

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

COMMISSION : Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté.

ÉTUDE ORIGINALE

Référence : Volume 1, pages 463 à 474

Auteur : Stephen A. Scott

Titre : Autodétermination, sécession, division, légalité : observations

MISE À JOUR

Auteurs : Stephen A. Scott

Titre : Autodétermination, sécession, division, légalité

Autodétermination, sécession, division, légalité

IV. Sommaire

Récapitulation de l'étude de 1991 :

1. Deux séries de questions juridiques parallèles surgissent à la suite de toute proposition relative à la sécession du Québec relativement à la fédération canadienne. Québec. D'abord, la légalité sur le plan de la Constitution et des lois canadiennes. Jusqu'à ce jour, sur le plan de la Constitution et des lois canadiennes, il est possible de réaliser l'indépendance de la province de deux manières : soit légalement, soit illégalement, c'est-à-dire, nécessairement par la révolution. La question parallèle est celle que présente le droit international. Celui-ci confère-t-il un droit de sécession relativement à une certaine partie du territoire, ou de la population, du Canada?
2. Le droit international établi ne confère aucun droit de sécession au Québec, à son peuple et à ses institutions. S'il le faisait, des parties de la population du Québec auraient le même droit de faire sécession par rapport à l'entité sécessionniste.
3. La Constitution du Canada exige qu'on ait recours à ses mécanismes d'amendement constitutionnels pour transformer le Québec en un État souverain. Il est impossible d'identifier le mécanisme pertinent avec certitude. Une argumentation convaincante peut être présentée 1) en faveur de la nécessité du consentement unanime de l'assemblée de toutes les provinces, 2) en faveur de la seule nécessité du consentement des autorités fédérales et du Québec, ou 3) en faveur du consentement des autorités fédérales et du deux tiers des provinces totalisant plus de la moitié de la population des provinces. Le peuple de la fédération a le droit, par le biais de ses institutions, de dire «Oui » ou «Non » à la sécession, ou de consentir à ces modalités comme bon lui semble.
4. La fédération peut, tout particulièrement, refuser la sécession du Québec, à moins qu'on ne procède à la partition de celui-ci, par exemple la rétention du Nord du Québec, transféré au Québec pour être géré à titre de province canadienne. Tout en demeurant une province du Canada, le territoire du Québec est protégé par la Constitution. Sous l'angle de la Constitution du Canada ou du droit international, le raisonnement suivant est juste : Si le Canada est divisible, le Québec est divisible. Si le Québec est indivisible, le Canada est indivisible. Les provinces sont des subdivisions politiques du Canada, ne détenant leurs droits et leur pouvoirs que parce que la Constitution canadienne les leur confère.
5. La force est le péché originel des États. Elle est employée par tous les gouvernements, à toutes les époques, de manière explicite ou implicite, en vue de faire respecter l'autorité de leurs constitutions et de leurs lois. Le gouvernement du Canada est entièrement habilité à utiliser la force pour contrer toute tentative de sécession au moyen de la révolution Σ c.-à-d. hors de la constitution Σ . Ce faisant, il s'agit d'une confrontation force contre force : force de légitime défense contre force révolutionnaire.

Importants développements depuis novembre 1991 :

6. Les plus importants développements survenus depuis novembre 1991 sont le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (Cour suprême du Canada, 20 août 1998), la loi dite *Loi de clarification* (C. S. 2000, ch. 26; adoptée le 29 juin 2000) et l'acte législatif du Québec sur « l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec » (S.Q. 2000, ch. 46; adopté le 13 décembre 2000).

7. Les forces du nationalisme québécois ont joué avec audace et détermination un jeu faible sur le plan juridique, tandis que les institutions et les forces fédéralistes ont joué, en général, avec faiblesse et hésitation un jeu gagnant sur le plan juridique. Le manque de volonté des institutions politiques fédérales ou des citoyens fédéralistes d'affirmer et de défendre, en matière de sécession, les principes constitutionnels fondamentaux semble avoir influencé la fermeté des tribunaux.

