

## La toxicomanie des constitutions écrites

Roderick A. Macdonald

Number 13, Fall 1989

Droits et libertés

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1002077ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1002077ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Département de sociologie - Université du Québec à Montréal

ISSN

0831-1048 (print)

1923-5771 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Macdonald, R. A. (1989). La toxicomanie des constitutions écrites. *Cahiers de recherche sociologique*, (13), 93–101. <https://doi.org/10.7202/1002077ar>

Article abstract

Could it be that our recent leaning towards charters of rights and freedoms, their négociations, amendments and enactments, has led us to neglect other more pressing questions such as the political foundations of state law-making, if not the sociological foundations of legal norms?

## La toxicomanie des constitutions écrites

---

Roderick A. MACDONALD

La Révolution a mis en circulation des idées et des valeurs qui ont fasciné l'Europe puis le monde, et qui procurent à la France, pendant plus d'un siècle, un prestige et un rayonnement exceptionnels. On peut toutefois se demander si les catastrophes qui se sont abattues sur l'Occident n'ont pas aussi là leur origine.

[On] a mis dans la tête des gens que la société relevait de la pensée abstraite alors qu'elle est faite d'habitudes, d'usages, et qu'en broyant ceux-ci sous les meules de la raison, on pulvérise des genres de vie fondés sur une longue tradition, on réduit les individus à l'état d'atomes interchangeables et anonymes. La liberté véritable ne peut avoir qu'un contenu concret: elle est faite d'équilibres entre des petites appartenances, des menues solidarités: ce contre quoi les idées théoriques qu'on proclame rationnelles s'acharnent; quand elles sont parvenues à leurs fins, il ne leur reste plus qu'à s'entre-détruire. Nous observons aujourd'hui le résultat.

Claude Lévi-Strauss

Nous vivons au Canada l'ère des constitutions écrites et des chartes. Depuis quinze ans nous sommes gratifiés de deux chartes des droits — canadienne et québécoise — et de deux grandes réformes constitutionnelles — celle de 1982, la loi constitutionnelle de Pierre Elliott Trudeau, et celle de 1987, l'accord du lac Meech de Brian Mulroney. Aujourd'hui on nous promet plus: d'un côté, une nouvelle constitution du Québec et, de l'autre, une nouvelle constitution nord-américaine, le libre-échange. Quelle chance de vivre, deux cents ans après la Révolution française, une époque qui consacre l'autonomie de "la personne juridique", de même que le triomphe de l'État et de son principal instrument de soumission de l'individu, la constitution écrite. Le discours juridique n'est plus le discours de Montesquieu et de Rousseau, ni même celui de Portalis. C'est plutôt le discours des techniciens du droit écrit; des lexicographes et des tâcherons qui confondent le dépeçage et l'autopsie des textes avec la libération de l'esprit.

Mon objectif ici est de montrer comment notre fixation sur les chartes des droits et libertés et sur leurs assises intellectuelles — les constitutions écrites à

refaire annuellement — nous amène à oublier les fondements politiques du droit étatique et les fondements sociologiques de la normativité. Pour faire cette démonstration, je me propose d'examiner trois événements constitutionnels récents: la charte canadienne de 1982, l'accord du lac Meech et l'accord de libre-échange. Ces événements, je crois, illustrent bien la séduction de textes dits rationnels et ce qui en résulte: on finit par oublier l'activité sociale qui constitue la raison d'être de ces textes.

## 1 La charte de 1982

Trop souvent en nous penchant sur les problèmes socio-économiques, nous, juristes, avons tendance à préférer les enseignements de la doctrine et du dogmatisme juridique aux enseignements de l'expérience. Les conséquences néfastes de ce réflexe se font constamment sentir. Pour les fins de la présente discussion je m'arrêterai à deux de ces conséquences. Tout d'abord, des juristes reconnus semblent croire que le droit écrit, et surtout le droit constitutionnel écrit dans les documents comme la Charte canadienne des droits et libertés, a la capacité de révéler et de résoudre tous les paradoxes de la liberté, de l'égalité et de l'équité<sup>1</sup>. En deuxième lieu, ces mêmes juristes retiennent les catégories cognitives et les données de l'expérience imposées par ces lois (ce droit écrit) comme si celles-ci étaient à toutes fins pratiques les seuls moyens d'appréhender et de comprendre le monde qui les entoure. Prenons pour illustration de ces deux thèmes, l'interprétation de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui se lit ainsi:

