

Les possibilités inédites découlant du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*

André Binette¹

On dit que les généraux ont parfois tendance à employer dans une guerre les moyens de la guerre précédente, et qu'ils risquent ainsi de se retrouver devant des surprises qui peuvent s'avérer désagréables. À mes yeux, c'est un peu ce qui s'est passé pour le gouvernement canadien dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* en 1997-98². À la lecture des questions qu'il avait formulées et transmises à la Cour suprême, il m'apparaissait alors qu'il faisait erreur en situant le débat juridique sur le terrain du droit à l'autodétermination et que, à la condition que la Cour suprême maintienne sa propre indépendance dans cette affaire unique dans son histoire et qu'elle refuse d'être enfermée par la formulation des questions, elle pouvait s'élever au-dessus de la mêlée et conserver la légitimité d'un arbitre respecté. Heureusement, elle s'est montrée à la hauteur d'un défi que peu de tribunaux, ailleurs dans le monde, ont eu à affronter. Ce faisant, elle a rendu un avis qui, sauf sur un ou deux points tout de même non négligeables et sur lesquels nous reviendrons, est tout à fait remarquable, et qui nous laisse toujours des pistes de réflexion et des possibilités inédites pour l'avenir.

Nous nous croyions relativement bien placés pour évaluer la problématique soumise à la Cour suprême après avoir travaillé au secrétariat de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, mieux connue sous le nom de Commission Bélanger-Campeau, en 1990-91, agi à titre de coordonnateur de la recherche juridique pour la commission parlementaire qui a suivi, en 1991-92, appelée Commission d'étude sur les questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (ci-après « Commission sur la souveraineté »), et servi à titre de conseiller juridique de l'équipe de fonctionnaires au Conseil exécutif du gouvernement du Québec qui devait devenir l'équipe de négociation avec le Canada advenant une victoire du Oui en 1995. Au moment de l'annonce du Renvoi, nous préparions une thèse de doctorat sur les questions juridiques relatives à l'accession du Québec à la souveraineté. Sans nous douter que nous ferions partie, quelques mois plus tard, de l'équipe de *amicus curiae*, M^e André Joli-Cœur, qui fut désigné par le haut tribunal pour exprimer le point de vue souverainiste après le refus du gouvernement du Québec d'y prendre part, nous avons rédigé un texte paru

¹ Avocat, L.L.M.

² [1998] 2 R.C.S. 217.

dans l'*Annuaire canadien de droit international*, où nous offrons notre modeste contribution à la réflexion de la Cour suprême³.

Ce texte rappelait qu'en 1992, la Commission sur la souveraineté, qui avait été créée par le gouvernement de Robert Bourassa et avait, pour la première fois, commandé un grand nombre d'études relatives à la souveraineté du Québec, a reçu un avis, souvent appelé *l'Avis des cinq experts*, sur les fondements juridiques de cette souveraineté⁴. Les cinq experts, un Français, un Américain, deux Britanniques et un Allemand, étaient tous des experts établis du droit international. L'un d'eux, le professeur Alain Pellet, était alors le président en exercice de la Commission du droit international de l'ONU. Une autre, la professeure Rosalyn Higgins, allait devenir, au moment du Renvoi, la présidente de la Cour internationale de Justice. À la demande de *l'amicus curiae*, trois des cinq experts ont d'ailleurs soumis des mises à jour de leur position à la Cour suprême dans le Renvoi; celle-ci ne les a pas cités, mais elle a repris l'essentiel de leur raisonnement, qui était aussi celui de *l'amicus curiae*, dans les sections de son avis consultatif relatives au droit international.

Que disaient ces experts? Essentiellement, que le droit à l'autodétermination n'est pas un droit à l'indépendance, hormis des cas étroitement définis (la décolonisation, la violation massive de droits fondamentaux, etc.) qu'ils ne jugeaient pas applicables à la situation du Québec. Les cinq experts précisaient que le droit à l'autodétermination externe, ou droit de sécession, n'existait ni pour le peuple québécois, ni pour les peuples autochtones, ni pour la minorité anglophone, ni pour les populations des régions frontalières du Québec. En fait, quel que soit son contenu par ailleurs, le droit à l'autodétermination n'était tout simplement pas pertinent dans la discussion sur la légalité de l'accession du Québec à la souveraineté, puisque le droit international actuel ne contient aucun droit de sécession pour qui que ce soit, hors des cas mentionnés, sauf s'il est librement consenti par l'État prédécesseur, ce qui est possible, mais peu fréquent. Le cas de la souveraineté anticipée du Groenland avec le consentement du Danemark est la plus récente manifestation d'un accord entre un futur État et un État prédécesseur.⁵

³ André BINETTE, « Le droit des peuples : l'autodétermination dans le contexte canadien, Essai critique », (1996) 34 *Annuaire canadien de droit international* 215.

⁴ Thomas M. FRANCK, Rosalyn HIGGINS, Alain PELLET, Malcom N. SHAW et Christian TOMUSCHAT, « L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté », dans *Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, Exposés et études*, vol. 1, Assemblée nationale, Québec, 1992, p. 377-461.

⁵ La loi danoise sur l'autonomie gouvernementale du Groenland, entrée en vigueur en 2009, reconnaît, dans son préambule, le droit à l'autodétermination du peuple groenlandais et prévoit un processus d'accession à l'indépendance comportant un référendum qui sera déclenché sur demande du gouvernement de l'île : « *The Self-Government Act contains a provision*

Les cinq experts ne se sont toutefois pas arrêtés là en 1992, pas plus que ne l'a fait la Cour suprême six ans plus tard. Ils ont établi qu'il est erroné de soutenir que la souveraineté du Québec sera illégale, au regard du droit international, en l'absence du consentement du Canada, pour le motif que le peuple québécois ne détient aucun droit de sécession préalable. Ils n'ont pas non plus soutenu que, pour être légale en vertu du droit international, la souveraineté du Québec devait d'abord l'être au regard du droit constitutionnel canadien. Au contraire, ils ont souligné que le droit canadien et le droit international peuvent évaluer différemment une même situation :

« Il en résulte que les mêmes situations peuvent être régies à la fois par des normes internationales et par des règles internes qui ne coïncident pas forcément et qu'il est très important de savoir sur quel terrain on entend se placer : un raisonnement fondé en droit constitutionnel canadien peut ne pas l'être au regard du droit des gens, et inversement. »⁶

Ils ont conclu qu'en l'absence d'un accord avec le Canada dans le cadre de la Constitution canadienne, l'accession à la souveraineté est un fait politique qui se traduit juridiquement par le principe de l'effectivité. Ce fait politique engendre sa propre légalité en droit interne, qui sera alors exclusivement le droit québécois, et produit également des effets juridiques internationaux qui seront amplifiés par la reconnaissance des autres États.

