

**Revue québécoise de droit international**  
**Quebec Journal of International Law**  
**Revista quebequense de derecho internacional**



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

José Woehrling

Volume 7, Number 1, 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1101141ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1101141ar>

[See table of contents](#)

**Publisher(s)**

Société québécoise de droit international

**ISSN**

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

**Cite this article**

Woehrling, J. (1990). Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 7(1), 12–41. <https://doi.org/10.7202/1101141ar>

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 1990

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

**é**rudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

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

José WOEHLING\*

### I.- Les changements respectant le droit constitutionnel canadien

- 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
- B.- L'adoption d'une nouvelle Constitution du Québec à l'intérieur du cadre constitutionnel actuel
- C.- La sécession du Québec avec l'approbation du Canada anglais

### 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
- B.- Les conditions d'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes
- C.- Les modalités de la sécession unilatérale et les conséquences de celle-ci en droit interne
- D.- L'intégrité territoriale du Québec en cas de sécession unilatérale
- E.- Le droit international relatif à la reconnaissance des nouveaux États et l'hypothèse d'une sécession réussie

Le texte qui suit contient une analyse de certaines règles juridiques dont il sera nécessaire de tenir compte dans la recherche d'un nouveau statut constitutionnel et politique pour le Québec. L'étude est divisée en deux parties : la première, consacrée aux changements susceptibles d'être obtenus dans le cadre constitutionnel actuel, analysera essentiellement les règles de droit interne qui régissent la modification de la Constitution canadienne; la seconde, portant sur les modifications ne respectant pas le droit constitutionnel en vigueur, sera principalement consacrée à l'étude des règles de droit international public relatives au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, dans le cadre desquelles il faudra envisager le cas de la sécession unilatérale d'un État membre d'une fédération.

Les questions soulevées feront l'objet d'une présentation générale plutôt que d'une étude fouillée, voire exhaustive.

Il convient de souligner au départ que la mise en oeuvre du droit constitutionnel et du droit international est fortement conditionnée par des facteurs politiques tenant à la primauté des faits, aux rapports de force et à la légitimité des positions en présence. Les institutions canadiennes et québécoises sont fondées sur le principe démocratique, c'est-à-dire que le respect de la volonté populaire constitue leur

justification et le véritable moteur de leur fonctionnement. Si certaines règles juridiques, fussent-elles de nature constitutionnelle, empêchent la réalisation d'une volonté populaire profonde et résolue, elles seront rapidement dénuées de légitimité et le fait d'insister malgré tout sur leur application, tout en entraînant des désordres et des conflits, sera ultimement voué à l'échec. Inversement, une sécession du Québec réalisée de façon incompatible avec le droit canadien, si elle recevait un appui populaire suffisant, finirait par créer une nouvelle «légalité». Cette même réalité se constate également dans l'application du droit international qui est fondé sur le principe d'effectivité en vertu duquel «l'efficacité vaut titre». Le succès d'une sécession unilatérale du Québec dépendrait, au niveau des relations internationales, de la reconnaissance de l'indépendance québécoise par un nombre suffisamment élevé d'États tiers. L'attitude de ces derniers serait bien sûr dictée par leurs propres intérêts, mais également, en bonne partie, par la pression de leur opinion publique. Celle-ci serait d'autant plus favorable au Québec que l'indépendance y aurait obtenu un appui populaire incontestable.

Par conséquent, 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. D'ailleurs, la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec a été créée notamment pour rechercher les moyens

\* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Cette étude a été préparée par le Professeur Woehrling à la demande de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec et a été publiée à l'origine dans 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, n° 2, pp. 1 à 106.

d'instaurer un nouveau rapport de force entre le Québec et le Canada anglais, afin de dénouer l'impasse créée par l'échec de l'Accord du Lac Meech.

Trois facteurs politiques ne devront donc pas être perdus de vue, car ils conditionnent l'application des règles du droit interne et du droit international :

- Que les futurs changements de statut politique du Québec se fassent à l'intérieur ou à l'extérieur du cadre constitutionnel actuel, les Québécois et les Canadiens devront négocier ensemble : soit avant les changements en cause, en vue de mettre en oeuvre la procédure de modification constitutionnelle; soit après une éventuelle sécession unilatérale du Québec, afin de régulariser la situation et de régler les problèmes relatifs à la succession d'États.

