

# Le rôle politique de la Cour suprême dans le débat sur le droit de sécession du Québec

---

Jacques-Yvan MORIN\*

Il y a plusieurs façons de traiter un sujet qui présente des aspects à la fois politiques et juridiques. Pour ma part, je l'aborde en posant la question que voici : l'avis de la Cour suprême dans le renvoi sur le droit de sécession du Québec a-t-il contribué à régler le problème fondamental que le Canada anglophone et le Québec francophone ont en commun depuis 240 ans et qui va s'aggravant depuis bientôt 40 ans ? Il s'agit de la coexistence au sein d'un même État de ce que la Cour appelle les «deux majorités».

Les réponses des juges aux questions posées par le gouvernement fédéral ne manquent pas de finesse juridique, mais certains aspects pratiques, que je distingue des principes, me paraissent soulever — ce n'est pas la première fois —, la question de la légitimité du tribunal aux yeux de nombreux Québécois.

En effet, si, d'une part, la Cour répond que la sécession peut, en théorie, être légitime et possible, le gouvernement fédéral ne pouvant retirer au Québec «le droit de chercher à réaliser la sécession», d'autre part l'avis autorise le pouvoir fédéral à susciter des obstacles matériels si importants et nombreux que toute la démarche ordonnée que nous souhaitons tous — du moins, je l'espère —, s'en trouve compromise en quelque sorte *ab initio*, de sorte que le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré par la Charte des Nations Unies et que le Canada s'est engagé à «rendre effectif» dans la Déclaration d'Helsinki (1975), risque fort d'être nié dans les faits.

---

\* Professeur émérite de droit public à l'Université de Montréal.

## I

Dans un premier temps de leur démarche, les juges ont pu s'élever au niveau que pouvait attendre d'eux le monde du droit, notamment au plan international, je veux dire cet ensemble de juristes et de diplomates informés de la crise canadienne et curieux des attitudes d'un État souvent enclin à prêcher la vertu aux autres, mais qui paraît incapable de régler ses propres problèmes.

Dans un second temps, cependant, la Cour concède au pouvoir fédéral plus d'outils qu'il n'en faut pour obstruer le processus référendaire québécois et, si le «oui» l'emporte, faire dérailler les négociations subséquentes et provoquer l'avortement de toute révision constitutionnelle allant dans le sens de la souveraineté de l'État québécois ou même d'un compromis dans le cadre d'un fédéralisme renouvelé.

Parlons d'abord de la légitimité théorique de la sécession. S'appuyant sur des principes que la Cour considère comme des fondements de la Constitution fédérale — la démocratie, le fédéralisme, la primauté du droit et le respect des minorités —, elle en dégage deux impératifs qui ont été passés sous silence, voire oblitérés depuis le référendum de 1995 le respect par le Canada d'un projet de souveraineté appuyé démocratiquement par la majorité des Québécois et l'obligation pour les «deux majorités» de négocier les conditions de la sécession. Prémisément, ces normes existaient de longtemps — théoriquement sans doute depuis 1867 — et l'on peut regretter qu'elles aient été souvent méconnues, par exemple en 1980 et en 1995, lorsque fut systématiquement opposé au Québec, avant et pendant les référendums, le refus de négocier. Il y a là une manière de rappel à l'ordre démocratique qui vient bien tard.

Il n'est évidemment pas indifférent de savoir que le projet souverainiste jouisse au regard de la Constitution existante d'une légitimité certaine s'il est poursuivi démocratiquement. Pour la Cour, la volonté de «réaliser la sécession» constitue même un «droit» du gouvernement du Québec, pour peu que la recherche de ce résultat se déroule selon le principe démocratique et dans le respect des minorités.

Voilà qui dispose enfin de propos entendus ça et là depuis quelques années. Il deviendra gênant pour certains professeurs de droit de faire appel au bombardement des barrages hydro-électriques du Québec par l'aviation canadienne en cas de sécession!

Considérons de plus près cette obligation de négocier. Le thème de la négociation entre le Canada et le Québec revient comme un leitmotiv dans l'avis de la Cour. «L'obligation» en est rendue nécessaire par la volonté exprimée librement d'accéder à la souveraineté. Observons en passant que cette obligation existe déjà selon la Constitution existante, mais n'a donné aucun résultat tangible depuis bientôt 40 ans que dure le conflit Québec-Canada. En dépit des représentations québécoises, le gouvernement d'Ottawa a préféré l'unilatéralisme aussi bien lorsqu'il a mis fin aux appels au Conseil privé britannique (qui avait protégé l'autonomie du Québec) qu'à l'occasion du «rapatriement» de la Constitution. Ces manquements graves sont dans une large mesure responsables de la désaffection des Québécois à l'endroit du Canada.

De ce point de vue, certains hommes politiques fédéraux portent une lourde responsabilité loin de s'apaiser, le conflit s'est envenimé sans cesse depuis 1960. De son côté, le gouvernement du Québec a toujours su et dit qu'il négocierait, indiquant même certains éléments de compromis, comme l'union économique et la libre circulation des personnes et des biens. Ce n'est que devant le refus tranché de négocier affiché par les responsables fédéraux que le premier ministre J. Parizeau a évoqué la possibilité d'une décision unilatérale, à l'expiration d'un délai.

