

## **L'orientation politique du Renvoi sur la sécession**

Michel Seymour<sup>1</sup>

Je me propose de commenter l'Avis sur la sécession du Québec présenté par la Cour suprême du Canada en août 1998<sup>2</sup>. Pour bien comprendre le sens de cet Avis, il convient cependant d'en savoir plus sur le contexte dans lequel il fut proposé. Je vais donc, dans un premier temps, brosser un tableau historique. Je m'emploierai ensuite à présenter dans ses grandes lignes l'Avis en me servant notamment de l'interprétation proposée par James Tully. Par la suite, j'examinerai des points névralgiques qui, dans le texte de la Cour suprême, méritent une attention particulière. C'est seulement à la fin de ce parcours que nous serons mieux en mesure de nous faire une idée et d'apercevoir l'orientation politique qui est présente dans l'Avis.

### **1. UNE LONGUE QUÊTE DE RECONNAISSANCE**

Qu'il nous soit tout d'abord permis de rappeler certains faits connus de ceux qui sont familiers avec la politique canadienne. Il ne faut pas oublier que le Canada est un État fédéral composé de dix provinces dont une seule est très majoritairement francophone. Dans les neuf autres provinces, les francophones ne constituent qu'une faible minorité. La population du Québec, qui, au tournant des années soixante, constituait encore 30 % de la population canadienne, ne représente plus maintenant que 23 % (8 millions sur 35 millions). Le Canada fait entrer plus de 200 000 immigrants par année depuis des décennies et cela explique en grande partie pourquoi la proportion québécoise a constamment été en décroissance au sein du grand ensemble canadien.

Le Québec a, depuis une cinquantaine d'années, demandé avec de plus en plus d'insistance à faire reconnaître son statut distinct au sein du Canada. Certes, certains arrangements constitutionnels

---

<sup>1</sup> Département de philosophie, Université de Montréal.

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

témoignent déjà d'un tel caractère distinct: on assure au Québec un minimum de 75 députés à la Chambre des communes. Trois des neuf juges nommés à la Cour suprême doivent provenir du Québec. Ce dernier a un code civil que les autres provinces n'ont pas. Toutefois, le Canada a toujours refusé d'enchâsser la doctrine des deux peuples fondateurs et a toujours été réticent à reconnaître l'existence du peuple québécois dans la constitution canadienne.

C'est face à ce refus que le Québec a formulé des revendications importantes au tournant des années soixante. On voulut que la province détienne un statut juridique particulier au lieu d'être traitée comme une province juridiquement égale aux autres. La Commission royale Laurendeau-Dunton recommanda que le Canada soit reconnu comme officiellement bilingue et biculturel. Le Parti libéral du Québec demanda, au début des années 1970, qu'Ottawa accorde la souveraineté culturelle, c'est-à-dire la pleine maîtrise d'œuvre en matière de culture. À la fin des années soixante-dix, une autre commission royale d'enquête (la commission Pepin-Robarts) recommanda qu'un régime de fédéralisme asymétrique soit implanté, pour qu'un partage des pouvoirs spécifique entre l'État fédéral et le Québec soit enchâssé dans la constitution canadienne.

Tout au long de cette quête, le Québec exigea aussi que le soi-disant pouvoir fédéral de dépenser, qui n'est pas reconnu explicitement dans la constitution canadienne, mais qui est pratiqué à grande échelle depuis plus de cent ans par le gouvernement fédéral, soit davantage encadré et balisé. On ne devrait reconnaître dans la constitution un pouvoir fédéral de dépenser que si l'on acceptait d'accorder par la même occasion au Québec un droit de retrait avec compensation financière. Autrement dit, les programmes fédéraux intervenant dans les compétences exclusives des provinces devraient être appliqués seulement si chaque province avait le droit de s'en retirer avec, comme compensation financière, l'argent qu'il en aurait coûté d'appliquer le programme dans la province concernée.

N'étant pas capable d'obtenir gain de cause, le Québec fit élire en 1976 le Parti québécois qui promit de tenir un référendum dès son premier mandat. Celui-ci eut lieu en 1980. Ce premier référendum qui portait

sur la souveraineté politique du Québec, avec une offre d'association économique avec le reste du Canada, fut défait par la marge de 60 % pour le NON, contre 40 % pour le OUI.

À la suite de cette défaite, on assista à un coup de force constitutionnel. En 1982, le gouvernement canadien se dota d'une constitution propre contenant de nouvelles dispositions en matière de langue et d'éducation qui allaient à l'encontre de la loi 101. D'une manière générale, la constitution canadienne tenait compte de la minorité anglo-qubécoise et de la minorité francophone canadienne localisée à l'extérieur du Québec (articles 16-23 de la *Loi constitutionnelle de 1982*), des peuples autochtones (articles 25 et 35) et des communautés issues de l'immigration (politique de multiculturalisme à l'article 27), mais sans reconnaître l'existence du peuple québécois, de son droit à l'autodétermination interne et de ses revendications traditionnelles. Ce nouvel ordre constitutionnel canadien imposait en outre une formule d'amendement complexe comportant différentes modalités d'application. Certaines modifications constitutionnelles requéraient parfois seulement une entente entre la province concernée et l'État fédéral, mais, dans la plupart des cas, les modifications nécessitaient l'accord d'au moins sept provinces représentant plus de 50 % de la population canadienne, alors que d'autres modifications constitutionnelles n'étaient possibles qu'avec l'accord unanime des dix provinces et de leur assemblée législatives.

Le nouvel ordre constitutionnel et la formule d'amendement furent imposés au Québec sans référendum et en dépit d'une motion de rejet quasi unanime de l'Assemblée nationale du Québec. Le Québec contesta sa légitimité en faisant valoir l'existence d'une convention constitutionnelle lui octroyant un droit de veto.<sup>3</sup>

Mais la Cour suprême nia l'existence de ce droit de veto. Jusqu'à cette époque, le Québec avait bénéficié d'un droit de veto sous la forme d'une convention constitutionnelle. Par exemple, en 1971, le Québec bloqua par son seul refus l'adoption d'une nouvelle formule d'amendement. Cependant dans le contexte

---

<sup>3</sup> Henri Brun était, avec d'autres, avocat pour l'appelant gouvernement du Québec ou Procureur général du Québec.

du nouvel ordre constitutionnel imposé, la Cour suprême décréta que le Québec ne pouvait plus profiter d'un droit de veto issu d'une convention constitutionnelle.<sup>4</sup>

En 1987, avec l'arrivée au pouvoir du Parti progressiste conservateur, un amendement constitutionnel fut proposé qui permettrait au Québec d'accepter le nouvel ordre constitutionnel. L'accord du lac Meech supposait que l'on reconnaîsse le statut de société distincte du Québec, une limitation au pouvoir fédéral de dépenser, un droit de retrait avec compensation financière, le droit du Québec de participer à la nomination de trois des neuf juges et une décentralisation des pouvoirs en matière d'immigration. Les législatures provinciales avaient trois ans pour faire entériner ces changements constitutionnels. Une fois parvenues au terme de ces trois années, deux provinces récalcitrantes bloquèrent l'adoption de cet accord minimal qui se situait pourtant nettement en deçà des revendications historiques du Québec. Dans les mois et années qui suivirent cet échec du mois de juin 1990, le vote en faveur de la souveraineté politique du Québec s'éleva parfois à plus de 60 %. Un second référendum eut lieu en 1995<sup>5</sup>, proposant la souveraineté, assortie d'une offre de partenariat économique et politique avec le reste du Canada. Le NON récolta 50,6 % des voix et le OUI, 49,4 %.<sup>6</sup>

Un fait à noter, selon certaines études, il y a eu 47 référendums sur l'indépendance partout à travers le monde depuis 1905. Quarante-quatre référendums se soldèrent par la victoire du OUI et trois seulement par la victoire du NON. En plus du référendum écossais qui vient d'avoir lieu, les deux autres résultats négatifs sont les deux référendums québécois.

---

<sup>4</sup> Cour suprême du Canada, *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, p. 805-806: «La Loi constitutionnelle de 1982 est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable. Elle prévoit une nouvelle procédure de modification de la Constitution du Canada qui remplace complètement l'ancienne tant au point de vue juridique que conventionnel. C'est pourquoi, même en supposant que le consentement du Québec était conventionnellement requis dans l'ancien système, cette règle serait désormais sans objet ni effet.»

<sup>5</sup> Le Préambule à la déclaration de la souveraineté du Québec rédigé par Marie Laberge, Gilles Vigneault, Fernand Dumont, Jean-François Lisée, Andrée Lajoie et Henri Brun.

<sup>6</sup> Pour un argument juridique en faveur de la démarche souverainiste, voir Henri BRUN, « Pourquoi la souveraineté? Une explication juridique », *Le Devoir*, 20 octobre 1995, p. A9.

La situation du Canada est donc particulière. C'est, avec l'Écosse et la Catalogne, l'une des rares démocraties à travers le monde où des référendums sur la souveraineté ont eu lieu ou sont souhaités (celui en Écosse a eu lieu le 18 septembre 2014 et la Catalogne désirait en tenir un le 9 novembre 2014). C'est aussi l'une des rares démocraties où un ordre constitutionnel est imposé à l'un de ses peuples fondateurs.

Il faut envisager des formes créatives d'aménagement de l'unité et de la diversité. Deux principales solutions s'offrent à nous: ou bien un État fédéral multinational dans lequel le peuple québécois, les peuples autochtones et le peuple acadien seraient reconnus, ou bien une confédération chapeautant une union économique et rassemblant deux États souverains: celui du Québec et celui du Canada. La première option a été mise de l'avant par certains fédéralistes du Québec et quelques rares intellectuels du Canada anglais. La deuxième option a été défendue par le Parti québécois et s'est reflétée dans les deux questions référendaires de 1980 et de 1995.

## **2. L'AVIS DE LA COUR SUPRÊME: UN DOCUMENT POLITIQUE**

C'est sur cette toile de fond qu'il faut examiner maintenant l'avis de la Cour suprême du Canada. Après avoir failli perdre le référendum, le gouvernement fédéral canadien posa trois questions à la Cour suprême. Celle-ci devait déterminer si le Québec (i) pouvait, relativement à l'ordre constitutionnel canadien, procéder légalement à une déclaration *unilatérale*, (ii) s'il pouvait le faire légalement en invoquant un principe de droit international (iii) et, dans l'hypothèse où les réponses aux deux premières questions ne seraient pas les mêmes, lequel de ces deux ordres juridiques devait avoir la préséance.<sup>7</sup>

Même si la constitution canadienne ne contient pas une clause de sécession, les juges se sont servis de quatre principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel. Ces quatre principes mentionnés par la Cour ne forment pas une liste exhaustive, mais servent à résoudre un contentieux lié au problème de la

---

<sup>7</sup> Henri Brun est l'un des premiers à s'être prononcé sur le caractère problématique de la démarche. Voir Henri BRUN, « Le renvoi à la Cour suprême sur l'accession du Québec à la souveraineté: Une bien drôle de justice », Le Devoir, 12 février 1998, p. A7

réconciliation de l'unité et de la diversité. Il s'agit du principe démocratique, du fédéralisme, de la primauté du droit et de l'ordre constitutionnel, de même que le principe de protection des minorités.

À la lumière de ces principes, les juges répondirent négativement aux deux premières questions. Non, le Québec ne peut faire unilatéralement sécession en s'appuyant sur la constitution canadienne. Non, il n'existe pas dans le droit international actuel de droit positif reconnaissant au Québec le droit de faire sécession. La troisième question devenait ainsi inutile puisqu'elle ne se posait que si les deux premières réponses étaient en contradiction l'une avec l'autre. Néanmoins, du même souffle, la Cour reconnaissait à partir des mêmes principes que le Québec avait le droit d'initier une proposition de sécession (ou de réforme), mais que cela devait conduire à un amendement constitutionnel. Si la population québécoise appuyait le projet souverainiste avec une majorité claire portant sur une question claire posée lors d'un référendum, le Canada et le Québec auraient l'obligation constitutionnelle de négocier un amendement constitutionnel lié au projet d'indépendance. Le Québec aurait, autrement dit, le droit de tenter de faire sécession et de négocier cette transition avec le reste du Canada.

Cet avis a dans l'ensemble été reçu assez favorablement par toutes les parties en présence. Il semble que, d'une manière générale, les juges ont, dans la mesure du possible, fait l'effort d'éviter la partisanerie dans leurs réponses aux questions qui leur étaient posées. À la lumière des réactions venues de part et d'autre, il semble qu'ils y soient parvenus jusqu'à un certain point. Pour certains, cela prouverait que les souverainistes ont tort de prétendre que la Cour se soumet toujours aux rapports de force politiques. Mais s'il peut sembler qu'elle se soit cette fois-ci comportée jusqu'à un certain point de manière irréprochable, il serait naïf de prétendre qu'elle a été insensible à de tels rapports. Au contraire, elle a peut-être bien vu les conséquences politiques d'une réponse trop partisane. Une réponse allant sans aucune nuance dans le sens voulu par le gouvernement fédéral aurait probablement eu un effet dévastateur au Québec. Cela aurait entraîné une crise politique sans précédent. En somme, la neutralité relative des neuf juges peut dans les circonstances être vue comme ayant été motivée en partie par des raisons politiques.

