces projets d'amendement, facilement défaits. Le seul amendement adopté consistait à garantir au Québec au moins deux juges issus de son barreau sur les six que devait compter la cour. Et le principe de l'appel des décisions de cette nouvelle Cour suprême au Conseil privé fut aboli par un amendement adopté par un vote de 112 à 40, auquel se joignirent la plupart des députés canadiens-français⁵⁵. (En 1875, le Conseil privé de Londres, qui avait renversé l'année précédente une décision de la cour du Banc de la Reine du Québec refusant d'ordonner le déplacement de la sépulture du rouge radical Joseph Guibord dans un cimetière catholique, s'était attiré les foudres des conservateurs et du clergé.) Toutefois, les autorités britanniques, sans l'approbation desquelles cet amendement ne pouvait être valide, y firent obstacle, au motif que le Dominion canadien étant une union fédérale marquée par des clivages de races et de religion, il appartenait à un tribunal indépendant et impartial comme le Conseil privé de veiller aux droits de la minorité⁵⁶. L'établissement de la Cour suprême sur ces bases constituait un accroc majeur au fédéralisme et renforçait le caractère unitaire de l'organisation judiciaire canadienne, ce que ne manqua pas de relever, non pas un député du Québec, mais un député libéral de l'Ontario, formé en droit aux États-Unis⁵⁷. Ce député rappela que si l'union canadienne était de type fédéral tel que le déclare le préambule de l'AANB, le principe fédéral devait être alors appliqué aux trois pouvoirs de l'État, y compris le judiciaire. S'appuyant sur le

théoricien du fédéralisme Edward A. Freeman⁵⁸, il estimait que chaque État, dans une union fédérale, devrait pouvoir « régler ses lois de jurisprudence criminelle et même les détails de sa constitution politique⁵⁹. » Le ministre fédéral de la justice de l'époque, Fournier, lui rétorqua que les « provinces », à la différence des États américains, sont des entités subordonnées et que « le pouvoir fédéral avait des pouvoirs généraux et spéciaux qui n'étaient pas accordés aux provinces⁶⁰. » Le ministre Fournier s'appuya même sur l'article 94 pour soutenir que parce que cette disposition autorisait l'uniformisation des lois en dehors du Québec, on pouvait en déduire que l'AANB accordait à la Cour générale d'appel que le parlement fédéral jugerait bon de créer une juridiction sur les lois tant provinciales que fédérales⁶¹.

Cet épisode illustre à merveille l'ambiguïté de la revendication autonomiste québécoise qui se drape volontiers des toges solennelles d'un droit civil distinct. Au fond, les juristes et les parlementaires québécois n'étaient peut-être pas si attachés à l'autonomie de ce droit que de vouloir perdre une représentation avantageuse des juges québécois à la Cour suprême et de renoncer à des carrières de prestige et mieux rétribuées dans la magistrature fédérale. Ce faisant, ils ont dissocié autonomie législative et autonomie juridictionnelle, la première demeurant, pour plusieurs d'entre eux, le fer de lance de leurs revendications politiques, et la deuxième, un enjeu à l'égard duquel ils ont abdiqué toute velléité de changement. De cette manière, la Cour suprême, investie d'une juridiction intégrale, occupait dès sa création à l'égard du droit civil québécois la même position que la Chambre des Lords vis-à-vis du droit écossais⁶², à la différence toutefois que l'Écosse avait conservé son droit criminel distinct et qu'il ne pouvait être fait appel à Londres des décisions de la High Court of the Justiciary⁶³.

La trajectoire comparée des élites juridiques dans les deux unions

De même que l'Union de 1707 favorisa le rôle politique prédominant des juristes écossais promus au rang d'intermédiaires entre la société écossaise et le pouvoir anglais, l'union canadienne de 1867 donna un essor considérable à la profession juridique qui, déjà influente sous le régime du Canada-Uni, vit ses perspectives de carrières se démultiplier dans toutes les branches de l'État. En fait, l'union de 1867 représentait pour la classe juridique québécoise une formidable opportunité d'expansion, en ce que la création d'un État du Québec doté d'un parlement bicaméral, dont une chambre nominative, aux côtés d'un État fédéral lui aussi nanti d'un parlement bicaméral de type britannique, doublait tout simplement les possibilités de carrières politiques pour les avocats⁶⁴. Le pouvoir exécutif fédéral s'érigea vite en plate-forme de l'avancement politique, où les politiciens et les juristes, souvent confondus en la personne du député avocat, se rencontraient. À ce pouvoir nominatif fédéral, qui nommait à la magistrature, au Sénat, au poste de Lieutenant gouverneur ou dans l'administration répondait un pouvoir nominatif provincial, quoi de moindre ampleur. Les avocats circulaient aux plus hautes fonctions ; pendant longtemps, un grand nombre des avocats nommés à la magistrature fédérale avaient été députés ou ministres⁶⁵. La

prédominance des avocats dans le directoire politique canadien s'est structurellement exprimée de deux manières : 1 - Par leur très nette sur-représentation dans les chambres élues, tant à Ottawa qu'à Québec ; 2- leur sur-représentation encore plus marquée au conseil des ministres, le phénomène étant historiquement plus accentué au sein des ministres québécois du cabinet fédéral qu'au conseil des ministres québécois⁶⁶. Pendant les cinquante années qui suivirent l'union de 1867, la prédominance politique des avocats au Québec coïncida avec la domination de quelques grandes familles de la haute bourgeoisie qui nouaient « entre elles un réseau très complexe de liens par le mariage ou encore les études juridiques⁶⁷. » L'accession dans les années 1920 des classes moyennes-supérieures aux professions libérales, si elle substitua la « noblesse professionnelle » née du peuple à l'ancienne « noblesse titrée » des grandes familles, n'a pas porté ombrage à la position dominante des juristes dans la gouverne politique.

