

## **En quel sens peut-on affirmer que l'avis de la Cour suprême sur la sécession du Québec « constitutionnalise » la sécession?**

---

Stéphane Courtois<sup>1</sup>

### **Introduction**

La très large majorité des États de droit actuels n'ont pas prévu, au moment de leur fondation, d'inscrire dans leur Constitution une clause décrivant les conditions sous lesquelles leurs unités constituantes (territoires, régions ou provinces) ou certaines de leurs minorités pourraient être autorisées à faire sécession. La raison en est probablement que les pères fondateurs présumaient de l'indivisibilité des frontières délimitant le territoire de leur État. L'histoire leur a, bien entendu, donné tort et révélé les carences des constitutions de nombreux pays en matière de sécession, lesquelles restent silencieuses sur un ensemble de questions cruciales : est-ce que certains groupes ou régions devraient se voir reconnaître un droit de sécession? Dans l'affirmative, la question devrait-elle être soumise par voie de référendum? Qui devrait être appelé à se prononcer? Quel devrait être le niveau d'appui jugé suffisant? En vertu de quelle formule de modification de la Constitution une sécession mériterait-elle d'être reconnue par l'État qui sera démembré?

Les rares États qui ont constitutionnalisé la sécession ont suivi l'une des approches suivantes<sup>2</sup> : (i) énumérer, au sein de la Constitution, un simple droit de sécession pour certaines de leurs unités, mais sans faire mention des procédures et des conditions précises sous lesquelles elles pourraient légitimement faire sécession, approche typique suivie par l'Union soviétique eu égard à ses républiques<sup>3</sup>; (ii) énumérer une procédure détaillée de sécession, approche suivie, par exemple, par l'Éthiopie et par Saint-Christophe-et-Néviès; (iii) interpréter une Constitution de manière à ce que l'on y retrouve à l'état implicite, à l'intérieur de ses principes sous-jacents, un droit de sécession, approche suivie par la Cour suprême du Canada dans son avis sur la sécession du Québec.

---

<sup>1</sup> Professeur titulaire, Département de philosophie, Université du Québec à Trois-Rivières.

<sup>2</sup> Voir Wayne NORMAN, *Negotiating Nationalism: Nation-Building, Federalism, and Secession in the Multination State*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 176.

<sup>3</sup> Voir l'article 17 de la Constitution soviétique de 1936 sous Staline et l'article 72 de la Constitution de 1977 qui l'a remplacé.

La question que j'aimerais examiner dans ce texte consiste à savoir en quel sens, exactement, on peut prétendre que la Cour suprême, dans son jugement, « constitutionnalise » le processus de sécession. La thèse que j'avancerai ici est que, s'il y a constitutionnalisation, celle-ci doit uniquement être entendue en un sens large selon lequel il est affirmé qu'une sécession légitime doit se dérouler dans le respect de la Constitution existante ainsi que des principes et des valeurs qui la sous-tendent, et non dans le sens beaucoup plus étroit où l'entendent d'ordinaire les défenseurs de la constitutionnalisation du droit de sécession, qui la conçoivent comme l'enchâssement, dans le texte constitutionnel, des règles devant gouverner la sécession. Plutôt qu'une approche constitutionnelle au sens étroit, j'aimerais montrer que l'avis s'offre davantage comme l'illustration d'une approche délibérative. Selon cette dernière, une sécession légitime en est une, non où les acteurs politiques doivent se soumettre à des règles de sécession préalablement inscrites dans une constitution, mais où ils doivent *s'entendre* sur de telles règles au cours d'un processus de délibération et de négociation lui-même gouverné, non par des procédures définies à l'avance, mais par des normes constitutionnelles générales.

Je procéderai en quatre étapes. J'examinerai tout d'abord les principales caractéristiques des théories constitutionnelles de la sécession. Je ferai ensuite de même pour l'approche délibérative. Après quoi, je rappellerai les conclusions auxquelles est arrivée la Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*. Finalement, je me demanderai si l'on doit considérer l'avis de la Cour comme l'illustration d'une approche constitutionnelle ou délibérative. Je montrerai que, bien que plausibles en apparence, les arguments favorables à l'approche constitutionnelle ne sont pas convaincants et j'expliquerai pourquoi l'on doit considérer l'avis de la Cour comme l'illustration d'une approche délibérative.

## **1. Les théories constitutionnelles de la sécession**

### **a. La place des théories constitutionnelles dans la littérature sur la sécession**

On retrouve dans la littérature sur la sécession deux grandes familles de théories : la famille des théories *unilatérales* et la famille des théories *consensuelles*. Les théories de la première famille tentent de déterminer les conditions qu'une sécession unilatérale doit satisfaire pour être déclarée légitime ou moralement admissible. Jusqu'ici, ce sont ces théories qui ont reçu les plus amples développements dans la littérature et qui

demeurent les plus commentées<sup>4</sup>. Cependant, ces dernières offrent un cadre d'analyse mal adapté aux situations de sécession susceptibles de se développer dans les États multinationaux démocratiques comme le Canada, le Royaume-Uni, la Belgique ou l'Espagne, où les sécessions unilatérales constitueront généralement une solution de dernier recours, non le moyen privilégié de résolution des conflits en raison de la culture du dialogue et du compromis qui y est profondément enracinée. Dans leur cas, une approche négociée de la sécession, où les parties prenantes tentent de régler l'acte de sécession par accord mutuel, sera généralement favorisée.

C'est précisément ce type d'approche que préconise la seconde famille de théories, consensuelles, de la sécession. Il convient d'y distinguer deux grandes orientations : constitutionnelle et délibérative. Alors que, pour la première orientation, une sécession consensuelle doit obéir aux procédures prévues dans la Constitution chargées d'encadrer le processus menant à la sécession, pour la seconde, elle doit se conformer à des règles et à des procédures qui ne sont pas établies à l'avance dans un texte constitutionnel, mais qui requièrent l'accord des parties intéressées au cours d'un processus de délibération et de négociation. J'aimerais tout d'abord examiner ici la première orientation, constitutionnelle.

### **b. Les raisons en faveur de la constitutionnalisation du droit de sécession**

Les défenseurs des théories constitutionnelles de la sécession<sup>5</sup> estiment que les États de droit qui sont potentiellement confrontés à des situations de sécession et qui sont jusqu'ici restés silencieux sur la question devraient, non pas interdire ouvertement la sécession, mais plutôt l'amener sous la règle du droit et la baliser au moyen de règles juridiques claires. Ils croient également que le droit de faire sécession devrait être limité à certaines situations d'injustice grave. Les raisons avancées en faveur de la constitutionnalisation du droit de faire sécession sont nombreuses. Je ne ferai ici que rappeler celles qui m'apparaissent les plus importantes.

---

<sup>4</sup> Voir Allen BUCHANAN, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination. Moral Foundations for International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 350-353; « Theories of Secession », (1997) 26 (1) *Philosophy and Public Affairs* 31, 34-41.

<sup>5</sup> Voir : Allen BUCHANAN, *Secession : The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1991, c. 4; Daniel WEINSTOCK, « Constitutionalizing the Right to Secede », (2001) 9 (2) *Journal of Political Philosophy* 182-203 ; W. NORMAN, préc., note 2; « The Ethics of Secession as the Regulation of Secessionist Politics », dans Margaret MOORE (dir.), *National Self-Determination and Secession*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 34-61.

**i. Les raisons morales et juridiques**

Les premières raisons sont de nature morale et juridique : une sécession non réglementée risque de générer des injustices ou de porter atteinte à certains droits fondamentaux. Pour prévenir cette situation, il est recommandé d'établir à l'avance les règles du jeu entourant la sécession dans un texte constitutionnel. Comme je l'ai mentionné au début de ce texte, la très large majorité des États occidentaux actuels n'ont pas prévu, au moment de leur fondation, d'enchâsser dans leur Constitution une clause indiquant si, oui ou non, certaines de leurs unités pourraient éventuellement être autorisées à faire sécession et, le cas échéant, comment le processus de sécession devrait se dérouler. En l'absence de telles précisions, une démarche de sécession entreprise par une organisation politique quelconque risque d'être source de confusion, d'instabilité et de dérapage mettant potentiellement en péril plusieurs droits de base, en particulier ceux des minorités.

