

Le Renvoi sur la sécession du Québec: Un regard critique

Michel Seymour¹

Dans ce texte, je livre en vrac un ensemble de réflexions qui s'inscrivent dans le prolongement de l'avis de la Cour suprême sur la sécession du Québec². Je rassemble ces réflexions sous la forme de cinq remarques détaillées qui contribuent de différentes façons à l'élaboration d'une réflexion critique. Il s'agit de mettre en évidence certains des aspects problématiques de l'Avis.

1^{re} remarque: l'arbre vivant

Dans un texte de 2000³, James Tully propose une interprétation très pertinente de l'Avis de 1998. Il s'agit d'une lecture profonde des intentions qui animent les juges. Tully fait remarquer que les débats entourant l'interprétation de l'Avis ont surtout porté sur la deuxième partie – les paragraphes 83 à 147 — alors que le message essentiel de la Cour se situe dans la première partie – les paragraphes 1 à 82. Tully ne fait pas ici référence aux paragraphes qui discutent de la justiciabilité des questions qui sont posées à la Cour ou de la compétence de celle-ci à pouvoir apporter des réponses. Il fait allusion à l'interprétation que les juges proposent de l'ordre constitutionnel de 1982. Selon cette interprétation, la démocratie constitutionnelle canadienne est un processus continu de discussions, de négociations et de changements démocratiques. Les juges auraient mis en évidence le fait que l'ordre constitutionnel de 1982 permette la liberté démocratique de discuter, de négocier et de modifier l'ordre établi des relations qui gouvernent les parties constituantes. Ce caractère dynamique et actif, cet arbre vivant qu'est l'ordre constitutionnel de 1982, est ce qui servirait à réconcilier la diversité et l'unité dans le contexte canadien. En vertu de cette interprétation, le processus de sécession du Québec devrait être pensé comme un moyen particulier de résoudre le problème de l'unité et de la diversité. La preuve de la souplesse de l'ordre constitutionnel canadien serait révélée par sa capacité à baliser un processus pouvant conduire à la sécession de l'une des provinces, en l'occurrence le Québec. L'important est qu'une telle interprétation viendrait en même temps enlever l'une des motivations essentielles aux promoteurs de la sécession, puisque l'ordre constitutionnel n'apparaîtrait plus comme un carcan.

¹ Département de philosophie, Université de Montréal.

² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 271.

³ Jim TULLY, *The Unattained Yet Attainable Democracy*, Les Grandes conférences Desjardins, Programme d'études sur le Québec, Montréal, Université McGill, 23 mars 2000.

La Constitution n'est pas un carcan. Elle n'est pas une camisole de force. Tel est, aux yeux de Tully, le message essentiel livré par la Cour. La flexibilité de l'ordre constitutionnel permet à une législature provinciale d'entamer une procédure devant conduire à une négociation dans le but d'effectuer un amendement constitutionnel, que l'objectif soit la sécession ou quelque autre modification.

2^e remarque: Une déclaration «unilatérale»

La Cour doit répondre à la première question qui lui est posée à savoir si le Québec (i) pourrait, relativement à l'ordre constitutionnel canadien, procéder légalement à une déclaration unilatérale. Il faut, bien sûr, qu'elle réponde par la négative même si son intention est de démontrer que la Constitution n'est pas un carcan. Or, pour pouvoir répondre par la négative tout en élaborant une explication complexe qui démontre la flexibilité de l'ordre constitutionnel, conformément à l'idée que celui de 1982 est un arbre vivant, elle adopte une définition inusitée du mot « unilatéralement ». Le terme signifie habituellement « indépendamment du consentement de l'autre partie ». Mais la Cour le définit comme « sans négociations préalables ». Elle écrit : « Ce qui est revendiqué comme droit de faire “ unilatéralement ” sécession est plutôt le droit de procéder à la sécession sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral. »⁴ À ma connaissance, le caractère restrictif et surprenant de cette définition n'a été souligné que par Jacques Parizeau⁵. Cette définition est assez étonnante, surtout si l'on tient compte du fait que les souverainistes ont toujours voulu négocier avant de déclarer la souveraineté. Le projet de loi n° 1 faisait état d'une négociation pouvant se poursuivre pendant une année⁶. La volonté de négocier n'était donc pas un enjeu. Mais l'important était de fournir une réponse claire, univoque et simple à la question : le Québec peut-il déclarer unilatéralement sa souveraineté conformément à l'ordre constitutionnel canadien? Si cela veut dire « sans négociations préalables », la réponse est clairement « non ». Les deux parties auraient alors, en effet, selon la Cour, l'obligation constitutionnelle de négocier. La Cour donne ainsi au gouvernement fédéral la réponse qu'il voulait entendre. Mais, quant à savoir si le Québec peut déclarer sa souveraineté sans le consentement de l'autre partie tout en s'étant conformé aux règles constitutionnelles canadiennes, la réponse est plus complexe.

⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 86.

⁵ Jacques PARIZEAU, *Lettre ouverte aux juges de la Cour suprême*, Montréal, VLB Éditeur, 1998, p. 7.

⁶ *Projet de loi sur l'avenir du Québec* incluant la *Déclaration de souveraineté et l'entente du 12 juin 1995*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1995.

On sait que la Cour répond plutôt par l'affirmative à cette dernière question. Elle a décrit un processus pouvant conduire à la sécession du Québec dans le contexte où les souverainistes obtiendraient une majorité claire en réponse à une question référendaire claire portant sur la souveraineté. Sur la base de ce mandat, les représentants québécois qui accepteraient de négocier un amendement constitutionnel et qui feraient face à une intransigeance des représentants fédéraux auraient le droit de tenter de faire sécession.

3^e remarque : sur la formule d'amendement

Un procureur du gouvernement fédéral, maître Warren J. Newman, soutient que le gouvernement québécois n'avait pas fait allusion, dans son projet de loi n^o 1, à la nécessité de procéder à une modification constitutionnelle avant d'être en mesure de déclarer la souveraineté du Québec⁷. Il ne s'agissait donc pas d'une véritable volonté de négocier. Les procureurs fédéraux soutiennent en outre que, pour ce faire, il faut se conformer à la formule d'amendement prévue à la section V de la Constitution canadienne⁸. Maître Yves Fortier a dénoncé le caractère illégal d'une déclaration unilatérale en s'appuyant sur la nécessité de s'y conformer. Mais, à l'époque, il était encore très délicat d'invoquer la formule d'amendement unilatéralement imposée au Québec comme motif justifiant l'illégalité d'une déclaration unilatérale. La Cour est restée neutre quant à la possibilité d'utiliser une formule spécifique d'amendement prévue par l'ordre constitutionnel de 1982⁹. Les juges ajoutèrent qu'il « n'existe pas de faits clairs soulevant une question justiciable »¹⁰.

La Cour a opté pour une argumentation qui faisait intervenir les quatre principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel sans compléter sa réflexion par des considérations concernant la formule d'amendement. Dans sa volonté de démontrer le caractère flexible de l'ordre constitutionnel canadien, la Cour a reconnu que le Québec pourrait avoir de bonnes raisons, dans certaines circonstances, de procéder à une déclaration unilatérale au sens habituel du terme, tout en se conformant aux principes fondamentaux sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien¹¹. La Cour écrit, en effet : « La légalité des actes des parties au processus de négociation selon le droit canadien

⁷ Warren J. NEWMAN, *The Quebec Secession Reference, the Rule of Law and the position of the Attorney general of Canada*, Conference delivered at the 1998 Annual Constitutional Cases Symposium, Toronto, Osgoode Hall Law School, York University, 16 avril 1999.

⁸ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 84, 105.

¹⁰ *Id.*, par. 105.

¹¹ *Id.*, par. 103.

ainsi que la légitimité qu'on leur reconnaît seraient l'une et l'autre des considérations importantes dans le processus de reconnaissance. »¹² Plus loin, elle ajoute :

Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada.¹³

Elle dit cependant, juste en passant, que le processus, pour être légal, devrait aller de pair avec le respect à l'égard de deux majorités : celle de Québec et celle du reste du Canada. Elle va même jusqu'à écrire que la démarche se doit de respecter la démocratie telle qu'elle se présente au Canada. Mais elle ne se prononce pas sur les exigences requises pour respecter la démocratie dans le reste du Canada. On peut présumer qu'à l'avenir la Cour sera moins réservée et osera davantage imposer plus clairement des règles du jeu strictes qui opposeront des obstacles nouveaux au Québec.