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

J'admets volontiers que ce texte vertueux paraît lourd de sens. Mais l'expérience démontre que des textes comme celui-ci n'ont qu'un effet minime sur le cours de l'existence. Par exemple, je me demande si le locataire évincé par un propriétaire âpre au gain, ou si le bénéficiaire des prestations dérisoires du bien-être social, ou si le malade mental incarcéré implacablement dans une institution appelée hôpital, ou si la victime accidentelle d'une poursuite policière, ou si l'employeur impuissant devant le vandalisme anonyme de quelques grévistes, voudront croire que la condition des libertés publiques s'est nettement amélioré le 15 avril 1982? Pour compléter cette idée, il faut puiser dans notre histoire. Est-il nécessaire de rappeler que nous n'avons pas eu besoin de l'article 7 pour neutraliser les abus des premiers ministres Hepburn de l'Ontario, Aberhart de l'Alberta, ou

---

<sup>1</sup> Je ne nie point que ces textes ont la capacité d'inciter des techniciens du droit à apercevoir certains de ces paradoxes qui autrement leur échapperaient. Si la monnaie juridique est dévalorisée, il se peut qu'il leur soit nécessaire de s'inventer des constitutions pour ouvrir quelques horizons auxquels ils auront préalablement renoncé.

Duplessis du Québec? Sommes-nous convaincus, en revanche, que l'article 7 aurait empêché l'imposition d'un régime de conscription par des pratiques électorales presque frauduleuses en 1917, ou l'internement des Canadiens d'origine japonaise pendant la Deuxième Guerre mondiale, ou même la proclamation de la Loi sur les mesures de guerre en 1970?

L'idée que je tente de faire ressortir ne vaut pas seulement pour le Canada. Il s'agit plutôt de l'un des plus surprenants paradoxes juridiques de tous les pays occidentaux depuis 200 ans. À ma connaissance, aucun État doté d'une garantie constitutionnelle semblable à l'article 7 n'a mieux protégé que le Canada les droits et libertés de la personne au cours du dernier siècle. L'attitude de l'État français à l'égard des immigrants algériens et basques, et les lois américaines concernant les Indiens, les Noirs, les Asiatiques, les anarchistes et les communistes, ne sont certainement pas des contre-exemples. La leçon, je crois, est évidente: une charte écrite ne peut rien contre un État ou une société qui souhaite la suppression des libertés publiques; une société vigilante n'a pas besoin d'une charte pour assurer sa protection. Et on peut bien en dire autant de l'ensemble du droit constitutionnel conçu simplement comme une collection de règles formelles et canoniques.

Ceci m'amène au deuxième thème. Non seulement les textes législatifs comme l'article 7 ne contribuent pas vraiment à la protection des droits et libertés, mais il arrive qu'ils affaiblissent ces mêmes droits en tronquant le discours politique à travers lequel nous abordons les questions socio-économiques. Les textes nous contraignent à recourir aux seuls termes qu'ils consacrent. La comparaison de l'article 7 avec le texte analogue de la constitution américaine illustre le phénomène. Le cinquième amendement de cette constitution dit:

*No person shall... be deprived of life, liberty or property, without due process of law.*

À part le passage des "principes de justice fondamentale" au "*due process of law*", la seule différence de fond entre les deux textes réside dans les catégories d'intérêts protégés. Au Canada on protège "la vie, la liberté et la *sécurité de la personne*"; aux États-Unis les droits protégés sont "*life, liberty and property*". Mais, en pratique cette différence textuelle est moins significative qu'on ne peut penser.

Malgré l'intention évidente des rédacteurs de l'article 7 d'exclure la propriété de la liste des droits protégés, plusieurs juristes aujourd'hui cherchent par tous les moyens à l'y réinsérer comme un droit constitutionnel. On voit apparaître diverses interprétations originales du contenu des autres droits, notamment le droit à la sécurité de la personne, et les tribunaux semblent prêts à les accueillir<sup>2</sup>. Paradoxalement, aux États-Unis, c'est l'inverse qui se produit. Plusieurs

---

<sup>2</sup> Voir, notamment, "Renvoi sur l'article 94 (2) du Motor Vehicle Act (B.C.)", *Dominion Law Report*, no 24, 1985, p. 536.

programmes de sécurité sociale, qui sont clairement les programmes menant à la sécurité économique de la personne, sont identifiés au terme "property"<sup>3</sup>. Au Canada on dissimule la propriété dans l'expression "sécurité de la personne" tandis qu'aux États-Unis, on dissimule la sécurité de la personne sous la rubrique "property". Dans les deux cas, c'est le texte écrit qui suscite ces constructions de l'esprit pour "assurer" un contrôle judiciaire de l'action gouvernementale — contrôle qui existe déjà, ou qui, s'il n'existait pas, ne verrait sûrement pas le jour par la seule vertu du texte lui-même.