**ii. Les raisons prudentielles**

Les autres raisons sont de nature prudentielle : les conséquences du fait de laisser la sécession sans réglementation risquent d'être pires que celles que l'on peut raisonnablement escompter dans le cas contraire. Certains auteurs<sup>6</sup> estiment en effet que, comme nombre d'autres pratiques dans nos sociétés (pornographie, consommation de drogues, prostitution, avortement), la politique sécessionniste (création de partis ayant une plateforme électorale sécessionniste, organisation de référendums, etc.) constitue une activité dont la moralité est discutable, mais qui, tout au moins dans les États plurinationaux, semble quasi inévitable et a donc toute chance d'avoir lieu de toute manière en l'absence d'encadrement légal. Et les conséquences d'une politique sécessionniste débridée, sans cadre réglementaire, seront probablement plus néfastes qu'une politique sécessionniste légalement contrôlée que rendrait possible une clause constitutionnelle de sécession. L'absence de réglementation risque en effet de donner libre cours à l'usage abusif des menaces de sécession par les groupes pro-sécessionnistes comme forme stratégique de chantage pour obtenir des gains politiques, paralyser ainsi le débat démocratique et créer un climat politiquement instable.

---

<sup>6</sup> D. WEINSTOCK, *Id.*, p. 188.

### **c. Les objections adressées aux théories constitutionnelles de la sécession**

#### **i. L'incitation perverse**

L'une des objections majeures que l'on a fait valoir à l'encontre des théories constitutionnelles de la sécession<sup>7</sup> est que la constitutionnalisation du droit de sécession serait contraire aux finalités normalement poursuivies par une Constitution, qui est d'imposer aux membres d'un État un ensemble de contraintes visant à assurer les conditions de fonctionnement d'une démocratie délibérative saine. Loin d'empêcher ou de réguler les mouvements sécessionnistes, l'inclusion d'une clause de sécession à une Constitution risque elle-même de les déclencher et de les alimenter, compromettant, de ce fait, la vie démocratique de tous les jours.

La réplique offerte par les partisans de la constitutionnalisation du droit de sécession<sup>8</sup> consiste à dire que tous les effets présumés néfastes d'un droit de sécession n'apparaissent plausibles qu'à supposer l'enclassement constitutionnel d'un « simple » droit de sécession (un droit, par exemple, demandant uniquement l'atteinte d'une majorité simple lors d'un référendum au sein d'une province ou d'un territoire). Or ce n'est pas un simple droit de sécession qui est ici réclamé, mais un droit spécial et conditionnel, c'est-à-dire qui ne peut être exercé que si les groupes aspirant à la sécession franchissent certains obstacles sur son chemin la rendant difficile à réaliser, si difficile d'ailleurs que l'on suppose que seules des injustices graves pourraient les motiver à exercer un tel droit. Quels sont ces obstacles? Énumérons les plus importants : requérir, lors d'un éventuel référendum, une majorité renforcée (disons aux trois quarts ou aux deux tiers)<sup>9</sup>; spécifier à l'avance la question qui devra être posée ou tracer les lignes directrices sur la manière dont cette question devrait être posée<sup>10</sup>; imposer des coûts spéciaux de départ aux sécessionnistes (comme une taxe sur la sécession ou des frais de sortie), montants qui s'ajouteraient bien entendu à tous ceux en jeu dans le partage de la dette<sup>11</sup>; finalement, demander une série de votes affirmatifs sur une période de deux ou trois ans afin de s'assurer de la constance de la décision prise par la population au fil du temps<sup>12</sup>. Dans ces conditions plus que restrictives, où les incitations perverses générées par l'obtention du droit de faire sécession seraient à

---

<sup>7</sup> Cass SUNSTEIN, « Constitutionalism and Secession », (1991) 58 *University of Chicago Law Review* 633-670.

<sup>8</sup> W. NORMAN, préc., note 2, p. 205-206.

<sup>9</sup> *Id.*, p. 187; préc., note 5, p. 53; A. BUCHANAN, préc., note 5, p. 133-134; D. WEINSTOCK, préc., note 5, p. 197.

<sup>10</sup> W. NORMAN, préc., note 5, p. 53

<sup>11</sup> A. BUCHANAN, préc., note 5, p. 133.

<sup>12</sup> W. NORMAN, préc., note 5, p. 54.

l'avance contrecarrées, les effets néfastes du droit de sécession craints par plusieurs auraient, selon les partisans de l'approche constitutionnelle, peu de chance de survenir.

## ii. L'adhésion improbable des groupes sécessionnistes

Les théories constitutionnelles de la sécession n'en demeurent pas moins confrontées à un problème central : celui de l'adhésion des groupes sécessionnistes à une clause « robuste » de sécession. Comment, autrement dit, dans les États multinationaux démocratiques comme le Canada, le Royaume-Uni, la Belgique ou l'Espagne, qui n'ont pas prévu d'inclure une clause de sécession à leur Constitution au moment de leur fondation, peut-on réussir à convaincre les groupes sur lesquels les majorités nationales ont historiquement exercé une dominance sociétale<sup>13</sup> d'adhérer rétroactivement à un nouvel arrangement constitutionnel venant limiter leurs possibilités d'autodétermination externe? Le problème est d'autant plus criant que les défenseurs de l'approche constitutionnelle<sup>14</sup> se sont principalement contentés jusqu'ici d'en appeler, pour justifier leur démarche, à une situation contractuelle idéale, celle thématifiée en particulier par la position originelle de Rawls : une situation hypothétique de parfaite égalité et de parfaite symétrie entre des participants à une assemblée constituante qui, placés derrière un voile d'ignorance, délibèrent sur les normes fondamentales qu'il serait pour eux le plus raisonnable d'inclure à la Constitution de leur futur État. Dans de telles conditions idéales, ils jugent que les délibérants s'entendraient sur l'inclusion d'une clause de sécession à leur Constitution qui ne serait ni trop sévère, pour rendre la sortie de l'union praticable si la situation l'exige, ni trop accommodante, et donc suffisamment difficile afin d'inciter les membres du nouvel État à adhérer pleinement à leur union et d'en assurer la pérennité.

Malheureusement, les États multinationaux tels que nous les connaissons en Occident s'éloignent de la situation contractuelle idéale précédemment décrite, en ce que les conditions d'égalité et de symétrie y sont fort imparfaitement remplies : les groupes nationaux majoritaires se trouvent dans une position historique de contrôle sur les plans politique et constitutionnel et exercent de facto, sur les groupes nationaux minoritaires, une dominance sociétale. Dans un tel contexte, il est presque assuré que, si des circonstances favorables à une réforme constitutionnelle devaient être réunies, la suggestion d'enchâsser dans la Constitution une clause exigeante de sécession serait

---

<sup>13</sup> J'emprunte l'expression « dominance sociétale » à Stephen Tierney dans son ouvrage *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 128-129. La dominance sociétale entend désigner l'existence, au sein des États multinationaux, d'une société nationale majoritaire en regard de laquelle la ou les sociétés nationales minoritaires se trouvent en situation historique de subordination, voire de désavantage sur les plans politique et constitutionnel.

<sup>14</sup> A. BUCHANAN, préc., note 5, p. 130; D. WEINSTOCK, préc., note 5, p. 198-199.

perçue par les groupes nationaux minoritaires comme une entorse à leur droit à l'autodétermination, comme une autre mesure par laquelle la société nationale majoritaire cherche à asseoir sa dominance sociétale. Et toute suggestion visant à alléger la clause de sécession sera, de son côté, perçue par le groupe national majoritaire comme une menace à la stabilité du pays. Bref, dans les circonstances contractuelles non idéales qui sont le lot de la majorité des États actuels, l'introduction d'une clause de sécession à la Constitution risque d'être perçue par toutes les parties ou bien comme trop sévère, ou bien comme trop permissive. À la lumière de ces difficultés quasi insurmontables, une alternative à l'approche constitutionnelle de la sécession semble devoir s'imposer.