Puisque j’entends me servir abondamment du document produit par la Cour suprême, ci-après décrit comme «l’Avis», je tiens donc à préciser d’entrée de jeu que je perçois ce document comme un document politique, et qui doit être interprété dans cette perspective. Même si son propos est d’abord et avant tout juridique, le document est dans sa nature profonde une intervention politique qui avait notamment pour objectif de redonner une légitimité à la Cour en lui conférant le statut d’arbitre impartial se situant au-dessus de la mêlée. La neutralité relative du document ne prouve pas que la Cour soit impartiale. Bien au contraire, sa neutralité même, dans le contexte politique de 1998, trahit une volonté de retrouver une certaine légitimité pour restaurer son autorité, à l’égard du Québec en particulier.

Dans un texte récent<sup>8</sup>, James Tully propose une interprétation en apparence très différente de celle que je viens de donner au sujet de l’économie générale du texte de l’Avis. Il convient de s’y arrêter parce que cette interprétation est, me semble-t-il, très pertinente. Il s’agit d’une lecture très profonde des intentions qui animent les juges et que ceux-ci expriment d’ailleurs très clairement dans l’Avis. Tully soutient avec raison que les débats entourant l’interprétation de l’Avis ont surtout porté sur la deuxième partie – les paragraphes 83 à 147 — alors que le message essentiel de la Cour se situe dans la première partie – les paragraphes 1 à 82. Tully ne fait pas référence ici aux paragraphes qui discutent de la justiciabilité des questions qui sont posées à la Cour ou de la compétence de celle-ci à pouvoir apporter des réponses. Il fait plutôt allusion à l’interprétation que les juges proposent de l’ordre constitutionnel de 1982. Selon cette interprétation, la démocratie constitutionnelle canadienne se porte bien. Elle est un processus continu de discussion, de négociation et de changement démocratique. Les juges auraient mis en évidence le fait que l’ordre constitutionnel de 1982 permet la liberté démocratique de discuter, de négocier et de modifier l’ordre établi des relations qui gouvernent les parties constituantes. Ce caractère dynamique et actif est ce qui permettrait de réconcilier la diversité et l’unité dans le contexte canadien. En vertu de cette interprétation, le processus de sécession du Québec devrait être pensé comme un moyen particulier de

---

<sup>8</sup> James TULLY, *The Unattained Yet Attainable Democracy*, Les Grandes conférences Desjardins, Programme d’études sur le Québec, Université McGill, 23 mars 2000.

résoudre le problème de l'unité et de la diversité. Même si aucune clause explicite de sécession n'apparaît dans l'ordre constitutionnel de 1982, celui-ci est suffisamment souple pour permettre à la province de faire sécession en accord avec la primauté du droit et l'ordre constitutionnel. Si tel est le cas, cela enlèverait l'une des motivations essentielles aux promoteurs de la sécession, puisque l'ordre constitutionnel n'apparaîtrait plus comme un carcan. Tel est, aux yeux de Tully, le message essentiel livré par la Cour. La constitution n'est pas un carcan. La flexibilité de l'ordre constitutionnel permet à une législature provinciale d'initier une procédure devant conduire à une négociation dans le but d'effectuer un amendement constitutionnel, que l'objectif soit la sécession ou quelque autre réforme de la constitution.

Selon cette interprétation, la constitution ne doit donc pas être réduite au texte écrit. Elle doit être plutôt comprise comme un système de principes implicites et explicites permettant de gérer de manière continue la réconciliation de l'unité et de la diversité. C'est un ordre constitutionnel permettant d'initier des réformes constitutionnelles et permettant de négocier ces projets de réforme en accord avec des principes sous-jacents. Tully souligne que, selon les juges, l'ordre constitutionnel de 1982 est le point d'aboutissement de cette façon de concevoir la démocratie constitutionnelle. Les conditions permettant la mise en place de ce caractère dynamique de l'ordre constitutionnel sont parvenues à maturité en 1982, puisque c'est à ce moment que l'on a pu se départir enfin des derniers vestiges de l'autorité britannique sur la constitution canadienne<sup>9</sup>.

Cette interprétation peut paraître audacieuse, car, de l'avis de plusieurs politologues, l'ordre constitutionnel de 1982 était justement vu comme un carcan en raison notamment d'une formule d'amendement inapplicable et fort contraignante, comme on l'a expérimentée après l'échec de l'Accord du lac Meech. Mais Tully a sans doute raison d'interpréter l'Avis de cette façon, car c'est l'interprétation que la Cour veut bien en donner.

---

<sup>9</sup> *Id.*, p. 20; voir aussi, *Renvoi relatif à la sécession*, préc., note 2, par. 46.

James Tully avait cependant dans un texte précédent formulé des critiques plus sévères à l'égard de l'ordre constitutionnel canadien<sup>10</sup>. Tout en mettant en valeur la dynamique qui conduit le Québec à dévoiler de plus en plus sa propre identité et qui incite le Canada à prendre acte de ce processus de dévoilement, il était, encore à cette époque, enclin à expliquer l'impasse constitutionnelle en critiquant le carcan constitutionnel de 1982. Il parlait en effet de l'ordre constitutionnel nouveau de 1982 comme d'un carcan, alors que, dans le texte que nous considérons, la perspective proposée est radicalement différente. L'ordre constitutionnel de 1982 n'est plus vu par lui comme un carcan. L'impasse constitutionnelle que nous connaissons s'expliquerait plutôt par l'inertie des partisans du statu quo et de la sécession qui se sont retranchés de part et d'autre dans une interprétation statique de l'ordre constitutionnel.

Notons tout de suite aussi que cette interprétation de Tully ne contredit en rien celle que je viens de proposer. Au contraire, elle vient corroborer l'idée que la motivation essentielle de la Cour suprême est de s'employer à réhabiliter politiquement l'ordre constitutionnel de 1982. C'est donc, aux yeux de Tully lui-même, un document politique et qui doit être reçu comme tel.

Lorsqu'on lit l'Avis à la lumière de l'interprétation proposée par Tully, on dispose d'un cadre de lecture nous permettant de mieux faire parler le texte. Mais en même temps, je ne partage pas son enthousiasme. Bien au contraire, la dimension du texte de l'Avis qui est mise en relief par l'interprétation de Tully nous donne des raisons additionnelles pour douter que nous ayons affaire à un texte qui se situe bel et bien au-dessus de la mêlée. J'ai déjà laissé entendre que la relative neutralité de l'Avis pouvait elle-même paradoxalement s'expliquer pour des raisons politiques. Néanmoins, il semble que grâce à la lecture proposée par Tully nous sommes en mesure d'approfondir notre compréhension de l'orientation politique que les juges entendent donner à leur propre texte. Sans aller jusqu'à parler de propagande en tant que telle, l'interprétation que les juges donnent de la constitution de 1982 n'est rien de moins que la promotion d'un ordre constitutionnel imposé. Les juges en célèbrent les mérites de manière non équivoque. Aussi,

---

<sup>10</sup> James TULLY, «Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales», (1999) 2 (2) *Globe* 13.

tout en étant fortement tenté de donner raison à Tully, son interprétation a pour effet d'attirer notre attention sur les liens profonds qui existent entre les propositions spécifiques qui concernent la sécession et l'image idyllique que la Cour propose de l'ordre constitutionnel. Tully trouve que cela est matière à réjouissance alors que j'ai plutôt tendance à m'en attrister, et la raison est que je ne souscris pas à la lecture proposée par la Cour de l'ordre constitutionnel de 1982.

Comment croire, par exemple, que cet ordre constitutionnel consacre l'aboutissement d'un système démocratique permettant la discussion et le changement? Ne consacre-t-il pas plutôt l'aboutissement d'une politique de *nation building* amorcée quatorze ans plus tôt par Pierre Elliott Trudeau?

La Cour invoque quatre principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel pour être en mesure d'évaluer le droit de sécession du Québec<sup>11</sup>. Il n'existe pas dans la constitution canadienne de principes gouvernant de façon explicite le processus d'accès à la souveraineté, mais quatre principes sous-jacents peuvent selon les juges nous venir en aide. Il s'agit du principe démocratique, du principe du fédéralisme, de la primauté de la règle du droit et du constitutionnalisme, et du respect des minorités. Ces principes sont invoqués pour contraindre le processus d'accès à la souveraineté<sup>12</sup>. La Cour reste neutre quant à la possibilité d'utiliser une formule spécifique d'amendement prévue par l'ordre constitutionnel de 1982<sup>13</sup>. Elle soutient qu'un amendement à la constitution devrait être apporté si les négociations étaient menées à bien, **mais** elle ne s'est pas prononcée sur l'utilisation d'une formule d'amendement spécifique.

Sans demander à la Cour de choisir une formule spécifique parmi l'ensemble des formules prévues dans la partie V de la Constitution, les juristes fédéralistes avaient pour leur part invoqué le fait qu'une démarche sécessionniste devait se conformer à la formule d'amendement adoptée en 1982, néanmoins les juges de la Cour suprême n'ont pas argumenté de cette façon. Les juges parlent seulement de la nécessité d'adopter

---

<sup>11</sup> *Renvoi relatif à la sécession*, préc., note 2, par. 49-82.

<sup>12</sup> *Id.*, par. 83-105.

<sup>13</sup> *Id.*, par. 84, 105.

un amendement constitutionnel, et ils ne font pas référence à une formule d'amendement particulière. Ils ne font même pas référence exclusivement à la partie V de la Constitution. Ils prétendent qu'ils n'avaient pas à répondre à la question de savoir comment amender la constitution, et ils ajoutent qu'il «n'existe pas de faits clairs soulevant une question justiciable»<sup>14</sup>. Mais ils auraient été de toute façon mal placés de s'appuyer sur la formule d'amendement de 1982, puisque celle-ci fait partie du nouvel ordre constitutionnel, celui qui a été imposé au Québec sans son consentement. C'est peut-être en partie la raison pour laquelle ils se rabattent plutôt sur des principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien pour baliser le processus d'accession à la souveraineté.

C'est là un autre aspect remarquable de l'Avis. Les juges étaient piégés entre l'obligation de répondre dans le sens voulu par le gouvernement fédéral et l'obligation de ne pas provoquer inutilement les souverainistes. Le procureur parlant au nom du procureur général du Canada, maître Yves Fortier, a dénoncé le caractère illégal d'une déclaration unilatérale en s'appuyant sur la nécessité de se conformer à la formule d'amendement. Les juges ont esquivé la difficulté en s'appuyant sur les principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien. Ils ne pouvaient pas, en effet, condamner aisément la démarche des souverainistes en s'appuyant sur une règle imposée unilatéralement par le gouvernement fédéral en 1982, mais ils ne voulaient pas non plus contredire trop ouvertement le procureur du gouvernement. Pour se sortir de la difficulté, ils se sont donné des raisons pour ne pas avoir à se prononcer provisoirement sur une façon particulière d'amender la constitution en cas de sécession, et ils ont trouvé ces autres arguments en faisant appel à des principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel. Il fallait parvenir à baliser le processus d'accession à la souveraineté sans avoir à s'appuyer pour le moment sur des clauses dont la légitimité était justement jugée problématique.

Chose remarquable, les juges ne se sont pas prononcés non plus contre l'utilisation de la formule d'amendement prévue à la partie V. Encore une fois, ils ont seulement prétendu que cette question n'était

---

<sup>14</sup>*Id.*, par. 105.

pas justiciable pour le moment. Mais une fois placée dans une conjoncture particulière faisant suite à un vote favorable à la souveraineté, la Cour pourrait être incitée à statuer que l'amendement constitutionnel doit se conformer à la règle de l'assentiment de sept provinces sur dix représentant la majorité de la population, voire à l'assentiment unanime de toutes les provinces. Et qui plus est, la Cour pourrait requérir une procédure d'amendement étalemente sur trois ans. Ce serait un autre obstacle à mettre sur le chemin des souverainistes. Même si la Cour n'a pas voulu s'avancer sur ce terrain en prétextant le caractère provisoirement non justiciable du processus devant conduire à un amendement constitutionnel, elle invite explicitement les procureurs fédéraux, au paragraphe 105, à revenir à la charge en temps opportun.