L'ironie de l'histoire est que l'élite juridique québécoise semble s'être installée aux commandes du gouvernail politique canadien au moment même où en Grande-Bretagne, l'élite juridique écossaise voyait son ascendant faiblir. Londres finit par avoir eu le dessus sur Édimbourg comme lieu de pratique idéal pour les juristes écossais⁶⁸. La petite noblesse écossaise délaissa aussi l'Athènes du nord pour les plaisirs londoniens. Et puis, il y avait l'appel de l'Empire qui retentissait des confins de l'Amérique du Nord et des Indes ; c'était là un vaste territoire d'opportunités offert à l'ambition des jeunes Écossais aventureux. On oublie souvent la part importante qu'ont prise les Écossais dans la gouverne et la fondation du Canada. Ils immigrèrent en grand nombre dans le Haut-Canada et en vinrent à dominer le gouvernement de la colonie, noyant le conseil informel dont s'entourait le gouverneur, à savoir le Family Compact⁶⁹. Les opposants notoires à cette clique écossaise furent eux-mêmes des Écossais, tels que Robert Fleming et Williams Lyon Mackenzie. Beaucoup des gouverneurs ou gouverneurs généraux en poste après la Conquête étaient d'origine écossaise. Pendant la moitié du XIX^e siècle, de James Craig (1807-1811) jusqu'au Comte de Minto (1898-1904), il avait un Écossais officiant pour sa Majesté⁷⁰. Parmi les 36 hommes qui participèrent aux pourparlers préconfédératifs entre 1864 et 1866, environ la moitié possédaient des origines écossaises. Tous les pères de l'union de 1867 s'enorgueillissaient aussi de telles origines, à l'exception de Georges-Étienne Cartier et de D'arcy McGee. Les deux premiers premiers ministres canadiens, MacDonald et Mackenzie, s'inscrivaient dans cette lignée écossaise. Une longue suite de premiers ministres d'ascendance écossaise traverserait ensuite le XX^e siècle, avec notamment Mackenzie King, Diefenbaker et même Pierre-Elliott Trudeau, qui ne dédaignait pas porter le tartan clanique des Elliott lorsque l'occasion s'en présentait⁷¹.

La prépondérance des Écossais et de leurs descendants dans le directoire politique canadien au XIX^e siècle et même au-delà peut de prime abord surprendre. On oublie cependant que l'immigration britannique au Canada fut loin de refléter les rapports démographiques entre les nations composant le Royaume-Uni. Ainsi, en 1867, si 60 % de la population canadienne était d'ascendance britannique, les Anglais ne composaient que 15 % de la population au total, alors que

les Écossais et les Irlandais en formaient respectivement 16 et 25 %⁷². Au sein de l'Empire, les Écossais parvinrent à prendre la tête des gouvernements des Dominions à prédominance anglo-saxonne, les « white dominions »⁷³. Servir l'Empire était pour les colons écossais le moyen de se hausser au même niveau que les Anglais, accession qui leur était refusée avant le règne de Victoria au Royaume-Uni même⁷⁴.

Tout compte fait, le Canada a vu se croiser des élites politiques toutes deux issues de nations conquises par l'Angleterre et qui ont toutes deux profité d'arrangements asymétriques garantissant la survivance de ces nations à titre de « société civile », sauf que l'incorporation de l'Écosse à l'Angleterre fut tellement réussie, que les Écossais sont devenus les soldats de l'Empire et les porte-voix zélés du libéralisme anglais, principalement dans sa version Court Whig au XIX^e siècle ; ces Écossais immigrés et leurs descendants fournissaient le témoignage éloquent de ce que l'annexion de l'Écosse à l'Angleterre avait été une stratégie politiquement et économiquement payante. Le Québec a été en quelque sorte une « Écosse française » qui s'est avérée piètre soldat de l'Empire et qui a réussi à obtenir son parlement distinct, quoique sans parvenir à se déprendre d'un langage politique qui neutralise ou déconsidère ses aspirations à la liberté politique.

La théorie du pacte revue avec des lunettes « néo-écossaises »

Que l'union de 1867 s'apparente à une union asymétrique à l'écossaise autorise une autre lecture d'un des mythes tenaces et controversés de l'histoire constitutionnelle canadienne : la théorie du pacte, que ce soit celle du pacte entre deux peuples fondateurs ou celle du pacte entre « provinces » constituantes. Cette théorie, qui a longtemps fécondé l'imaginaire et le discours politiques au Québec, a reçu par la voix de Stéphane Paquin une réfutation implacable. Dans son essai publié en 1999⁷⁵, Paquin s'est employé à démontrer comment ce mythe tenait de la pure invention, en ce que d'une part, cette théorie fut en réalité postérieure à l'entente de 1867, et d'autre part, ni la genèse de cette entente, ni la pratique constitutionnelle britannique, ni même le contenu de l'entente ne corroboraient l'idée que l'AANB ne fût autre chose qu'une loi coloniale de Westminster. Les États provinciaux inventèrent ce mythe pour justifier leur participation au processus d'amendement constitutionnel.

La thèse de Paquin a le mérite de mettre en lumière le romantisme de la théorie du pacte entre peuples fondateurs : elle procure à la nation dominée, incertaine de son avenir et des sauvegardes constitutionnelles de son autonomie, la satisfaction tranquillissante de se savoir égale en dignité et en statut avec la nation qui la domine ; cette théorie dispense les élites de la nation en sursis de voir en face les termes de l'entente de 1867 et trace pour elles et leur peuple un destin glorieux, qu'exalte la grandiloquence latine de tribuns formés à la plaidoirie au prétoire. Mais la consolation du mythe ne tient-elle que sur du vent ?

L'analyse de Paquin, pour décapante qu'elle soit, a le défaut d'appréhender l'entente de 1867 strictement au vu de l'histoire politique canadienne : aucune référence n'est faite à des précédents étrangers, ni aux pratiques coloniales britanniques. Ma thèse est que la parenté entre l'union de 1707 et l'union canadienne accrédite l'idée que cette dernière découle d'un pacte, de la même manière que des Écossais et des Anglais étaient persuadés que leur union scellait les termes d'un pacte. Cependant, si l'union de 1867 consiste en un pacte, ce n'est point dans le sens indiqué par une longue tradition de réinterprétation romantique. Il s'agit d'un pacte asymétrique entre deux partenaires inégaux, c'est-à-dire une nation dominée qui n'a pas le choix de renoncer à une part névralgique de sa liberté politique, et une autre, dominante, certes pas encore canadienne ou canadienne-anglaise dans son identité, qui se présente, en 1867, comme le prolongement en Amérique du Nord du Royaume-Uni, lequel a réalisé son unité politique sans faire disparaître tout à fait ses nations historiques. En dépit de cette disparité, l'entente de 1867 demeure quand même un pacte, en ce qu'elle pose des limites à cette domination et garantit à la nation dominée un droit de survie, non point sous la forme d'une nation politique ou d'un État fédéré considéré comme une collectivité libre ayant adhéré à l'alliance fédérale, mais à titre de « société civile » ou de « société ». Ce droit de survie s'apparente dès lors à une concession, à une promesse faite par la nation dominante à la dominée. Ce type de pacte qui tempère la domination brute du conquérant par un paternalisme bienveillant est de nature à susciter des interprétations contrastées selon qu'elles procèdent du dominant ou du dominé. Le premier aura toujours tendance à rappeler les termes restreints de l'entente, à préférer le légalisme à l'interprétation contextuelle et historique, voire à ne pas vouloir reconnaître les présupposés implicites de l'entente, ce que n'ont pas manqué de faire les Anglais auprès des Écossais, ou les Canadiens anglais auprès des Québécois. Le deuxième insistera davantage sur l'esprit de l'entente que sur sa lettre, se réclamera de l'histoire et des intentions du constituant, et fermera les yeux sur les inégalités gênantes du pacte pour rêver d'égalité. Ces interprétations foisonnent, se croisent et se répondent parfois sans qu'aucune n'éclipse toutes les autres, parce que d'une part l'inégalité fondatrice s'est institutionnalisée et se reproduit donc au jour le jour en dépit des discours, et d'autre part, le langage constitutionnel britannique, rétif à la clarté, fait coexister le droit écrit avec un corpus mouvant de normes implicites qui amendent ou contredisent la loi formelle. Le partenaire dominant se plaira à mettre en doute la capacité de la nation dominée à se gouverner, à lui prêter des intentions peu libérales ; cette dernière, outrée par l'absence d'égard de son partenaire, noiera sa vexation dans la quête inlassable d'une juste reconnaissance de ce qu'elle est. Sous ce régime d'usure, la nation dominée verra ses élites se diviser. On verra une frange proche du pouvoir célébrer les avantages de l'union, au point d'adopter les mœurs, le langage et la pensée du dominant paré de prestige ; une frange nationaliste, elle-même divisée entre les tenants de l'indépendance et les avocats de l'autonomie, se repliera dans ses terres ingrates et observera, avec une hargne mêlée d'envie, ces Écossais assimilés et ces Québécois canadianisés servir Sa Majesté en échange de belles récompenses.