## **2. L'approche délibérative de la sécession**

### **a. Les avantages d'une telle approche**

Si, pour les raisons précédentes, il apparaît peu probable que les groupes nationaux minoritaires puissent adhérer à une clause constitutionnelle de sécession, on ne voit pas, en revanche, pourquoi, dans les démocraties libérales qui sont les nôtres, ils ne pourraient se laisser convaincre de la nécessité de *s'autolimiter* d'eux-mêmes. On ne voit pas pourquoi ils seraient incapables de reconnaître que le droit à l'autodétermination, tant dans ses manifestations internes qu'externes, n'est pas absolu et illimité, mais conditionnel à l'exercice d'autres droits, et qu'une démarche sécessionniste unilatérale, dont les règles n'ont fait l'objet d'aucun accord entre les principaux intéressés, risque de créer une situation politiquement désordonnée et instable, et même d'engendrer des injustices. Pour remédier à cette situation, l'enclassement d'une clause robuste de sécession à la Constitution n'est cependant pas la seule option disponible. L'alternative recherchée à une démarche sécessionniste unilatérale est une démarche *consensuelle*, et l'approche constitutionnelle n'en est qu'une expression. L'approche délibérative constitue une autre expression possible d'une démarche consensuelle, où les règles et les procédures de sécession ne sont pas établies à l'avance dans un texte constitutionnel, mais sont fixées de concert par les parties intéressées au cours d'un processus de sécession négocié.

Lorsqu'on la compare à l'approche constitutionnelle, les avantages que présente l'approche délibérative s'imposent d'eux-mêmes. D'une part, elle semble mieux adaptée à la situation propre aux États multinationaux démocratiques actuels qui, étant en majorité dépourvus de dispositions constitutionnelles explicites en matière de sécession, ne pourraient que fort difficilement, pour l'ensemble des raisons que j'ai présentées, recueillir rétroactivement l'accord des sociétés nationales minoritaires qu'ils contiennent sur un nouvel arrangement constitutionnel à ce sujet. D'autre part, cette orientation

paraît également mieux correspondre aux caractéristiques d'une situation contractuelle non idéale. Dans les États où les majorités nationales exercent historiquement une dominance sociétale sur les groupes nationaux minoritaires, l'absence d'une clause constitutionnelle de sécession a toute chance de représenter un point de départ neutre pour toutes les parties négociant les termes d'une sécession, un point de départ où les conditions de sécession risquent d'apparaître ni trop sévères ni trop permissives pour quiconque.

### **b. Les objectifs poursuivis par l'approche délibérative de la sécession**

À la différence de l'approche constitutionnelle, l'approche délibérative est restée à ce jour peu développée dans la littérature sur la sécession<sup>15</sup>. Sa tâche principale est de proposer un modèle normatif de sécession consensuelle, c'est-à-dire un modèle chargé de décrire, lorsque la Constitution d'un État n'a pas prévu de dispositions explicites relatives à la sécession, la façon dont devrait idéalement se dérouler une sécession négociée et les normes morales et institutionnelles qu'elle devrait satisfaire. La question est d'autant plus importante que, dans la majorité des États multinationaux actuels, il n'existe pas de situation idéale de consentement mutuel ou de volonté de sécession réciproque : ce qui existe, la plupart du temps, c'est une situation non idéale de désaccord entre groupes nationaux non seulement sur les moyens de réaliser la sécession, mais, plus fondamentalement, sur l'objectif même de la sécession, sur sa nécessité ou sa légitimité et sur les raisons morales qui la sous-tendent. Pour surmonter ces situations de désaccord, il n'existe que deux voies imaginables : la voie unilatérale et la voie consensuelle. L'approche délibérative de la sécession entend, lorsqu'une volonté de sécession se manifeste, baliser le chemin que les acteurs devraient idéalement emprunter pour surmonter leurs désaccords et adopter une démarche négociée et consensuelle.

Pour remplir adéquatement son rôle, l'approche délibérative se doit de clarifier un ensemble de questions<sup>16</sup>. Par exemple, quel modèle devrait idéalement suivre une sécession délibérative? Un modèle substantiel, où les acteurs politiques débattent, préalablement à toute négociation sur la sécession, des raisons de faire sécession et cherchent à valider de telles raisons? Ou un modèle procédural, où ils se concentrent

---

<sup>15</sup> Je considère que le modèle d'une sécession « pacifique » que Robert A. Young (*La sécession du Québec et l'avenir du Canada*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1995) a développé à partir des cas de l'Autriche et de la Hongrie, de la Norvège et de la Suède, ainsi que de la République tchèque et de la Slovaquie, et qu'il a, par la suite, appliqué au cas canadien et québécois, constitue une première ébauche d'une approche délibérative de la sécession. Voir aussi Stéphane COURTOIS, *Repenser l'avenir du Québec : vers une sécession tranquille?*, Montréal, Liber, 2014, c. 10.

<sup>16</sup> Voir S. COURTOIS, *Id.*, c. 10.

uniquement sur les règles et les procédures (qui sera appelé à se prononcer sur la sécession? Combien de référendums seront exigés? Quel sera le libellé de la question qui sera soumise à la population? Quelle devrait être la majorité requise?) qui devront être satisfaites en vue d'amorcer les négociations sur la sécession<sup>17</sup>? Comment, le cas échéant, un groupe sécessionniste peut-il motiver les représentants de l'État central à négocier de concert avec lui les règles appelées à gouverner la sécession? Et comment désamorcer les effets de la dominance sociétale qui se répéteront inévitablement ici? À qui devrait ultimement appartenir la décision finale de faire ou non sécession? Au groupe sécessionniste? À l'État plus large dans le cadre d'un référendum national? Et qu'arrive-t-il en cas d'échec des négociations? Voilà, à titre d'exemple, le type de questions qu'une approche délibérative de la sécession a pour tâche de clarifier.

### **c. Le danger de résultats délibératifs déraisonnables**

Je me concentrerai, dans ce qui suit, sur l'une des questions importantes que doit élucider l'approche délibérative et que les défenseurs de l'approche constitutionnelle ne manqueront pas de soulever à titre d'objection. Cette question est la suivante : en l'absence de règles constitutionnelles gouvernant la sécession, comment s'assurer que les résultats auxquels conduiront les délibérations seront légitimes? En effet, les multiples débats et négociations d'une sécession délibérative se solderont – si tout fonctionne bien – par un accord qui devra être entériné soit par les représentants dans des instances politiques appropriées (parlement, assemblées législatives), soit par le peuple par un référendum. Ils se concluront, en d'autres termes, non par l'accord unanime de tous, mais par un vote démocratique majoritaire, que ce soit celui des députés dans les assemblées législatives, ou celui de la population. Mais comment peut-on s'assurer que cette volonté majoritaire ne sera pas moralement inacceptable, qu'elle ne conduira pas, par exemple, à la dictature de la majorité sur les minorités?

---

<sup>17</sup> Si l'on en juge par les deux derniers référendums tenus au Québec, tout semble indiquer que, si une troisième occasion était donnée au peuple québécois de se prononcer sur son avenir, le Québec et le Canada emprunteraient la voie procédurale. De même, l'accord d'Édimbourg, signé entre David Cameron et Alex Salmond relativement à l'indépendance de l'Écosse, offre une excellente illustration du modèle procédural.

#### **d. Les stratégies de solution**

Les théoriciens de la démocratie délibérative<sup>18</sup> ont mis en avant différentes stratégies pour s'assurer que les résultats du processus démocratique seront moralement acceptables. Rappelons que, à la différence des conceptions de la démocratie pour lesquelles la tâche du processus démocratique est de mettre en place les conditions procédurales (suffrage universel, règle de la majorité) permettant d'assurer l'égalité de participation politique des citoyens et d'agréger, de manière équitable, leurs préférences, la conception délibérative s'efforce d'accorder autant de considération à la volonté populaire et à l'autodétermination démocratique des citoyens qu'à la protection de leurs droits et libertés de base, sans chercher à subordonner les unes aux autres. Cependant, dans cet effort de mise en équilibre du processus démocratique et des droits fondamentaux, ils aboutiront à des résultats quelque peu différents. J'aimerais brièvement examiner ici les stratégies qui ont été proposées à ce chapitre et tenter de voir laquelle pourrait convenir davantage à une approche délibérative de la sécession<sup>19</sup>.