Qu'arriverait-il justement en cas de refus ou d'impasse dans les négociations, hypothèse plus que plausible à la lumière de l'échec des projets du lac Meech et de Charlottetown? La Cour est consciente de cette possibilité et se tire d'affaire en déclarant qu'elle n'a pas à faire des conjectures sur ce qui surviendrait alors. Elle reconnaît cependant «la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle aboutissant à une sécession de fait». Certes, ajoute-t-elle, ce pouvoir serait exercé «sans fondement juridique», mais elle estime que le succès ultime de la sécession dépendrait alors de la reconnaissance de l'existence du nouvel État souverain par la communauté internationale, laquelle prendrait vraisemblablement en considération la conduite du Québec et du Canada.

La Cour va même plus loin envisageant le cas d'un peuple empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination dans le cadre de l'État dont il fait partie, elle écrit, se référant à la doctrine du droit international «Une obstruction aussi complète pourrait donner naissance au droit à la sécession». Bien qu'elle ne veuille pas décider s'il s'agit là d'une norme fermement établie, il est permis d'y voir une mise en garde au gouvernement fédéral une sécession inconstitutionnelle peut réussir au plan international; il vaut donc mieux négocier. Semblablement, un Québec qui aurait négocié de bonne foi, mais en vain, «aurait probablement plus de chances d'être reconnu».

Les juges ont donc défini certains standards de comportement d'une manière qui ne peut nuire au Québec, compte tenu de sa volonté affichée de négocier. Chemin faisant, la Cour a même, *obiter dictum*, jeté au panier le pouvoir fédéral de désaveu, tombé en désuétude, mais qui eût pu faire partie de la panoplie belliqueuse du plan B. De surcroît, ce premier aspect de son travail, essentiellement juridique, a été accompli avec un souci pédagogique dont il faut lui savoir gré. Au plan des principes, la Cour a davantage le souci de l'avenir du Canada que certains politiciens à courte vue.

Malheureusement, les questions laissées ouvertes par la Cour sont nombreuses et constituent autant d'armes contondantes laissées à portée de main de ces politiciens.

## II

Dans son avis consultatif, la Cour suprême se défend «d'usurper les prérogatives des forces politiques» agissant dans le cadre constitutionnel qu'elle a délimité. Elle eût pu refuser de répondre aux questions sa jurisprudence l'y autorise. Elle s'aventure néanmoins suffisamment loin dans le domaine politique pour mettre en place quelques engins à retardement qui risquent fort de compromettre le déroulement correct du référendum et de la négociation subséquente.

Il eût mieux valu, une fois sortie de sa «réserve judiciaire» pour ouvrir cette boîte de Pandore, qu'elle aille au bout de sa réflexion politique sur la question posée aux Québécois, sur la majorité requise, les parties à la négociation et le mode d'amendement requis. Tout se passe comme si les juges, perplexes devant leurs propres conclusions théoriques sur le droit de sécession, avaient voulu reprendre ici le terrain concédé au plan des principes. Si les questions étaient vraiment «politiques» — elles l'étaient indubitablement —, et non justiciables, la Cour eût pu s'abstenir complètement d'y répondre. Elle a choisi d'y répondre à 10 ou 20 pour cent.

Personne ne conteste l'idée que la question posée au prochain référendum devra permettre aux Québécois de faire connaître leur volonté sans ambiguïté la légitimité de l'exercice en dépend aux yeux du monde entier. Aussi la Cour a-t-elle ici joué le jeu du gouvernement fédéral en s'appropriant le vocabulaire flou des politiciens la question doit être «claire», mais ce vocable est loin d'être clair et introduit dans le droit une indétermination qui risque d'avoir raison des belles théories de la Cour sur la démocratie.

Grâce à cette arme, le pouvoir fédéral voudra que l'accent porte sur la «séparation» et extirper de la question toute allusion à une association quelconque ou à quelque compromis du type que l'on trouve aujourd'hui entre États souverains. Selon certains, même le mot «souveraineté», terme juridique couramment employé en droit international, doit être banni! Cette attitude fédérale, conforme à celle des 20 dernières années, est contraire à l'esprit de la démarche que la Cour propose dans la partie théorique de son avis, mais elle peut s'appuyer sur le manque de précision de ce premier critère pratique.

Il en va de même de l'exigence de la majorité claire. La pratique internationale et le comportement interne des États démocratiques ont depuis longtemps imposé la norme des 50 pour cent des suffrages plus un vote. C'est cette règle qui a prévalu aux référendums de 1980 et 1995; elle a permis au «non» de l'emporter de justesse au dernier.

Exiger davantage, comme l'ont fait pendant quelque temps certains ministres fédéraux — en fait, depuis qu'ils craignent de perdre la prochaine consultation populaire —, c'est permettre à la minorité de gouverner. Peut-on imaginer situation plus propre au dépérissement de la démocratie?