*regarding Greenland's access to independence. The provision stipulates that if the people of Greenland take a decision in favour of independence, negotiations are to commence between the Danish Government and Naalakkersuisut [le gouvernement du Groënland] regarding the introduction of independence for Greenland. An agreement between the Danish Government and Naalakkersuisut regarding the introduction of independence for Greenland is to be concluded with the consent of Inatsisartut [le parlement du Groënland] and is to be endorsed by a referendum in Greenland. Furthermore, the agreement is to be concluded with the consent of the Folketing [le parlement danois], cf. Section 19 of the Danish Constitution. Independence for Greenland implies that Greenland assumes sovereignty over the Greenland territory. » [Traduction de l'auteur : « La Loi sur l'autonomie gouvernementale contient une disposition concernant l'accession du Groenland à l'indépendance. Cette disposition précise que si le peuple du Groenland prend une décision en faveur de l'indépendance, les négociations commenceront entre le gouvernement danois et Naalakkersuisut (le gouvernement du Groenland) au sujet de la réalisation de l'indépendance du Groenland. Une entente à ce sujet sera conclue entre les parties avec le consentement d'Inatsisartut (le Parlement du Groenland) et sera confirmée par un référendum au Groenland. L'entente sera également conclue avec le consentement du Folketing (le Parlement danois) conformément à l'article 19 de la Constitution danoise. L'indépendance du Groenland implique que le Groenland assumera la souveraineté sur le territoire du Groenland. »] : extrait du site du ministère d'État du Danemark, *Greenland's access to independence*, en ligne : <http://www.stm.dk/p_13090.html> (site consulté le 4 décembre 2013).*

⁶ T. FRANCK, R. HIGGINS, A. PELLET, M. N. SHAW et C. TOMUSCHAT, préc., note 4, par. 1.14.

Même si elle n'a pas cité l'Avis des cinq experts dans le Renvoi, la Cour suprême a suivi un raisonnement semblable. Il ne pouvait en être autrement puisque tel est bien l'état du droit international sur la question. Rappelons que, dans ses objections préliminaires, l'*amicus curiae* avait demandé à la Cour de refuser de répondre aux questions de droit international pur, pour le motif que sa fonction est d'interpréter le droit canadien, et accessoirement le droit international s'il fait partie du droit canadien, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence. En refusant de se soustraire à l'analyse du droit international, la Cour suprême s'obligeait à le reprendre en l'état et à l'exprimer tel quel, sans avoir la possibilité d'y apporter des innovations, comme elle l'a fait du côté du droit constitutionnel en créant une obligation de négocier applicable à toutes les parties à la suite d'un référendum favorable à la souveraineté.

Suivant la voie tracée par l'Avis des cinq experts, la Cour suprême a établi que le droit à l'autodétermination ne contient pas un droit à l'indépendance, en ajoutant qu'il en est de même en droit canadien, ce qui n'est guère surprenant, ni déterminant puisque cela ne l'a pas empêchée de créer, dans ce même ordre juridique canadien, l'obligation de négocier. Autrement dit, l'absence d'un droit de sécession préalable en droit canadien n'empêche pas la création d'effets juridiques suscités par le fait politique qu'est le résultat référendaire en faveur de la souveraineté.

Il en est de même en droit international. Comme les cinq experts, la Cour suprême ne s'est pas arrêtée à déclarer l'absence du droit préalable de sécession, malgré les efforts manifestes du procureur général du Canada, au cours des plaidoiries, pour qu'elle s'abstienne d'aller plus loin. L'*amicus curiae* avait soumis dans son mémoire que, si elle avait compétence, la Cour devait aller au-delà d'une lecture au premier degré des questions posées et qu'elle ne pouvait pas être dans une pire position qu'un témoin, contrainte de répondre par un « Oui » ou par un « Non » sans donner une réponse complète à ces questions. La Cour a exprimé son accord avec cette position dès les premières pages de son Avis. Citant sa propre jurisprudence, elle a écrit :

« Si les questions paraissent ambiguës, la Cour ne devrait pas, dans un renvoi constitutionnel, être dans une situation pire qu'un témoin à un procès, et se sentir obligée de répondre par oui ou par non. Si elle estime qu'une question peut être trompeuse ou si elle veut simplement éviter de risquer un malentendu, il lui est loisible d'interpréter la question [...] ou de nuancer à la fois la question et la réponse. »⁷

Dès lors, il devenait évident que, suivant l'exemple des cinq experts, elle voudrait faire l'œuvre la plus utile pour l'avenir en faisant le tour du sujet.

⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 31.

Comme les cinq experts, la Cour suprême n'a pas établi un lien nécessaire entre la légalité en droit interne canadien et la légalité internationale. Elle n'a pas exigé que la souveraineté du Québec soit légale au regard de la Constitution canadienne pour qu'elle soit légale en droit international, quelle que soit la procédure de modification de la Constitution qui soit applicable en cas de sécession.⁸ Elle a admis qu'après un éventuel échec des négociations, le Québec pouvait déclarer unilatéralement son indépendance. Elle a reconnu que le principe de l'effectivité pouvait s'appliquer. Elle a écrit qu'à ce stade, la reconnaissance des autres États était un facteur déterminant. Sur tous ces points, l'Avis de la Cour suprême est identique à l'Avis des cinq experts. L'un des