##### **i. La solution procédurale**

La première stratégie est celle proposée par Habermas, qui consiste à imposer certaines contraintes procédurales internes au processus délibératif, comme la complète symétrie des rôles communicationnels, l'égalité des chances pour tous les participants de faire valoir leurs arguments, l'inclusion de tous les concernés, l'absence de toute pression, de toute contrainte ou de tout chantage exercés par des tiers, etc. L'idée est donc que la rectitude des résultats des débats démocratiques devrait dériver de la rectitude de la procédure de délibération observée, et qu'il n'existe, en dehors de cette procédure délibérative, aucun critère indépendant ou extérieur permettant de mesurer la justesse d'une décision démocratique majoritaire. Certes, la procédure de délibération est

---

<sup>18</sup> Parmi les contributions majeures, mentionnons : Joshua COHEN, « Deliberation and Democratic Legitimacy », dans James BOHMAN et William REHG (dir.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge, MIT Press, 1997, p. 67; Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997; *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998; John RAWLS, « La raison publique », dans John RAWLS, *Libéralisme politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 259-306; « L'idée de la raison publique reconsidérée », dans John RAWLS, *Paix et démocratie. Le droit des peuples et la raison publique*, Montréal, Boréal, 2006, p. 159-211; Amy GUTMANN et Dennis THOMPSON, *Democracy and Disagreement*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1996. Pour une appréciation d'ensemble, voir Samuel FREEMAN, « Deliberative Democracy : A Sympathetic Comment », (2000) 10 (4) *Philosophy & Public Affairs* 283-345.

<sup>19</sup> Je m'appuie, dans ce qui suit, sur les distinctions très utiles faites par Jack Knight, (« Constitutionalism and Democracy », dans Stephen MACEDO (dir.), *Deliberative Politics : Essays on Democracy and Disagreement*, New York, Oxford University Press, 1999, p. 159-69, aux pages 163-164).

imparfaite, en ce qu'elle ne peut garantir a priori la justesse des résultats, mais elle peut néanmoins nous donner la présomption qu'ils soient rationnels ou raisonnables<sup>20</sup>.

Le principal inconvénient de l'approche procédurale de Habermas est de convenir principalement, pour ne pas dire exclusivement, aux débats parlementaires et aux argumentations menées dans les cours de justice, et donc aux délibérations qui ont lieu dans l'espace public politique. Si, dans un tel forum formellement réglé, il apparaît normal de requérir des participants qu'ils se soumettent à des règles de discussion formelles et générales et à des normes de délibération aussi impartiales que possible, de telles exigences apparaissent moins bien adaptées aux espaces publics informellement structurés de la société civile et aux processus non réglementés de la communication quotidienne qui y ont cours. Or, on peut présumer qu'une sécession délibérative se déroulerait, non pas, en premier lieu, dans les espaces publics formels de l'État et de ses institutions<sup>21</sup>, mais, plutôt, après le déclenchement d'une campagne référendaire, dans les espaces publics informels de la société civile et, dans l'éventualité d'une réponse positive à un premier référendum, dans les espaces de discussion ad hoc prévus par les gouvernements pour mener à bien leurs négociations, qui devraient elles-mêmes être encadrées par une instance de médiation impartiale plutôt que par des normes abstraites de discussion. Je doute, en somme, qu'une approche procédurale du type de celle de Habermas puisse être en mesure de fixer adéquatement les exigences morales que devrait satisfaire la délibération au sein d'une sécession délibérative.

## ii. La solution épistémique

La seconde stratégie est celle mise en avant par Rawls avec son idée de raison publique. Ici aussi des contraintes morales sont exercées sur le processus démocratique, mais celles-ci ne sont plus procédurales, comme chez Habermas, mais des contraintes que l'on pourrait qualifier d'« épistémiques », c'est-à-dire relatives au type de *raisons et*

---

<sup>20</sup> L'approche de Habermas a été qualifiée par David Estlund (« Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority », dans J. BOHMAN et W. REHG, préc., note 18, p. 173-204, aux pages 179-181) de « procéduralisme délibératif rationnel ». Cette approche est également préconisée par d'autres défenseurs de la démocratie délibérative. Mentionnons : Seila BENHABIB, « Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy », dans Seyla BENHABIB (dir.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 67-94 ; Joshua COHEN, « Procedure and Substance in Deliberative Democracy », dans J. BOHMAN et W. REHG, *Id.*, p. 407-438 ; Jack KNIGHT et James JOHNSON, « What Sort of Equality Does Deliberative Democracy Require? », dans J. BOHMAN et W. REHG, *Id.*, p. 279-319.

<sup>21</sup> Les délibérations menées au sein de l'espace public politique n'interviendraient, en toute probabilité, qu'au moment où différentes instances (parlement, assemblées législatives) seraient appelées à ratifier un éventuel accord de sécession selon une formule (à déterminer) d'amendement constitutionnel.

*d'arguments* qu'il est jugé légitime d'offrir dans la délibération publique. Pour être légitimes, de telles raisons doivent en appeler à la « raison naturelle » de chacun, c'est-à-dire à des arguments publics, accessibles dans une égale mesure à toutes les personnes, ainsi qu'à des valeurs, que Rawls<sup>22</sup> appelle les valeurs politiques libérales, ou les valeurs de la « raison publique », qui correspondent aux normes constitutionnelles fondamentales d'un État de droit, normes susceptibles d'être adoptées par tous les citoyens, quelle que soit leur vision du monde. En somme, par de telles contraintes exercées sur le type de raisons acceptables dans la délibération publique, Rawls cherche, en quelque sorte, à éliminer les arguments et les raisons qui pourraient porter atteinte aux droits et libertés de base des citoyens.

Je doute, encore ici, que la stratégie de Rawls soit en mesure de fixer correctement les exigences morales que devrait satisfaire la délibération au sein d'une sécession délibérative, et ce, pour deux raisons principales. La première est que le modèle de la raison publique s'en tient à un programme restreint : l'exercice de la raison publique est limité à certaines questions très précises que Rawls<sup>23</sup> appelle les questions « constitutionnelles essentielles » et les questions de justice de base. Malheureusement, les thématiques susceptibles d'intéresser les parties prenantes aux délibérations au sein d'une sécession délibérative pourront difficilement être strictement cantonnées à des questions relatives aux droits et à la justice. Elles déborderont, en toute probabilité, de telles matières (partage de la dette, partage des actifs, avenir des forces armées, avenir de la fonction publique, intégrité du territoire, monnaie commune, etc.). Le modèle de la raison publique de Rawls risque donc d'offrir un cadre moral un peu trop étroit pour le type de débats et de discussions susceptibles de former la trame d'une sécession délibérative.

Le second motif est que la raison publique elle-même doit être entendue non comme un processus de raisonnement entre citoyens, mais plutôt comme un standard normatif externe aux délibérations et indépendant d'elles, fixant à l'avance quelles sont les « bonnes raisons », celles qui se fondent sur les valeurs et les idéaux qui animent nos sociétés démocratiques libérales et qui trouvent expression dans les principes constitutionnels fondamentaux de ces mêmes sociétés. En d'autres termes, sont exclues du débat public les raisons « ordinaires » que font valoir les citoyens, qui sont, le plus souvent, puisées dans leur conception du monde particulière de nature éthique, religieuse ou métaphysique. Or, une sécession délibérative pourrait difficilement exclure du débat public de telles raisons : c'est en effet à ces dernières que les citoyens, les regroupements de la société civile et les porte-parole des organisations politiques

---

<sup>22</sup> J. RAWLS, « La raison publique », préc., note 18, p. 272.

<sup>23</sup> J. RAWLS, *Id.*, p. 261; *Paix et démocratie. Le droit des peuples et la raison publique*, préc., note 18, p. 161.

feraient appel pour soutenir ou s'opposer à la sécession et pour débattre d'enjeux comme les droits des minorités, les identités multiples des citoyens ou la recomposition nationale de l'État qui sera démembré. On pourrait certes leur demander, à l'instar de Rawls<sup>24</sup>, qu'ils accomplissent leur « devoir de civilité », c'est-à-dire qu'ils s'efforcent, lors de ces délibérations, d'offrir aux autres citoyens des raisons publiquement recevables qui soutiennent les valeurs de la raison publique. Mais il ne pourra toujours s'agir là que d'un devoir « large ». En d'autres termes, il reviendra aux citoyens le soin de déterminer si, et dans quelle mesure, il leur convient d'accomplir leur devoir de civilité, sans qu'on puisse les contraindre de quelque manière en ce domaine.