4^e remarque : Sur le principe d'effectivité

Dans le contexte du Renvoi, la Cour doit répondre à l'argumentation de l'*amicus curiae* qui s'appuie sur le principe d'effectivité. Si le droit international n'autorise pas la sécession unilatérale, il ne l'interdit pas non plus. En contrôlant effectivement le territoire, on met en place un nouvel ordre constitutionnel. Une déclaration unilatérale (c'est-à-dire une déclaration réalisée sans l'accord de l'autre partie) peut, par conséquent, contribuer à générer un droit nouveau. Si la communauté internationale reconnaît le nouvel État, la souveraineté devient alors légale. Puisque les juristes en droit international reconnaissent que cette avenue demeure possible, on peut conclure qu'une déclaration unilatérale, sans être légale, n'est pas pour autant illégale du point de vue du droit international. Elle se situe à l'extérieur de la légalité sans être nécessairement dans l'illégalité. Telle est en gros l'argumentation de l'*amicus curiae*.

La Cour cherche à démontrer que cette avenue n'est pas la bonne parce qu'elle veut prouver que le processus de sécession peut se déployer de bout en bout en conformité avec l'ordre constitutionnel canadien, ce dernier étant très souple. Les juges de la Cour suprême n'ont ainsi pas accordé beaucoup de crédit à cet argument de l'*amicus curiae*. Les neuf juges ne se prononcent pas en des termes généraux sur la possibilité d'un contrôle effectif du territoire exercé de facto, mais bien sur la légalité interne d'une telle démarche, et ils tirent des conclusions négatives à cet égard.

¹² *Id.*, par. 103.

¹³ *Id.*, par. 105.

a. Déclaration « unilatérale » ou unilatérale?

La première raison est qu'ils l'interprètent dans la perspective d'une déclaration unilatérale faite sans négociations préalables.¹⁴ C'est tout d'abord seulement parce que la Cour développe une interprétation inusitée du mot « unilatéral » qu'elle est davantage en mesure de critiquer le principe d'effectivité.

b. Une comparaison injustifiée avec le squatter

La Cour définit en outre le principe d'effectivité comme proclamant « qu'un acte illégal peut en fin de compte devenir légal si, en tant que fait empirique, il est reconnu à l'échelle internationale »¹⁵. Elle compare la situation au cas du squatter. Le fait qu'après un certain temps, il soit possible de lui accorder le droit d'occuper des locaux qui ne lui appartiennent pas au départ ne change rien au fait que l'occupation des locaux est à l'origine illégale. Le squatter qui parvient à obtenir le droit de rester dans le logement qu'il occupe ne rend pas moins illégal l'acte de squatter.¹⁶

Cette analogie est toutefois quelque peu boiteuse. Car, contrairement au squatter, le processus d'accession à la souveraineté est aussitôt pris en charge par le droit international au moment où la déclaration de souveraineté survient. Dans le cas d'une déclaration unilatérale de sécession faisant suite à l'échec des négociations, on ne peut donc plus s'en tenir seulement au droit interne canadien pour juger de la légalité du processus. L'analogie avec le squatter fonctionne davantage lorsque le mot « unilatéral » est entendu au sens particulier d'une déclaration sans négociations. Sans volonté de négocier, le Québec serait, aux yeux de la Cour, en flagrante contradiction avec l'ordre constitutionnel. Il le demeurerait pendant une assez longue période avant que la communauté internationale choisisse de le reconnaître comme État. La situation serait différente dans le contexte où le mot « unilatéral » serait compris comme impliquant une déclaration sans l'accord de l'autre partie, car, une fois que les négociations seraient parvenues à un cul-de-sac, une déclaration sans l'accord du Canada serait immédiatement prise en charge par la réalité internationale.

De l'avis même de la Cour, la réussite du processus de sécession dépendrait alors de l'évaluation faite par la communauté internationale. L'analogie avec le squatter est défectueuse pour cette autre raison, car, dès l'instant où la déclaration serait prononcée, on changerait de régime juridique. On passerait sur-le-champ du droit interne au droit externe. Pour le squatter, le régime juridique reste le même. La déclaration de souveraineté aurait pu encore paraître illégale du point de vue du droit interne canadien,

¹⁴ Voir *id.*, par. 108.

¹⁵ *Id.*, par. 146.

