

BUREAU DE COORDINATION DES ÉTUDES
Fiche d'identification de la mise à jour

COMMISSION : Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (Bélanger-Campeau).

ÉTUDE ORIGINALE

Référence : Volume 2, pages 1 à 110

Auteur : José Woehrling

Titre : Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec

MISE À JOUR

Auteur : José Woehrling

Titre : Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec

ANNEXE « A »

Mise à jour de l'étude intitulée

« Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec »

**Produite dans le cadre des travaux de la
Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec**

Par: José Woehrling

En date du 7 janvier 2002

Document complémentaire à l'étude intitulée « Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec », réalisée en 1991 à la demande du Secrétariat de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec *

José Woehrling

Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal

Première partie : Rappel des éléments essentiels et des conclusions de l'étude originale

1. Une analyse concrète des règles juridiques internes et internationales qui conditionnent le changement de statut constitutionnel du Québec exige que l'on tienne compte, non seulement de la *légalité* des différentes attitudes susceptibles d'être adoptées par les autorités québécoises et canadiennes, mais également de leur *légitimité*, puisque celle-ci aura une influence déterminante sur la création des rapports de force et, par conséquent, sur l'efficacité et le succès des positions en présence.

I. - Les changements respectant le droit constitutionnel canadien

2. Pour opérer des changements au statut constitutionnel du Québec dans le respect de la Constitution canadienne, il est nécessaire de recourir à la procédure de modification prévue dans la Partie V (articles 38 à 49) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹.

A. - Le fonctionnement de la procédure de modification de la Constitution et les leçons pouvant être tirées de l'échec de l'Accord du Lac Meech - Les

* José Woehrling, professeur, Faculté de droit, Université de Montréal. L'étude a été publiée dans un document annexé au rapport de la Commission ; voir : Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, *Éléments d'analyse institutionnelle, juridique et démolinguistique pertinents à la révision du statut politique et constitutionnel du Québec*, Document de travail, numéro 2, 1991, pp. 1-110.

¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11).

perspectives de succès des revendications constitutionnelles du Québec
dans le contexte de la procédure actuelle de modification de la Constitution

3. La procédure de modification constitutionnelle se divise en cinq modalités. Les articles 44 et 45 permettent la modification de certaines parties de la Constitution du Canada par simple loi fédérale ou provinciale². Les trois autres procédures sont plus complexes et nécessitent une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et des assemblées législatives d'un nombre variable de provinces.

4. Pour la modification des dispositions constitutionnelles applicables à *certaines* provinces seulement, c'est-à-dire une ou plusieurs mais non toutes, l'article 43 réclame le consentement des deux Chambres fédérales et de l'assemblée législative de chaque province « concernée », c'est-à-dire visée par la modification adoptée en vertu de l'article 43. Il faut se demander s'il permet également l'adoption de dispositions entièrement nouvelles, applicables uniquement à une ou plusieurs provinces. Pour certaines raisons analysées dans l'étude, une réponse négative paraît s'imposer. Il ne semble donc pas que l'article 43 permettrait au Québec d'obtenir, avec le seul accord des chambres du Parlement fédéral, une modification constitutionnelle reconnaissant le caractère distinct de la société québécoise comme celle qui était contenue dans l'Accord du lac Meech. En outre, il est clair qu'un renouvellement du fédéralisme exigerait des modifications au partage des compétences qui ne peuvent être réalisées par l'entremise de l'article 43. Enfin, la procédure de l'article 43 ne permettrait pas la sécession d'une province.

5. L'article 41 accorde un droit de veto à chacune des dix provinces et aux autorités fédérales. L'alinéa 41a) vise « la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur ». On constatera plus loin que cette disposition a pour effet de soumettre à la règle de l'unanimité non seulement l'abolition de la

² On examinera plus loin la portée du pouvoir de modification constitutionnelle des législatures provinciales prévu à l'article 45, en analysant les conditions dans lesquelles pourrait être adoptée une nouvelle Constitution québécoise. Quant au pouvoir de modification du Parlement fédéral, qui découle de l'article 44, il ne présente pas d'intérêt pour les problèmes qui nous occupent.

monarchie au niveau d'une province, mais également la modification des institutions parlementaires provinciales. L'alinéa 41c), combiné avec l'alinéa 43b), vise certaines dispositions constitutionnelles relatives à l'usage du français ou de l'anglais. Il s'agit notamment de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³, qui contient en particulier une disposition appelée « clause Canada », en application de laquelle doivent être admis à l'école publique anglaise au Québec les enfants dont l'un des parents a reçu son instruction en anglais au Canada. La Cour suprême s'est fondée sur cette disposition pour invalider l'article 73 de la *Charte de la langue française* (ou *Loi 101*)⁴ qui réservait le droit de fréquenter l'école publique anglaise aux seuls enfants dont l'un des parents avait reçu son instruction en anglais au Québec⁵. La procédure de l'unanimité serait donc requise pour modifier ou abroger l'article 23 de la *Charte*, si l'on voulait redonner sa validité à l'article 73 de la *Loi 101* ou, de façon plus générale, conférer au Québec une compétence pleine et entière en matière linguistique⁶. L'alinéa 41d), tout comme l'alinéa 42(1)d)⁷, soulève un problème d'interprétation complexe. Les dispositions concernant la Cour suprême étant contenues dans la *Loi sur la Cour suprême*⁸, il faut se demander si cette dernière a été enchâssée de façon implicite dans la Constitution, ou si les mentions faites dans les deux articles n'ont pas plutôt pour objet d'indiquer les modalités qui devront être utilisées pour l'y enchâsser à l'avenir. Quelle que soit l'interprétation retenue, les changements réclamés par le Québec à l'époque de l'Accord du lac Meech, à savoir la constitutionnalisation des dispositions prévoyant que trois des neuf juges doivent provenir du Québec, nécessiteraient l'accord des deux Chambres fédérales et de toutes les provinces

³ La *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-dessous la *Charte*) est la Partie I (art. 1 à 34) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁴ *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11.

⁵ *P.G. Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66.

⁶ Il y a discussion, en doctrine, pour savoir si la modification de l'article 23 de la *Charte canadienne* requiert la procédure normale de l'article 38 ou la procédure de l'unanimité de l'article 41, la majorité des auteurs optant pour cette deuxième solution. La question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux.

⁷ L'alinéa 42(1) prévoit que la procédure générale de modification, inscrite à l'article 38, s'applique notamment pour les questions suivantes : « d) sous réserve de l'alinéa 41d), la Cour suprême du Canada ».

⁸ *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26.

dans la mesure où cela touche la *composition* de la Cour. Enfin, l'alinéa 41e) vise les articles 38 à 49 qui forment la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, aucune disposition relative à la procédure de modification ne peut être modifiée autrement que selon la règle de l'unanimité. Comme on le sait, le Québec réclamait, avec l'Accord du Lac Meech, deux amendements à la procédure de modification, le premier pour se voir reconnaître un droit de veto supplémentaire, le deuxième pour élargir le droit à la compensation financière en cas d'exercice par une province du « droit de retrait » prévu à l'article 38(3).

6. La procédure de modification « normale », prévue aux articles 38 à 40 et 42, s'applique pour toutes les questions ne relevant pas d'une des autres procédures. Elle doit notamment être utilisée pour modifier les dispositions relatives à la répartition des pouvoirs législatifs entre le Parlement fédéral et les législatures des provinces, ainsi que celles de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Sa mise en œuvre nécessite l'accord des deux chambres fédérales et d'au moins deux tiers des provinces (soit sept sur dix), dont la population confondue représente au moins la moitié de la population de toutes les provinces. Les alinéas 38(3) et (4) prévoient un « droit de désaccord », plus communément appelé « droit de retrait », qu'une province peut exercer à l'égard de toute modification « dérogatoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial ». Une modification à l'égard de laquelle une, deux ou trois provinces ont validement exercé leur droit de retrait est « sans effet » dans les provinces considérées. Le droit de retrait doit être distingué du droit de veto, qui permet d'empêcher complètement l'adoption d'une modification constitutionnelle. Conformément à l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les provinces qui exercent le droit de retrait à l'égard d'une modification relative à un transfert de compétences provinciales au Parlement canadien n'ont droit à une compensation financière que lorsque le transfert a lieu en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels. On sait qu'une des modifications demandées par le Québec avec le défunt Accord du lac Meech consistait à élargir la compensation financière à *tous les cas* d'exercice du droit de retrait.

7. Une province ne peut exercer ni droit de veto ni droit de désaccord à l'égard des modifications visées par l'article 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parmi

lesquelles on trouve la modification des institutions centrales (Cour suprême, Sénat et Chambre des communes), la création de nouvelles provinces et le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires. Ainsi, par exemple, le Québec ne pourrait pas s'opposer à une réforme du Sénat contraire à ses intérêts, ni s'en retirer. Pour tenter de corriger cette situation, le gouvernement du Québec avait réclamé en 1986 un droit de veto sur les modifications visées à l'article 42. À la suite des négociations, le gouvernement québécois avait accepté qu'un pareil droit de veto soit reconnu à *toutes* provinces et qu'une disposition soit insérée dans l'Accord du lac Meech pour prévoir que les modifications visées à l'article 42 relèvent à l'avenir de la règle de l'unanimité.

8. Deux principales leçons peuvent être tirées des péripéties qui ont mené à l'échec de l'Accord du lac Meech. Elles font craindre que la procédure de modification fonctionnera tout aussi difficilement à l'avenir que cela a été le cas entre 1987 et 1990, ce qui justifie un certain pessimisme quant aux probabilités que le Québec puisse obtenir dans un avenir prévisible les réformes qu'il réclame. La première constatation porte sur la tendance des politiciens à marchander les changements constitutionnels, ce qui amène à réunir plusieurs modifications à l'intérieur d'une même résolution et à superposer ou à cumuler les exigences des différentes modalités de la procédure de modification. La seconde concerne le phénomène de «globalisation» du processus de modification constitutionnelle, qui consiste dans la multiplication des intervenants et augmente par conséquent la difficulté de parvenir à un consensus.

9. Le processus de modification de la Constitution donne inévitablement lieu à des négociations mettant aux prises le gouvernement central et les provinces, au cours desquelles les amendements désirés par chacun des protagonistes font l'objet d'un marchandage. La Constitution canadienne n'impose pas que les modifications constitutionnelles soient adoptées séparément les unes des autres (une à la fois, si l'on préfère), comme c'est le cas, par exemple, en Suisse. Plusieurs modifications, portant chacune sur des questions différentes, seront par conséquent insérées dans la même résolution destinée à être adoptée comme un tout indivisible par les chambres fédérales et les assemblées législatives provinciales. Dès lors, les exigences des diverses procédures de modification applicables seront superposées ou cumulées, c'est-à-dire devront *toutes* être respectées. Ce facteur

aura un effet « multiplicateur » sur la rigidité de la procédure de modification et les difficultés de sa mise en oeuvre. Ainsi, dans le cas d'un projet « indivisible » regroupant des modifications relevant, les unes de la procédure « 7 et 50 », les autres de la procédure de « l'unanimité sélective », le projet dans son ensemble ne pourrait être adopté qu'avec l'accord de sept provinces représentant la moitié de la population, à condition que, parmi elles, figurent toutes les provinces concernées par certaines des modifications contenues dans le projet.

10. Une autre cause de l'échec de l'Accord du lac Meech tient au fait que ce projet de réforme constitutionnelle, qui était d'abord destiné à satisfaire les conditions du Québec, s'est rapidement « globalisé ». Les provinces récalcitrantes, les peuples autochtones et certains groupes (par exemple les francophones du Nouveau-Brunswick, les anglophones du Québec, les associations féministes du Canada anglais, certaines communautés culturelles et ethniques issues de l'immigration) ont voulu profiter de l'occasion pour obtenir la satisfaction de leurs propres revendications constitutionnelles.

11. On constate que l'échec de l'Accord du Lac Meech est principalement dû à l'incompatibilité qui s'est faite jour entre les positions constitutionnelles du Québec et celles d'une grande partie du Canada anglais. Si en 1990 le Canada anglais a refusé les cinq conditions minimales du gouvernement Bourassa, il serait illusoire de croire qu'il sera prêt à y souscrire dans un avenir prévisible, voire à accepter des conditions plus exigeantes.

B. - L'adoption d'une nouvelle Constitution du Québec à l'intérieur du cadre constitutionnel actuel

12. Le projet d'une nouvelle Constitution provinciale du Québec, dans laquelle un certain nombre de règles actuellement éparses seraient rassemblées et éventuellement complétées, a été épisodiquement avancé au cours des dernières décennies. La Constitution du Québec se compose actuellement d'éléments qu'on peut ranger en deux catégories : d'une part, certaines dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*; d'autre part, des composantes diverses : lois organiques, conventions constitutionnelles, règles de *common law* et décisions judiciaires. Pour ce qui est des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*

servant de constitution provinciale au Québec, la législature québécoise était autorisée dès 1867 à en modifier certaines, d'autres ne pouvant cependant l'être que par le Parlement de Londres. Celles-ci servent en quelque sorte de Constitution formelle au Québec, puisqu'elles ne peuvent aujourd'hui encore être amendées que par le biais de la procédure de modification de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont la mise en oeuvre exige que le Québec obtienne l'accord des autorités fédérales et d'un certain nombre d'autres provinces et même, dans certains cas, de toutes celles-ci. Le pouvoir constituant du Québec, en tant que province canadienne, défini dans l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹, est donc limité et une nouvelle Constitution québécoise devrait rester compatible avec la Constitution du Canada.

13. Dans diverses décisions, la Cour suprême du Canada a jugé que le pouvoir constituant des législatures provinciales ne permet pas la modification des dispositions des constitutions provinciales qui pourraient être considérées comme contenant «une condition fondamentale de l'union formée en 1867» ou encore qui seraient «essentielles à la mise en oeuvre du principe fédéral». Au surplus, ce pouvoir ne permettrait pas «de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien».

14. L'article 4 de la *Charte canadienne des droits et libertés* fixe à cinq ans le mandat maximal des assemblées législatives provinciales (et de la Chambre des communes). L'article 3 de la *Charte* garantit le droit de vote et d'éligibilité aux élections provinciales et l'article 5 dispose que les législatures tiennent une séance au moins une fois tous les douze mois.

15. L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* institue le bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire pour l'État fédéral et pour le Québec. La Cour

⁹ En combinant l'article 45 avec l'alinéa 41a), qui prévoit que les modifications relatives à la charge de Reine, de gouverneur général et de lieutenant-gouverneur exigent le consentement des deux Chambres fédérales et de toutes les assemblées législatives provinciales, l'on constate que le nouveau pouvoir de modification des législatures des provinces équivaut à celui qui était prévu à l'ancien alinéa 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. (1985), app. II, n° 5.

suprême a jugé que l'article 133 s'applique également à la législation déléguée et aux tribunaux administratifs. En autant qu'il s'applique au Québec, l'article 133 ne pourrait être modifié que par accord entre les autorités québécoises et les autorités fédérales.

16. L'alinéa 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982* soustrait «la charge de Reine [...] et celle de lieutenant-gouverneur» au pouvoir de modification constitutionnelle des provinces, si bien qu'il enchâsse la monarchie et l'on peut sans doute conclure qu'il a également pour effet indirect d'enchâsser les règles essentielles du système parlementaire (le «gouvernement responsable»), étant donné le rôle clé qu'y tient le lieutenant-gouverneur, sur le plan juridique sinon politique. Le pouvoir constituant des provinces ne leur permettrait pas, par conséquent, d'adopter un système présidentiel à l'américaine.

17. Le pouvoir constituant des provinces a permis à celles dont la législature était à l'origine bicamérale d'abolir leur chambre haute¹⁰. Il leur permettrait sans doute aujourd'hui de reconstituer une deuxième chambre, destinée par exemple à assurer une meilleure représentation régionale.

18. Il faut se demander si les provinces ont la possibilité d'instaurer un système référendaire *décisionnel* (un système référendaire purement *consultatif*, comme celui qui existe actuellement au Québec, ne soulève aucun problème constitutionnel, dans la mesure où ses résultats ne sont pas contraignants sur le plan juridique). Selon la jurisprudence et les auteurs, il serait possible d'ajouter au système parlementaire certains éléments de démocratie directe, en donnant à la population le droit d'initier des référendums et en soumettant l'adoption de certaines lois à l'approbation populaire. Par contre, il serait interdit de superposer un système référendaire entièrement autonome au système législatif traditionnel et, *a fortiori*, de remplacer complètement celui-ci par celui-là.

19. En conclusion, il faut constater que la liberté du Québec de modifier sa Constitution interne est moins grande qu'il n'y paraît à la seule lecture des

¹⁰ La législature du Québec a aboli le Conseil législatif en 1968, l'Assemblée législative étant, par la même occasion, rebaptisée Assemblée nationale : *Loi sur la législature*, L.R.Q. 1977, c. L-1, art. 1.

dispositions pertinentes.

20. L'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* attribue le pouvoir constituant pour le Québec à la législature provinciale, ce qui signifie qu'une nouvelle constitution doit nécessairement être adoptée par celle-ci. Mais rien n'empêcherait de subordonner l'adoption de la loi contenant une nouvelle constitution à l'approbation populaire. Enfin, il serait possible de confier la rédaction de la constitution à une assemblée constituante, à condition de faire adopter le projet ainsi élaboré par la législature provinciale.

21. Il existe des techniques juridiques qui permettraient de conférer à une nouvelle Constitution québécoise une certaine suprématie sur les autres lois québécoises, existantes et à venir, c'est-à-dire de «l'enchâsser», en prévoyant par exemple sa modification par une majorité renforcée des membres de l'Assemblée nationale ou encore par approbation populaire à l'occasion d'un référendum.

C. - La sécession du Québec avec l'approbation du Canada anglais

22. Si le Québec décidait de se séparer du Canada pour devenir souverain, il pourrait en théorie y parvenir en respectant la Constitution canadienne, à condition d'utiliser la procédure de modification contenue dans la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

23. Aucune disposition de la Partie V ne prévoit expressément la sécession d'une province, mais comme la Constitution du Canada peut être entièrement modifiée selon l'une des procédures prévues, c'est-à-dire qu'aucune de ses caractéristiques n'est absolument intangible, il s'agirait seulement d'identifier celle des modalités s'appliquant en l'espèce. En éliminant les procédures qui, pour une raison ou une autre, ne permettraient pas une sécession, on arrive à la conclusion que celle-ci nécessiterait soit la procédure de l'unanimité de l'article 41, soit la procédure «7 et 50» de l'article 38. La question continue d'être débattue entre les spécialistes, une majorité étant d'avis que c'est la procédure de l'unanimité qui serait nécessaire. Le fait qu'un gouvernement provincial sécessionniste obtienne l'appui de sa population lors d'un référendum ne changerait rien aux données juridiques du problème, mais serait évidemment de nature à conférer à la démarche une légitimité politique fort

importante dans les circonstances.

24. Si la sécession d'une province s'effectuait sous l'empire de la Constitution canadienne, l'intégrité territoriale de la province sécessionniste serait garantie par certaines dispositions constitutionnelles qui prévoient que les frontières d'une province ne peuvent être modifiées sans son consentement.

25. Le principe même de l'accession à l'indépendance devrait recevoir une approbation démocratique. Seul un mandat clair et fort de la population créerait un rapport de force susceptible de placer le gouvernement du Québec dans une bonne position de négociation.

26. Les négociations avec le Canada anglais devraient respecter le cadre établi par la procédure de modification prévue par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Rien n'interdirait aux provinces de déléguer aux autorités fédérales le soin de négocier la séparation avec le Québec, mais il serait étonnant que beaucoup de gouvernements provinciaux décident d'adopter cette attitude. Il paraît plus vraisemblable qu'ils voudraient participer directement aux négociations.

27. Les négociations avec le Canada anglais devraient nécessairement porter sur le transfert de la souveraineté et la succession d'États et, si les différentes parties le désiraient, pourraient aussi porter sur la conclusion d'une association économique et politique plus ou moins étroite. Les négociations pourraient également porter sur les droits respectifs de la minorité anglophone du Québec et des minorités francophones du reste du Canada et conduire à la conclusion d'accords de réciprocité.

28. Les droits des peuples autochtones du Québec soulèveraient sans doute des difficultés particulières. Ces derniers réclament d'ores et déjà, dans le cadre constitutionnel actuel, l'exercice du droit à l'autodétermination interne sous la forme d'une autonomie gouvernementale et l'on peut facilement prévoir qu'ils continueraient d'en faire autant à l'occasion des efforts du Québec pour accéder à l'indépendance, ou encore après cette accession.

29. En même temps que se dérouleraient les négociations avec le Canada anglais,

une nouvelle Constitution d'un Québec souverain devrait être préparée et adoptée en vue de son entrée en vigueur lors de l'accession à l'indépendance. Le contenu de ce projet ne serait pas soumis aux limitations qui s'imposeraient dans le cas d'une constitution destinée à s'appliquer dans le cadre fédéral actuel. L'organe chargé de préparer la future Constitution québécoise serait donc libre de ses choix, du moins dans la limite des engagements internationaux auxquels un Québec souverain accepterait de se soumettre, y compris ceux découlant d'une éventuelle association économique et politique avec le Canada.

30. L'expression «succession d'États» s'entend de la substitution d'un État (l'État «successeur») à un autre (l'État «prédécesseur») dans la souveraineté à l'égard d'un territoire et dans la responsabilité des relations internationales de celui-ci. Les questions soulevées par cette situation sont principalement régies par le droit international public. Sur le plan interne, les problèmes relatifs à la succession d'États portent essentiellement sur le remplacement de l'ordre juridique de l'État prédécesseur par celui de l'État successeur en ce qui concerne le territoire, la population et les pouvoirs publics. Toutes ces questions étant très techniques (et ayant également fait l'objet d'études plus spécifiques commandées par la Commission à d'autres experts), il n'a pas été jugé utile d'inclure dans la présente synthèse un résumé des développements qui y sont consacrés dans l'étude originale.

II. - Les changements ne respectant pas le droit constitutionnel canadien : la sécession unilatérale du Québec

A. - Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le droit de sécession en droit international

31. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes peut s'exercer non seulement par l'accession à la *souveraineté externe*, mais également par l'autodétermination *sur le plan interne*, à l'intérieur d'un État englobant, c'est-à-dire par le biais de divers régimes de décentralisation et d'autonomie gouvernementale. Pour la très grande majorité des auteurs ayant examiné la question, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'entraîne un droit à l'autodétermination *externe* - à l'indépendance - que dans le cas des peuples coloniaux et, en dehors du contexte colonial,

uniquement dans les situations où un peuple est victime, de la part de l'État englobant, d'oppression, de traitement inégalitaire et discriminatoire et d'atteinte aux droits de l'homme, dans les cas d'absence de gouvernement représentatif, ou encore, mais le consensus est moindre sur ce point, lorsque son droit à l'autodétermination interne n'est pas respecté. Même si le peuple québécois a été victime dans le passé d'injustices, celles-ci n'ont pas été graves au point de justifier un droit à la sécession. Ensuite, il ne fait pas de doute que le Canada possède un gouvernement représentant l'ensemble de sa population sans discrimination. Enfin, le peuple québécois exerce le droit de disposer de lui-même sur le plan interne, dans la mesure où il a le contrôle d'un État fédéré et de son appareil politique et jouit par conséquent d'une autonomie interne importante, et il paraît difficile d'affirmer que l'échec de l'Accord du lac Meech équivaut à une négation du droit des Québécois à l'autodétermination interne.

32. Si le droit international ne confère pas un *droit* à la sécession aux peuples qui ne sont pas en situation coloniale ou en situation de domination ou d'oppression, il ne leur interdit cependant pas davantage de tenter de se séparer de l'État dans lequel ils sont englobés. Le succès d'une telle tentative dépendra de la capacité des autorités sécessionnistes d'exercer de façon effective leur autorité sur le territoire sur lequel elles revendiquent la souveraineté. Quant à la reconnaissance internationale de l'entité sécessionniste, elle dépendra de l'attitude des autres États, qui se comporteront évidemment en fonction d'une analyse politique de la situation et de leurs propres intérêts.

B. - Les modalités d'une sécession unilatérale et les conséquences de celle-ci selon qu'elle réussirait ou échouerait

33. Il n'existe aucune exigence de forme particulière pour une déclaration unilatérale d'indépendance et aucune règle de droit international ne précise le contenu que celle-ci doit avoir¹¹.

¹¹ On ne peut même pas prétendre que le droit international exige la tenue d'un référendum pour constater l'approbation de la population concernée à la mise en oeuvre du droit à l'autodétermination; voir : Luzius WILDHABER, « Le droit à l'autodétermination et les droits des minorités linguistiques en droit international » dans *Langue et droit - Actes du Premier Congrès de*

34. Une déclaration unilatérale d'indépendance, pour avoir le poids de la légitimité démocratique, devrait avoir été approuvée par la population de façon claire et en réponse à une question dépourvue d'ambiguïté. Pour limiter les incertitudes et les inconvénients, et assurer la continuité juridique, elle devrait prévoir que seules les lois fédérales actuelles (et non pas futures) continuent de s'appliquer au Québec, à moins qu'elles ne soient expressément abrogées ou modifiées par le Parlement québécois.

35. En cas de sécession unilatérale, l'État englobant commencera généralement par s'y opposer, toujours par des moyens juridiques et souvent par la force. Les déclarations des politiciens canadiens laissent espérer que le gouvernement fédéral s'abstiendrait de tout recours à la force en cas de sécession unilatérale et démocratique du Québec. Sans recourir à la force, les autorités fédérales pourraient également choisir de combattre la sécession du Québec par tous les moyens juridiques que le droit canadien met à leur disposition : organisation d'un référendum au Québec et/ou dans le reste du Canada; contestation devant les tribunaux des actes du gouvernement sécessionniste; mise en vigueur de la *Loi sur les mesures d'urgence*; poursuites pénales contre les membres du gouvernement sécessionniste et ceux qui refusent de respecter les lois canadiennes; etc. Autrement dit, deux ordres juridiques antagonistes s'affronteraient alors sur le territoire du Québec : l'ordre fédéral et la Constitution canadienne, d'une part; les lois et la Constitution québécoises, de l'autre. S'ouvrirait alors pour les Québécois une période plus ou moins longue d'insécurité juridique, puisque chacun devrait décider à quelle légalité il choisit d'obéir lorsque, par exemple, une autorité fédérale l'inviterait à se conformer à une norme fédérale qui contredit une norme québécoise, ou inversement. La sécession serait considérée comme réussie si, durant un temps suffisamment long, les autorités québécoises parvenaient à exclure l'application du droit canadien sur leur territoire et, au contraire, réussissaient à y faire régner l'ordre juridique découlant de leurs propres lois et décisions. Le Québec devrait alors être considéré comme un nouvel État souverain, puisqu'il en réunirait les éléments constitutifs (population, territoire, gouvernement). Dans un

l'Institut international de droit linguistique comparé (sous la dir. de Paul Pupier et José Woehrling), Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 117, à la p. 126.

premier temps, le Canada refuserait probablement de reconnaître le Québec comme État. Cependant, si l'existence du Québec était reconnue par un nombre suffisant d'autres États et qu'il était admis dans les organisations internationales, le Canada trouverait probablement opportun, au bout d'un certain temps, de le reconnaître à son tour. Étant donné l'imbrication géographique et économique des deux pays, la non-reconnaissance finirait en effet très rapidement par entraîner pour le Canada plus d'inconvénients qu'elle ne lui apporterait d'avantages politiques.

36. Même si la naissance d'un nouvel État est un fait dont l'existence ne dépend pas de la reconnaissance des États existants, celle-ci conditionne dans une certaine mesure les *effets* internationaux de la souveraineté de l'État nouveau. Malgré son caractère principalement déclaratif, la reconnaissance est donc plus qu'une simple formalité, car elle modifie la situation juridique de l'État reconnu sur le plan de *l'exercice* de ses compétences étatiques.

37. La reconnaissance est un acte juridique libre et discrétionnaire. Chaque État décide donc de l'opportunité de la reconnaissance d'un État nouveau. Il n'existe aucune obligation de reconnaître, ni de devoir de ne pas reconnaître (sauf en cas de création d'un nouvel État par l'usage illicite de la force). Néanmoins, la pratique internationale récente, alimentée par l'apparition de nouveaux États en Europe orientale et dans l'ancienne Union soviétique, suggère qu'un nouveau pays obtiendra d'autant plus facilement la reconnaissance internationale que l'accession à la souveraineté aura été le fruit d'une décision claire, prise de façon démocratique, et que le nouvel État se sera engagé à garantir les droits des minorités présentes sur son territoire et à respecter les valeurs démocratiques et les libertés fondamentales. Pour les États étrangers, en cas de sécession unilatérale du Québec, l'attitude prise par les autorités canadiennes aurait une influence considérable, surtout dans les premiers temps. Si le Canada décidait de reconnaître rapidement la souveraineté du Québec, les États étrangers n'auraient évidemment aucune raison de ne pas en faire autant. À l'inverse, si le Canada refusait, pendant un temps plus ou moins long, de reconnaître l'indépendance du Québec, les États étrangers éprouveraient sûrement une certaine réticence à adopter la position inverse, puisque ceci les amènerait à poser un geste qu'Ottawa considérerait comme inamicale, voire hostile, et les ferait donc entrer en conflit avec l'État canadien.

38. La sécession échouerait si les autorités fédérales réussissaient, par des moyens juridiques ou par la force, à maintenir le respect de l'ordre juridique canadien sur le territoire du Québec et à empêcher l'application des lois et des décisions des autorités sécessionnistes.

C. - L'intégrité territoriale du Québec en cas de sécession unilatérale

39. Si une la sécession unilatérale échouait, le Québec continuerait de faire partie de la fédération canadienne et le problème de son intégrité territoriale se poserait dans le cadre de la Constitution du Canada. Or celle-ci prévoit que le territoire d'une province ne peut être modifié sans le consentement de ses autorités législatives.

40. Si la sécession donnait lieu à des hostilités et si le gouvernement fédéral obtenait par la force le contrôle d'une partie du territoire québécois, le gouvernement sécessionniste réussissant quant à lui à conserver le contrôle de la partie restante, le territoire devrait être partagé, à la fin des hostilités, entre l'ancien État englobant et le nouvel État né de la sécession.

41. Enfin, si la sécession réussissait et que le Québec devenait un État souverain, le principe d'exclusivité et d'inviolabilité du territoire des États que pose le droit international empêcherait les autres États, y compris le Canada, de porter atteinte au territoire québécois.

Deuxième partie : observations, commentaires et analyses complémentaires rendus nécessaires par l'évolution de la conjoncture de la dernière décennie

Sommaire

I. - Les changements respectant le droit constitutionnel canadien

A. - Les perspectives de succès des revendications constitutionnelles traditionnelles du Québec

1. - Les réformes nécessitant le recours à la procédure de modification constitutionnelle

a) Les nouveaux éléments qui alourdissent la procédure de modification constitutionnelle

- (1) Les usages et conventions apparus à l'occasion du processus de l'Accord de Charlottetown
- (2) L'adoption dans certaines provinces d'une exigence référendaire en matière de modification de la Constitution
- (3) L'adoption par le Parlement fédéral d'une loi instituant des " vetos régionaux "

b) Un nouvel élément susceptible de faciliter la mise en œuvre de la procédure de modification constitutionnelle : l'obligation de négocier dégagée par la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur la sécession du Québec

c) Le recours à la procédure allégée (ou " bilatérale ") de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour satisfaire certaines revendications traditionnelles du Québec

- (1) Les conditions à remplir pour recourir à la procédure de l'article 43 et la mettre en œuvre
- (2) Les modifications susceptibles d'être adoptées grâce à la procédure de l'article 43 pour satisfaire certaines demandes traditionnelles du Québec

2. - Les réformes ne nécessitant pas le recours à la procédure de modification

constitutionnelle

- a) Les initiatives fédérales adoptées au lendemain du référendum de 1995 (Loi sur les vetos régionaux et résolution parlementaire sur le caractère distinct du Québec)
- b) Les initiatives provinciales adoptées à la suite du référendum de 1995 (la Déclaration de Calgary et l'Entente de Saskatoon)
- c) L'Entente-cadre sur l'union sociale (ECUS) de 1999

B. - La sécession du Québec dans le respect de la Constitution canadienne

1. - La décision de la Cour suprême du Canada sur les règles de droit constitutionnel encadrant une éventuelle sécession

- a) Les principes constitutionnels applicables
- b) L'application des principes à la problématique de la sécession

2. - La *Loi de clarification* et les conditions d'une sécession respectant la Constitution canadienne

- a) La clarté de la question référendaire
- b) La clarté de la majorité en faveur de la sécession
- c) Les participants à la négociation et les questions soumises à négociation

3. - La *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*

4. - La ratification d'un accord négocié sur la sécession par la procédure de modification constitutionnelle : l'hypothèse d'une impasse et les moyens de la dénouer

- a) Les risques d'impasse
 - (1) Le recours au référendum
 - (2) L'opposition des peuples autochtones du Québec
- b) Les moyens permettant de dénouer une impasse

II. - Les changements ne respectant pas le droit constitutionnel canadien: la sécession

unilatérale

A. - La décision de la Cour suprême du Canada sur les règles de droit international encadrant une éventuelle sécession

B. La problématique de l'intégrité territoriale du Québec en cas de sécession unilatérale

1. - Les conclusions du Rapport Pellet sur la garantie de l'intégrité territoriale d'une entité sécessionniste

2. - Les critiques dirigées contre les conclusions du Rapport Pellet

a) Les critiques juridiques

b) Les critiques politiques

Nous conserverons le plan général qui avait été adopté pour l'étude originale. Dans un premier temps, nous verrons les changements de statut politique et constitutionnel du Québec susceptibles d'être réalisés en respectant la Constitution canadienne, pour examiner ensuite les changements ne respectant pas le droit constitutionnel canadien, c'est-à-dire l'hypothèse d'une sécession unilatérale du Québec.

I. - Les changements respectant le droit constitutionnel canadien

Dans l'étude originale, nous avons étudié trois sortes de changements susceptibles, au moins en théorie, d'être apportés au statut constitutionnel du Québec dans le respect de la Constitution canadienne : en premier lieu, les changements à la Constitution du Canada destinés à satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec pour un nouveau partage des pouvoirs et pour une reconnaissance de son caractère distinct, revendications avancées depuis une quarantaine d'années et parfois qualifiées de « traditionnelles » (pour simplifier l'analyse, nous avons axé notre analyse sur les exigences dites « minimales » posées par le gouvernement Bourassa en 1986 et reprises dans l'Accord du lac Meech) ; en second lieu, les changements à la Constitution provinciale du Québec qui permettraient l'adoption de solutions nouvelles en matière de régime politique et de structure gouvernementale ; enfin, en troisième

lieu, l'accession du Québec à l'indépendance, ou si l'on préfère la sécession, avec l'accord des autorités fédérales et des autres provinces. L'évolution de la conjoncture depuis 1991 rend nécessaire une nouvelle analyse de la première et de la troisième question, pour lesquelles des éléments nouveaux sont apparus, mais non de la seconde, dont les déterminants n'ont pas été modifiés.

A. - Les perspectives de succès des revendications constitutionnelles traditionnelles du Québec

Entre 1986 et 1992, on a tenté de satisfaire certaines des revendications constitutionnelles traditionnelles du Québec par deux projets successifs de réforme constitutionnelle formelle, le premier axé presque entièrement sur les demandes du Québec (l'Accord du lac Meech), le second prenant également en compte les revendications d'autres « demandeurs », principalement les provinces de l'Ouest (avec un projet de réforme du Sénat) et les peuples autochtones (avec un projet de création d'un troisième niveau de gouvernement destiné à permettre à ces peuples d'exercer une certaine autonomie gouvernementale). L'échec de ces tentatives a convaincu certains acteurs politiques et une partie de la population, surtout en dehors du Québec, qu'il valait mieux essayer d'adopter certaines réformes par des voies non constitutionnelles, ne nécessitant pas le recours à la procédure de modification de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, trop difficile à mettre en œuvre. Par contre, au Québec, la modification formelle de la Constitution reste la voie privilégiée par ceux qui recherchent une réforme du fédéralisme canadien et une reconnaissance du caractère distinct du Québec. Nous traiterons donc successivement des perspectives de succès des revendications québécoises dans le contexte du recours à la procédure de modification constitutionnelle, puis dans celui des tentatives de réforme ne faisant pas appel à cette procédure.

1. - Les réformes nécessitant le recours à la procédure de modification constitutionnelle

Depuis 1991 et l'étude originale, divers nouveaux éléments sont apparus, l'un d'entre eux susceptible de faciliter marginalement la réussite de tentatives de modifications constitutionnelles destinées à satisfaire le Québec, plusieurs autres susceptibles, au contraire, de la compliquer davantage. Nous les examinerons à

tour de rôle en commençant par les seconds. Par ailleurs, un certain nombre de modifications constitutionnelles, dont une applicable au Québec seulement, ont été adoptées depuis 1991 grâce à la procédure dite « bilatérale » de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui ne nécessite que le consentement des autorités fédérales et de celles de la ou des province(s) concernée(s). Ces précédents peuvent laisser penser que cette procédure allégée, et donc plus facile à mettre en œuvre, pourrait permettre d'adopter des modifications destinées à satisfaire certaines des revendications traditionnelles du Québec. Nous examinerons donc cette hypothèse.

a) Les nouveaux éléments qui alourdissent la procédure de modification constitutionnelle

Trois principaux nouveaux éléments sont encore venus alourdir la procédure de modification constitutionnelle, dont l'échec de l'Accord du lac Meech avait déjà démontré la rigidité et les difficultés. Il s'agit, en premier lieu, de certains usages ou conventions apparus à l'occasion de la préparation et du rejet de l'Accord de Charlottetown en 1991 et en 1992 ; en second lieu, de l'adoption dans certaines provinces de lois assujettissant le consentement provincial en matière de modification constitutionnelle à des exigences préalables de consultation de la population par référendum ; en troisième lieu, de l'adoption, en 1996, par le Parlement canadien, d'une loi établissant des « veto régionaux ». Ces divers éléments apportent chacun des complications supplémentaires et, au surplus, leur combinaison et leur interaction risquent d'augmenter encore l'effet d'alourdissement sur la procédure de modification constitutionnelle.

(1) Les usages et conventions apparus à l'occasion du processus de l'Accord de Charlottetown

Parmi les nombreuses critiques s'adressant à l'Accord du lac Meech, l'une était dirigée contre le caractère peu démocratique du processus qui avait servi à l'élaborer, l'Accord ayant été négocié à huis clos par les onze Premiers ministres de l'époque. Par la suite, l'accord a bien été soumis aux corps législatifs qui devaient l'adopter sous la forme d'une résolution d'agrément — dans certains cas on tint même une commission parlementaire ou des audiences publiques — mais

sans que les députés puissent y apporter des modifications. En effet, prétendaient les chefs de gouvernement signataires, le moindre changement significatif serait de nature à menacer l'équilibre péniblement réalisé et mettrait donc en danger l'existence même de l'accord. Autrement dit, les parlementaires étaient invités à entériner purement et simplement le résultat des tractations des onze chefs de gouvernement.