### iii. La solution constitutionnelle

La dernière stratégie visant à assurer que les résultats du processus démocratique seront moralement acceptables est celle proposée par Gutmann et Thompson. Elle consiste elle aussi à imposer des contraintes morales au processus démocratique, mais celles-ci seront cette fois exercées, non plus à travers les procédures de délibération, ni même à travers les raisons et les arguments admissibles, mais directement sur les *résultats* du processus démocratique. En d'autres termes, pour être légitimes, le processus démocratique et les délibérations publiques doivent, selon eux, engendrer des résultats qui respectent les droits et libertés de base des citoyens et qui se conforment aux normes constitutionnelles existantes d'un État. Ce qui exerce ici une contrainte morale sur les délibérations, ce ne sont plus les procédures, ce n'est plus une certaine conception exigeante de la raison publique, ce sont les normes constitutionnelles elles-mêmes. Les délibérations démocratiques doivent, selon cette conception, se dérouler sur l'arrière-plan de normes constitutionnelles reconnues garantissant les libertés de base des citoyens et l'égalité des chances de participer au processus démocratique. Il s'agit probablement de la version la plus constitutionnelle de la démocratie délibérative, axée sur la défense et la protection des libertés fondamentales des citoyens. Et c'est cette dernière stratégie de réponse au problème des conditions morales de la délibération publique qui m'apparaît le mieux convenir à la conception délibérative de la sécession pour trois raisons principalement.

La première est que l'approche proposée ici s'appuie sur une notion large de la sphère publique et des sphères de la société où les délibérations sont autorisées à avoir lieu. À la différence de Habermas ou de Rawls qui cantonnent les délibérations à l'espace public politique, Gutmann et Thompson<sup>25</sup> confient les délibérations à un espace intermédiaire qu'ils appellent « middle democracy », correspondant à tout forum,

---

<sup>24</sup> J. RAWLS, « La raison publique », *Id.*, p. 264; *Paix et démocratie. Le droit des peuples et la raison publique*, *Id.*, p. 163-164.

<sup>25</sup> A. GUTMANN et D. THOMPSON, préc., note 18, p. 12-13 et 35.

gouvernemental ou non, formellement structuré ou non, à l'intérieur duquel autant les représentants politiques que les citoyens sont autorisés à délibérer de questions d'intérêt public. Une telle conception, on l'aura compris, a plus de chances de convenir aux exigences d'une approche délibérative de la sécession, pour laquelle les débats publics sur la sécession ne peuvent être cantonnés aux espaces politiques officiels, mais doivent également s'étendre aux sphères de la société civile et aux espaces de discussion ad hoc choisis par les gouvernements pour négocier la sécession.

La seconde raison est que l'approche défendue par Gutmann et Thompson, puisqu'elle confie désormais aux normes constitutionnelles, et non plus à une conception rigide de la raison publique, le soin de réguler moralement les délibérations démocratiques, peut désormais autoriser les participants non seulement à introduire une multitude de thèmes et de contributions, mais également plusieurs types de « raisons » en vue de justifier leurs positions. Comme ils l'ont bien mis en évidence<sup>26</sup>, des raisons publiques mutuellement acceptables font souvent défaut dans nos sociétés sur bon nombre de questions moralement controversées (comme l'avortement ou la peine de mort) et il serait plutôt imprudent d'exclure a priori de ces débats les raisons « non publiques », appartenant à la vision du monde éthique ou religieuse de certains groupes de citoyens. Tout ce qu'exigent Gutmann et Thompson<sup>27</sup> des délibérants, c'est un sens minimal de la réciprocité, c'est-à-dire l'effort de faire appel à des raisons accessibles à tous, des raisons qui, si elles ne sont pas partagées de facto par les autres, pourraient néanmoins l'être un jour. Encore une fois, une telle méthode convient parfaitement à l'approche délibérative de la sécession, puisque cette dernière ne pose pas de limites a priori quant aux thèmes des délibérations et quant aux types de raisons auxquels peuvent recourir les représentants politiques ou les citoyens.

La troisième et dernière raison pour laquelle l'approche constitutionnelle de Gutmann et Thompson me convient est qu'elle considère que les droits fondamentaux des citoyens et leurs libertés de base ont priorité sur la délibération. En d'autres termes, à la différence de l'approche procédurale de Habermas, pour laquelle la liberté et l'égalité sont surtout des ressources au service de la délibération, elles ont, pour Gutmann et Thompson<sup>28</sup>, une valeur intrinsèque : les droits de base des citoyens sont constitutionnellement protégés et, en imposant aux délibérations des contraintes externes sur ce qui doit ou non compter comme un résultat moralement légitime, ils sont valorisés pour eux-mêmes, et non simplement pour leur contribution aux délibérations. Le grand avantage de cette approche est, selon moi, d'offrir l'assurance que les résultats des délibérations seront moralement acceptables.

---

<sup>26</sup> *Id.*, p. 73-79, et c. 3 et 4.

<sup>27</sup> *Id.*, c. 2.

<sup>28</sup> *Id.*, p. 17.

En résumé, je dirais qu'après examen des principales stratégies existantes au sein des théories de la démocratie délibérative de mise en équilibre du processus délibératif et des droits fondamentaux, la solution de Gutmann et Thompson est celle qui me semble le mieux convenir à l'approche délibérative de la sécession telle que je l'envisage. Ce qui signifie que cette dernière doit être considérée comme une approche constitutionnelle et que c'est à ce titre qu'elle peut donner l'assurance raisonnable que les résultats d'une sécession délibérative seront moralement acceptables. Il s'agit cependant d'une approche constitutionnelle, non pas, bien sûr, dans le sens étroit (ou légaliste) où l'entendent les défenseurs de la constitutionnalisation du droit de sécession, mais en un sens large selon lequel les délibérations et négociations conduites en vue de la sécession doivent se dérouler sur l'arrière-plan de normes constitutionnelles reconnues.

### **3. Le Renvoi relatif à la sécession du Québec<sup>29</sup>**

Avant de me pencher sur la question de savoir si l'avis de la Cour suprême s'offre comme l'illustration d'une approche constitutionnelle ou délibérative, j'aimerais rappeler les éléments centraux du jugement. Je ne m'intéresserai ici qu'à la première des trois questions qui furent posées à la Cour par le procureur général, celle consistant à savoir si le Québec a, en vertu de la Constitution canadienne, le droit de faire unilatéralement sécession. Il y a deux expressions clés sur lesquelles j'aimerais m'attarder : « droit » et « unilatéral ». Comment un « droit » de sécession peut-il, de quelque manière, être accordé à une province en vertu d'une Constitution qui reste silencieuse sur la question? Et qu'est-ce que la Cour entend au juste par « unilatéral »? Sachant que le gouvernement québécois n'a jamais prétendu accéder à la souveraineté sans négociations, le procureur général ne posait-il pas une question biaisée?

#### **a. Les dispositions implicites de la Constitution**

La réponse de la Cour à la première question est qu'un droit de sécession peut être accordé non pas simplement en vertu du texte écrit d'une constitution, mais également en vertu du droit non écrit, c'est-à-dire des principes sous-jacents « qui inspirent et nourrissent le texte d'une Constitution »<sup>30</sup>. La Cour distingue à cet égard quatre principes constitutionnels sous-jacents qui fonctionnent en symbiose : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect du droit des minorités<sup>31</sup>. Par « fédéralisme », la Cour entend la « reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et l'autonomie dont les gouvernements provinciaux

---

<sup>29</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217

<sup>30</sup> *Id.*, par. 49.

<sup>31</sup> *Id.*

disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence »<sup>32</sup>. De son côté, le principe démocratique renvoie à « la suprématie de la volonté souveraine d'un peuple »<sup>33</sup>. La Cour juge cependant que la volonté populaire, telle qu'elle s'exprime à travers le processus démocratique :

[...] ne peut exister sans le principe de la primauté du droit. C'est la loi qui crée le cadre dans lequel la volonté souveraine doit être déterminée et mise en œuvre. Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer [...] sur des fondations juridiques<sup>34</sup>.