- Quelle que soit la forme prise par les négociations entre le Québec et le Canada, pour que le Québec puisse obtenir les changements de statut politique qu'il revendique, il faudra d'abord que ceux-ci soient endossés par une majorité suffisante de la population québécoise, de préférence à l'occasion d'un référendum.

- Pour que le Québec puisse obtenir sans trop de difficultés les changements de statut qu'il revendique, il faudra la participation des autorités fédérales. Comme on le verra, cette participation est nécessaire pour modifier la Constitution afin de satisfaire les revendications susceptibles d'être présentées par le Québec, que celles-ci portent sur le renouvellement du fédéralisme, le statut particulier ou la sécession «légale». Par ailleurs, même si le Québec fait sécession de façon unilatérale, et par conséquent «inconstitutionnelle», une certaine forme de collaboration avec les autorités fédérales, si elle pouvait être établie après la déclaration unilatérale d'indépendance, faciliterait grandement la reconnaissance de l'existence du nouvel État québécois par les États étrangers et la succession d'États.

## I.- Les changements respectant le droit constitutionnel canadien

Pour opérer quelque changement que ce soit au statut constitutionnel actuel du Québec en respectant la Constitution canadienne, il est nécessaire d'utiliser la procédure de modification prévue dans la Partie V (articles 38 à 49) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>1</sup>. Étant donné la complexité de cette procédure, qui comprend en fait cinq modalités différentes, il faudra en rappeler brièvement le fonctionnement, à la lumière des leçons qui peuvent être tirées de l'échec de l'Accord du Lac Meech<sup>2</sup>. On verra ensuite quelles sont les perspectives de succès des revendications québécoises pour un statut particulier ou pour le renouvellement du fédéralisme dans le cadre de la procédure actuelle de modification de la Constitution. Par ailleurs, l'adoption d'une nouvelle constitution québécoise, dans le cadre de la Constitution canadienne actuelle, a souvent été suggérée comme une façon de satisfaire certaines des exigences du Québec. Une pareille démarche pourrait être entreprise de façon autonome, indépendamment de tout effort

pour obtenir le renouvellement du fédéralisme canadien, ou encore être combinée avec ce dernier. Il faudra donc examiner la portée et les limites du pouvoir constituant du Québec en tant que province canadienne. Enfin, un dernier changement de statut susceptible d'être obtenu, au moins en théorie, par le biais de la procédure de modification constitutionnelle est la sécession du Québec, qui devrait alors recevoir l'assentiment des autorités fédérales et d'un certain nombre d'autres provinces. Nous examinerons cette hypothèse en dernier lieu, pour clore la partie de l'étude consacrée aux changements respectant le droit interne canadien.

### 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

La procédure de modification constitutionnelle qui figure dans la Partie V (articles 38 à 49) de la *Loi constitutionnelle de 1982* 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 provinciale. Ils reconstituent le pouvoir de modification du Parlement fédéral et celui des législatures provinciales qui existaient déjà sous l'empire de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>3</sup>. 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. Parmi les trois procédures complexes, deux peuvent être considérées comme «spéciales», dans le sens qu'elles ne s'appliquent qu'à certaines questions qui sont expressément énumérées ou spécifiquement définies : il s'agit, d'une part, de la procédure de l'unanimité, qui exige le consentement de toutes les provinces<sup>4</sup>, et, d'autre part, de la procédure de «l'unanimité sélective», qui exige le consentement de toutes les provinces «concernées»<sup>5</sup>. La troisième procédure, qui réclame l'accord des deux tiers des provinces (regroupant au moins la moitié de la population), peut être qualifiée de «générale», puisqu'elle s'applique à toutes les modifications pour lesquelles aucune des quatre autres procédures n'est utilisable<sup>6</sup>. Il est à remarquer que l'article 47(1) prévoit que, dans le cadre des trois procédures complexes réclamant un accord fédéral-provincial, le Sénat ne dispose que d'un droit de veto suspensif auquel la Chambre des communes peut passer outre si, après l'expiration d'un délai de cent quatre-vingts jours suivant l'adoption d'une première résolution d'agrément, elle adopte une nouvelle résolution dans le même sens<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> *Loi constitutionnelle de 1867* (antérieurement désignée *British North America Act, 1867*), 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 91(1) et 92(1).

<sup>4</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 41.

<sup>5</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 43.

<sup>6</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 38 à 40 et 42.