La survie nationale en tant que « société civile », un legs des Lumières écossaises ?

Ces considérations sur la théorie du pacte nous amènent à l'une des caractéristiques centrales du discours politique québécois qui a suivi l'union asymétrique de 1867. En dépit de leurs prétentions à l'autonomie, puis à la souveraineté à compter des années 1960, les élites québécoises ne sont jamais véritablement parvenues à sortir du langage incapacitant cristallisé par cette union. C'est l'atavisme « néo-écossais » du langage politique québécois. Il y a tout lieu de penser que ni les pères fondateurs francophones, ni les termes de l'AANB, n'envisageaient la « province of Quebec » ressuscitée comme une collectivité libre, c'est-à-dire un corps politique apte à se gouverner lui-même, à se donner sa loi fondamentale et à se porter fort des droits civils et politiques de ses citoyens. Le Québec doit sa renaissance politique en 1867 à l'habile stratagème de Cartier qui s'est empressé de codifier le droit du Bas-Canada. Cette renaissance ne procéda donc ni de la préexistence d'une collectivité autonome, ni de l'exercice de la souveraineté populaire ou d'un quelconque acte manifeste de liberté politique. En fait, la codification de 1866 est l'aboutissement du domaine d'autonomie concédé par le conquérant à sa « province » en 1774. Par le truchement de l'Acte de Québec, Londres rétablit les lois civiles françaises dans le domaine délimité par l'expression « property and civil rights », laquelle fut d'ailleurs reprise par l'alinéa 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Échappait donc à l'empire des lois civiles françaises tout le champ du droit politique, c'est-à-dire le droit criminel, le droit administratif et le droit constitutionnel qui inclut les libertés politiques. Le Québec, en 1774, devient une collectivité apte à définir la liberté civile de ses citoyens, à l'exclusion de leur liberté politique, individuelle ou collective. Cette dernière demeure du ressort du conquérant ; la codification ne déplace aucune des bornes posées par l'Acte de Québec, non plus que l'union de 1867, qui les consacre une nouvelle fois. Le Québec semble jouir d'un traitement particulier à titre de société civile, point du tout à titre de nation politique ou de collectivité libre.

Or, le concept de société civile renvoie à la fois au droit romain, qui distinguait dans la sphère du droit trois domaines, le politique, le civil et le domestique⁷⁶, et la genèse philosophique de ce concept, qui doit beaucoup aux Lumières écossaises. C'est sans doute l'essai classique d'Adam Ferguson (1767), *Essai sur l'histoire de la société civile*, qui a signalé le plus l'éminence de la réflexion écossaise sur le concept. David Hume avait devancé Ferguson dans son *Traité de la nature humaine* (1739-1740) qui pose en des termes nouveaux les relations entre État et société. Il ne s'agissait plus tellement de s'interroger sur la source et la légitimité qui fondent le pouvoir, c'est-à-dire sur la souveraineté, que de réfléchir sur le *gouvernement*, c'est-à-dire sur la manière dont interagissent d'un côté une société déjà constituée, douée d'autonomie et de consistance, et de l'autre, un pouvoir institué ou autorité⁷⁷. Dès lors que l'État cesse de se confondre avec la souveraineté, il devient concevable de narrer l'histoire de sociétés, de groupes ou de nations privés de souveraineté et qui se sont développés quel que soit leur statut ou leur régime politique⁷⁸. Bref, la société s'autonomise en dehors du politique. Chez Hume, la liberté n'est plus consubstantielle à la société, elle ne la cons-

titue pas *ipso facto*, elle « devient une circonstance de la société civile elle-même, au même titre que l'autorité⁷⁹. » Dans *The Wealth of Nations* (1776), Smith emprunta un chemin similaire à Hume, en ce qu'il exposa la logique intrinsèque à un ordre social fondé sur la liberté de commerce et la main invisible de l'intérêt individuel et qui se déploie indépendamment de l'action du souverain.

Ce n'est pas un hasard si ce sont les Lumières écossaises qui ont donné un tel essor au concept de société civile. Elles répondaient à une question spécifiquement écossaise : comment penser l'essor d'une collectivité qui a perdu sa liberté politique et qui ne subsiste plus que sous la forme d'une société instituée par le droit, les mœurs, la culture et l'économie ?⁸⁰ David Hume lui-même avait remarqué l'étrange paradoxe. Lui qui considérait l'Écosse comme la « nation historique » par excellence se posait la question suivante en 1757 :

N'est-il pas étrange que, à une époque où nous avons perdu nos Princes, nos Parlements, l'indépendance et notre gouvernement et jusqu'à la présence de l'essentiel de notre noblesse [...] n'est-il pas étrange, dis-je, que dans ces circonstances, nous soyons réellement le peuple que l'on distingue le plus, en Europe, par sa littérature?⁸¹

Dans son *Essai sur l'histoire de la société civile*, Ferguson ne fait guère mention de la situation particulière de l'Écosse. Ce qui l'intéresse, c'est de poser les jalons d'une anthropologie, d'une science de l'homme qui permettent de penser l'institution par lui-même d'un ordre social civilisé, distinct de la forme ancienne de la cité antique et des sociétés barbares. Dans un chapitre consacré à la liberté civile, Ferguson constate la diversité des acceptions reçues par le concept dans l'histoire. Ainsi, écrit-il :

Chaque peuple est porté à croire que ce n'est que chez lui qu'on trouve la signification véritable du mot liberté. Cette diversité dans les sens donnés à ce mot vient des idées diverses auxquelles on l'applique : la sûreté des personnes et des propriétés, la dignité du rang, la participation aux affaires politiques, les moyens par lesquels les droits d'un individu sont assurés⁸².