⁸ On pouvait croire, à première vue, que, selon la Cour suprême, la légalité constitutionnelle est une condition de la légalité internationale à la lecture du passage suivant (par. 143) : « L'idée selon laquelle ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis a peu de pertinence dans les cas (comme celui qui nous occupe) où le droit international renvoie au droit interne de l'État sécessionniste pour la détermination de la légalité de la sécession, et où le droit de cet État considère inconstitutionnelle la sécession unilatérale. » Cependant, cette phrase doit être replacée dans son contexte. Quelques lignes plus haut, dans le même paragraphe, la Cour suprême avait admis que la reconnaissance des États relève de leur discrétion politique qui prend en compte, **ou non**, la légalité de la sécession en droit interne : « Même si l'intérêt national de l'État qui accorde la reconnaissance et l'avantage politique qu'il y voit jouent manifestement un rôle important, les États étrangers peuvent également prendre en considération leur opinion quant à l'existence du droit à l'autodétermination de la population de l'État putatif, ainsi qu'une évaluation correspondante de la légalité de la sécession suivant le droit de l'État dont l'entité territoriale prétend avoir fait sécession. » Au paragraphe suivant, la Cour ajoute (par. 144) : « Il se peut qu'un acte de sécession unilatérale par le Québec se voie éventuellement accorder un statut juridique par le Canada et par d'autres États, et qu'il entraîne, de ce fait, des conséquences juridiques. » (Soulignés de l'auteur)

Sans doute, une cour suprême canadienne ne pouvait-elle aller plus loin. Elle se trouve tout de même à admettre la possibilité d'une sécession qui serait légale en droit international, même si elle ne l'était pas en droit canadien. On peut réconcilier ces passages en précisant que cette légalité internationale serait acquise *a posteriori*, même si elle ne peut être établie *a priori*. Voir également le paragraphe 103, où on y lit que la légalité constitutionnelle et la légitimité des acteurs politiques sont des considérations importantes dans le processus de reconnaissance. La sécession de fait et la reconnaissance peuvent ainsi laver le péché originel de l'inconstitutionnalité, qui n'a guère été déterminante dans le passé. On peut cependant affirmer qu'une solution consensuelle à la suite de négociations réussies peut être constitutionnelle dans le droit interne de l'État prédécesseur, sans que ce soit nécessairement le cas, vu la rigidité de la procédure de modification de la Constitution canadienne. Ainsi, il est concevable qu'il soit, dans certaines circonstances, de l'intérêt du gouvernement canadien de reconnaître la République du Québec, même s'il lui est impossible d'obtenir le consentement du nombre de provinces requis pour obtenir une modification de la Constitution qui autoriserait la sécession du Québec en droit canadien. Le Canada contribuerait ainsi à la légalisation *a posteriori* d'une sécession effective en droit international, même si elle demeurerait inconstitutionnelle. Les tribunaux canadiens n'auraient alors d'autre choix que de donner suite à la reconnaissance fédérale et de relativiser les effets de l'inconstitutionnalité, puisqu'ils sont liés par les décisions du pouvoir exécutif en cette matière.

principaux dénominateurs communs demeure la non-pertinence du droit à l'autodétermination qui faisait, pour l'essentiel, l'objet des questions formulées par le gouvernement canadien dans le Renvoi.

Le seul lien nouveau qu'a tracé la Cour suprême entre le droit canadien et le droit international a trait à l'obligation de négocier en droit canadien, qui était inconnue des cinq experts, qui n'avaient d'ailleurs évidemment pas la compétence d'interpréter le droit canadien. La Cour suprême était d'avis qu'une partie qui n'aurait pas respecté l'obligation de négocier en droit canadien aurait de la difficulté à faire accepter sa position par la communauté internationale après un refus de négocier ou l'échec des négociations. Ainsi, un Québec qui serait allé de bonne foi jusqu'au bout des possibilités offertes par la négociation avec le Canada avant de déclarer unilatéralement l'indépendance aurait de meilleures chances d'obtenir plus rapidement une reconnaissance internationale. À l'inverse, une mauvaise volonté canadienne ou québécoise pourrait être sanctionnée, d'une manière ou d'une autre, par la communauté internationale.⁹ Ici, sans créer des obligations juridiques qui n'existent pas en droit international et qu'elle n'avait pas le pouvoir de créer, la Cour suprême a fait preuve d'un réalisme politique à des années-lumière du débat sur la portée du droit à l'autodétermination auquel le gouvernement fédéral voulait la restreindre. Elle se trouvait ainsi à confirmer que l'essentiel de la démarche d'accession à l'indépendance est de nature politique, ce qui était la position fondamentale de *l'amicus curiae*.

L'Avis des cinq experts a été rendu public en 1992. Il était connu des gouvernements du Québec et du Canada. Comment, en 1997, le gouvernement canadien a-t-il pu se méprendre à ce point sur l'état du droit international? Comment a-t-il pu s'exposer à ce que sa propre Cour suprême reprenne, implicitement, mais clairement, l'Avis des cinq experts? Comment a-t-il pu croire que le débat sur le droit à l'autodétermination, ou droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, pouvait avoir un effet déterminant sur la légalité de l'accession du Québec à l'indépendance? Cette mauvaise lecture lui a valu, en prime, une obligation de négocier en droit interne qu'il n'avait sûrement pas recherchée.

Pour répondre à ces questions, il faut aussi tenir compte de l'Avis consultatif sur le Kosovo rendu par la Cour internationale de Justice en 2010¹⁰. Dans cet Avis, la CIJ a reconnu la légalité de la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo, a pris note du fait que le Kosovo avait participé à des négociations infructueuses avec la Serbie avant de procéder à cette déclaration, et que celle-ci avait le soutien d'une part importante de la communauté internationale. La Cour internationale de Justice n'a pas

⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 103.

¹⁰ *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2010, p. 403.

créé une obligation de négocier en droit international, contrairement à ce qu'a fait la Cour suprême pour le droit canadien. La Cour internationale n'a pas non plus exigé le respect du droit serbe comme condition de la légalité de la déclaration unilatérale du Kosovo. Par définition, une telle déclaration s'effectue en rupture du droit interne antérieur depuis celle des États-Unis en 1776. Enfin, la Cour internationale de Justice a refusé de créer un lien entre le droit à l'autodétermination et la légalité de la déclaration d'indépendance du Kosovo.