8. La réponse de la Cour, insistant sur la nécessité d'un amendement constitutionnel pour un sécession légale en vertu de la Constitution du Canada et rejetant tout droit de sécession en vertu du droit international, est entièrement orthodoxe et juridiquement inévitable. La décision de la Cour de répondre aux Questions 1 et 2, et d'éviter la Question 3, présente un certain intérêt puisqu'elle aurait aussi pu répondre à la Question 3 pour souligner le fait qu'au Canada, la Constitution et les lois canadiennes ont préséance sur le droit international quels que soient les éléments conflictuels. En effet, elle pourrait avoir répondu aux Questions 1 et 3, et ne pas avoir répondu à la Question 2. La Cour qualifie les enjeux de subtiles et complexes, alors qu'en réalité ils sont très clairs.

9. Le simple fait d'avoir à présenter ce Renvoi aux tribunaux est révélateur de la situation d'un État et laisse croire que des forces centrifuges y sont à l'œuvre, que sa volonté de survie est en jeu et que, pour la majorité de la population et de ses élites Σ probablement même pour les personnes responsables de sa ramification judiciaire Σ , il existe des valeurs plus importantes que la préservation de son autorité étatique et territoriale, même contre son renversement par la révolution.

10. Rien dans les motifs de décision de la Cour Σ 1) exigeant voulant qu'une sécession légale passe par un amendement constitutionnel et 2) rejet du droit de faire sécession en vertu du droit international Σ , n'exige une légitimation pour être admis par n'importe quelle partie de la population. Mais en substance et en apparence, diverses mesures de circonstance sont employées dans le simple but de concilier l'opinion du Québec nationaliste. Cela remet en question, du moins à première vue, la capacité de la Cour de s'exprimer et de trancher franchement, sans crainte et sans circonlocution.

11. La tâche de distiller une vaste gamme de sources primaires et secondaires, en vue d'extraire, d'articuler et de soutenir un grand nombre de principes constitutionnels sous-jacents se révèle particulièrement difficile. Malgré tout mon respect pour la Cour, il me semble que ces résultats Σ concernant la « légitimité » constitutionnelle et l'extraction de quatre « principes constitutionnels directeurs fondamentaux » de la Constitution Σ sont plutôt irréguliers.

12. Bien qu'il soit indéniablement de la compétence de la Cour de décider comme elle l'a fait, sa référence à une « obligation constitutionnelle de négocier » en réponse aux initiatives

constitutionnelles constitue un acte judiciaire très radical et est, à mon sens nettement erroné, quoi que pas nécessairement indéfendable (selon moi).

13. Il est difficile de déterminer avec certitude quelles sont les parties devant nécessairement ou pertinemment prendre part aux négociations, en dehors des institutions gouvernementales provinciales et fédérales; et quant à ces dernières, déterminer précisément quels sont les rôles respectifs des organes exécutifs et législatifs. Il est aussi difficile de savoir précisément quelles sont les éléments déclencheurs officiels du devoir de négocier. Compte tenu du fondement constitutionnel énoncé par la Cour relativement à cette obligation de négocier, un résultat affirmatif à un référendum ne suffirait probablement pas, même s'il était suivi d'une demande officielle de la part du gouvernement exécutif concerné. Une motion de résolution visant à amender la Constitution doit (semble-t-il) être à tout le moins présentée au corps législatif introductif et, probablement aussi adoptée par celui-ci.

14. L'« obligation de négocier » semble, selon le langage clair de la Cour, être générale, symétrique et réciproque. Compte tenu de son fondement énoncé – article 46 de la *Loi constitutionnelle de 1982* – et des principes constitutionnels sous-jacents, il ne pourrait raisonnablement et plausiblement pas en être autrement. Le cas échéant, cela s'appliquerait non seulement aux initiatives du Québec Σ et non pas uniquement quant aux propositions de sécession Σ mais à toute initiative visant l'amendement de la constitution, quelle qu'elle soit, prise par la fédération ou par toute province. *Le droit pertinent relatif aux négociations constitutionnellement obligatoires est le droit d'entreprendre une initiative et non pas de la réaliser.*

15. La situation précise quant au résultat d'un référendum en relation avec l'obligation de négocier est obscure, mais sa fonction semble être d'ajouter de la « légitimité » à cette initiative. À cet égard, la Cour exige une question claire et une réponse claire de la part de la population afin que l'initiative provinciale de sécession soit considérée comme étant légitime au sens pertinent.