À ces deux observations complémentaires sur l'effet des chartes, certains juristes opposent une réponse classique. Si la maladie d'un système juridique est évidente quand les règles établies ne sont pas cohérentes avec la vie sociale qu'elle prétendent régler, le remède consistera à abolir ou à modifier les règles défectueuses, ou encore à formuler des définitions pour clarifier la volonté du constituant ou du législateur. Pourquoi, par exemple, ne pas définir "sécurité de la personne" de manière à exclure la protection de la propriété? Mais la réponse à cette question est la même que celle sur l'impact de la charte. L'abolition législative d'une fiction juridique n'aura pas pour conséquence probable la disparition de l'interaction sociale qui a engendré cette fiction. La législation peut changer la rhétorique par laquelle les droits de propriété sont revendiqués, et peut même nous forcer à abandonner certaines formules rituelles; mais elle a une capacité limitée à supprimer le désir humain d'acquérir et de posséder, et par conséquent, à supprimer l'invention des nouvelles fictions juridiques pour lui donner forme et le protéger<sup>4</sup>.

## 2 L'accord du lac Meech

On a présenté l'accord du lac Meech au grand public comme le moyen de réintégrer le Québec dans la fédération canadienne. Mais qui était marginalisé? Le peuple ou le gouvernement? L'accord du lac Meech, contrairement aux chartes, ne vise pas les rapports entre le gouvernement et le peuple, mais établit un nouveau rapport entre les gouvernements de la fédération. Il consacre la reconnaissance du fait qu'un document constitutionnel partageant l'autorité législative entre les niveaux de gouvernement n'est jamais fixe. Les juristes admettent que cette attribution du pouvoir peut se modifier de deux façons: soit par une modification formelle, soit par accommodement tacite des principaux acteurs de la scène politique. En tant que phénomène juridique, le premier — le processus du droit formellement créé — attire beaucoup plus d'attention que le second — le développement et l'évolution des pratiques constitutionnelles dont certaines

<sup>3</sup> Voir, pour un résumé de l'expérience américaine, J. Mashaw, "Dignitary Process: A Political Psychology of Liberal Democratic Citizenship", *University of Florida Law Review*, no 39, 1987, p. 433.

<sup>4</sup> Il faut aussi admettre que l'effet de la *charte* n'est pas simplement de changer le langage de notre discours public mais aussi de changer sa nature. Voir *infra*, section 3.

deviennent des "conventions constitutionnelles". Cependant, tout le monde sait que le second reflète mieux l'autorité politique. Pour illustrer cela, il n'est pas besoin de faire l'histoire des constitutions canadiennes. Les deux jugements de la Cour suprême sur le processus d'amendement constitutionnel, rendus en 1982 et en 1984, et l'accord du lac Meech, montrent clairement le rôle des normes implicites dans nos compromis constitutionnels.

En 1981, après plusieurs années de négociations infructueuses avec les provinces, le gouvernement fédéral a fait une proposition à Londres concernant la Constitution du Canada. Si la proposition avait été adoptée, la Constitution aurait été amendée à la seule demande du gouvernement fédéral malgré l'opposition de plusieurs gouvernements provinciaux. Immédiatement trois provinces, le Manitoba, le Québec et Terre-Neuve ont contesté la proposition fédérale devant les tribunaux. La Cour suprême du Canada a finalement tranché la question de savoir si la Constitution canadienne exigeait l'assentiment des provinces aux modifications constitutionnelles qui restreignaient leur autorité législative<sup>5</sup>. Par une majorité de sept contre deux, la cour décida que d'un point de vue purement juridique (c'est-à-dire en interprétant l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867) le consentement provincial n'était pas nécessaire. Cependant, quatre des sept juges qui formaient cette majorité pensaient également que, selon les conventions constitutionnelles (c'est-à-dire du point de vue de la rectitude ou des convenances, en regard de la pratique constitutionnelle du dernier siècle), le consentement de plusieurs provinces serait nécessaire. Pour arriver à cette conclusion, on avait étudié les us et coutumes du fédéralisme canadien depuis 1867. Les juges en ont conclu que la pratique établie faisait d'un certain consensus une condition à toute modification constitutionnelle et que cette pratique était un phénomène juridique dont les tribunaux devaient tenir compte. La cour confirma que l'ajustement tacite aux réalités d'un système fédéral dynamique pourrait modifier de façon obligatoire le partage initial de l'autorité entre le fédéral et les provinces.

