

## **Droit, démocratie et autodétermination : réflexion autour du *Renvoi relatif à la sécession du Québec***

---

Joseph Facal<sup>1</sup>

L'année 2013 marque les quinze ans du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*<sup>2</sup>, rendu public le 20 août 1998 par la Cour suprême du Canada. À l'occasion de son 7<sup>e</sup> Congrès, l'Association québécoise de droit constitutionnel a cru bon de demander à l'auteur des présentes lignes de revisiter ce document, ses enseignements et ses suites, et de livrer un point de vue personnel à cet égard.

D'entrée de jeu, je poserais, à cette fin, deux balises.

La première est qu'une compréhension à la fois fine et sérieuse de toute cette problématique impose, à mon sens, de se pencher non seulement sur le Renvoi (que nous appellerons ci-après l'avis, comme le veut la coutume), mais aussi sur ses deux rejets les plus immédiats : la loi fédérale C-20<sup>3</sup>, qui prétendait donner suite à l'avis, et la loi québécoise 99<sup>4</sup>, qui se voulait la réponse de l'Assemblée nationale du Québec à C-20. Il faut étudier les trois pièces si l'on aspire à dégager la dynamique d'ensemble au cœur de tout cet épisode.

Deuxièmement, il ne faut pas s'enfermer dans une exégèse strictement juridique des textes en s'interdisant d'essayer de comprendre et d'interpréter les motivations politiques des acteurs de l'époque. Cela va de soi, me semble-t-il, mais cela va encore mieux quand on le dit.

C'est donc dans cette perspective, balisée par ces deux postulats, que je situe mon propos qu'il faut voir comme le témoignage d'un acteur de l'époque<sup>5</sup>, mais qui a aussi pu profiter (du moins, je l'espère) du recul que le passage du temps amène. Je précise également que mon propos tient pour acquise une connaissance préalable, par le

---

<sup>1</sup> PhD, professeur agrégé, HEC Montréal.

<sup>2</sup> [1998] 2 R.C.S. 217.

<sup>3</sup> *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, ch. 26.

<sup>4</sup> *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.

<sup>5</sup> Aujourd'hui professeur agrégé à HEC Montréal, l'auteur fut ministre délégué aux Affaires intergouvernementales canadiennes au sein du gouvernement du Québec de 1998 à 2002.

lecteur, du contenu de l'avis, de C-20 et de 99, à tout le moins dans leurs grandes lignes.

## 1. La position du Québec

Avant, pendant et après la sortie de l'avis et de l'adoption des projets de loi C-20 et 99, le gouvernement du Québec s'en est toujours tenu à la même position : l'accession éventuelle du Québec à la souveraineté est une question fondamentalement politique qui échappe au contrôle judiciaire et à la tutelle des tribunaux, en ce sens que ce processus relève d'abord et avant tout d'une démarche fondée sur la volonté démocratique d'un peuple. Cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas d'aspects juridiques en cause, mais signifie qu'en dernière analyse, il n'appartient ni à une cour de justice ni à une loi de décider en lieu et place du peuple québécois de son avenir politique.

C'est justement la raison pour laquelle le gouvernement du Québec ne s'était pas présenté devant la Cour suprême. Dire cela n'était pas se placer en dehors du droit ou nier que les tribunaux puissent justement émettre des avis. C'était plutôt refuser de laisser le statut politique du Québec être assujéti à une cour non élue et au droit interne d'une entité que l'on peut souhaiter quitter.

Cela ne nous a pas empêchés de pousser un gros soupir de soulagement lorsque l'avis a été rendu public. Quand nous en avons pris connaissance, nous avons en effet été frappés par l'extrême prudence de son contenu et de son ton. Presque tout est renvoyé à l'appréciation des acteurs politiques et des circonstances, y compris, et surtout, la notion de « clarté », ce qui revient à en admettre le caractère inévitablement relatif (une chose pourra sembler claire pour une personne sans l'être pour une autre). Le mot « négociation », au pluriel ou au singulier, apparaît 57 fois dans le texte et me semble être à la fois l'esprit général qui traverse le texte et l'idée centrale sur laquelle repose sa structure logique. Tout le texte flotte dans une ambiguïté et une grande retenue qui sont, à mon sens, délibérées puisque les tribunaux savent être clairs quand ils le veulent.