On remarquera dans cette énumération l'absence de toute allusion à la liberté de la collectivité, comme à son nécessaire lien avec la liberté de l'individu. Brille aussi par son absence la question du consentement à l'autorité constituée. La liberté civile, chez Ferguson, c'est la liberté négative, garantie par la primauté du droit et la participation aux affaires politiques, bien que Ferguson n'élabore pas sur la dimension positive de cette liberté. Cela dit, l'auteur des Highlands, en conclusion de son chapitre sur la liberté civile, parle du lien entre la liberté individuelle et la liberté collective :

Et si la sûreté des personnes, la garantie des propriétés, qui peuvent être très clairement définies dans la lettre même des statuts, dépendent, pour leur préservation, de la vigueur et de la jalousie d'un peuple

libre, du degré de considération dans lequel est tenu chaque ordre de société, il est encore plus évident que ce que nous avons appelé la liberté politique, ou bien encore le droit de l'individu à agir, dans sa situation, pour lui-même et pour la communauté, ne peut perdurer sans ce même fondement⁸³.

Bien que la nécessaire interdépendance entre liberté collective et liberté individuelle fût postulée par Ferguson, selon lui la liberté civile ressortit essentiellement à la protection de la propriété et du rang social de l'individu, ainsi qu'à la dissuasion du droit criminel, qui assujettit gouvernés et gouvernants aux mêmes prohibitions⁸⁴. La liberté, chez Ferguson comme à l'instar de plusieurs autres auteurs d'origine ou d'inspiration écossaise, ne découle pas du souverain, ni de la forme particulière du gouvernement. « Les libertés, écrit Claude Gauthier interprète de Ferguson, Smith et Mandeville, sont portées par les hommes eux-mêmes, elles s'édifient par et dans la communication des vertus⁸⁵. »

Les considérations de Ferguson sur la liberté civile n'établissent pas de frontières nettes entre le droit privé et le droit public, entre la liberté strictement privée, associée à jouissance de la propriété, des libertés de tester et de contracter, et la liberté politique, dans ses dimensions individuelle et collective. Par le traité d'Union de 1707, les Écossais renonçaient à leur liberté collective mais obtenaient en échange la liberté politique que le régime mixte anglais accordait déjà à ses sujets, de même que les libertés civile et politique garanties par le droit écossais, sous réserve des changements que le Parlement de Westminster ou la House of Lords jugeraient bon d'y apporter. En effet, le droit écossais put survivre dans ses aspects civil et criminel, la Common Law criminelle écossaise étant assez proche de l'anglaise et bénéficiant de la part de Londres d'un régime d'abstention. Par contre, l'Acte de Québec de 1774, au contraire du traité d'Union de 1707, se garda bien de ressusciter les lois criminelles françaises. La notion de « civil rights » possède un sens plus restreint encore que celui de liberté civile dans la tradition des Lumières écossaises. Alors que l'Acte de Québec résulte d'une exception faite à l'exercice d'un acte de conquête qui transporte tout le droit anglais au territoire conquis, l'union de 1707 découle d'un arrangement entre aristocraties qui monnayaient l'effacement d'une Couronne au profit d'une autre. Au bout du compte, le domaine défini par l'expression « property and civil rights », introduite par l'Acte de Québec de 1774, recouvre un droit civil dépolitisé qui régit les relations contractuelles et délictuelles entre individus, abstraction faite du régime politique qui héberge ces relations et des droits que ces derniers exercent vis-à-vis de la collectivité. Un des plus éminents constitutionnalistes du Canada, Peter Hogg, a bien vu que l'expression « civil rights » recouvrait un domaine plutôt limité. En fait, ces droits sont ceux qui découlent strictement d'une liberté civile dépolitisée. Ainsi :

It will be clear from the history of the phrase « property and civil rights » that the term « civil rights » in this context does not bear the meaning which it has acquired in the United States, that is, as meaning the civil liberties which in that country are guaranteed by the Bill

of Rights. Civil rights in the sense required by the Constitution Act, 1867, are juristically distinct from civil liberties. The civil rights referred to in the Constitution Act, 1867 comprise primarily proprietary, contractual or tortious rights; these rights exist when a legal rule stipulates that in certain circumstances one person is entitled to something from another. [...] The term « civil rights » in s. 92(13) is used in the older, stricter sense. It does not include the fundamental civil liberties of belief and expression. Of course, many provincial laws impinge on those civil liberties, but a law whose pith and substance is the restraint of belief or expression does not come within property and civil rights in the province⁸⁶.

En somme, Hogg laisse entendre qu'il n'entre pas dans la compétence d'une législature provinciale de légiférer relativement aux libertés fondamentales, du moins sur la base de l'alinéa 92(13). Même si cette opinion doctrinale ne remet pas en cause la validité constitutionnelle des chartes provinciales des droits de la personne – par ailleurs reconnue par les tribunaux – elle est illustrative de ce que dans l'esprit des constituants britanniques et canadiens – ceux de 1774 et de 1867 –, liberté civile et liberté politique, loin de s'appeler l'une l'autre, s'excluent mutuellement.

En fait, l'opinion de Hogg suit celle de Frank R Scott qui avait fait une distinction tranchée entre « droits civils » et « libertés civiles », tant et si bien que la compétence provinciale à l'égard de la propriété et des droits civils, même étendue à l'ensemble du droit privé, ne saurait inclure, écrit Scott, « ...the general concept of civil liberties and fundamental freedoms even so far as the province itself is concerned; *a fortiori* they have nothing to do with the civil liberties and fundamental freedoms of Canadians as citizens of the Canadian nation⁸⁷. » Même André Tremblay, après avoir envisagé que l'expression « propriété et droits civils » pût recouvrir les droits politiques subjectifs, s'est rangé derrière une interprétation conservatrice qui dissocie droits civils privés et droits politiques publics⁸⁸. Ces opinions savantes des constitutionnalistes au Canada montrent comment, en somme, la renaissance de la « province of Quebec » en 1867 devait être celle d'une société civile qui s'érigerait en renonçant à l'ambition de la liberté politique. Celle-ci découle d'une prérogative qui, dans l'optique stricte esquissée par Hogg et Scott, relève de l'ancien droit du conquérant transféré en 1867 à la constitution du Dominion et au parlement fédéral. Bien qu'en théorie le Québec puisse légiférer à l'égard des droits politiques sur la base d'alinéas de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* autres que celui qui est relatif à la « propriété et aux droits civils », cette compétence demeure la plus centrale de toutes celles dont jouit le Québec.