Rien n'empêche cependant de faire fonctionner la procédure de modification de manière plus ouverte et plus démocratique, comme l'illustre le processus qui a conduit à l'Accord de Charlottetown et le référendum qui a été organisé pour permettre à la population de se prononcer sur celui-ci. Cependant, les exigences supplémentaires ainsi ajoutées à la procédure de modification rendront celle-ci encore beaucoup plus difficile. En septembre 1991, quinze mois après l'échec de l'Accord du lac Meech, le gouvernement fédéral (dirigé à l'époque par M. Brian Mulroney) présentait de nouvelles propositions de renouvellement constitutionnel. Un comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes était créé pour parcourir le Canada dans le but de recueillir les réactions à ces propositions et de suggérer, le cas échéant, des modifications. Le rapport du Comité a été déposé le 28 février 1992¹². En outre, à partir de la fin du mois de janvier, une série de cinq conférences fut organisée pour permettre à certains groupes d'intérêt et à des personnes choisies dans le grand public de discuter les propositions constitutionnelles du gouvernement fédéral. Entre le 12 mars et le 7 juillet 1992, les recommandations du Comité mixte allaient servir de base de discussion lors d'une série de rencontres entre les représentants des autorités fédérales, des provinces (le Québec excepté), des territoires et des quatre organisations représentant les peuples autochtones. À partir du 4 août 1992, se tinrent ensuite un certain nombre de réunions des premiers ministres, fédéral et provinciaux, auxquelles accepta de participer le chef du gouvernement du Québec de l'époque, M. Robert Bourassa. Elles devaient aboutir, le 28 août, à un accord constitutionnel appelé l'Accord de Charlottetown. Pour éviter qu'on leur fasse à nouveau le reproche de ne pas avoir associé la population à la décision, les onze Premiers ministres décidèrent de

¹² *Un Canada renouvelé*, Rapport du comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur le renouvellement du Canada (Coprésidents : Gérald Beaudoin et Dorothy Dobie), Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1992.

soumettre le projet de réforme constitutionnelle au peuple, qui le repoussa — tant au Québec que dans cinq autres provinces — lors d'un référendum qui eut lieu le 26 octobre 1992.

Le référendum de 1992 constitue, sur le plan politique, un précédent qu'il sera sans doute difficile d'ignorer à l'avenir¹³. Toute nouvelle tentative de réforme constitutionnelle d'une ampleur comparable aux accords de Meech ou de Charlottetown devra donc vraisemblablement être soumise à la population. Pour certains spécialistes, cette exigence fait l'objet d'une convention constitutionnelle. Même si ce n'était pas le cas, peu de politiciens fédéraux ou provinciaux voudront encourir l'impopularité résultant d'une tentative de modifier la Constitution sans recourir au référendum¹⁴. Cependant, le précédent de Charlottetown montre précisément qu'il est beaucoup plus difficile d'obtenir l'accord du peuple que celui des seuls décideurs politiques : les électeurs ne sont pas prêts aux mêmes compromis que les politiciens professionnels (l'Accord de Charlottetown, rejeté par

¹³ L'idée selon laquelle toute modification importante de la Constitution devra désormais être approuvée préalablement par référendum (en vertu d'une convention constitutionnelle et bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence juridique contenue dans la *Loi constitutionnelle de 1982*) a de nombreux défenseurs au Canada anglais ; voir parmi beaucoup d'autres : Peter RUSSELL & Bruce RYDER, *Ratifying a Postreferendum Agreement on Quebec Sovereignty*, Toronto, Institut C.D. Howe, 1997 (Commentaire no 97), p. 19 ; Patrick BOYER, *Direct Democracy in Canada : The History and Future of Referendums*, Toronto, Dundurn Press, 1992, p. 254. Sur les facteurs apparus depuis une dizaine d'années qui alourdissent le fonctionnement de la procédure de modification, voir : Benoît PELLETIER, « Le face à face entre le projet sécessionniste québécois et la Constitution du Canada », (1997) *Revue du Barreau*, 341, 382 suiv.

¹⁴ Lors du référendum sur l'Accord de Charlottetown, rien n'avait été précisé sur le type de majorité populaire nécessaire pour ratifier l'Accord. Étant donné les résultats négatifs du référendum, la question n'a pas été vidée, mais elle se posera à l'avenir s'il y a un nouveau référendum pour modifier la Constitution. Il semble assez clair qu'il devra alors s'agir d'une double majorité : une majorité au niveau pan-canadien bien sûr, mais également dans chacune des « régions » du Canada. Les quatre « régions » traditionnelles sont le Québec, l'Ontario, les provinces de l'Atlantique (Terre-Neuve, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick et Ile-du-Prince-Édouard) et les provinces de l'Ouest (Manitoba, Saskatchewan, Alberta et Colombie-Britannique). Il faut cependant souligner que depuis quelques années la Colombie-Britannique réclame d'être considérée comme une cinquième « région », ce qu'elle a obtenu dans le cadre d'une loi fédérale adoptée en février 1996, dans laquelle est institué un système de « vetos régionaux » ; voir *infra*.

la population, avait cependant obtenu l'assentiment des onze premiers ministres). Cette constatation se vérifie d'ailleurs dans la plupart des pays où la modification constitutionnelle se fait par référendum, comme l'Australie ou la Suisse : le peuple est généralement conservateur et méfiant dans ce domaine et il a tendance à refuser plutôt qu'à accepter les modifications qui lui sont soumises.

L'association des dirigeants des deux territoires (ils sont devenus trois depuis) et des leaders autochtones aux négociations qui ont conduit à l'Accord de Charlottetown risque d'être invoquée comme constituant un autre précédent politique. Pour ce qui est des peuples autochtones, certains constitutionnalistes du Canada anglais vont d'ailleurs plus loin et prétendent que l'accord de ces peuples est requis pour toute modification de la Constitution affectant leurs intérêts, soit parce qu'une convention constitutionnelle serait apparue à cet effet, soit du moins parce que les autorités fédérales, qui jouent à leur égard un rôle fiduciaire, devraient refuser toute modification constitutionnelle qui ne recevrait pas l'approbation des représentants des peuples autochtones¹⁵.

(2) L'adoption dans certaines provinces d'une exigence référendaire en matière de modification de la Constitution

La Colombie-Britannique et l'Alberta ont adopté des lois qui imposent la tenue d'un référendum avant que leur assemblée législative provinciale ne puisse approuver une modification constitutionnelle¹⁶. Comme on l'a mentionné précédemment,

¹⁵ L'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit la *participation* des représentants des peuples autochtones aux discussions relatives à la modification des dispositions constitutionnelles qui les concernent plus particulièrement; cet article ne prévoit cependant pas la nécessité de leur *consentement* à de telles modifications. Cette question sera reprise plus loin dans cette étude.

¹⁶ *Constitutional Amendment Approval Act*, R.S.B.C. 1996, c. 67, art. 1 ; *Referendum Act*, R.S.B.C. 1996, c. 400. Art. 4 et 5 ; *Constitutional Referendum Act*, S.A. 1992, c. 22.25, art. 2 et 4(1). Un auteur a suggéré qu'on pourrait soutenir qu'en cherchant à modifier la procédure de modification de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ces lois provinciales sont inconstitutionnelles : Sébastien GRAMMOND, « Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum ? », (1997) 38 *Cahiers de droit*, 569, 580 suiv. Cependant, cela paraît plus difficile depuis que la Cour suprême, dans le *Renvoi sur la sécession*, a reconnu la place du principe démocratique comme principe structurel sous-jacent de

l'accord de la population dans ce domaine est généralement plus difficile à obtenir que celui des politiciens de métier. En outre, comme les péripéties entourant l'échec de l'Accord du lac Meech et de l'Accord de Charlottetown l'ont montré, la principale demande constitutionnelle des provinces de l'Ouest porte sur une réforme du Sénat canadien calquée sur le modèle « triple E » (c'est-à-dire un Sénat élu, ayant de grands pouvoirs, où chaque province serait représentée par un nombre égal de sénateurs). Une telle réforme constituerait en quelque sorte la monnaie d'échange contre une éventuelle reconnaissance du caractère distinct du Québec ou d'autres revendications québécoises. Or le Québec ne saurait accepter un nouveau Sénat revêtu de pouvoirs importants dans lequel sa représentation serait diminuée de 22,8% des sénateurs, qu'elle est à l'heure actuelle à seulement 10%. Cette incompatibilité entre les demandes constitutionnelles des provinces de l'Ouest et les intérêts du Québec rend fort peu probable une acceptation populaire, dans ces provinces, d'une réforme constitutionnelle destinée à satisfaire le Québec¹⁷.

(3) L'adoption par le Parlement fédéral d'une loi instituant des « vetos régionaux »

La *Loi constitutionnelle de 1982* accorde aux autorités fédérales un droit de veto sur toutes les modifications constitutionnelles relevant d'une des trois procédures qui exigent un accord fédéral-provincial. En janvier 1996, pour donner suite aux promesses faites durant la campagne référendaire québécoise de l'automne précédent, M. Jean Chrétien a fait adopter par le Parlement canadien une loi

la Constitution canadienne. D'autres provinces, comme le Manitoba, exigent des audiences publiques avant la ratification d'une modification constitutionnelle, ce qui constitue un autre facteur d'alourdissement de la procédure.

¹⁷ L'Accord de Charlottetown contenait une réforme de la Chambre haute qui devait fatalement mécontenter les tenants du Sénat «triple E» puisque, si le Sénat proposé était «égal» et élu, il n'était de loin pas aussi efficace que ces derniers l'auraient voulu. Il n'est donc pas étonnant de constater que l'accord a été rejeté dans les quatre provinces de l'Ouest, qui se voyaient frustrées d'une réforme qui constitue leur principale revendication depuis le milieu des années soixante-dix, de façon encore plus décisive qu'au Québec (par une majorité de 63,1% des électeurs). Sur la problématique de la réforme du Sénat canadien, voir : José WOEHLING, «Les enjeux de la réforme du Sénat canadien», (1992) 23 *Revue Générale de Droit* 81.

prévoyant que le gouvernement fédéral devra s'abstenir de donner son accord aux modifications constitutionnelles adoptées en vertu de la procédure « 7 et 50 » (et pour lesquelles il n'existe pas de droit de désaccord) qui n'auraient pas obtenu le consentement du Québec, de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, d'au moins deux des quatre provinces de l'Atlantique (Terre-Neuve, Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse et Ile-du-Prince-Édouard) et d'au moins deux des trois provinces des Prairies (Manitoba, Saskatchewan et Alberta), représentant dans ces deux derniers cas au moins la moitié de la population de la région considérée¹⁸. Ce faisant, on s'inspirait de la formule des «vetos régionaux» qui avait déjà été envisagée lors des discussions constitutionnelles des années 1970, avec cette différence que la Colombie-Britannique, qui faisait partie d'une des quatre régions traditionnelles — les provinces de l'Ouest —, forme désormais une nouvelle et cinquième «région». Dans les faits, cette formule donne en plus un droit de veto «informel» à l'Alberta, puisque cette province abrite 54,6% de la population totale des trois provinces des Prairies. Une telle solution ne répond cependant pas aux demandes traditionnelles du Québec car le droit de veto qui lui est ainsi « prêté » n'est pas constitutionnellement garanti, mais repose sur une loi fédérale ordinaire, si bien qu'il est à la merci d'un changement de volonté politique à Ottawa. Par ailleurs, tant que cette loi sera en vigueur, elle aura pour effet de rendre beaucoup plus difficiles les modifications constitutionnelles auxquelles elle s'applique, celles-ci devant désormais recevoir le consentement de sept provinces au moins (au nombre desquelles doivent figurer impérativement le Québec, l'Ontario, la Colombie-Britannique et, pour les raisons mentionnées précédemment, l'Alberta), représentant ensemble non plus 50%, mais plus de 90% de la population canadienne. Parmi les modifications soumises désormais à cette procédure considérablement alourdie, on retrouve la plupart de celles qui étaient prévues dans l'Accord du lac Meech à la demande du gouvernement formé à l'époque par le Parti libéral du Québec¹⁹.

¹⁸ *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C.1966, ch. 1.

¹⁹ Au sujet de cette loi fédérale sur les «vetos régionaux», voici comment s'expriment deux constitutionnalistes du Canada anglais : Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 2000, p. 84 : « Even by the standard of accommodating the concerns of Quebec, the regional veto statute was probably an unwise initiative, because it makes the Constitution even more difficult to amend, and further reduces the faint hope of genuine constitutional change » ;

- b) Un nouvel élément susceptible de faciliter la mise en œuvre de la procédure de modification constitutionnelle : l'obligation de négocier dégagée par la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur la sécession du Québec

Le 20 août 1998, la Cour suprême du Canada rendait sa décision sur l'éventuelle sécession du Québec²⁰. Il s'agissait d'un avis consultatif dans lequel la Cour répondait aux trois questions qui lui avaient été soumises par le gouvernement fédéral canadien en septembre 1996 :

- 1) L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
- 2) L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
- 3) Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

Roger GIBBINS, *Time Out : Assessing Incremental Strategies for Enhancing the Canadian Political Union*, Toronto, Institut C.D. Howe, 1997 (Commentaire no 88), p. 12 : « [...]the five-region veto effectively freezes the constitutional status quo » ; et plus loin, à la p. 25 : « The combination of provincial legislation and parliamentary modifications to the amending formula means that any attempt to constitutionally recognize Quebec as a distinct society must pass a provincial referendum in both Alberta and British Columbia : the 7/50 formula no longer applies. Referendums in the two western provinces are not in the cards ».

²⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998] 2 R.C.S. 217. Les renvois au texte sont aux paragraphes de la décision.

Dans sa réponse à la première question, la Cour a examiné non seulement les dispositions écrites de la Constitution du Canada, mais également – et surtout - les principes constitutionnels sous-jacents, non écrits, à savoir le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des droits des minorités. Elle a conclu que le principe démocratique fonde l'obligation, qui s'impose à tous les partenaires de la fédération, d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte d'un désir de changement exprimé par la population d'une province : « La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations »²¹. Autrement dit, lorsqu'une province ou le gouvernement fédéral (qui sont les « participants de la Confédération ») prend l'initiative de proposer une modification constitutionnelle²², les principes du fédéralisme et de la démocratie mettent à la charge des autres participants une obligation générale de négocier de bonne foi. Une telle obligation s'applique même si la modification proposée est la sécession d'une province.

Si l'obligation de négocier s'applique à une demande de modification pour la sécession d'une province, dont l'effet serait de remettre en cause le fonctionnement du système constitutionnel en vigueur, voire son existence, elle vaut également, à plus forte raison, pour les propositions s'inscrivant dans le fonctionnement normal et continu du système, comme celles par exemple qui portent sur le renouvellement du fédéralisme ou la reconnaissance du caractère distinct du Québec. Dès lors, certains affirment que l'obligation de négocier serait de nature à faciliter l'adoption des modifications traditionnellement réclamées par le Québec, dans la mesure où

²¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, parag. 88 ; voir aussi le parag. 69 : « La *Loi constitutionnelle de 1982* exprime ce principe en conférant à chaque participant de la Confédération le droit de prendre l'initiative d'une proposition de modification constitutionnelle. À notre avis, l'existence de ce droit impose aux autres participants de la Confédération l'obligation réciproque d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte de l'expression démocratique d'un désir de changement dans d'autres provinces et d'y répondre. Cette obligation est inhérente au principe démocratique qui est un précepte fondamental de notre système de gouvernement ».

²² En vertu de l'article 46(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'initiative des modifications constitutionnelles appartient au Sénat, à la Chambre des communes et à chacune des assemblées législatives provinciales. À souligner que la Cour suprême ne mentionne cependant pas cette disposition dans sa décision.

elle pourrait être invoquée contre les partenaires fédératifs faisant preuve de mauvaise volonté dans leur participation au processus de modification²³. On laisse entendre que si cette obligation de négocier avait été connue à l'époque, le Manitoba et Terre-Neuve auraient eu plus de difficultés à s'opposer jusqu'à la fin à l'Accord du lac Meech comme ils l'ont fait, entraînant ainsi son échec.

Cependant, si l'obligation de négocier est susceptible de faciliter la mise en œuvre de la procédure de modification pour des propositions de modifications autres que la sécession d'une province, ce ne serait, à notre avis, que de façon marginale et probablement non décisive, parce qu'elle ne serait accompagnée d'aucune sanction. En effet, la Cour a clairement affirmé qu'elle se refuserait à sanctionner une telle obligation, malgré son caractère juridique, celle-ci n'étant pas, selon elle, « justiciable ». Dans le cas de la sécession, cette absence de sanction judiciaire et juridique serait compensée par l'existence d'une sanction politique tenant aux réactions de la communauté internationale. En effet, dit la Cour, celle-ci serait d'autant plus portée à reconnaître une entité sécessionniste que l'État englobant aurait manqué de bonne foi dans la négociation des modalités de la sécession et, inversement, d'autant moins que l'absence de bonne foi serait imputable aux sécessionnistes. Or un tel recours au jugement de la communauté internationale ne peut, par définition, jouer que pour la question de la sécession qui, si elle faisait l'objet d'une déclaration unilatérale, se projetterait forcément sur la scène internationale, les États tiers étant obligés de prendre position, soit en reconnaissant l'entité sécessionniste, soit en s'abstenant de le faire. Une autre proposition de modification constitutionnelle, fût-elle appuyée par un référendum, par exemple pour le renouvellement du fédéralisme, la reconnaissance du caractère distinct du Québec ou le Sénat «triple E», donnerait également lieu à une obligation constitutionnelle de négocier, mais la conduite et le résultat de ces négociations resteraient évidemment une affaire purement interne, n'intéressant

²³ Voir par exemple André BURELLE, « Programme constitutionnel : le PLQ refuse de se donner les moyens de sa politique », *Le Devoir*, vendredi 23 novembre 2001 : « Dans son jugement sur le droit de sécession, le plus haut tribunal du pays a conclu, en effet, que le reste du Canada est tenu, en vertu de la Constitution, de négocier de bonne foi toute proposition de réforme qu'un des partenaires de la fédération aura fait approuver par référendum clair sur une question claire. En tablant sur cette obligation, les fédéralistes réformistes du Québec peuvent «remettre la rondelle au jeu» et faire sauter les verrous qui cadennassent aujourd'hui la porte du changement ».

nullement la communauté internationale²⁴.

Le sort réservé par les premiers ministres fédéral et provinciaux à l'obligation contenue dans l'article 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permet d'illustrer par analogie le caractère peu contraignant de l'obligation de négocier dégagée par la Cour suprême dans le Renvoi sur la sécession. En effet, cette disposition prévoyait l'obligation de réexaminer, dans les quinze ans suivant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les dispositions relatives à la procédure de modification contenues dans la Partie V de celle-ci²⁵. Autrement dit, il s'agissait d'une obligation de discuter – ou si l'on préfère de négocier - les changements éventuellement nécessaires à la procédure de modification. Or que s'est-il passé ? Lors d'une rencontre des premiers ministres fédéral et provinciaux en juin 1996, laquelle avait été convoquée pour discuter principalement d'autres sujets, *une période de quelques minutes*, pendant laquelle le Premier ministre québécois de l'époque, M. Bouchard, s'est sciemment absenté de la salle de réunion, a été consacrée au réexamen de la procédure de modification constitutionnelle prévu à l'article 49. Lors de la conférence de presse qui a suivi, le Premier ministre fédéral, M. Chrétien, a déclaré qu'il considérait que l'obligation constitutionnelle prévue dans cet article avait été satisfaite²⁶. On peut imaginer sans peine des situations

²⁴ Sur l'inefficacité de l'obligation de négocier dans le cas d'une tentative de modification constitutionnelle en dehors du contexte de la sécession, voir Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The Quebec Secession Reference ((1998) 2 S.C.R. 217) and the judicial arbitration of conflicting narratives about law, democracy, and identity », (1999) 23 *Vermont Law Review* 793, 834 : « Considering that the constitutional duty to negotiate identified by the Supreme Court in the Quebec secession reference does not impose any obligation of result, it is hard to see what difference it would really make should it be applied beyond the specific context of provincial secession ».

²⁵ « Dans les quinze ans suivant l'entrée en vigueur de la présente partie, le premier ministre du Canada convoque une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, en vue du réexamen des dispositions de cette partie ».

²⁶ Pour plus de détails sur ces événements, voir : John D. WHYTE, « A Constitutional Conference Shall be Convened... : Living with Constitutional Promises », (1996) 8 *Constitutional Forum*, 15-19. L'auteur souligne, à la p. 18, qu'une autre disposition, similaire, de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'ancien article 37, qui prévoyait la convocation, dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la loi, d'une conférence constitutionnelle sur les questions intéressant les peuples autochtones, a eu des effets plus positifs, cette conférence ayant eu véritablement eu lieu et ayant conduit à l'adoption

où l'obligation de négocier une proposition de modification constitutionnelle serait traitée avec à peine plus de conviction. Le seul élément qui serait de nature à convaincre les acteurs politiques de faire des efforts réels de négociation serait leur anticipation d'une sanction politique, c'est-à-dire populaire ou électorale, dans le cas contraire. Une telle sanction serait d'autant plus à craindre que la proposition de modification en cause aurait recueilli, dans la province concernée, un appui populaire important, si possible par l'entremise d'un référendum. Cependant, dans ce cas, l'incitatif à négocier de bonne foi serait davantage la pression politique exercée par les résultats du référendum que l'obligation de négocier, « juridique mais non justiciable », que la Cour a fait découler de la Constitution.

Pour conclure sur le sujet, si la tenue d'un référendum positif est évidemment de nature à donner plus de poids politique à une proposition de modification constitutionnelle, surtout si l'appui de la population est massif plutôt que marginal, il ne nous semble pas, par contre, que la Cour suprême en fasse une condition pour que naisse l'obligation juridique de négocier en dehors du contexte particulier de la sécession. En effet, si le caractère extraordinaire d'un projet de sécession justifie qu'on exige un référendum pour l'appuyer, le fait de généraliser une telle exigence à toutes les propositions de modification constitutionnelle, pour qu'il y ait obligation de négocier, aurait pour effet de modifier fondamentalement la procédure de modification de la Partie V. Or il est difficile d'imaginer qu'une telle réforme, qui nécessite en principe la procédure de l'unanimité, puisse être le résultat d'une simple décision judiciaire. Par conséquent, nous estimons que l'obligation de négocier apparaît, en dehors du contexte de la sécession, dès qu'un gouvernement provincial fait adopter par son assemblée législative une proposition formelle de

d'une modification constitutionnelle qui ajoutait un nouvel article 35.1 (*Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102). Certains ont prétendu que l'obligation découlant de l'article 49 avait été remplie par les discussions sur les modifications à la procédure de modification constitutionnelle contenues dans les accords du Lac Meech et de Charlottetown. Cependant, on peut répondre à cet argument, comme le fait le professeur Whyte, que l'article 49 exigeait un réexamen beaucoup plus global de cette procédure, qui n'a pas eu lieu. Sur cette question, voir également : Dwight NEWMAN, « Reconstituting Promises to Negotiate in Canadian Constitution-Making », (1999) 10 *National Journal of Constitutional Law*, 1.

modification constitutionnelle, que celle-ci ait ou non fait l'objet d'un référendum²⁷. Le principe de « courtoisie » fédérale (*federal comity*) suffit à fonder l'obligation, dans tous les cas, des partenaires de la fédération de négocier de bonne foi les propositions de modification avancées par l'un d'entre eux.

c) Le recours à la procédure allégée (ou « bilatérale ») de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour satisfaire certaines revendications traditionnelles du Québec

Dans l'étude originale, nous avons émis l'opinion que la procédure simplifiée de l'article 43, qui n'exige que le consentement des autorités fédérales, d'une part, et de celles de la ou des provinces concernées, d'autre part, ne permettrait pas d'adopter des modifications destinées à satisfaire les revendications du Québec. Depuis 1991, l'article 43 a permis l'adoption de plusieurs modifications bilatérales, dont une qui concerne le Québec, et ces précédents, qui n'existaient pas au moment de la rédaction de l'étude originale, permettent aujourd'hui de mieux évaluer la portée de la procédure simplifiée qu'on y trouve. C'est pourquoi il convient d'examiner à nouveau cette procédure, toujours dans l'intention d'établir si elle permettrait de répondre à certaines revendications constitutionnelles du Québec.

(1) Les conditions à remplir pour recourir à la procédure de l'article 43 et la mettre en oeuvre

En premier lieu, pour pouvoir être adoptée en vertu de l'article 43, une modification constitutionnelle doit venir modifier une disposition déjà existante de la Constitution du Canada, applicable à certaines provinces seulement, ou, du moins, pouvoir y être raccrochée, dans le sens qu'elle se situe dans le domaine couvert par une telle disposition ou est relative à une « question » traitée par celle-ci. Outre les arguments de textes, une pareille condition peut s'appuyer sur la logique constitutionnelle. Le principe général, dans un système fédéral, est celui de

²⁷ En vertu de l'article 46(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'initiative des modifications constitutionnelles appartient au Sénat, à la Chambre des communes et à chacune des assemblées législatives provinciales.

l'égalité de statut des entités fédérées, qui entraîne l'application uniforme des dispositions constitutionnelles à leur endroit. L'asymétrie et les statuts particuliers constituent l'exception par rapport à la règle. Les dispositions existantes de la Constitution du Canada qui ne s'appliquent qu'à certaines provinces identifient en quelque sorte les domaines dans lesquels le Constituant a jugé bon de créer des asymétries et des statuts particuliers et en marquent les frontières. Dans ces domaines, l'article 43 permet des modifications constitutionnelles qui ne s'appliqueront qu'aux provinces qui les auront acceptées. Mais en dehors de ces domaines, la création d'une nouvelle asymétrie constitutionnelle (c'est-à-dire une nouvelle rupture de l'égalité entre les provinces) ne devrait logiquement pas être possible avec l'accord de la ou des seule(s) province(s) intéressée(s), mais devrait exiger l'accord d'une majorité de provinces, c'est-à-dire la procédure normale de modification (ou procédure « 7 et 50 »)²⁸.

Chacune des modifications constitutionnelles adoptées grâce à l'article 43 depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* l'a été de façon « bilatérale », c'est-à-dire à la suite d'un accord entre les autorités fédérales et celles de la seule province concernée. En outre, chacune peut être rattachée à une disposition existante de la Constitution du Canada « applicable à certaines provinces seulement » et, plus précisément encore, modifie une telle disposition.

- a) La *Modification constitutionnelle de 1987 (Loi sur Terre-Neuve)*²⁹ est venue modifier l'article 17 des *Conditions de l'adhésion de Terre-Neuve*, une disposition faisant partie de la Constitution du Canada et ne s'appliquant qu'à Terre-Neuve.
- b) La *Modification constitutionnelle de 1993 (Nouveau-Brunswick)*³⁰ est venue modifier l'article 16(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une disposition ne s'appliquant qu'au Nouveau-Brunswick.
- c) La *Modification constitutionnelle de 1994 (Ile-du-Prince-Édouard)*³¹ est

²⁸ Une preuve en serait le fait que le droit de désaccord, prévu aux alinéas 38(3) et 38(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui permet de créer de nouvelles asymétries, ne peut être exercé que dans le cadre de la procédure normale.

²⁹ *Modification constitutionnelle de 1987 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR 88/11.

³⁰ *Modification constitutionnelle de 1993 (Nouveau Brunswick)*, TR 93/54.

³¹ *Modification constitutionnelle de 1994 (Ile-du-Prince-Édouard)*, TR 94/50.

venue modifier une disposition de l'annexe des *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard* (qui font partie de la Constitution du Canada) qui ne s'applique évidemment qu'à cette province.

- d) La *Modification constitutionnelle de 1997 (Loi sur Terre-Neuve)*³² est venue modifier une nouvelle fois l'article 17 des *Conditions de l'adhésion de Terre-Neuve*.
- e) La *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*³³ est venue modifier, pour le Québec seulement, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, une disposition qui s'appliquait, avant cette modification, à six provinces seulement, dont le Québec. Elle a été adoptée, conformément à l'article 43, par proclamation du gouverneur général autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative du Québec. En faisant disparaître, pour le Québec, les obligations confessionnelles prévues dans cette disposition, la modification a permis la déconfessionnalisation du système scolaire québécois³⁴.
- f) La *Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*³⁵ est venue modifier à nouveau, pour une troisième fois, l'article 17 des *Conditions de l'adhésion de Terre-Neuve*, en abrogeant la *Modification constitutionnelle de 1997 (Loi sur Terre-Neuve)*, mentionnée précédemment.
- g) Enfin, la *Modification constitutionnelle de 2001 (Terre-Neuve et Labrador)*³⁶ est venue modifier différentes dispositions de l'annexe des Conditions de l'adhésion de Terre-Neuve afin d'y substituer l'expression « Terre-Neuve » par l'expression « Terre-Neuve et Labrador ».

On constate donc que les précédents en matière d'utilisation de l'article 43 confirment l'opinion voulant que la procédure prévue par cet article doit servir à adopter des modifications à une disposition existante de la Constitution « applicable à certaines provinces seulement », ou pouvant être raccrochées à une

³² *Modification constitutionnelle de 1997 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR 97/55.

³³ *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR 97/141.

³⁴ Sur cette modification, voir : Jean-Pierre PROULX et José WOEHLING, «La restructuration du système scolaire québécois et la modification de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867», (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 399.

³⁵ *Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR 98/25.

³⁶ *Modification constitutionnelle de 2001 (Terre-Neuve et Labrador)*, TR 01/...

telle disposition³⁷.

La seconde condition pour recourir à la procédure de l'article 43 est l'existence d'un « lien tangible » entre la modification projetée et les dispositions destinées à être modifiées. Cette deuxième condition, qui a été mise en lumière par certains auteurs³⁸, semble d'ailleurs devoir découler logiquement de la première, ou pourrait même être considérée comme faisant implicitement partie de celle-ci. L'exigence que les modifications adoptées en vertu de l'article 43 ne soient apportées qu'à des dispositions existantes, applicables à certaines provinces seulement, signifie précisément que le Constituant a voulu cantonner de telles modifications aux domaines et aux questions visées par ces dispositions. Cette exigence perdrait donc tout son sens s'il était possible d'adopter une modification totalement étrangère à une disposition existante, en la rattachant de façon purement formelle à celle-ci. Les tribunaux ne semblent pas jusqu'à présent avoir eu l'occasion de se prononcer sur cette condition du « lien tangible », ce qui s'explique sans doute par le fait que toutes les modifications déjà adoptées grâce à l'article 43, sauf peut-être une, possédaient indubitablement un tel lien - une telle parenté – avec les dispositions qu'elles venaient modifier. La modification possiblement problématique est la *Modification constitutionnelle de 1993 (Nouveau-Brunswick)*, qui a d'ailleurs fait l'objet d'un début de contestation judiciaire, cependant abandonné en cours de procédure. La requérante, Madame Deborah Coyne, prétendait notamment que la condition du « lien tangible » (elle n'utilisait cependant pas cette expression, que nous avons empruntée au professeur Daniel Proulx) n'était pas remplie de façon satisfaisante. Elle s'appuyait sur le fait que la disposition à laquelle la modification venait se greffer, l'article 16(2) de la *Charte*

³⁷ Quant à la doctrine, si elle n'est pas unanime sur ce point, un fort consensus s'en dégage néanmoins en faveur de cette solution. Pour l'examen des opinions des auteurs de doctrine sur la question, voir : José WOEHLING, « Le recours à la procédure de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications traditionnelles du Québec » dans *Mélanges en l'honneur de Gérald-A. Beaudoin*, Scarborough, Carswell (à paraître en 2002).

³⁸ Voir en particulier : Stephen A. SCOTT, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes », (1982) 20 *University of Western Ontario Law Review* 247, 296 et 297 ; Daniel PROULX, « La *Modification constitutionnelle de 1997* relative aux structures scolaires au Québec : une mesure opportune et juridiquement solide », (1998) 58 *Revue du Barreau* 41, 63.

canadienne, portait sur le statut du français et de l'anglais en tant que « langues officielles » du Nouveau-Brunswick (c'est-à-dire langues des lois, de la législature, des tribunaux et de l'administration) et sur l'égalité de statut de ces langues quant à leur usage dans les institutions de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick, alors que la modification adoptée portait, entre autres, sur le droit à des institutions d'enseignement distinctes, sujet relevant quant à lui de l'article 23 de la *Charte canadienne*, lequel est relatif à la langue d'instruction et *applicable à toutes les provinces*³⁹. Par contre, le professeur Daniel Proulx estime que la modification en cause était valide : « La validité de cette modification est assurée par le fait que cette nouvelle disposition ne crée pas de droits entièrement nouveaux et distincts de ceux qui sont déjà inscrits dans les textes constitutionnels existants, mais qu'au contraire elle constitue une modification du paragraphe 16(2) traitant des droits linguistiques au Nouveau-Brunswick, modification du reste encouragée par le paragraphe 16(3) » (qui prévoit que la Charte « ne limite pas les pouvoirs du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais »)⁴⁰.

On constate donc que la condition du lien tangible peut être interprétée de façon plus ou moins rigoureuse, en exigeant, soit que la modification adoptée reste dans le domaine *précis* visé par la disposition modifiée (c'était l'approche retenue par Madame Coyne), soit qu'elle se situe dans le domaine *général* de celle-ci, voire dans un domaine *apparenté* (c'est l'approche que semble retenir le professeur Daniel Proulx). Malheureusement, aucune jurisprudence ne permet encore de trancher entre ces deux points de vue. Pour ce qui est du cas particulier de la modification de 1993 applicable au Nouveau-Brunswick, nous partageons l'avis du professeur Proulx, en considérant que le paragraphe 16(3) fait pencher la balance en faveur de sa validité. En effet, cette dernière disposition autorise le Parlement et les législatures à faire progresser l'égalité de statut du français et de l'anglais sans reprendre, comme le paragraphe 16(2) et le paragraphe 16(1), l'expression qualificative « quant à leur usage dans les institutions de la Législature [Parlement] et du gouvernement du Nouveau-Brunswick [du Canada] ». Par conséquent, il faut

³⁹ Federal Court of Canada, Trial Division ; *Deborah Coyne v. Canada (A.G.)*, Memorandum of Argument. En fin de compte, Madame Coyne retira sa demande, qui fut radiée le 30 juillet 1993.

⁴⁰ *Loc. cit.*, note 38, 65.

croire que le Constituant ne voulait pas limiter les possibilités de progression au seul domaine des « langues officielles ». Cependant, de façon plus générale, dans un contexte où le paragraphe 16(3) ne s'appliquerait pas, nous pensons que la condition du lien tangible devrait être interprétée de façon plutôt rigoureuse, en exigeant un lien avec le domaine *précis* visé par la modification adoptée. En effet, le fait que les statuts particuliers et l'asymétrie constituent une exception par rapport à la règle générale de l'égalité des provinces devrait appeler une interprétation restrictive plutôt qu'extensive de leurs possibilités d'élargissement.

Après avoir examiné les conditions à remplir pour *recourir* à la procédure de l'article 43, il faut à présent considérer celles qui s'imposent dans sa *mise œuvre*. Comme on l'a déjà souligné, l'article 43 exige, pour la modification des dispositions constitutionnelles applicables à certaines provinces seulement, le consentement des deux Chambres fédérales et de l'assemblée législative de « chaque province concernée ». Si l'on tient compte de la version anglaise, plus précise, qui se lit « *each province to which the amendment applies* », il paraît clair que les provinces dont le consentement est requis sont celles auxquelles la *modification projetée* s'applique, plutôt que celles visées par la *disposition* faisant l'objet de la modification. Selon ce point de vue, par exemple, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, applicable à six provinces seulement, dont le Québec, pouvait être modifié, en vertu de l'article 43, dans le but de le rendre partiellement inapplicable au Québec, avec le seul consentement des deux chambres fédérales et de l'assemblée législative du Québec. Comme on le sait, une telle modification a été effectivement adoptée en 1997 (voir *supra*)⁴¹.

Il faut ensuite s'interroger sur le rôle que jouent les principes structurels sous-jacents de la Constitution, dégagés par la Cour suprême dans le Renvoi sur la sécession, dans la mise en œuvre des procédures de modification, notamment celle de l'article 43. Rappelons qu'il s'agit du principe démocratique, de ceux du

⁴¹ La constitutionnalité de cette modification a été contestée devant les tribunaux, sans succès pour le moment. En effet, la Cour supérieure du Québec a décidé que la *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)* avait été validement adoptée : voir l'affaire *Potter c. Québec (P.G.)*, [1999] R.J.Q. 165 (C.S.). Cette décision est actuellement en appel devant la Cour d'appel du Québec.

fédéralisme, du constitutionnalisme, de la primauté du droit et de la protection des minorités⁴². Si ces principes font naître une obligation de négocier les propositions de modification constitutionnelle et régissent la conduite des négociations, ces limitent-ils également le *contenu* des modifications susceptibles d'être adoptées ? Autrement dit, une modification constitutionnelle parfaitement valide du point de vue du respect de la procédure pourrait-elle être considérée comme invalide parce qu'incompatible avec un des principes ? Par exemple, une modification adoptée conformément à l'article 41 et destinée à abroger l'article 23 de la *Charte canadienne* pourrait-elle être jugée invalide parce que contraire au principe de la protection des minorités ? Une modification adoptée conformément à l'article 41 et destinée à faire du Canada un État unitaire serait-elle invalide car incompatible avec le principe du fédéralisme ? Une réponse affirmative signifierait que la Constitution canadienne contient des éléments absolument intangibles car totalement non susceptibles de modification. Or la Cour réfute expressément une telle possibilité dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*. En effet, elle y rejette la théorie voulant que la sécession d'une province ne soit tout simplement pas autorisée par la Constitution parce qu'il ne s'agirait pas d'une modification, mais d'une « destruction » de celle-ci. Pour la Cour, le fait qu'une éventuelle sécession entraîne des changements profonds n'enlève pas à ceux-ci leur caractère de modifications constitutionnelles : « La Constitution est l'expression de la souveraineté de la population du Canada. [Celle-ci], agissant par l'intermédiaire des divers gouvernements dûment élus et reconnus en vertu de la Constitution, détient le pouvoir de mettre en oeuvre tous les arrangements constitutionnels souhaités dans les limites du territoire canadien, y compris, si elle était souhaitée, la sécession du Québec du Canada » (parag. 85). Autrement dit, le fait de

⁴² D'autres principes constitutionnels sous-jacents ont été dégagés par la Cour suprême dans d'autres décisions. Pour un bilan, voir : Robin ELLIOT, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution », (2001) 80 *Revue du Barreau canadien*, 67. Selon l'auteur, les principes structurels reconnus jusqu'à présent par la Cour sont : le fédéralisme, la démocratie, la primauté du droit, la protection des minorités, l'indépendance judiciaire, la position privilégiée des cours supérieures provinciales, certains droits et libertés, la courtoisie interprovinciale, la séparation des pouvoirs, le principe de l'union économique, l'intégrité nationale et l'intégrité de la Constitution. Il faudrait ajouter à la liste du professeur Elliot les privilèges inhérents des assemblées parlementaires : *New Brunswick Broadcasting Corp. c. Nouvelle Écosse*, [1993] 1 R.C.S. 319.

considérer totalement impossibles certaines modifications constitutionnelles, sous le prétexte qu'elles seraient contraires à certains principes implicites, serait lui-même contraire au principe démocratique et à la souveraineté de la « population » du Canada.