<sup>7</sup> Les procédures de modification prévues aux articles 44 et 45 font appel au processus législatif ordinaire. Par conséquent, toutes les règles qui régissent l'activité législative du Parlement canadien et des législatures provinciales s'appliquent également à l'exercice de leur pouvoir constituant, y compris pour ce qui est de la participation du Sénat. Au plan juridique, celui-ci possède donc un droit de veto absolu sur les modifications constitutionnelles qui relèvent de l'article 44; cependant, dans la mesure où les sénateurs ne sont ni élus, ni désignés par les...

<sup>1</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11) [ci-après dénommée *Loi constitutionnelle de 1982*].

<sup>2</sup> «*Modification constitutionnelle de 1987 (Accord du Lac Meech)*», reproduit dans R.-A. FOREST (dir.), *L'adhésion du Québec à l'accord du Lac Meech : points de vues juridiques et politiques*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1988, p. 230.

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. Il reste donc à examiner les trois modalités plus complexes qui nécessitent l'accord des deux chambres fédérales et d'un certain nombre d'assemblées législatives provinciales.

1- *Les modifications autorisées par les Chambres fédérales et l'assemblée législative de chaque province concernée (procédure de «l'unanimité sélective»)*

L'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose:

43. Les dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ne peuvent être modifiées que par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s'applique notamment :

- a) aux changements du tracé des frontières interprovinciales;
- b) aux modifications des dispositions relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province.

Pour la modification des dispositions constitutionnelles applicables à *certaines* provinces seulement, c'est-à-dire à une ou plusieurs, mais non à toutes, l'article 43 réclame le consentement des deux Chambres fédérales et de l'assemblée législative de «chaque province concernée». Il y a donc exigence d'une «unanimité sélective», c'est-à-dire l'accord de toutes les provinces concernées, mais uniquement de celles-là. Si l'on tient compte de la version anglaise, plus précise, qui se lit «*each province to which the amendment applies*», il faut conclure que le droit de veto prévu à l'article 43 est conféré, non pas aux provinces auxquelles la *disposition modifiée* s'applique, mais à celles qui sont visées par la modification adoptée en vertu de l'article 43. Il est vrai que, dans beaucoup de cas, la ou les provinces affectées par la *modification* seront précisément celles auxquelles la disposition modifiée s'appliquait au départ. Mais il n'en sera pas toujours ainsi, comme l'illustre l'exemple suivant : la modification des articles 17(2) à 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui prévoient un certain bilinguisme officiel et qui ne s'appliquent actuellement qu'au Nouveau-Brunswick, afin de les rendre applicables à l'Ontario, ne devrait recevoir que l'assentiment des Chambres fédérales et de cette dernière province, puisqu'elle est la seule à laquelle la modification s'applique («*to which the amendment applies*»). Le but visé par l'article 43 semble être double : d'une part, conférer un *droit de veto* aux provinces visées par un amendement qui ne s'applique qu'à elles et, d'autre part, *simplifier* l'adoption de ce genre d'amendements en exigeant

seulement le consentement de la ou des provinces «concernée(s)» et des Chambres fédérales.

Si l'article 43 fait en sorte que les dispositions *existantes*, particulières à certaines provinces, ne peuvent être modifiées qu'à la suite d'une entente entre les provinces «concernées» et les autorités fédérales, il faut se demander s'il permet également l'adoption de *nouvelles* dispositions applicables uniquement à une ou plusieurs provinces. Dans l'affirmative, une province pourrait en quelque sorte se définir, avec l'accord des autorités fédérales, une sorte de statut particulier; c'est pourquoi une réponse négative semble s'imposer<sup>8</sup>. Un argument supplémentaire en ce sens pourrait être tiré du fait que l'article 43 parle de la modification de «dispositions» de la Constitution, ce qui laisse entendre qu'il ne s'applique qu'aux dispositions déjà existantes, alors que les articles 41 et 42 utilisent l'expression «toute modification de la Constitution portant sur les *questions* suivantes», ce qui s'accorde davantage avec l'adoption de dispositions entièrement nouvelles portant sur une des questions mentionnées.