Le « pli » néo-écossais du discours autonomiste québécois

Cette dissociation entre liberté civile restreinte et liberté politique a durablement marqué le discours et les pratiques politiques au Québec. Dominée par des juristes formés au droit civil de 1866, l'élite politique québécoise n'aura eu

qu'une grande visée constitutionnelle : préserver ce droit civil, symbole de l'autonomie québécoise, des atteintes centralisatrices fédérales. Or, la défense de ce genre d'autonomie n'a jamais impliqué que le Québec, dès sa refondation, se considère comme une véritable collectivité libre douée de la capacité de gouverner par elle-même, de se doter d'une constitution écrite et de s'engager, par le concours de ses institutions et de ses lois, au respect des droits de ses citoyens. Une collectivité libre se voit comme sujet politique, lui-même garant de la liberté des sujets individuels. Plutôt bénéficiaire de la liberté politique, conçue et octroyée par d'autres, le Québec s'est borné à la survie autonomiste en rappelant incessamment aux gouvernants fédéraux les promesses de l'union de 1867. Au fond, l'autonomie est une clémence revendiquée, une grâce consentie devant suspendre l'implacable sentence s'abattant sur le condamné. Elle n'est pas construction de soi par soi, mais un laissez-vivre, un laissez-exister dans une sphère elle-même hétéronome. Cette attitude, typique d'une collectivité satisfaite d'être une société gouvernée, explique pourquoi les pères fondateurs canadiens-français n'ont pas répondu à l'appel de Charles-Joseph Taché, qui conçut le droit qu'aurait chaque État fédéré canadien d'adopter une constitution écrite et de déroger au parlementarisme britannique, comme le peu de succès qu'a rencontré, jusqu'aujourd'hui, l'idée d'engager le Québec sur la voie constituante, réapparue périodiquement dans le débat public depuis les années 1960.

Cette attitude « néo-écossaise » élucide sans doute la maigreur de la réponse que le Québec a opposée au rapatriement unilatéral de 1982. Les élus québécois se sont récriés contre le caractère unilatéral de l'entreprise, ont fait plaider en vain le droit de veto du Québec devant les tribunaux – avec des arguments étriqués sans perspective historique⁸⁹ –, ont protesté d'horreur devant la diminution des compétences de l'Assemblée nationale, sans parler de l'essentiel : le bien-fondé de la démocratie constitutionnelle judiciairisée voulue par Pierre-Elliott Trudeau. Cette théorie des libertés proposée par Trudeau reposait sur trois postulats : 1 - Les ressorts internes de la démocratie parlementaire sont insuffisants pour protéger nos libertés ; 2- le contrôle judiciaire à l'américaine est la meilleure méthode de protection de ces libertés ; 3- la charte constitutionnelle fédérale doit devenir le fondement des libertés politiques des Canadiens. Chacune de ces propositions aurait pu faire l'objet d'inépuisables débats. Pour toute réponse à la réforme de 1982, les gouvernants québécois n'ont su que se prévaloir, fort maladroitement du reste, de la clause nonobstant pour soustraire la législation québécoise à la Charte canadienne. À la fin du règne péquiste, Pierre-Marc Johnson eut timidement l'idée de réclamer pour le Québec le droit d'affirmer la primauté de la Charte québécoise sur la Charte canadienne. (Techniquement, le Québec n'a pas besoin d'en demander la permission ; l'utilisation ciblée de la clause « nonobstant » pourrait conférer cette primauté à la Charte québécoise intégrée ou non dans une constitution écrite québécoise.) Une fois au pouvoir, les libéraux décidèrent de ne pas renouveler la loi omnibus dérogatoire. Les conditions de l'adhésion du Québec à la *Loi constitutionnelle de 1982* que le gouvernement Bourassa a fait connaître en 1986 passent complètement sous silence la question des fondements et de la sauvegarde des libertés individuelles. C'est une affaire classée, sur laquelle les ministres juristes québécois n'ont rien à redire. Les griefs

du Québec gravitent essentiellement autour d'une revendication identitaire (la société distincte), d'une meilleure garantie de ses compétences sectorielles et de la récupération de son droit de veto constitutionnel ; pour le reste, il ratifie benoîtement la théorie trudeauiste des libertés, qui reproduit le schéma anglo-écossais de 1867. Par leur silence, les gouvernants québécois ont confirmé le vieux reproche cité-libriste de Trudeau : vous n'avez jamais eu le génie des libertés.

D'ailleurs, la fortune qu'a connue le concept de « société distincte » au Québec illustre toute l'ambiguïté de la démarche autonomiste québécoise : s'agit-il d'étancher la soif de reconnaissance d'une minorité vexée dans son orgueil par une majorité aveugle à sa différence ou d'étendre le domaine de sa liberté ? Bien que plusieurs intellectuels aient remis au goût du jour le concept de nation, dans ses acceptions politique et civique, pour désigner l'ambition québécoise, il n'est pas clair que cette notion serve la liberté plus que le narcissisme blessé par la reconnaissance absente⁹⁰. Une collectivité peut se flatter d'être reconnue à titre de société ou de nation distincte tout en laissant à une puissance tutélaire le soin de définir le cadre d'exercice de sa liberté et celle de ses habitants. Le concept de « société globale » usité par la sociologie québécoise pour décrire le Canada français comme une totalité sociale concrète sous la houlette d'une Église prenant le relais d'un État absent fait aussi l'impasse sur la liberté politique⁹¹.

Un autre signe de ce que l'élite gouvernante de 1867 ne voyait pas le Québec comme une véritable collectivité libre est l'absence de tout débat sur l'octroi au parlement de la compétence relative au droit criminel. Dans la vision républicaine du fédéralisme, la loi criminelle est l'expression par excellence de la liberté des collectivités fédérées. Elle est le truchement par lequel l'institution démocratique du jury prend forme, dont Tocqueville a brillamment restitué l'esprit ; elle proclame un ordre moral public qui naît de la collectivité de base. Les États américains et australiens, ainsi que les cantons suisses jusqu'en l'an 2000⁹², se sont inscrits dans cette tradition. Au Québec, ni les fédéralistes autonomistes, ni les souverainistes n'ont réclamé de loi criminelle québécoise. Le plus curieux est que ces derniers, opposés à l'adoption de mesures fédérales qui écartaient la préférence québécoise pour la prévention au profit de l'approche répressive s'agissant des jeunes contrevenants, n'en ont pas fait un argument pour l'indépendance du Québec. C'est comme s'il leur était impensable que le Québec eût assez de lumières, de volonté et de confiance dans les sources de sa moralité publique pour exercer un acte de souveraineté étatique aussi fondamental que l'édiction de la loi criminelle. La nouvelle Écosse autonome ressuscitée à l'instigation de Tony Blair en 1999 a réussi, sans acquérir le statut d'un État fédéré, à faire confirmer sa compétence sur le droit criminel⁹³.