Cependant, si les principes structurels sous-jacents ne limitent pas la capacité des pouvoirs constituants canadiens, ils doivent sûrement, par contre, pouvoir jouer un rôle dans l'interprétation des dispositions de la Partie V relatives à la modification de la Constitution. En cas d'obscurité ou d'incertitude des textes, il y aura lieu d'adopter une interprétation de ces dispositions qui soit en conformité avec les principes. On reviendra sur ce point plus loin dans cette étude.

Enfin, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de rappeler que la *Charte canadienne* ne s'applique pas aux autres dispositions de la Constitution du Canada et ne peut donc pas servir à en neutraliser les effets⁴³. En matière de modification constitutionnelle, cela signifie qu'une modification régulièrement adoptée en vertu d'une des trois procédures complexes (procédure normale, unanimité et procédure de l'article 43), et ayant donc valeur supra législative, ne peut être contestée en vertu de la *Charte*, parce qu'elle a, au même titre que la *Charte*, le rang de « loi suprême du Canada »⁴⁴. La *Charte* n'a pas de valeur « supra constitutionnelle » et elle n'est pas davantage totalement non modifiable (« intangible »). Cependant, si la *Charte* peut être modifiée ou abrogée, elle ne peut l'être que selon la procédure de modification prescrite, c'est-à-dire la procédure normale (sauf peut-être pour ce qui est de son article 23, qui ne peut probablement être modifié que par l'entremise de la procédure de l'unanimité⁴⁵). Par conséquent, si une modification adoptée grâce à l'article 43 avait des effets directs sur la *Charte* *au point de pouvoir être considérée comme modifiant celle-ci* (que ce soit d'ailleurs pour la *renforcer* ou pour *l'affaiblir*), elle serait inconstitutionnelle, non comme étant possiblement incompatible avec la *Charte*, mais comme étant incompatible avec les dispositions de la Partie V sur la

⁴³ Voir, par exemple, *New Brunswick Broadcasting Corp. c. Nouvelle Écosse*, précité.

⁴⁴ Par contre, les modifications constitutionnelles adoptées par loi fédérale ou provinciale ordinaire, en vertu de l'article 44 ou de l'article 45, sont soumises à la *Charte*.

⁴⁵ Voir note 6.

procédure de modification.

- (2) Les modifications susceptibles d'être adoptées grâce à la procédure de l'article 43 pour satisfaire certaines demandes traditionnelles du Québec

Il faut d'abord identifier les dispositions de la Constitution du Canada auxquelles on pourrait en principe, grâce à l'article 43, apporter une modification applicable au Québec seulement et ne nécessitant que l'accord du Québec et des autorités fédérales. Il s'agira des dispositions « applicables à certaines provinces seulement » et ayant en outre pour effet, directement ou indirectement, en mentionnant le Québec ou sans le mentionner, de créer un statut particulier pour cette province ou, si l'on préfère, de créer une asymétrie entre la situation du Québec et celle des autres provinces⁴⁶ :

- 1) L'article 6 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit : « Les parties de la province du Canada (telle qu'existant à la passation de la présente loi) qui constituaient autrefois les provinces respectives du Haut et du Bas-Canada, seront censées séparées et formeront deux provinces distinctes. La partie qui constituait autrefois la province du Haut-Canada formera la province d'Ontario; et la partie qui constituait la province du Bas-Canada formera la province de Québec ». Cette disposition relève pour sa modification, selon la nature de la portion de frontière du Québec ou de l'Ontario que l'on voudrait modifier, soit de l'alinéa 43a) (frontières inter-provinciales), soit de la portée générale de l'article 43, soit de l'article 3 de la *Loi constitutionnelle de 1871* (frontières provinciales-fédérales et frontières provinciales-internationales).
- 2) L'Article 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit notamment : « [...] En ce qui concerne la province de Québec, chacun des vingt-quatre sénateurs la représentant, sera nommé pour l'un des vingt-quatre

⁴⁶ Certaines dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'appliquant uniquement au Québec, ou uniquement au Québec et à l'Ontario, relèvent d'une autre procédure de modification que celle de l'article 43. Il est donc inutile de les mentionner ici. Pour une énumération de ces dispositions, voir notre étude mentionnée en note 37.

collèges électoraux du Bas-Canada énumérés dans la cédule A, annexée au chapitre premier des statuts refondus du Canada » et l'alinéa 23(6) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ajoute : « Les qualifications d'un sénateur seront comme suit: [...] 6. En ce qui concerne la province de Québec, il devra être domicilié ou posséder sa qualification foncière dans le collège électoral dont la représentation lui est assignée ».

- 3) Nous savons déjà ce qu'il est de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui a été modifié en 1997 grâce à l'article 43 dans son application au Québec (*supra*).
- 4) L'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dispose : « Nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, le parlement du Canada pourra adopter des mesures à l'effet de pourvoir à l'uniformité de toutes les lois ou de parties des lois relatives à la propriété et aux droits civils dans Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, et de la procédure dans tous les tribunaux ou aucun des tribunaux de ces trois provinces; et depuis et après la passation de toute loi à cet effet, le pouvoir du parlement du Canada de décréter des lois relatives aux sujets énoncés dans telles lois, sera illimité, nonobstant toute chose au contraire dans la présente loi; mais toute loi du parlement du Canada pourvoyant à cette uniformité n'aura d'effet dans une province qu'après avoir été adoptée et décrétée par la législature de cette province ». Cet article, qui ne s'applique aujourd'hui qu'à neuf provinces (toutes sauf le Québec), peut donc être modifié grâce à l'article 43. L'analyse traditionnelle de cette disposition veut que l'absence du Québec s'explique pour des raisons tenant au particularisme de son droit privé. Autrement dit, bien qu'il n'y soit pas mentionné (et *parce qu'il n'y est pas mentionné*), l'article 94 crée un statut particulier pour le Québec et, donc, une situation d'asymétrie entre les provinces.
- 5) L'article 97 de la *Loi constitutionnelle de 1867* énonce : « Jusqu'à ce que les lois relatives à la propriété et aux droits civils dans Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, et à la procédure dans les cours de ces provinces, soient rendues uniformes, les juges des cours de ces provinces qui seront nommés par le gouverneur-général devront être choisis parmi les membres des barreaux respectifs de ces

provinces. » et l'article 98 prévoit : « Les juges des cours de Québec seront choisis parmi les membres du barreau de cette province ». La superposition des articles 97 et 98 s'explique par une éventuelle mise en œuvre de l'article 94. Si le droit privé était unifié dans les provinces de *common law*, il ne serait plus nécessaire d'exiger que les juges des cours provinciales nommés par le gouvernement fédéral soient choisis parmi les membres des barreaux respectifs des provinces ; comme le Québec, par contre, est soustrait à l'application de l'article 94, conservant ainsi son droit privé particulier, il continuerait d'être nécessaire de lui appliquer cette règle.

- 6) L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit : « Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues. Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues ».
- 7) L'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce : « (1) L'alinéa 23(1)a) entre en vigueur pour le Québec à la date fixée par proclamation de la Reine ou du gouverneur général sous le grand sceau du Canada. (2) La proclamation visée au paragraphe (1) ne peut être prise qu'après autorisation de l'assemblée législative ou du gouvernement du Québec. (3) Le présent article peut être abrogé à la date d'entrée en vigueur de l'alinéa 23(1)a) pour le Québec, et la présente loi faire l'objet, dès cette abrogation, des modifications et changements de numérotation qui en découlent, par proclamation de la Reine ou du gouverneur général sous le grand sceau du Canada ». Quant à l'alinéa 23(1)a), il prévoit : « (1) Les citoyens canadiens : (a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident, [...]

ont [...] le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue ».

- 8) Par ailleurs, si le Québec voulait s'assujettir aux obligations de bilinguisme prévues aux articles 16(2), 17(2), 18(2) et 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, actuellement applicables au Nouveau-Brunswick seulement, il pourrait y parvenir par une modification adoptée en vertu de l'article 43 avec le seul consentement des autorités québécoises et fédérales.

Les dispositions qui traitent le Québec de façon distincte dans le domaine des droits linguistiques et du droit privé

Comme on l'a constaté, il existe donc deux dispositions constitutionnelles qui traitent le Québec de façon distincte dans le domaine des droits linguistiques.

L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'applique seulement à la province du Québec (mais il contient également un « volet » fédéral) et sa modification par consentement des autorités fédérales, d'une part, et des autorités québécoises, d'autre part, est clairement prévue à l'alinéa 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'applique qu'au Québec et prévoit l'entrée en vigueur pour le Québec de l'alinéa 23(1)a) de la même loi, lequel garantit certains droits à l'instruction dans la langue de la minorité, après autorisation de l'assemblée législative ou du gouvernement de cette province. Cette entrée en vigueur différée n'a cependant pas pour effet de faire de l'alinéa 23(1)a) une disposition applicable uniquement aux neuf autres provinces. Il s'applique clairement aux dix provinces, bien qu'il ne soit pas encore entré en vigueur pour le Québec. De toute façon, il est clair que l'article 23 ne peut pas être modifié par la procédure de l'article 43 ; comme on l'a vu précédemment, sa modification relève soit de l'article 38 (procédure normale), soit, plus probablement, de l'alinéa 41c) (procédure de l'unanimité)⁴⁷. Cependant, la superposition des articles 59 et 23 indique la sensibilité du Constituant à certaines réalités

⁴⁷ Voir note 6.

linguistiques propres au Québec ; l'histoire législative de l'article 59 montre que cette disposition a été adoptée pour tenir compte de la vulnérabilité du français, laquelle pourrait être accentuée par l'ouverture des écoles publiques anglaises du Québec aux anglophones du monde entier (une fois devenus citoyens), ce qui serait le cas si l'alinéa 23(1)a) s'appliquait au Québec.

Quant à l'article 59, s'il peut être modifié grâce à l'article 43, la condition du « lien tangible » fait en sorte qu'il ne serait possible de le modifier que sur le sujet dont il traite, c'est-à-dire les modalités d'entrée en vigueur, à l'égard du Québec, de l'alinéa 23(1)a). Peut-être pourrait-on, par exemple, modifier son alinéa 2 pour prévoir que l'autorisation dont il est question doit nécessairement être donnée par l'assemblée législative québécoise plutôt que, comme le prévoit le texte actuel, par l'assemblée législative *ou* le gouvernement du Québec. Pourrait-on, en vertu de l'article 43, le modifier pour lui faire dire que l'alinéa 23(1)a) n'entrera *jamaïs* en vigueur pour le Québec ? Il s'agirait alors plutôt d'une modification de l'article 23 lui-même, dont nous avons vu qu'il ne peut pas être modifié en vertu de l'article 43.

Par conséquent, seul l'article 133 de *la Loi constitutionnelle de 1867* pourrait « accueillir » des modifications significatives ne s'appliquant qu'au Québec, et ne nécessitant que l'accord du Québec et du fédéral, relatives aux droits linguistiques. Pourrait-on, grâce à l'article 43, et avec l'accord seulement du Québec et du fédéral, modifier l'article 133 pour y ajouter une disposition interprétative de nature générale inspirée de celle qui était prévue dans l'Accord du lac Meech et énonçant : « Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec [...] la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte. [...] La législature et le gouvernement du Québec ont le rôle de protéger et de promouvoir le caractère distinct du Québec [...] » ? Au moment des discussions portant sur l'Accord du lac Meech, entre 1987 et 1990, il était généralement tenu pour avéré que l'adoption des dispositions sur le caractère distinct du Québec nécessitait la procédure normale de modification⁴⁸. Cependant, dans l'Accord, ces dispositions étaient indissolublement associées à d'autres, qui s'appliquaient

⁴⁸ Voir par exemple, P. HOGG, *op. cit.*, note 19, p. 84 : « It is possible that a distinct society clause could be put in the Constitution under s. 43, that is, with the consent of only Quebec and the Federal Parliament, but the conventional wisdom is that the seven-fifty formula is required ».

également aux autres provinces et aux autorités fédérales et prévoyant notamment « la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays, mais aussi présents au Québec, constitue une caractéristique fondamentale du Canada », et que « le Parlement du Canada et les législatures des provinces ont le rôle de protéger [cette] caractéristique fondamentale du Canada [...] ». Prises isolément, les dispositions relatives au caractère distinct du Québec ne s'appliqueraient qu'au Québec. Par contre, elles ne rempliraient vraisemblablement pas la condition du « lien tangible » et de la « véritable pertinence » avec l'article 133 puisque, selon les affirmations constantes des gouvernements québécois successifs, y compris celui du gouvernement libéral qui était à l'origine de l'Accord du lac Meech, le caractère distinct du Québec ne se limite pas aux caractéristiques linguistiques de la société québécoise.

Pourrait-on plutôt, grâce à l'article 43, et avec l'accord seulement du Québec et du fédéral, modifier l'article 133 pour y ajouter une modification inspirée, dans sa formulation sinon son intention, de la *Modification constitutionnelle de 1993 (Nouveau-Brunswick)*, maintenant inscrite dans l'alinéa 16.1(2) de la *Charte canadienne* et énonçant : « Le rôle de la législature et du gouvernement du Québec de protéger et de promouvoir le statut du français est confirmé » ? La condition du « lien tangible » avec le contenu de l'article 133 serait, à l'évidence, parfaitement remplie. Ensuite, la modification ne s'appliquerait qu'au Québec. On ne pourrait pas prétendre, par ailleurs, qu'elle a des effets, directs ou indirects, sur les droits *linguistiques* garantis par la *Charte canadienne*, puisque celle-ci ne contient aucune disposition relative au bilinguisme législatif, réglementaire, parlementaire ou judiciaire applicable au Québec. En effet, les articles 16(1), 16(2) et 17 à 20 de la Charte ne s'appliquent respectivement qu'aux autorités fédérales et au Nouveau-Brunswick. La seule disposition de la *Charte*, dans ce domaine, applicable au Québec, comme à toutes les autres provinces, est l'article 16(3) dont nous avons déjà vu qu'il énonce : « La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais ». L'interprétation la plus courante de cette disposition est qu'elle est destinée à préciser clairement que rien dans la Charte n'interdit au Parlement canadien et aux législatures provinciales de garantir des droits

linguistiques, pour les deux langues officielles, allant *au delà* des garanties contenues dans la Charte⁴⁹. Sous cet angle, l'on pourrait s'appuyer sur plusieurs décisions de la Cour suprême dans lesquelles celle-ci admet que l'égalité puisse exiger un traitement différenciel et préférentiel destiné à neutraliser les désavantages matériels dont souffrent certaines personnes ou certains groupes⁵⁰, pour prétendre que la progression vers l'égalité d'usage du français et de l'anglais, au Québec, exige non seulement la protection mais également la promotion de la langue française, vu sa situation de vulnérabilité, laquelle a d'ailleurs été clairement reconnue par la Cour suprême dans l'arrêt *Ford*⁵¹.

L'utilité d'une telle modification serait que les tribunaux devraient en tenir compte au moment d'interpréter les obligations résultant pour le Québec des droits linguistiques garantis par l'article 133 et en jugeant de la validité de lois québécoises qui, comme la *Charte de la langue française*⁵², régissent le statut et l'usage des deux langues officielles du Canada au Québec et tentent de promouvoir l'usage du français en lui accordant parfois une certaine préférence par rapport à l'anglais. On pourrait alors espérer, mais sans que rien ne soit assuré, que les tribunaux interprètent les obligations de bilinguisme qui s'imposent au Québec de façon moins extensive que cela n'a déjà été le cas si on réussit à leur démontrer que, sur un plan sociolinguistique, certaines formes de bilinguisme officiel nuisent à la protection et à la promotion du français.

Une telle modification pourrait également jouer un certain rôle dans la mise en

⁴⁹ Voir par exemple, P. HOGG, *op. cit.*, note 19, pp. 1067 et 1068.

⁵⁰ Voir, par exemple : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 39 (« [...] le tribunal appelé à décider s'il y a eu discrimination au sens du par. 15(1) devrait se poser les trois grandes questions suivantes. Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1) »).

⁵¹ *Ford c. P.G. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 777 et 778.

⁵² *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, c. 5; L.R.Q., c. C-11.

oeuvre de l'article premier de la *Charte canadienne*, en vertu duquel les tribunaux vérifient la « raisonabilité » et la justification des restrictions aux droits et libertés garantis par la Charte. En effet, les lois québécoises portant sur le statut et l'usage du français et de l'anglais, dans les domaines couverts par l'article 133, pourraient être contestées non seulement en vertu de ce dernier, mais également sur la base des dispositions de la *Charte* portant sur le droit à l'égalité (article 15), la liberté d'expression (alinéa 2b), les droits politiques (art. 3), le multiculturalisme (art. 27), etc. Dans ce cas, si les tribunaux concluaient qu'un tel droit est restreint, leur analyse sous l'article premier devrait tenir compte de la modification apportée à l'article 133 (par contre, celle-ci ne serait probablement pas interprétée comme s'appliquant dans les domaines linguistiques autres que ceux de l'article 133, comme la langue du commerce et de l'industrie ou celle des relations entre employeurs et employés). C'est précisément par crainte que la modification évoquée puisse avoir de pareilles conséquences que ses adversaires la dénonceront comme contraire aux droits de la minorité anglo-québécoise et, pour ce qui est de son impact éventuel par l'intermédiaire de l'article premier de la *Charte*, comme ayant des effets sur celle-ci qui en font une modification de la Charte. Le même argument avait été soulevé contre la disposition du caractère distinct dans l'Accord du lac Meech⁵³. Cependant, l'adoption d'une disposition constitutionnelle en dehors de la *Charte*, même si cette disposition devra être prise en compte dans l'interprétation de la *Charte*, n'est évidemment pas une modification de la *Charte*.

Les adversaires de la modification évoquée invoqueront également, sans doute, le principe structurel de la protection des minorités, mais nous avons vu précédemment qu'un tel principe ne peut empêcher une modification constitutionnelle valablement faite selon la procédure prévue. En outre, on pourrait leur répondre qu'une telle modification a précisément pour objet de permettre une meilleure protection de la minorité francophone du Canada, principalement

⁵³ Sur les arguments soulevés, le plus souvent à tort, contre la reconnaissance du caractère distinct du Québec dans l'Accord du lac Meech, voir : José WOEHLING, «A Critique of the Distinct Society Clause's Critics», dans *The Meech Lake Primer : Conflicting Views of the 1987 Constitutional Accord* (edited by Michael D. Behiels), Ottawa, University of Ottawa Press, 1989, p. 171 ; José WOEHLING, «La Modification constitutionnelle de 1987, la reconnaissance du Québec comme société distincte et la dualité linguistique du Canada», (1988) 29 *Cahiers de Droit* 3.

« concentrée » au Québec.

Néanmoins, il est possible, voire probable, que les protestations qui seraient élevées contre la modification que nous venons d'évoquer (les groupes protestataires seraient sans doute les mêmes que ceux qui ont combattu avec acharnement, au Québec ou dans le reste du Canada, la reconnaissance du caractère distinct dans l'Accord du lac Meech) seraient suffisantes pour dissuader les autorités fédérales d'y donner leur consentement.

Nous avons constaté que la Constitution du Canada contient également des dispositions qui, sinon prise chacune séparément, du moins par leur superposition, ont pour effet de créer un statut particulier pour le Québec en matière de droit privé. L'article 94, jamais mis en œuvre, prévoit l'uniformisation du droit privé, mais le Québec est exclu de son application (parce qu'il n'y est pas nommé). L'article 98 répète, pour le Québec, la même règle que celle qui s'applique pour les autres provinces en vertu de l'article 97, à savoir qu'un juge de cour provinciale supérieure nommé par le gouvernement fédéral doit appartenir au barreau de la province sur les tribunaux de laquelle il siègera. L'asymétrie découlant des articles 97 et 98 est purement formelle et rédactionnelle puisque la norme substantielle contenue dans ces deux articles est la même. Néanmoins, il s'agit d'un article s'appliquant uniquement au Québec et ouvrant donc formellement la voie à une modification en vertu de l'article 43. On pourrait imaginer de le modifier pour prévoir, par exemple, qu'en nommant les juges de cour supérieure pour le Québec, le gouvernement fédéral doit prendre en considération l'avis du gouvernement du Québec. La condition du « lien tangible » serait-elle remplie ? Dans un sens très lâche, on pourrait peut-être répondre par l'affirmative, puisqu'on resterait dans le domaine des modalités de désignation des juges de cour supérieure. Dans un sens plus restreint, on serait porté à une réponse négative. En effet, les articles 97 et 98 portent sur les qualifications professionnelles des juges et la participation des gouvernements provinciaux à leur nomination constitue un sujet différend. Par ailleurs, on pourrait prétendre qu'une telle modification aurait des effets sur l'application des dispositions garantissant l'indépendance des juges de cour provinciale supérieure (articles 99 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) lesquels, dans la mesure où ils s'appliquent à toutes les provinces, échappent à la possibilité de modification en vertu de l'article 43.

Pourrait-on plutôt, grâce à l'article 43, et avec l'accord seulement du Québec et du fédéral, modifier l'article 94 pour y ajouter une disposition énonçant : « Le rôle de la législature et du gouvernement du Québec de protéger et de promouvoir le caractère distinct du droit civil du Québec est confirmé » ? La condition du « lien tangible » avec le contenu de l'article 94 serait, il nous semble, remplie. La non application de l'article 94 au Québec a précisément pour objet de tenir compte du particularisme du droit civil québécois. Ensuite, la modification ne s'appliquerait qu'au Québec. On pourrait prétendre, par ailleurs, qu'elle entraîne des effets indirects sur les droits garantis par la *Charte canadienne*, puisque l'article premier de celle-ci devrait être appliqué en tenant compte de la modification envisagée (par exemple, dans l'analyse des restrictions aux droits et libertés découlant, le cas échéant, de certaines institutions propres au droit civil québécois). Cependant, nous avons déjà répondu à cette objection précédemment : l'adoption, en dehors de la *Charte*, d'une disposition constitutionnelle qui servira à l'interprétation de la *Charte*, n'est pas une modification de la *Charte*, sinon toute modification constitutionnelle devra toujours être considérée comme étant aussi une modification de la *Charte*, puisque toutes les dispositions d'un instrument constitutionnel ou législatif doivent être interprétées les unes par rapport aux autres.

L'exercice de certaines compétences législatives

Certains accords administratifs, portant sur les modalités d'exercice des compétences fédérales et provinciales dans un domaine déterminé, comme l'accord sur l'immigration actuellement en vigueur entre le Québec et les autorités fédérales⁵⁴, pourraient-ils être constitutionnalisés par l'intermédiaire de la procédure de l'article 43 ? Nous pensons qu'une réponse négative s'impose. La première raison est que les dispositions relatives au partage des compétences législatives, qui attribuent leurs pouvoirs aux législatures des provinces et au Parlement canadien, s'appliquent, sans exception, uniformément à toutes les provinces et, par conséquent, ne donnent pas ouverture à une modification en vertu de l'article 43 (ne sauraient « accueillir » une telle modification). La deuxième

⁵⁴ *Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains*, 5 février 1991.

raison est que, même s'il existait une possibilité de raccrocher une telle modification à une disposition existante de la Constitution « applicable à certaines provinces seulement », le fait de constitutionnaliser des modalités, contraignantes pour les autorités fédérales, de mise en œuvre de certaines de leurs compétences, exclusives ou concurrentes avec prépondérance fédérale, équivaldrait à une modification du partage des compétences, ce qui nécessiterait la mise en œuvre de la procédure normale de modification.

Par ailleurs, les dispositions évoquées précédemment, qu'il s'agisse de celle qui serait ajoutée à l'article 133 en matière de langue ou de celle modifiant l'article 94 en matière de droit privé, pourraient également avoir un impact sur l'interprétation des dispositions relatives au partage des compétences (sans pour autant, et pour les mêmes raisons que précédemment, pouvoir être considérées comme des modifications à ces dispositions)⁵⁵. En tout cas, c'est précisément parce que l'on craignait que les dispositions de l'Accord du lac Meech relatives au caractère distinct du Québec aient un tel effet sur le partage des compétences que l'on avait ajouté une « clause de sauvegarde » destinée à neutraliser cet effet et se lisant comme suit : « Le présent article n'a pas pour effet de déroger aux pouvoirs, droits ou privilèges du Parlement ou du gouvernement du Canada, ou des législatures ou des gouvernements des provinces, y compris à leurs pouvoirs, droits ou privilèges en matière de langue ». Cet effet potentiel des modifications évoquées sur le partage des compétences explique pourquoi celles-ci, comme cela a été le cas pour les dispositions de l'Accord du lac Meech, feraient certainement l'objet d'une opposition acharnée au nom, d'une part, de la défense des compétences fédérales et du rôle national des autorités canadiennes, et, d'autre part, du respect du principe d'égalité de toutes les provinces.

La réforme des institutions fédérales

⁵⁵ Par exemple, l'affirmation du rôle de protection et de promotion du français des autorités provinciales du Québec, figurant par hypothèse dans l'article 133, pourrait avoir un effet sur l'interprétation du partage des compétences en matière linguistique, notamment pour ce qui est de l'applicabilité des dispositions des lois linguistiques provinciales aux entreprises de juridiction fédérale (une « zone grise » où les règles d'interprétation peuvent avoir un impact non négligeable).

Le Sénat

Comme nous l'avons vu, il existe deux articles ou parties d'articles constitutionnels ne s'appliquant qu'au Québec et créant pour celui-ci un certain statut particulier pour ce qui est des conditions de résidence que doivent remplir les sénateurs qui le représentent. L'article 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867* énonce : « [...] En ce qui concerne la province de Québec, chacun des vingt-quatre sénateurs la représentant, sera nommé pour l'un des vingt-quatre collèges électoraux du Bas-Canada [...] » et l'alinéa 23(6) de la *Loi constitutionnelle de 1867* énonce : « Les qualifications d'un sénateur seront comme suit: [...] (6) En ce qui concerne la province de Québec, il devra être domicilié ou posséder sa qualification foncière dans le collège électoral dont la représentation lui est assignée ». Ces particularités s'expliquent, semble-t-il, par le fait qu'en 1867, l'on voulait assurer une représentation au Sénat des régions du Québec à majorité anglophone. Les articles 22 et 23 pourraient donc « accueillir » une modification effectuée en vertu de l'article 43 et ne s'appliquant qu'au Québec. La seule modification qui présenterait quelque utilité pour le Québec serait celle prévoyant que le gouvernement fédéral doit nommer les sénateurs représentant le Québec en consultation avec le gouvernement provincial (ou – de façon plus radicale - que ces sénateurs doivent être nommés directement par le gouvernement du Québec). Cependant, une telle modification, outre qu'elle ne satisferait probablement pas la condition du « lien tangible » (les dispositions existantes portent sur les conditions de résidence pour être nommé sénateur et non sur le mode de désignation des membres du Sénat), relève expressément de la procédure normale de modification en vertu de l'alinéa 42(1)b) (« le mode de sélection des sénateurs »).

La Cour suprême

Comme il a été expliqué dans l'étude originale (et rappelé dans le résumé de celle-ci qui figure en première partie), il existe une division des opinions pour savoir si les dispositions de la *Loi sur la Cour suprême*⁵⁶ relatives à la composition de la Cour ont été ou non enchâssées implicitement dans la Constitution par la mention

⁵⁶ *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26.

de cette question qui est faite à l'article 41d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵⁷. En admettant que ce soit le cas, ce qui n'est pas notre opinion⁵⁸, l'article 6 de la loi, qui prévoit qu'au moins trois des neuf juges de la Cour doivent être choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec ou parmi les avocats inscrits au Barreau du Québec, serait donc devenu une disposition de la Constitution du Canada applicable au Québec seulement. Cependant, comme « la composition de la Cour suprême du Canada » est précisément le sujet mentionné à l'article 41d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, cela signifie que cet article, s'il faisait effectivement partie de la Constitution, ne pourrait être modifié que grâce à la procédure de l'unanimité. De toute manière, les dispositions de la loi relative à la composition de la Cour n'ont presque sûrement pas été enchâssées en 1982, ce qui explique d'ailleurs pourquoi l'enchâssement de la disposition concernant les juges du Québec figurait parmi les réformes contenues dans l'Accord du lac Meech.

En conclusion, l'article 43 permettrait donc probablement de faire adopter, avec le consentement de l'assemblée législative du Québec et des deux chambres fédérales, des modifications constitutionnelles affirmant le rôle des autorités politiques québécoises de protéger et de promouvoir le statut du français et le caractère distinct du droit civil québécois. De telles dispositions auraient un rôle interprétatif, si bien qu'il est difficile de savoir précisément quels effets les tribunaux en feraient découler, mais on peut imaginer qu'ils les utiliseraient pour interpréter le partage des compétences, les dispositions imposant au Québec des obligations linguistiques en faveur de sa minorité anglophone et la *Charte canadienne des droits et libertés* dans un sens favorable aux efforts déployés par le Québec en vue de cette protection et de cette promotion.

2. - Les réformes ne nécessitant pas le recours à la procédure de modification constitutionnelle

L'échec de l'Accord du lac Meech et de l'Accord de Charlottetown, dû en bonne

⁵⁷ Pour une présentation et une analyse des positions en présence, voir : Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Toronto, Carswell, 1996, pp. 74 et 75.

⁵⁸ Jacques-Yvan MORIN & José WOEHLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du Régime français à nos jours*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1994, tome 1, pp. 481-483.

partie à la lourdeur de la procédure de modification constitutionnelle, et les éléments nouveaux apparus depuis cette époque qui alourdissent encore cette procédure ont convaincu une partie des observateurs et des acteurs politiques qu'il était préférable, à court et à moyen terme du moins, d'essayer de donner satisfaction à certaines revendications du Québec sans faire appel à cette procédure, c'est-à-dire par des réformes n'exigeant pas de modifications constitutionnelles formelles. On retrouve par exemple cette idée dans le récent rapport final du Comité spécial du Parti libéral du Québec sur l'avenir politique et constitutionnel de la société québécoise⁵⁹. Le même document mentionne d'ailleurs quelques développements récents qui illustrent comment le Québec a pu obtenir la satisfaction de certaines de ses demandes par la conclusion, avec Ottawa, les autres provinces et les territoires, d'accords fédéraux-provinciaux-territoriaux : ententes administratives sur l'immigration, accord de 1997 sur la formation et l'adaptation de la main d'œuvre, par lesquels le fédéral s'est retiré de ce domaine, etc. Cependant, d'une part, de telles ententes n'offrent évidemment pas les mêmes garanties qu'une modification formelle de la Constitution (c'est précisément pour cette raison que le gouvernement québécois de l'époque, formé par le Parti libéral, avait voulu faire enchâsser les ententes sur l'immigration par l'entremise de l'Accord du lac Meech) et, d'autre part, certaines des revendications les plus anciennes et les plus constantes du Québec nécessitent une modification en règle de la Constitution. Le document libéral le reconnaît d'ailleurs, puisqu'il propose également, à côté de certaines réformes qui n'exigeraient pas de modification constitutionnelle, d'autres qui ne pourront être réalisées que par la mise en œuvre de la procédure « 7 et 50 » (relatives, par exemple, au mode de sélection des sénateurs, à la représentation des provinces au Sénat et aux pouvoirs du Sénat⁶⁰) ou même de la procédure de l'unanimité (relatives, par exemple, à la révision de la procédure de modification⁶¹).

Certaines initiatives fédérales adoptées au lendemain du référendum de 1995,

⁵⁹ *Un projet pour le Québec. Affirmation, autonomie et leadership*, rapport final du Comité spécial du Parti libéral du Québec sur l'avenir politique et constitutionnel de la société québécoise (Benoît Pelletier, président), octobre 2001, notamment aux pp. 61-63.

⁶⁰ *Un projet pour le Québec. Affirmation, autonomie et leadership*, *op. cit.*, note 59, aux pp. 66-68.

⁶¹ *Un projet pour le Québec. Affirmation, autonomie et leadership*, *op. cit.*, note 59, aux pp. 72-75.

d'autres initiatives venant des provinces et, surtout, l'Entente-cadre sur l'union sociale de 1999 illustrent les possibilités, mais aussi les limites et les dangers, pour le Québec, de la voie non constitutionnelle.

- a) Les initiatives fédérales adoptées au lendemain du référendum de 1995 (Loi sur les vetos régionaux et résolution parlementaire sur le caractère distinct du Québec)

À la toute fin de la campagne référendaire d'octobre 1995, devant la montée des appuis à la souveraineté dans les sondages, le Premier ministre canadien, M. Chrétien s'était engagé à reconnaître le caractère distinct de la société québécoise et à attribuer au Québec un droit de veto sur certaines modifications à la Constitution canadienne. Peu de temps après le référendum, le gouvernement fédéral a fait adopter par la Chambre des communes, le 29 novembre 1995, et par le Sénat, le 14 décembre suivant, une résolution reconnaissant «que le Québec forme, au sein du Canada, une société distincte» et dans laquelle les deux chambres «incite[nt] tous les organismes des pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement à prendre note de cette reconnaissance et à se comporter en conséquence»⁶². Cependant, sur le plan juridique, la résolution n'a pas de caractère contraignant et, par conséquent, elle est dénuée de toute portée véritable. Quant au plan symbolique, une simple résolution n'a évidemment pas la même portée qu'une véritable disposition constitutionnelle. Le gouvernement fédéral avait annoncé à l'époque son intention, dans un avenir non précisé, d'entreprendre les démarches nécessaires pour faire constitutionnaliser la résolution ; jusqu'à présent, il n'a pas donné suite à ce projet. Cela s'explique peut-être par le fait qu'une forte proportion de la population du Canada anglais continue de rejeter toute reconnaissance constitutionnelle du caractère distinct du Québec.

Pour ce qui est du droit de veto réclamé par le Québec, le gouvernement de M. Chrétien a également renoncé pour le moment à tenter de l'inscrire dans la

⁶² *Hansard*, 29 novembre 1995, pp. 16971-16974; *Débats du Sénat*, 14 décembre 1995, 1400. La résolution ajoute que «la société distincte comprend notamment une majorité d'expression française, une culture qui est unique et une tradition de droit civil»; elle prévoit également que «la Chambre [le Sénat] s'engage à se laisser guider par cette réalité».

Constitution (tout en annonçant, là encore, son intention de le faire à l'avenir). Comme nous l'avons déjà vu précédemment, il a plutôt fait adopter par le Parlement canadien une loi prévoyant que le gouvernement fédéral devra s'abstenir de donner son accord aux modifications constitutionnelles qui n'auraient pas obtenu le consentement du Québec, de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, d'au moins deux des quatre provinces de l'Atlantique et d'au moins deux des trois provinces des Prairies, représentant dans ces deux derniers cas au moins la moitié de la population de la région considérée⁶³. Le droit de veto ainsi « prêté » au Québec est à la merci d'un changement de volonté politique à Ottawa. Par ailleurs, comme on l'a déjà souligné, la loi fédérale a pour effet de rendre beaucoup plus ardues certaines modifications constitutionnelles traditionnellement réclamées par le Québec.

b) Les initiatives provinciales adoptées à la suite du référendum de 1995
(la Déclaration de Calgary et l'Entente de Saskatoon)

Dans la période suivant le référendum de 1995, les premiers ministres des neuf provinces anglophones et les dirigeants des territoires ont entrepris certaines démarches pour tenter de satisfaire la demande de reconnaissance du Québec, avec cependant certaines modifications par rapport à la formulation prévue dans les accords du lac Meech et de Charlottetown. À la suite d'une réunion tenue en septembre 1997, ils ont adopté une déclaration, dite « Déclaration de Calgary », contenant un certain nombre d'énoncés de principe. On y trouve notamment la reconnaissance du « caractère unique de la société québécoise », encadrée cependant par le principe selon lequel « toutes les provinces sont égales » et par l'affirmation que si une future modification constitutionnelle devait attribuer des pouvoirs à une province, il faudrait que ces mêmes pouvoirs soient accessibles à toutes⁶⁴. Sur un plan symbolique, on retrouve donc dans la Déclaration de Calgary

⁶³ *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée note 18.

⁶⁴ Voici les dispositions pertinentes de la *Déclaration* : [...] « 5. Dans [l]e régime fédéral, où le respect pour la diversité et l'égalité est un fondement de l'unité, le caractère unique de la société québécoise, constitué notamment de sa majorité francophone, de sa culture et de sa tradition de droit civil, est fondamental pour le bien-être du Canada. Par conséquent, l'assemblée législative et le gouvernement du Québec ont le rôle de protéger le caractère unique de la société québécoise au sein du Canada et d'en favoriser l'épanouissement. » [...] « 7. Le Canada est un régime fédéral dans

la préoccupation de concilier la reconnaissance de la différence québécoise avec l'égalité de toutes les provinces. Sur un plan plus pratique, les principes retenus n'excluent cependant pas qu'un certain statut particulier puisse être reconnu au Québec de façon indirecte, tout en sauvegardant formellement le principe de l'égalité entre les provinces. En effet, le fait que les mêmes pouvoirs soient accessibles à toutes les provinces ne signifie pas que toutes voudraient s'en saisir.

La Déclaration de Calgary a été adoptée comme un cadre de consultations publiques, destiné à permettre de vérifier l'état de l'opinion relativement aux sujets qui y sont abordés. Les consultations ont eu lieu, dans chacune des neuf provinces à majorité anglophone et dans les deux territoires existant à l'époque, entre septembre 1997 et mai 1998, et ont été suivies par l'adoption formelle de la Déclaration par une résolution de chaque assemblée législative provinciale et territoriale. Les consultations publiques indiquent que la Déclaration bénéficie, en tant que simple énoncé d'intentions, d'un bon niveau d'acceptation, mais que ce soutien serait nettement moindre si la Déclaration devait être transformée en proposition formelle de modification constitutionnelle. Les signataires de la Déclaration ont fait savoir que, tant que le gouvernement du Québec serait formé par le Parti québécois, il serait inutile d'entamer un processus formel de réforme destiné à traduire les principes de la Déclaration dans le texte de la Constitution. Au Québec, la Déclaration de Calgary a été examinée en commission parlementaire en juin 1998. L'opposition officielle à l'Assemblée nationale, formée par le Parti libéral, a cependant refusé de participer aux travaux en considérant que le gouvernement du Parti québécois ne se livrait pas à cet exercice de façon sincère, mais que son intention véritable était plutôt de discréditer l'initiative du Canada anglais. La plupart des individus et des groupes qui ont accepté de comparaître devant la commission se sont prononcés de façon négative, jugeant que le contenu de la Déclaration restait bien en deçà de ce qui était prévu dans

le cadre duquel les gouvernement fédéral, provinciaux et territoriaux travaillent de concert, tout en respectant leurs compétences respectives. Les Canadiens et les Canadiennes souhaitent que les rapports entre leurs gouvernements soient marqués par la coopération et la souplesse pour faire en sorte que la fédération fonctionne efficacement. La population canadienne désire que ses gouvernements oeuvrent de concert, tout particulièrement en matière de prestation des programmes sociaux. Les provinces et les territoires réaffirment leur volonté de collaborer avec le gouvernement du Canada afin de mieux répondre aux besoins des Canadiens et des Canadiennes. »

l'Accord du lac Meech et dans l'Accord de Charlottetown, et ne suffirait pas à satisfaire les demandes minimales du Québec.