L'Avis des cinq experts, le Renvoi sur la sécession du Québec et l'Avis sur le Kosovo forment une trilogie dont les éléments s'emboîtent et se complètent. En pratique, l'Avis sur le Kosovo confirme que, comme la Cour suprême l'avait laissé entendre plus tôt, le comportement des parties soumises à l'obligation de négocier en droit canadien pourra avoir des effets sur la décision politique de reconnaître le nouvel État. Cette décision sera bien sûr facilitée par un accord entre les parties qui aboutira à la création du Québec souverain avec le consentement du Canada, ce qui demeure souhaitable. Cependant, s'appuyant sur la rigidité excessive de la Constitution canadienne qui a été imposée au Québec en 1982, le gouvernement canadien a refusé d'accepter, à ce jour, que son consentement ne soit pas une condition nécessaire préalable à la légalité internationale de la création du nouvel État québécois, et a cherché, dans le Renvoi, à amener la Cour suprême à mettre en doute cette légalité. Son échec à cette occasion est à l'honneur de l'indépendance du pouvoir judiciaire canadien, même si la Cour suprême n'avait pas alors l'avantage de pouvoir prendre connaissance de l'Avis sur le Kosovo.

La théorie et la pratique de l'autodétermination externe

Pour faire œuvre utile, le juriste, particulièrement celui de droit public, doit pouvoir départager la théorie juridique de la réalité sociale et politique. Il faut, pour ce motif, souligner l'incohérence du gouvernement canadien qui a demandé à la Cour suprême de nier le droit à l'indépendance du peuple québécois après avoir accepté la tenue de deux référendums sur ce sujet, en 1980 et en 1995, avoir activement participé aux campagnes qui les ont précédés, et avoir accrédité la dramatisation de ces campagnes en laissant croire aux Québécois, aux Canadiens et à la communauté internationale que les résultats seraient décisifs. Comment concilier l'absence de droit à l'autodétermination externe avec le fait politique de ces consultations populaires?

L'objectif du gouvernement canadien dans le Renvoi, deux ans après le résultat très serré de 1995 qui l'avait échaudé, semble avoir été d'enfermer le Québec dans une procédure de modification de la Constitution qui avait été adoptée dans le cadre du rapatriement de la Constitution canadienne en 1982. Ce rapatriement s'était produit avec le concours du Parlement britannique et des autres provinces, mais sans le consentement du Québec. Cette absence de consentement à une modification majeure

de la Constitution canadienne, fondée notamment sur une réduction des compétences de l'Assemblée nationale du Québec, constituait précisément, pour de nombreux Québécois, l'un des motifs de vouloir sortir du Canada. Nier le droit à l'autodétermination du Québec, ou lui barrer la route par des embûches constitutionnelles, faisait partie de la stratégie d'enfermement fédérale.

Il faut convenir avec certains auteurs que le principe de l'autodétermination des peuples a, sur le plan moral, philosophique et politique, une portée nettement plus vaste que peut en avoir le droit à l'autodétermination tel que défini sur le terrain strictement juridique. C'est la position prise notamment par le professeur italien Antonio Cassese, l'un des spécialistes de la question des dernières décennies, pour qui ce principe de philosophie politique comprend quatre catégories, dont un droit de sécession :

« Since it was first formulated around the second half of the eighteenth century, the principle of self-determination of peoples has been put forward in *political philosophy* in varying senses. It has been understood in turn as: ... (iv) a principle of freedom for “nations” or ethnic or religious groups constituting minorities in sovereign States (these groups should have the right to create an independent State or to join groups existing in another State). »¹¹

Le professeur Cassese considère que ce principe politique a acquis une valeur juridique dans la deuxième moitié du vingtième siècle, mais ajoute cependant que les États ont toujours exclu de confirmer, sur le plan juridique, ce quatrième volet qu'est le droit de sécession :

« Ever since the emergence of the political principle of self-determination on the international scene, States have been adamant in rejecting even the possibility that nations, groups and minorities be granted a right to secede from the territory in which they live. »¹²

La transposition juridique du principe politique de l'autodétermination n'a donc été que partiellement réalisée. Le motif de cette résistance quasi universelle, toujours selon

¹¹ Antonio CASSESE, *Self-determination of Peoples*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 32. Traduction de l'auteur : « Depuis son apparition autour de la seconde moitié du dix-huitième siècle, le principe d'autodétermination des peuples a été exprimé par la *philosophie politique* de diverses manières. On l'a, tour à tour, compris ainsi : ... (iv) un principe de liberté pour les “nations” ou groupes ethniques ou religieux qui constituent des minorités dans des États souverains (ces groupes devraient avoir le droit de créer un État indépendant ou de rejoindre des groupes existant dans un autre État) ».

¹² *Id.*, p. 122. Traduction de l'auteur : « Depuis l'émergence du principe politique de l'autodétermination sur la scène internationale, les États ont fermement rejeté toute possibilité que les nations, groupes ou territoires puissent obtenir un droit de sécession du territoire où ils vivent. »

Cassese, est la lutte contre la fragilisation de la souveraineté qui constitue toujours le fondement de l'existence des États :

« Although this may be judged a serious deficiency in the current international legal regime, one must not allow political or ideological aspirations to obscure reality. The truth is that most members of the world community are reluctant to accept a form of international legislation which has the potential to undermine State sovereignty. »¹³

Dans le cas du Québec, il est maintenant clair que le principe général de l'autodétermination a une portée plus étendue que sa transposition restreinte dans la définition actuelle du droit à l'autodétermination, même si la portée de cette définition était incertaine pendant de nombreuses années. Cependant, ce décalage entre le principe général et le droit à l'autodétermination n'empêche pas le premier d'être agissant et de sous-tendre des événements politiques majeurs :

« The same holds true for Quebec. There again, it is for politicians to agree upon solutions capable of peacefully resolving the dilemma: enhanced autonomy (i.e., internal self-determination) versus secession (i.e., external self-determination). Although in this case international rules do not grant any legal entitlement to the people concerned, in actual fact the general principle on self-determination has been heeded and acted upon by all the parties concerned because they all seem to agree that no solution should be found that is contrary to the wishes of the relevant population, to be ascertained by means of a referendum. This conclusively shows that the international principle on self-determination has such a broad scope that it can reach out to areas that seem, at first sight, to be totally unsubjected to any international legal regulation. »¹⁴