Finalement, il faisait plutôt bien notre affaire (ce « nous » désignant ici le gouvernement du Québec du moment) cet avis. Il ne faisait cependant pas l'affaire du gouvernement fédéral, d'où sa loi C-20. Je m'explique.

Selon moi, en s'adressant à la Cour suprême, le but du gouvernement fédéral était d'amener les juges à mettre de l'avant des conditions visant à rendre pratiquement impossible l'accession du Québec à la souveraineté. La Cour a refusé de se laisser entraîner sur ce terrain. Désarçonné, le gouvernement fédéral a donc cherché à contourner l'avis qu'il avait lui-même sollicité au moyen d'une loi qui lui donnerait ce que la Cour lui avait clairement refusé.

Que dit la Cour, dans cet avis, qui embarrasse tant le gouvernement fédéral? D'abord, elle reconnaît la légitimité du projet souverainiste<sup>6</sup>. La chose est d'autant plus difficile à accepter pour Ottawa que l'avis évoque le rejet de l'ordre constitutionnel existant par « le peuple du Québec<sup>7</sup> », ce même peuple dont le procureur général du Canada avait pourtant essayé de nier l'existence devant la Cour.

La Cour suprême impose également aux autorités canadiennes l'obligation de négocier de bonne foi<sup>8</sup> advenant un vote favorable à la souveraineté, ce à quoi le gouvernement fédéral refusait de s'engager. Ce n'est pas un hasard si la Cour, après avoir rappelé la non-existence d'un droit à la sécession en vertu du droit international ou du droit interne canadien, a néanmoins reconnu que la déclaration unilatérale d'indépendance pourrait constituer une avenue possible pour le Québec advenant qu'il se heurte à l'intransigeance et à la mauvaise foi de l'autre partie lors des négociations. Le tout se déplacerait alors sur la scène internationale<sup>9</sup> et serait laissé à l'appréciation de la communauté des nations qui prendrait notamment en compte la situation effective sur le terrain<sup>10</sup>.

De surcroît, comme si cette obligation de négocier de bonne foi n'était pas suffisante, la Cour impose une négociation d'égal à égal qui exigerait, comme elle le dit elle-même, « la conciliation de divers droits et obligations par les représentants de deux majorités légitimes, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit<sup>11</sup> ». J'ai peine à imaginer le gouvernement fédéral applaudissant à la lecture de ce passage.

Quant à l'exigence de clarté évoquée par la Cour, la déception du gouvernement fédéral comporte deux volets, si je puis dire.

Premièrement, nulle part dans l'avis n'est-il écrit que la question référendaire de 1995 n'était pas claire. En fait, la Cour n'a émis aucune critique particulière à l'endroit de sa formulation. Elle aurait pu le faire si elle l'avait voulu. Nous touchons ici à un des grands mythes véhiculés par le camp fédéraliste pour expliquer le résultat du référendum de 1995, à savoir qu'en raison de la formulation de la question, les Québécois ne savaient pas qu'en votant Oui au référendum, ils se trouvaient à voter pour la souveraineté du Québec.

---

<sup>6</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, notamment au par. 87.

<sup>7</sup> *Id.*, par. 88.

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> *Id.*, par. 103.

<sup>10</sup> *Id.*, par. 106, 142 et 144.

<sup>11</sup> *Id.*, par. 93.

Cet argument est une véritable insulte à l'intelligence. On se rappellera que, quelques jours avant le vote, dans un discours télévisé qu'il voulait solennel, le premier ministre Chrétien, fixant les Québécois dans les yeux, leur avait dit de bien réfléchir, car leur vote entraînerait un choix irréversible. Il avait l'air de trouver parfaitement clair, à ce moment, l'enjeu sur lequel les Québécois allaient se prononcer. Tous ces Canadiens de l'extérieur du Québec, arrivés pendant la dernière fin de semaine avant le vote, pour dire leur amour aux Québécois et les implorer de ne pas partir avaient, eux aussi, l'air d'avoir parfaitement compris de quoi il retournait.