En conclusion, l'union canadienne est un régime qui s'est fait asymétrique pour accommoder une nationalité reconnue comme partie contractante grâce à son droit civil nouvellement codifié. Seulement, l'asymétrie ne rime pas nécessairement ni avec la liberté politique, ni avec le fédéralisme intégral. L'ambiguïté de l'entreprise constituante de 1867 tient pour beaucoup à ce qu'elle fut le fait d'une élite politique bas-canadienne qui a préféré le droit au politique, et l'intérêt de sa

profession à la liberté de sa collectivité. Et c'est en ce sens qu'il s'est agi d'une union à l'écossaise qui a structuré durablement, au-delà des rouages constitutionnels posés en 1867, le discours autonomiste québécoise. Alors que les Écossais ont réussi à défaire les termes de l'union de 1707 et ressorti des murs du vieux château d'Édimbourg les joyaux d'une couronne redevenue le symbole d'une liberté à reconquérir, les Québécois sont restés piégés par la « sangle » néo-écossaise d'un régime qui pense pour eux la liberté. Et aucun des juristes québécois élevés aux plus hautes dignités de ce régime n'a laissé à la postérité de prose égalant les lumières d'un David Hume ou la fougue romantique d'un Walter Scott.

Notes

¹ Voir Marc Chevrier, « La genèse de l'idée fédérale chez les pères fondateurs américains et canadiens », dans Alain Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'université de Montréal, à paraître juillet 2006.

² Bien que Lord Durham ne traitât pas précisément de l'union anglo-écossaise dans son rapport, Ged Martin est persuadé que l'envoyé de Sa Majesté aurait vu dans cet arrangement asymétrique un précédent utile pour concevoir que le Canada français conservât certaines institutions distinctes au sein d'une union législative. Voir Ged Martin, *Britain and the Origins of Canadian Confederation, 1837-67*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1995, p. 148. Un avocat de l'annexion du Canada aux États-Unis, Louis A. Dessauls, a curieusement célébré l'union anglo-écossaise comme exemple d'annexion bénéfique pour les droits politiques et la prospérité de l'Écosse. Voir Louis Antoine Dessauls, *Six lectures sur l'annexion du Canada aux États-Unis* (1851), réimprimé par Wakefield (R.-U.), S.R. Publishers Limited, 1968, p. 20-21.

³ Voir *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 31 et 32 pour MacDonald, et p. 432-433 pour Alexander Mackenzie. Selon D'Arcy McGee, les îles britanniques donnaient l'exemple d'une confédération, p. 147.

⁴ *Ibid.*, p. 603-605.

⁵ Dans son discours à la Chambre des Lords du 19 février 1867, Lord Carnarvon a évoqué l'union anglo-écossaise comme exemple réussi d'union entre deux « nations », deux pays. *Débats de la Chambre des Lords (Lords Hansard)*, Parlement du Royaume-Uni, 19 février 1867, p. 572-573.

⁶ *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique du britannique du Nord*, déjà cité, p. 31

⁷ Étienne-Pascal Taché affirma en effet : « [...] si nous obtenons une union fédérale, ce sera l'équivalent d'une séparation des provinces [du Canada-Uni], et par là le Bas-Canada conservera son autonomie avec toutes les institutions qui lui sont si chères et sur lesquelles il pourra exercer la surveillance nécessaire pour les préserver de tout danger. » *Débats parlementaires*, p. 10.

⁸ Voir T.M. Devine, *The Scottish Nation 1700- 2000*, London, Penguin Books, 1999, p. 11-14.

⁹ Voir David Hume et Smollett, *Histoire d'Angleterre depuis l'invasion de Jules-César jusqu'à la révolution de 1688 (et depuis 1688 jusqu'à 1760 par Smollett)*, Tome douze, Paris, Chez Janet et Cotellet, Libraires, 1825, p. 205.

¹⁰ Sur les termes du traité d'union de 1707, voir Jacques Leruez, *L'Écosse, Vieille Nation, Jeune État*, Crozon, Éditions Armeline, 2000, p. 32-33 et l'article « Union of 1707 », dans Michael Lynch (dir.), *The Oxford Companion to Scottish History*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 604-608. Voir aussi Lindsay Paterson, *The Autonomy of Modern Scotland*, Édimbourg, Edinburgh University Press, 1994, p. 22-45.

¹¹ Gagnée elle aussi par la corruption du Court Party, l'union anglo-irlandaise de 1801 réalisa une union moins avantageuse que l'écossaise. L'Irlande conserva son Lord-Lieutenant et sa cour, mais perdit son parlement. En contrepartie, elle n'obtint ni le libre-échange, ni aucune protection pour les catholiques, exclus de l'État. Voir Roy F. Foster, *Modern Ireland 1600-1972*, Londres, Penguin Books, 1988, p. 282-286.