¹³ *Id.*, p. 167. Traduction de l'auteur : « Même si on considère qu'il s'agit d'une sérieuse lacune de l'ordre juridique international actuel, les aspirations politiques ou idéologiques ne doivent pas faire perdre de vue la réalité. La vérité est que la plupart des membres de la communauté mondiale sont réticents à accepter une forme de règle internationale qui pourrait miner la souveraineté de l'État. »

¹⁴ *Id.*, p. 255-256. Le professeur Cassese ne soumet pas la légalité internationale de la sécession à sa légalité interne. Traduction de l'auteur : « C'est également vrai pour le Québec. Là aussi, il revient aux politiciens de s'entendre sur des solutions qui peuvent résoudre le dilemme pacifiquement : une autonomie accrue (c.-à-d. le droit à l'autodétermination interne) versus la sécession (c.-à-d. le droit à l'autodétermination externe). Bien que dans ce cas, les règles internationales ne donnent aucun droit préétabli au peuple concerné, en réalité, le principe général de l'autodétermination a été entendu et respecté par toutes les parties concernées puisqu'elles semblent toutes convenir qu'aucune solution ne peut être trouvée qui serait contraire aux vœux de la population concernée qui seront exprimés au moyen d'un référendum. Ceci démontre, de manière concluante, que le principe international de l'autodétermination a une portée si vaste qu'il peut s'étendre à des situations qui, à première vue, ne sont, d'aucune manière, soumises à une réglementation juridique internationale. »

La négation du droit à l'autodétermination externe du peuple québécois par la Cour suprême, à la demande du gouvernement canadien, a donc une portée bien relative. Cette négation ne peut empêcher rétroactivement que le principe politique de l'autodétermination ait pu s'appliquer ni qu'il puisse s'exercer de nouveau à l'avenir, de manière à produire des effets juridiques aussi bien en droit canadien, en droit québécois qu'en droit international.

La théorie et la pratique du droit à l'autodétermination interne

Le même décalage existe entre la théorie et la pratique du droit à l'autodétermination interne. Il est généralement convenu que le droit à l'autodétermination interne donne d'abord à un peuple, qu'il s'agisse d'un peuple majoritaire ou minoritaire dans un État, le droit à la représentation démocratique dans les institutions politiques de l'État ainsi que le droit à la représentation par ses propres institutions. On peut assurément soutenir, comme l'a d'ailleurs fait *l'amicus curiae* dans le Renvoi, que ces droits du peuple québécois sont respectés dans le cadre canadien. Les Québécois sont bien représentés dans les institutions fédérales et y ont souvent été influents. Par ailleurs, leur Assemblée nationale et leurs municipalités assurent leur représentation politique spécifique.

On peut cependant aller plus loin et affirmer que le droit à l'autodétermination interne comporte aussi le droit de se doter d'une Constitution. Ainsi, les référendums parallèles qui ont eu lieu, en octobre 1992, sur le projet de réforme constitutionnelle appelé *l'Accord de Charlottetown*, l'un en vertu de la loi québécoise, l'autre en vertu de la loi canadienne, étaient l'expression simultanée de deux droits à l'autodétermination interne, ceux des peuples ou des nations du Québec et du Canada. De même, le refus réitéré des gouvernements successifs du Québec, quelle que soit leur orientation partisane, d'adhérer sur le plan politique à la *Loi constitutionnelle de 1982*, tout en sachant qu'elle s'applique au Québec sur le plan juridique dans la même mesure qu'ailleurs au Canada, est une expression du droit à l'autodétermination du peuple québécois dans le cadre canadien, ce droit ayant d'ailleurs été confirmé par la reconnaissance de la Chambre des Communes en 2006. Enfin, l'imposition de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut être considérée comme une violation de ce droit, qui comprend, nécessairement et logiquement, le droit de consentir aux dispositions constitutionnelles qui concernent le peuple en question.

On sait que, pour une bonne part de la doctrine juridique internationale, une violation massive ou caractérisée du droit à l'autodétermination interne peut justifier le recours à l'autodétermination externe. La Cour suprême, dans le Renvoi, a jugé que tel n'était pas le cas dans le contexte canadien. Plus particulièrement, elle était d'avis que l'absence d'une entente sur la réforme constitutionnelle entre le Québec et le Canada ne justifiait pas juridiquement le passage à l'indépendance :

« Les échecs persistants dans la recherche d'un accord sur la modification de la Constitution, dont il y a lieu de se préoccuper, n'équivalent pas à une négation du droit à l'autodétermination. En l'absence de modifications constitutionnelles, nous devons nous fonder sur les arrangements constitutionnels présentement en vigueur et nous ne pouvons conclure, dans les circonstances actuelles, que ces arrangements placent les Québécois dans la situation désavantageuse visée par la règle du droit international. »¹⁵

Ici encore, la réalité politique donne tort à la théorie juridique. Dans les faits, les deux référendums québécois sur la souveraineté ont eu lieu après de nombreux efforts infructueux pour modifier la Constitution canadienne dans le sens des aspirations du Québec à une autonomie renforcée. Le référendum de 1980 s'est déroulé après deux décennies de négociations constitutionnelles qui n'ont pas réussi à donner ce qui était alors appelé un statut particulier pour le Québec. De nombreux Québécois se sont donc tournés vers la souveraineté, après avoir conclu au caractère irréformable de la Constitution canadienne au regard de la reconnaissance de l'identité et des demandes du Québec. Cette réaction fut évidemment redoublée par les échecs des Accords du lac Meech et de Charlottetown qui ont conduit au référendum de 1995. En juin 1990, plusieurs dizaines de milliers de Québécois sont descendus dans la rue pour manifester leur mécontentement à la suite de l'échec de la réforme constitutionnelle.