Après 1995, les provinces avaient également entrepris, dans un premier temps sans la participation du Québec, des discussions en vue d'instaurer un nouveau mécanisme par lequel les provinces et le gouvernement fédéral fixeraient d'un commun accord les normes et objectifs nationaux en matière de politique sociale, ce qui permettrait de mettre fin au système actuel dans lequel Ottawa impose unilatéralement sa conception des programmes sociaux tout en se réservant le pouvoir de réduire le financement qu'il leur accorde. Autrement dit, le mécanisme de l'«union sociale» (les programmes relevant de la compétence législative des provinces, mais financés en partie par Ottawa grâce à son pouvoir de dépenser) ferait désormais l'objet d'une cogestion fédérale-provinciale. Ce désir, relativement nouveau, des provinces du Canada anglais d'imposer un contrôle sur le pouvoir de dépenser des autorités fédérales (alors que le Québec avance une telle revendication depuis beaucoup plus longtemps) s'expliquait par leur souci d'empêcher un nouveau délestage financier de la part d'Ottawa comme celui qui avait pesé sur les budgets provinciaux au milieu des années 1990. En effet, le gouvernement fédéral avait commencé à cette époque à limiter progressivement le montant de ses transferts financiers au profit des provinces (le budget fédéral a été déficitaire durant près de vingt ans et près de 30% des revenus fiscaux fédéraux étaient à cette époque consacrés au service de la dette publique), tout en continuant à imposer des normes nationales dans des domaines, comme les soins de santé ou l'assistance sociale, où les provinces ont une compétence législative exclusive en vertu de la Constitution. Cette politique avait évidemment beaucoup gêné les efforts des gouvernements provinciaux pour limiter leurs propres dépenses dans ces domaines. Elle avait provoqué le mécontentement de plusieurs provinces du Canada anglais, notamment l'Alberta et la Colombie-Britannique, et expliquait l'augmentation des pressions pour un désengagement fédéral⁶⁵.

⁶⁵ Ainsi, en continuant à vouloir imposer des normes fédérales de gratuité et de dans le domaine des soins de santé et de l'aide sociale, tout en diminuant sa participation financière à ces programmes, le gouvernement canadien était entré en conflit avec le gouvernement de l'Alberta, qui voulait permettre la surfacturation par les cliniques médicales privées, et le gouvernement de la Colombie-Britannique, qui cherchait à imposer une exigence de résidence minimale de trois mois aux demandeurs d'aide sociale.

Dans le discours du trône du 27 février 1996, qui contenait un exposé de la politique gouvernementale pour la seconde moitié de la législature, le gouvernement fédéral a répondu à ces préoccupations provinciales en annonçant son engagement de ne pas utiliser à l'avenir son pouvoir de dépenser pour créer de nouveaux programmes à frais partagés dans des domaines de compétence provinciale exclusive sans le consentement de la majorité des provinces; en outre tout nouveau programme devrait être conçu de telle sorte que les provinces qui s'en dissocieraient obtiennent une compensation, à condition qu'elles adoptent un programme équivalent ou comparable⁶⁶. En outre, le gouvernement fédéral déclarait son intention d'entreprendre des discussions avec les provinces pour déterminer les principes devant sous-tendre la politique sociale et la politique en matière de santé publique.

Par la suite, une réunion des premiers ministres provinciaux à Saskatoon, en août 1998, à laquelle s'était joint le Québec, devait déboucher sur un accord unanime des dix provinces à l'effet de limiter le pouvoir de dépenser de manière à ce qu'une province puisse se retirer d'un programme créé par le gouvernement fédéral et obtenir une compensation financière à la seule condition d'affecter celle-ci au même champ d'activité que le programme fédéral, mais sans avoir à respecter les normes nationales (ce dernier point constituant donc la différence entre le consensus de Saskatoon et le modèle présenté dans le discours du trône fédéral de février 1996). Le chef du gouvernement fédéral, M. Jean Chrétien, devait rapidement réagir pour rejeter cette conception et affirmer qu'il n'abandonnerait en aucun cas son pouvoir de faire appliquer les normes nationales en matière de santé et de politique sociale. Quant au gouvernement du Québec, il annonçait qu'il participerait aux négociations futures sur l'union sociale entre le gouvernement fédéral et les provinces, mais qu'il n'accepterait aucun compromis sur le droit de retrait tel que défini dans le consensus de Saskatoon.

c) L'Entente-cadre sur l'union sociale (ECUS) de 1999

⁶⁶ Cet engagement reprenait une des mesures contenues dans l'Accord du lac Meech et dans l'Accord de Charlottetown, tout en y ajoutant la nécessité de l'accord d'une majorité de provinces.

Le 4 février 1999, le gouvernement fédéral, les gouvernements territoriaux et ceux des neuf provinces anglophones s'entendaient sur un texte intitulé « Entente-cadre sur l'union sociale », le gouvernement du Québec refusant cependant d'y participer⁶⁷. Le texte contenait principalement des dispositions sur la mobilité des personnes, l'imputabilité et la transparence des programmes sociaux, les consultations réciproques entre paliers de gouvernements, la prévention et le règlement des conflits. En ce qui concerne les dispositions relatives à l'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser, il faut souligner que le droit de retrait inconditionnel prévu dans l'accord de Saskatoon n'avait pas été conservé. Le texte du 4 février 1999 prévoyait au contraire que, pour recevoir leur part du financement disponible, dans le cadre d'un nouveau programme financé entièrement ou partiellement par le gouvernement canadien, les gouvernements provinciaux ou territoriaux devaient atteindre les objectifs pan-canadiens et respecter un cadre d'imputabilité. Il est vrai, par ailleurs, que l'entente prévoyait que les futurs programmes fédéraux dans les domaines de la santé, de l'éducation post-secondaire, de l'aide sociale et des services sociaux devaient recevoir le consentement de la majorité des provinces. Cependant, comme il ne s'agissait que d'une majorité simple, non pondérée en fonction de la population, cela signifiait que l'accord des six plus petites provinces, représentant ensemble 15% de la population, suffirait pour imposer la création de nouveaux programmes aux quatre plus grandes provinces, représentant 85% de la population. Les six plus petites provinces étant les moins riches, celles dont le budget dépend le plus (parfois pour moitié) des transferts fédéraux, il n'était pas inimaginable que l'entente entraîne un surcroît de centralisation et d'uniformisation, plutôt que la flexibilité recherchée par les provinces⁶⁸. Il faut ajouter que cet encadrement du pouvoir fédéral de dépenser,

⁶⁷ Cependant, l'Accord sur la santé intervenu en septembre 2000 (Plan d'action pour le renouvellement du système de santé) a atténué les effets de la non participation du Québec à l'ECUS, au moins dans le domaine clé des politiques de la santé, puisque le gouvernement québécois a accepté certains termes de l'ECUS qu'il avait auparavant rejetés. Le Québec a fait savoir qu'il était disposé à discuter de la révision de l'ECUS, prévue pour 2002, dans la mesure où la discussion serait basée sur le consensus de Saskatoon à propos du pouvoir de dépenser.

⁶⁸ William B.P. ROBSON & Daniel SCHWANEN, *The Social Union Agreement : To Flawed to Last*, C.D. Howe Institute, 8 février 1999. Voir également le jugement porté sur l'Entente dans les deux études suivantes : Roger GIBBINS, *Conjoncture variable : Les fondements politiques de l'Entente-cadre sur l'union sociale*, Institut de recherches en politiques publiques, série Enjeux publics, juillet

tout limité qu'il était, ne visait que les nouveaux transferts aux gouvernements provinciaux dans les domaines mentionnés précédemment. Le pouvoir discrétionnaire du gouvernement fédéral d'établir de nouveaux transferts directs aux personnes et aux organisations n'était soumis à aucune obligation de consentement préalable des provinces. À cet égard, le gouvernement fédéral ne s'engageait qu'à donner aux provinces un préavis d'au moins trois mois. Or, depuis plusieurs années, les transferts aux personnes et aux organisations constituent l'instrument privilégié des interventions fédérales, comme en témoigne le programme adopté en 1998 des « Bourses du Millénaire » (bourses de soutien que le gouvernement fédéral verse aux étudiants, alors que les provinces possèdent une compétence exclusive en matière d'éducation en vertu de la Constitution). En échange de ces conditions très insatisfaisantes, les provinces et territoires signataires de l'accord sur l'union sociale reconnaissaient la constitutionnalité et la légitimité du pouvoir fédéral de dépenser, ce qui n'avait jamais été le cas auparavant et constituait donc une victoire significative pour les autorités fédérales. Au surplus, par la suite, l'ECUS n'a pas empêché le gouvernement fédéral d'agir de façon unilatérale dans les domaines de compétence provinciale.

Les tentatives pour réformer le fédéralisme canadien par des voies non constitutionnelles et satisfaire certaines demandes traditionnelles Québec entreprises depuis 1995 présentent certains aspects encourageants dans la

2001, vol. 2, no 3(f), p. 12 : « D'initiative provinciale et territoriale qu'elle était au départ, l'ECUS s'est transformée en un accord Ottawa-provinces-territoires en partie pour convaincre les fédéralistes du Québec qu'il était possible, dans la foulée du référendum de 1995, de renouveler le système fédéral sans remanier la Constitution (comment on pouvait arriver à ce résultat malgré l'exclusion du Québec demeure un mystère pour un non-Québécois) » ; Alain NOEL, *Les prérogatives du pouvoir dans les relations intergouvernementales*, Institut de recherches en politiques publiques, série Enjeux publics, novembre 2001, vol. 2, no 6(f), p. 15 : « Au Canada, le processus de l'union sociale a été initié précisément pour circonscrire le pouvoir qu'a le gouvernement fédéral de changer les règles du jeu à sa guise. Au bout du compte, Ottawa a signé l'ECUS parce que l'entente mettait fin à un long débat sans compromettre véritablement sa liberté ou sa capacité de contrôle. En plus, l'entente offrait des gains pour le gouvernement fédéral, comme la reconnaissance de son pouvoir de dépenser, la légitimation de ses objectifs pan-canadiens, et l'adoption de nouvelles règles concernant la mobilité ».

mesure où elles indiquent qu'il existe dans le reste du Canada, de la part des gouvernements des autres provinces, une volonté véritable d'accommoder le Québec. En outre, certains développements font voir qu'il peut apparaître des convergences, sur des questions importantes, entre les préoccupations traditionnelles du Québec et celles, plus nouvelles, des autres provinces ou de certaines d'entre elles. C'est ce qui s'est produit pour le problème de l'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser. Cependant, on constate également qu'une alliance entre le Québec et les provinces anglophones sera souvent fragile. Les provinces plus petites et moins prospères appuient de façon générale une centralisation et une intervention fédérale accrue qu'elles considèrent comme souhaitables. Dans les plus grandes provinces, sur les questions de fédéralisme, l'opinion publique canadienne anglaise est soit indifférente, soit plutôt favorable au gouvernement fédéral. Le sentiment d'identité nationale des Canadiens anglais est davantage associé à l'État central et à ses institutions qu'aux pouvoirs publics provinciaux. Par conséquent, la diminution des pouvoirs d'Ottawa est généralement perçue comme une menace contre cette identité. Il est donc difficile pour les autres provinces d'appuyer les revendications du Québec en faveur d'une décentralisation accrue. Les plus petites veulent un gouvernement central fort et interventionniste et, dans l'ensemble des provinces anglophones, les électeurs ne favorisent guère la décentralisation.

D'autres facteurs ont évolué et sont aujourd'hui moins favorables à des réformes (qu'elles soient constitutionnelles ou non constitutionnelles) qui répondraient aux revendications traditionnelles du Québec. Le trésor public fédéral dégage à nouveau, au moins pour le moment, des surplus budgétaires suffisants pour laisser à Ottawa les coudées franches pour agir unilatéralement. En outre, en leur restituant une partie des transferts qu'il avait auparavant coupés, le gouvernement fédéral obtient la collaboration des gouvernements provinciaux et territoriaux, comme le montre leur signature de l'Entente sur l'union sociale, qui consacre le pouvoir de dépenser fédéral. Au surplus, la diminution des appuis à la souveraineté au Québec, qui a fait reculer la perspective d'un autre référendum, amenuise également le sentiment de l'urgence des réformes dans le reste du Canada. Sur le plan conjoncturel, la fragmentation de l'opposition parlementaire et les problèmes internes de l'Alliance canadienne ont fait disparaître toute inquiétude à court terme

pour le Parti libéral au pouvoir à Ottawa⁶⁹. Dans la mesure où le gouvernement de M. Chrétien interprète sa victoire aux élections de novembre 2000 comme un appui à sa politique d'intervention dans les domaines de compétence provinciale, il ne ressentira guère d'incitations à modifier son comportement. En fait, la seule variable qui semble rester favorable à une tendance décentralisatrice est constituée par le courant autonomiste qui se confirme dans les provinces l'Ouest du Canada et qui est le fruit du contraste entre la prospérité dont bénéficie cette région et son incapacité, résultant du système électoral et à nouveau illustrée par l'élection fédérale de 2000, d'influencer de façon significative la politique nationale. Cependant, il ne faut sans doute pas exagérer la solidité à long terme de ce courant autonomiste dans l'Ouest⁷⁰.

B. - La sécession du Québec dans le respect de la Constitution canadienne

Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour suprême a confirmé le point de vue qui était partagé par une majorité de spécialistes, et que nous avons présenté nous même dans notre étude originale, à savoir que la sécession d'une province du Canada est constitutionnellement réalisable par l'entremise de la procédure de modification constitutionnelle contenue dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle y affirmait notamment que, si une majorité

⁶⁹ Les élections de 1993 ont créé une situation de multipartisme dans laquelle la fragmentation de l'opposition semble devoir empêcher que le Parti libéral puisse être délogé du pouvoir dans un avenir prévisible, malgré le fait qu'il ne jouisse ni d'un large appui dans la population ni d'une réelle représentativité régionale. En effet, il est peu vraisemblable qu'un des partis d'opposition puisse faire échec aux libéraux. Le Bloc québécois continuera de ne présenter de candidats qu'au Québec. À cause de certaines de ses positions trop marquées par le régionalisme de l'Ouest, par le populisme ou par le conservatisme moral, l'Alliance canadienne ne percera sans doute pas suffisamment en Ontario et restera absente du Québec. Quant aux progressistes-conservateurs, ils ont probablement dépassé le point de non-retour dans leur déclin et leur éventuelle fusion avec l'Alliance ne produirait, semble-t-il, pas les résultats escomptés, les sondages montrant que le second choix de la plupart des électeurs conservateurs est le Parti libéral plutôt que l'Alliance.

⁷⁰ Roger GIBBINS, *Conjoncture variable*, op. cit., note 68, pp. 13-14 : l'auteur souligne que « c'est par défaut et sans passion que l'autonomie provinciale est devenue une option de rechange, après l'abandon de la stratégie d'inclusion » et ajoute « [s]ans doute n'est-ce pas une stratégie optimale étant donné le fort sentiment d'identité canadienne partagé par la plupart des citoyens de cette région [...] ».

suffisamment claire d'électeurs québécois, en réponse à une question claire, optait pour la sécession dans un futur référendum, les autorités fédérales et celles des autres provinces seraient sous le coup d'une obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi le principe et les conditions de la sécession. La Cour a par ailleurs refusé de préciser ce qu'il fallait entendre par « question claire » et « majorité claire », affirmant qu'il s'agissait là de questions par nature non justiciables et dont les acteurs politiques devraient juger par eux-mêmes. Le gouvernement fédéral s'est appuyé sur cet aspect du jugement pour faire adopter, en juin 2000, une loi précisant les concepts de « question claire » et de « majorité claire » et précisément appelée *Loi de clarification*⁷¹. En riposte à cette loi fédérale, le gouvernement du Québec a fait adopter son propre texte législatif, intitulé *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*. Nous analyserons successivement la décision de la Cour suprême et les lois fédérale et québécoise, pour tenter ensuite d'en tirer certaines conclusions sur les conditions et modalités qui s'appliqueraient à une sécession réalisée dans le respect de la Constitution canadienne.

1. - La décision de la Cour suprême du Canada sur les règles de droit constitutionnel encadrant une éventuelle sécession

⁷¹ L.C. 2000, ch. 26. Le titre complet est *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*. Comme en témoigne son préambule, les autorités fédérales la présentent – et cherchent à la justifier – comme ayant pour seul objet de donner suite à la décision de la Cour. Le préambule comprend notamment les attendus suivants : « Attendu : que la Cour suprême du Canada a confirmé que ni l'Assemblée nationale, ni la législature, ni le gouvernement du Québec ne dispose, en droit international ou au titre de la Constitution du Canada, du droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ; [...] que le gouvernement d'une province du Canada est en droit de consulter sa population par référendum sur quelque sujet que ce soit et de décider du texte de la question référendaire ; que la Cour suprême du Canada a déclaré que les résultats d'un référendum sur la sécession d'une province du Canada ne sauraient être considérés comme l'expression d'une volonté démocratique créant l'obligation d'engager des négociations pouvant mener à la sécession que s'ils sont dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu ; qu'elle a déclaré que le principe de la démocratie signifie davantage que la simple règle de la majorité, qu'une majorité claire en faveur de la sécession serait nécessaire pour que naisse l'obligation de négocier la sécession et que c'est une majorité claire au sens qualitatif, dans les circonstances, dont il faut déterminer l'existence [...] ».

La position du gouvernement fédéral devant la Cour suprême, dans les plaidoiries du Renvoi, était que ni le droit interne canadien ni le droit international ne permettent aux autorités du Québec de réaliser *unilatéralement* la sécession de cette province. Seule une modification en règle de la Constitution du Canada permettrait d'atteindre ce but⁷². Le gouvernement fédéral admettait donc que la Constitution canadienne est entièrement modifiable et qu'une ou plusieurs des modalités de la procédure de modification devaient permettre, de façon implicite, la sécession d'une province, rien n'étant expressément prévu à ce sujet. Il invitait ensuite la Cour suprême à dire que la sécession d'une province constitue une modification constitutionnelle qui outrepassse les pouvoirs des autorités provinciales agissant seules. Conformément aux dispositions relatives à la modification constitutionnelle, contenues dans les articles 38 à 49 (Partie V) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les seules modifications permises par simple loi provinciale sont celles apportées à certains éléments de la constitution interne de la province. Enfin, le Procureur général fédéral demandait avec beaucoup d'insistance à la Cour de s'abstenir de préciser laquelle des autres modalités de la procédure de modification permettrait une sécession du Québec dans le respect de la Constitution.

Me Joli-Coeur, l'avocat choisi par la Cour suprême pour agir comme *amicus curiae*, avait en premier lieu présenté des arguments relatifs à la procédure en prétendant que la Cour, comme elle en a le pouvoir, devrait refuser de répondre aux questions posées par le gouvernement fédéral à cause de leur caractère hypothétique, politique et prématuré. Sur le fond, conformément à son mandat, il défendait le point de vue sécessionniste, qui n'aurait pas autrement été représenté de façon efficace. Du point de vue du droit international, son principal argument reposait sur le principe d'effectivité, en vertu duquel une sécession même unilatérale et illégale, si elle devient une réalité politique effective, sera reconnue par le droit international. Dans un deuxième temps, l'*amicus* soutenait que le principe de l'effectivité, fondé sur l'idée qu'une situation de fait, même illégale à

⁷² Cependant, dans son mémoire, le Procureur général du Canada soulignait qu'il « ne remet aucunement en question le pouvoir du gouvernement du Québec de tenir une consultation populaire auprès des Québécois, ou le droit des Québécois de s'exprimer de cette façon ».

l'origine, finit par être reconnue en droit si elle dure suffisamment, est également accepté en droit britannique et a été transmis au droit canadien par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷³.

Les positions des intervenants étaient en général semblables à celle adoptée par le gouvernement fédéral, mais plusieurs d'entre eux allaient plus loin que ce dernier sur certaines questions. Les quatre groupes autochtones (le Grand Conseil des Cris, la Première Nation algonquaine, la Corporation Makivik, qui représente les Inuit du Nord québécois, et les Chefs de l'Ontario) soutenaient que la participation et le consentement des peuples autochtones seraient nécessaires pour modifier la Constitution dans le but de permettre une sécession légale du Québec. Les autorités fédérales, qui ont à l'égard des autochtones des obligations de fiduciaire, devraient par conséquent refuser toute modification constitutionnelle qui n'aurait pas reçu l'approbation autochtone. Ces mêmes obligations feraient en sorte que le gouvernement canadien devrait fermement combattre toute tentative du gouvernement du Québec de faire sécession unilatéralement. Plusieurs groupes plaidaient également qu'en cas de sécession, les peuples autochtones vivant au Québec, principalement dans la partie septentrionale de la province, pourraient exiger que leurs territoires traditionnels continuent à faire partie du Canada, ce qui entraînerait la partition du territoire québécois.

La première question demandait à la Cour si une sécession unilatérale du Québec

⁷³ Le principe d'effectivité a été rappelé par les tribunaux britanniques dans les affaires décidées dans le contexte de la déclaration d'indépendance unilatérale de la Rhodésie du Sud en 1965. Voir principalement : *Madzimbamuto c. Lardner Burke*, (1969) 1 A.C. 645. Dans cette affaire, le Comité judiciaire du Conseil privé avait affirmé que c'est la réussite ou l'efficacité dans le changement de régime constitutionnel (« the efficacy of the change ») qui constitue le test principal pour déterminer si une constitution en vigueur dans un pays a pris fin. L'efficacité du nouveau régime constitutionnel devra être considérée comme établie à partir du moment où l'ancien régime politique ne conteste plus la validité des gestes posés par les nouvelles autorités politiques. Même dans les cas où l'ancien régime politique refuse de reconnaître la validité des actes du régime considéré comme usurpateur, il peut, dans certaines circonstances, paraître évident que cet usurpateur a acquis le contrôle effectif du territoire. Dans ces circonstances, le nouveau régime politique doit être reconnu par les tribunaux comme ayant évincé l'ancien. Il faut cependant qu'il y ait une certitude que le régime politique évincé ne pourra pas réussir à reprendre le contrôle du territoire contesté.

était possible en vertu de la Constitution et, comme nous l'avons souligné, les représentants du Procureur général fédéral l'invitaient à répondre en limitant son champ d'analyse à l'examen des dispositions relatives à la procédure de modification constitutionnelle et, plus précisément encore, à se contenter de dire que la sécession n'était pas réalisable en vertu du pouvoir de modification unilatéral reconnu aux provinces sur certains éléments de leur constitution interne. Le gouvernement fédéral espérait donc que la Cour se borne à constater l'illégalité juridique d'une sécession unilatérale, sans s'interroger sur la légitimité politique que pourrait lui conférer l'acceptation par une majorité de Québécois dans un référendum. Il était cependant peu probable que la Cour suprême adopte une telle attitude. Son premier souci serait certainement de sauvegarder sa crédibilité et sa légitimité en évitant de donner l'impression qu'elle ne faisait que répondre aux attentes du gouvernement fédéral. Sa deuxième préoccupation serait de donner des réponses qui ne soient pas considérées, au Québec, comme une négation du droit *politique* des Québécois de déterminer leur avenir.

Effectivement, la Cour annonce d'emblée qu'elle entend examiner la question sous un angle beaucoup plus large, celui des principes sous-jacents qui animent la Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités (par. 32). En une quinzaine de paragraphes (33-48), elle procède ensuite à un rappel de l'histoire constitutionnelle canadienne afin de montrer que celle-ci s'est déroulée dans le respect de ces principes et comment “[d]ans notre tradition constitutionnelle, *légalité et légitimité sont liées*” (par. 33 ; nous soulignons). À remarquer que la Cour note au passage que la Constitution de 1867, dont le Québec est l'une des parties originaires, a été modifiée de façon importante en 1982 malgré l'opposition du gouvernement de l'époque (aucun autre gouvernement québécois n'y a donné son consentement depuis), mais sans voir dans ce fait une dérogation au respect des droits des minorités. Pourtant, les francophones constituent la plus importante minorité du Canada et 90% d'entre eux sont établis au Québec.

a) Les principes constitutionnels applicables

La Cour analyse ensuite la nature des quatre grands principes constitutionnels sur lesquels elle va fonder sa réponse à la première question du renvoi (par. 49-82).

Les principes sous-jacents à la Constitution écrite « inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées ». Et, surtout, les quatre principes qui intéressent le plus directement la problématique de la sécession — le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités — « fonctionnent en symbiose »; « [a]ucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre » (par. 49). Cette affirmation est capitale; on verra qu'elle va permettre à la Cour de rendre un jugement qui donne des motifs de satisfaction à chacun des protagonistes : le gouvernement fédéral et les autres provinces, qui obtiennent l'assurance qu'une éventuelle sécession du Québec devra respecter les principes du droit canadien en vigueur ainsi que les intérêts des autres Canadiens et des minorités établies au Québec; les Québécois souverainistes, dans la mesure où la Cour reconnaît, en se fondant sur le principe démocratique, la légitimité du projet sécessionniste et met à la charge du reste du Canada une obligation de négocier au cas où les Québécois opéreraient de façon suffisamment claire pour la sécession. Puis la Cour se penche sur les rapports qui doivent exister entre les principes constitutionnels implicites, dont elle est l'oracle, et le texte écrit de la Constitution. Ce passage a bien évidemment pour objet d'établir la légitimité de sa décision et, plus généralement, celle du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Bien que les principes fondamentaux sous-jacents ne fassent pas l'objet de dispositions écrites, ils sont « la force vitale » de la Constitution (par. 51). Ils doivent guider l'interprétation du texte ainsi que le processus d'évolution et de développement de la Constitution par les tribunaux, sans pour autant constituer pour ces derniers « une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution » (par. 53). Si la constitution écrite « favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle », les principes sous-jacents permettent de « combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel » (ibid.). Par ailleurs, ces mêmes principes peuvent donner lieu à de véritables obligations juridiques, « très abstraites et générales » dans certains cas, « plus spécifiques et précises » dans d'autres circonstances (par. 54). « Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements » (ibid.).

Suit une longue analyse du contenu des quatre principes constitutionnels invoqués par la Cour (par. 55-82). Les passages les plus importants portent sur les rapports

entre la démocratie, comme expression de la volonté souveraine du peuple, et la primauté du droit, comme cadre dans lequel cette volonté doit être mise en oeuvre, ou encore, sur les rapports entre la légitimité des institutions, fondée sur l'assentiment des gouvernés, et la légalité, fondée sur le respect des règles établies (par. 67 et 68). Le principe démocratique fonde l'obligation, qui s'impose à tous les partenaires de la fédération, d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte d'un désir de changement exprimé par la population d'une province (par. 69), mais un vote majoritaire obtenu dans un référendum provincial ne saurait permettre de contourner la Constitution (par. 75). Pour la Cour, il est possible d'allier démocratie et constitutionnalisme (en d'autres termes, légitimité et légalité) par l'exigence, pour la modification de la Constitution existante, « d'un vaste appui sous forme de "majorité élargie" », de façon à garantir que les intérêts des minorités seront pris en considération avant l'adoption de changements qui les affecteront. Parmi les intérêts minoritaires qui doivent être protégés, la Cour mentionne, mais sans guère insister, les droits des peuples autochtones (par. 82).

b) L'application des principes à la problématique de la sécession

La Cour commence par rejeter l'idée, exprimée par quelques auteurs, que la sécession d'une province ne serait tout simplement pas autorisée par la Constitution parce qu'il ne s'agirait pas d'une modification, mais d'une « destruction » de celle-ci. Pour la Cour, le fait qu'une éventuelle sécession entraîne des changements profonds n'enlève pas à ceux-ci leur caractère de modifications constitutionnelles : « La Constitution est l'expression de la souveraineté de la population du Canada. [Celle-ci], agissant par l'intermédiaire des divers gouvernements dûment élus et reconnus en vertu de la Constitution, détient le pouvoir de mettre en oeuvre tous les arrangements constitutionnels souhaités dans les limites du territoire canadien, y compris, si elle était souhaitée, la sécession du Québec du Canada » (par. 85).

La Cour définit ensuite le sens qu'il convient, selon elle, d'attribuer au mot « unilatéralement » dans la première question posée par le gouvernement fédéral, qui lui demandait s'il est possible, en vertu de la Constitution canadienne, que le Québec fasse sécession unilatéralement. Ce passage constitue un point tournant du jugement, car la Cour prête au mot « unilatéralement » un sens manifestement

différent de celui que lui donnait le gouvernement fédéral qui a formulé la question. Ce dernier, comme les positions qu'il a adoptées devant la Cour le montrent, considérait qu'une sécession serait unilatérale si elle ne respectait pas les dispositions précises de la Constitution qui prévoient la procédure de modification constitutionnelle (Partie V, art. 38 à 49, de la *Loi constitutionnelle de 1982*). Pour la Cour, une sécession unilatérale serait plutôt une sécession « sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral » (par. 86). Ce changement de définition va permettre à la Cour d'analyser la question non pas exclusivement, ou même principalement, sous l'angle de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comme le voulait le gouvernement fédéral, mais à la lumière des grands principes constitutionnels sous-jacents qu'elle a identifiés et définis. Tout en reconnaissant que les dispositions de la Partie V s'appliquent à une éventuelle sécession, la Cour va compléter ces dispositions écrites par les principes constitutionnels non écrits.

Bien qu'en vertu des dispositions de la Constitution un référendum, de lui-même, n'ait aucun effet juridique direct et ne pourrait suffire à réaliser une sécession unilatérale, le principe démocratique « exigerait d'accorder un poids considérable à l'expression claire par la population du Québec de sa volonté de faire sécession du Canada ». La Cour ajoute que « [p]our être considérés comme l'expression de la volonté démocratique, les résultats d'un référendum doivent être dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu » (par. 87). Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession « donn[e] naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé ». La Cour généralise ensuite ce principe : « La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations » (par. 88). Autrement dit, comme nous l'avons souligné précédemment, indépendamment de la question particulière de la sécession, lorsqu'une province ou les autorités fédérales (qui sont les « participants de la Confédération ») prennent l'initiative de proposer une modification constitutionnelle⁷⁴, les principes

⁷⁴ Voir note 22.

du fédéralisme et de la démocratie mettent à la charge des autres participants une obligation générale de négocier de bonne foi. Cette obligation s'applique même si la modification proposée est la sécession d'une province : « Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels sous-jacents mentionnés précédemment » (ibid.).

La Cour souligne que les principes qu'elle vient de poser l'amènent à rejeter « deux propositions extrêmes ». D'une part, celle qui voudrait que la sécession soit un droit absolu pour le Québec, le gouvernement fédéral et les autres provinces ayant l'obligation de donner leur assentiment à une sécession dont le Québec dicterait les conditions. D'autre part, la position inverse voulant que l'expression claire par la population du Québec d'une volonté d'autodétermination n'imposerait aucune obligation aux autres provinces ou au gouvernement fédéral (par. 90-92). Au contraire, « [l]e processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la 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 » (par. 93).

La Cour reconnaît que les négociations seraient très difficiles et que nul ne peut prédire le cours qu'elles pourraient prendre ni leur résultat. Concernant la question d'une éventuelle partition du Québec, elle souligne que « la question des frontières nationales » a été abordée devant elle et ajoute que « [n]ul ne peut sérieusement soutenir que notre existence nationale, si étroitement tissée sous tant d'aspects, pourrait être déchirée sans efforts selon les frontières provinciales actuelles du Québec » (par. 96). C'est une manière de dire que les frontières d'un Québec sécessionniste pourraient être devoir être négociées. Elle évoque également la question des minorités linguistiques et culturelles « dont les peuples autochtones » (ibid.). Dès lors, étant donné la multitude de questions très difficiles qu'il faudrait régler, « [i]l est concevable que même des négociations menées en conformité

avec les principes constitutionnels fondamentaux aboutissent à une impasse » (par. 97).

Si les négociations échouaient, quel serait le rôle des tribunaux dans la mise en oeuvre des obligations constitutionnelles décrites par la Cour? Bien que ces obligations soient, aux dires de la Cour, véritablement juridiques, et ne découlent pas de conventions constitutionnelles, lesquelles ne sont susceptibles que de sanctions politiques, la Cour estime néanmoins qu'elles ne pourrait pas les sanctionner. Pour appuyer cette affirmation, la Cour invoque la théorie de la « non justiciabilité », liée à la notion de « réserve judiciaire ». Les comportements des divers acteurs durant la négociation ne seraient pas susceptibles d'être évalués par le pouvoir judiciaire car « [l]a conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes [...] relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le "donnant, donnant" du processus de négociation » (par. 101). Et la Cour ajoute : « Quant il existe des droits, il existe des réparations, mais [...] le recours approprié, dans certaines circonstances, fait appel aux mécanismes du processus politique plutôt qu'aux tribunaux » (par. 102). Par ailleurs, les mêmes principes s'appliquent aux conditions qui donneraient naissance à l'obligation de négocier, « à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question claire ». Bien qu'il s'agisse de questions capitales, car « [l]e droit et l'obligation correspondante de négocier ne peuvent reposer sur une présumée expression de volonté démocratique si cette expression est elle-même chargée d'ambiguïtés », elles ne sont pas justiciables et il ne revient donc pas à la Cour de préciser ce que serait une « question claire » ou une « majorité claire ». « Seuls les acteurs politiques auraient l'information et l'expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l'autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient » (par. 100).

Sans doute la Cour était-elle consciente de diminuer la force persuasive de son jugement en déclarant que l'obligation juridique de négocier la sécession n'était susceptible que de sanctions politiques. C'est peut-être pour contrebalancer cet effet qu'elle établit, avant même d'aborder la réponse à la deuxième question, un lien entre les considérations relatives au droit constitutionnel et celles qui portent sur le droit international. En effet, elle affirme que le non respect de l'obligation de

négociier, dans la mesure où il minerait la légitimité des actions d'une partie, pourrait avoir des répercussions importantes au plan international. Si la violation de l'obligation de négocier de bonne foi était imputable au gouvernement du Québec, celui-ci verrait diminuer ses chances d'obtenir la reconnaissance de la communauté internationale. Inversement, les probabilités d'une telle reconnaissance augmenteraient dans le cas d'un Québec ayant négocié dans le respect des principes et devant faire face à l'intransigeance injustifiée des autres provinces ou des autorités fédérales : « De cette manière, l'adhésion des parties à l'obligation de négocier serait indirectement évaluée au plan international » (par. 103). La Cour internationalise donc, de cette façon, une problématique qui pourrait être considérée comme purement interne. On a déjà souligné précédemment qu'un tel recours au jugement de la communauté internationale ne peut, par nature, jouer que pour la question de la sécession parce que celle-ci, si elle faisait l'objet d'une déclaration unilatérale, se projetterait forcément sur la scène internationale. Une autre proposition de modification constitutionnelle, même appuyée par un référendum, par exemple la réforme du Sénat canadien, donnerait également lieu à une obligation constitutionnelle de négocier, mais la conduite et le résultat de ces négociations resteraient évidemment une affaire purement interne, n'intéressant nullement la communauté internationale.

La Cour ajoute qu'elle s'abstiendra, en l'état actuel de la situation, de préciser laquelle des procédures de modification constitutionnelle s'appliquerait à la sécession du Québec, ce qui signifie bien que l'une de ces procédures devrait être utilisée le moment venu (par. 105). Cette attitude de la Cour entraîne une conséquence : si le déroulement des événements, dans l'avenir, fait en sorte qu'on doive un jour véritablement recourir à la procédure de modification pour opérer la sécession du Québec (après un référendum positif et des négociations réussies), il sera nécessaire de retourner devant la Cour pour lui faire préciser quelle(s) modalité(s) de la procédure sera (seront) applicable(s). Par la même occasion, d'autres éléments de la problématique pourront lui être soumis⁷⁵. En refusant de clarifier dès maintenant la question des modalités de la procédure applicables, la

⁷⁵ Dans le même sens, voir : Rosemary RAYFUSE, «Reference Re Secession of Quebec from Canada: Breaking Up is Hard to Do», (1998) 21 *University of New South Wales Law Journal* 834, 842.

Cour s'assure donc d'exercer un certain contrôle sur les stades ultérieurs d'une éventuelle sécession.

Le jugement comporte donc des motifs de satisfaction pour chacun des deux principaux protagonistes. Le gouvernement fédéral a la satisfaction d'entendre la Cour déclarer que la Constitution canadienne ne permet pas une sécession unilatérale (et, comme on le verra plus loin, que le droit à l'autodétermination des peuples, en droit international, n'équivaut à un droit à la sécession que dans le cas des peuples colonisés ou opprimés, ce qui n'est pas le cas des Québécois). Par conséquent, il est clair qu'une déclaration unilatérale de souveraineté, comme celle qui était prévue dans le projet de loi déposé avant le référendum de 1995, serait inconstitutionnelle. En outre, le jugement reconnaît qu'un futur référendum positif sur la souveraineté, au Québec, n'entraînerait une obligation de négocier pour les autorités fédérales et les autres provinces qu'à la condition d'être « l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada ». En acceptant le jugement et en s'en félicitant, le gouvernement québécois renonce donc pour l'avenir à certaines prétentions qu'il avançait par le passé, notamment celle qu'un référendum positif, au Québec, suffirait à permettre l'accession à l'indépendance⁷⁶, et cette autre voulant que les autorités québécoises soient seules à pouvoir apprécier la validité des conditions d'un référendum sur la souveraineté. Plus généralement, le gouvernement québécois reconnaît, fût-ce après coup, la légitimité de l'intervention de la Cour suprême; il aura plus de difficultés à attaquer sa crédibilité la prochaine fois, si celle-ci est à nouveau appelée à se prononcer sur la question de la sécession.