¹⁶ *Id.*

mais sa légalité ou son illégalité dépend désormais du droit international, selon l'évaluation qui serait faite par la communauté internationale. Celle-ci soupèserait la légalité juridique interne du Canada et la légitimité de la démarche sécessionniste québécoise.

Enfin, l'analogie avec le squatter ne marche pas parce que le comportement passe de l'illégalité à la légalité à l'intérieur d'un seul et même régime juridique. Ce n'est pas ce qui se passe dans le cas d'une déclaration unilatérale de souveraineté. L'illégalité est à l'interne alors que la déclaration peut devenir légale à l'externe.

L'analogie avec le squatter est donc défectueuse pour plusieurs raisons. Le processus d'évaluation juridique s'étale dans le temps, demeure sous l'emprise d'une seule et même juridiction et passe d'illégal à légal à l'intérieur de cette même juridiction, tandis qu'une déclaration unilatérale, correctement comprise, a pour effet d'opérer sur-le-champ un changement de juridiction et peut, pour cette même raison, être en principe immédiatement l'objet d'un acte de reconnaissance de la communauté internationale. À aucun moment ne passe-t-on de l'illégalité à la légalité au sein d'un unique domaine de juridiction.

c. Ni permis ni interdit

Les juges interprètent aussi la position des tenants du principe d'effectivité comme si celui-ci supposait que « ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis »¹⁷. Pourtant, les partisans du principe d'effectivité ne défendent pas cette thèse. Ils prétendent seulement que ce qui n'est pas explicitement autorisé ou interdit n'est pas pour autant implicitement interdit, pas plus qu'il n'est implicitement autorisé. Même si le droit international n'autorise pas une sécession unilatérale, cela ne veut pas dire qu'il l'interdit. Et même s'il n'interdit pas explicitement la sécession unilatérale, cela ne veut pas dire qu'il ne l'interdit ni d'ailleurs qu'il ne l'autorise. Le droit international ne fait que reconnaître comme souverain un État qui serait créé à la suite d'un processus démocratique si cet État exerce un contrôle sur son territoire et est reconnu par la communauté internationale.

L'État qui s'engage dans le contrôle effectif de son territoire par une déclaration unilatérale de souveraineté se situe à l'extérieur de ce qui est reconnu comme légal par le droit international sans être pour autant entré dans l'illégalité. La Cour dénonce, jusqu'à un certain point, la doctrine de l'effectivité¹⁸, mais elle reconnaît aussi que le contrôle effectif du territoire pourrait survenir dans le contexte d'une déclaration unilatérale suivant une attitude intransigeante du gouvernement fédéral ou des

¹⁷ *Id.*, par. 143.

¹⁸ *Id.*, par. 106-108 et 140-146.

provinces. Une tentative d'assurer le contrôle effectif du territoire, soutient la Cour, peut conduire à l'accession à la souveraineté et à la reconnaissance par la communauté internationale, même si cela ne rend pas nécessairement légal le processus en question.

La Cour tire des conclusions négatives à l'égard du principe d'effectivité en se servant de trois prémisses fondamentales. Elle interprète le principe comme faisant intervenir un droit de sécession « unilatérale » au sens de « sans négociations préalables ». Elle établit une analogie douteuse avec le cas du squatter. Enfin, elle interprète injustement cette doctrine comme affirmant que ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis. Ainsi, l'argumentaire de la Cour contre le principe n'est pas très convaincant.

5^e remarque : L'ordre constitutionnel canadien et le principe d'effectivité

On vient de voir que la Cour suprême a rejeté la position de l'*amicus curiae* en faveur du principe d'effectivité en s'appuyant sur un argument plutôt douteux qui comporte de nombreuses faiblesses. Il convient maintenant de montrer que, par ses propres agissements, la Cour a, dans l'histoire récente, elle-même agi en conformité avec l'application de ce principe.

Ainsi, elle a autorisé le rapatriement unilatéral de la Constitution alors qu'elle refuse officiellement la sécession unilatérale. Il s'agit clairement de deux poids deux mesures. En effet, le geste unilatéral de 1982 pour imposer le nouvel ordre constitutionnel canadien ne requerrait, semble-t-il, pas l'accord des deux majorités, celle du Canada et celle du Québec, alors que, pour réaliser la sécession, la Cour insiste sur le fait que cela doit se faire au terme d'un accord entre deux majorités : celle du Québec et celle du Canada. L'accord des deux parties est requis pour quitter l'ordre constitutionnel qui a été unilatéralement imposé au Québec.