Certes, la Cour souligne avec raison l'importance du respect des droits minoritaires elle en fait l'un des enjeux majeurs de la négociation qu'entraîne un «oui» au référendum. Cependant, les juges ne vont pas jusqu'à dire que la minorité doit dicter le résultat. Aurait-ils voulu, parlant des «deux majorités légitimes», dire que la majorité québécoise doit être «élargie», comme l'a immédiatement soutenu le Premier ministre fédéral? Selon le contexte du paragraphe 77 de son avis, la Cour faisait allusion au mode d'amendement de la Constitution, qui requiert l'unanimité ou la majorité des deux tiers des provinces. Mais aucun raisonnement ne peut venir à bout d'une volonté d'imposer le Canada coûte que coûte la seule majorité «claire» pour certains est celle qui permettra de tenir le Québec en échec.

Le bon sens et la prudence invitent pourtant à ne pas créer d'obstacles infranchissables pour les démocrates québécois. Malheureusement, les juges fédéraux, par inadvertance ou à la suite de compromis malaisés entre eux pendant la rédaction de l'avis, ont ouvert la porte à ce genre d'interprétation.

Si le Québec parvient à franchir les premiers obstacles du «*steeple-chase*» organisé par la Cour suprême et obtient la majorité au prochain référendum, la suite est tout aussi peu «claire» dans le raisonnement judiciaire.

Les Autochtones, par exemple, peuvent se demander s'ils seront présents à la table de négociation ou s'il suffira que leurs intérêts soient «pris en compte» par les autres participants. Cela ne manquera pas de rendre la situation de plus en plus imprévisible, tant pour le Canada anglophone que pour le Québec, d'ailleurs.

Mais la difficulté la plus considérable, que la Cour n'a pas voulu trancher, est encore à venir. En effet, voulant conserver la plus grande marge de manoeuvre possible, le gouvernement fédéral avait demandé à la Cour de ne pas se prononcer au sujet du mode d'amendement par lequel le constituant canadien prendrait acte de la sécession du Québec. Il s'agit d'une question éminemment «juridique», propre à faire l'objet d'une réflexion judiciaire. Plutôt que d'accéder à cette requête, les juges auraient pu songer au comportement de certaines provinces lors des tentatives de modifications élaborées au lac Meech ou à Charlottetown. À moins, cependant, qu'ils n'aient voulu laisser percer leurs intentions lorsqu'ils ont parlé des «deux majorités».

L'expérience enseigne qu'en dehors d'une négociation où l'État fédéral conclurait une entente avec le Québec au nom de toutes les provinces — après avoir consulté toutes les parties intéressées, cela va de soi —, il n'y aura pas de solution à la crise politique canadienne. Les «deux majorités» qui céderaient leur place à 10 ou 15 se prépareraient une nouvelle et dangereuse déconvenue.

Le silence de la Cour au sujet de cette question laisse au pouvoir fédéral la plus entière discrétion dans l'élaboration d'une stratégie de mise en échec d'un référendum favorable à la souveraineté du Québec. Les juges ne devront pas s'étonner si, comme on peut s'y attendre, Ottawa tire le maximum de cet avis et s'en réclame par surcroît.

Au lieu de refuser de répondre à des questions politiques, la Cour s'est aventurée sur ce terrain suffisamment pour brouiller les cartes, mais pas assez pour instaurer ce «cadre ordonné» qu'elle voudrait assurer.

\* \* \*

À vrai dire, la conclusion de tout ceci devra attendre. Les vieilles dissensions entre le Québec majoritairement francophone et le Canada anglophone ne trouveront pas dans le renvoi sur la sécession les solutions pratiques «claires» qui eussent permis de baliser le parcours tortueux qui attend les deux majorités.

Certes, la Cour, ayant un oeil sur l'opinion internationale, a légitimé le *but* de la démarche québécoise, mais, l'autre oeil fixé sur son auditoire canadien, elle n'a pas su dégager les *moyens* juridiques et politiques qui permettraient de procéder selon les grands principes sur lesquels elle dit s'être fondée.

Le Québec voudra sans doute poursuivre son chemin et s'en tenir à la démarche scrupuleusement démocratique qu'il s'est imposée depuis le référendum de 1980. Toutefois, cela ne suffira pas désormais, il devra davantage prendre à témoin la communauté internationale, non seulement à l'égard de la légitimité de son *objectif* historique, mais de celle des *moyens* et règles qu'il entend mettre en oeuvre pour y parvenir.

La partie sera rude; il ne faudra pas en être surpris. La Cour suprême n'a pu résoudre entièrement l'équation difficile qui lui était soumise. À mon avis, c'est au plan international que celle-ci trouvera sa solution. Et cela paraît normal puisqu'il s'agit du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, principe que le gouvernement fédéral s'est engagé à appliquer en ratifiant le Pacte sur les droits civils et politiques (1966) et en s'engageant à Helsinki — on voudrait l'oublier à Ottawa —, à «rendre effectif» ce droit fondamental de tout peuple.