La vraie nature juridique de ces ajustements tacites fut clarifiée quand toutes les provinces, sauf le Québec, consentirent à modifier la Constitution. Dans un autre procès, le gouvernement du Québec voulut faire confirmer que son assentiment était nécessaire à toute modification constitutionnelle. Par un jugement unanime, la Cour suprême affirma que ni le consentement unanime des provinces, ni même le consentement du gouvernement du Québec, était nécessaire<sup>6</sup>. On avait vécu le fédéralisme de cette façon jusqu'à ce que l'accord du lac Meech, par voie de réaménagement *ex post facto* et explicite, écarte cent vingt ans de sagesse constitutionnelle.

---

<sup>5</sup> "Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à un projet de résolution portant adresse à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada", *Rapport de la Cour suprême*, t. 1, 1981, p. 753.

<sup>6</sup> "Renvoi à la Cour d'appel du Québec concernant la Constitution du Canada", *Rapport de la Cour suprême*, t. 2, 1982, p. 793.

Plusieurs juristes voient dans l'accord du lac Meech un signe de progrès juridique. Pour eux le passage de la normativité implicite à la normativité explicite atteste d'une maturation de notre ordre constitutionnel et, indépendamment du texte qui en résulte, doit être perçu comme un triomphe du constitutionnalisme sur l'arbitraire. Mais cette vision des choses néglige la leçon de la charte. Même sans l'accord du lac Meech, rien ne contraindra le Québec à rester en marge du fédéralisme canadien s'il veut y participer pleinement. En revanche, l'accord du lac Meech ne peut suffire à lui seul à intégrer un Québec réticent dans la communauté canadienne. Par leur indifférence devant l'effet réciproque mais subtil qu'ont l'un sur l'autre le droit écrit et le droit vécu, les négociations du lac Meech eurent pour premier effet de rompre le processus d'évolution constitutionnelle qui engendra la charte de 1982. Avant même qu'on ait produit les fictions et les accommodements qui nous permettraient de répondre aux réalités constitutionnelles nouvelles, la rhétorique constitutionnelle s'exprimait dans un nouveau vocabulaire. Oserons-nous dire que le Canada est maintenant l'émule des républiques de bananes qui changent de constitution chaque fois qu'elles changent de gouvernement? Est-ce un progrès que de préférer travailler sur le libellé des textes plutôt que de s'attaquer aux problèmes de fond?

### 3 L'accord de libre-échange

Le troisième exemple récent de la domination du social et du politique par le juridique est l'accord de libre-échange. Cet accord imprégné d'une idéologie utilitaire réductionniste aura des conséquences profondes sur notre conception de la vie en société. Même s'il n'amendera pas directement la Constitution, il en sera une partie intégrante qui manifeste une réorientation des finalités de l'État. En érigeant les facteurs économiques en grands censeurs de la politique, nous nous rendrons à l'idéologie de nos cocontractants: la primauté des droits sur le bien et de l'utile sur le juste; la poursuite de l'homogénéité libérale aux dépens de l'hétérodoxie organique; le remplacement d'institutions politiques vouées au bien commun par des institutions juridiques qui se consacreront à l'invention de droits privés de plus en plus particularisés et sectaires.

Une conséquence pratique de cette évolution mérite d'être signalée. Lorsqu'une société tombe sous la domination du juridique, ses membres deviennent les otages de règles formelles sur les droits et les obligations de chacun et sur la compétence juridictionnelle: les questions "est-ce bon? est-ce juste?" ne se posent plus, et sont remplacées par les questions "est-ce légal? en a-t-on le droit?" Ce changement d'attitude s'accompagne d'une prolifération de règles procédurales de plus en plus pointues pour régir l'attribution des bénéfices et des fardeaux sociaux: la réflexion, la discussion et le jugement sont dévalués, pour être remplacés par "l'équité procédurale", l'obsession des formes, et en remplacement de la justification, des affirmations préemptoires sur un ton sans réplique.

Ceux qui ont déjà la nostalgie des rapports sociaux établis par délibération et fondés sur la poursuite d'un bien commun seront déçus par l'accord de libre-échange. Loin de permettre à des sous-groupes sociaux et à des collectivités comme la francophonie nord-américaine de s'épanouir, cet accord privilégiera l'individu et imposera la culture de la rentabilité à tout prix. Notre expérience comme peuple pendant cette dernière décennie nous enseigne que l'élite juridique canadienne n'a pas toujours saisi les dimensions socio-politiques de notre évolution constitutionnelle. Conçu uniquement comme institution juridique, l'État n'a pas de rôle dans la promotion du bien commun, mais se contente d'attribuer des chasses gardées et des privilèges économiques aux particuliers. Ce n'est que lorsque l'on concevra également l'État comme institution sociale qu'on le munira d'instruments permettant la poursuite d'un bien commun autre que le juridisme tout court.