Quoi qu'il en soit, les neuf juges sont restés silencieux à l'égard de l'argumentaire particulier déployé par maître Fortier. L'illégalité d'une démarche «unilatérale» a été confirmée par les neuf juges, mais ceux-ci ont pris soin de ne pas se prononcer sur l'argumentation particulière du procureur. Les juges ne se sont même pas prononcés sur la nécessité de se rapporter à la formule d'amendement de la partie V. L'illégalité d'une déclaration unilatérale est seulement expliquée en regard de la violation des quatre principes sous-jacents. Les juges n'en disent pas plus. Les procureurs du gouvernement fédéral ne demandaient pas à la Cour de déterminer une formule spécifique, mais ils soutenaient que celle-ci devait se trouver dans la partie V. Les juges ont évité d'avoir à se prononcer sur cette dernière, et ils ont cherché à contraindre autrement le processus sécessionniste. La manœuvre des neuf juges était habile, mais elle s'explique encore une fois en partie par la volonté d'éviter une prise de position politiquement controversée qui aurait pu avoir des conséquences majeures. Encore une fois, on constate que la Cour a développé une argumentation motivée par des intérêts politiques.

### **3. LA CONSTITUTION CANADIENNE EST-ELLE UN CARCAN?**

Pour mieux évaluer le sens de l'Avis, il convient de s'attarder sur un certain nombre d'aspects particulièrement saillants qui ressortent à la suite d'une lecture attentive.

#### **3.1. Flexibilité ou durcissement?**

Voyons tout d'abord si l'ordre constitutionnel de 1982 a introduit plus de flexibilité. Selon Andrée Lajoie, qui a étudié les jugements rendus dans le cas de litiges ayant opposé le gouvernement fédéral et les provinces, le Conseil privé de Londres prenait davantage de décisions favorables au Québec. Elle écrit: «le Conseil privé va donc affirmer l'autonomie juridique des provinces à l'écart de toute tutelle fédérale.»<sup>15</sup>

Lajoie estime que «c'est le Conseil qui a le mieux actualisé les potentialités fédérales de la constitution canadienne en affirmant un modèle dualiste de fédéralisme propre à atténuer les éléments centralisateurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à garantir les provinces contre l'effritement de leur autonomie»<sup>16</sup>.

Mais depuis 1982 et grâce, justement, au travail de la Cour suprême, les décisions prises par la Cour sont allées dans le sens des intérêts du gouvernement fédéral. Lajoie écrit: «S'agissant par ailleurs des 16 décisions relatives à des affaires en provenance du Québec, 10 constituent des gains fédéraux clairement centralisateurs, et 2 des gains mitigés, pour un total de 12, soit 75 %, comparé à 4 victoires représentant 25 % pour le Québec». On peut difficilement parler de souplesse.

### **3.2. Une flexibilité qui peut aller dans tous les sens**

Voilà donc une première raison de douter que l'ordre constitutionnel de 1982 ait bel et bien les vertus décrites par les juges. En second lieu, la flexibilité qui est tant vantée par Tully est une arme à deux tranchants. Elle permet à la Cour d'innover autant en ce qui a trait à la possibilité de réformer le fédéralisme qu'en ce qui a trait à la possibilité de dresser de nouveaux obstacles en fonction de la conjoncture contre toute tentative de réforme. Le meilleur exemple permettant d'illustrer la flexibilité problématique de la Cour est le suivant. L'ordre constitutionnel de 1982 n'est pas l'aboutissement d'un accord entre deux majorités, l'une se situant au Québec et l'autre de situant au Canada. Il s'agit d'un ordre constitutionnel imposé par la majorité canadienne-anglaise sur une minorité, à savoir le Québec. À l'époque du rapatriement, la Cour n'a pas condamné le fait que l'ordre constitutionnel s'était mis en place

---

<sup>15</sup> Voir Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Septentrion, 2005.

<sup>16</sup> *Id.*. André Tremblay est d'accord avec elle. Voir «Judicial Interpretation and the Canadian Constitution», (1991/92) 1 *N.J.C.L.* 163.

sans consultation populaire et en dépit du désaccord explicite des représentants élus, fédéralistes et souverainistes, de l'Assemblée nationale du Québec. Mais dans le contexte de l'Avis sur la sécession du Québec, la Cour s'empresse maintenant de décrire le processus conduisant à la souveraineté comme devant résulter de la conciliation des intérêts de deux majorités, celle du Québec et celle du Canada.

La possibilité de réinterpréter l'ordre constitutionnel et ses principes sous-jacents peut en ce sens conduire autant à une flexibilité plus grande à l'égard du changement qu'à l'imposition de nouveaux obstacles placés sur le parcours des réformateurs. L'ordre constitutionnel est conçu par les juges comme «un arbre vivant». Mais cela ne doit pas nécessairement être une occasion de réjouissance. Pour les nationalistes québécois, cela doit être un motif de méfiance, car cela ouvre la porte à la possibilité d'appliquer une politique de deux poids deux mesures qui peut varier en fonction de la conjoncture. Je reviendrai plus loin sur cette exigence de conciliation entre les deux majorités.

### **3.3. La loi sur la clarté et l'Avis**

J'ai une autre raison de m'inquiéter de l'interprétation proposée par Tully et les juges. Sa conférence est prononcée le 23 mars 2000, neuf jours après que la loi sur la clarté (C -20) ait été votée à la Chambre des communes.<sup>17</sup> Cette loi est comprise comme donnant suite à l'exigence de clarté affirmée dans l'Avis de la Cour suprême. Elle stipule que le gouvernement canadien va apprécier la clarté de la question référendaire et va la rejeter si celle-ci comporte plusieurs volets. Toujours selon la loi sur la clarté, le gouvernement fédéral pourra faire une intervention au sujet de la clarté de la question pendant que les députés en discuteront à l'Assemblée nationale. La loi stipule aussi que le gouvernement fédéral évaluera l'importance de la majorité, mais sans jamais préciser quelle majorité qualifiée serait satisfaisante. Enfin, la loi précise aussi que, parmi les sujets de discussion pendant les négociations, le gouvernement fédéral devrait discuter de la modification des frontières.

---

<sup>17</sup> Voir Henri BRUN, « La Loi sur la clarté est inconstitutionnelle », *Le Devoir*, 23 février 2000, p. A7.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que le gouvernement fédéral s'est accordé plusieurs libertés avec la loi sur la clarté. Cette façon de s'approprier l'Avis a d'ailleurs été jugée problématique par plusieurs personnes. Et pourtant, Tully n'y fait aucunement allusion. Il aurait été important de savoir s'il s'accorde avec la position fédérale selon laquelle la loi C-20 donne suite à l'exigence sur la clarté énoncée par la Cour. Les métamorphoses de l'ordre constitutionnel qui sont tellement vantées par les juges incluent-elles des interprétations originales comme celle qui apparaît dans la loi C-20? Si Tully estime que cette loi va à l'encontre de l'Avis de la Cour suprême, pourquoi n'y a-t-il pas fait allusion? Et si au contraire il estime que cette loi va dans le sens de l'Avis, alors la question se pose de savoir comment tout cela peut être interprété dans un sens qui donne raison aux juges en ce qui a trait à la flexibilité du nouvel ordre constitutionnel.

Avec la loi C-20, on ne peut plus tout simplement prétendre que l'impasse constitutionnelle est due aux politiciens qui interprètent mal l'ordre constitutionnel en y voyant un carcan. La loi C-20 est un carcan qui, au surplus, se réclame de l'Avis. Encore une fois, la souplesse et la flexibilité sont des notions vagues à souhait qui peuvent être interprétées de différentes façons. Voilà pourquoi Tully aurait dû nous dire s'il souscrit à l'interprétation de l'Avis contenue dans cette loi. Mon motif essentiel d'inquiétude est toutefois le suivant. Puisque, dans les faits, l'Avis a donné lieu à une telle interprétation et que celle-ci est désormais devenue un texte de loi, les éventuelles distances que Tully voudrait prendre à l'égard de la loi C-20 ne suffiraient pas à nous redonner confiance dans l'ordre constitutionnel canadien. Bien au contraire, la loi a été acclamée partout au Canada anglais et elle y est généralement perçue comme allant dans le sens de l'Avis.

### **3.4. Un ordre constitutionnel imposé**

Voici un autre ensemble de raisons qui devraient refroidir quelque peu notre enthousiasme à l'égard de l'Avis. L'interprétation adoptée par les juges est d'autant plus difficile à défendre que l'ordre constitutionnel a été imposé au Québec sans son approbation et malgré le refus explicite de l'Assemblée nationale québécoise. Les membres de l'Assemblée nationale ont-ils eu tort? Auraient-ils dû plutôt

applaudir? Les droits des minorités linguistiques, des minorités issues de l'immigration et des peuples autochtones ont été enchaissés sans que soit enchaissée l'existence du peuple québécois. Fallait-il quand même être confiant en se disant que l'ordre constitutionnel imposé allait de toute façon permettre cet enchaissement un jour? Enfin, l'ordre constitutionnel nouveau contenait une formule d'amendement extrêmement difficile à appliquer dans la mesure où elle requiert pour tout changement substantiel l'accord de toutes les provinces. Fallait-il quand même se rassurer en se disant que le caractère dynamique et actif des nouveaux arrangements existe de toute façon de manière implicite dans le nouvel ordre constitutionnel? À la lumière de ces quelques faits, il apparaît donc pour le moins hasardeux de prétendre que la mise en place de l'ordre constitutionnel de 1982 suppose désormais un processus continu de discussion, négociation et changement démocratique.

### **3.5. Une reconnaissance implicite?**

A-t-on raison de voir dans la constitution canadienne de 1982 autre chose qu'un carcan? Pour neutraliser l'interprétation selon laquelle la constitution aurait été imposée, certains diront que le rapatriement a reçu l'appui des libéraux fédéraux du Québec. Mais cette façon de voir les choses est novatrice et problématique, puisqu'elle laisse entendre que l'appui ne devait pas nécessairement venir de l'Assemblée nationale du Québec. Cela a pour effet de conforter davantage notre point de vue, ne serait-ce que parce que le caractère «dynamique» de l'ordre constitutionnel canadien est utilisé dans ce contexte dans un sens qui va nettement à l'encontre des intérêts du Québec et de son assemblée nationale.

Tully est enclin à voir dans l'absence de reconnaissance effective du Québec un problème mineur dans la mesure où les tribunaux tiennent déjà compte de la spécificité du Québec dans leurs décisions. Cela risque d'avoir pour effet de nous inciter à nous satisfaire du *statu quo*. Son argument est censé être fondé sur la reconnaissance du caractère dynamique et flexible de la constitution de 1982. Et pourtant, lorsqu'on attire l'attention sur le refus de reconnaître le Québec, il nous dit que cette reconnaissance est elle-même implicitement présente. En bref, au dynamisme de l'ordre constitutionnel s'ajoute, maintenant, la reconnaissance du Québec parmi les principes implicites qui viendraient informer la constitution de 1982.

Or si cela était vrai, cela aurait pour effet de nous satisfaire en fin de compte du *statu quo*. Je ne sais si cela est un effet recherché par Tully, mais c'est sans doute un effet recherché par les juges.

Le problème demeure quand même tout entier. Si les juges tiennent compte de la spécificité du Québec, pourquoi n'ont-ils pas tenu compte du refus québécois d'entériner l'ordre constitutionnel de 1982?

### **3.6. Une formule d'amendement rigide**

C'est la formule d'amendement, telle qu'on la connaît, qui pose un problème particulièrement aigu à ceux qui voudraient lire dans l'ordre constitutionnel canadien autre chose qu'un carcan. Car ne devrait-elle pas être la manifestation concrète de ce caractère dynamique tellement vanté par les promoteurs de la constitution de 1982? Ici, l'argumentation évite difficilement la contradiction. On ne peut pas à la fois défendre l'interprétation des juges et condamner la formule d'amendement. Comment pourrait-on en effet lire dans l'ordre constitutionnel de 1982 un processus continu de discussion, négociation et changement démocratique et prétendre du même souffle que la formule d'amendement, qui est censée être le moteur de ce changement, est en fait elle-même un carcan? Il faut donc vanter les mérites de la formule d'amendement. Si on le fait, on doit ensuite prétendre que l'amendement constitutionnel requis par la sécession du Québec — qui, rappelons-le, serait une façon de résoudre le problème de l'unité et de la diversité — doit faire intervenir la formule d'amendement. Il faudrait en toute logique reconnaître qu'elle doit s'appliquer dans ce cas-ci. Toutefois si on le fait, cela veut dire que le Québec ne pourra se retirer du Canada en accord avec la constitution que s'il a l'appui de toutes les provinces et du gouvernement fédéral. Il y a fort à parier que le Québec n'obtiendra jamais cet accord unanime. L'ordre constitutionnel n'est alors peut-être pas exempt de rigidité. C'est un arrangement qui, malgré les apparences, ne permet pas au Québec de faire sécession.