À la suite de l'imposition de ce nouvel ordre constitutionnel, la Cour a également nié, par la suite, l'existence d'une convention constitutionnelle en vertu de laquelle le Québec aurait eu un droit de veto. Mais bien qu'elle ait nié ce droit pourtant existant, elle a contribué à faire naître un nouveau droit sur le territoire canadien. Ainsi les juges écrivent :

Comme nous l'avons confirmé dans le *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806 : « La Loi constitutionnelle de 1982 est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable. »¹⁹

¹⁹ *Id.*, par. 32.

Ce genre d'affirmation est-il autre chose que la mise en application du principe d'effectivité? Force est d'admettre que nous sommes en présence de la chose que les juges se permettent de critiquer, à savoir la doctrine de l'effectivité.

Pire, il est difficile de voir autre chose qu'une camisole de force ou un carcan dans l'ordre constitutionnel nouveau. Car même si les juges voient cet ordre comme un arbre vivant qui n'est pas, selon eux, une camisole de force, ceci peut n'être qu'un paravent commode. En effet, qu'en est-il de la procédure permettant au Québec, moyennant une réponse claire à une question claire, de proposer un amendement constitutionnel pouvant conduire à une sécession négociée? N'est-ce pas un apport essentiel qui démontre, hors de tout doute, la flexibilité de l'ordre constitutionnel de 1982?

Il faut pourtant se rappeler quels motifs furent invoqués par les politologues pour parler d'un carcan. Il s'agissait, en grande partie, de la formule d'amendement. Or, ainsi qu'on l'a fait remarquer plus haut, les juges ne se prononcent pas sur la formule particulière à adopter. L'amendement constitutionnel requis pour permettre la sécession du Québec ou une réforme en profondeur du fédéralisme exige-t-il l'unanimité, sept provinces représentant plus de 50 % de la population ou seulement un accord bilatéral? Pour la sécession, il semble que la situation soit assez claire. La sécession requiert l'accord de deux majorités, ce qui laisse peu de chance à un accord strictement bilatéral. Si jamais la situation se présentait concrètement et que le Québec était en mesure d'entamer des négociations sur un processus de sécession, on verrait apparaître de toute part les pressions pour que la formule d'amendement soit effectivement utilisée, ce qui jetterait une lumière crue sur le carcan constitutionnel.

En somme, l'avis de la Cour suprême s'ajoute au rapatriement de la Constitution, au rejet de l'Accord du lac Meech, à l'Entente-cadre sur l'union sociale²⁰ et à la loi sur la clarté²¹ pour rendre effectif le contrôle du territoire par l'État canadien. Ces gestes mettent eux-mêmes en pratique le principe de l'effectivité.

Conclusion

Les critiques que je viens de formuler ne sont pas les seules. La Cour ne tient pas compte du fait que la population du Québec forme un peuple et que ce dernier n'est pas reconnu dans l'ordre constitutionnel de 1982. Elle a tendance à minimiser les demandes traditionnelles du Québec et le refus, pour ne pas dire l'obstination et

²⁰ *Un cadre visant à améliorer l'union sociale pour les Canadiens — Entente entre le gouvernement du Canada et les gouvernements provinciaux et territoriaux*, 4 février 1999, disponible en ligne : <<http://www.scics.gc.ca/francais/conferences.asp?a=viewdocument&id=638>>.

²¹ *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 2000, c. 36.

l'intransigeance des Canadiens qui refusent de le faire. Elle a une définition extraordinairement restrictive du droit des peuples à l'autodétermination interne, le réduisant à n'être rien de plus qu'un droit à la représentation politique dans les instances de l'État. Enfin, elle a tendance à ne pas rejeter catégoriquement l'idée que les frontières devront faire l'objet de rudes négociations advenant l'accession du Québec à la souveraineté.

Dans ce texte, je voulais surtout évoquer non pas nécessairement les aspects les plus importants, mais les plus saillants du document. Les nationalistes québécois ont eu tendance à célébrer la publication de cet avis de la Cour. Plusieurs années après que la poussière soit tombée, il importe de remettre les pieds sur terre et de ne pas jeter sur l'Avis un regard trop complaisant.