Dans les faits, le rejet des demandes, perçues comme légitimes au Québec, de modification de la Constitution canadienne a mené à deux reprises à la tenue de référendums sur la souveraineté. En termes plus juridiques, même si tel n'est pas l'état actuel du droit international, le rejet de l'autodétermination interne du Québec par le Canada a conduit le peuple québécois à exercer son droit à l'autodétermination externe en se prononçant sur la souveraineté. Comme il arrive souvent, les faits politiques légitimes précèdent le droit et contribuent à son évolution. En d'autres termes, *the law follows the facts at a respectful distance* (le droit suit les faits à une distance respectueuse).

Qui plus est, le droit à l'autodétermination interne confère selon nous le droit pour un peuple minoritaire, mais autonome au sein d'une fédération, de se doter de sa propre Constitution, ce qu'autorise d'ailleurs la Constitution canadienne. De plus, cette Constitution dite interne d'un État fédéré, par opposition à celle d'un État souverain, peut contenir des éléments qui, pour entrer en vigueur, nécessitent des modifications de la Constitution fédérale. Ce modèle d'autonomie renforcée pourrait entraîner des négociations substantielles entre le Québec et le Canada. Nous avons vu que le principal élément nouveau du *Renvoi relatif à la sécession* est l'obligation de négocier. Cette obligation de négocier s'applique non seulement dans le contexte d'une sécession ou

¹⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 137.

d'un référendum, mais aussi à toute demande de modification de la Constitution canadienne faite formellement par l'Assemblée nationale du Québec, l'assemblée législative d'une province ou le Parlement canadien.¹⁶ Une telle demande pourrait porter sur le contenu d'une Constitution du Québec dans sa relation avec la Constitution du Canada.

Rien n'interdit à l'Assemblée nationale, ou à une instance créée par elle, d'adopter, sans délai, la Constitution initiale du Québec souverain. Cette Constitution initiale n'aurait évidemment aucune valeur juridique dans le cadre canadien, mais elle pourrait être un élément majeur de la démarche d'accession à la souveraineté. Le projet de loi sur la souveraineté, déposé par le gouvernement Parizeau en 1995, contenait déjà des éléments embryonnaires d'une telle Constitution qui mériteraient d'être développés avant la tenue d'un prochain référendum sur la souveraineté. Comme la Cour suprême l'a indiqué dans le Renvoi, il est légitime pour le gouvernement du Québec de chercher à réaliser la souveraineté. Une telle Constitution initiale aurait l'avantage de faire connaître aux Québécois, aux Canadiens et à la communauté internationale, à qui on demandera éventuellement la reconnaissance, le sérieux de la démarche menant à la souveraineté, les principales caractéristiques et le régime juridique et politique du nouvel État, qui sera fort probablement une République du Québec. De même, la Constitution du Québec offrira des garanties du respect des droits fondamentaux des personnes, des minorités et des nations amérindiennes et inuit.

Enfin, l'Assemblée nationale pourrait adopter simultanément, ou faire adopter, une Constitution du Québec prévoyant une autonomie renforcée nécessitant une modification substantielle de la Constitution canadienne et une Constitution initiale du Québec souverain. Le Québec pourrait donner un certain temps à la négociation dans le cadre canadien sur la base de son projet de Constitution autonomiste. Si la négociation ne débouche pas sur un accord, il pourrait tenir un référendum sur la souveraineté sur la base de son projet de Constitution initiale. Un résultat favorable donnerait lieu à de nouvelles négociations destinées à mettre en œuvre la souveraineté.¹⁷

¹⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 69 : « La Loi constitutionnelle de 1982 exprime ce principe [il s'agit du principe démocratique] en conférant à chaque participant de la Confédération le droit de prendre l'initiative d'une proposition de modification constitutionnelle. À notre avis, l'existence de ce droit impose aux autres participants l'obligation réciproque d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte de l'expression démocratique d'un désir de changement dans d'autres provinces et d'y répondre. Cette obligation est inhérente au principe démocratique qui est un précepte fondamental de notre système de gouvernement. »

¹⁷ Cette double approche a été expliquée par le professeur Daniel Turp dans son plus récent ouvrage, *La Constitution québécoise*, Éditions JFD inc., 2013, p. 565-566.

Comme l'a écrit le professeur Daniel Turp, le Québec peut prendre l'initiative de mettre de l'avant simultanément ces deux options constitutionnelles :

« Si cette voie est susceptible d'engendrer un affrontement entre deux ordres constitutionnels et contribuer à la démonstration que seule l'indépendance permettrait au Québec de véritablement exprimer son identité constitutionnelle, elle pourrait aussi donner lieu à la résolution du différend constitutionnel entre le Canada et le Québec qui est l'origine du dysfonctionnement de la fédération canadienne. »¹⁸

Toutes ces possibilités sont laissées ouvertes par le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Elles existaient avant le Renvoi. Leur légitimité a été confirmée par lui. Son apport spécifique est de préciser que, même si elles débordent du cadre strict du droit à l'autodétermination interne ou externe, cela n'affaiblit pas cette légitimité, ni ne les empêche de produire des effets juridiques, que ce soit dans le cadre canadien ou dans l'ordre juridique international.

Deux déceptions

Le Renvoi a toutefois aussi causé des déceptions significatives. Deux questions y sont évoquées de manière insatisfaisante et incomplète : celle des droits autochtones et celle du territoire du Québec. L'analyse de ces questions, qui peuvent être liées ou envisagées séparément, y est demeurée superficielle.

Voici ce qu'en a dit la Cour suprême :

« Nous ne voulons pas clore cet aspect de notre réponse à la question 2 sans reconnaître l'importance des arguments qui nous ont été présentés relativement aux droits et inquiétudes des peuples autochtones et aux moyens appropriés de délimiter les frontières du Québec, en cas de sécession, particulièrement en ce qui concerne les territoires nordiques occupés principalement par des peuples autochtones. Toutefois, les inquiétudes des peuples autochtones découlent du droit invoqué par le Québec de faire sécession unilatéralement. À la lumière de notre conclusion qu'aucun droit de ce genre ne s'applique à la population du Québec, ni en vertu du droit international ni en vertu de la Constitution du Canada, et que, au contraire, l'expression claire d'une volonté démocratique en faveur de la sécession entraînerait, en vertu de la Constitution, des négociations au cours desquelles les intérêts des autochtones seraient pris en compte, il devient inutile d'examiner les préoccupations des peuples autochtones dans le présent renvoi. »¹⁹

¹⁸ *Id.*, p. 566.