S'il y a une donnée fondamentale de notre vie politique jusqu'à ce jour, c'est bien les conventions qui gouvernent la représentativité de nos institutions publiques. Tout organisme national, qu'il soit du domaine privé (le conseil d'administration de Bell Canada par exemple) ou public (le cabinet fédéral), cherche un équilibre entre francophones et anglophones, hommes et femmes, d'origines ethniques, de provenances régionales et de croyances religieuses diverses. La rhétorique de la démocratie canadienne en a été une de représentation basée sur nos différences et non pas une des droits basée sur l'identité abstraite. La reconnaissance et l'illustration des différences nous a servi à élargir la communauté politique, et cet élargissement nous a longtemps permis d'enrichir le discours politique et l'action sociale. Le récent désir d'assimiler toutes les décisions politiques à des décisions juridiques — désir inspiré par la vision de ceux qui négligent les leçons de la Révolution française — et les tentatives parallèles de constitutionnaliser notre vie politique, sont, par contraste, les résultats d'un débat politique appauvri, d'une démission des politiques devant les technocrates de l'efficacité économique et ces juristes qui voient dans le droit la solution de tous les maux.

Pour conclure, dès qu'on admet que l'efficacité économique, en tant que valeur et symbole, prime sur des valeurs telles que la justice, l'égalité, la liberté et le "sens commun", on s'apprête à supprimer la conception de l'État-société pour le remplacer par une conception de l'État-institution. Admettre la primauté de l'État-institution, c'est remplacer le sens intuitif d'appartenance que partagent les membres d'une société par une conception formelle et abstraite de l'appartenance, propre à toutes les composantes individuelles de l'institution. L'archétype en est le regroupement d'intérêts individuels que l'on nomme, justement, la société anonyme. Juridiquement, les individus deviennent des atomes fongibles, dépourvus d'attaches culturelles, linguistiques et spirituelles, dont les rapports sont régis par une institution ne suscitant de leur part aucune allégeance.



## Conclusion

La tendance à trouver dans le droit écrit la solution de tous nos problèmes sociaux est néfaste et condamnable. Naguère, les questions les plus importantes au Canada et au Québec se situaient sur la scène politique plutôt que juridique. Elles furent à l'ordre du jour des délibérations politiques parce qu'on les croyait trop importantes pour être laissées au débat tronqué qu'impose le juridisme.

La charte de 1982, l'accord du lac Meech et l'accord de libre-échange avaient tous les trois pour cause, et ont maintenant tous les trois pour effet réciproque, l'appauvrissement du discours politique du Canada. La charte nous a séduit en promettant de transformer toutes les questions complexes touchant le bien et le juste en questions simples et solubles d'interprétation d'un texte canonique. L'accord du lac Meech nous promet une meilleure reconnaissance de nos particularités et une meilleure représentativité de nos institutions politiques au moyen d'un concept de société distincte qui nie que les sociétés distinctes soient elles-mêmes composées d'agglomérats distincts. L'accord de libre-échange nous offre la liberté économique abstraite et homogène en remplacement d'une liberté sociale concrète et différenciée.

Malheureusement, ces développements trahissent l'esprit de la Révolution. Car la leçon fondamentale de la Révolution c'est justement que la liberté humaine est ancrée dans la pratique sociale et, en fin de compte, constituée par elle. La liberté ne provient jamais des idées théoriques que proclament les textes dits rationnels. Comme tout narcotique, les constitutions écrites, si elles provoquent une ivresse agréable, ne nous libèrent point. Elles font de nous des esclaves.

Roderick A. MACDONALD  
Faculté de Droit  
Université McGill

## Résumé

L'objectif de l'auteur est de montrer comment notre attirance vis-à-vis des chartes des droits et libertés, comment notre propension à négocier, amender ou promulguer des textes constitutionnels, nous conduisent peut-être à escamoter la question des fondements politiques du droit étatique, sinon les fondements sociologiques de la normativité.

## Summary

Could it be that our recent leaning towards charters of rights and freedoms, their negotiations, amendments and enactments, has led us to neglect other more

**pressing questions such as the political foundations of state law-making, if not the sociological foundations of legal norms ?**