16. Les questions concernant 1) les conditions nécessaires à l'émergence de l'obligation de négocier 2) les décisions respectives des parties quant à leurs positions et 3) la défense des positions des parties au cours des négociations, relèvent toutes des « acteurs politiques » eux-mêmes, et ne sont pas soumises à l'examen des tribunaux. En particulier, les parties elles-mêmes décident leurs propres « résultats minimum » sans interférence judiciaire.

17. L'obligation de négocier institutionnalise un affrontement de volonté politique, et ne mène pas nécessairement (en tant que but évident) à la stabilité de la fédération. Elle fournit un motif à formuler des demandes larges (même si elles ne servent qu'à établir les positions de négociation initiales) et à les défendre avec acharnement, que ce soit par la mobilisation de l'opinion publique par voie référendaire ou autrement. Sa portée vise (comme il se doit dans un contexte d'équité) les propositions de toute sorte. Une proposition de sécession, étayée par référendum, peut s'y croiser avec des contre-propositions en faveur de la déclaration constitutionnelle selon laquelle la fédération est indissoluble, ou de la centralisation des pouvoirs ou encore d'un état unitaire. La leçon très nette que pourront en tirer les fédéralistes déterminés partout au pays : bâtir une volonté politique inébranlable et irrésistible à l'échelle du Canada, ainsi que les moyens de la soutenir.

18. Bien que la Cour soit un organe d'État canadien (en fait, l'organe judiciaire de plus haute instance), elle semble former ses propos comme si elle était une tierce partie indépendante

agissant à titre d'arbitre entre l'État et ses adversaires. En outre, bien qu'elle emploie un langage *descriptif*, elle semble *légitimer* la participation des pays étrangers aux questions constitutionnelles canadiennes Σ en tout cas, à celles ayant trait à la sécession. La Cour semble manifestement laisser entendre non seulement que les pays étrangers *pourraient* Σ si la fédération canadienne ne se comportait pas adéquatement dans le cadre des négociations sur la sécession Σ, mais aussi *pourraient, en toute légitimité*, Σ reconnaître un État québécois indépendant établi par des moyens révolutionnaires (avec tout ce que cela comporte sur le plan de l'aide militaire ou autre apportée au régime nouvellement reconnu en vue de son établissement). Cela me semble dépasser largement les fonctions légitimes d'un organe d'état ou de ses représentants.

19. La *Loi de clarification*, C. S. 2000, ch. 26, établit divers droits, devoirs et incapacités des Chambres du Parlement du Canada, de la Chambre des Communes du Canada et de leurs membres, ainsi que du pouvoir exécutif du Canada et de ses agents. Cette loi est adoptée valablement en vertu de l'article 44 de la *Loi sur la constitution de 1982*, et, probablement, aussi en vertu du pouvoir résiduaire du fédéral. Elle est conforme à la décision concernant le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, mais ne se situerait pas au-delà des compétences même si elle ne l'était pas, puisque les conséquences juridiques de sa non-conformité seraient celles découlant du non-respect de l'obligation de négocier.

20. La loi québécoise (« projet de loi 99 », S.Q. 2000, ch. 46) sur l'« exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec » prévoit toute une gamme de dispositions sur divers sujets. Étant donné la portée de la l'autorité législative provinciale en matière de disposition législative de nature constitutionnelle Σ notamment en vertu de l'article 45 de la *Loi sur la constitution de 1982* Σ ces dispositions sont invalides ou inopérantes sur le plan de la constitution, du moins pour ce qui est d'énoncer des propositions juridiques portant sur des *sujets hors des compétences provinciales*. Ce qui est fait en diverses circonstances. En effet, en toute rigueur, la province n'a *aucun* pouvoir lui permettant d'édicter des lois comportant des énoncés relativement à des *questions hors de sa compétence*, même si ces énoncés s'avèrent exacts.

21. La loi du Québec est constitutionnellement invalide, ou inopérante, pour ce qui est d'affirmer, explicitement ou implicitement, 1) que l'autorité publique du Québec ne relève pas de la Constitution du Canada, mais plutôt de la souveraineté populaire de l'électorat provincial, et 2) que l'électorat du Québec Σ agissant directement ou par le biais des institutions politiques de la province Σ, est en droit de procéder aux modifications constitutionnelles qui lui plaisent, *celles-ci pouvant même aller jusqu'à la sécession*.