¹⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 139.

Ce passage est ambigu. Il peut signifier beaucoup de choses, ou très peu. La Cour suprême aurait pu aller plus loin et clarifier davantage la problématique des peuples autochtones et du territoire, comme l'avait fait l'Avis des cinq experts, qu'elle n'a nullement contredit.

Il faut accepter la légitimité des inquiétudes des nations autochtones qui vivent au Québec au sujet de leur sort dans un Québec souverain. Leur principale relation historique avec ce qui est, pour eux, l'État colonisateur a d'abord été avec la Couronne française, puis avec la Couronne britannique, à laquelle a succédé la Couronne canadienne qui est incarnée, à cet égard, par le gouvernement fédéral. Leur relation avec le gouvernement du Québec est plus récente qu'avec celui-ci et généralement moins profonde. L'inscription des droits ancestraux dans la Constitution canadienne, en 1982, leur offre certaines garanties, même si elle a aussi suscité des attentes qui ont, le plus souvent, été déçues.

Nous avons eu l'avantage de mieux comprendre la perspective autochtone à titre de coprésident de la Commission du Nunavik, chargée d'examiner l'idée d'un gouvernement autonome pour les Inuits de l'Arctique québécois de 1999 à 2001, donc tout de suite après le Renvoi. Par la suite, nous avons agi à titre de conseiller juridique de communautés innues au nord-est du Québec et d'une communauté algonquine au nord-ouest. Chacune des nations autochtones du Québec se trouve dans une situation juridique spécifique. Chacune considère qu'elle détient des droits historiques sur son territoire ancestral qui ne sont que partiellement reconnus par le droit canadien, et chacune revendique une autonomie étendue qui s'apparente à une forme de souveraineté. Pour chacune d'entre elles, les préoccupations prioritaires sont la survie culturelle, la reconnaissance de leurs droits territoriaux et le développement économique tiré de l'exploitation des ressources naturelles sur ces territoires traditionnels.

La Cour suprême aurait pu reconnaître la légitimité de ces préoccupations dans le contexte particulier de l'accession du Québec à la souveraineté. Il existe une tendance récente à assortir la reconnaissance d'un nouvel État au respect des droits fondamentaux. La Cour suprême aurait pu suggérer au gouvernement canadien que la reconnaissance éventuelle du Québec souverain ne puisse être donnée que si ce dernier s'engage, dans sa propre Constitution, à fournir des garanties aux nations amérindiennes et inuite équivalentes à celles qui se trouvent dans la Constitution canadienne, ou que la reconnaissance ne puisse avoir lieu qu'après entente entre le gouvernement du Québec et ces nations. Le silence de la Cour suprême à cet égard n'annonce pas une volonté réelle de l'État canadien de mettre de l'avant les intérêts autochtones dans une négociation avec le Québec au détriment d'autres priorités telles

que la libre circulation sur le Saint-Laurent ou le maintien des échanges économiques Québec-Canada.

Il en est de même de la question du territoire. La Cour suprême a indiqué que les frontières du Québec pourraient faire l'objet de négociations. Cet énoncé ne fait aucun doute pour ce qui concerne les frontières maritimes, car un État côtier, comme le serait le Québec souverain, bénéficie, selon l'Avis des cinq experts et d'un autre avis reçu par la Commission sur la souveraineté²⁰, d'une souveraineté inhérente sur une mer territoriale de 12 milles et une zone économique exclusive de 200 milles. Comme le golfe Saint-Laurent, la baie d'Hudson et le détroit d'Hudson ont souvent moins de 400 milles marins de largeur, des négociations délimiteront ces zones pour chaque État. Cela représentera un accroissement considérable du territoire maritime du Québec, car, selon le droit canadien, son territoire provincial s'arrête au rivage, ce qui cause des absurdités, notamment au Nunavik, où les Inuits détiennent des droits importants sur des îles et des eaux proches de la terre ferme, mais situées néanmoins à l'extérieur du Québec.

En ce qui concerne les territoires terrestres, l'Avis des cinq experts était unanime et formel. Les États fédérés, comme les anciennes colonies, qui accèdent à l'indépendance conservent intégralement le territoire terrestre qui était le leur à l'intérieur de l'État prédécesseur. Pour les cinq experts, le territoire du Québec est garanti par le droit constitutionnel canadien avant l'indépendance; il l'est tout autant par le droit international après l'indépendance, et il n'existe aucun intervalle entre ces deux garanties :

« Au demeurant, dans le cas du Canada et du Québec, l'intégrité territoriale de celui-ci est garantie, avant l'indépendance, par les règles constitutionnelles de celui-là et le serait, après l'accession éventuelle du Québec à la souveraineté, par les principes bien établis et impératifs du droit international général. Il n'y a pas place pour une situation intermédiaire dans laquelle s'appliqueraient des règles différentes. »²¹

La pratique internationale est constante sur ce point, comme elle l'est d'ailleurs sur la règle du 50+1 qui est le seuil de la majorité simple dans les référendums sur

²⁰ Jonathan CHARNEY, « The Maritime Boundaries of Quebec », dans *Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté*, préc, note 4, p. 493-577. Cette étude a été reprise dans une revue juridique américaine : Jonathan CHARNEY, « Maritime Jurisdiction and the Secession of States », (1992-1993) 25 (3) *Vanderbilt Journal of International Law* 343. Le professeur Charney, avant son décès prématuré, était l'un des principaux experts américains du droit international maritime et conseiller juridique de la US Navy.

²¹ T. FRANCK, R. HIGGINS, A. PELLET, M. N. SHAW et C. TOMUSCHAT, préc., note 4, par. 4.01.

l'indépendance qui ont eu lieu sur différents continents, et comme ce sera le cas, en Écosse, en 2014. La Cour suprême aurait pu dissiper l'ignorance très répandue sur ces questions. Les arguments en faveur de la partition du Québec semblent plutôt relever de la guerre psychologique et ne sont pas compatibles avec la règle de droit, appelée *uti possidetis* :

« Lorsque la sécession se produit dans le cadre d'une circonscription territoriale bien définie, les anciennes limites de celle-ci constituent les frontières du nouvel État (principe de *uti possidetis juris*). La pratique internationale récente ne laisse aucun doute sur ce point lorsque l'État prédécesseur est une fédération, et traduit l'existence d'une *opinio juris* généralisée en ce sens.