-
- ¹² Voir Christopher G.A. Bryant, *The nations of Britain*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 80.
- ¹³ Lindsay Paterson, *The Autonomy of Modern Scotland*, déjà cité, 1994, p. 27.
- ¹⁴ Selon Richard Finlay, « For most of the eighteenth century, Scottish identity focussed on the three institutions of the kirk, the education system and the law, all of which had survived the Union of 1707 with England ». Cité dans Neil Davidson, *The Origins of Scottish Nationhood*, Londres, Pluto Press, 2000, p. 51.
- ¹⁵ Voir Graene Morton, *Unionist Nationalism. Governing Urban Scotland, 1830-1860*, East Linton (Écosse), Tuckwell Press, 1999, p. 10.
- ¹⁶ John G. A. Pocock, « The Limits and Divisions of British History : On Search of the Unknown Subject », *The American Historical Review*, vol. 87, n°2, 1982, p. 311.
- ¹⁷ Graene Morton, p. 10.
- ¹⁸ *Ibid.*, p. 190.
- ¹⁹ Colin Pilkington, *Devolution in Britain Today*, Manchester, Manchester University Press, 2002, p. 7-9. Sur le concept d'union par opposition aux autres régimes fédéraux au sens large, voir Ronald L. Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, Montréal/Kingston, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 9-10. Voir aussi Michael O'Neill, « Introduction », dans Michael O'Neill, *Devolution and British Politics*, Harlow (R.-U), Pearson Longman, 2004, p. 1-5.
- ²⁰ Graene Morton, p. 12.
- ²¹ Neil Davidson, *The Origins of Scottish Nationhood*, p. 52.
- ²² Alexander Murdoch, « The Advocates, the Law and the Nation in Early Modern Scotland », dans Wilfred Prest (dir.), *Lawyers in Early Modern Europe and America*, New York, Holmes & Meier Publishers, 1981, p. 147.
- ²³ *Ibid.*, p. 152 et 156, voir aussi Alan A. Paterson, « The legal Profession in Scotland », dans Richard L. Abel et Philips S.C. Lewis, *Lawyers in Society*, Volume 1, *The Common Law World*, Berkeley, University of California Press, 1988, p. 80.
- ²⁴ Andrew W. Fraser, *The Spirit of the Laws: Republicanism and the Unfinished Project of Modernity*, Toronto, University of Toronto Press, p. 61-63.
- ²⁵ Norbert Waszeck, *L'Écosse des Lumières. Hume, Smith, Ferguson*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 30.
- ²⁶ Ivor Jennings, *The British Constitution*, Cambridge, University Press, 1971, p. 3.
- ²⁷ Par contre, plusieurs juristes anglais sont restés imperméables à ce romantisme et ont rappelé, comme l'avait fait Blackstone, le droit souverain du Parlement de Westminster d'abroger les termes du traité d'union de 1707. Voir F.W. Martland, *The Constitutional History of England*, Cambridge, University Press, 1963, p. 332. Sur ce débat, voir aussi John F. McEldowney, *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1994, p. 10.
- ²⁸ Alexander Murdoch, déjà cité, p. 159.
- ²⁹ Hugh Edward Egerton, *Federations and Unions within the British Empire*, Oxford, Clarendon press, 1911, p. 31.
- ³⁰ Éric Bédard, « Postface. Lafontaine homme de lois », dans Louis Hyppolyte La Fontaine, *Correspondance générale*, tome III – *Mon cher Amable*, Montréal, Varia, 2005, p. 433.
- ³¹ C'est la thèse générale soutenue par John Porter, *The Vertical Mosaic. An Analysis of Social Class and Power in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1965, p. 363.
- ³² Garth Stevenson, *Community Besieged : The Anglophone Minority and the Politics of Quebec*, Montréal & Kingston, Presses universitaires McGill-Queen's, 1999, p. 14.
- ³³ Brian Young, *The Politics of Codification. The lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal/Kingston, Presses universitaires McGill-Queen's, 1994.
- ³⁴ *Ibid.*, p. 41.
- ³⁵ Evelyn Kolish, *Nationalisme et conflits de droits. Le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, Montréal, Hurtubise, 1994, p. 46-59.
- ³⁶ Brian Young, déjà cité, p. 44.
- ³⁷ Plusieurs emprunts techniques furent ainsi faits aux concepts de droit écossais pour la version anglaise du Code civil. Voir Brian Young, p. 133.
- ³⁸ *Ibid.*, p. 44.
- ³⁹ John E.C. Brierley, « Quebec's Civil Law Codification », *McGill Law Journal*, volé 14, no 4, 1968, p. 528.

⁴⁰ Ibid., p. 527.

⁴¹ Discours de Georges E. Cartier devant l'Assemblée législative, 31 janvier 1865, reproduit dans *La Minerve*, 3 février 1865.

⁴² On se souviendra de la remarque faite par Lord Durham dans son rapport : « La langue, les lois et le caractère du continent nord-américain sont anglais : toute autre race que la race anglaise (j'applique cela à tous ceux qui parlent anglais) y apparaît dans un état d'infériorité ». Voir *Le Rapport Durham*, présenté, traduit et annoté par Marcel-Pierre Hamel, St-Jérôme, Éditions du Québec, 1948, p. 308-309.

⁴³ Cité par Bernard Bissonnette, *Essai sur la constitution du Canada*, Montréal, Les éditions du Jour, 1963, p. 47. Ces déclarations confirment en fait le principe établi dès l'Acte de Québec de 1774, qui réintroduisit le droit privé français et assura donc la continuité des institutions juridiques de la colonie interrompue par la Proclamation royale de 1763. Cependant, il ne faut pas exagérer la portée de l'Acte de 1774, qui ne rétablit pas l'intégralité du droit privé français et prévoyait des exceptions permettant d'appliquer le droit anglais dans la colonie. Ces dispositions mettaient en place les éléments d'une politique d'assimilation à long terme de la population française. Voir Evelyn Kolish, *Nationalismes et conflits de droit : le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, Montréal, Hurtubise, 1994, p. 45-46.

⁴⁴ Hector Louis Langevin, *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, p. 394..

⁴⁵ Voir Joseph-Charles Taché, *Des provinces de l'Amérique du Nord et d'une Union fédérale*, Québec, Presses à Vapeur de J.T. Brousseau, 1858. Ce texte était apparemment sur la table des négociations de la conférence de Québec de 1864. Voir « Joseph-Charles Taché », *Dictionnaire biographique du Canada* en ligne, voir <http://www.biographi.ca/fr/index.html>, consulté en juillet 2006.

⁴⁶ Voir Matthew Cameron, p. 467, et Christopher Dunkin, p. 514-515, dans *Débats parlementaires*. Le député Cauchon, favorable au projet d'union, déclare : « Et le Canada a tellement tenu à son code civil que le projet dit expressément que le Parlement fédéral ne pourra même pas suggérer de législation qui l'affecte, comme il lui sera permis de le faire pour les autres provinces. » *Débats parlementaires*, p. 581.

⁴⁷ Voir Samuel V. LaSelva, *The Moral Foundations of Canadian Federalism*, Montréal & Kingston, Presses universitaires McGill-Queen's, 1996, p. 49-63; Guy Laforest, *Pour la liberté d'une société distincte*, Sainte-Foy, Les presses de l'université Laval, 2004, p. 201-205.

⁴⁸ François-Albert Angers, « Le Canada français face à l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique », dans *L'État du Québec. Documents relatifs à la septième session des cours de formation nationale de la fédération des sociétés Saint-Jean-Baptiste du Québec*, Saint-Hyacinthe, Éditions Alerte, 1961, p. 75-76.

⁴⁹ François-Albert Angers, *Pour orienter nos libertés*, Montréal, Fides, 1969, p. 264.

⁵⁰ Voir Frank R. Scott, « Section 94 of the British North America Act », dans *Essays on the Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1977, p. 122.

⁵¹ La décision récente de la Cour suprême en matière de congés parentaux fournit un bel exemple de ce formalisme faisant abstraction de l'histoire. Voir *Renvoi à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art 22 et 23 [2005] 2 R.C.S. 669.