La deuxième déception du gouvernement fédéral relativement à la notion de clarté tient au fait que nulle part n'est-il écrit ou même suggéré, dans l'avis de la Cour suprême, que la règle de la majorité absolue, 50 % + 1 des votes exprimés, ne représente pas une majorité claire. Ici encore, elle aurait pourtant pu le dire si elle l'avait souhaité. Au contraire, en prenant bien soin de préciser que, lorsqu'elle parle de majorité claire, il s'agit « de majorité claire au sens qualitatif »<sup>12</sup>, on peut affirmer que la Cour ne se réfère pas à une notion de majorité qualifiée fondée sur une exigence quantitative, comme une majorité de 60 % ou de 66 % ou de tout autre seuil différent de celui en vigueur pendant les trois précédents référendums sur des questions constitutionnelles et également en vigueur pendant tous les référendums tenus au Canada sur tout autre sujet. En outre, la qualité d'une majorité, c'est aussi la qualité du processus par lequel cette majorité peut s'exprimer, et on ne trouve pas un mot critique à l'endroit du processus québécois de 1995 dans l'avis.

Pensons-y un moment. Supposons que la barre soit fixée à 66 % pour le Oui. Cela veut dire qu'il faut deux votes souverainistes pour égaler un vote fédéraliste. Cela implique que certains votes pèsent plus lourd que d'autres, donc que l'opinion de chaque citoyen n'a pas le même poids dans l'urne. La Cour a refusé de s'aventurer sur ce terrain, ce qui ne veut pas dire, bien entendu, qu'il ne serait pas souhaitable qu'un résultat référendaire dégage la majorité la plus indiscutable possible en faveur de l'option gagnante.

Bref, si on fait une lecture parallèle de l'avis et de C -20, les différences sautent aux yeux.

Nulle part dans son avis la Cour suprême ne vient conférer au Parlement fédéral un droit de regard sur le libellé de la question référendaire en l'autorisant à statuer sur sa clarté avant même que l'Assemblée nationale ne l'ait adoptée.

Nulle part la Cour suprême ne donne au Parlement fédéral le droit d'imposer une question devant expressément exclure toute référence à une offre de partenariat.

---

<sup>12</sup> *Id.*, par. 87.

Nulle part la Cour suprême n'accorde au Parlement fédéral l'autorité de fixer *a posteriori* et à son gré la majorité requise.

Nulle part la Cour suprême ne donne au Parlement fédéral le droit de dicter unilatéralement le contenu des négociations post-référendaires.

Mon sentiment n'a pas changé avec les années. Le gouvernement fédéral a joué avec le feu en s'adressant à la Cour suprême. Il s'est brûlé, récoltant la consécration du fait que le territoire canadien est divisible sur la base des territoires des provinces, la reconnaissance du caractère légitime de l'option souverainiste, la création d'une obligation de négocier d'égal à égal et l'admission qu'en cas de mauvaise foi de la partie fédérale, la reconnaissance internationale d'un Québec souverain s'en trouverait facilitée. Avec la loi C-20, le gouvernement fédéral tentait, en quelque sorte, de racheter son erreur en faisant adopter une loi qui, tout en prétendant donner simplement effet à l'avis, le « récrivait », si je puis dire, en triturant son esprit et sa lettre.

## 2. Unilatéralisme, dites-vous?

Un autre point m'apparaît particulièrement important et justifie un développement additionnel. Le gouvernement fédéral s'est souvent félicité du fait que l'avis ne reconnaît pas de fondement légal à une éventuelle déclaration unilatérale de souveraineté du Québec. L'affaire est cependant plus complexe que cela.