Le jugement contient également un certain nombre d'éléments de réponse qui, clairement, n'étaient pas désirés par le gouvernement fédéral et qui viennent conforter la position des souverainistes québécois. Le plus important est l'obligation constitutionnelle de négocier que la Cour fait découler des principes non écrits de la Constitution, et qui s'imposerait au reste du Canada après un référendum positif au Québec. Il est vrai que les autorités fédérales, et certains politiciens des autres

⁷⁶ Une autre position qui devient intenable est celle qui consisterait à prétendre qu'une « élection référendaire », une élection (re)portant le Parti québécois au pouvoir et à l'occasion de laquelle il aurait présenté un tel programme, suffirait à permettre l'accession à l'indépendance.

provinces, ont à l'occasion reconnu, surtout à une époque où le niveau des appuis à la souveraineté semblait rendre cette éventualité plus théorique que réelle, qu'un référendum positif au Québec créerait une situation dans laquelle il serait *politiquement* difficile de refuser toute négociation sur la sécession. Cependant, depuis le référendum d'octobre 1995, où l'on a failli voir le vote souverainiste passer la barre des 50%, cette disposition n'était plus aussi clairement exprimée et certaines voix s'élevaient même au Canada anglais pour affirmer que le Québec se verrait opposer une fin de non recevoir. La décision de la Cour rend désormais une telle attitude impossible, d'autant plus que l'obligation de négocier qu'elle établit n'existe pas seulement sur le plan politique, mais possède une nature *constitutionnelle*. En rejetant les deux thèses extrêmes, la première voulant qu'un référendum positif suffise à obliger le reste du Canada à accepter la sécession du Québec, et la seconde voulant qu'un référendum positif n'ait aucune conséquence politique ou juridique, la Cour oblige les deux parties à revenir sur le terrain plus modéré des discussions et de la négociation.

Tout en définissant les principes fondamentaux qui balisent la problématique d'une éventuelle sécession, la décision de la Cour laisse de nombreuses questions sans réponse. Certaines pourront lui être de nouveau soumises à l'avenir, lorsqu'elles seront plus « mûres », comme celle des modalités précises de la procédure de modification qui devraient être utilisées pour formaliser les résultats d'un accord négocié entre le Québec et le reste du Canada. De certaines autres, la Cour affirme, comme nous l'avons vu, qu'elles sont par nature non justiciables et qu'elles doivent, par conséquent, être laissées aux acteurs politiques. Dans cette deuxième catégorie, la Cour range notamment la conduite des négociations après un éventuel référendum positif au Québec et la nature des conditions qui devraient être remplies — « réponse claire à une question claire » — pour qu'un tel référendum entraîne une obligation de négocier à la charge des autorités fédérales et des autres provinces.

2. - La *Loi de clarification* et les conditions d'une sécession respectant la Constitution canadienne

Ainsi, la Cour suprême affirme que ce n'est pas à elle, mais aux acteurs politiques, qu'il reviendrait de juger quand les conditions nécessaires pour créer l'obligation de

négociier du Canada anglais seraient réunies : « La Cour n'a aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles. *De même, l'incitation initiale à la négociation, à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question claire, n'est assujettie qu'à une évaluation d'ordre politique, et ce à juste titre.* Le droit et l'obligation correspondante de négocier ne peuvent reposer sur une présumée expression de volonté démocratique si cette expression est elle-même chargée d'ambiguïtés. *Seuls les acteurs politiques auraient l'information et l'expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l'autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient* » (par. 100 ; nous soulignons). Ce passage signifie clairement que, selon la Cour, les autorités québécoises ne peuvent prétendre décider seules ce qui constituera une question claire et une majorité claire. Le soin de procéder à pareille évaluation revient également aux acteurs politiques sur lesquels pèserait l'obligation de négocier, c'est-à-dire les autorités fédérales et celles des autres provinces (les « partenaires de la Confédération »). Par ailleurs, le passage semble indiquer que ces acteurs politiques devraient attendre, pour procéder à pareille évaluation, que les possibles ambiguïtés soient résolues et que les circonstances dans lesquelles elles le seraient soient réunies, ce qui laisse entendre qu'ils ne devraient pas procéder à une telle évaluation de façon prématurée.

Le gouvernement fédéral a fait adopter en juin 2000 une loi mettant sur pied un mécanisme destiné à permettre, le moment venu, de procéder à l'évaluation des conditions relatives à la « question claire » et à la « majorité claire »⁷⁷. Pour l'essentiel, le texte prévoit que, dans l'hypothèse d'un référendum provincial sur un projet de sécession, la Chambre des communes devra déterminer, *avant* la tenue du référendum, si la question est « claire » (article 1), et, *après* la proclamation des résultats, dans le cas où l'option sécessionniste l'aurait emporté, si la majorité en faveur de celle-ci est « claire » (article 2). Si, au jugement de la Chambre des communes, l'une de ces conditions fait défaut, la loi interdit au gouvernement fédéral canadien d'engager des négociations avec la province sécessionniste.

⁷⁷ Précitée, note 71. Pour un commentaire très critique de cette loi, voir : Daniel TURP, *Le droit de choisir. Essais sur le droit du Québec à disposer de lui-même*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, pp. 786 suiv.

L'article 3 de la loi prévoit qu'une sécession d'une province exigerait une modification formelle de la Constitution et que les négociations, auxquelles participeraient « notamment » le gouvernement fédéral et tous les gouvernements provinciaux, devraient « notamment » porter sur la répartition de l'actif et du passif, d'éventuelles modifications des frontières de la province sécessionniste, les droits des peuples autochtones et la protection des droits des minorités.

La démarche est politiquement habile, les conditions contenues dans la loi ne s'imposant pas aux autorités québécoises, qui restent juridiquement libres de fixer les modalités d'un futur référendum comme elles l'entendront, mais au gouvernement fédéral lui-même. Cependant, sur le plan politique, le texte est manifestement destiné à décourager les souverainistes québécois en augmentant les difficultés autant du processus référendaire lui-même que des négociations qui suivraient un éventuel référendum victorieux sur la souveraineté. En outre, la loi laisse planer la menace d'une partition du territoire québécois en cas de sécession.

a) La clarté de la question référendaire

L'article premier de la loi prévoit que, dans les trente jours suivant le dépôt d'une question référendaire portant sur un projet de sécession d'une province, la Chambre des communes doit examiner la question et déterminer, par résolution, si elle est claire, c'est-à-dire « si la question permettrait à la population de la province de déclarer clairement si elle veut ou non que celle-ci cesse de faire partie du Canada et devienne un État indépendant ». Le même article rejette d'avance deux formulations éventuelles, qui devront être considérées comme n'étant pas claires :

- a) une question qui « porte essentiellement sur un mandat de négocier sans requérir de la population de la province qu'elle déclare sans détour si elle veut que la province cesse de faire partie du Canada » ;
- b) une question qui « offre, en plus de la sécession de la province du Canada, d'autres possibilités, notamment un accord politique ou économique avec le Canada, qui rendent ambiguë l'expression de la volonté de la population de la province quant à savoir si celle-ci devrait cesser de faire partie du Canada ». On constate que les deux formulations ainsi exclues correspondent d'assez près aux questions posées lors des deux référendums sur la

souveraineté du Québec qui ont été respectivement tenus en 1980⁷⁸ et en 1995⁷⁹. Enfin, l'article premier ajoute que, dans le cadre de l'examen de la clarté de la question référendaire, la Chambre des communes « tient compte de l'avis de tous les partis politiques représentés à l'assemblée législative de la province dont le gouvernement propose la tenue du référendum sur la sécession⁸⁰, des résolutions ou déclarations officielles des gouvernements ou assemblées législatives des provinces et territoires du Canada, des résolutions ou déclarations officielles du Sénat, des résolutions ou déclarations officielles des représentants des peuples autochtones du Canada, en particulier ceux de cette province, et de tout autre avis qu'elle estime pertinent ». L'article premier de la loi, sans formellement l'imposer, « suggère » fortement une formulation de la question référendaire qui serait la

⁷⁸ Au référendum du 20 mai 1980, la question posée était la suivante : «Le Gouvernement du Québec a fait connaître sa proposition d'en arriver, avec le reste du Canada, à une nouvelle entente fondée sur le principe de l'égalité des peuples; cette entente permettrait au Québec d'acquérir le pouvoir exclusif de faire ses lois, de percevoir ses impôts et d'établir ses relations extérieures, ce qui est la souveraineté — et, en même temps, de maintenir avec le Canada une association économique comportant l'utilisation de la même monnaie; aucun changement de statut politique résultant de ces négociations ne sera réalisé sans l'accord de la population lors d'un autre référendum; en conséquence, accordez-vous au Gouvernement du Québec le mandat de négocier l'entente proposée entre le Québec et le Canada?».

⁷⁹ Au référendum de 1995, la question posée était la suivante : «Acceptez-vous que le Québec devienne souverain, après avoir offert formellement au Canada un nouveau Partenariat économique et politique, dans le cadre du projet de loi sur l'avenir du Québec et de l'entente signée le 12 juin 1995 ?». Le projet de loi sur l'avenir du Québec avait été déposé en septembre 1995 à l'Assemblée nationale et prévoyait les modalités juridiques d'accession du Québec à la souveraineté. Si l'option souverainiste l'avait emporté lors du référendum du 30 octobre 1995, le projet aurait ensuite dû être adopté par l'Assemblée nationale du Québec. Quant à l'entente du 12 juin 1995, elle avait été signée par les dirigeants du Parti québécois, du Bloc québécois et de l'Action démocratique du Québec et elle décrivait le contenu du traité de partenariat économique et politique que le gouvernement du Québec s'engageait à tenter de conclure avec le reste du Canada avant de proclamer la souveraineté du Québec. Il faut souligner qu'en vertu du projet de loi sur l'avenir du Québec, la conclusion d'un traité de partenariat ne conditionnait pas la proclamation de la souveraineté, celle-ci pouvant également se faire après constatation, par l'Assemblée nationale, d'un éventuel échec des négociations avec le reste du Canada.

⁸⁰ En 1980 comme en 1995, l'Opposition officielle à l'Assemblée nationale du Québec, formée par le Parti libéral, avait refusé d'accorder son appui à la question référendaire formulée par le gouvernement du Parti québécois.

suivante : « Acceptez-vous que le Québec cesse de faire partie du Canada et devienne un État indépendant ? ». Cette formulation, qui revient à plusieurs reprises dans d'autres dispositions de la loi, a été soigneusement empruntée au texte de la décision de la Cour suprême, de façon à pouvoir la justifier comme ayant été approuvée, voire suggérée, par celle-ci⁸¹. À souligner qu'elle ne contient pas les mots « sécession » ou « séparation », dont la connotation est fortement négative dans l'opinion publique québécoise. Néanmoins, la formulation utilisée souligne que l'accession à l'indépendance entraînerait la cessation de l'appartenance du Québec à la fédération canadienne. Or, comme le montrent de façon persistante les sondages, une bonne partie des électeurs qui appuient la souveraineté ne sont en faveur de celle-ci que dans la mesure où ils pensent qu'elle est compatible avec le maintien de liens étroits, économiques et politiques, avec le Canada. C'est d'ailleurs pour cette raison que, depuis sa fondation, le Parti québécois a eu recours, pour articuler son projet politique, au concept et au vocabulaire de la *souveraineté*, plutôt qu'à ceux de *l'indépendance*, considérés comme trop connotés à la rupture avec le Canada.

Les dispositions de la loi relatives à l'évaluation de la clarté de la question comportent, à notre avis, plusieurs aspects critiquables. Il nous semble en premier lieu que l'évaluation de la clarté de la question référendaire ne devrait pas avoir lieu avant l'achèvement de la campagne référendaire, voire avant la tenue du référendum. La façon dont la campagne aura été menée, en particulier les déclarations et explications des porte-paroles souverainistes et fédéralistes, auront au-moins autant d'effets sur la compréhension du projet présenté à la population que la formulation de la question elle-même. Le déroulement de la campagne référendaire ferait forcément partie, croyons-nous, des « circonstances », pour reprendre les termes de la Cour suprême, dans lesquelles les « ambiguïtés » pourraient être considérées comme résolues. En fait, une annonce prématurée, par les autorités fédérales, qu'elles considèrent la question comme insuffisamment claire pourrait les placer dans une position inconfortable. En effet, il faudrait alors logiquement qu'elles s'abstiennent de participer à la campagne référendaire, ce qui

⁸¹ Par exemple : « L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada » (par. 151).

laisserait le champ libre aux porte-paroles souverainistes. Par contre, si elles décident d'y prendre part malgré tout, il leur sera plus difficile, aux yeux de l'opinion publique interne et internationale, de contester ensuite les résultats d'une éventuelle victoire souverainiste en se fondant sur la formulation de la question référendaire.

En second lieu, le rejet d'une question comportant un mandat de négociier paraît heurter l'esprit de la décision de la Cour suprême. S'il y a bien quelque chose sur quoi celle-ci insiste, c'est la nécessité que la sécession fasse l'objet d'une négociation. Rappelons que, si la Cour affirme qu'une sécession unilatérale serait illégale, elle définit celle-ci comme une sécession « sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral » (par. 86), plutôt que comme une sécession ne respectant pas la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dès lors, une question qui solliciterait un mandat de négociier et qui prévoirait un deuxième référendum pour soumettre à la population les résultats de la négociation répondrait pleinement, semble-t-il, aux exigences de la Cour suprême. Quant à une question associant la sécession à une offre de partenariat avec le Canada, elle ne devrait pas être rejetée automatiquement, mais seulement si elle rendait véritablement ambiguë l'expression de la volonté de la population consultée, ce qui dépendrait de la formulation précise retenue.

En fin de compte, pour ce qui est de la formulation de la question, la meilleure solution serait que le gouvernement fasse approuver la question par les autres partis présents à l'Assemblée nationale du Québec, y compris ceux qui sont opposés à la souveraineté (en prévoyant la nécessité d'une approbation par les deux tiers des membres de l'Assemblée). Une question qui serait considérée comme claire par les élus québécois de toute allégeance pourrait difficilement être contestée devant l'opinion publique canadienne et internationale. Évidemment, la difficulté de fond réside dans le fait que, comme pour les deux premiers référendums, les souverainistes voudront lier, dans la même question, l'accession à l'indépendance et la conclusion d'une nouvelle entente économique et politique entre un Québec souverain et le Canada, alors que les fédéralistes voudront que la question ne porte que sur l'indépendance. Cependant, dans la mesure où le choix de cette deuxième formule n'empêcherait pas les souverainistes, au courant de la campagne référendaire, d'insister sur leur intention de tenter de conclure une nouvelle entente économique et politique avec le Canada, on ne voit pas ce qui, en

dernière analyse, devrait les empêcher d'accepter une telle solution et de s'en remettre à la capacité de compréhension des Québécois.

b) La clarté de la majorité en faveur de la sécession

Dans sa décision de 1998, la Cour suprême répète à treize reprises que seule « l'expression claire, par une majorité claire de Québécois » de la volonté de ne plus faire partie du Canada ferait naître, pour le gouvernement fédéral et les autres gouvernements provinciaux, une obligation de négocier la sécession. La Cour ne dit jamais précisément ce qui constituerait une « majorité claire ». Tout au plus le jugement contient-il certains passages dont on peut tenter d'extraire quelques indices sur ce qu'elle entend par là. Ainsi, elle nous dit que « [l]'exigence d'un vaste appui sous forme de «majorité élargie» pour introduire une modification constitutionnelle garantit que les intérêts des minorités seront pris en considération avant l'adoption de changements qui les affecteront » (par. 77) (elle se place donc ici, non dans le contexte d'un référendum sur la sécession, mais dans celui du fonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle, qui exige effectivement des majorités « élargies ») ou encore que « [d]ans ce contexte [cette fois il s'agit de celui d'un référendum sur la sécession], nous parlons de majorité «claire» au sens qualitatif ». Et elle ajoute : « [p]our être considérés comme l'expression de la volonté démocratique, les résultats d'un référendum doivent être dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu » (par. 87).

On a beaucoup spéculé sur ces quelques extraits du jugement. L'expression « majorité élargie » laisse entendre qu'il faudrait une majorité quantitativement renforcée ou spéciale (plus de 50 % plus un des votes), mais cette expression n'est utilisée, à l'intérieur du jugement, que dans un seul passage où la Cour renvoie à la procédure de modification constitutionnelle. L'expression « majorité claire au sens qualitatif », utilisée dans le contexte d'un référendum sur la souveraineté au Québec, connote davantage l'idée que la majorité obtenue, sans forcément devoir être supérieure à la majorité absolue des voix exprimées, devrait présenter certaines caractéristiques qui la rendront véritablement représentative des divers sous-groupes géographiques, sociaux, ethniques, etc. de la population. Durant la discussion du projet de *Loi de clarification*, le gouvernement fédéral a été

bombardé de suggestions diverses sur la règle à retenir, recommandant généralement de fixer un seuil supérieur à 50 % plus un des votes exprimés. La proposition la plus modérée, qui ne paraît pas déraisonnable, était d'exiger la majorité absolue des électeurs inscrits, comme cela a été le cas, par exemple, en Lettonie et en Lituanie⁸². Ces suggestions faisaient cependant l'objet d'un net rejet au Québec, non seulement de la part du camp souverainiste (ce qui n'était pas de nature à impressionner les autorités fédérales), mais également de la part des forces fédéralistes québécoises (à souligner cependant que le Parti libéral du Québec considère que la règle du 50% plus une voix s'applique sur le plan juridique, mais qu'en pratique, un tel résultat ne réaliserait pas un consensus suffisant). En fin de compte, les rédacteurs de la loi n'ont pas retenu l'idée de fixer *d'avance* le seuil ou les caractéristiques de la majorité requise, mais ont plutôt prévu que la question ferait l'objet d'un examen par la Chambre des communes *après* un éventuel référendum, au vu des résultats de celui-ci⁸³.

⁸² Voir : Patrick J. MONAHAN, *Doing the Rules : An Assessment of the Federal Clarity Act in Light of the Quebec Secession Reference*, Institut C.D. Howe, 2000 (Commentaire no 135), p. 27 ; Yves-Marie MORISSETTE, *Le Renvoi sur la sécession du Québec. Bilan provisoire et perspectives*, Montréal, Les Éditions Varia, 1999, p. 89. On peut calculer que si 94% des électeurs s'exprimaient, comme cela a été le cas en 1995, la majorité absolue des inscrits signifierait un peu plus de 53% des votes exprimés (en 1980, la participation avait été de 85,6% et la majorité des inscrits aurait signifié un peu plus de 58% des votes exprimés). Le professeur Morissette souligne que la pratique des États au cours des cinquante dernières années, et en particulier le cas des treize derniers référendums survenus dans un contexte autre que colonial, confirment que la majorité à 50 % plus une voix est soit délaissée pour une majorité qualifiée, soit largement dépassée dans les faits par une majorité très supérieure en faveur de l'indépendance (p. 109) ; pour des détails sur la pratique internationale dans ce domaine, voir également P.J. MONAHAN, *idem*, pp. 25-27 ; Patrick J. MONAHAN & Michael J. BRYANT, *Coming to Terms with Plan B : Ten Principles Governing Secession*, Institut C.D. Howe, 2000 (Commentaire no 83), pp. 9 suiv.

⁸³ Parmi les partisans de l'adoption de la *Loi de clarification*, certains, comme les professeurs Monahan et Morissette (voir note précédente) auraient préféré que celle-ci contienne une règle précise de majorité qualifiée (en l'occurrence, celle de la majorité absolue des inscrits) ; d'autres, comme le professeur Deriennic, estimaient que le fait de mettre un chiffre dans la loi aurait plus d'inconvénients que d'avantages, principalement parce que, pour qu'une majorité qualifiée soit efficace, il faudrait qu'elle soit acceptée par les principaux intéressés (voir son témoignage devant le Comité législatif chargé d'étudier le projet de loi, vendredi 18 février 2000, 1404-1405).

L'article 2 de la loi fédérale prévoit que, dans le cas où le gouvernement d'une province, après la tenue d'un référendum sur un projet de sécession, cherche à engager des négociations sur la réalisation de celui-ci, la Chambre des communes doit déterminer, par résolution, si « dans les circonstances, une majorité claire de la population de la province a déclaré clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada ». Dans le cadre de cet examen, la Chambre des communes « prend en considération : a) l'importance de la majorité des voix validement exprimées en faveur de la proposition de sécession; b) le pourcentage des électeurs admissibles ayant voté au référendum; c) tous autres facteurs ou circonstances qu'elle estime pertinents ». De même, la Chambre « tient compte de l'avis de tous les partis politiques représentés à l'assemblée législative de la province dont le gouvernement a proposé la tenue du référendum sur la sécession, des résolutions ou déclarations officielles des gouvernements ou assemblées législatives des provinces et territoires du Canada, des résolutions ou déclarations officielles du Sénat, des résolutions ou déclarations officielles des représentants des peuples autochtones du Canada, en particulier ceux de cette province, et de tout autre avis qu'elle estime pertinent ». La formulation de cette disposition suggère que la Chambre des communes pourra, pour juger que la majorité est claire, exiger que celle-ci dépasse la majorité absolue des voix (puisqu'elle doit prendre en considération « l'importance de la majorité des voix validement exprimées en faveur de la proposition de sécession »). Elle pourra de même tenir compte d'autres facteurs ou circonstances, ce qui renvoie probablement, outre les circonstances du déroulement de la campagne référendaire et du scrutin, à la composition du vote en termes de catégories régionales, ethniques et autres de la population. Il pourrait par exemple être tenu compte du vote des minorités vivant sur le territoire québécois, qu'il s'agisse de la minorité anglophone, des communautés culturelles issues de l'immigration (dont les membres rentrent dans la catégorie des « allophones », c'est-à-dire ceux qui parlent une langue autre que le français ou l'anglais) ou des peuples autochtones (ces derniers étant d'ailleurs inclus dans la liste des groupes et acteurs institutionnels dont l'avis doit être considéré par la Chambre des communes dans l'examen de la clarté de la question et de la clarté de la majorité).

Il semble difficile de nier que les autorités fédérales seraient justifiées, avant d'accepter d'entamer des négociations, d'évaluer le caractère suffisant de la

majorité qui se serait dégagée d'un futur référendum sur la souveraineté. Personne, par exemple, ne songerait sérieusement à prétendre qu'une sécession serait réalisable avec une majorité qui, littéralement, ne serait que d'une seule (ou de quelques) voix, ou, plus généralement, qui ne serait pas plus élevée que la marge statistique d'erreur. En outre, rien ne serait plus dangereux, pour les Québécois davantage encore que pour les autres Canadiens, que d'entamer un processus de sécession sur la base d'une majorité trop faible qui risquerait de s'évaporer au fur et à mesure que les difficultés et les risques de l'entreprise apparaîtraient plus clairement. Une majorité trop mince placerait le Québec dans une mauvaise position de négociation face à ses partenaires fédératifs et minerait sa crédibilité devant l'opinion internationale s'il décidait de procéder par la voie d'une déclaration unilatérale de souveraineté (possibilité dont la Cour suprême reconnaît l'existence, comme on le verra plus loin). Avec ou sans l'article 2 de la *Loi de clarification*, les autorités fédérales procéderaient de toute manière à une évaluation de l'éventuelle majorité obtenue lors d'un référendum ; on peut même considérer que la décision de la Cour suprême leur en ferait une obligation constitutionnelle. À cet égard, la *Loi de clarification* ne change rien, sinon qu'elle offre certaines garanties de transparence, en obligeant le gouvernement fédéral à procéder de façon publique, par l'entremise d'un débat à la Chambre des communes (qui comprend un nombre non négligeable d'élus québécois souverainistes) et selon certains critères, plutôt que par une simple décision exécutive prise de façon confidentielle.

Il faut aussi constater que rien dans l'article 2 de la loi fédérale (ni d'ailleurs dans la décision de la Cour suprême) n'empêche la tenue d'un nouveau référendum administré selon les règles actuelles de la *Loi sur la consultation populaire*⁸⁴, c'est-à-dire en vertu de la règle conventionnelle des « cinquante pour cent plus un », du moment qu'il engendre une majorité suffisamment nette. En effet, ce qui importera, selon les termes de la *Loi de clarification*, comme d'ailleurs en vertu du simple réalisme politique, ce sera moins la règle juridique en vertu de laquelle le référendum aura été tenu que l'importance de la majorité qui, le cas échéant, se sera effectivement dégagée en faveur de l'option souverainiste.

⁸⁴ L.R.Q., c. C-64.1.

En dernière analyse, si les autorités fédérales refusaient de considérer comme claire une question ou une majorité que le Québec estimerait conforme à cette exigence, celui-ci pourrait choisir, en faisant sécession de façon unilatérale, de s'en remettre au jugement de la communauté internationale, laquelle devrait alors apprécier si la démarche québécoise répondait aux exigences de la raison.

Une façon de procéder qui permettrait peut-être de tourner la difficulté consisterait pour le gouvernement du Québec, comme l'avait d'ailleurs fait son prédécesseur en 1980, à s'engager, en cas de victoire de l'option souverainiste à un prochain référendum, à tenir un autre référendum pour soumettre à la population le résultat des négociations qui suivraient. En effet, ce n'est qu'à l'issue de telles négociations qu'on saurait véritablement quelles conséquences l'accession à la souveraineté entraînerait pour les Québécois et, notamment, si le Canada accepterait ou non de conclure avec le Québec un nouveau partenariat économique et politique. Les Québécois se prononceraient alors en pleine connaissance des difficultés qu'entraînerait la sécession, puisqu'il faut supposer que celles-ci auraient été amplement mises en lumière au cours de la période de négociation. Si la thèse souverainiste l'emportait une seconde fois, même avec une majorité assez courte, il faudrait alors considérer que les Québécois se sont prononcés de façon suffisamment claire, ayant confirmé une seconde fois leur décision en pleine connaissance des conséquences de celle-ci.

Comme il a été souligné précédemment, l'expression « majorité claire au sens qualitatif » utilisée par la Cour suprême pourrait connoter l'idée d'une majorité véritablement représentative des divers sous-groupes géographiques, sociaux, ethniques, etc. de la population. De ce point de vue, si on se fie à l'expérience historique, la difficulté résidera très certainement dans la division du vote entre les francophones, d'une part, et les non-francophones, de l'autre. En effet, outre leur caractère extrêmement serré, les résultats du référendum de 1995 se caractérisaient par la polarisation linguistique du vote, les francophones ayant voté pour la souveraineté à 60% alors que les non-francophones — anglophones, allophones et Autochtones — l'ont rejetée à plus de 95%. Étant donné que la plupart des anglophones et des allophones habitent Montréal, cette division linguistique du vote se double d'une fracture régionale. Outre la région métropolitaine, où le NON l'a emporté par 61,3%, les seules régions qui ont voté

majoritairement contre la souveraineté sont l'Estrie, (50,4%) et l'Outaouais (72,5%)⁸⁵. Une souveraineté réalisée avec une courte majorité, appuyée uniquement par les francophones, rejetée de façon massive par les allophones, les anglophones et les Autochtones, soulèverait des problèmes de légitimité et de faisabilité. Comme on l'a vu précédemment, la Cour suprême exige, pour que le reste du Canada soit tenu de négocier, une expression claire de volonté de la part des Québécois qui prenne également en compte les intérêts des minorités.

c) Les participants à la négociation et les questions soumises à négociation

L'article 3 de la *Loi de clarification* prévoit qu'une sécession d'une province exigerait une modification formelle de la Constitution et que les négociations, auxquelles participeraient « notamment » le gouvernement fédéral et tous les gouvernements provinciaux, devraient « notamment » porter sur la répartition de l'actif et du passif, d'éventuelles modifications des frontières de la province sécessionniste, les droits des peuples autochtones et la protection des droits des minorités.

Le fait que la sécession d'une province exigera en dernière analyse, à la suite d'un référendum positif et de négociations réussies, la mise en œuvre de la procédure de modification constitutionnelle, est clairement reconnu par la Cour suprême dans sa décision (voir en particulier les paragraphes 84⁸⁶ et 87⁸⁷).

⁸⁵ Le OUI a gagné dans 80 circonscriptions électorales sur 125 et il a rallié la majorité des électeurs francophones dans 108 circonscriptions.

⁸⁶ « La sécession d'une province du Canada doit être considérée, en termes juridiques, comme requérant une modification de la Constitution [...] Le fait que ces changements seraient profonds, ou qu'ils prétendraient avoir une incidence en droit international, ne leur retire pas leur caractère de modifications de la Constitution du Canada ».

⁸⁷ « Nos institutions politiques sont basées sur le principe démocratique et, par conséquent, l'expression de la volonté démocratique de la population d'une province aurait du poids, en ce sens qu'elle conférerait légitimité aux efforts que ferait le gouvernement du Québec pour engager un processus de modification de la Constitution en vue de faire sécession par des voies constitutionnelles ».

Que la procédure nécessaire soit celle de l'unanimité ou la procédure « 7 et 50 », l'accord de toutes ou d'un certain nombre de provinces autres que le Québec, outre l'accord du Québec et des autorités fédérales, sera nécessaire. Dès lors, il est inévitable que toutes les provinces puissent, si elles le désirent, participer à la négociation précédant la mise en œuvre de la procédure de modification, tout comme elles ont toutes participé aux négociations qui ont conduit à l'Accord du lac Meech et à l'Accord de Charlottetown⁸⁸. Comme on l'a rappelé précédemment, d'autres acteurs ont également été associés au processus qui a mené à l'Accord de Charlottetown : les dirigeants des territoires, les représentants des peuples autochtones et même un certain nombre de membres du grand public. Si les autorités fédérales et les autres provinces voulaient, dans le cadre d'un processus de sécession, utiliser à nouveau cette façon de fonctionner⁸⁹, on ne voit rien dans la Constitution qui le leur interdirait. Les dispositions de la Partie V désignent les acteurs dont le consentement ou l'intervention est requis pour adopter formellement une modification constitutionnelle : le gouverneur général (qui n'exerce qu'un rôle formel de proclamation) ; les deux chambres fédérales (le Sénat n'ayant cependant qu'un droit de veto suspensif) et un nombre variable d'assemblées législatives provinciales (toutes ; au moins les 2/3 d'entre elles ; ou seulement celle(s) des provinces concernée(s) par la modification, selon la modalité applicable). En outre, l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit la *participation* des représentants des peuples autochtones aux discussions relatives à la modification de certaines dispositions constitutionnelles qui les concernent plus

⁸⁸ Le fait que toutes les provinces participent aux négociations en vue d'une certaine modification ne signifie cependant pas que l'accord de toutes soit requis pour l'adoption de celle-ci. Ainsi, par exemple, toutes les provinces participeraient probablement aux négociations portant sur une éventuelle réforme du mode de désignation des sénateurs, mais l'adoption de cette mesure pourrait se faire par la mise en œuvre de la procédure « 7 et 50 ».

⁸⁹ Ainsi, par exemple, P. RUSSELL et B. RYDER, *op. cit.*, note 13, p. 10, considèrent que, pour les négociations menant à la sécession, la participation devrait être au-moins aussi large que pour l'Accord de Charlottetown. Le professeur Young a rédigé un ouvrage qui tente de prévoir dans le détail la façon dont un processus de sécession du Québec pourrait se dérouler : Robert A. YOUNG, *La sécession du Québec et l'avenir du Canada* (traduction et adaptation de Pierre R. Desrosiers), Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1995 ; voir également, du même auteur : *The Struggle for Quebec*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 1999.

particulièrement⁹⁰. La Constitution, par contre, ne prévoit rien en ce qui concerne les *autres acteurs* susceptibles d'être associés aux discussions ou négociations précédant le processus formel de modification. Elle n'oblige ni n'interdit *expressément* de consulter ou de faire participer au processus précédant la modification formelle quelque acteur social, économique ou politique que ce soit (par contre, on pourrait se servir des principes *implicites* de la Constitution, ceux de la démocratie et de la protection des minorités en particulier, pour argumenter que la participation d'autres acteurs, notamment les représentants des minorités, y compris mais pas uniquement les peuples autochtones, est nécessaire).

Si l'on examine maintenant la décision de la Cour suprême, on constate que les passages dans lesquelles celle-ci parle des négociations mentionnent principalement le gouvernement fédéral et les provinces mais laissent entendre, à une occasion, qu'elles pourraient également impliquer « d'autres participants ».

Ainsi, au paragraphe 92, la Cour s'exprime comme suit : « Les droits des autres provinces et du gouvernement fédéral ne peuvent retirer au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecte les droits des autres. Des négociations seraient nécessaires pour traiter *des intérêts du gouvernement fédéral, du Québec et des autres provinces, d'autres participants*, ainsi que des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec. » (nous soulignons).

Ou encore, au paragraphe 103 : « Ainsi, le manquement à l'obligation d'engager et de poursuivre des négociations en conformité avec les principes constitutionnels peut affaiblir la légitimité du gouvernement qui s'en réclame, alors que celle-ci est en règle générale une condition préalable à la reconnaissance par la communauté internationale. Inversement, la violation de ces principes *par le gouvernement*

⁹⁰ Par contre, aucune disposition constitutionnelle écrite ne prévoit la nécessité de leur *consentement* à de telles modifications. Néanmoins, certains constitutionnalistes prétendent qu'un tel consentement serait requis par une convention constitutionnelle, apparue depuis 1982, ou encore que l'obligation fiduciaire des autorités fédérales envers les peuples autochtones obligerait celles-ci à refuser leur propre consentement aux modifications affectant les droits de ces peuples qui n'auraient pas obtenu l'agrément de ces derniers.

fédéral ou le gouvernement d'autres provinces dans leur réponse à une demande de sécession peut entacher leur légitimité. » (nous soulignons).

Cependant, le jugement contient également un passage dans lequel la Cour semble référer à un processus bilatéral plutôt que multilatéral de négociation : « [l]e processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la 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 » (paragraphe 93). Mais ce passage est trop sybillin pour qu'on puisse en tirer des conclusions fermes (que peut bien signifier l'expression « une claire majorité de l'ensemble du Canada *quelle qu'elle soit* ? »). Au mieux, la Cour exprime ici, dans un clair-obscur calculé, sa préférence pour un processus de négociation simplifié (car elle est consciente que la multiplication des participants augmente les risques d'échec) et invite les autres « participants de la Confédération » (gouvernement fédéral et autres provinces) à parler d'une seule voix face au Québec. Mais ce passage ne peut sûrement pas être interprété comme *rendant obligatoire* un processus d'où les autres provinces, ou même d'autres participants, seraient exclus.

Enfin, pour ce qui est des questions soumises à négociation, celles qui sont mentionnées dans l'article 3 de la *Loi de clarification* ne sont évidemment pas limitatives. La rubrique qui pose problème et qui a soulevé des protestations de la part du gouvernement du Québec est celle intitulée « d'éventuelles modifications des frontières de la province sécessionniste ». Cependant, il n'existe, à notre connaissance, aucun principe juridique en droit interne ou en droit international qui interdirait au Canada d'ajouter cette question à la liste des sujets de négociation. Il y a bien des dispositions de la Constitution canadienne qui garantissent que les frontières d'une province ne peuvent être modifiées sans l'accord de sa législature, mais elles ne valent manifestement pas pour le processus destiné à soustraire une province à l'application de cette même Constitution. Il existe peut-être une règle de droit international qui prévoit la transformation *ipso jure* des frontières internes d'une entité sécessionniste en frontières internationales (connue sous le nom *d'uti possidetis*), mais même ceux qui sont en faveur de l'existence d'une telle règle (nous verrons plus loin qu'elle est contestée) admettent qu'elle ne s'applique qu'en

l'absence d'accord en sens contraire entre l'entité sécessionniste et l'État englobant. Or si les parties intéressées peuvent s'entendre pour adopter une autre solution que le maintien des frontières existantes, c'est bien que celles-ci peuvent être sujettes à négociation.

C'est également ce que semble admettre la Cour suprême dans un passage où elle mentionne, mais il est vrai avec beaucoup de prudence et un certain « flou artistique », les frontières d'un Québec sécessionniste dans le contexte d'une discussion sur les négociations destinées à permettre la sécession :

« Personne ne peut prédire le cours que pourraient prendre de telles négociations. Il faut reconnaître la possibilité qu'elles n'aboutissent pas à un accord entre les parties. Des négociations engagées à la suite d'un vote référendaire en faveur d'un projet de sécession toucheraient inévitablement des questions très diverses et souvent d'une grande portée. Il existe inévitablement, après 131 ans de Confédération, un haut niveau d'intégration des institutions économiques, politiques et sociales au Canada. La vision des fondateurs de la Confédération était de créer un pays unifié et non pas une vague alliance de provinces autonomes. Par conséquent, s'il existe des intérêts économiques régionaux qui coïncident parfois avec les frontières provinciales, il existe également des entreprises et intérêts (publics et privés) nationaux qui seraient exposés au démantèlement. Il y a une économie nationale et une dette nationale. *La question des frontières territoriales a été invoquée devant nous.* Des minorités linguistiques et culturelles, dont les peuples autochtones, réparties de façon inégale dans l'ensemble du pays, comptent sur la Constitution du Canada pour protéger leurs droits. Bien sûr, la sécession donnerait naissance à une multitude de questions très difficiles et très complexes, qu'il faudrait résoudre dans le cadre général de la primauté du droit de façon à assurer aux Canadiens résidant au Québec et ailleurs une certaine stabilité pendant ce qui serait probablement une période d'incertitude et de bouleversement profonds. *Nul ne peut sérieusement soutenir que notre existence nationale, si étroitement tissée sous tant d'aspects, pourrait être déchirée sans efforts selon les frontières provinciales actuelles du Québec.* » (par. 96).

La Cour reviendra plus loin sur cette question, d'une manière consistant à suggérer que les frontières d'un Québec sécessionniste pourraient prêter à controverse pour

ce qui est des territoires nordiques occupés par des peuples autochtones, mais en empruntant immédiatement une voie d'évitement qui lui permet de ne pas prendre position sur la question : « Nous ne voulons pas clore cet aspect de notre réponse à la question 2 sans reconnaître l'importance des arguments qui nous ont été présentés relativement aux droits et inquiétudes des peuples autochtones et aux moyens appropriés de délimiter les frontières du Québec, en cas de sécession, particulièrement en ce qui concerne les territoires nordiques occupés principalement par des peuples autochtones. Toutefois, les inquiétudes des peuples autochtones découlent du droit invoqué par le Québec de faire sécession unilatéralement. À la lumière de notre conclusion qu'aucun droit de ce genre ne s'applique à la population du Québec, ni en vertu du droit international ni en vertu de la Constitution du Canada, et que, au contraire, l'expression claire d'une volonté démocratique en faveur de la sécession entraînerait, en vertu de la Constitution, des négociations au cours desquelles les intérêts des autochtones seraient pris en compte, il devient inutile d'examiner davantage les préoccupations des peuples autochtones dans le présent renvoi. » (par. 139).

3. - La Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec

Le gouvernement du Parti québécois a énergiquement protesté contre l'adoption de la *Loi de clarification*, affirmant qu'elle mettait en cause les principes démocratiques fondamentaux, cherchait à mettre sous tutelle le peuple québécois et instaurait le règne de l'arbitraire. Il a fait adopter, en guise de riposte, la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*⁹¹. Les dispositions les plus importantes de la loi sont celles destinées à contredire la *Loi de clarification* et certains éléments de la décision de la Cour suprême. Elles sont pour l'essentiel contenues dans les articles 1 à 4, regroupés dans le chapitre I qui porte le titre « Du peuple québécois ». Ainsi, l'article 3 énonce que « [l]e peuple québécois détermine seul, par l'entremise des institutions politiques qui lui appartiennent en propre, les modalités de l'exercice de

⁹¹ L.Q. 2000, c. 46.

son droit de choisir le régime politique le statut juridique du Québec [...] »⁹². Or on a vu que la décision de la Cour suprême et la loi sont à l'effet qu'une sécession du Québec exigerait des négociations avec le gouvernement canadien et les autres provinces ainsi que, si les négociations aboutissaient, des changements formels à la Constitution respectant la procédure de modification constitutionnelle, laquelle demanderait, à nouveau, l'accord des autorités fédérales et celui de toutes les provinces (ou, du moins, d'une majorité des deux-tiers de celles-ci représentant au moins la moitié de la population canadienne).