De manière analogue aux théoriciens de la démocratie délibérative, la Cour juge néanmoins que la primauté du droit n'est pas non plus absolue, qu'un système politique requiert une légitimité démocratique, ce qui signifie qu'il doit exister « une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique. Le système politique doit pouvoir refléter les aspirations de la population »<sup>35</sup>. Pour terminer, le quatrième principe constitutionnel sous-jacent, celui de la protection des minorités, réfère au souci historique du gouvernement fédéral ainsi que des tribunaux de protéger les droits des minorités.

Qu'est-ce que de tels principes ont à nous dire lorsqu'ils sont appliqués au cas d'une sécession? Le texte écrit de la Constitution canadienne reste silencieux sur la question, il n'autorise ni n'interdit la sécession. Le droit non écrit est-il de son côté plus éloquent? Confère-t-il un droit de sécession? La réponse de la Cour est : oui, *à la condition expresse que la démarche de sécession soit négociée et consensuelle*, et donc, *non unilatérale*. Dans les termes de la Cour : « [...] tant que le Québec exerce ses droits en respectant les droits des autres, il peut proposer la sécession et chercher à la réaliser par la voie de la négociation »<sup>36</sup>. Le Québec peut donc faire sécession du Canada s'il agit de manière consensuelle, par la voie de la négociation, et s'il se conforme aux principes et valeurs constitutionnels. Ce sont les principes constitutionnels sous-jacents eux-mêmes qui mènent à cette conclusion.

D'un côté, le principe du fédéralisme, reconnaissant différents ordres de gouvernement légitimes au sein de l'État canadien, joint au principe de démocratie, reconnaissant, pour sa part, la légitimité de la volonté démocratique majoritaire telle qu'elle s'exprime dans un ordre de gouvernement, conférerait à un référendum, où s'exprimerait clairement la volonté d'une population donnée de faire sécession du Canada, que ce

---

<sup>32</sup> *Id.*, par. 58.

<sup>33</sup> *Id.*, par. 61.

<sup>34</sup> *Id.*, par. 67.

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> *Id.*, par. 93.

référendum soit tenu au Québec ou dans n'importe quelle province, un poids indéniable qui donnerait naissance à une obligation de négocier de la part des différents partenaires de la fédération canadienne<sup>37</sup>. Ce qui signifie que le gouvernement fédéral et les provinces ne pourraient rester indifférents :

[...] devant l'expression claire d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Cela reviendrait à dire que d'autres principes constitutionnels reconnus l'emportent nécessairement sur la volonté démocratiquement et clairement exprimée de la population du Québec. Une telle proposition n'accorde pas suffisamment de poids aux principes constitutionnels sous-jacents qui doivent guider le processus de modification, notamment le principe de la démocratie et le principe du fédéralisme<sup>38</sup>.

D'un autre côté, cependant, le principe de démocratie n'est pas absolu, pas plus que le principe du fédéralisme. Le Québec, ou n'importe quelle autre province, ne pourrait par exemple invoquer le droit à l'autodétermination d'une unité quelconque au sein de la fédération canadienne pour imposer au gouvernement fédéral et aux autres provinces l'obligation de donner leur assentiment, sous réserve des détails techniques entourant la négociation de la sécession. Et c'est ici que l'on retrouve, selon moi, le sens profond du terme « unilatéral » utilisé par la Cour.

#### **b. Une utilisation particulière de l'expression « unilatéral »**

La réponse que la Cour a offerte à la première question du procureur général était, de manière prévisible, que le Québec n'a pas, en vertu de la Constitution canadienne, le droit de faire « unilatéralement » sécession du Canada. Mais c'est avec une utilisation très particulière de l'expression « unilatéral » qu'elle est parvenue à ce jugement. Qu'est-ce qu'une sécession « unilatérale » selon la Cour? Est-ce une sécession où le groupe sécessionniste, au terme de négociations infructueuses, décide de procéder unilatéralement, sans le consentement de l'autre partie? Ce pourrait difficilement être en ce sens que la Cour a utilisé le terme « unilatéral », puisqu'elle reconnaît la possibilité que des négociations puissent être infructueuses : « Il est concevable que même des négociations menées en conformité avec les principes constitutionnels fondamentaux aboutissent à une impasse »<sup>39</sup>. Le sens que la Cour donne à l'expression « unilatéral » n'est pas non plus l'acte par lequel une unité au sein de la fédération ou un groupe quelconque *amorçe* une démarche de sécession. Celle-ci, en effet, n'est pas différente d'une démarche visant à modifier la Constitution, modification que tout partenaire au

---

<sup>37</sup> *Id.*, par. 88.

<sup>38</sup> *Id.*, par. 92.

<sup>39</sup> *Id.*, par. 97.

sein de la fédération a le droit d'entreprendre à tout moment : « Dans un sens, toute démarche faite par un acteur unique sur le plan constitutionnel en vue de parvenir à une modification de la Constitution est “ unilatérale ”. Nous ne pensons pas que tel soit le sens visé dans la question 1 »<sup>40</sup>. La signification que la Cour accorde à l'expression « unilatéral » est plutôt la suivante : « 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 »<sup>41</sup>. Mais qu'est-ce que la Cour entend au juste par « sans négociations préalables »? Quelques commentaires s'imposent ici.

La Cour entend par « sans négociations préalables » non pas simplement l'absence de volonté de négocier de la part du groupe sécessionniste, comme pourrait le laisser entendre le passage précédent, mais plutôt « le refus d'une partie de participer à des négociations  *dans le respect des principes et valeurs constitutionnels*  »<sup>42</sup>. Il ne suffit donc pas pour une unité au sein de la fédération canadienne de déclarer son intention de négocier une démarche de sécession pour que cette dernière soit qualifiée de non unilatérale. Celle-ci doit également se conformer aux principes constitutionnels sous-jacents, c'est-à-dire non seulement au principe du fédéralisme et au principe démocratique, mais encore à celui de la primauté du droit et du constitutionnalisme ainsi qu'à celui du respect des minorités. La Cour ne peut pas être plus claire sur cette question :

[...] le Québec ne pourrait pas prétendre invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties les conditions d'une sécession : ce ne serait pas là une négociation. [...] Il n'y a pas de véritables négociations si le résultat recherché, la sécession, est conçu comme un droit absolu résultant d'une obligation constitutionnelle de lui donner effet. Un tel a priori viendrait en réalité anéantir l'obligation de négocier et la vider de son sens<sup>43</sup>.

En somme, la Cour fait la distinction entre (i) une démarche de sécession qui, du point de vue de l'intention ou de la finalité, se veut négociée et consensuelle, ce qui signifie que le groupe sécessionniste a l'intention, au début de sa démarche de sécession, d'exploiter toutes les ressources mises à sa disposition – parmi lesquelles figure incontestablement le respect des normes constitutionnelles – pour parvenir à un accord mutuellement acceptable de sécession, et (ii) une démarche de sécession qui, du point de vue de l'intention ou de la finalité, se veut unilatérale, ce qui signifie cette fois que le groupe sécessionniste subordonne, au départ, la recherche de consensus à son droit

---

<sup>40</sup> *Id.*, par. 86.

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> *Id.*, par. 95. C'est moi qui souligne.

<sup>43</sup> *Id.*, par. 91.

inaliénable à l'autodétermination et impose unilatéralement son programme sécessionniste et ses propres conditions de négociation à l'État central sous la menace d'une déclaration unilatérale d'indépendance. On ne peut plus parler, dans de telles conditions, de « négociations » au sens propre du terme, mais uniquement de rapports de pouvoir.

#### **4. Le Renvoi relatif à la sécession du Québec: illustration d'une approche constitutionnelle ou délibérative?**

Après avoir examiné les grands traits de l'avis rendu par la Cour suprême, j'aimerais maintenant voir dans quelle mesure on peut le considérer comme une illustration de l'approche constitutionnelle, comme le prétendent les défenseurs de la constitutionnalisation du droit de sécession. Par exemple, Buchanan estime que la Cour suprême « soumet la question potentiellement destructrice de la sécession à la primauté du droit en constitutionnalisant le processus de sécession, cependant en l'absence de l'existence d'une disposition constitutionnelle explicite relative à la sécession »<sup>44</sup>. Norman<sup>45</sup> suggère également que l'avis s'offre comme l'illustration de l'une des approches que peut emprunter la constitutionnalisation du droit de sécession, approche en vertu de laquelle les juges interprètent la Constitution de telle manière qu'ils voient implicitement en elle une clause de sécession. Mais qu'en est-il vraiment? J'aimerais examiner les raisons que les partisans de l'approche constitutionnelle de la sécession pourraient éventuellement faire valoir à l'appui de leur position selon laquelle l'avis de la Cour suprême s'offre comme une illustration de la constitutionnalisation du droit de sécession et voir dans quelle mesure on peut leur donner raison.