Ces règles ne sont pas tenues en échec par les circonstances dans lesquelles certains territoires ont été rattachés au Québec. Seul importe l'instantané territorial au moment de l'accession à la souveraineté.

Si celle-ci se produit, le Québec héritera de l'intégrité du territoire qui est aujourd'hui le sien et de toutes les compétences relatives à celui-ci qui sont actuellement exercées par les autorités fédérales, notamment, et y compris sur les réserves indiennes. »²²

Il n'empêche qu'une négociation sera nécessaire pour délimiter certains segments toujours imprécis de la frontière terrestre, notamment au Labrador, sur lequel le Québec souverain devra, par ailleurs, faire son deuil puisque le droit international n'autorise pas une remise en question des frontières antérieures de part et d'autre.²³

Dans le cas des Inuits du Québec, qui s'autodésignent *Nunavimmiut*, on sait qu'ils ont tenu leur propre référendum, en octobre 1995, par lequel ils se sont prononcés à plus de 90 % pour le maintien du Nunavik au Canada. La population du Nunavik est d'environ 12 000 personnes, dont près de 11 000 Inuits. Le Nunavik s'étend sur plus de

²² *Id.* La règle de *uti possidetis* a acquis une portée générale et universelle en tant que principe du droit international coutumier. Son affermissement récent découle de la jurisprudence internationale et de la pratique des États lors de la dissolution de l'Union soviétique, de la Yougoslavie et de la Tchécoslovaquie. Cette pratique récente démontre que *uti possidetis* s'applique non seulement aux États nouveaux issus du démembrement d'un empire colonial, mais également à ceux qui formaient une unité constituante d'une fédération. La pratique récente démontre également qu'il n'est pas nécessaire qu'un peuple détienne le droit à l'autodétermination externe pour que l'État nouveau qu'il a créé puisse bénéficier de *uti possidetis*. Il n'existe aucun précédent soumettant l'application de la règle de *uti possidetis* au consentement des autochtones ou des minorités, puisque cette règle a précisément pour objet d'éviter la remise en cause du territoire du nouvel État.

²³ Sur la question des frontières du Québec dans le cadre canadien et les incertitudes de leur délimitation, voir généralement, Henri DORION et Jean-Paul LACASSE, *Le Québec : territoire incertain*, Québec, Septentrion, 2011.

500 000 kilomètres carrés, un territoire vaste comme la France, le tiers du Québec. Nous avons vu que le peuple inuit ne dispose pas plus que le peuple québécois d'un droit à l'autodétermination externe²⁴, mais le Québec, à la différence des nations autochtones, dispose de la capacité effective de fonder un nouvel État qui sera apte à être reconnu par la communauté internationale. Par ailleurs, les Inuits détiennent certainement un droit à l'autonomie qui est une composante de leur droit à l'autodétermination interne. La solution nous paraît être la mise en place d'un gouvernement autonome du Nunavik, dans le cadre de la Constitution du Québec, au moment de l'accession du Québec à la souveraineté. Des solutions semblables peuvent et doivent être trouvées pour les nations amérindiennes également.

Conclusion

La loi fédérale, dite *Loi sur la clarté*²⁵, et la loi québécoise, dite *loi 99*²⁶, ont été adoptées à la suite du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Ces deux lois, dont l'une est contestée devant les tribunaux par le procureur général du Canada, et dont la constitutionnalité de l'autre a été mise en doute par plusieurs juristes québécois, constituent des lectures divergentes du Renvoi qui n'épuisent pas le champ des possibilités auxquelles cet avis du plus haut tribunal peut donner lieu. Une Constitution initiale du Québec souverain pourrait être adoptée dès maintenant afin de renforcer la démarche menant à l'accession à la souveraineté. Une Constitution autonomiste renforcée qui se situerait dans le cadre canadien, mais qui remettrait en question des éléments majeurs de ce dernier, serait une expression du droit à l'autodétermination interne qui entraînerait la mise en vigueur de l'obligation de négocier. Ces deux projets de Constitution pourraient être adoptés simultanément par l'Assemblée nationale après avoir été préparés par une commission d'experts ou une assemblée constituante. Si la Constitution autonomiste n'est pas adoptée dans un délai raisonnable à la suite de négociations constitutionnelles avec le Canada, la question de la souveraineté pourrait, à nouveau, être posée. Dans les faits, la sanction de la négation du droit à l'autodétermination interne du peuple québécois a été de nature politique et a pris la forme de la tenue d'un référendum sur la souveraineté.

²⁴ L'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, en 2007, n'a pas remis en question cet énoncé. Cette Déclaration contient des dispositions, dont l'autorité juridique n'est toutefois pas établie, qui reconnaissent des droits très étendus aux peuples autochtones sur leurs territoires ancestraux. Cependant, son article final (l'article 46) précise que la Déclaration ne peut servir à remettre en question l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain.

²⁵ *Loi de clarification*, L.C. 2000, c. 26.

²⁶ *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, L.R.Q. c. E-20.2.

Pour s'acquitter de son obligation fiduciaire envers les nations amérindiennes et inuit dans le contexte exceptionnel d'une sécession, le Canada pourrait combler une lacune du Renvoi et s'engager, au moment opportun, à ne pas reconnaître le Québec souverain tant que ce dernier n'aura pas inscrit dans sa Constitution des garanties comparables à celles du droit canadien, ou tant que le gouvernement du Québec n'aura pas négocié des ententes avec ces nations offrant de telles garanties. Le Québec devrait prendre l'initiative de telles négociations.

Enfin, sur la question des territoires terrestres et maritimes du Québec souverain, le silence de la Cour suprême est une omission regrettable. Cette question ne pourra être résolue que par la négociation sur la base du droit international, qui garantit le maintien du *statu quo* sur le plan terrestre et donne ouverture à une expansion considérable du territoire maritime du Québec.