Ces dispositions de la loi ont un caractère déclaratoire plutôt que normatif. Elles ne sont évidemment pas susceptibles de modifier les paramètres découlant du droit constitutionnel canadien ou du droit international qui s'appliqueraient à éventuel processus de sécession. Tant qu'on ne cherchera pas à en faire découler de réels effets juridiques, le problème de leur validité restera principalement théorique. Si on voulait leur donner une portée effective, elles pourraient évidemment être contestées, très probablement avec succès⁹³.

⁹² Le 2^e alinéa de l'article 3 énonce : « Toute condition ou modalité d'exercice de ce droit, notamment la consultation du peuple québécois par référendum, n'a d'effet que si elle est déterminée suivant le premier alinéa » ; il s'agit là probablement d'une tentative de contrer par anticipation un référendum que les autorités canadiennes organiseraient au Québec pour vérifier la solidité et la constance d'une majorité en faveur de la sécession qui, par hypothèse, se serait dégagée d'un référendum organisé par le gouvernement québécois ; cependant, il ne semble guère contestable, sur le plan juridique, que le gouvernement fédéral a le droit d'organiser un référendum sur le territoire canadien ou sur une partie de celui-ci. L'article 1 énonce : « Le peuple québécois peut, en fait et en droit, disposer de lui-même. Il est titulaire des droits universellement reconnus en vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux mêmes ». L'article 2 prévoit : « Le peuple québécois a le droit inaliénable de choisir librement le régime politique et le statut juridique du Québec ». L'article 4 ajoute : « Lorsque le peuple québécois est consulté par référendum tenu en vertu de la Loi sur la consultation populaire, l'option gagnante est celle qui obtient la majorité des votes déclarés valides, soit cinquante pour cent de ces votes plus un vote ». Enfin, l'article 13, qui fait partie des dispositions finales, se lit ainsi : « Aucun autre parlement ou gouvernement ne peut réduire les pouvoirs, l'autorité, la souveraineté et la légitimité de l'Assemblée nationale ni contraindre la volonté démocratique du peuple québécois à disposer de son avenir ».

⁹³ Les articles 1 à 4 et 13 de la loi ont effectivement été contestées par la voie d'une requête pour jugement déclaratoire déposée par le Parti Égalité. Cependant, comme ces dispositions ne font

La plupart des autres articles de la loi affirment un certain nombre de principes constitutionnels et politiques relatifs à l'État du Québec et à son territoire qui ont été soigneusement formulés de façon à rester compatibles avec le droit constitutionnel canadien, tout en étant susceptibles de servir de chapitre introductif à une future constitution québécoise, que celle-ci soit adoptée après une éventuelle accession à l'indépendance ou dans le cadre de l'appartenance du Québec à la fédération canadienne.

Ainsi, le chapitre II, intitulé « De l'État national du Québec », contient des dispositions qui portent notamment que « L'État du Québec tire sa légitimité de la volonté du peuple qui habite son territoire » (art. 5), que « L'État du Québec est souverain dans les domaines de compétence qui sont les siens dans le cadre des lois et des conventions de nature constitutionnelle (art. 6)⁹⁴, et que « Le français est la langue officielle du Québec ».

L'article 7 énonce : « L'État du Québec est libre de consentir à être lié par tout traité, convention ou entente internationale qui touche à sa compétence constitutionnelle. Dans ses domaines de compétence, aucun traité, convention ou entente ne peut l'engager à moins qu'il n'ait formellement signifié son consentement à être lié par la voix de l'Assemblée nationale ou du gouvernement selon les dispositions de la loi. Il peut également, dans ses domaines de compétence, établir et poursuivre des relations avec des États étrangers et des organisations internationales et assurer sa représentation à l'extérieur du Québec ».

Le chapitre III de la loi sur les droits fondamentaux du Québec, intitulé « Du territoire québécois », contient deux articles. L'article 9, qui énonce notamment « Le territoire du Québec et ses frontières ne peuvent être modifiés qu'avec le

que proclamer des principes de façon abstraite et que la loi ne contient rien qui puisse être considéré comme une tentative de les mettre en œuvre, la question pourrait être jugée comme purement théorique et la requête rejetée pour cette raison. Par ailleurs, si le tribunal donne raison aux requérants et rend un jugement déclarant les dispositions en cause invalides, cela ne changera rien ni en droit ni en fait à la situation existante.

⁹⁴ La formule voulant que les provinces canadiennes soient « souveraines » dans leurs domaines de compétence a traditionnellement été utilisée par les tribunaux canadiens.

consentement de l'Assemblée nationale », est conforme au droit constitutionnel canadien. En effet, comme nous l'avons rappelé à quelques reprises, celui-ci contient des dispositions empêchant que le territoire d'une province puisse être modifié sans le consentement de son assemblée législative et qui protègent donc l'intégrité territoriale du Québec tant que celui-ci demeure une province canadienne. S'il se séparait du Canada, la question relèverait du droit international, que nous examinerons cette question plus loin.

Le chapitre IV, intitulé « Des nation autochtones du Québec », prévoit à l'article 11 que « L'État du Québec reconnaît, dans l'exercice de ses compétences constitutionnelles, les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des nations autochtones du Québec ». Il s'agit d'un calque d'une disposition de la Constitution canadienne, l'article 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, qui énonce : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités - des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». Tant que le Québec conservera son statut de province canadienne, cet article n'ajoutera ou n'enlèvera rien aux obligations qui découlent pour lui de l'article 35. S'il se séparait du Canada pour devenir indépendant, l'article 11 de la loi québécoise serait destiné à rassurer les autochtones vivant au Québec. Cependant, il n'est pas sûr qu'une telle garantie serait considérée comme suffisante par les intéressés.

Si l'on se fie à la décision de la Cour suprême, un processus de sécession respectant le droit constitutionnel canadien se déroulerait chronologiquement en trois étapes : en premier lieu, un référendum au Québec par lequel une majorité claire de Québécois exprimerait, en réponse à une question claire, sa volonté « de ne plus faire partie du Canada » (par. 151), ce qui ferait naître, pour les autorités fédérales et celles des autres provinces, une obligation constitutionnelle d'engager des négociations ; en second lieu, le déroulement des négociations sur les modalités de la sécession (si celles-ci échouaient à cause du manque de bonne foi de ses interlocuteurs, le Québec pourrait tenter une sécession unilatérale et inconstitutionnelle dont le succès ou l'échec dépendrait du principe d'effectivité et des réactions de la communauté internationale) ; enfin, en troisième lieu, si les négociations conduisent à un accord sur les conditions de la sécession, la

ratification de celui-ci par l'adoption des modifications constitutionnelles nécessaires, en conformité avec la procédure de modification de la Partie V de *la Loi constitutionnelle de 1982*.

Nous venons d'examiner les paramètres de la première et de la seconde étape (pour autant qu'on puisse les connaître à l'heure actuelle). Quant à la troisième étape, nous savons déjà que la Cour suprême s'est refusée, dans sa décision de 1998, à préciser quelles modalités de la procédure de modification seraient applicables, mais qu'elle a également affirmé qu'elle serait disposée à le faire dans l'avenir, lorsque la question sera mûre. Par ailleurs, nous avons constaté, dans l'étude originale, que seules deux modalités de la procédure de modification étaient envisageables pour permettre une sécession, à savoir la procédure de l'unanimité et celle dite « 7 et 50 ». Enfin, nous avons examiné dans la présente étude complémentaire les nouveaux éléments, apparus dans la dernière décennie, qui alourdissent encore la procédure de modification et qui augmentent donc les risques d'échec du processus de ratification d'un accord négocié sur la sécession. Il nous reste à présent à examiner de plus près cette dernière hypothèse pour voir s'il existerait des moyens de surmonter une telle impasse.

4. - La ratification d'un accord négocié sur la sécession par la procédure de modification constitutionnelle : l'hypothèse d'une impasse et les moyens de la débloquent

a) Les risques d'impasse

Le cas échéant, la Cour suprême devra décider si la sécession du Québec exige la procédure de l'unanimité ou la procédure « 7 et 50 ». Si la première était retenue, la loi fédérale sur les vetos régionaux ne s'appliquerait pas (puisqu'elle serait inutile). Sinon, cette loi se combinerait avec la procédure « 7 et 50 » pour faire de celle-ci une procédure « 7 et 92 » (à moins que le Parlement fédéral ne l'abroge d'ici là). Dans l'une et l'autre hypothèse, il serait fort probable qu'un référendum pan-canadien soit organisé pour faire approuver préalablement la sécession par la population, une double majorité étant exigée, à la fois au niveau pan-canadien et dans chacune des cinq « régions », voire dans chaque province (ce qui serait logique si la procédure de l'unanimité était celle requise). On constate donc que,

dans tous les cas, il y aurait des risques considérables que se produise un dérapage à l'étape de la mise en œuvre de la procédure de modification, une ou plusieurs des assemblées législatives, ou encore le corps électoral dans une ou plusieurs provinces, refusant d'entériner la sécession. Les précédents de l'Accord du lac Meech et de l'Accord de Charlottetown illustrent comment un accord exécutif sur un projet de modification constitutionnelle, négocié et signé par le Premier ministre fédéral et les dix chefs de gouvernement provinciaux, peut sombrer sur les écueils de la procédure de ratification parlementaire ou sur ceux d'un référendum.

Dans le cas d'un accord sur la sécession du Québec, les risques de dérapage au niveau du vote dans les assemblées parlementaires fédérales (le Sénat n'ayant qu'un droit de veto suspensif) et provinciales seraient probablement moindres, car les politiciens de métier qui composent ces assemblées seraient conscients de l'énormité des enjeux et du fait qu'un blocage à ce stade du processus amènerait probablement une tentative de sécession unilatérale. Les risques d'un blocage découlant du recours au référendum seraient par contre plus considérables, car les compromis, sûrement laborieux, auxquels les politiciens seraient parvenus risqueraient fort d'être considérés comme inacceptables par une partie du corps électoral, soit au niveau canadien, soit au-moins dans une province ou dans une région. Les problèmes soulevés par l'opposition des peuples autochtones risqueraient également de faire déraiper le processus.

(1) Le recours au référendum

Une étude réalisée par deux constitutionnalistes qui représentent l'opinion canadienne-anglaise modérée à l'égard de la problématique sécessionniste québécoise, permet d'anticiper les positions qui seraient adoptées au Canada anglais concernant la place du référendum dans la mise en œuvre de la procédure de modification pour permettre la sécession⁹⁵. Les auteurs considèrent que, bien qu'il n'existe pas d'exigence juridique pour un référendum, celui-ci serait politiquement indispensable. Il devrait, selon eux, produire une majorité dans l'ensemble du pays ainsi que dans chacune des cinq régions mentionnées dans la loi fédérale sur les vetos régionaux (dont le Québec bien sûr). Bien qu'ils

⁹⁵ P. RUSSELL & B. RYDER, *op. cit.*, note 13, pp. 18 suiv.

considèrent qu'une exigence de majorité dans chaque province serait plus logique, ils estiment qu'un tel système serait trop contraignant. Par contre, une double majorité, au Québec, d'une part, et dans le reste du Canada, de l'autre, ne serait pas suffisante. Les auteurs admettent que cette exigence référendaire constituerait la principale difficulté du processus de ratification d'une sécession du Québec et que c'est là que résideraient les plus grands risques de blocage à ce stade. Ils soulèvent notamment le cas d'une province dont le consentement ne serait pas nécessaire en vertu du système des vetos régionaux mais où la population aurait voté contre la sécession ; le gouvernement et l'assemblée législative de celle-ci iraient-ils à l'encontre des vœux des électeurs en ratifiant néanmoins la modification ou seraient-ils portés à utiliser le droit de veto que leur confère l'article 41 de la Constitution (dans l'hypothèse où c'est la procédure de l'unanimité qui s'appliquerait, ce qui, rappelons le, est la thèse retenue par la majorité des spécialistes) ?

Si l'on revient à la décision de la Cour suprême, on constate que, si celle-ci réclame un référendum au Québec pour créer l'obligation de négociation s'imposant au reste du Canada (l'exigence d'une « question claire » implique un référendum plutôt qu'une élection, même « référendaire »), elle ne mentionne jamais la nécessité d'un autre référendum à l'étape de la mise en œuvre de la procédure de modification constitutionnelle⁹⁶. Au contraire, dans tout le jugement,

⁹⁶ Le passage sybillin dans lequel la Cour parle des « deux majorités » (par. 93 de la décision), s'il ne portait pas clairement sur le stade de la *négociation*, plutôt que sur celui de la mise en œuvre de la *procédure de modification*, pourrait éventuellement être interprété comme visant un référendum à cette dernière étape. En effet, un référendum permettrait de dégager « deux majorités », l'une au Québec, l'autre dans le reste du Canada, alors que la procédure de modification par les assemblées législatives fédérales et provinciales s'accorde mal avec cette idée : la modalité de l'unanimité est évidemment incompatible avec le concept de majorité ; quant à la modalité « 7 et 50 », elle vise une majorité calculée, tant pour le nombre des provinces (7) que pour la proportion de la population (50%), à partir de l'ensemble canadien, Québec compris. Le professeur Guy Tremblay propose une théorie ingénieuse qui permettrait d'expliquer différemment le passage des « deux majorités » : Guy TREMBLAY, « La procédure implicite de modification de la Constitution du Canada pour le cas de la sécession du Québec », (1998) *58 Revue du Barreau*, 423, 428 suiv. Il imagine que la Cour pourrait découvrir, si nécessaire, une cinquième modalité de modification, implicitement contenue dans la Constitution, applicable uniquement à la sécession du Québec, et exigeant l'accord, d'une part, de l'assemblée législative du Québec et, d'autre part, de celles d'au

la Cour parle toujours, dans ce contexte, des décisions et des comportements des représentants élus de la population, par opposition à l'intervention directe de celle-ci. Cette attitude, qui permet de conclure à une réticence de sa part à l'égard du recours à la démocratie directe, s'explique sans doute par le fait que la Cour est consciente qu'un référendum augmenterait considérablement les risques d'un échec du processus et les probabilités, par conséquent, d'une déclaration unilatérale de souveraineté. Or celle-ci ferait quitter au débat le domaine de la légalité et serait incompatible avec le principe de la primauté du droit, que la Cour cherche à sauvegarder à tout prix. Néanmoins, si la Cour n'a manifestement pas voulu suggérer ou encourager le recours au référendum au stade de la procédure formelle de modification, elle ne l'a pas davantage prohibé et l'importance qu'elle donne au référendum qui devrait être tenu au Québec pour créer l'obligation de négocier constitue un bon argument pour prétendre que seul un autre référendum permettrait aux autres provinces et au fédéral d'entériner formellement un accord négocié sur la sécession.

(2) L'opposition des peuples autochtones du Québec

Un nombre non négligeable de constitutionnalistes, principalement à l'extérieur du Québec, considère que les autorités fédérales auraient l'obligation juridique et constitutionnelle de s'assurer du consentement à la sécession de certains des peuples autochtones établis au Québec (les Cris de la Baie James et les Inuit du

moins deux tiers des neuf *autres* provinces (soit six provinces) représentant au moins 50% de la population de toutes ces autres provinces. Le professeur Tremblay n'est pas lui-même favorable au recours au référendum en matière de sécession, mais si ceux qui veulent un référendum adoptaient sa théorie, elle pourrait les amener à conclure qu'un tel référendum devrait produire une double majorité, au Québec et dans le reste du Canada. Une des difficultés avec le point de vue du professeur Tremblay, comme il a été rappelé au début de cette note, est que le passage des « deux majorités » porte sur l'étape des négociations plutôt que sur celle de la modification constitutionnelle. Comme nous l'avons suggéré précédemment dans cette étude, on pourrait l'interpréter comme une invitation au Canada anglais à parler d'une seule voix au cours des négociations, ce qui pourrait être le cas si les provinces acceptaient de se faire « représenter » par les négociateurs fédéraux. Cependant, il faut rappeler que même s'il y avait « bilatéralisme » au niveau des négociations, on reviendrait au « multilatéralisme » à l'étape de la procédure de modification (à moins, précisément, de prévoir, à ce stade, un référendum exigeant une majorité au Québec et une autre dans le reste du Canada).

Nunavik) avant de donner leur propre consentement aux modifications nécessaires pour permettre la sécession⁹⁷. Par conséquent, ces peuples pourraient exercer - indirectement, mais non moins efficacement - un véritable droit de veto sur la sécession. Ils détiendraient un droit de veto *de facto*, sinon juridique. Nous ne pouvons dans cette étude examiner les mérites de cette thèse, cette question ayant d'ailleurs fait l'objet d'études distinctes pour la *Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec* et pour la *Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté*. Ce qui nous intéresse ici, c'est de constater, d'une part, que dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour suprême n'a ni confirmé ni infirmé cette théorie, et, d'autre part, que la nécessité du consentement des peuples autochtones, si les autorités fédérales adoptaient ce point de vue, constituerait, avec la nécessité d'une approbation référendaire pan-canadienne, l'exigence la plus susceptible de provoquer le blocage de tout le processus à l'étape de la procédure de modification constitutionnelle.

Dans sa décision de 1998, la Cour ne consacre que deux passages au rôle de la question autochtone dans un processus de sécession du Québec :

Au paragraphe 96 :

« [...] Des négociations engagées à la suite d'un vote référendaire en faveur d'un projet de sécession toucheraient inévitablement des questions très diverses et souvent d'une grande portée. Il existe inévitablement, après 131 ans de Confédération, un haut niveau d'intégration des institutions économiques, politiques et sociales au Canada. La vision des fondateurs de la Confédération était de créer un pays unifié et non pas une vague alliance de provinces autonomes. Par conséquent, s'il existe des intérêts économiques régionaux qui coïncident parfois avec les frontières provinciales, il existe également des entreprises et intérêts (publics et privés) nationaux qui seraient

⁹⁷ Cette responsabilité des autorités fédérales serait fondée sur une convention constitutionnelle et/ou sur leurs obligations fiduciaires à l'égard des peuples autochtones et/ou sur l'*Accord de la Baie James et du Nord québécois*, lui-même constitutionnalisé par l'entremise de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Sur ce sujet, voir, parmi beaucoup d'autres : Peter W. HOGG, « Principles Governing the Secession of Quebec », (1996) 8 *National Journal of Constitutional Law*, 19. 42-45 ; P.J. MONAHAN & M.J. BRYANT, *op. cit.*, note 82, 6-8 ; *Sovereign Injustice*, Grand Conseil des Cris, 1995, chap. 10-12 ; Douglas SANDERS, « If Quebec Secedes from Canada Can the Cree Secede From Quebec? », (1995) 29 *University of British Columbia Law Review* 143.

exposés au démantèlement. Il y a une économie nationale et une dette nationale. La question des frontières territoriales a été invoquée devant nous. Des minorités linguistiques et culturelles, dont les peuples autochtones, réparties de façon inégale dans l'ensemble du pays, comptent sur la Constitution du Canada pour protéger leurs droits. »

Les peuples autochtones sont mentionnés ici comme une catégorie parmi d'autres de minorités linguistiques et culturelles. Cela cadre mal avec l'idée voulant qu'ils soient seuls à bénéficier, même indirectement, d'un droit de veto sur certaines modifications constitutionnelles⁹⁸.

Par contre, au paragraphe 139, qui leur est entièrement consacré, les peuples autochtones sont traités comme une catégorie à part, pour laquelle la sécession du Québec soulèverait des problèmes particuliers :

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

⁹⁸ Il est vrai qu'au paragraphe 82, la Cour souligne le particularisme des droits reconnus aux peuples autochtones par rapport à ceux des autres minorités ; mais ce passage ne porte pas sur le fonctionnement de la procédure de modification : « Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont ajouté à l'art. 35 des garanties expresses relatives aux droits existants - ancestraux ou issus de traités - des autochtones, et à l'art. 25 une clause de non atteinte aux droits des peuples autochtones. «La promesse de l'art. 35», comme l'appelle l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1083, reconnaît non seulement l'occupation passée de terres par les autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada et les engagements spéciaux pris envers eux par des gouvernements successifs. La protection de ces droits, réalisée si récemment et si laborieusement, envisagée isolément ou dans le cadre du problème plus large des minorités, reflète l'importance de cette valeur constitutionnelle sous jacente ».

présent renvoi. ».

Comme on le constate, même dans ce passage qui leur est spécialement consacré, la Cour ne laisse entendre ni que les peuples autochtones devraient participer aux négociations sur la sécession ni qu'ils pourraient exercer, directement ou par l'entremise d'une obligation qui pèserait sur les autorités fédérales, un droit de veto sur les modifications nécessaires pour faire la sécession. La Cour affirme seulement que leurs intérêts devront être pris en compte dans le processus, tout comme elle affirme ailleurs que devront également être pris en compte « [l]es intérêts du gouvernement fédéral, du Québec et des autres provinces, d'autres participants, ainsi que des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec » (par. 92), ou encore « [l]es intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités » (par. 151).

En somme, rien dans la façon dont la Cour suprême traite des peuples autochtones, en les rangeant parmi d'autres minorités, ou dont elle traite de la prise en compte de leurs intérêts, en rangeant ceux-ci parmi une longue liste d'autres intérêts, n'amène à penser qu'elle reconnaît à ces peuples la position tout à fait unique que réclament pour eux ceux qui prétendent que leur consentement à la sécession serait requis. Mais, comme mentionné précédemment, rien non plus dans le texte de la décision ne permet d'affirmer que la Cour suprême rejetterait un tel point de vue s'il lui était soumis pour décision dans le futur⁹⁹.

L'exigence de l'accord des peuples autochtones à la sécession constituerait un des deux facteurs les plus susceptibles de bloquer le processus, étant donné le caractère radical et massif de l'opposition de ces peuples à la sécession du

⁹⁹ Comme l'écrit un des avocats qui représentait les Cris dans le Renvoi sur la sécession : « The supreme Court, while falling far short of Ottawa's suggestions that it not adress Aboriginal issues, remained cautious and somewhat cryptic in dealing with them. Judicial restraint was applied with a vengeance » ; Claude-Armand SHEPPARD, « The Cree Intervention in the Canadian Supreme Court Reference on Quebec Secession : A Subjective Assessment », (1999) *Vermont Law Review*, 863, 854 et 855.

Québec¹⁰⁰. Une telle opposition s'explique par le fait qu'ils considèrent n'avoir rien à y gagner et, au contraire, beaucoup à y perdre. L'accession du Québec à la souveraineté les laisserait face au seul gouvernement du Québec, alors qu'à l'heure actuelle ils peuvent mettre à profit la concurrence qui existe entre le gouvernement provincial et le gouvernement fédéral pour tenter d'améliorer leur position. En outre, leur loyauté et leur identification vont au Canada avant d'aller au Québec. D'une part, parce que leur inclusion dans l'ensemble canadien facilite le maintien des liens avec les Autochtones des autres provinces (et correspond à la situation avant l'arrivée des Européens, lorsque leur espace géographique n'était pas divisé par des frontières politiques). D'autre part, parce que les peuples autochtones ont l'habitude de considérer les autorités fédérales comme leur interlocuteur privilégié dans la mesure où ce sont elles qui, prenant la suite de la Couronne britannique, exercent à leur égard, en vertu du droit constitutionnel, les principales responsabilités.

Par ailleurs, parmi ceux qui s'opposent à la sécession du Québec, certains semblent portés à se servir de la cause des peuples autochtones pour dresser un obstacle qu'ils espèrent insurmontable, sans pour autant porter l'odieux de nier ouvertement la légitimité du projet indépendantiste québécois (désormais reconnue par la Cour suprême), tout en se réclamant de la défense d'un des groupes les plus vulnérables de la société. C'est qu'ils ont fort bien compris, comme l'écrit Jean-François Lisée, que « ... non résolue, la question autochtone constitue le principal obstacle à une transition négociée vers la souveraineté et le plus beau prétexte à utiliser par un gouvernement canadien qui voudrait faire dérailler le processus [...] »¹⁰¹.

b) Les moyens permettant de débloquent une impasse

¹⁰⁰ Les Cris de la Baie-James ont tenu leur propre référendum en octobre 1995 et ont voté à 96,3% contre leur séparation du Canada ; les Inuit du Nord québécois, également par référendum, se sont prononcés dans le même sens avec une majorité de 95%.

¹⁰¹ Jean-François LISÉE, *Sortie de secours. Comment échapper au déclin du Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2000, p. 248 ; l'auteur souligne que dans un tel cas, la cause québécoise devant l'opinion internationale serait faible sur la question autochtone, même face à la France (p. 247).

Si l'impasse apparaissant à l'étape de la ratification formelle d'une entente négociée sur la sécession était due au comportement d'un des principaux acteurs constitutionnels, comme le gouvernement fédéral ou une grande province (par exemple parce que la population aurait rejeté l'accord signé par le gouvernement, comme cela est arrivé pour l'Accord de Charlottetown), le Québec pourrait tenter de débloquent cette impasse par une déclaration unilatérale de souveraineté, en espérant que la communauté internationale tiendrait compte du fait qu'il a négocié de bonne foi et en constatant le dérapage du processus politique au Canada anglais. Le processus de sécession cesserait alors de respecter le droit constitutionnel canadien. L'existence d'une telle possibilité et la crainte qu'elle se réalise sont de nature à discipliner le comportement des politiciens de métier qui composent les assemblées législatives et les gouvernements, mais beaucoup moins celui des électeurs dans le cas d'un référendum sur la sécession.

Si l'impasse était due au comportement d'un acteur constitutionnel secondaire, comme une petite province « abusant » de son droit de veto, et si les autorités fédérales étaient disposées à prêter leur concours, des possibilités de débloquent l'impasse pourraient être découvertes dans l'ordre juridique canadien lui-même. La plus généralement admise, qui a été reconnue par le Procureur général du Canada devant la Cour suprême (en réponse à des questions posées par celle-ci), est la *théorie de la nécessité*, en vertu de laquelle la sécession pourrait être constitutionnellement réalisée sans respecter toutes les conditions de la procédure de modification si certaines d'entre elles se révélaient impossibles à satisfaire en pratique et si cette dérogation au texte constitutionnel se révélait *absolument nécessaire* pour éviter une crise plus large qui mettrait davantage en péril la primauté du droit¹⁰². Ainsi, par exemple, si les modifications constitutionnelles nécessaires pour faire la sécession avaient obtenu l'approbation d'une majorité référendaire pan-canadienne et étaient acceptées par les deux chambres fédérales et les assemblées législatives de toutes les provinces sauf celle de l'Île-du-Prince-

¹⁰² La position du Procureur général du Canada sur la théorie de la nécessité est expliquée dans un article rédigé par la sous-ministre associée du ministère fédéral de la Justice, qui a agi comme conseillère principale du gouvernement fédéral dans le Renvoi sur la sécession ; voir : Mary DAWSON, « Reflections on the Opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference », (1999) 11 *National Journal of Constitutional Law*, 5, 38-40.

Édouard, et si celle-ci disposait juridiquement d'un droit de veto (parce qu'il aurait été jugé par la Cour suprême que la procédure de l'unanimité est requise), la théorie de la nécessité justifierait probablement de ne pas tenir compte de cette opposition (ce qui constituerait une violation de la Constitution) s'il s'avérait qu'il s'agit là du seul moyen d'éviter une déclaration unilatérale de souveraineté par le Québec, laquelle constituerait une violation beaucoup plus grave du système constitutionnel et de la primauté du droit.

Une troisième possibilité combinant en quelque sorte des éléments des deux précédentes, consisterait en une déclaration unilatérale de souveraineté effectuée par le Québec avec la « complicité » du gouvernement fédéral, qui se hâterait de reconnaître le Québec comme nouvel État souverain. Cette façon de faire, qui pourrait juridiquement se fonder sur la compétence exclusive des autorités fédérales en matière de relations internationales et de politique extérieure, permettrait de se dispenser de l'accord des provinces et de court-circuiter les exigences de la procédure de modification si celles-ci se révélaient un obstacle insurmontable à la ratification d'un accord négocié sur la sécession¹⁰³.

Pour faire disparaître les doutes concernant la régularité des deux derniers procédés, on pourrait tenter de les faire approuver, préventivement ou *a posteriori*, par la Cour suprême sur la base des principes structurels sous-jacents de la Constitution¹⁰⁴. Déjà, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*¹⁰⁵, la Cour avait en quelque sorte autorisé la continuation de la violation, pendant un délai de trois ans, de l'obligation constitutionnelle du Manitoba de traduire en français les lois et les règlements de cette province qui avaient été adoptés en anglais seulement. La Cour avait justifié cette solution en invoquant le principe de la suprématie du droit et la nécessité d'éviter la création d'un «vide juridique». Si elle voulait autoriser le non respect de la procédure de modification, ou de certains de ses éléments, pour la sécession du Québec, elle pourrait

¹⁰³ Sur cette hypothèse (et de façon plus générales, sur les divers moyens de dénouer une impasse qui proviendrait du non fonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle pour permettre la sécession du Québec), voir : Benoît PELLETIER, *loc. cit.*, note 13, 388-390.

¹⁰⁴ Voir, par exemple : P. RUSSELL et B. RYDER, *op. cit.*, note 13, p. 23.

¹⁰⁵ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

s'appuyer sur le même principe de primauté du droit et souligner que la procédure actuelle, par son excessive rigidité, empêche la résolution pacifique et ordonnée de la crise, ce qui risque d'entraîner des désordres, voire des violences, qui provoqueraient des atteintes plus graves et plus généralisées à l'ordre juridique canadien¹⁰⁶.

Enfin, si l'impasse résultait de l'attitude des peuples autochtones du Québec, une solution pour la débloquent pourrait consister à adopter des mesures destinées à maintenir provisoirement le *statu quo*, de façon à reporter la solution des problèmes les plus difficiles à une période plus calme. Par exemple, le Canada pourrait reconnaître le Québec avant le règlement complet des droits des peuples autochtones, ceux-ci restant sous la juridiction partagée du Québec et du Canada, avec le cas échéant une surveillance internationale¹⁰⁷ ; ou encore, dans la même veine, le gouvernement canadien continuerait d'assumer, dans un Québec devenu souverain, ses responsabilités traditionnelles à l'égard de ceux des peuples autochtones qui opteraient pour cette solution¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Après l'échec de l'Accord du lac Meech, en 1990, le gouvernement fédéral, constatant que la rigidité de la procédure de modification était en bonne partie à l'origine du naufrage de l'Accord, avait laissé entendre qu'il pourrait demander à la Cour suprême d'autoriser la modification de la Constitution par référendum populaire, sans respecter par conséquent la procédure actuelle de modification, de façon à passer outre au droit de veto des assemblées législatives provinciales qui s'y opposeraient.

¹⁰⁷ Pour une telle suggestion, voir : P. RUSSELL et B. RYDER, *op. cit.*, note 13, p. 23.

¹⁰⁸ J.-F. LISÉE, *op. cit.*, note 101, pp. 248-250. L'auteur (p. 249) estime que si la totalité des nations autochtones choisissait le *statu quo*, le régime particulier de juridiction partagée qu'il propose devrait s'appliquer uniquement aux réserves et, pour ce qui est de la Baie James et du Nord québécois, aux terres de la catégorie 1, ce qui équivaldrait à 1% du territoire québécois (792 kilomètres carrés pour les réserves, 14 000 pour les Cris et les Inuits et 4000 pour le territoire offert aux Attikameks-Montagnais dans la dernière offre québécoise).

II. - Les changements ne respectant pas le droit constitutionnel canadien: la sécession unilatérale

Après avoir analysé la décision de la Cour suprême du Canada sur les règles de droit international encadrant une éventuelle sécession unilatérale, nous examinerons la question la plus délicate soulevée par cette hypothèse, celle de l'intégrité territoriale du Québec.

A. - La décision de la Cour suprême du Canada sur les règles de droit international encadrant une éventuelle sécession

La partie de la décision de la Cour consacrée à l'examen du droit international est nettement plus courte que celle qui porte sur le droit constitutionnel. Elle nécessite moins de commentaires, car le traitement du sujet par la Cour n'est guère original. En fait, celle-ci se contente essentiellement de rendre compte du consensus existant sur la question. Elle commence par rappeler que le droit international ne prévoit pas de droit à la sécession. Il n'en nie pas davantage explicitement l'existence, bien qu'il favorise le principe de l'intégrité territoriale des États existants. Par ailleurs, l'existence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est aujourd'hui si largement reconnue que ce principe peut être considéré comme un principe général du droit international (par. 113 et 114). Après avoir mentionné les principaux instruments internationaux — conventions et résolutions — dans lesquels le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (ou droit des peuples à l'autodétermination) est reconnu (par. 115-121), la Cour entreprend de démontrer que ce droit doit normalement être exercé à l'intérieur des États dans lesquels les peuples sont englobés (autodétermination interne) et que le droit à la sécession (autodétermination externe) ne naît que dans des circonstances exceptionnelles.

Mais, en premier lieu, le groupe qui invoque le droit à l'autodétermination doit être un « peuple ». Au cours des plaidoiries, on avait soulevé la question de savoir si la population québécoise constituait un ou plusieurs peuples et si, dans ce dernier cas, certains groupes établis au Québec, comme les Anglophones ou les Autochtones, pourraient à leur tour invoquer le droit à l'autodétermination afin de se séparer d'un Québec devenu souverain, et maintenir leur appartenance au Canada.

La Cour évite de prendre position dans ce débat explosif, tout en laissant entendre qu'il pourrait effectivement y avoir plus d'un « peuple » sur le territoire québécois :

Même si la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits (par exemple une langue et une culture communes) pris en considération pour déterminer si un groupe donné est un "peuple", à l'instar d'autres groupes à l'intérieur du Québec et du Canada, il n'est pas nécessaire d'étudier cette qualification juridique [...]. De même, il n'est pas nécessaire [...] de déterminer si, à supposer qu'il existe un peuple québécois au sens du droit international, ce peuple englobe la population entière de la province ou seulement une partie de celle-ci. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner la situation de la population autochtone au Québec. Comme le démontrera notre analyse de la portée du droit à l'autodétermination, quelle que soit la juste définition de peuple(s) à appliquer dans le présent contexte, le droit à l'autodétermination ne peut, dans les circonstances présentes, constituer le fondement d'un droit de sécession unilatérale (par. 125).

Selon l'état général du droit international, un État dont le gouvernement représente, sans discrimination, l'ensemble du peuple ou des peuples établis sur son territoire et qui respecte le droit de ces peuples à l'autodétermination interne, a droit à la protection de son intégrité territoriale (par. 130). Le droit des peuples à l'autodétermination ne peut, de façon sûre, être exercé de manière externe (sous la forme d'un droit à la sécession) que dans le cas des peuples colonisés ou soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères (par. 131-133). Par ailleurs, il existe une thèse voulant que le droit à l'autodétermination puisse fonder un droit de sécession unilatérale dans un troisième cas, lorsqu'un peuple est empêché d'exercer utilement son droit à l'auto-détermination interne. Selon la Cour, il n'est pas sûr que cette troisième situation reflète une norme juridique internationale bien établie, mais, de toute façon, les éléments n'en seraient pas réunis dans le cas québécois (par. 134 et 135). En effet, on ne peut raisonnablement prétendre que les Québécois se voient refuser la participation aux instances politiques canadiennes (par. 136) ni que les échecs dans la recherche d'un accord sur la modification de la Constitution qui satisfasse le gouvernement du Québec n'équivalent à une négation du droit des Québécois à l'auto-détermination interne (par. 137). En résumé, aucune des circonstances exceptionnelles qui donnent ouverture au droit à l'autodétermination externe ne s'applique au cas du Québec dans les conditions actuelles. Par conséquent, ni la population du Québec, ni ses institutions représentatives ne possèdent, en vertu du droit international, le

droit de faire unilatéralement sécession du Canada (par. 138).

Enfin, la Cour termine en traitant de l'argument fondé sur le principe d'effectivité avancé par l'*amicus curiae*, selon lequel une sécession unilatérale serait reconnue internationalement si elle se manifestait par le contrôle effectif du territoire qui constitue actuellement la province de Québec. Elle admet l'existence de ce principe et reconnaît « que le droit international peut fort bien, selon les circonstances, s'adapter pour reconnaître une réalité factuelle ou politique, indépendamment de la légalité des démarches qui y ont donné naissance » (par. 141). Cependant, « la reconnaissance internationale [...] ne remonte pas à la date de la sécession pour servir rétroactivement de source d'un droit "juridique" initial de faire sécession. La reconnaissance ne survient qu'après qu'une entité territoriale a réussi, en tant que fait politique, à réaliser la sécession » (par. 142)¹⁰⁹. La Cour reprend donc ici la distinction faite par le Procureur général du Canada dans sa réplique à l'*amicus curiae*, entre l'existence d'un droit et celle d'une situation de fait; or la question à laquelle elle devait répondre lui demandait s'il existait un *droit* à la sécession unilatérale, non pas si celle-ci était susceptible de donner lieu à une situation de fait qui finirait par être reconnue en droit international. Par ailleurs, n'oublions pas que la Cour, dans sa réponse à la première question, affirme que l'attitude des autres États pourrait servir de sanction à l'obligation de négocier qui s'impose aux acteurs québécois et canadiens, ce qui revient à renvoyer au principe

¹⁰⁹ Les conclusions de la Cour sur le droit international sont tout à fait conformes à celles d'une étude réalisée en 1992 par cinq spécialistes pour le compte de la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté et communément appelée « Rapport Pellet » (du nom de son principal rédacteur) : Thomas FRANCK, Rosalyn HIGGINS, Alain PELLET, Malcolm N. SHAW et Christian TOMUSCHAT, « L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté », Assemblée nationale du Québec, Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, Exposés et études, volume 1 («Les attributs d'un Québec souverain»), 1992, pp. 377-461, à la p. 430. Les auteurs s'expriment notamment ainsi, à la p. 430 : « Ce qui précède peut être résumé assez aisément : — hormis les situations coloniales, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ne confère pas à ceux-ci le droit d'accéder à l'indépendance; — mais, à l'inverse, le droit international et, en particulier, le principe de l'intégrité territoriale, ne font pas obstacle à l'accession de peuples non coloniaux à l'indépendance. Dans le cas du Québec, il en résulte que le peuple québécois ne saurait fonder une éventuelle revendication à la souveraineté sur son droit à disposer de lui-même, mais qu'il ne serait pas, pour autant, empêché d'y accéder par des motifs juridiques ».

d'effectivité dans la mesure où la réussite effective d'une sécession illégale dépendrait précisément, pour part, de l'attitude des membres de la communauté internationale. Et la décision des États de reconnaître ou non une entité sécessionniste dépendrait elle, entre autre, de la légitimité du processus par lequel celle-ci a fait sécession, ou cherche à le faire (par. 143). À ce sujet, la Cour renvoie à la *Déclaration de la Communauté européenne sur les Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*¹¹⁰ La boucle est donc bouclée : l'obligation de négocier existant en droit interne serait sanctionnée par l'attitude des États au niveau international, ceux-ci prenant leur décision notamment en fonction de la légitimité de la tentative de sécession, c'est-à-dire du respect de l'obligation constitutionnelle de négocier qui s'impose autant à l'entité sécessionniste qu'aux autorités de l'État dont celle-ci veut se séparer. Ainsi, la Cour réussit à montrer que le principe d'effectivité qui s'applique au niveau international, plutôt que de servir à contredire les principes constitutionnels, comme le prétendait l'*amicus curiae*, permettrait de les sanctionner.