##### **a. Arguments favorables à l'interprétation constitutionnelle**

###### **i. Un avis juridique émanant de la Cour suprême**

La première raison est tout simplement que le renvoi émane de la plus haute instance judiciaire au pays. Certes, il condamne les sécessions unilatérales, mais il accorde néanmoins le droit de faire sécession sous certaines conditions. Il s'agit, en somme,

---

<sup>44</sup> Allen BUCHANAN, « The Quebec Secession Issue : Democracy, Minority Rights, and the Rule of Law », dans Stephen MACEDO et Allen BUCHANAN (dir.), *Secession and Self-Determination* (Nomos LXV), New York, New York University Press, 2003, p. 238-271, à la page 239. Voir également : Allen BUCHANAN, « The Making and Unmaking of Boundaries : What Liberalism Has to Say », dans Allen BUCHANAN et Margaret MOORE (dir.), *States, Nations, and Borders. The Ethics of Making Boundaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 231-261, aux pages 246-247.

<sup>45</sup> W. NORMAN, préc., note 2, p. 176-177.

d'un avis juridique avalisant un droit conditionnel de faire sécession. Mais on voit tout de suite la faiblesse de cette première raison : il ne s'agit que d'un avis, non d'une loi constitutionnelle. En d'autres termes, les avis émanant d'une cour, quelle qu'elle soit, doivent certainement être pris en considération, mais ils sont loin d'être aussi contraignants qu'une loi, *a fortiori* d'une loi constitutionnelle. Avec cette conséquence que les acteurs politiques peuvent les interpréter de plusieurs manières différentes. Comme on le sait, c'est exactement le sort qui sera réservé à l'avis de la Cour suprême avec la loi C-20<sup>46</sup> émanant du fédéral et le projet de loi 99<sup>47</sup> en provenance de l'Assemblée nationale du Québec.

## ii. Des dispositions constitutionnelles implicites accordant un droit conditionnel de sécession

La seconde raison que pourraient faire valoir les partisans de l'approche constitutionnelle – qui est en fait la raison officielle avancée – est que l'avis voit à l'état implicite, inscrit dans les principes sous-jacents de la Constitution, le droit pour le Québec, ou pour toute autre province, de faire sécession sous certaines conditions. En d'autres termes, en l'absence de dispositions constitutionnelles explicites relatives à la sécession, la Cour lit dans la Constitution des dispositions implicites. Cette seconde raison de voir dans l'avis une illustration de l'approche constitutionnelle est naturellement beaucoup plus forte que la précédente. Mais est-elle vraiment convaincante? À mon sens, non. J'aimerais ici expliquer pourquoi.

Tout ce qu'on peut dire de l'avis est qu'il s'offre comme une illustration d'une approche constitutionnelle « au sens large », c'est-à-dire uniquement dans le sens où il affirme qu'une sécession légitime doit se dérouler en conformité avec des normes constitutionnelles, que celles-ci soient implicites (les principes constitutionnels sous-jacents) ou explicites (les droits et libertés de base tels qu'enchâssés dans la Constitution ou les différentes procédures d'amendement de cette dernière). Mais exiger qu'une sécession se déroule sur l'arrière-plan de normes constitutionnelles est très différent que d'exiger qu'elle se soumette à des règles et à des procédures détaillées, ce que réclament précisément les défenseurs de l'approche constitutionnelle et ce en quoi consiste proprement l'approche constitutionnelle entendue, non plus au sens large, mais au sens étroit. Bref, si l'on doit leur concéder que l'avis de la Cour suprême avalise une approche qui constitutionnalise le processus de sécession, c'est uniquement dans le sens où elle affirme qu'une sécession, pour être légitime, doit être constitutionnelle,

---

<sup>46</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, c. 26.

<sup>47</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.

aucunement dans le sens où elle doit se conformer à des procédures quelconques de sécession. En ce sens, l'avis me semble beaucoup mieux refléter l'approche délibérative, que j'ai brièvement présentée, qu'une approche constitutionnelle au sens étroit. Comme je l'ai expliqué précédemment, tous les théoriciens de la démocratie délibérative s'entendent sur l'importance de ne pas accorder une primauté absolue à l'expression de la volonté populaire à travers le processus démocratique, mais plutôt, exactement comme le recommande la Cour<sup>48</sup>, sur la nécessité de mettre en équilibre le principe de l'autodétermination démocratique et la protection constitutionnelle des droits fondamentaux. J'ai moi-même soutenu que, parmi les variantes proposées des théories de la démocratie délibérative, la variante constitutionnelle se révèle être la plus convaincante parce qu'elle exige que les résultats du processus démocratique respectent les droits et libertés de base des citoyens et se conforment aux normes constitutionnelles existantes d'une société. Ce qui signifie que, selon la variante constitutionnelle de la démocratie délibérative, la meilleure façon de s'assurer que les résultats d'une sécession délibérative seront moralement acceptables est de faire en sorte qu'elle se déroule de manière *constitutionnelle*. L'approche délibérative de la sécession, telle que je la conçois, doit ainsi être considérée comme une approche constitutionnelle, mais non dans le sens où elle estime qu'une sécession devrait se conformer à des règles et à des procédures de sécession spécifiées (explicitement ou implicitement) dans une constitution, mais uniquement dans le « sens large » mentionné plus haut, selon lequel les délibérations et négociations conduites en vue de la sécession devraient idéalement se dérouler sur l'arrière-plan de normes constitutionnelles reconnues et se conclure par un amendement constitutionnel.

## **b. Les arguments favorables à l'interprétation délibérative**

### **i. Un avis qui reste silencieux sur les règles de sécession**

Les défenseurs de l'approche constitutionnelle pourraient répliquer à ce qui précède que la Cour suprême exige non seulement que le processus de sécession se fasse dans le respect des normes constitutionnelles existantes et du texte écrit, mais également dans le respect des principes constitutionnels sous-jacents et du droit non écrit. Si les premiers ne contiennent aucune disposition explicite relative à la sécession, il en va différemment des seconds qui renfermeraient de telles dispositions. L'avis de la Cour serait ainsi une illustration d'une approche constitutionnelle de la sécession non seulement en un sens large, mais également en un sens étroit. Que doit-on penser de cette réplique? On ne peut, à mon sens, y répondre correctement sans examiner un peu plus étroitement le contenu des principes sous-jacents. Que disent, au juste, ces

---

<sup>48</sup> Renvoi relatif à la sécession, préc., note 29, par. 67, 77 et 78.

principes? À supposer qu'ils contiennent effectivement des dispositions relatives à la sécession, en quoi consistent-elles?