Tully croit que la formule d'amendement serait interprétée par les juges à la lumière des quatre principes sous-jacents et il estime que la Cour pourrait alors trancher en faveur d'une formule de négociation bilatérale impliquant les représentants du Canada et les représentants du Québec. Mais alors, la question se

pose: la formule d'amendement est-elle oui ou non compatible avec l'interprétation dynamique du nouvel ordre constitutionnel? Si elle ne l'est pas, c'est donc que la constitution est un carcan et c'est l'interprétation donnée par la Cour de l'ordre constitutionnel de 1982 qui a du plomb dans l'aile.

### **3.7. Le dit et le non-dit**

En somme, si l'on suit le raisonnement des juges, il semble qu'il faille séparer le nouvel ordre constitutionnel de certaines de ses dispositions essentielles écrites. On a imposé ce nouvel ordre contre la volonté expresse du Québec, mais il faudrait, semble-t-il, s'en réjouir parce que cela serait pour le plus grand bien d'une éventuelle politique visant à concilier l'unité et la diversité. Assurément, la nation québécoise n'est pas reconnue dans le nouvel ordre constitutionnel, mais il faut s'en réjouir parce que le système permet un processus pouvant y conduire. Certes, on ne reconnaît plus la convention constitutionnelle garantissant un droit de veto pour le Québec, mais, qu'à cela ne tienne, il faut apparemment se réjouir de la possibilité que cette dynamique puisse conduire à des aménagements souples.

Autrement dit, si l'on en croit les juges, les vertus du nouvel ordre constitutionnel résident dans le non-dit du processus, dans les principes sous-jacents et dans des intentions originelles non dévoilées jusqu'à présent. Et il faudrait croire à tout cela même si les dispositions explicites de la constitution de 1982 vont à l'encontre de cette interprétation. Il me semble qu'un sain scepticisme serait de bon aloi à ce stade-ci.

L'orientation générale que les juges veulent donner à la constitution canadienne s'inscrit en fait dans un ensemble d'étapes antérieures dont l'objectif était d'assurer la construction nationale canadienne. L'Avis n'est alors peut-être rien d'autre qu'une étape nouvelle dans ce processus.

Les juges ont effectivement pratiqué dans une **certaine** mesure une politique d'ouverture à l'égard de la sécession du Québec. Cela donne donc des munitions à ceux qui veulent lire une politique d'ouverture dans l'économie générale de l'Avis et, par le fait même, dans l'ordre constitutionnel de 1982. Or, la Cour affirme aussi que l'ordre constitutionnel canadien est un arbre vivant. J'ai plutôt tendance à penser que l'on juge un arbre à ses fruits. Comme on le verra dans les pages suivantes, je suis prêt à reconnaître que

l’Avis manifeste une certaine ouverture à l’égard du Québec. De là à tirer des conclusions générales qui donneraient raison à la Cour concernant l’ordre constitutionnel de 1982, je crois avoir démontré que nous avons toutes les raisons d’être sceptiques.

#### **4. UNE DÉCLARATION «UNILATÉRALE»?**

La Cour avait à répondre à la question de savoir si le recours à une déclaration *unilatérale* pouvait être fait en conformité avec l’ordre constitutionnel canadien. Le Québec peut-il, oui ou non, déclarer *unilatéralement* sa souveraineté en s’appuyant sur l’ordre constitutionnel canadien? En un sens, le texte même de l’Avis décrit dans le détail comment on peut répondre de façon affirmative à la question, puisque le Québec peut, au terme de négociations infructueuses et à l’occasion desquelles le gouvernement fédéral et les provinces auraient démontré leur mauvaise foi, déclarer sa souveraineté sans le consentement du Canada, et parvenir de cette manière à accéder au statut d’État souverain. Telle a été la réponse détaillée fournie par la Cour, et ce, même si, officiellement, sa réponse à la première question a été négative. «Non», a-t-elle répondu, le Québec ne peut déclarer «unilatéralement» sa souveraineté dans le contexte de l’ordre constitutionnel canadien.

Comment la Cour parvient-elle à ce tour de passe-passe? Elle y parvient en choisissant tout d’abord d’interpréter l’expression «unilatéralement» comme voulant dire «sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral»<sup>18</sup> et non, selon la règle habituelle, comme voulant dire «sans le consentement de l’autre partie». Si le Québec accepte de négocier avec ses vis-à-vis et qu’il se conforme aux principes constitutionnels sous-jacents, alors il pourra légitimement recourir à une déclaration unilatérale au sens habituel de l’expression s’il se heurte à de l’intransigeance fédérale. Il pourra déclarer sa souveraineté sans le consentement du Canada. S’il obtient la reconnaissance internationale et qu’il contrôle effectivement le territoire, le droit international constatera alors l’État souverain du Québec.

---

<sup>18</sup> *Renvoi relatif à la sécession*, préc., note 2, par. 86.

Sa démarche ne sera alors peut-être pas légale, mais elle sera peut-être légitime, s'il a, par hypothèse, été le seul à agir conformément aux principes sous-jacents de l'ordre constitutionnel canadien. Pour se situer à l'intérieur de la légalité constitutionnelle canadienne, sa démarche devrait conduire à un amendement constitutionnel, mais la Cour admet que le Québec pourrait être justifié de faire la sécession même si le processus de négociation ne débouchait pas sur un amendement constitutionnel. La Cour convient que de telles négociations peuvent mener à une impasse. Dans ce cas, le Québec pourrait se voir contraint de déclarer unilatéralement sa souveraineté pour obtenir la reconnaissance internationale.

Pourquoi alors ne pas avoir répondu «oui» à la première question? Si le Québec respecte les principes sous-jacents de l'ordre constitutionnel et que les partenaires à la négociation sont de mauvaise foi ou refusent de négocier, le Québec pourra faire sécession unilatéralement en conformité avec l'ordre constitutionnel canadien.

L'introduction d'un nouveau sens accordé au mot «unilatéral» survient dans le texte au moment où la Cour cherche à clarifier l'objet de la question posée. S'agit-il de s'interroger sur le droit d'une province d'initier unilatéralement un processus de consultation populaire portant sur la sécession, ou bien de s'interroger sur le droit d'accéder unilatéralement à la sécession? C'est la sécession qui est, selon la Cour, décrite comme ne pouvant pas être unilatérale, et non l'initiative d'une province de consulter la population sur le sujet. La Cour reconnaît le droit de prendre une initiative de consulter la population sans négociations préalables, mais la question, dit-elle, est de savoir si la sécession elle-même peut avoir lieu sans ces négociations. La précision contenue dans ce paragraphe peut paraître banale, puisqu'elle vise d'abord et avant tout à identifier de manière évidente l'objet de la question, mais elle laisse passer par la même occasion une définition beaucoup plus restrictive accordée au mot «unilatéral», puisque faire sécession «unilatéralement» veut désormais dire «faire sécession sans des négociations avec le gouvernement fédéral et les provinces», et non «faire sécession sans le consentement du gouvernement fédéral et des provinces».

Cette interprétation inusitée de ce qu'est une sécession unilatérale est d'autant plus surprenante qu'elle ne correspond d'aucune façon aux objectifs du Parti québécois. Le Projet de loi n° 1 faisait état d'une période de négociation pouvant se poursuivre pendant une année<sup>19</sup>. Les souverainistes ont, en effet, toujours fait état de leur volonté de négocier. Ils ont certes considéré aussi la possibilité de devoir interrompre rapidement les négociations dans l'éventualité où ils se heurteraient à un refus de négocier exprimé par le gouvernement fédéral, mais la volonté de négocier les conditions d'accession du Québec à la souveraineté était clairement manifestée.

La même remarque s'applique aux procureurs du gouvernement fédéral. Ceux-ci n'ont jamais laissé entendre que les souverainistes n'avaient pas l'intention de négocier. La plaidoirie de maître Yves Fortier pour le procureur général du Canada n'a laissé planer aucun doute à cet effet. Un autre procureur du gouvernement fédéral, maître Warren J. Newman, a soutenu que le gouvernement québécois n'avait pas fait allusion, dans son Projet de loi n° 1, à la nécessité de procéder à une modification constitutionnelle avant d'être en mesure de déclarer la souveraineté du Québec<sup>20</sup>. Selon Newman, cela veut dire que le gouvernement du Québec n'était pas disposé à se conformer aux règles constitutionnelles qui requièrent le consentement des autres membres de la fédération.

Telle était la véritable préoccupation du gouvernement fédéral. Selon les procureurs fédéraux, le gouvernement du Québec ne pourrait devenir souverain sans le consentement du gouvernement fédéral et des provinces. Pour être légal, le processus nécessiterait donc un amendement constitutionnel. Il faudrait en outre se conformer à la formule d'amendement prévue dans la partie V du document constitutionnel. Or, le gouvernement québécois n'a jamais reconnu ouvertement qu'un amendement constitutionnel était requis. Il fallait donc consulter la Cour suprême sur le sujet.

---

<sup>19</sup> Projet de loi n° 1, *Loi sur l'avenir du Québec*, Éditeur officiel du Québec, 1995.

<sup>20</sup> Warren J. NEWMAN, *The Quebec Secession Reference, the Rule of Law and the position of the Attorney general of Canada*, 1998 Annual Constitutional Cases Symposium, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, April 16, 1999.

On reconnaîtra volontiers que le gouvernement québécois n'a jamais reconnu ouvertement que la sécession requérait le consentement des autres membres de la fédération, voire un amendement constitutionnel. Cependant, cela peut difficilement être retenu comme étant l'indice d'une volonté de ne pas négocier pour deux raisons évidentes. Premièrement, le consentement du Canada n'est pas, en effet, une condition nécessaire à la souveraineté. Le Québec peut malgré toute la bonne volonté du monde être tenu de déclarer sa souveraineté sans être parvenu à un accord après de longues négociations. Certes, une modification constitutionnelle est une façon pour le Canada de s'ajuster aux faits nouveaux. Idéalement, il faut qu'au moment de déclarer sa souveraineté, le Canada ait eu le temps d'adopter un amendement constitutionnel et que le Québec ait pu se doter de son côté d'une constitution provisoire. Il se peut que les négociations achoppent et c'est la raison pour laquelle il est faux de prétendre que l'accord des provinces est nécessaire.

Néanmoins le Québec ne doit-il pas se conformer à l'obligation de tenter d'apporter un amendement constitutionnel? Et dans ce cas, ne devait-il pas annoncer son intention de parvenir à une modification constitutionnelle? La réponse à ces questions nous donne la deuxième raison pour laquelle la négociation ne doit pas nécessairement porter sur un amendement constitutionnel. Comme l'écrit Tully, «n'importe quel changement constitutionnel doit être fait en accord avec les règles constitutionnelles qui sont fondées sur le consentement de ceux qui sont gouvernés par elles.»<sup>21</sup> Or, faut-il rappeler encore une fois que le Québec ne reconnaît pas la légitimité de l'ordre constitutionnel de 1982? Puisque le Québec n'a pas accordé son consentement à être gouverné par les règles de 1982, il n'a pas à se soumettre aux règles prévues dans l'ordre constitutionnel de 1982. On ne peut donc pas prétendre que l'omission du gouvernement du Québec eu égard à la nécessité d'apporter une modification constitutionnelle soit un indice de l'absence de volonté de négocier. Elle est tout au plus un indice que la souveraineté ne requiert pas le consentement du Canada et que l'ordre constitutionnel canadien est illégitime. En outre, en étalant

---

<sup>21</sup> J. TULLY, préc., note 3, p. 19.

les négociations sur un an, le Québec permettait au Canada de s'ajuster aux éventuels changements constitutionnels en adoptant un amendement à *sa* constitution.

En somme, si le gouvernement du Québec n'a jamais parlé de la nécessité de procéder à un amendement constitutionnel pour faire sécession, c'est parce qu'à ses yeux la sécession ne requérait pas absolument l'assentiment du gouvernement fédéral et des provinces, et parce qu'il ne reconnaissait pas l'ordre constitutionnel de 1982. Le gouvernement du Québec pensait être en mesure de procéder à une déclaration de souveraineté même s'il n'avait pas le consentement de ses partenaires à la négociation, et même s'il ne se conformait pas à l'ordre constitutionnel de 1982. Imposer la nécessité d'un amendement constitutionnel, c'est imposer la nécessité du consentement du gouvernement fédéral et des provinces et c'est imposer un ordre constitutionnel illégitime. Négocier les conditions de la sécession et négocier une offre de partenariat politique et économique: telle était plutôt la volonté du gouvernement du Québec. Négocier oui, mais obtenir nécessairement l'assentiment des autres acteurs politiques et se conformer à la constitution, non.