Comme le droit constitutionnel canadien et le droit international donnent l'un et l'autre la même réponse, à savoir que le Québec n'a aucun droit de faire unilatéralement sécession du Canada, il n'y a pas de conflit entre les deux ordres juridiques et la Cour considère donc qu'il n'est pas nécessaire de répondre à la troisième question, qui lui demandait lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit (par. 147).

B. La problématique de l'intégrité territoriale du Québec en cas de sécession unilatérale

L'opposition massive des allophones, des anglophones et, surtout, des Autochtones soulève la question de l'intégrité du territoire québécois en cas de sécession unilatérale (comme d'ailleurs en cas de sécession négociée, ainsi qu'on l'a vu précédemment). Les peuples autochtones, qui sont les premiers occupants des territoires sur lesquels ils sont établis, pourraient prétendre exercer leur propre droit à l'autodétermination afin de continuer à faire partie du Canada et de se

¹¹⁰ 16 décembre 1991; pour le texte, voir : (1992) *Revue générale de droit international public* 260; (1992) 31 *International Legal Materials* 1485.

séparer du Québec¹¹¹. Sans doute le Québec pourrait-il répondre que certaines conditions requises pour l'autodétermination des peuples autochtones *sur le plan international* ne sont pas réunies, voire même qu'un tel droit n'existe tout simplement pas¹¹². Il n'en reste pas moins que, sur le plan moral et politique, il existe un certain parallélisme entre les revendications des peuples autochtones et celles du Québec lui-même. Par conséquent, il ne sera pas facile de convaincre l'opinion publique canadienne et internationale que le droit à l'autodétermination des Québécois leur permet de remettre en cause l'intégrité territoriale du Canada et, du même souffle, que l'intégrité territoriale du Québec, par contre, s'oppose à l'autodétermination des peuples autochtones. Comme l'actualité des dernières années l'a montré, la cause des autochtones leur attire beaucoup de sympathie, tant au Canada que dans le reste du monde. En outre, les autorités fédérales trouveraient là une bonne raison pour affirmer le maintien de leur souveraineté sur le Nord québécois, la Constitution leur attribuant une responsabilité fiduciaire à l'égard des peuples autochtones et ceux-ci considérant traditionnellement le gouvernement fédéral comme leur interlocuteur privilégié.

¹¹¹ Selon les représentants du point de vue partitionniste, toutes les régions frontalières du Québec votant majoritairement contre la sécession devraient pouvoir, à l'occasion d'un autre référendum, décider si elles veulent se séparer à leur tour d'un Québec souverain et maintenir leur appartenance au Canada, selon un processus s'inspirant de celui utilisé, entre 1970 et 1978, pour la création du Canton du Jura par détachement du Canton de Berne, en Suisse. Cette solution s'appliquerait principalement à la partie septentrionale du territoire québécois actuel, traditionnellement et majoritairement occupés par les peuples autochtones. Certaines prétentions partitionnistes ont également été exprimées dans les municipalités de l'ouest de Montréal, où une très forte majorité de la population est anglophone, et dans l'Outaouais, où résident de nombreux fonctionnaires fédéraux qui craignent de perdre leur emploi en cas d'accession du Québec à la souveraineté (on y a voté contre la souveraineté à 72,5% en octobre 1995). Voir notamment : P.J. MONAHAN, M.J. BRYANT, *op. cit.*, note 82, pp. 33-35 ; Richard JANDA, *La double indépendance. La naissance d'un Québec nouveau et la renaissance du Bas-Canada*, Montréal, Les Éditions Varia, 1998 ; *The Reconfederation Papers. Democratic Principles of Partitioning*, Calgary, Canada West Foundation, 1996.

¹¹² Voir : T. FRANCK, R. HIGGINS, A. PELLET, M.N. SHAW et C. TOMUSCHAT, *op. cit.*, note 109, pp. 430-443; les cinq experts arrivent à la conclusion qu'en l'état actuel du droit international les peuples autochtones et les minorités ne disposent jamais, quelles que soient les circonstances, du droit à l'autodétermination *externe*.

Le gouvernement du Québec défend devant l'opinion publique la position selon laquelle l'intégrité territoriale du Québec, après une accession unilatérale à l'indépendance, serait garantie par certaines règles de droit international, en particulier le principe de *l'uti possidetis*. Il s'appuie principalement sur une étude réalisée en 1992 par cinq spécialistes du droit international à la demande de la *Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté* (par souci de brièveté, l'étude sera désignée ci-dessous « Rapport Pellet », du nom de son principal auteur)¹¹³. Cependant, la thèse défendue dans ce rapport ne fait pas consensus et, au contraire, a été depuis sa parution l'objet de nombreuses critiques par d'autres spécialistes du droit international, dont certains fort éminents. Après avoir résumé les conclusions du Rapport Pellet sur l'intégrité territoriale du Québec en cas de sécession, nous présenterons les arguments de ceux qui en contestent l'exactitude juridique et la sagesse politique.

1. - Les conclusions du Rapport Pellet sur la garantie de l'intégrité territoriale d'une entité sécessionniste¹¹⁴

Si le Québec accédait à l'indépendance, son intégrité territoriale serait garantie par les règles du droit international et, en particulier, par le principe de l'intégrité territoriale des États et de la stabilité des frontières. Cependant, cela suppose que la sécession unilatérale réussisse, c'est-à-dire que les autorités sécessionnistes québécoises parviennent à exclure l'application du droit canadien sur leur territoire et à y faire régner de façon exclusive leurs propres lois et décisions. La réalisation de cette condition ne poserait pas de problème si le Canada acceptait la sécession. Mais qu'arriverait-il si les autorités fédérales décidaient de s'y opposer et si les autorités québécoises ne parvenaient à exercer leur autorité que sur une partie du territoire, le reste demeurant sous contrôle fédéral ? Le Rapport Pellet affirme qu'à la suite d'une déclaration unilatérale d'indépendance, les autorités québécoises obtiendraient la souveraineté sur *l'ensemble* du territoire du Québec même si elles ne parvenaient à exercer un contrôle effectif que sur une portion de celui-ci (par. 2.41 à 2.43).

¹¹³ T. FRANCK, R. HIGGINS, A. PELLET, M.N. SHAW et C. TOMUSCHAT, *op. cit.*, note 109.

¹¹⁴ Les renvois sont aux paragraphes du Rapport Pellet, *op. cit.*, note 109.

Les auteurs du Rapport considèrent que cette conclusion se trouve confortée par le principe de *l'uti possidetis*, en vertu duquel les frontières administratives d'une entité faisant partie d'un État englobant deviennent automatiquement des frontières internationales lorsque cette entité accède à l'indépendance et ne peuvent être modifiées qu'avec l'accord du nouvel État (par. 2.44 et suiv.). Comme on le verra en examinant les critiques dirigées contre le Rapport Pellet, l'élément crucial, mais problématique, du raisonnement des auteurs réside dans le fait de considérer que ce principe, dont l'application dans le contexte de la décolonisation est bien établie, s'applique également en dehors de ce contexte, aux cas de sécession et de dissolution d'États. Pour affirmer que c'est bien le cas, les auteurs du Rapport s'appuient sur les avis de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie (ou Commission Badinter, du nom de son président), en particulier l'avis no 3 rendu le 11 janvier 1992, dans lequel celle-ci s'est déclarée d'avis que si la dissolution de la Yougoslavie aboutissait à la création d'un ou de plusieurs États indépendants, les démarcations entre les anciennes républiques membres ne pourraient être modifiées que par accord libre et mutuel et qu'à défaut d'un tel accord «les limites antérieures acquièrent le caractère de frontières protégées par le droit international». Et la Commission d'arbitrage a ainsi justifié son affirmation :

«Telle est la conclusion à laquelle conduit le principe de respect du statu quo territorial et particulièrement celui de *l'uti possidetis juris* qui, bien qu'initialement reconnu dans le règlement des problèmes de décolonisation en Amérique et en Afrique, constitue aujourd'hui un principe présentant un caractère général comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice (affaire du *Différend frontalier*, Burkina Faso – République du Mali, arrêt du 27 décembre 1986, *Recueil* 1986, paragraphe 20, p. 565.»¹¹⁵.

Le Rapport Pellet affirme ensuite que l'applicabilité du principe de *l'uti possidetis* en dehors du cadre de la décolonisation correspond à la pratique récente de la communauté internationale : qu'il s'agisse des États de la Communauté des États indépendants (ex-URSS) ou de ceux issus du démembrement de la Yougoslavie, tous ont accédé à l'indépendance dans le cadre des limites administratives qui étaient les leurs antérieurement et qui ont été reconnues par les États tiers comme leurs nouvelles frontières (par. 2.47 et 2.48).

¹¹⁵ (1992) *Revue générale de droit international public*, 268-269.

Et les auteurs du Rapport concluent comme suit :

«D'une part, lorsqu'un nouvel État accède à la souveraineté, ce phénomène doit se produire dans le cadre des limites administratives qui étaient les siennes avant l'indépendance. [...] D'autre part, et, en cela, la règle est plus nouvelle et, sans doute, moins bien établie, l'usage de la force dans le cadre d'une tentative de sécession en vue de modifier les limites territoriales existantes, que ce soit par l'entité sécessionniste (un État fédéré par exemple) ou par l'État préexistant, semble devoir être condamné par la société internationale. C'est, en tout cas, ce que l'on peut déduire de la réaction du Conseil de sécurité des Nations Unies face aux événements de Yougoslavie [...]» (par. 2.50).

On remarquera que le deuxième principe mentionné dans ce passage, dont les auteurs, il est vrai, reconnaissent qu'il est «plus nouveau et sans doute moins bien établi», revient à affirmer qu'en cas de tentative de sécession unilatérale (et illégale), l'État englobant, menacé de démembrement, n'a pas le droit de faire usage de la force pour défendre son intégrité territoriale. Autrement dit, l'intégrité territoriale de l'entité sécessionniste l'emporterait sur l'intégrité territoriale de l'État préexistant, même si celui-ci est un État démocratique qui respecte la primauté du droit et les droits de la personne. On comprend pourquoi de telles affirmations dans le Rapport Pellet ont fait l'objet de critiques, que nous allons à présent examiner.

2. - Les critiques dirigées contre les conclusions du Rapport Pellet

Les thèses retenues dans le Rapport Pellet, et dans les avis de la Commission Badinter sur lesquelles ce rapport s'appuie en grande partie, font actuellement l'objet d'un vif débat entre spécialistes, certains les approuvant¹¹⁶, d'autres, au contraire, les critiquant durement. Les critiques portent à la fois sur l'exactitude juridique des conclusions du Rapport et sur leurs conséquences politiques.

a) Les critiques juridiques

¹¹⁶ Voir par exemple : J.-M. SOREL et R. MEHDI, «L'uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique : essai de réactualisation», (1994) 40 *Annuaire français de droit international* 11.

Une première critique porte sur la transposition que fait le Rapport Pellet des conclusions de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie à la situation canadienne et québécoise. Ce faisant, les auteurs n'auraient pas tenu compte des différences qui existent entre le cas yougoslave, où il y a eu *dissolution* de l'État préexistant, aucun des États nés de cette dissolution ne pouvant prétendre être le continuateur de celui dont ils sont issus, et le cas canadien, où il y aurait *sécession* d'une entité membre de l'État préexistant, laissant subsister ce dernier. Dans le premier cas, les litiges territoriaux sont susceptibles d'apparaître entre les différends États successeurs et il paraît prudent et logique de leur interdire de s'agresser mutuellement dans l'intention d'agrandir leur territoire les uns aux dépens des autres (autrement dit, dans un tel cas, le principe de *l'uti possidetis* protège l'intégrité territoriale de *toutes* les entités concernées). Dans le deuxième cas, le conflit oppose l'État prédécesseur, qui subsiste et qui défend son existence et son territoire, et l'entité sécessionniste. Il paraît donc difficile de prétendre que les principes juridiques applicables à la résolution de ces litiges devraient être les mêmes dans les deux cas. Comme on l'a déjà souligné, cela reviendrait à nier, au nom de l'intégrité territoriale de l'entité sécessionniste, le droit de l'État englobant de défendre sa propre intégrité territoriale. Or une telle position ne serait acceptable et logique que dans les cas où la sécession constituerait l'exercice d'un véritable *droit*, comme en matière de décolonisation, ou dans les situations des peuples exploités ou dominés ou victimes de violations graves et répétées des droits de la personne. Dans les cas où l'entité sécessionniste exerce un véritable *droit à la sécession*, reconnu par l'ordre juridique international, l'État englobant est sous le coup de *l'obligation* d'en permettre l'exercice et de ne pas s'y opposer par la force. Cependant, comme les auteurs du Rapport Pellet le reconnaissent explicitement¹¹⁷, une éventuelle sécession du Québec ne serait pas fondée sur l'exercice d'un *droit*, mais sur la simple *effectivité*, c'est-à-dire que la sécession réussirait, et finirait par être reconnue, uniquement dans la mesure où les autorités sécessionnistes québécoises parviendraient à exercer un contrôle effectif et exclusif sur le territoire actuel du Québec. Par contre, les autorités fédérales n'auraient aucune obligation de tolérer la sécession et de ne pas s'y opposer. Au contraire, elles auraient, en vertu du droit canadien et, selon le point de vue traditionnel, en vertu du droit international, le droit de s'opposer à la sécession par

¹¹⁷ Voir le passage du Rapport Pellet reproduit à la note 109.

la force, leur seule obligation étant de ne pas violer les règles du droit humanitaire et du droit de la guerre¹¹⁸. Comme c'est le contrôle effectif du territoire qui constituerait le fondement de la revendication de souveraineté des autorités québécoises, si les autorités fédérales réussissaient à conserver le contrôle d'une partie du territoire québécois il semble logique de conclure que la sécession ne pourrait réussir que pour la portion de territoire effectivement contrôlée par les autorités sécessionnistes. C'est la position défendue, parmi beaucoup d'autres, par un auteur belge, le professeur Olivier Corten. Après avoir affirmé que l'application de *l'uti possidetis* n'est jamais automatique et obligatoire en dehors des cas de décolonisation, mais doit toujours résulter d'un accord entre les parties intéressées (l'État englobant et l'entité sécessionniste), il s'exprime comme suit¹¹⁹ :

« Mais à supposer l'absence persistante d'accord, la ligne sera, provisoirement, celle qui résulte des effectivités observées sur le terrain, sans que cette ligne puisse acquérir le statut de frontière autrement que par la mise en oeuvre de l'obligation de régler pacifiquement les différends qui sera d'application dans toutes les hypothèses, pourvu que l'on soit en présence d'États souverains. On a opposé à cette perspective qu'elle encouragerait le recours à la force pour fonder son titre territorial, ce qui serait contraire aux principes les plus fondamentaux du droit international. La critique n'est pas véritablement pertinente. Dans la mesure où elle postule l'inapplicabilité de l'obligation de régler pacifiquement les différends, elle ne porte par hypothèse que sur la période antérieure à l'indépendance, pendant laquelle le droit international *n'interdit pas* le recours par les sécessionnistes (ou par les autorités centrales) à la force pourvu que les opérations militaires respectent le droit des conflits armés, et en particulier le statut des civils. Chacun admet

¹¹⁸ Steven RATNER, « Drawing a Better Line : Uti Possidetis and the Borders of New States », (1996) 90 *American Journal of International Law* 590, 619 : « As for ongoing attempts at secession or dissolution, international law does not forbid the use of force in civil disputes, although aspects of *jus in bello* apply to internal wars. A blanket prohibition on force would redound to the detriment of legitimate governments fighting unjustified secessionist or other insurgent movements [...] However, when the elites within the state have accepted the secession or dissolution, they should abstain from using force to adjust boundaries with which they are not satisfied, and begin negotiations ».

¹¹⁹ Olivier CORTEN, « Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et *uti possidetis*: deux faces d'une même médaille? », dans Olivier CORTEN, Barbara DELCOURT, Pierre KLEIN et Nicolas LEVRAT (sous la direction de), *Démembrements d'États et délimitations territoriales : l'uti possidetis en question(s)*, Bruxelles, Bruylant – Éditions de l'Université de Bruxelles, 1999, p. 403, aux pp. 431 et 432 (les soulignés sont de l'auteur ; les notes infrapaginales ont été omises dans la citation). Le même article figure également dans : (1998) *Revue belge de droit international*, 161.

que l'indépendance supposera un contrôle effectif et stable d'une assise territoriale définie. On ne voit pas pourquoi ce qui est admis pour le principe même du conflit sécessionniste ne le serait pas pour ses conséquences, à savoir la future délimitation frontalière. En d'autres termes, le droit international n'encourage pas plus le recours à la force en fondant l'existence de l'État sur l'effectivité qu'en reprenant ce même critère pour l'établissement futur de frontières. Ainsi, on constate que, quelle que soit la situation envisagée, l'*uti possidetis* ne peut découler «logiquement» de l'accession à l'indépendance si cette accession est réalisée par la voie d'une séparation ou d'une dissolution d'État. A supposer que l'on puisse étendre son application à ces hypothèses, ce n'est que sur la base d'accords portant, soit expressément sur une ligne [...], soit plus généralement sur l'application du principe».

Comme on le voit dans ce passage, cet auteur, et plusieurs autres, adressent au rapport Pellet, et aux avis de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie (la Commission Badinter), une critique encore plus radicale que celle faite par le gouvernement fédéral canadien, à savoir que le principe de *l'uti possidetis* ne s'applique, de façon *obligatoire* et en dehors du cadre de la décolonisation, pas davantage aux cas de *dissolution* qu'à ceux de *sécession* (par contre, l'État englobant et l'entité sécessionniste sont évidemment toujours libres d'appliquer ce principe *par accord mutuel*), ou alors qu'une application obligatoire ne constitue encore au mieux qu'une règle en émergence et qui reste fortement controversée ¹²⁰.

¹²⁰ Outre Olivier Corten, voir également : Carol HILLING, « Les frontières du Québec dans l'hypothèse de son accession à l'indépendance : pour une interprétation contemporaine de l'*uti possidetis juris* », dans Démembrements d'États et délimitations territoriales, op. cit., note 119, p. 223, pp. 232 suiv. ; Peter RADAN, «Post-Secession International Borders : A Critical Analysis of the Opinions of the Badinter Arbitration Commission», (2000) Melbourne University Law Review 50, 59 ; Peter RADAN, «The Supreme Court of Canada and the Borders of Quebec», (1998) Australian International Law Journal 171 ; Peter RADAN, «The Borders of a Future Independent Quebec : Does the Principle of *Uti Possidetis Juris* Apply?», (1997) Australian International Law Journal 200, 207 ; Pierre KLEIN, «Les glissements sémantiques et fonctionnels de l'*uti Possidetis*», (1998) Revue belge de droit international, 107, 125-127 (le même article figure également dans Démembrements d'États et délimitations territoriales, op. cit., note 119, p. 299) ; Steven RATNER, « Drawing a Better Line... », loc. cit., note 118, 601 ; 613 ; Tomas BARTOS, «*Uti Possidetis* : Quo Vadis?», (1997) 18 Australian Yearbook of International Law 37, 71 suiv. ; 93 ; Michla POMERANCE, «The Badinter Commission : The Use and Misuse of the International Court of Justice's Jurisprudence»,

Ces auteurs soulignent en particulier que la Commission Badinter s'est trompée en faisant dire à la Cour internationale de justice, dans l'affaire du *Différend frontalier*, que *l'uti possidetis* était devenue une norme générale du droit international, applicable en l'absence d'accord mutuel même en dehors des cas de décolonisation. Ils font remarquer que la recommandation de la Commission Badinter contient à cet égard une citation tronquée et inappropriée de la décision de la Cour¹²¹. Les critiques du Rapport Pellet affirment également que celui-ci se trompe en présentant le démembrement de l'ex-URSS et de la Tchécoslovaquie comme ayant donné lieu à une application automatique de *l'uti possidetis* en tant que règle obligatoire. Selon eux, dans tous ces cas, l'élévation des anciennes limites internes au rang de frontières internationales s'est faite plutôt par accord mutuel des parties¹²².

Enfin, on peut faire remarquer que, si on admet la position du rapport Pellet, le principe de *l'uti possidetis* rentrera en conflit direct avec le principe de l'effectivité, qui constitue pourtant le seul fondement juridique possible de la reconnaissance d'une sécession unilatérale (hormis les cas de décolonisation). Que se passe-t-il, par exemple, si l'entité sécessionniste ne réussit en définitive qu'à contrôler la moitié de son territoire antérieur, l'État englobant gardant le contrôle de l'autre moitié ? Faut-il considérer, comme certains auteurs, que la sécession doit alors être considérée comme ayant échoué¹²³ ou, comme les auteurs du rapport Pellet, que l'entité sécessionniste peut néanmoins accéder à l'indépendance et que l'État

(1998) 20 Michigan Journal of International Law 31 ; Hust HANNUM, «Rethinking Self-Determination», (1993) 34 Virginia Journal of International Law 1, 54 ; Matthew C.R. CRAVEN, « The European Community Arbitration Commission on Yugoslavia », (1995) 66 British Yearbook on International Law, 333, 385 suiv.

¹²¹ O. CORTEN, *loc. cit.*, note 119, 403 ; T. BARTOS, *loc. cit.*, note 120, 74 ; M. POMERANCE, *loc. cit.*, note 120, 54-55. Un des auteurs du Rapport Pellet a tenté de répondre à cette critique, mais sa démonstration n'est guère convaincante : Malcolm N. SHAW, «Peoples, Territorialism and Boundaries», (1997) *European Journal of International Law* 478, 497.

¹²² P. KLEIN, *loc. cit.*, note 120, 125-126 ; S. RATNER, *loc. cit.*, note 118, 597 ; T. BARTOS, *loc. cit.*, note 120, 81-83.

¹²³ Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 1997, p. 281.

englobant doit lui restituer le reste du territoire, pour lequel celui-ci possède pourtant toujours à la fois le titre juridique et la possession effective ? « Si c'est le cas, *l'uti possidetis* semblerait agir contre les effectivités sur le terrain »¹²⁴.

En résumé, les auteurs qui critiquent le Rapport Pellet et les avis de la Commission Badinter estiment qu'en dehors des cas de décolonisation, dans les situations de démembrement d'un État pas dissolution ou par sécession, le principe de *l'uti possidetis* (transformation des frontières administratives existantes en frontières internationales) ne devrait pas être considéré comme s'appliquant automatiquement et de façon rigide. Deux autres principes devraient plutôt être appliqués : en premier lieu, les parties devraient négocier pour arriver à un accord sur la délimitation de leurs territoires respectifs, si nécessaire en faisant appel à la médiation d'un pays tiers ou d'une organisation internationale (les parties peuvent évidemment, si elles s'entendent, choisir le principe du maintien des frontières existantes) ; en second lieu, à défaut d'entente, il faudrait tenir compte des effectivités sur le terrain.

Nous allons voir maintenant qu'en plus des critiques qui sont adressées au Rapport Pellet (et à la Commission Badinter) sur le plan juridique, il en est d'autres qui portent sur les conséquences politiques susceptibles d'être entraînées par l'application automatique de *l'uti possidetis* aux cas de démembrement d'États.

b) Les critiques politiques

Indépendamment de la question de ses fondements juridiques, le principe proposé par le Rapport Pellet (et, avant celui-ci, par la Commission Badinter) est-il raisonnable et désirable du point de vue des conséquences politiques qu'il est susceptible d'entraîner ? Si la réponse était négative, cela constituerait une indication que la communauté internationale sera moins disposée à l'accepter et à le mettre en pratique. Or les auteurs qui critiquent le Rapport Pellet et les avis de la Commission Badinter soulignent diverses conséquences indésirables d'une application automatique de *l'uti possidetis* aux situations de sécession et de

¹²⁴ Théodore CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 91 et 92.

dissolution d'États.

En premier lieu, selon les critiques, la solution Badinter-Pellet peut avoir pour effet d'encourager les mouvements sécessionnistes, puisqu'elle équivaut, comme on l'a vu, à leur garantir une assise territoriale et à interdire à l'État englobant de défendre son unité et son intégrité. Ainsi, par exemple, le professeur Pierre Klein s'exprime de la façon suivante¹²⁵ :

«La décision d'appliquer le principe de *l'uti possidetis* aux situations d'accession à l'indépendance qui ne s'inscrivent pas dans le cadre de la décolonisation procède donc à cet égard d'un choix hautement politique («*policy decision*»): celui de favoriser - ou non - l'émergence de nouvelles entités étatiques, dès lors que le principe garantit aux groupes qui voudraient se séparer d'États existants une assise territoriale clairement définie, et ce avant même que l'on se trouve en présence d'un véritable État revêtu d'une quelconque effectivité».

En second lieu, la solution Badinter-Pellet peut avoir des effets «pervers» pour la reconnaissance de l'autonomie locale en rendant les États moins disposés à créer, en leur sein, des régimes comme le fédéralisme, le régionalisme ou la décentralisation. En effet, *l'uti possidetis* s'applique d'autant plus facilement qu'il existe des frontières administratives internes bien définies, antérieures à la sécession. En l'absence de telles frontières, comme dans la situation d'un État unitaire très centralisé, le principe devient plus difficile à appliquer, voire totalement inapplicable. Le Rapport Pellet reconnaît d'ailleurs ce fait¹²⁶ :

« [...] lorsqu'un nouvel État accède à la souveraineté, ce phénomène doit se produire dans le cadre des limites administratives qui étaient les siennes avant l'indépendance. Il se pourrait qu'une telle règle soit difficile à mettre en œuvre en cas d'éclatement d'un État unitaire, voire même qu'elle ne soit pas applicable dans cette hypothèse car les circonscriptions territoriales y sont moins clairement individualisées que dans le cadre d'une fédération. Cette individualisation des États fédérés est d'ailleurs sans doute à la fois la cause et la conséquence de leur plus grande propension à l'indépendance».

Autrement dit, le principe Badinter-Pellet facilite la sécession des entités fédérées, alors qu'il ne pourrait pas être invoqué pour la séparation d'une partie d'un État

¹²⁵ P. KLEIN, *loc. cit.*, note 120, 121.

¹²⁶ *Op. cit.*, note 109, paragraphe 2.49.

unitaire (puisque'il n'y a alors pas de frontière «préexistante»); un tel principe dissuaderait donc les États où vivent des minorités de se décentraliser, de se régionaliser ou de se fédéraliser pour accommoder celles-ci¹²⁷.

Toujours pour ce qui est de la protection des minorités, dans la mesure où il interdit les modifications de frontières destinées à tenir compte des vœux des communautés qui désireraient rester rattachées à l'État englobant, le principe Badinter-Pellet oblige celles-ci à vivre dans le nouvel État contre leur gré. De ce point de vue, il entre donc en conflit avec l'aspiration à l'autodétermination de ces minorités. En laissant dans le nouvel État des populations insatisfaites de cette solution et qui auraient voulu rester dans l'État englobant, il entraîne des injustices et menace la stabilité future. En fait, le principe facilite l'autodétermination au niveau des entités composantes d'un État, au détriment de celle des entités plus petites existant au sein de celles-ci¹²⁸. Une solution plus équitable, et davantage propre à assurer la sécurité et la stabilité, serait de tenir compte de la volonté des populations intéressées, y compris si nécessaire en organisant des référendums d'autodétermination, de façon à permettre le plus possible aux diverses communautés de se retrouver du côté de la frontière qu'elles préfèrent (les auteurs qui suggèrent cette solution sont cependant conscients de ce qu'elle ne permettra pas toujours de satisfaire tous les groupes concernés)¹²⁹.

Une autre critique contre la solution Badinter-Pellet consiste à souligner que les

¹²⁷ T. BARTOS, *loc. cit.*, note 120, 85 ; M. POMERANCE, *loc. cit.*, note 120, note infrapaginale 95.

¹²⁸ M. POMERANCE, *loc. cit.*, note 120, 56 : « By saying that *uti possidetis* applies to internal administrative divisions, the Commission was establishing them as the new «selves» entitled to self-determination and territorial integrity. But denying self-determination to subunits was not really sustainable on legal grounds ».

¹²⁹ S. RATNER, *loc. cit.*, note 118, 622 ; Hurst HANNUM, «The Specter of Secession. Responding to Claims for Ethnic Self-Determination». (1998) 77 *Foreign Affairs*, 13, 17-18 : « If our concern is with peoples rather than territories, there is no reason to regard existing administrative or «republicc» boundaries within states as sacrosanct. In most cases, the best way of determining the wishes of those within a new state would be through a series of plebiscites to redraw what were formerly internal boundaries. Such plebiscites could be subject to various limitations to ensure that they would not be used in haste or to create enclaves that are not viable. Accepting the possibility of altering borders might be a useful precondition for recognition of a new state whenever a significant proportion of the population appears not to support the new borders ».

frontières administratives internes et les frontières internationales ont une nature et des fonctions différentes. Transformer automatiquement les premières en secondes peut avoir des effets indésirables. Par exemple, le changement de nature des frontières fait en sorte que si elles étaient supportables pour certains groupes en tant que frontières internes, elles deviennent inacceptables en tant que frontières internationales ; ce pourrait être le cas pour les autochtones du Québec, qui verraient ainsi diminuer leur capacité d'interagir avec les autres groupes autochtones du Canada (cela peut également être vrai, plus généralement, pour toutes les communautés divisées par une frontière interne qui deviendrait une frontière internationale)¹³⁰.

Ceux qui appuient la solution Badinter-Pellet affirment que tous les inconvénients qui viennent d'être mentionnés sont le prix à payer - qui n'est pas trop élevé - pour ce qui, d'après eux, constitue le grand mérite de ce principe, à savoir qu'il fournit une règle claire, simple à appliquer et qu'il permet d'éviter les affrontements entre l'entité sécessionniste et l'État englobant¹³¹. Selon les critiques, les faits démontrent cependant que l'application du principe n'a pas toujours, loin de là, permis d'éviter les conflits et la violence, en particulier dans le cas du démembrement de la Yougoslavie, qui constitue la situation ayant précisément donné lieu aux avis de la Commission Badinter¹³².

¹³⁰ T. BARTOS, *loc. cit.*, note 120, 87 : « With the «internationalisation» of previous intra-state limits, the effects of boundaries on the division of ethnic groups, resource sharing and population movement - which formerly had been «imperceptible» - has suddenly become keenly felt ».

¹³¹ M.N. SHAW, *loc. cit.*, note 121, 497 : « The basic justification for the existence of the principle, that is the avoidance of conflict upon a succession of sovereign authorities in the territorial context, applies equally to the post-colonial scenario ».

¹³² T. BARTOS, *loc. cit.*, 91 : « In reality, *uti possidetis* has not really prevented fratricidal struggles at all, but has only relegated them from the interstate to the intrastate level ». M. POMERANCE, *loc. cit.*, note 120, 56-57 : « And if the rationale behind insistence on the universal application of *uti possidetis* was the belief that greater chaos and fragmentation would thereby be averted, that assumption would seem to have been disproven by the evolution of the conflict in Yugoslavia. [...] Rigid application of the *uti possidetis* principle to the boundaries among the existing republics may simply have paved the way to greater and more intense conflict and conflagration. Long-range stability may have been the casualty of a misguided extension of a principle which was of questionable legal validity to begin with ».

En conclusion, les critiques juridiques et les reproches politiques adressés aux conclusions du Rapport Pellet et aux avis de la Commission Badinter, et la controverse qui existe à leur sujet, montrent qu'il serait imprudent de considérer le Rapport comme établissant de façon certaine que l'intégrité territoriale du Québec serait garantie par le droit international en cas de sécession unilatérale et que les frontières internes actuelles du Québec seraient automatiquement transformées en frontières internationales, opposables au Canada. Pour de nombreux spécialistes, dans un tel cas, les frontières d'une entité sécessionniste devraient plutôt faire l'objet d'une négociation et d'un accord entre celle-ci et l'État englobant, les effectivités sur le terrain jouant un rôle important voire décisif en cas d'absence d'entente.

Troisième partie : conclusions nouvelles qui apparaissent justifiées à la lumière de l'examen des changements survenus depuis l'étude originale

I. - Les changements respectant le droit constitutionnel canadien

A. - Les perspectives de succès des revendications constitutionnelles traditionnelles du Québec

1. - Les réformes nécessitant le recours à la procédure de modification constitutionnelle

1. Depuis 1991 et l'étude originale, divers nouveaux éléments sont apparus, l'un d'entre eux susceptible de faciliter marginalement la réussite de tentatives de modifications constitutionnelles destinées à satisfaire le Québec, plusieurs autres susceptibles, au contraire, de la compliquer davantage.

2. De nouveaux éléments sont encore venus alourdir la procédure de modification constitutionnelle, dont l'échec de l'Accord du lac Meech avait déjà démontré la rigidité et les difficultés. On estime en effet désormais que toute nouvelle tentative de réforme constitutionnelle d'une certaine importance devra, en vertu d'une nécessité politique sinon juridique, être soumise à un référendum pan-canadien ; or il est beaucoup plus difficile d'obtenir l'accord du peuple que celui des seuls décideurs politiques. L'association des dirigeants des trois territoires et des leaders autochtones aux négociations est également susceptible d'être considérée comme une nouvelle exigence politique. Pour ce qui est des peuples autochtones, certains vont jusqu'à prétendre que leur accord est requis pour toute modification de la Constitution affectant leurs intérêts. La Colombie-Britannique et l'Alberta ont adopté des lois qui imposent la tenue d'un référendum avant que leur assemblée législative provinciale ne puisse approuver une modification constitutionnelle. L'incompatibilité entre les demandes constitutionnelles des provinces de l'Ouest et les intérêts du Québec pour ce qui est de la réforme du Sénat rend fort peu probable une acceptation populaire, dans ces provinces, d'une réforme constitutionnelle destinée à satisfaire le Québec. Enfin, le gouvernement fédéral a fait adopter en 1996 une loi (dite loi sur les vetos régionaux) par laquelle il « prête »

son droit de veto au Québec, à l'Ontario, à la Colombie-Britannique, à deux des quatre provinces de l'Atlantique et à deux des trois provinces des Prairies. Dans les faits, cette formule donne également un droit de veto «informel» à l'Alberta. Elle a pour effet de rendre beaucoup plus difficiles les modifications constitutionnelles, celles-ci devant désormais recevoir le consentement d'au moins sept provinces représentant ensemble plus de 92% de la population canadienne.

3. Dans son avis consultatif de 1998 sur la sécession du Québec, la Cour suprême du Canada a affirmé que, lorsqu'une province prend l'initiative de proposer une modification constitutionnelle, les principes du fédéralisme et de la démocratie mettent à la charge des autres provinces et du gouvernement fédéral une obligation générale de négocier de bonne foi s'appliquant à toute espèce de proposition de modification. Une telle obligation serait de nature à faciliter l'adoption des modifications traditionnellement réclamées par le Québec. Cependant, ce ne serait, à notre avis, que de façon marginale et probablement non décisive, parce que l'obligation ne serait accompagnée d'aucune sanction. En effet, la Cour a clairement affirmé qu'elle se refuserait à sanctionner une telle obligation. Un recours au jugement de la communauté internationale ne pourrait, par définition, jouer que pour la question de la sécession. Une autre proposition de modification constitutionnelle, fût-elle appuyée par un référendum, par exemple pour le renouvellement du fédéralisme ou la reconnaissance du caractère distinct du Québec, donnerait lieu à une obligation constitutionnelle de négocier, mais la conduite et le résultat de ces négociations resteraient une affaire purement interne, n'intéressant pas la communauté internationale.

4. Dans l'étude originale, nous avons émis l'opinion que la procédure simplifiée de l'article 43, qui n'exige que le consentement des autorités fédérales, d'une part, et de celles de la ou des provinces concernées, d'autre part, ne permettrait pas d'adopter des modifications destinées à satisfaire les revendications du Québec. Depuis 1991, l'article 43 a permis l'adoption de plusieurs modifications bilatérales, dont une qui concerne le Québec, et ces précédents permettent aujourd'hui de mieux évaluer sa portée. Ce nouvel examen nous amène à conclure que l'article 43 permettrait probablement de faire adopter, avec le consentement de l'assemblée législative du Québec et des deux chambres fédérales, des modifications constitutionnelles affirmant le rôle des autorités politiques québécoises de protéger

et de promouvoir le statut du français et le caractère distinct du droit civil québécois. De telles dispositions auraient un rôle interprétatif, si bien qu'il est difficile de savoir précisément quels effets les tribunaux en feraient découler, mais on peut imaginer qu'ils les utiliseraient pour interpréter le partage des compétences, les dispositions imposant au Québec des obligations linguistiques en faveur de sa minorité anglophone et la *Charte canadienne des droits et libertés* dans un sens favorable aux efforts déployés par le Québec en vue de cette protection et de cette promotion.

2. - Les réformes ne nécessitant pas le recours à la procédure de modification constitutionnelle

5. Certains observateurs et acteurs politiques estiment qu'il est préférable, à court et à moyen terme, d'essayer de donner satisfaction à certaines revendications du Québec sans faire appel à la procédure de modification constitutionnelle, c'est-à-dire par des réformes « administratives ». Certaines initiatives fédérales adoptées au lendemain du référendum de 1995, d'autres initiatives venant des provinces et l'Entente-cadre sur l'union sociale de 1999 illustrent les possibilités, mais aussi les limites et les dangers, pour le Québec, de la voie non constitutionnelle.

6. À la fin de 1995, le gouvernement fédéral a fait adopter par la Chambre des communes et par le Sénat une résolution reconnaissant « que le Québec forme, au sein du Canada, une société distincte » et dans laquelle les deux chambres « incite[nt] tous les organismes des pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement à prendre note de cette reconnaissance et à se comporter en conséquence ». Cependant, sur le plan juridique, la résolution n'a pas de caractère contraignant et, sur le plan symbolique, elle n'a évidemment pas la même portée qu'une véritable disposition constitutionnelle. Pour ce qui est du droit de veto réclamé par le Québec, comme nous l'avons vu précédemment, le Parlement canadien a adopté la loi sur les vetos régionaux, qui ne confère au Québec aucun veto garanti constitutionnellement et qui rend par contre plus difficile l'adoption de certaines réformes traditionnellement réclamées par le Québec.