J'estime que pour que l'on puisse considérer l'avis de la Cour comme une illustration de l'approche constitutionnelle au sens étroit, il aurait fallu qu'elle énonce les règles en vertu desquelles la sécession devrait se dérouler, ou encore qu'elle exige que le droit de sécession soit constitutionnalisé, en d'autres termes, que les acteurs politiques procèdent à une réforme constitutionnelle dans laquelle les règles de sécession, sur lesquelles la Constitution reste présentement silencieuse, seraient dorénavant explicitées. Mais ce n'est pas ce qu'a fait la Cour. Elle a simplement énoncé un ensemble de principes constitutionnels sous-jacents auxquels devrait se conformer un éventuel processus de sécession, principes qui entendent refléter les valeurs de référence qui soutiennent et traversent l'histoire politique et constitutionnelle du Canada. Et que disent ces principes constitutionnels? Énoncent-ils eux-mêmes les règles en vertu desquelles devraient être clarifiées des questions comme le nombre de référendums exigés, le seuil de la majorité requise, la formulation de la question référendaire, la formule du partage de la dette, les droits qui devraient être consentis aux minorités ou encore la formule d'amendement de la Constitution? Aucunement. Contiennent-ils une quelconque indication voulant que, pour se conformer à l'esprit que les pères fondateurs voulaient inculquer à la Constitution, il convienne de constitutionnaliser le droit de sécession, c'est-à-dire d'explicitier, dans le texte constitutionnel, les règles et procédures du processus de sécession, pour que celui-ci puisse prétendre à une quelconque légitimité? Aucunement. Comme nous l'avons vu, les principes sous-jacents appliqués à la sécession mènent plutôt à la conclusion que la sécession du Québec ou d'une province canadienne est légitime si elle résulte d'un *accord négocié* entre les acteurs politiques dans le respect des principes constitutionnels eux-mêmes. Et ces principes – ceux du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la primauté du droit ainsi que du respect des minorités – ne contiennent en eux-mêmes aucune règle ou procédure définie de sécession que les acteurs auraient l'obligation d'observer. Ils n'ont pour rôle que de fournir un cadre normatif d'arrière-plan, constitué par certaines valeurs politiques et constitutionnelles générales jugées centrales à l'histoire canadienne à l'intérieur desquelles devraient se dérouler les négociations *au sujet* des règles de sécession. En d'autres termes, la Cour rend le droit de sécession conditionnel, non à son enchâssement dans la Constitution et à l'explicitation dans le texte constitutionnel des règles de sécession – ce qui, en somme, aurait dû être réclamé par la Cour pour que l'on puisse légitimement voir dans son jugement une illustration de l'approche constitutionnelle au sens étroit –, mais plutôt *à la recherche d'un accord par les acteurs politiques au cours d'un processus de délibération et de négociation, dans le respect des valeurs constitutionnelles.*

La Cour estime finalement qu'une sécession, pour être légitime, doit être consensuelle. Elle comprend une sécession consensuelle non comme une démarche où les acteurs politiques doivent se soumettre à des règles et à des procédures de sécession qui sont préalablement enchâssées, de manière explicite ou implicite, dans une Constitution, mais plutôt comme une démarche où les acteurs politiques doivent *s'entendre* sur les règles et les procédures menant à la sécession au cours d'un processus de délibération et de négociation lui-même normé, non par des procédures définies à l'avance, mais par des valeurs politiques et constitutionnelles générales. Comme on le voit, l'avis de la Cour se révèle en bout de piste être davantage une illustration de l'approche délibérative que j'ai brièvement esquissée plus haut – laquelle n'exclut aucunement, comme je l'ai expliqué, une approche constitutionnelle entendue en un sens large – que de l'approche constitutionnelle au sens étroit défendue par les partisans de la constitutionnalisation du droit de sécession.

## **ii. Un avis qui proclame la non-justiciabilité du contenu des négociations**

Pour faire valoir mon point avec encore plus de force, il convient selon moi de rappeler les passages clés du Renvoi<sup>49</sup> où la Cour discute de la question de la non-justiciabilité du contenu des négociations et des délibérations. Elle estime qu'elle « n'a aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles »<sup>50</sup>. Mais quels sont, au juste, ces aspects « politiques » des négociations constitutionnelles? Ils couvrent deux choses. Ils englobent tout d'abord tous les aspects des négociations qui devraient être abordés lors du déclenchement des négociations qui suivraient un éventuel référendum initial favorable à la sécession. La Cour estime ici qu'elle n'a aucun rôle à jouer parce que « [...] La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes [...] relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire » et que « [...] cette conciliation ne peut être réalisée que par le “donnant, donnant” du processus de négociation »<sup>51</sup>. Ce que l'on doit comprendre ici, c'est que toutes les questions qui seraient abordées lors de négociations relatives à la sécession, comme la formule du partage de la dette, les frontières ou les droits des minorités comporteraient, selon la Cour, que ce soit en tout ou en partie, des aspects politiques devant être résolus par les acteurs eux-mêmes au cours d'un processus de délibération et de négociation plutôt que par une Cour, même si elle était invitée à le faire. Cependant, les aspects politiques des négociations couvrent, aux dires de la Cour, non seulement les termes d'un éventuel accord de sécession, mais également les règles gouvernant la sécession et

---

<sup>49</sup> *Id.*, par. 98-105.

<sup>50</sup> *Id.*, par. 100.

<sup>51</sup> *Id.*, par. 101.

les procédures susceptibles de déclencher les négociations. Ils réfèrent donc également aux questions procédurales *préalables* qui devraient être clarifiées avant même les négociations sur la sécession :

De même, l'incitation initiale à la négociation, à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question claire, n'est assujettie qu'à une évaluation d'ordre politique, et à juste titre. [...] Seuls les acteurs politiques auraient l'information et l'expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l'autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient<sup>52</sup>.

Ce qui signifie que la Cour s'abstient également d'intervenir pour clarifier des questions telles que : combien de référendums devrait-on exiger? Un référendum initial ne doit-il posséder qu'une valeur consultative? Quel devrait être le seuil de la majorité requise? Comment devrait être formulée une question référendaire? En vertu de quelle procédure d'amendement de la Constitution le retrait d'une province serait-il autorisé<sup>53</sup>? Elle invite plutôt les acteurs politiques, non sûrement à imposer aux uns et aux autres leurs vues de manière unilatérale, mais, pour rester dans l'esprit de l'avis et conformément au principe du fédéralisme et même du principe démocratique qui « exige un processus permanent de discussion » et « entraîne des compromis, des négociations et des délibérations »<sup>54</sup>, à s'entendre entre eux sur la question. Ce qui laisse supposer que les négociations relatives à un accord de sécession devraient être précédées de négociations préalables, portant cette fois sur les règles et procédures d'un éventuel référendum susceptibles de déclencher les négociations.

## Conclusion

La question conductrice de mon texte était de savoir en quel sens, exactement, on peut prétendre que la Cour suprême, dans son jugement sur la sécession du Québec, constitutionnalise la sécession. J'ai défendu la thèse selon laquelle une telle constitutionnalisation doit uniquement être entendue en un sens large, c'est-à-dire dans le sens où une sécession légitime doit se dérouler dans le respect de la Constitution existante ainsi que des principes et des valeurs qui la sous-tendent. Mais il n'y a pas constitutionnalisation dans le sens beaucoup plus étroit où l'entendent d'ordinaire les défenseurs de la constitutionnalisation du droit de sécession, soit celui de l'enchâssement, dans le texte constitutionnel, des règles devant gouverner la sécession. Plutôt que d'une approche constitutionnelle au sens étroit, j'ai montré que l'avis s'offre

---

<sup>52</sup> *Id.*, par. 100.

<sup>53</sup> *Id.*, par. 105.

<sup>54</sup> *Id.*, par. 68.

d'avantage comme l'illustration d'une approche délibérative selon laquelle les acteurs politiques doivent s'entendre sur les règles de sécession au cours d'un processus de délibération et de négociation uniquement régulé par les normes constitutionnelles existantes et par les principes qui les supportent.

À la lumière de ce qui précède, on ne sera pas surpris d'apprendre que, si les défenseurs de la constitutionnalisation du droit de sécession ont généralement bien accueilli l'avis de la Cour suprême sur la sécession du Québec, ils n'en ont pas moins éprouvé une certaine insatisfaction. Buchanan parle ainsi d'un « travail inachevé »<sup>55</sup> et Norman des « carences » de l'avis lorsqu'il est question, notamment, du seuil de la majorité requise, de la formulation de la question référendaire et des différents aspects non clarifiés des règles qui devraient gouverner les négociations<sup>56</sup>. L'avis de la Cour ne semble cependant comporter de réelles défaillances à ce chapitre que si l'on mesure ses conclusions aux standards posés par les défenseurs de la constitutionnalisation du droit de sécession. Mesurées aux standards de l'approche délibérative que j'ai présentée, les conclusions de la Cour apparaissent non plus comme des défaillances, mais comme des qualités, comme des caractéristiques propres de l'avis qui font sa force et son originalité.

---

<sup>55</sup> A. BUCHANAN, préc., note 44, 2003, à la page 259.

<sup>56</sup> Wayne NORMAN, « Secession and Constitutional Democracy », dans Franco REQUEJO (dir.), *Democracy and National Pluralism*, Londres, Routledge, 2001, p. 84-102, à la page 95.