Le gouvernement fédéral était au contraire convaincu que le Québec ne pouvait faire sécession sans amendement et sans consentement. Sous cet angle, la Cour a donné raison au Québec, car elle reconnaît qu'il pourrait légitimement procéder à une déclaration conduisant à la souveraineté, et ce, même sans l'accord des autres provinces, et même sans amendement constitutionnel. Bien entendu, toute négociation réalisée en conformité avec leur ordre constitutionnel devrait idéalement aboutir à un tel amendement. Mais si celles-ci échouaient, le Québec pourrait alors être justifié de tenter la sécession avec l'appui de la communauté internationale.

Revenons donc à la question initiale qui était de nous demander pourquoi la Cour avait introduit un nouveau sens au terme «unilatéral». Ainsi que je viens de le démontrer, la Cour n'avait aucune raison de penser que la question qui lui était posée pouvait concerner la possibilité de procéder à la sécession sans négociations préalables. Le Québec voulait négocier (cela était indiqué dans l'avant-projet de loi et dans le

projet de loi lui-même) et les procureurs fédéraux craignaient une déclaration de souveraineté faite sans le consentement de l'État parent. Malgré tout, elle a choisi d'interpréter la question en assignant au mot «unilatéral» une signification nouvelle.

Dans l'hypothèse où la Cour **voulait** savoir quel sens les avocats du gouvernement fédéral désiraient donner à l'adjectif «unilatéral», elle aurait pu leur poser directement la question, et leur demander si, par ce mot, il fallait comprendre «sans négociations préalables». Elle ne l'a pas fait. Elle a choisi une interprétation inusitée de l'expression «unilatéral», et elle a choisi de le faire «unilatéralement».

Pour quelle raison a-t-elle agi ainsi? Pourquoi ne pas avoir interprété le mot «unilatéral» comme il se doit et en conformité avec l'usage habituel qui veut dire «sans le consentement de l'autre partie»? C'est sans doute pour être en mesure de répondre dans le sens espéré par le gouvernement fédéral à la question qui lui était posée. Si la Cour avait demandé des précisions aux procureurs du gouvernement fédéral, ceux-ci auraient sans doute répondu que le mot «unilatéral» devait être entendu au sens habituel de l'expression. La Cour aurait alors été piégée. Car au sens habituel de l'expression, la Cour reconnaît que le Québec pourrait en principe procéder à une sécession unilatérale tout en se conformant, pour sa part, aux principes sous-jacents de l'ordre constitutionnel canadien. Le mot ainsi compris permet de répondre par l'affirmative à la question posée. Or, le gouvernement fédéral avait besoin d'un NON retentissant provenant de la Cour suprême. Non, le Québec ne peut pas faire sécession *unilatéralement* en accord avec la constitution canadienne.

La Cour écrit: «Ce qui est revendiqué comme droit de faire “unilatéralement” sécession est plutôt le droit de procéder à la sécession sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral.»<sup>22</sup> En répondant de cette façon, la Cour donnait l'impression de fournir une réponse conforme aux prétentions du gouvernement fédéral.

---

<sup>22</sup> *Renvoi relatif à la sécession*, préc., note 2, par. 86.

Les souverainistes ont depuis toujours admis qu'ils avaient une obligation morale de négocier les conditions d'accession à la souveraineté, en négociant notamment le partage de l'actif et du passif, et une offre de partenariat politique et économique. Ils se sont pourtant sans cesse heurtés à des opposants fédéralistes qui annonçaient ouvertement leur intention de ne pas négocier, contredisant les propos des souverainistes qui soutenaient, au contraire, que nous avions tous une telle obligation. Il y a donc quelque chose de profondément insultant à se faire «réfuter» par la Cour au sujet d'une volonté de faire sécession sans négociations préalables<sup>23</sup>.

Nous nous sommes donc retrouvés dans une situation pour le moins paradoxale au lendemain de la publication de l'Avis. Les ténors fédéraux brandirent la réponse à la première question comme pour faire la leçon aux souverainistes, alors que la véritable leçon de l'Avis supposait l'existence d'une obligation réelle de négocier, obligation que le gouvernement fédéral avait depuis toujours refusé d'assumer et que le Québec avait de son côté acceptée depuis longtemps.

Du point de vue souverainiste, la chose surprenante aura été de voir la Cour reconnaître que le Québec pouvait avoir de bonnes raisons, dans certaines circonstances, de procéder à une déclaration unilatérale au sens habituel du mot, tout en se conformant aux principes fondamentaux sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien<sup>24</sup>. Tous les souverainistes avaient, en effet, prédit une réponse négative à la première question. Et il va sans dire que le gouvernement fédéral tenait aussi pour acquise une réponse négative. Et pourtant, la Cour s'est prononcée, malgré sa réponse négative officielle, dans le sens d'une ouverture à la possibilité que le Québec puisse de façon légitime procéder à une déclaration unilatérale de souveraineté. Elle a reconnu que le Québec pourrait tenter et peut-être réussir à obtenir le soutien de la communauté internationale. Cette argumentation détaillée a été observée immédiatement par le

---

<sup>23</sup> Malheureusement, Tully tombe dans ce même panneau lorsqu'il soutient lui aussi que les souverainistes prétendent être en mesure de faire sécession à la suite d'un vote démocratique sans avoir à engager des négociations. Voir préc., note 3, p. 15.

<sup>24</sup> *Renvoi relatif à la sécession*, préc., note 2, par. 103.

gouvernement du Québec. Le premier ministre du Québec, Lucien Bouchard, en est vite arrivé, à l'occasion d'une intervention télévisée importante, un jour seulement après la publication de l'Avis, à faire cette démonstration de manière éclatante, démonstration qui n'a jamais été réfutée par la suite.

Il faut reconnaître le caractère politique de l'interprétation inusitée du mot «unilatéral» proposée par la Cour. Cette manœuvre ne doit pas passer sous silence. À ma connaissance, le caractère restrictif et surprenant de cette définition n'a été souligné que par Jacques Parizeau<sup>25</sup>. Si cet usage inusité de la Cour n'a pas fait l'objet de beaucoup de commentaires, c'est peut-être parce que l'on avait de part et d'autre avantage à le taire. Les souverainistes ont surtout voulu insister sur le message réel et détaillé de l'Avis, puisque cela leur donnait raison. Et les fédéralistes ont chercher à cacher l'usage réducteur du mot «unilatéral» pour ne pas affaiblir leur cause, car la réponse officielle énoncée par la Cour leur donnait en apparence raison.

Il y a donc une démarche partisane dans cette volonté de la Cour de s'en tenir à une interprétation restrictive de ce que serait une déclaration unilatérale. Si les neuf juges avaient répondu positivement, le gouvernement fédéral aurait essuyé un revers sans précédent. Il fallait sauver les meubles en modifiant la question de telle sorte que celle-ci offre une interprétation caricaturale de la démarche souverainiste. De cette manière, les juges pouvaient répondre conformément aux désirs du gouvernement fédéral. Les ténors fédéraux ont ainsi pu capitaliser sur l'Avis de la Cour et crier victoire en se disant que la population ne retiendrait que la conclusion générale, et non l'argumentation détaillée.

En effet, quand on regarde de près le jugement, on constate que les neuf juges ont sur plusieurs points répondu aux questions d'une manière qui s'accorde avec l'argumentaire souverainiste. Ils ont reconnu la légitimité du projet à la suite d'un vote démocratique, ont reconnu qu'un vote favorable engendrerait une obligation de négocier, et ont reconnu que ces négociations devraient porter sur les conditions de sécession, ainsi que sur une foule d'autres questions.

---

<sup>25</sup> Jacques PARIZEAU, *Lettre ouverte aux juges de la Cour suprême*, Montréal, VLB Éditeur, 1998, p. 7.

Ces clarifications ne sont pas encore bien comprises par tous. En réponse à un article de Michel Venne portant sur les affirmations de Jean Chrétien au sujet d'une déclaration unilatérale de souveraineté faite par le peuple palestinien ainsi que sur la légitimation par la Cour suprême d'une déclaration unilatérale de souveraineté faite par le Québec, Jean-Pierre Derriennic écrit<sup>26</sup>: «La menace de procéder unilatéralement ne serait donc pas “légitimée”, comme l'écrit Michel Venne. Elle restera la menace de faire quelque chose d’illégal.» La première erreur de Derriennic est de penser que l’illégalité entraîne automatiquement l’illégitimité. Et pourtant les deux notions sont distinctes et la Cour fait elle-même la distinction. La deuxième erreur est de subordonner la légitimité du processus de sécession à sa légalité. Pourtant, la Cour reconnaît qu'une déclaration inconstitutionnelle pourrait non seulement être légitime, mais aussi, au moins à deux endroits dans l'Avis, que face à une intransigeance des négociateurs fédéraux ou face à une impasse dans les négociations, une déclaration inconstitutionnelle de sécession pourrait conduire la communauté internationale à soupeser la légitimité et la légalité du processus.

La Cour écrit, en effet: «La légalité des actes des parties au processus de négociation selon le droit canadien ainsi que la légitimité qu'on leur reconnaît seraient l'une et l'autre des considérations importantes dans le processus de reconnaissance.»<sup>27</sup> Plus loin, elle ajoute: «Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada.»<sup>28</sup>

Une déclaration de souveraineté sans négociations préalables est illégale et illégitime. Mais une déclaration inconstitutionnelle qui ferait suite à des négociations ne serait pas nécessairement illégitime et pourrait même être constitutionnelle. Si les négociations n'aboutissent pas à une entente (incluant une

---

<sup>26</sup> Jean-Pierre DERRIENNICK, «Les déclarations unilatérales d'indépendance en Palestine et au Québec», *Le Devoir*, 26 avril 2000, p. A7.

<sup>27</sup> *Renvoi relatif à la sécession*, préc., note 2, par. 103.

<sup>28</sup> *Id.*, par. 105.

modification de la constitution), la sécession demeurerait sans doute en un certain sens «illégale». Mais en un autre sens, si le Québec avait malgré tout agi en se conformant aux quatre principes sous-jacents gouvernant le processus de sécession, le Québec aurait alors agi en accord avec la constitution canadienne et aurait eu pour cette raison été constitutionnelle.

L'autre erreur de Derriennic consiste à reconnaître le caractère unique de la situation de la Palestine, mais à ne pas reconnaître la situation unique canadienne. Il écrit: «La situation des Palestiniens est unique en son genre et tout à fait anormale». Nous sommes pourtant au Canada aussi dans une situation unique et anormale. Le Canada est la seule démocratie avancée dans laquelle on a imposé un nouvel ordre constitutionnel à un peuple malgré le refus quasi unanime de son assemblée nationale.

Face à l'intransigeance fédérale, face à la loi C-20, face à un rejet de l'offre de partenariat, la communauté internationale pourrait être amenée à reconnaître l'État sécessionniste si son comportement s'était conformé aux règles du jeu. Autrement dit, la Cour facilite le travail de la communauté internationale qui n'a plus qu'à évaluer le comportement des parties à la lumière des règles du jeu que le pays s'est lui-même données par l'intermédiaire de sa Cour. Elle crée des conditions favorables à des initiatives prises par la communauté internationale. De telles initiatives semblent d'autant plus prévisibles que la Cour invite elle-même la communauté internationale à intervenir à la suite d'une déclaration unilatérale de souveraineté. La communauté internationale pourra se prononcer en se servant des principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel. Si les souverainistes manifestent leur volonté de négocier et se conforment aux quatre principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel, ils auront la légitimité de leur côté parce qu'ils auront agi de manière constitutionnelle.

## **5. LE PRINCIPE DE L'EFFECTIVITÉ**

La Cour a aussi, bien entendu, soulevé plusieurs autres points. Je ne vais pas discuter des questions relatives à la majorité claire et à la question claire. Je m'attarderai pour le moment à un autre aspect de l'Avis. Celui-ci peut être discuté à l'occasion de la réponse accordée par les juges à la deuxième question.

Certains justifient la démarche souverainiste en se servant du principe d'effectivité et ils prétendent qu'une déclaration unilatérale (sans consentement) peut pour cette raison s'accorder avec le droit international. À la lumière de ce principe, on peut prétendre que si le droit international n'autorise pas la sécession unilatérale, il ne l'interdit pas non plus. Si le processus d'accession à la souveraineté est démocratique, que les droits des minorités sont protégés et que l'État contrôle effectivement le territoire, on crée un nouvel ordre constitutionnel. Une déclaration unilatérale peut, dans un tel contexte, contribuer à générer un droit nouveau. Si, en plus, la communauté internationale reconnaît le nouvel État, la souveraineté devient alors légale en regard du droit international. Puisque les juristes en droit international reconnaissent que cette avenue demeure possible, on peut conclure qu'une déclaration unilatérale, sans être légale, n'est pas pour autant illégale du point de vue du droit international. Elle se situe à l'extérieur de la légalité sans être nécessairement dans l'illégalité.