7. En septembre 1997, les premiers ministres des neuf provinces anglophones et les dirigeants des territoires ont adopté la « Déclaration de Calgary » dans laquelle

on trouve notamment la reconnaissance du «caractère unique de la société québécoise», encadrée cependant par le principe selon lequel «toutes les provinces sont égales» et par l'affirmation que si une future modification constitutionnelle devait attribuer des pouvoirs à une province, il faudrait que ces mêmes pouvoirs soient accessibles à toutes. Sur un plan symbolique, on retrouve donc dans la Déclaration de Calgary la préoccupation de concilier la reconnaissance de la différence québécoise avec l'égalité de toutes les provinces. Sur un plan plus pratique, les principes retenus n'excluent cependant pas qu'un certain statut particulier puisse être reconnu au Québec de façon indirecte, tout en sauvegardant formellement le principe de l'égalité entre les provinces. Les consultations publiques tenues en 1997 et en 1998 indiquent que la Déclaration bénéficie au Canada anglais, en tant que simple énoncé d'intentions, d'un bon niveau d'acceptation, mais que ce soutien serait nettement moindre si la Déclaration devait être transformée en proposition formelle de modification constitutionnelle. Les signataires de la Déclaration ont indiqué que, tant que le gouvernement du Québec serait formé par le Parti québécois, il serait inutile d'entamer un processus formel de réforme destiné à traduire les principes de la Déclaration dans le texte de la Constitution.

8. Une réunion des premiers ministres provinciaux et territoriaux à Saskatoon, en août 1998, à laquelle s'était joint le Québec, a débouché sur un accord unanime à l'effet de limiter le pouvoir de dépenser de manière à ce qu'une province puisse se retirer d'un programme créé par le gouvernement fédéral et obtenir une compensation financière à la seule condition d'affecter celle-ci au même champ d'activité que le programme fédéral, mais sans avoir à respecter les normes nationales. Le 4 février 1999, le gouvernement fédéral, les gouvernements territoriaux et ceux des neuf provinces anglophones s'entendaient sur un texte intitulé « Entente-cadre sur l'union sociale », le gouvernement du Québec refusant cependant d'y participer parce que le droit de retrait inconditionnel prévu dans l'accord de Saskatoon n'avait pas été maintenu. En échange de conditions considérées comme insatisfaisantes par le Québec, les provinces et territoires signataires reconnaissaient la constitutionnalité et la légitimité du pouvoir fédéral de dépenser, ce qui constituait une victoire significative pour les autorités fédérales.

9. Les tentatives pour réformer le fédéralisme canadien par des voies non

constitutionnelles et satisfaire certaines demandes traditionnelles Québec entreprises depuis 1995 présentent certains aspects encourageants dans la mesure où elles indiquent qu'il existe dans le reste du Canada, de la part des gouvernements des autres provinces, une volonté véritable d'accommoder le Québec. En outre, certains développements font voir qu'il peut apparaître des convergences, sur des questions comme pouvoir fédéral de dépenser, entre les préoccupations traditionnelles du Québec et celles, plus nouvelles, des autres provinces ou de certaines d'entre elles. Cependant, on constate également qu'une alliance entre le Québec et les provinces anglophones restera le plus souvent fragile, car il est difficile pour celles-ci d'appuyer les revendications du Québec en faveur d'une décentralisation accrue. Les plus petites veulent un gouvernement central fort et interventionniste et, dans l'ensemble des provinces anglophones, les électeurs ne favorisent guère la décentralisation. D'autres facteurs ont évolué et sont aujourd'hui moins favorables que durant la période postérieure au référendum de 1995. Les surplus budgétaires laissent à nouveau à Ottawa les coudées franches pour agir unilatéralement. La diminution des appuis à la souveraineté au Québec, qui a fait reculer la perspective d'un autre référendum, amenuise le sentiment de l'urgence des réformes dans le reste du Canada. La fragmentation de l'opposition parlementaire fait disparaître toute inquiétude à court terme pour le Parti libéral au pouvoir à Ottawa. La seule variable qui semble rester favorable à une tendance décentralisatrice est constituée par le courant autonomiste qui se fait jour dans les provinces l'Ouest du Canada. Cependant, il ne faut sans doute pas s'exagérer la solidité à long terme d'un tel courant.

B. - La sécession du Québec dans le respect de la Constitution canadienne

1. - La décision de la Cour suprême du Canada sur les règles de droit constitutionnel encadrant une éventuelle sécession

10. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour suprême a confirmé que la sécession d'une province est constitutionnellement réalisable par l'entremise de la procédure de modification constitutionnelle contenue dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a également affirmé que, si une majorité suffisamment claire d'électeurs québécois, en réponse à une question claire, optait pour la sécession dans un futur référendum, les autorités fédérales et celles des

autres provinces seraient sous le coup d'une obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi le principe et les conditions de la sécession. La Cour a cependant refusé de préciser ce qu'il fallait entendre par « question claire » et « majorité claire », affirmant qu'il s'agissait là de questions par nature non justiciables et dont les acteurs politiques devraient juger par eux-mêmes.

11. La Cour estime qu'elle ne pourrait pas sanctionner juridiquement l'obligation de négocier la sécession, celle-ci n'étant susceptible que de sanctions politiques. Elle affirme que le non respect de cette obligation, dans la mesure où il minerait la légitimité des actions d'une partie, pourrait avoir des répercussions importantes au plan international. Si la violation de l'obligation de négocier de bonne foi était imputable au gouvernement du Québec, celui-ci verrait diminuer ses chances d'obtenir la reconnaissance de la communauté internationale. Inversement, les probabilités d'une telle reconnaissance augmenteraient dans le cas d'un Québec ayant négocié dans le respect des principes et devant faire face à l'intransigeance injustifiée des autres provinces ou des autorités fédérales.

12. La Cour ajoute qu'elle s'abstient, en l'état actuel de la situation, de préciser laquelle des procédures de modification constitutionnelle (unanimité ou formule « 7 et 50 ») s'appliquerait à la sécession du Québec. De cette façon, la Cour s'assure qu'il faudra revenir devant elle le cas échéant, ce qui lui permettra donc d'exercer un certain contrôle sur les stades ultérieurs d'une éventuelle sécession.

2. - La *Loi de clarification* et les conditions d'une sécession respectant la Constitution canadienne

13. Le gouvernement fédéral a fait adopter en 2000 une loi mettant sur pied un mécanisme destiné à permettre, le moment venu, l'évaluation des conditions relatives à la « question claire » et à la « majorité claire ». Pour l'essentiel, le texte prévoit que, dans l'hypothèse d'un référendum provincial sur un projet de sécession, la Chambre des communes devra déterminer, *avant* la tenue du référendum, si la question est « claire » (article 1), et, *après* la proclamation des résultats, dans le cas où l'option sécessionniste l'aurait emporté, si la majorité en faveur de celle-ci est « claire » (article 2). Si, au jugement de la Chambre des communes, l'une de ces conditions fait défaut, la loi interdit au gouvernement fédéral canadien

d'engager des négociations avec la province sécessionniste. L'article 3 de la loi prévoit qu'une sécession d'une province exigerait une modification formelle de la Constitution et que les négociations, auxquelles participeraient « notamment » le gouvernement fédéral et tous les gouvernements provinciaux, devraient « notamment » porter sur la répartition de l'actif et du passif, d'éventuelles modifications des frontières de la province sécessionniste, les droits des peuples autochtones et la protection des droits des minorités.

a) La clarté de la question référendaire

14. L'article premier de la loi rejette d'avance deux formulations éventuelles, qui devront être considérées comme n'étant pas claires : a) une question qui « porte essentiellement sur un mandat de négocier sans requérir de la population de la province qu'elle déclare sans détour si elle veut que la province cesse de faire partie du Canada » ; b) une question qui « offre, en plus de la sécession de la province du Canada, d'autres possibilités, notamment un accord politique ou économique avec le Canada, qui rendent ambiguë l'expression de la volonté de la population de la province quant à savoir si celle-ci devrait cesser de faire partie du Canada ». Le rejet d'une question comportant un mandat de négocier paraît heurter l'esprit de la décision de la Cour suprême, dans la mesure où celle-ci insiste précisément sur l'importance de la négociation. Quant à une question associant la sécession à une offre de partenariat avec le Canada, elle ne devrait pas être rejetée automatiquement, mais seulement si elle rendait véritablement ambiguë l'expression de la volonté de la population consultée, ce qui dépendrait de la formulation précise retenue. En fin de compte, la meilleure solution serait que le gouvernement du Parti québécois fasse approuver la question par les autres partis présents à l'Assemblée nationale du Québec, y compris ceux qui sont opposés à la souveraineté. Une question qui serait considérée comme claire par les élus québécois de toute allégeance pourrait difficilement être contestée devant l'opinion publique canadienne et internationale.

b) La clarté de la majorité en faveur de la sécession

15. On a beaucoup spéculé sur la signification des passages du jugement de la Cour suprême dans lesquels celle-ci réclame une majorité claire pour faire naître

l'obligation de négocier. Les rédacteurs de la loi fédérale n'ont pas retenu l'idée de fixer *d'avance* le seuil ou les caractéristiques de la majorité requise, mais ont plutôt prévu que la question ferait l'objet d'un examen par la Chambre des communes *après* un éventuel référendum. Dans le cadre de cet examen, la Chambre des communes devra notamment considérer l'importance de la majorité des voix validement exprimées en faveur de la proposition de sécession et le pourcentage des électeurs admissibles ayant voté au référendum.

16. L'article 2 de la loi fédérale n'empêche pas la tenue d'un nouveau référendum administré selon les règles actuelles de la *Loi sur la consultation populaire*, c'est-à-dire en vertu de la règle conventionnelle des « cinquante pour cent plus un », du moment qu'il engendre dans les faits une majorité suffisamment nette. En effet, ce qui importera, selon les termes de la *Loi de clarification*, comme d'ailleurs en vertu du simple réalisme politique, ce sera l'importance de la majorité qui, le cas échéant, se sera effectivement dégagée en faveur de l'option souverainiste. À cet égard, rien ne serait plus dangereux, pour les Québécois davantage encore que pour les autres Canadiens, que d'entamer un processus de sécession sur la base d'une majorité trop faible qui risquerait de s'évaporer au fur et à mesure que les difficultés et les risques de l'entreprise apparaîtraient plus clairement. Une majorité trop mince placerait le Québec dans une mauvaise position de négociation face à ses partenaires fédératifs et minerait sa crédibilité devant l'opinion internationale s'il décidait de procéder par la voie d'une déclaration unilatérale de souveraineté.

17. Une façon de procéder qui permettrait peut-être de tourner la difficulté consisterait pour le gouvernement du Québec à s'engager, en cas de victoire de l'option souverainiste à un prochain référendum, à tenir un autre référendum pour soumettre à la population le résultat des négociations qui suivraient. Les Québécois se prononceraient alors en pleine connaissance des difficultés qu'entraînerait la sécession, puisqu'il faut supposer que celles-ci auraient été amplement mises en lumière au cours de la période de négociation. Si la thèse souverainiste l'emportait une seconde fois, même avec une majorité assez courte, il faudrait alors considérer que les Québécois se sont prononcés de façon suffisamment claire.

c) Les participants à la négociation et les questions soumises à

négociation

18. L'accord de toutes ou d'un certain nombre de provinces autres que le Québec étant nécessaire à une sécession respectant la procédure de modification, il est inévitable que toutes les provinces puissent participer à la négociation. Si les autorités fédérales et les autres provinces voulaient associer d'autres acteurs à la négociation, comme les dirigeants des territoires ou les représentants des peuples autochtones, rien dans la Constitution ne l'interdirait. D'ailleurs, l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit la *participation* des représentants des peuples autochtones aux discussions relatives à la modification de certaines dispositions constitutionnelles qui les concernent de plus près. La décision de la Cour suprême contient un passage dans lequel celle-ci mentionne principalement le gouvernement fédéral et les provinces comme participants des négociations, mais laisse entendre que celles-ci pourraient également impliquer « d'autres participants ». Cependant, le jugement contient également un passage dans lequel la Cour semble référer à un processus bilatéral plutôt que multilatéral de négociation. Peut-être y exprime-t-elle sa préférence pour un processus de simplifié car elle est consciente que la multiplication des participants augmenterait les risques d'échec.

19. Pour ce qui est des questions soumises à négociation, la rubrique qui pose problème et qui a soulevé des protestations de la part du gouvernement du Québec est celle relative à « d'éventuelles modifications des frontières de la province sécessionniste ». Cependant, il n'existe, à notre connaissance, aucun principe juridique en droit interne ou en droit international qui interdirait au Canada d'ajouter cette question à la liste des sujets de négociation. Quant à la Cour suprême, elle mentionne, mais il est vrai avec beaucoup de prudence, la question des frontières d'un Québec sécessionniste dans le contexte d'une discussion sur les négociations destinées à permettre la sécession. Dans un autre passage, la Cour suggère, mais encore une fois sans rien affirmer clairement, que les frontières d'un Québec sécessionniste pourraient prêter à controverse pour ce qui est des territoires nordiques occupés par certains peuples autochtones.

3. - *La Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*

20. Le gouvernement du Parti québécois a fait adopter, en guise de riposte à la *Loi de clarification, la Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*. Les dispositions les plus importantes affirment, en substance, que le peuple québécois peut déterminer seul, par l'entremise de ses institutions politiques, les modalités de l'exercice de son droit de choisir le régime politique le statut juridique du Québec. Ces dispositions ont un caractère déclaratoire plutôt que normatif. Elles ne sont évidemment pas susceptibles de modifier les paramètres découlant du droit constitutionnel canadien ou du droit international qui s'appliqueraient à éventuel processus de sécession.

4. - La ratification d'un accord négocié sur la sécession par la procédure de modification constitutionnelle : l'hypothèse d'une impasse et les moyens de la débloquent

a) Les risques d'impasse

21. Le cas échéant, la Cour suprême devra décider si la sécession du Québec exige la procédure de l'unanimité ou la procédure « 7 et 50 ». Dans le deuxième cas, il faudrait également appliquer la loi fédérale sur les vetos régionaux, ce qui en ferait une procédure « 7 et 92 ». Dans l'une et l'autre hypothèse, il serait fort probable qu'un référendum pan-canadien soit organisé pour faire approuver préalablement la sécession par la population, une double majorité étant exigée, à la fois au niveau pan-canadien et dans chacune des cinq « régions », voire dans chaque province. On constate donc que, dans tous les cas, il y aurait des risques considérables que se produise un dérapage à l'étape de la mise en œuvre de la procédure de modification. Les risques d'un tel dérapage au niveau du vote dans les assemblées parlementaires fédérales et provinciales seraient probablement moindres, car les politiciens de métier qui composent ces assemblées seraient conscients de l'énormité des enjeux et du fait qu'un blocage à ce stade du processus amènerait probablement une tentative de sécession unilatérale. Les risques d'un blocage découlant du recours au référendum seraient par contre plus considérables, car les compromis, sûrement laborieux, auxquels les politiciens seraient parvenus risqueraient fort d'être considérés comme inacceptables par une partie du corps électoral.

(1) Le recours au référendum

22. En examinant la décision de la Cour suprême, on constate que, si celle-ci réclame un référendum au Québec pour créer l'obligation de négociation s'imposant au reste du Canada, elle ne mentionne jamais la nécessité d'un autre référendum à l'étape de la mise en œuvre de la procédure de modification constitutionnelle. Au contraire, dans tout le jugement, la Cour parle toujours, dans ce contexte, des décisions et des comportements des *représentants élus* de la population, par opposition à l'intervention directe de celle-ci. Cette attitude, qui permet de conclure à une réticence de sa part à l'égard du recours à la démocratie directe, s'explique sans doute par le fait qu'elle est consciente qu'un référendum augmenterait considérablement les risques d'un échec du processus et les probabilités, par conséquent, d'une déclaration unilatérale de souveraineté. Néanmoins, si la Cour n'a pas voulu encourager le recours au référendum au stade de la procédure formelle de modification, elle ne l'a pas davantage prohibé et l'importance qu'elle donne au référendum qui devrait être tenu au Québec pour créer l'obligation de négocier constitue un bon argument pour ceux qui voudraient prétendre que seul un autre référendum permettrait aux autres provinces et au fédéral d'entériner formellement un accord négocié sur la sécession.

(2) L'opposition des peuples autochtones du Québec

23. Certains constitutionnalistes, principalement à l'extérieur du Québec, considèrent que les autorités fédérales auraient l'obligation juridique et constitutionnelle de s'assurer du consentement à la sécession des peuples autochtones établis au Québec (principalement les Cris de la Baie James et les Inuit du Nunavik) avant de donner leur propre consentement aux modifications nécessaires pour permettre la sécession. Par conséquent, ces peuples pourraient exercer - indirectement, mais non moins efficacement - un véritable droit de veto sur la sécession. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour suprême n'a ni confirmé ni infirmé cette théorie. En effet, rien dans la façon dont la Cour suprême traite des peuples autochtones, en les rangeant parmi d'autres minorités, ou dont elle traite de la prise en compte de leurs intérêts, en rangeant ceux-ci parmi une longue liste d'autres intérêts, n'amène à penser qu'elle reconnaît à ces peuples la

position tout à fait unique que réclament pour eux ceux qui prétendent que leur consentement à la sécession serait requis. Mais rien non plus dans le texte de la décision ne permet d'affirmer que la Cour suprême rejetterait un tel point de vue s'il lui était soumis pour décision dans le futur. L'exigence de l'accord des peuples autochtones constituerait un des deux facteurs les plus susceptibles de bloquer le processus, étant donné le caractère radical et massif de l'opposition de ces peuples à la sécession du Québec.

b) Les moyens permettant de débloquer une impasse

24. Si l'impasse apparaissant à l'étape de la ratification formelle d'une entente négociée sur la sécession était due au comportement d'un des principaux acteurs constitutionnels, comme le gouvernement fédéral ou une grande province, le Québec pourrait tenter de débloquer cette impasse par une déclaration unilatérale de souveraineté, en espérant que la communauté internationale tiendrait compte du fait qu'il a négocié de bonne foi et en constatant le dérapage du processus politique au Canada anglais. Le processus de sécession cesserait alors de respecter le droit constitutionnel canadien.

25. Si l'impasse était due au comportement d'un acteur constitutionnel secondaire, comme une petite province, et si les autorités fédérales étaient disposées à prêter leur concours, des possibilités de débloquer l'impasse pourraient être découvertes dans l'ordre juridique canadien lui-même. La plus généralement admise est la *théorie de la nécessité*, en vertu de laquelle la sécession pourrait être constitutionnellement réalisée sans respecter toutes les conditions de la procédure de modification si certaines d'entre elles se révélaient impossibles à satisfaire en pratique et si cette dérogation au texte constitutionnel se révélait *absolument nécessaire* pour éviter une crise plus large. Une autre possibilité consisterait en une déclaration unilatérale de souveraineté effectuée par le Québec avec la « complicité » du gouvernement fédéral, qui se hâterait de reconnaître le Québec comme nouvel État souverain. Cette façon de faire, qui pourrait juridiquement se fonder sur la compétence exclusive des autorités fédérales en matière de relations internationales et de politique extérieure, permettrait de se dispenser de l'accord des provinces et de court-circuiter les exigences de la procédure de modification. Pour faire disparaître les doutes concernant la régularité de ces procédés, on

pourrait tenter de les faire approuver, préventivement ou *a posteriori*, par la Cour suprême sur la base des principes structurels sous-jacents de la Constitution.

26. Enfin, si l'impasse résultait de l'attitude des peuples autochtones du Québec, une solution pour la débloquer pourrait consister en des mesures destinées à maintenir provisoirement le *statu quo*, de façon à reporter la solution des problèmes les plus difficiles à une période plus calme. Par exemple, le Canada pourrait reconnaître le Québec avant le règlement complet des droits des peuples autochtones, ceux-ci restant sous la juridiction partagée du Québec et du Canada, avec le cas échéant une surveillance internationale.

II. - Les changements ne respectant pas le droit constitutionnel canadien: la sécession unilatérale

A. - La décision de la Cour suprême du Canada sur les règles de droit international encadrant une éventuelle sécession

27. La Cour commence par rappeler que le droit international ne prévoit pas de droit à la sécession. Il n'en nie pas davantage l'existence, bien qu'il favorise le principe de l'intégrité territoriale des États existants. Par ailleurs, l'existence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est aujourd'hui largement reconnue. Cependant, ce droit doit normalement être exercé à l'intérieur des États dans lesquels les peuples sont englobés (autodétermination interne) et le droit à la sécession (autodétermination externe) ne naît que dans des circonstances exceptionnelles.

28. Au cours des plaidoiries, on avait soulevé la question de savoir si la population québécoise constituait un ou plusieurs peuples et si, dans ce dernier cas, certains groupes établis au Québec, comme les anglophones ou les Autochtones, pourraient à leur tour invoquer le droit à l'autodétermination afin de se séparer d'un Québec devenu souverain, et maintenir leur appartenance au Canada. La Cour évite de prendre position dans ce débat, tout en laissant entendre qu'il pourrait effectivement y avoir plus d'un « peuple » sur le territoire québécois.

29. Aucune des circonstances exceptionnelles qui donnent ouverture au droit à

l'autodétermination externe ne s'applique au cas du Québec dans les conditions actuelles. Par conséquent, ni la population du Québec, ni ses institutions représentatives ne possèdent, en vertu du droit international, le droit de faire unilatéralement sécession du Canada. Par ailleurs, le Cour reconnaît qu'une sécession unilatérale serait reconnue internationalement si elle se manifestait par le contrôle effectif du territoire qui constitue actuellement la province de Québec.

B. La problématique de l'intégrité territoriale du Québec en cas de sécession unilatérale

30. L'opposition massive des allophones, des anglophones et, surtout, des Autochtones soulève la question de l'intégrité du territoire québécois en cas de sécession unilatérale. Les peuples autochtones en particulier pourraient prétendre exercer leur propre droit à l'autodétermination afin de continuer à faire partie du Canada. Même si le droit international ne reconnaît pas de droit de sécession aux minorités ou aux peuples autochtones, il existe un certain parallélisme, sur le plan moral et politique, entre les revendications des peuples autochtones et celles du Québec lui-même. En outre, les autorités fédérales trouveraient là une bonne raison pour affirmer le maintien de leur souveraineté sur le Nord québécois. Le gouvernement du Québec défend devant l'opinion publique la position selon laquelle l'intégrité territoriale du Québec, après une accession unilatérale à l'indépendance, serait garantie par certaines règles de droit international, en particulier le principe de *l'uti possidetis*. Il s'appuie principalement sur une étude réalisée en 1992 par cinq spécialistes du droit international à la demande de la *Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté* (le « Rapport Pellet »). Cependant, la thèse défendue dans ce rapport fait l'objet de critiques par d'autres spécialistes du droit international.

1. - Les conclusions du Rapport Pellet sur la garantie de l'intégrité territoriale d'une entité sécessionniste

31. Pour que la sécession unilatérale du Québec réussisse, les autorités sécessionnistes doivent réussir à exclure l'application du droit canadien sur leur territoire et à y faire régner de façon exclusive leurs propres lois et décisions. La réalisation de cette condition ne poserait pas de problème si le Canada acceptait

la sécession. Mais qu'arriverait-il si les autorités fédérales décidaient de s'y opposer et si les autorités québécoises ne parvenaient à exercer leur autorité que sur une partie du territoire, le reste demeurant sous contrôle fédéral ? Le Rapport Pellet affirme qu'à la suite d'une déclaration unilatérale d'indépendance, les autorités québécoises obtiendraient la souveraineté sur l'ensemble du territoire du Québec même si elles ne parvenaient à exercer un contrôle effectif que sur une portion de celui-ci. Les auteurs du Rapport considèrent que cette conclusion se trouve confortée par le principe de *l'uti possidetis*, en vertu duquel les frontières administratives d'une entité faisant partie d'un État englobant deviennent automatiquement des frontières internationales lorsque cette entité accède à l'indépendance. L'élément crucial du raisonnement des auteurs réside dans le fait de considérer que ce principe, dont l'application dans le contexte de la décolonisation est bien établie, s'applique également en dehors de ce contexte, aux cas de sécession et de dissolution d'États. Pour affirmer que c'est bien le cas, les auteurs du Rapport s'appuient sur les avis de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie (la Commission Badinter) dans lesquels celle-ci s'est déclarée d'avis que si la dissolution de la Yougoslavie aboutissait à la création d'un ou de plusieurs États indépendants, les démarcations entre les anciennes républiques membres ne pourraient être modifiées que par accord libre et mutuel et qu'à défaut d'un tel accord «les limites antérieures acquièrent le caractère de frontières protégées par le droit international». Le Rapport Pellet affirme que l'applicabilité du principe de *l'uti possidetis* en dehors du cadre de la décolonisation correspond à la pratique récente de la communauté internationale.

2. - Les critiques dirigées contre les conclusions du Rapport Pellet

a) Les critiques juridiques

32. Une première critique porte sur la transposition que fait le Rapport Pellet des conclusions de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie à la situation canadienne et québécoise. Ce faisant, les auteurs n'auraient pas tenu compte des différences qui existent entre le cas yougoslave, où il y a eu *dissolution* de l'État préexistant, aucun des États nés de cette dissolution ne pouvant prétendre être le continuateur de celui dont ils sont issus, et le cas canadien, où il y aurait *sécession* d'une entité membre de l'État préexistant, laissant subsister ce dernier. Il paraît

difficile de prétendre que les principes juridiques applicables à la résolution de ces litiges devraient être les mêmes dans les deux cas. Cela reviendrait à nier, au nom de l'intégrité territoriale de l'entité sécessionniste, le droit de l'État englobant de défendre sa propre intégrité territoriale. Une telle position ne serait acceptable et logique que dans les cas où la sécession constituerait l'exercice d'un véritable *droit*, comme en matière de décolonisation, ou dans les situations des peuples dominés. Dans un tel cas, l'État englobant est sous le coup de *l'obligation* de permettre l'exercice de ce droit et de ne pas s'y opposer par la force. Cependant, comme les auteurs du Rapport Pellet le reconnaissent expressément, une éventuelle sécession du Québec ne serait pas fondée sur l'exercice d'un *droit*, mais sur la simple *effectivité*. Par conséquent, les autorités fédérales n'auraient aucune obligation de tolérer la sécession. Au contraire, elles auraient le droit de s'y opposer par la force, à condition de ne pas violer le droit humanitaire. Comme c'est le contrôle effectif du territoire qui constituerait le fondement de la revendication des autorités québécoises, il semble logique de conclure que la sécession ne pourrait réussir que pour la portion de territoire effectivement contrôlée par elles.

33. Plusieurs spécialistes adressent au rapport Pellet et à la Commission Badinter une critique plus radicale, à savoir que le principe de *l'uti possidetis* ne s'applique, de façon *obligatoire* et en dehors du cadre de la décolonisation, pas davantage aux cas de *dissolution* qu'à ceux de *sécession*, ou alors qu'une application obligatoire ne constitue encore au mieux qu'une règle en émergence et qui reste fortement controversée. Les critiques affirment également que le Rapport Pellet se trompe en présentant le démembrement de l'ex-URSS et de la Tchécoslovaquie comme ayant donné lieu à une application automatique de *l'uti possidetis* en tant que règle obligatoire. Selon eux, dans tous ces cas, l'élévation des anciennes limites internes au rang de frontières internationales s'est faite plutôt par accord mutuel des parties.

34. Enfin, on peut faire remarquer que, si on admet la position du rapport Pellet, le principe de *l'uti possidetis* rentrera en conflit direct avec le principe de l'effectivité, qui constitue pourtant le seul fondement juridique possible de la reconnaissance d'une sécession unilatérale (hormis les cas de décolonisation). Que se passe-t-il si l'entité sécessionniste ne réussit en définitive qu'à contrôler la moitié de son

territoire antérieur, l'État englobant gardant le contrôle de l'autre moitié ? Faut-il considérer, comme certains auteurs, que la sécession doit alors être considérée comme ayant échoué ou, comme les auteurs du rapport Pellet, que l'entité sécessionniste peut néanmoins accéder à l'indépendance et que l'État englobant doit lui restituer le reste du territoire, pour lequel celui-ci possède pourtant toujours à la fois le titre juridique et la possession effective ?

35. En résumé, les auteurs qui critiquent le Rapport Pellet et les avis de la Commission Badinter estiment qu'en dehors des cas de décolonisation, dans les situations de démembrement d'un État par dissolution ou par sécession, le principe de *l'uti possidetis* ne devrait pas être considéré comme s'appliquant automatiquement et de façon rigide. Deux autres principes devraient plutôt être appliqués : en premier lieu, les parties devraient négocier pour arriver à un accord sur la délimitation de leurs territoires respectifs, si nécessaire en faisant appel à la médiation d'un pays tiers ou d'une organisation internationale ; en second lieu, à défaut d'entente, il faudrait tenir compte des effectivités sur le terrain.

b) Les critiques politiques

36. En premier lieu, selon les critiques, la solution Badinter-Pellet peut avoir pour effet d'encourager les mouvements sécessionnistes, puisqu'elle équivaut, comme on l'a vu, à leur garantir une assise territoriale et à interdire à l'État englobant de défendre son unité et son intégrité. En second lieu, la solution Badinter-Pellet peut avoir des effets « pervers » pour la reconnaissance de l'autonomie locale en rendant les États moins disposés à créer, en leur sein, des régimes comme le fédéralisme, le régionalisme ou la décentralisation. En effet, *l'uti possidetis* s'applique d'autant plus facilement qu'il existe des frontières administratives internes bien définies, antérieures à la sécession. En l'absence de telles frontières, comme dans la situation d'un État unitaire très centralisé, le principe devient plus difficile à appliquer, voire totalement inapplicable. Un tel principe dissuaderait donc les États où vivent des minorités de se décentraliser, de se régionaliser ou de se fédéraliser pour accommoder celles-ci.

37. Dans la mesure où il interdit les modifications de frontières destinées à tenir compte des vœux des communautés qui désireraient rester rattachées à l'État

englobant, le principe Badinter-Pellet oblige celles-ci à vivre dans le nouvel État contre leur gré. De ce point de vue, il entre donc en conflit avec l'aspiration à l'autodétermination de ces minorités. Il entraîne des injustices et menace la stabilité future. Une solution plus équitable, et davantage propre à assurer la sécurité et la stabilité, serait de tenir compte de la volonté des populations intéressées, y compris si nécessaire en organisant des référendums d'autodétermination, de façon à permettre le plus possible aux diverses communautés de se retrouver du côté de la frontière qu'elles préfèrent.

38. Le changement de nature des frontières, d'internes à internationales, pourrait faire en sorte qu'elles deviennent inacceptables pour certains groupes en tant que frontières internationales, alors qu'elles étaient tolérables en tant que frontières internes ; ce pourrait être le cas pour les autochtones du Québec, qui verraient ainsi diminuer leur capacité d'interagir avec les autres groupes autochtones du Canada.

39. Ceux qui appuient la solution Badinter-Pellet affirment que les inconvénients qui en découlent sont compensés par le grand avantage de ce principe, à savoir qu'il fournit une règle claire, simple à appliquer et qu'il permet d'éviter les affrontements entre l'entité sécessionniste et l'État englobant. Selon les critiques, les faits démontrent cependant que l'application du principe n'a pas toujours permis d'éviter les conflits et la violence et qu'il les a, au contraire, parfois exacerbés, en particulier dans le cas du démembrement de la Yougoslavie, qui constitue la situation ayant précisément donné lieu aux avis de la Commission Badinter.

40. Les critiques et les reproches adressés aux conclusions du Rapport Pellet et aux avis de la Commission Badinter, et la controverse qui existe à leur sujet, montrent qu'il serait imprudent de considérer le Rapport comme établissant de façon sûre que l'intégrité territoriale du Québec serait garantie par le droit international en cas de sécession unilatérale et que les frontières internes actuelles du Québec seraient automatiquement transformées en frontières internationales, opposables au Canada.

Synthèse des observations, analyses et commentaires complémentaires

Dans cette mise à jour de notre étude originale, nous avons tenu compte de l'ensemble des facteurs intervenus durant la dernière décennie et susceptibles de nous amener à des conclusions différentes ou nouvelles concernant la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec. Comme dans l'étude originale, nous avons examiné successivement les possibilités de redéfinition dans le cadre constitutionnel canadien actuel, puis en dehors de ce cadre.

Pour ce qui est tout d'abord des réformes réclamées par le Québec et nécessitant des modifications constitutionnelles formelles, divers nouveaux éléments sont apparus, l'un d'entre eux susceptible de faciliter marginalement la mise en œuvre de la procédure de modification, plusieurs autres susceptibles, au contraire, de la compliquer davantage. Parmi les éléments alourdissant le processus de modification, on trouve la nécessité politique d'un référendum pan-canadien exigeant une double majorité, la consultation des dirigeants des territoires et des représentants des peuples autochtones (et, pour certains constitutionnalistes, la nécessité d'obtenir également le consentement de ces derniers), l'existence de lois provinciales prévoyant l'obligation juridique d'une approbation référendaire des modifications constitutionnelles et, enfin, l'adoption d'une loi fédérale sur les vetos régionaux qui augmente elle aussi les difficultés de la procédure de modification de façon notable. Tous ces facteurs font donc reculer la perspective que le Québec puisse obtenir les réformes constitutionnelles qu'il réclame traditionnellement. En contrepartie, l'obligation de négocier les modifications constitutionnelles proposées par un partenaire de la fédération, dégagée par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession*, est susceptible de faciliter l'obtention des réformes souhaitées, mais de façon plutôt marginale, étant donné que la Cour suprême se refuse à sanctionner une telle obligation. Enfin, une nouvelle évaluation des modalités de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à la lumière des précédents intervenus depuis une décennie, nous fait dorénavant conclure que cette procédure dite « bilatérale » permettrait probablement de faire adopter, avec le seul consentement de l'assemblée législative du Québec et des deux chambres fédérales, des modifications constitutionnelles affirmant le rôle des autorités politiques québécoises de protéger et de promouvoir le statut de la langue

française et le caractère distinct du droit civil québécois.

Pour ce qui est de la perspective d'obtenir les réformes souhaitées par le Québec selon des voies non constitutionnelles, certaines initiatives adoptées par les autorités fédérales, les autres provinces et les territoires depuis 1995 illustrent les possibilités mais aussi les limites, voire les dangers pour le Québec, de cette façon de procéder. En particulier, l'Entente-cadre sur l'union sociale de 1999, signée par les neuf autres provinces et les territoires avec le gouvernement fédéral, mais refusée par le Québec qui n'y trouvait pas les garanties recherchées, montre que les alliances entre le Québec et les provinces anglophones risquent souvent d'être fragiles. D'autres facteurs ont évolué et sont aujourd'hui moins favorables que durant la période immédiatement postérieure au référendum de 1995. Les surplus budgétaires laissent à nouveau à Ottawa les coudées plus franches pour agir unilatéralement. La diminution des appuis à la souveraineté au Québec, qui a fait reculer la perspective d'un autre référendum, a également amenuisé le sentiment de l'urgence des réformes dans le reste du Canada.

Enfin, la Cour suprême du Canada, dans sa décision de 1998, a confirmé que la sécession du Québec était réalisable sous l'empire de la Constitution du Canada, par la procédure de modification constitutionnelle. Elle a affirmé que, si une majorité suffisamment claire d'électeurs québécois, en réponse à une question claire, optait pour la sécession dans un futur référendum, les autorités fédérales et celles des autres provinces seraient tenues de négocier. La Cour a cependant refusé de dire ce qu'il fallait entendre par « question claire » et « majorité claire », affirmant qu'il s'agissait là de questions par nature non justiciables, que les acteurs politiques devraient préciser eux mêmes. Saisissant cette invitation, le gouvernement fédéral a fait adopter la *Loi de clarification*, qui prévoit que la Chambre des communes devra déterminer, *avant* la tenue du référendum, si la question est « claire », et, *après* la proclamation des résultats, si la majorité éventuellement dégagée en faveur de la sécession est « claire ». Pour éviter les affrontements avec les autorités fédérales, renforcer sa position de négociation face au Canada anglais et mieux assurer sa crédibilité aux yeux de l'opinion internationale, un gouvernement québécois désirant organiser un troisième référendum devrait faire approuver la question référendaire par les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale et s'engager à soumettre le résultat des

négociations à la population dans un autre référendum. En ce qui concerne les négociations suivant un référendum positif au Québec, les autres provinces devraient évidemment y être associées et rien n'interdirait aux autorités fédérales, comme elles l'ont fait pour l'Accord de Charlottetown, d'y associer également d'autres acteurs, comme les dirigeants autochtones et ceux des territoires. Rien non plus ne les empêcherait d'ajouter à la liste des sujets de négociation la discussion sur les frontières du Québec.

Dans l'hypothèse où un référendum au Québec produirait une majorité claire en faveur de la sécession et où le Québec et le reste du Canada s'entendraient sur les modalités de celle-ci, il y aurait néanmoins des risques de dérapage à l'étape de la mise en œuvre de la procédure de modification, principalement à cause de l'exigence d'une approbation référendaire et de celle du consentement des peuples autochtones établis au Québec. Cependant, il existerait alors des moyens de dénouer l'impasse, soit en faisant appel à certains concepts du droit constitutionnel canadien, comme la théorie de la nécessité, soit, pour le Québec, en procédant à une déclaration unilatérale de souveraineté dont la réussite ou l'échec dépendrait de la capacité du Québec d'exercer une autorité effective et des réactions de la communauté internationale.

Pour terminer, nous avons réexaminé l'hypothèse d'une redéfinition du statut constitutionnel et politique du Québec en dehors de la légalité canadienne, c'est-à-dire d'une sécession unilatérale. Dans sa décision de 1998, la Cour a conclu que le droit international ne conférait pas au Québec un droit à la sécession, mais qu'il n'empêchait pas non plus une tentative de sécession, laquelle pourrait réussir et être reconnue en droit international sur la base du principe d'effectivité que nous venons de rappeler ci-dessus. Cependant, l'opposition massive des allophones, des anglophones et, surtout, des Autochtones soulèverait probablement la question de l'intégrité du territoire québécois en cas de sécession unilatérale. Les peuples autochtones en particulier pourraient prétendre exercer leur propre droit à l'autodétermination afin de continuer à faire partie du Canada. Les autorités fédérales trouveraient là, si elles le désiraient, une bonne raison pour affirmer le maintien de leur souveraineté sur le Nord québécois. Le gouvernement du Québec défend devant l'opinion publique la position selon laquelle l'intégrité territoriale du Québec, après une accession unilatérale à l'indépendance, serait garantie par

certaines règles de droit international, en particulier le principe de *l'uti possidetis*. Il s'appuie principalement sur une étude réalisée en 1992 par cinq spécialistes du droit international à la demande de la *Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté* (le « Rapport Pellet »). Cependant, la thèse défendue dans ce rapport fait l'objet de critiques par d'autres spécialistes du droit international, lesquelles sont analysées dans cette étude. La vive controverse qui existe autour des conclusions du Rapport Pellet fait en sorte qu'il serait imprudent de considérer que celui-ci établit de façon indubitable que l'intégrité territoriale du Québec serait garantie par le droit international en cas de sécession unilatérale et que les frontières internes du Québec seraient automatiquement transformées en frontières internationales, opposables au Canada.