D'abord, la Constitution du Canada, on le sait, est muette sur la possibilité de sécession d'une province. Par ailleurs, comme la province de Québec est entrée dans la Confédération canadienne sur la base d'un simple vote de ses députés, un gouvernement du Québec aurait théoriquement pu tenter de l'en faire sortir de la même façon. C'est du moins ce qu'impose le principe du parallélisme des formes. Pourtant, depuis plus de quarante ans, le mouvement souverainiste maintient qu'il souhaite parvenir à ses fins au moyen d'un référendum et de négociations. Bref, il fonde sa démarche non pas sur des principes de droit constitutionnel canadien, mais sur une volonté d'agir dans le respect de la démocratie. On comprendra donc sans peine la réticence de nombre de Québécois à se faire donner des leçons de démocratie par le gouvernement du Canada.

Ensuite, dans son avis, la Cour suprême définit, et ceci est crucial, une sécession unilatérale comme une sécession sans négociations préalables<sup>13</sup>. Or, le gouvernement du Québec de l'époque s'était toujours dit prêt à mener des négociations de bonne foi. C'était plutôt le gouvernement fédéral qui, dans C-20, multiplie les obstacles pour se

---

<sup>13</sup> *Id.*, par. 86 et 104 notamment.

soustraire à cette obligation de négocier de bonne foi que lui impose la Cour suprême dans son avis.

On peut, me semble-t-il, émettre l'hypothèse très raisonnable que les juges de la Cour, ayant pris acte de l'échec de toutes les négociations constitutionnelles passées, ont dû envisager la possibilité d'une impasse et, donc, ils n'imposent aucune obligation de résultat à d'éventuelles négociations. Dans cette éventualité, ils ouvrent la porte à la recherche par le Québec de la reconnaissance internationale, ajoutant qu'elle serait peut-être facilitée par l'absence de bonne foi de la partie adverse<sup>14</sup>.

Bref, le gouvernement du Québec de l'époque n'a jamais soutenu que sa démarche se fonderait sur une déclaration unilatérale de souveraineté. Il prend acte que cette possibilité existe et que c'est la Cour elle-même qui le dit. Elle existe « au cas où », pourrait-on dire. C'est tout.

### 3. La loi 99

Puis, vint la « réponse » de l'Assemblée nationale : l'adoption de la loi 99 en l'an 2000, intitulée *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple du Québec et de l'État du Québec*. Contrairement à ce qui est avancé par ceux qui ont entrepris de la contester devant les tribunaux, la loi 99 ne prétendait pas donner de nouveaux pouvoirs à l'État du Québec relativement à la majorité requise, au libellé d'une question, aux domaines de compétences du Québec ou à l'intégrité territoriale. Non, ce sont plutôt l'État du Québec et son Assemblée nationale qui, par cette loi, s'engagent à respecter des principes et des pratiques qui existaient déjà et que les gouvernements du Québec, tant fédéralistes que souverainistes, avaient auparavant défendus et appliqués lors des référendums de 1980, 1992 et 1995.

En un mot, la loi 99 ne « crée » rien. Elle réaffirme, c'est tout. En ce sens, elle participe, si je puis dire, de la constitution interne du Québec au même titre que la *Loi sur l'Assemblée nationale*<sup>15</sup> ou que la *Charte québécoise des droits et libertés*<sup>16</sup>.

Je me permets un dernier point. On m'a souvent demandé pourquoi nous n'avions pas contesté en cour la loi C-20 ou pourquoi nous n'étions pas allés devant les tribunaux pour défendre la loi 99. La réponse tombe un peu sous le sens, si on a compris ce qui précède, et elle se décline en trois points : i) pour être cohérents avec la position de toujours du Québec sur le caractère fondamentalement politique de l'accession du Québec à la souveraineté : il y aurait souveraineté si c'est ce que les Québécois veulent

---

<sup>14</sup> *Id.*, par. 155.

<sup>15</sup> L.R.Q., c. A-23.1.

<sup>16</sup> L.R.Q., c. C -12.

vraiment et si la communauté internationale le reconnaît, ii) pour ne pas devoir « gérer politiquement » un toujours possible échec judiciaire, mais surtout, iii) pour ne pas courir le risque de contribuer à une « réouverture » de cet avis qui, tant sur le fond que compte tenu des circonstances, faisait plutôt notre affaire.