Les juges de la Cour suprême n'ont pas accordé beaucoup de crédit à cet argument de l'*amicus curiae*, maître André Jolicoeur. La raison fondamentale est que le contrôle effectif du territoire, effectué par le Québec *sans négociations préalables*, constituerait une action illégale aux yeux de la Cour. Les neuf juges ne se prononcent pas en des termes généraux sur la possibilité d'un contrôle effectif du territoire exercé *de facto*, mais bien sur la légalité interne d'une telle démarche, et ils tirent des conclusions négatives à cet égard parce qu'ils l'interprètent dans la perspective d'une déclaration unilatérale faite sans négociations préalables<sup>29</sup>. En somme, l'argument contre une déclaration unilatérale faite sans négociations préalables est aussi utilisé par les neuf juges pour discréder la doctrine de l'effectivité. Leur interprétation restrictive de l'expression «déclaration unilatérale» finit par déteindre sur l'interprétation qu'ils proposent du principe d'effectivité lui-même. Une déclaration de souveraineté, accompagnée d'un contrôle effectif du territoire, est jugée inacceptable parce que, si ce dernier est réalisé sans négociations préalables, il va à l'encontre des principes structurels sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien. Mais qu'en est-il d'un contrôle effectif du territoire qui ferait suite à une impasse dans les négociations ou à une intransigeance

---

<sup>29</sup> *Id.*, par. 108.

de la part des autres parties à la négociation? Dans ce cas, il semble que cela serait toujours «illégal», mais la Cour reconnaît que la communauté internationale pourrait, en de telles circonstances, accorder plus d'importance à la légitimité du processus qu'à sa légalité. Or, si la communauté internationale choisissait de reconnaître l'État souverain du Québec, nous serions dans ce cas aussi en face d'une souveraineté réalisée en vertu du principe d'effectivité. Et qui plus est, cette souveraineté-là, en plus d'être conforme aux principes sous-jacents qui gouvernent la constitution canadienne, ne serait pas illégale du point de vue du droit international. La position réelle de la Cour au sujet de la doctrine de l'effectivité est donc beaucoup plus nuancée qu'elle ne le laisse entrevoir elle-même dans les passages où elle se prononce officiellement sur la question.

On ne trouve nulle part dans le droit international public une codification systématique du droit des peuples. Il n'existe pas encore de constitution mondiale complète faisant l'objet d'un accord portant sur le sujet du processus de sécession et qui serait adopté par l'ensemble de la communauté internationale. Le droit international est toujours en évolution. Certains documents sont longtemps à l'étude, notamment la déclaration universelle portant sur les peuples autochtones qui fut adoptée en 2007. Il existe certes des clauses comme celles de la *Déclaration sur les relations amicales entre États* de 1970 qui viennent baliser quelque peu les actes de sécession, mais il serait fallacieux de prétendre que l'ensemble des justifications morales pour faire sécession ont déjà été prises en compte par le droit international. En somme, la «constitution» de la communauté internationale est toujours en voie d'élaboration, et il n'y a pas un «ensemble complet de règles et de principes» en vertu desquels on pourrait parler d'un «cadre juridique exhaustif», comme les juges le font en rapport avec la constitution du Canada<sup>30</sup>.

Par conséquent, du point de vue du droit international, le fait que le Québec ne puisse invoquer explicitement une clause particulière pour appuyer sa démarche sécessionniste ne devrait pas impliquer qu'il se trouve en situation d'illégalité. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'on dit parfois que le droit

---

<sup>30</sup> *Id.*, par. 32.

international constate la souveraineté. Il la reconnaît comme une situation de fait. Il nous permet de dire à quel moment un État est devenu souverain. Et c'est ici qu'intervient le principe d'effectivité. Celui-ci ne soulève pas la question de la légitimité morale et politique du processus d'accession à la souveraineté, car il ne fournit qu'un critère procédural nous permettant de déterminer si l'État en question a réussi ou non la souveraineté. Le principe de l'effectivité peut être conçu comme un principe palliatif provisoire en vue d'établir éventuellement un ordre juridique international plus complet. On accepte un tel principe, parce que l'on reconnaît implicitement que le droit reste encore indéterminé en partie quant aux règles de sécession. Le principe d'effectivité permet d'accepter de nouveaux États au sein de la communauté internationale même si ceux-ci ne sont pas parvenus à la souveraineté en conformité avec les quelques principes déjà reconnus au sujet des peuples colonisés ou opprimés.

En outre, les règles de droit international ne peuvent pas, dans l'ordre actuel des choses, être appliquées par une instance supranationale prenant la forme d'un gouvernement mondial. Il n'y a pas d'instance capable d'appliquer des sanctions efficaces et qui puisse remplacer les États souverains déjà existants. Les mesures adoptées aux Nations unies se sont très souvent avérées peu efficaces et, tout aussi souvent, les acteurs internationaux n'osent pas intervenir à l'encontre de la souveraineté des États. C'est tout cela qui nous fait conclure au caractère incomplet du droit international, et qui nous permet de parler d'une différence notable entre l'ordre constitutionnel canadien et l'ordre juridique international. Le premier ne semble pas pouvoir tolérer de zones grises et permet de baliser la sécession à cause des principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel, alors que le second est pour l'essentiel encore traversé par l'indétermination en ce qui a trait au processus devant conduire à la sécession. C'est pour cette raison que l'on peut être à l'extérieur de la légalité en droit international sans être pour autant dans l'illégalité, alors que, dans le cas du cadre constitutionnel canadien, il n'y a pas de place pour l'indétermination.

Les juges interprètent aussi la position des tenants de la doctrine de l'effectivité comme si celle-ci supposait que «ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis»<sup>31</sup>. Pourtant, tel que je viens de les décrire, les tenants du principe d'effectivité ne défendent pas cette thèse. Ils prétendent seulement que ce qui n'est pas explicitement autorisé ou interdit n'est pas pour autant implicitement interdit, pas plus qu'il n'est implicitement autorisé. Il existe des espaces politiques ayant trait à la sécession qui ne sont ni légaux ni illégaux. Ils se situent dans une zone grise, à l'extérieur du droit. Même si le droit international n'autorise pas une sécession unilatérale, cela ne veut pas dire qu'il l'interdit. Et même s'il n'interdit pas explicitement la sécession unilatérale, cela ne veut pas dire qu'il l'autorise. L'État qui s'engage dans le contrôle effectif de son territoire par une déclaration unilatérale de souveraineté se situe à l'extérieur de ce qui est reconnu comme légal par le droit international sans être pour autant dans l'illégalité.

Tel était l'état du droit international avant que la Cour n'émette un avis sur le sujet de la sécession. Il faut reconnaître que les juges de la Cour suprême sont parvenus jusqu'à un certain point à faire évoluer l'argumentation traditionnelle que nous venons d'examiner au niveau du droit international. Les balises nouvelles apportées par la constitution canadienne, et mises en évidence par la Cour, peuvent servir à guider la communauté internationale dans les délibérations conduisant à une éventuelle reconnaissance de nouveaux États souverains. Puisque le droit interne est complet, et, puisque la communauté internationale devra s'inspirer des principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien, il n'est en principe plus possible de se situer complètement dans une zone grise, y compris sur le plan international, pour déterminer si l'on pose un geste légal ou illégal. Du moins est-ce ainsi que les choses se présentent concernant une démarche sécessionniste amorcée à l'intérieur du Canada.

La Cour peut-elle aller jusqu'à conclure que le principe de l'effectivité est illégal? Est-ce que le contrôle effectif du territoire serait nécessairement illégal? Les juges ne doivent-ils pas admettre plutôt que la

---

<sup>31</sup> *Id.*, par. 143.

question reste posée même après que l'on ait subordonné le droit international à un système interne canadien de principes formant un tout exhaustif? Même si la communauté internationale était elle-même amenée à évaluer la situation en s'inspirant des principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien, ne pourrait-il pas y avoir des zones grises? Que dire de ce qui se passerait si les négociations aboutissaient à une impasse? Le Québec pourrait être tenté de déclarer sa souveraineté et la communauté internationale se demanderait si les deux parties ont négocié en conformité avec les principes sous-jacents. En revanche, puisque la Cour comprend le principe de l'effectivité comme une déclaration de souveraineté faite sans négociations préalables, elle laisse entendre que celui-ci va à l'encontre des quatre principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien. La communauté internationale ne reconnaîtra pas la légitimité de la démarche souverainiste. C'est sans doute aussi une autre raison qu'elle a de rejeter le principe de l'effectivité.

La Cour tire des conclusions négatives à l'égard de la doctrine de l'effectivité en se servant de trois prémisses fondamentales. Elle interprète injustement cette doctrine comme affirmant que ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis. Elle l'interprète ensuite comme faisant intervenir un droit de sécession «unilatérale» au sens de «sans négociations préalables». Et elle soutient que si le Québec tente de déclarer unilatéralement sa souveraineté, la communauté internationale devra la considérer non seulement comme illégale, mais aussi illégitime, parce que réalisée dans la violation des quatre principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien.

J'accepte pour ma part l'idée que la communauté internationale puisse s'inspirer des quatre principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien. Je récuse la conception que la Cour se fait du principe d'effectivité.

Les juges comprennent mal le principe de l'effectivité. Je dirais même qu'ils caricaturent le principe pour être en mesure d'en disposer plus facilement ensuite. Les juges comparent la sécession unilatérale au comportement d'un *squatter*. Celui-ci peut après quelque temps prendre possession légalement d'un

domicile qu'il occupe si le propriétaire ne le réclame pas à temps. Or, le fait que le *squatter* puisse se retrouver en situation de légalité après un certain temps ne nous permet pas, selon les juges, de conférer rétroactivement une légalité au geste initialement posé. Le *squatter* qui parvient à obtenir le droit de rester dans le logement qu'il occupe ne rend pas moins illégal l'acte de *squatter*<sup>32</sup>. Il en serait de même avec une sécession unilatérale accompagnée d'un contrôle effectif du territoire. Parallèlement, la Cour reconnaît que la sécession du Québec peut dans certaines circonstances être légitime, et que c'est à la communauté internationale de soupeser la légitimité et la légalité du geste posé. Elle reconnaît donc implicitement la possibilité qu'une déclaration unilatérale illégale puisse être légitime et que, pour cette raison, la communauté internationale puisse être amenée à accorder plus de poids à la légitimité de la démarche qu'à sa légalité.

Or, dans les faits, cela revient à reconnaître un certain mérite à la doctrine de l'effectivité. La Cour dénonce le principe d'effectivité<sup>33</sup>, mais elle reconnaît aussi que le contrôle effectif du territoire pourrait survenir dans le contexte d'une déclaration unilatérale (sans l'accord de l'État parent) faisant suite à une attitude intransigeante du gouvernement fédéral ou des provinces. Une tentative d'assurer le contrôle effectif du territoire, soutient la Cour, peut conduire à l'accession à la souveraineté et à la reconnaissance par la communauté internationale, même si cela ne rend pas nécessairement légal le processus en question. Certes, les juges soutiennent que même si le contrôle effectif du territoire peut conduire à la reconnaissance internationale en tant qu'État souverain, cela ne rend pas moins illégal le geste posé, s'il est posé sans négociations préalables. Néanmoins, que dire de la situation où des négociations auraient eu lieu? Et que dire d'une situation où la légalité à elle-même ne suffit pas, car la légitimité entre aussi en ligne de compte? La légalité du processus n'est pas la seule chose à considérer puisque la Cour reconnaît que le processus pourrait être légitime.

---

<sup>32</sup> *Id.*, par. 146.

<sup>33</sup> *Id.*, par. 106-108 et 140-146.

En somme, la Cour semble officiellement réfuter le principe d'effectivité dans ses commentaires de la plaidoirie de *l'amicus curiae*, parce que le principe intervient dans le cadre d'une démarche illégale en droit interne. La Cour définit le principe d'effectivité comme proclamant «qu'un acte illégal peut en fin de compte devenir légal si, en tant que fait empirique, il est reconnu à l'échelle internationale»<sup>34</sup>. Elle va toutefois trop loin quand elle suppose une illégalité qui découlerait d'une déclaration de souveraineté réalisée sans négociations préalables. Une telle illégalité n'a rien à voir avec une illégalité résultant de l'intransigeance du gouvernement fédéral pendant les négociations. La seconde serait bien moindre que la première, et ce d'autant plus que la déclaration aurait fait suite à une démarche réalisée en conformité avec les principes sous-jacents. La Cour reconnaît donc la légitimité possible d'un processus qui se situerait à l'extérieur de la légalité, ce qui revient à reconnaître la doctrine de l'effectivité elle-même.