⁵² Plusieurs constitutionnalistes réputés en Grande-Bretagne estimaient que le traité d'union de 1707 ne pouvait être modifié sans le consentement des deux parties. Voir Lord Fraser of Tullybelton, « The Role of the Court of Last Resort in the United Kingdom », dans Gérald-A. Beaudoin (dir.), *La Cour suprême du Canada*, Cowansville (Qué.), Les éditions Yvon Blais, 1986, p. 282.

⁵³ Sur ce débat, voir Alan Cairns, « The Judicial Committee and Its Critics », *Revue canadienne de science politique*, 1971, n° 4, p. 301.

⁵⁴ Jacques Brossard, *La Cour suprême et la constitution*, Montréal, Les presses de l'université de Montréal, 1968, p. 125.

⁵⁵ Ibid., p. 127.

⁵⁶ Ibid., p. 129.

⁵⁷ Ian Bushnell, *The Captive Court*, Montréal/Kingston, Presses universitaires McGill-Queen's, 1992, p. 19.

⁵⁸ Freeman publia en 1863 un traité sur le fédéralisme dans la Grèce antique et l'Italie de la Renaissance. L'introduction de son ouvrage, qui esquisse une théorie générale du fédéralisme, semble avoir eu quelque influence sur certains parlementaires. La référence exacte du passage auquel

renvoie le député est la suivante : Edward A. Freeman, *History of Federal Government in Greece and Italy*, Londres, MacMillan and Co., 1893, p.2.

⁵⁹ Député Mills, Débats de la chambre des Communes, Parlement du Canada, 16 mars 1875, p. 784-788.

⁶⁰ Débats de la chambre des Communes, Parlement du Canada, 16 mars 1875, p. ; voir aussi Bushnell., déjà cité, p. 20.

⁶¹ Débats de la chambre des Communes, Parlement du Canada, 16 mars 1875, p. 799.

⁶² Lord Fraser of Tullybelton, déjà cité, p. 283.

⁶³ Ce principe, établi par une décision de la chambre des Lords en 1876, fut confirmé législativement en 1887. Voir S.H. Bailey et M.J. Gunn, *Smith and Bailey on the Modern English Legal System*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 91. Voir aussi Christopher G.A. Bryant, *The Nations of Britain*, déjà cité, p. 87.

⁶⁴ Robert Boily, « Les hommes politiques du Québec, 1867-1967 », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 21, n° 3A, 1967, p. 603.

⁶⁵ Guy Bouthillier, « Les avocats du Québec et l'État », *Revue du Barreau*, vol. 34, n° 2, 1971, p. 51-72.

⁶⁶ Yoland Sénécal, « Les professions juridiques chez les parlementaires québécois – 1867-1982—», *Revue du Barreau*, 1984, vol. 44, n° 3, p. 545-567.

⁶⁷ Robert Boily, « Les hommes politiques du Québec 1867-1967 », déjà cité, p. 622.

⁶⁸ Alexander Murdoch, déjà cité, p. 160.

⁶⁹ Duncan A. Bruce, *The Marks of the Scots*, New York, Citadel Press/Kensington Publishing corp, 1998, p. 74-75.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 80.

⁷¹ *Ibid.*, p. 82.

⁷² R. Douglas Francis, Richard Jones et Donald B. Smith, *Destinies : Canadian History Since Confederation*, 4^e édition, Toronto, Harcourt Canada, 2000, p.2.

⁷³ Voir Christopher Harvie et Peter Jones, *The Road to Home Rule : Images of Scotland's Cause*, Édimbourg, Polygone, 2000, p. 20. Ils ajoutent, à-propos des Écossais : “They were usually radical in fighting off aristocratic interference from London, though they could be near-racist in expropriating native people.”

Passage cité par Christopher G.A. Bryant, *The Nations of Britain*, déjà cité, p. 89.

⁷⁴ Voir Christopher G.A. Bryant, *ibid.*.

⁷⁵ Stéphane Paquin, *L'invention d'un mythe. Le pacte entre deux peuples fondateurs*, Montréal, Vlb éditeur, 1999, 171 p.

⁷⁶ Dorval Brunelle, *Droit et exclusion. Critique de l'ordre libéral*, Paris, L'Harmattan, p. 17.

⁷⁷ Claude Gauthier, « Introduction : Peut-on parler de « société civile » chez David Hume? », dans Claude Gauthier (dir.), *Hume et le concept de société civile*, Paris, Presses universitaires de France, p. 7.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁷⁹ Éléonore Le Jallé, « De la « condition » des hommes à perfection de la société civile », dans Claude Gauthier (dir.), *Hume et le concept de société civile*, déjà cité, p. 51.

⁸⁰ Norbert Waszeck pose la question. Voir *L'Écosse des lumières, Hume, Smith, Ferguson*, déjà cité, p. 25.

⁸¹ Cité par Norbert Waszeck, *ibid.*, p. 7.

⁸² Adam Ferguson, *Essai sur l'histoire de la société civile*, traduction de M. Bergier, 1783, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 252.

⁸³ *Ibid.*, p. 262.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 252.

⁸⁵ Claude Gauthier, *L'invention de la société civile*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, p. 318.

⁸⁶ Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1999, p. 467-468.

⁸⁷ Frank R. Scott, *Essays on the Constitution. Aspects of Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1977, p. 219.

⁸⁸ André Tremblay, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, Éditions de l'université d'Ottawa, 1967, p. 51-56.

⁸⁹ Sur l'incurie des procureurs du gouvernement Lévesque, voir Guy Laforest, *Pour la liberté d'une société distincte*, déjà cité, p. 130-131.

⁹⁰ Voir notamment Michel Venne (dir.), *Penser la nation québécoise*, Montréal, éditions Québec/Amérique, 2000, 308 p.

⁹¹ Fernard Dumont, « Situation de la société canadienne-française », *L'instruction publique*, vol. 2, n° 4, p. 285.

⁹² En Suisse, le droit pénal relevait de la compétence de principe des cantons; depuis la fin du XIX^e siècle, toutefois, la Confédération pouvait exercer un pouvoir d'unification des lois pénales cantonales. À compter du 1^{er} avril 2003, à la suite d'un référendum populaire tenu en mars 2000, la législation pénale ressortit désormais à la Confédération. Voir article 123, *Constitution fédérale de la Confédération suisse*.

⁹³ La loi britannique de dévolution répartit les compétences entre Westminster et Édimbourg en énumérant, d'une part, une liste de compétences dites « réservées », soustraites à la compétence du parlement d'Édimbourg et, d'autre part, en confiant à ce dernier, par délégation implicite, une compétence générale ou résiduaire à l'égard de toutes les activités non réservées à Westminster. Le droit criminel n'étant pas une matière « réservée », il tombe dans la compétence d'Édimbourg, sauf quelques restrictions prévues dans le *Scotland Act*, 1998, chapitre 46.