La Cour choisit de faire une interprétation caricaturale du principe de l'effectivité. Cependant même si la position officielle adoptée par les neuf juges donne l'impression qu'ils sont en train de réfuter ce principe, ils reconnaissent en même temps la légitimité d'une démarche qui correspond à la caractérisation classique du principe. Lorsque l'on reconstruit dans le détail l'argument déployé par les neuf juges, on constate que l'Avis reconnaît tout cela. Cette duplicité de l'Avis trahit les précautions politiques qui sont prises pour ne pas avoir à prendre ouvertement acte du droit moral du Québec à disposer de lui-même.

## 6. L'OBLIGATION DE NÉGOCIER

Si les juges concluent à l'illégalité d'une déclaration de souveraineté aboutissant à un contrôle effectif du territoire, c'est, ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer, parce qu'ils font intervenir implicitement le droit interne canadien pour évaluer le geste de sécession, et parce qu'ils considèrent une situation de refus de négocier. En somme, le droit interne a, à leurs yeux, une certaine primauté sur le droit international. Avant que n'ait été formulé l'Avis des neuf juges, on aurait cependant pu prétendre qu'au moment de déclarer sa souveraineté, le Québec entre déjà sous la gouverne du droit international. La déclaration de souveraineté

---

<sup>34</sup> *Id.*, par. 146.

revient à s'extirper du cadre juridique interne pour se mettre sous la coupole du droit international. Et une fois que l'on est ainsi soumis aux règles du droit international, il suffit de s'engager dans le contrôle effectif du territoire et d'obtenir la reconnaissance internationale pour être souverain. Les seules balises du droit international sont alors procédurales et le contrôle effectif du territoire n'a pas à être jugé légal ou illégal en se servant du droit interne canadien. Le fait de se placer d'emblée sous l'égide du droit international aurait donc eu pour effet de nous positionner provisoirement dans des limbes juridiques, parce que le droit international n'autorise pas le contrôle effectif du territoire pas plus qu'il l'interdit.

Comme on l'a vu, les juges se sont éloignés de cette façon de voir les choses. Ils ont prétendu qu'aucune règle positive ne venait appuyer en droit international une démarche «unilatérale» de sécession, c'est-à-dire réalisée sans négociation préalable. Ils ont caricaturé le principe de l'effectivité défendu par *l'amicus curiae*. Ils ont enfin proposé que l'évaluation de la légitimité de la démarche souverainiste par la communauté internationale soit soumise à la détermination de l'accord avec les quatre principes sous-jacents. Ainsi, on n'entre pas entièrement sous la gouverne du seul droit international lorsqu'on déclare sa souveraineté, car la communauté internationale doit se soumettre aux quatre principes sous-jacents pour décider ou non de reconnaître le nouvel État.

Puisqu'ils ont répondu non aux deux questions, les juges n'ont pas eu à faire entrer en compétition les règles du droit international et celles du droit interne, mais ils supposent clairement que le droit interne a la primauté sur le droit international. S'ils avaient été disposés à reconnaître qu'au moment de déclarer sa souveraineté, le Québec entrerait sous la portée du droit international, ils auraient alors été forcés de conclure qu'une déclaration unilatérale n'est pas encore parfaitement balisée par le droit international et qu'elle ne peut en ce sens être considérée comme illégale. Ce n'est toutefois pas ce qui est arrivé. Les juges ont innové en la matière en prenant les devants et en encadrant le processus conduisant à la sécession. Puis, ils se sont servis de ces nouvelles avancées pour renverser l'ordre des choses. Loin d'avoir à se soumettre au jugement de la communauté internationale, les juges prétendent que la communauté

internationale n'aurait d'autre choix que de se conformer aux règles du droit interne canadien et de s'en inspirer pour parvenir à porter un jugement éclairé sur la légitimité du processus sécessionniste.

Par conséquent, même si elle n'a pas eu à répondre à la troisième question, certains passages de l'Avis suggèrent assez fortement que la Cour tend à subordonner l'ordre juridique international à l'ordre juridique canadien. Pour la Cour, la reconnaissance internationale de l'État du Québec dépendra dans une large mesure de l'évaluation que la communauté internationale fera du comportement de diverses parties à la négociation, à la lumière des principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien. Voilà pourquoi il n'y a pas aux yeux de la cour de zone grise. Les principes constitutionnels canadiens viennent en quelque sorte compléter le droit international. La communauté internationale est ainsi assujettie au droit interne canadien, car, pour qu'une reconnaissance internationale survienne, il faut que le comportement des parties en présence s'accorde avec les principes sous-jacents au droit interne canadien.

Cette thèse de la primauté du droit interne sur le droit international est de plus en plus contestée. Même si elle est encore mise de l'avant par certains juristes, la communauté internationale est de plus en plus en train de s'éloigner de cette vieille conception du rapport entre le droit interne et le droit externe. Toutefois il n'est pas nécessaire de s'engager dans cette voie argumentative, car les juges ont raison de considérer qu'une déclaration unilatérale de souveraineté a quelque chose de problématique si elle n'a pas de légitimité. La Cour a sans doute raison de prétendre que la doctrine de l'effectivité, à elle seule, serait nettement insuffisante pour légitimer la démarche souverainiste. Si je me suis porté à la défense de cette doctrine dans la section précédente, c'était d'ailleurs justement parce qu'elle pouvait dans certaines circonstances être la seule doctrine juridique disponible pour justifier un processus s'appuyant sur des arguments moraux et politiques qui ne sont pas encore judiciarialisés.

La doctrine d'effectivité ne doit pas à mes yeux nécessairement l'emporter sur des principes comme ceux qui sont sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien. De tels principes pourraient en certaines circonstances être importants, que le droit interne ait ou non préséance sur le droit international. Je suis

donc d'accord pour dire que le principe d'effectivité, à lui seul, ne fait pas intervenir des justifications morales suffisantes. On pourrait raisonnablement soutenir que le principe démocratique, le principe du fédéralisme ou du respect des différents ordres de gouvernement, le principe de la primauté du droit et celui du respect des minorités, sont des principes procéduraux qui doivent aussi figurer dans n'importe quel traité ou constitution, et régir autant l'ordre international que l'ordre constitutionnel interne. Même si, au moment de déclarer sa souveraineté, le Québec n'était plus sous l'emprise du droit interne canadien, mais bien sous celle du droit international, il faudrait quand même admettre que le processus de sécession doit être balisé à la lumière de principes semblables à ceux qui interviennent en droit interne canadien.

Autrement dit, la doctrine de l'effectivité ne peut à elle seule constituer une justification morale pour la sécession. Les juges ont raison de prétendre que l'on ne peut justifier une démarche sécessionniste en s'appuyant seulement sur le principe de la démocratie<sup>35</sup>. Que l'on soit d'accord ou non avec la primauté du droit interne sur le droit externe, il faut savoir gré à la Cour d'avoir attiré l'attention sur un nouvel ensemble de principes importants. Les principes sous-jacents qu'elle invoque affectent d'une manière générale le processus devant conduire à la sécession du Québec. Le Québec et le Canada ont la responsabilité (morale pour le Québec et constitutionnelle pour le Canada) de s'engager dans une négociation à la suite d'un vote favorable à la souveraineté. La Cour est très explicite sur ce point<sup>36</sup>.

Plusieurs commentateurs ont noté avec raison que la Cour obligeait les deux parties à négocier après un vote favorable à la souveraineté. Peu de gens ont souligné le fait que ces négociations devaient déborder largement le seul cadre des conditions de sécession. Et pourtant, la Cour est aussi très claire à ce sujet. Les neuf juges s'opposent à l'idée que les négociations ne doivent porter que sur les conditions de sécession<sup>37</sup>. Les négociations doivent porter aussi sur l'ensemble des questions qui intéressent les acteurs en présence. Il faut traiter «des intérêts du gouvernement fédéral, du Québec et des autres provinces, d'autres

---

<sup>35</sup> *Id.*, par. 75.

<sup>36</sup> *Id.*, par. 86, 88, 95, 103 et 104.

<sup>37</sup> *Id.*, par. 90.

participants [...]»<sup>38</sup> Le Québec et le Canada ont la responsabilité de négocier le partage de la dette, et de déterminer avec le Canada les modalités de la préservation de l'union économique<sup>39</sup>. Les négociations porteraient aussi des minorités linguistiques et culturelles, dont les peuples autochtones, réparties de façon inégale dans l'ensemble du pays.»<sup>40</sup> On a donc tort de penser que les négociations ne concerneraient que les conditions de sécession. Selon les juges, elles devraient traiter «des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités.»<sup>41</sup>

Les souverainistes peuvent donc prétendre qu'ils ont eu un comportement irréprochable à cet égard. Ils ont non seulement depuis le début affirmé leur intention de négocier après un vote favorable à la souveraineté les conditions de la sécession, mais ils ont aussi déjà mis de l'avant une proposition de partenariat. Ils sont non seulement d'accord pour qu'il y ait des négociations, **mais** aussi pour que celles-ci portent sur plusieurs autres sujets que les conditions de sécession. Pour la Cour, le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion. Les souverainistes sont d'accord et proposent que, même après avoir accédé à la souveraineté, des négociateurs permanents fassent partie d'un conseil ministériel. Les négociations pourraient donner lieu à des ententes prenant la forme d'un traité liant le Canada et le Québec, et ce traité pourrait voir son application contrôlée par un tribunal d'arbitrage. En somme, les souverainistes n'ont jamais prétendu que la doctrine de l'effectivité et le principe de la démocratie suffisaient à légitimer la démarche québécoise. Ils ont depuis le début appuyé leur démarche sur des considérations morales solides, tant au niveau des justifications pour la sécession (la non-reconnaissance du peuple québécois) qu'au niveau du processus de négociations (l'offre de partenariat).

Qu'on me comprenne bien ici. Je ne prétends pas qu'il existe une obligation de s'entendre sur quoi que ce soit, **mais** bien une obligation de négocier. En outre, cette obligation de négocier ne concerne pas

---

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

<sup>39</sup> *Id.*, par. 96.

<sup>40</sup> *Id.*, par. 96.

<sup>41</sup> *Id.*, par. 151.

explicitement le projet d'une union économique et politique. Cependant, puisque les neuf juges prétendent que les négociations devront tenir compte de l'union économique, des intérêts du Québec, du Canada, des Autochtones et des minorités, et puisque la proposition de partenariat contiendra des mesures qui permettent de répondre aux attentes de la Cour, il s'ensuit que le gouvernement fédéral et les provinces auront l'obligation de négocier avec le Québec si ce dernier fait une proposition de partenariat qui tient compte des intérêts de tous. Il y a donc en ce sens une obligation constitutionnelle de négocier toute éventuelle proposition de partenariat. Les propos de Stéphane Dion à l'effet que la proposition de partenariat serait rejetée du revers de la main sont donc réfutés par la Cour suprême elle-même.

## **7. QUELQUES DÉSACCORDS FONDAMENTAUX**

Jusqu'ici, j'ai souligné la facture politique de l'Avis. J'ai montré que la constitution canadienne était bel et bien un carcan malgré tous les efforts déployés par la Cour pour nous faire voir les choses autrement. J'ai mis en évidence l'usage insidieux et innovateur du mot «unilatéral» qui permet à la Cour de fournir au gouvernement fédéral la réponse qu'il espère obtenir. J'ai désamorcé l'argumentaire de la Cour contre le principe d'effectivité. J'ai enfin montré que l'obligation de négocier qui découle des principes sous-jacents correspond très précisément aux intentions des souverainistes et que ceux-ci assument cette responsabilité pleinement. Plusieurs ont souligné le fait qu'elle reconnaissait la légitimité d'un projet souverainiste qui aurait passé le test du référendum, ainsi que l'obligation de négocier après un vote favorable. On peut même dire que, selon les neuf juges, il existe une obligation constitutionnelle de négocier toute offre de partenariat qui tiendrait compte des intérêts de tous.

Ceci étant dit, l'Avis comporte également de graves lacunes. La Cour évite de se prononcer sur l'existence du peuple québécois, elle n'hésite toutefois pas à parler de la nation canadienne<sup>42</sup>. Elle prétend que les enjeux essentiels peuvent être résolus sans avoir à se prononcer sur l'existence du peuple québécois, mais elle omet de dire que c'est le rejet de cette existence qui est à l'origine des difficultés du Canada tel qu'on

---

<sup>42</sup> *Id.*, par. 43 et 125.

le connaît, et qui explique le problème politique à l'origine du renvoi<sup>43</sup>. Elle prétend rester neutre eu égard au débat sur l'existence du peuple québécois, mais elle rappelle que l'origine du Canada s'explique par la volonté de construire une nation qui ne reposeraient pas seulement sur la race<sup>44</sup>. Ce faisant, elle donne de l'eau au moulin de ceux qui voient dans le nationalisme québécois un mouvement strictement ethnique. Elle parle vaguement des difficultés de parvenir à des ententes constitutionnelles entre le Québec et le Canada<sup>45</sup>, elle ne fait cependant pas référence au geste posé par le gouvernement fédéral en 1982, geste qu'elle cherche à entériner à tentant vainement de montrer que la constitution canadienne n'est pas un carcan.

La Cour n'hésite pas à parler de la nation canadienne, mais elle hésite cependant à parler de l'existence d'une nation québécoise. On pourrait penser que cela ne change rien quant au fond du jugement, ainsi que le prétendent les neuf juges. Néanmoins en traitant le cas du Québec comme s'il s'agissait d'une province comme les autres, la Cour reconduit le principe de l'égalité des provinces, ce qui revient à nier le statut particulier du Québec dans la fédération. De cette manière, la Cour contribue indirectement à nier l'existence du peuple québécois.

Plus gravement encore, la Cour invoque la nécessité de préserver le principe de la double majorité dans le cadre d'un processus d'accession à la souveraineté<sup>46</sup>, alors qu'elle ne l'a pas fait à l'occasion du geste unilatéral posé par Ottawa en 1982. Même si le nouvel ordre constitutionnel a été imposé sans consultation populaire et à l'encontre d'une résolution presque unanime de l'Assemblée nationale québécoise, elle ne semble pas avoir vu dans ce rapatriement un geste qui allait à l'encontre des principes fondamentaux qu'elle invoque pourtant à l'encontre d'une déclaration unilatérale de souveraineté. Selon les neuf juges, «le processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la

---

<sup>43</sup> *Id.*, par. 125.

<sup>44</sup> *Id.*, par. 43.

<sup>45</sup> *Id.*, par. 137.

<sup>46</sup> *Id.*, par. 93 et 152.

population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigerait 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. On ne peut admettre que l'une ou l'autre de ces majorités l'emporte sur l'autre. Une majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits.»<sup>47</sup>

Cependant, que dit la Cour au sujet de l'ordre constitutionnel de 1982? Nous pouvons lire: «La loi constitutionnelle de 1982 est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable.»<sup>48</sup> Elle soutient que, «malgré le refus du gouvernement du Québec de souscrire à leur adoption, le Québec est devenu lié par les termes d'une Constitution qui est différente de celle qui était en vigueur jusque-là»<sup>49</sup>. Elle estime que:

l'évolution de nos arrangements constitutionnels a été marquée par l'adhésion aux principes de la primauté du droit, le respect des institutions démocratiques, la prise en compte des minorités, l'insistance sur le maintien par les gouvernements d'une conduite respectueuse de la Constitution et par un désir de continuité et de stabilité.<sup>50</sup>

En somme, il serait anticonstitutionnel pour le Québec de faire sécession sans le consentement de la majorité canadienne, mais ce n'était pas anticonstitutionnel pour le Canada d'imposer un nouvel ordre constitutionnel en 1982 sans le consentement de la majorité québécoise.

Autrement dit, les neuf juges estiment maintenant qu'un changement constitutionnel comme la «séparation» d'une «province» requiert une conciliation d'intérêts tenant compte de deux majorités, l'une au Canada et l'autre au Québec. La Cour découvre seulement maintenant l'importance de la nécessité de concilier deux majorités dans le contexte politique de l'accession du Québec à la souveraineté. Comme on

---

<sup>47</sup> *Id.*, par.93.

<sup>48</sup> *Id.*, par. 32.

<sup>49</sup> *Id.*, par. 47.

<sup>50</sup> *Id.*, par. 48.

le voit, les principes sous-jacents sélectionnés par la Cour interviennent au bon moment. La Cour les sort de son chapeau en temps opportun sur le plan de la construction nationale canadienne.

Les neuf juges nommés unilatéralement par Ottawa ont été invités à répondre à des questions déterminées unilatéralement par Ottawa au sujet d'une constitution imposée unilatéralement par le reste du Canada. Leur conclusion unanime a été que le Québec n'avait pour sa part pas le droit de déclarer unilatéralement sa souveraineté sans négociations préalables. Cherchez l'erreur. N'est-ce pas deux poids, deux mesures? Tout à Ottawa peut être fait unilatéralement, mais le Québec ne peut en faire autant. La Cour ne semble pas avoir trouvé opportun de défendre le principe de la double majorité lors du rapatriement de la constitution en 1982, et, en ce sens, on pourrait être tenté de lui reprocher d'adopter une politique de deux poids, deux mesures. La Cour semble avoir modifié les règles du jeu en cours de route et toujours à l'avantage du gouvernement fédéral. La convention constitutionnelle qui conférait un droit de veto au Québec a même été rejetée du revers de la main. Elle constituait pourtant l'incarnation du principe de la double majorité démocratique. Cette duplicité peut paraître comme un aspect regrettable de l'Avis et montre une fois de plus que la Cour suprême n'est pas neutre.

Les juges ont au fond reconnu, il est vrai, qu'une déclaration unilatérale faisant suite à des négociations menées de bonne foi par le gouvernement québécois ne serait pas plus illégitime que le rapatriement de la constitution canadienne réalisé en 1982 sans le consentement du gouvernement québécois. Les juges ne pouvaient quand même pas condamner sans nuance une déclaration unilatérale de la part d'une majorité légitime québécoise, alors qu'ils n'ont jamais remis en question la légitimité du rapatriement réalisé par la majorité canadienne. Une lecture partielle et partielle de l'histoire du fédéralisme canadien est quand même contenue dans le document. Les juges font bien attention de ne pas souligner le coup de force constitutionnel ayant donné lieu au rapatriement de 1982. La Cour en profite au contraire pour mentionner que la légalité de l'ordre constitutionnel n'est «ni contestée ni contestable». <sup>51</sup> Elle omet cependant de

---

<sup>51</sup> *Id.*, par. 32.

mentionner que selon l'ensemble de la classe politique québécoise, le caractère illégitime de cet ordre constitutionnel n'est «ni contesté ni contestable». Un bloc de granit constitutionnel est, en effet, bel et bien tombé sur la tête des Québécois en 1982. En revanche, puisque l'illégitimité de cet ordre constitutionnel est évidente, on peut dire que le bloc de granit est fissuré de toute part. L'illégitimité entache même l'effectivité de cet ordre constitutionnel.

Pire encore, lorsque les juges disent que l'ordre constitutionnel canadien est «en vigueur» sur le territoire québécois, ils ne font rien de plus que chercher à assurer le contrôle effectif de l'État fédéral sur le territoire du Québec. En somme, la Cour applique elle-même le principe d'effectivité qu'elle critique lorsqu'elle envisage la possibilité que celui-ci soit utilisé par le Québec. Si l'on avait respecté ce qui avait toutes les apparences d'être une convention constitutionnelle, l'ordre constitutionnel ne serait jamais entré en vigueur. La Cour a choisi à l'époque de statuer contre l'existence d'une telle convention constitutionnelle. Ce faisant, elle a encore une fois contribué à assurer le contrôle effectif de l'État fédéral sur le territoire du Québec.

On peut certes rétorquer qu'une différence majeure existe entre les deux situations. Si le Québec s'était engagé par une déclaration unilatérale (sans négociations préalables) dans le contrôle effectif de son territoire, il aurait alors violé les principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien. Ces principes n'ont toutefois pas le même statut juridique que les conventions constitutionnelles. Les principes constitutionnels ont une valeur légale presque aussi importante que les clauses explicites de la constitution canadienne, alors que les conventions constitutionnelles ont moins d'importance.

La différence de statut juridique entre des principes sous-jacents et des conventions constitutionnelles n'est pas une vérité immuable. C'est bien au contraire le résultat d'une innovation survenue dans l'Avis produit par la Cour. C'est en 1997 que la catégorie «principes sous-jacents apparaît dans la jurisprudence» à

l'occasion du Renvoi relatif à la rémunération des juges.<sup>52</sup> Avant cet Avis, on n'avait jamais accordé aux principes sous-jacents un statut presque équivalent à des clauses explicites du texte constitutionnel. Selon les neuf juges, les principes sous-jacents et les clauses explicites ont désormais une importance presque équivalente et ces deux sortes de principes semblent avoir une importance supérieure à des conventions constitutionnelles.

Ces changements d'interprétation de l'ordre constitutionnel canadien sont effectués pour des motifs politiques, et ils visent à consolider l'ordre constitutionnel canadien. Telle est notre première conclusion. L'autre conclusion est qu'il n'y a peut-être pas beaucoup de différence entre l'entrée en vigueur d'un ordre constitutionnel (canadien) qui viole une convention constitutionnelle, et l'entrée en vigueur d'un ordre constitutionnel (québécois) qui viole un ordre constitutionnel canadien illégitime, puisqu'imposé sans le consentement du Québec, surtout si cela survient après une tentative infructueuse de négocier avec le gouvernement canadien. En déclarant sa souveraineté après des négociations infructueuses, le Québec ne ferait rien de plus que rendre au gouvernement fédéral la monnaie de sa pièce.

Ce sont là quelques-unes des omissions et déclarations tendancieuses que contient l'Avis. Malgré ces quelques aspects plutôt négatifs, et sans considérer le problème posé par la nécessité qu'une majorité claire se prononce sur une question claire, les neuf juges ont émis un avis très favorable à l'endroit du Québec. L'obligation de répondre à des questions biaisées ne les a pas empêchés de tenir un discours qui surplombe quelque peu la mêlée. Les juges ont reconnu la légitimité du projet souverainiste et l'obligation de négocier. Ils ont admis que le Québec pourrait dans certaines conditions avoir le droit de chercher à faire sécession. Ils ont spécifié quel devait être l'objet de ces négociations. Ils ont également soutenu qu'en cas d'impasse dans les négociations, les comportements du Québec et du Canada seraient évalués par la communauté internationale. Ils ont écrit qu'un Québec, qui aurait négocié de bonne foi face à l'intransigeance du gouvernement fédéral, pourrait réussir la souveraineté même sans le consentement de

---

<sup>52</sup> Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.), [1997] 3 R.C.S. 3

son vis-à-vis canadien. Ils ont enfin aussi contribué à faire comprendre à tous les souverainistes pourquoi ceux-ci avaient raison de faire une proposition de partenariat. Cette proposition n'est pas là simplement pour des motifs stratégiques, à savoir convaincre les souverainistes mous. Elle n'est pas proposée non plus parce que l'on croit naïvement que le Canada sera favorablement disposé à cet égard. Les Canadiens s'y opposeront jusqu'à ce que le résultat du vote en faveur de la souveraineté soit positif. La proposition de partenariat est proposée parce que le Québec doit, pour obtenir la reconnaissance internationale, adopter un comportement moralement irréprochable.

## **CONCLUSION**

Le gouvernement fédéral s'est adressé à la Cour suprême fédérale pour que celle-ci se prononce sur le caractère «illégal» d'une déclaration unilatérale de souveraineté qui ferait suite à un référendum victorieux. Il s'est servi d'une institution dont les membres sont nommés par le gouvernement fédéral pour lui faire jouer un rôle politique. La déclaration unilatérale de souveraineté est-elle vraiment illégale? Comme on l'a vu, notre réponse à cette question doit être nuancée. Car le caractère «illégal» du geste pourrait être largement compensé par la légitimité de la démarche.

Le processus d'accession du Québec à la souveraineté doit se faire en accord avec les règles de l'État de droit. Les droits fondamentaux des citoyens doivent être respectés, et aucun vide juridique ne doit survenir. Il faut qu'au moment d'accéder à la souveraineté, le gouvernement du Québec remplace l'ordre juridique ancien par un ordre juridique nouveau qui assure la protection continue des libertés fondamentales appartenant en propre à tous les citoyens. Autrement, on imposerait la tyrannie de la collectivité aux individus, et cela serait évidemment inacceptable. Cependant, il est tout aussi inacceptable que l'État canadien impose son ordre constitutionnel contre le vœu de la majorité des Québécois. Procéder de cette façon, c'est imposer la tyrannie de la majorité canadienne à la nation minoritaire québécoise.

Tels sont donc les arguments que l'on peut invoquer à l'encontre de ceux qui voient dans une déclaration unilatérale de souveraineté un geste qui est tout bonnement «illégal». Nos réponses montrent la vacuité de

la perspective étroitement juridique et légaliste qu'adopte, en désespoir de cause, le gouvernement fédéral. Les enjeux relatifs à la question québécoise sont d'abord et avant tout moraux et politiques, et doivent être traités comme tels par ceux qui sont réellement respectueux des règles démocratiques. Personne, et pas même le plus haut tribunal du pays, ne pourra nier le droit inaliénable du Québec à l'autodétermination.