Il faut donc conclure que l'article 43 ne permettrait pas au Québec d'obtenir, avec l'accord des seules Chambres fédérales, des modifications constitutionnelles ne s'appliquant qu'à lui, comme par exemple la reconnaissance du caractère distinct de la société québécoise qui était contenue dans l'Accord du Lac Meech. L'on pourrait d'ailleurs prétendre qu'une telle modification affecterait indirectement la situation des autres provinces, ce qui constituerait une raison supplémentaire pour écarter l'application de la procédure prévue à l'article 43.

Enfin, il est à peine besoin de souligner que le renouvellement du fédéralisme que pourrait rechercher le Québec exigerait la modification des dispositions relatives au partage des compétences et que celle-ci ne pourrait être réalisée par l'application de l'article 43, puisque cette question intéresse toutes les provinces. La procédure de l'article 43 n'est pas davantage suffisante pour permettre la sécession d'une province, car une telle modification affecterait notamment les dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'union fédérale et celles qui portent sur la représentation des provinces dans les institutions centrales.

2- *Les modifications autorisées par les Chambres fédérales et les assemblées législatives de toutes les provinces (procédure de l'unanimité)*

L'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce:

41. Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province :

- a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur;
- b) le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie;

...gouvernements provinciaux, ils ne bénéficient d'aucune légitimité démocratique ou fédérative et, par conséquent, le Sénat ne devrait pas s'opposer aux volontés de la Chambre des communes élue par la population.

<sup>8</sup> Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel* (2e éd.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 228.

- c) sous réserve de l'article 43, l'usage du français ou de l'anglais;
- d) la composition de la Cour suprême du Canada;
- e) la modification de la présente partie.

Étant donné qu'il exige le consentement unanime des autorités fédérales et de toutes les provinces, l'article 41 accorde un droit de veto à chacun des onze gouvernements canadiens. La lourdeur de cette procédure confère aux dispositions constitutionnelles qu'elle vise une rigidité extrême. L'article 41 fait en sorte, comme l'échec de l'Accord du Lac Meech l'a démontré, qu'il sera fort difficile pour le Québec - voire impossible - d'obtenir certaines des modifications constitutionnelles qu'il désire, dans la mesure où elles doivent être adoptées à l'unanimité.

L'article 41a) vise «la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur». On constatera plus loin, en analysant la portée et les limites du pouvoir de modification constitutionnelle des provinces, que cette disposition a pour effet de soumettre à la règle de l'unanimité, non seulement l'abolition de la monarchie, mais encore, fort vraisemblablement, la modification des institutions parlementaires provinciales.

L'exigence de l'unanimité paraît justifiée pour la modification du droit de chaque province d'être représentée à la Chambre des communes par un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle était habilitée à être représentée le 17 avril 1982. En effet, chacune des provinces canadiennes pourrait, en théorie, se trouver un jour placée dans une situation démographique où cette règle lui serait profitable.

L'article 41c), combiné avec l'article 43b), vise les dispositions constitutionnelles relatives à l'usage du français ou de l'anglais qui ne sont pas «applicables à certaines provinces seulement». Il s'agit de la partie fédérale de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et des articles 16(1), 16(3), 17(1), 18(1), 19(1), 20(1), 21, 22 et 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>9</sup>. L'article 23 de la Charte contient notamment la «clause Canada», en vertu 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. On se rappellera que la Cour suprême s'est fondée sur cette disposition pour invalider l'article 73 de la *Charte de la langue française* (ou *Loi 101*)<sup>10</sup> qui réservait le droit de fréquenter l'école publique anglaise aux seuls enfants dont l'un des parents a reçu son instruction en anglais au Québec<sup>11</sup>. L'unanimité est donc nécessaire pour modifier ou abroger l'article 23 de la Charte, ce qui serait nécessaire 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 de législation linguistique<sup>12</sup>.

Soulignons en terminant qu'il n'est pas possible d'écartier l'application de l'article 23 de la Charte par une clause de dérogation expresse, puisque cette disposition ne tombe pas dans le champ d'application de l'article 33 de la Charte.

L'article 41d), tout comme l'article 42(1)d)<sup>13</sup>, soulève un problème d'interprétation fort difficile. Les dispositions concernant la Cour suprême étant contenues dans la *Loi sur la Cour suprême*<sup>14</sup>, 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 qui sera finalement retenue, les changements réclamés par le Québec en ce qui concerne la Cour suprême nécessiteront l'accord des deux Chambres fédérales et de toutes les provinces dans la mesure où ils portent sur la composition de la Cour. Pour les changements portant sur des questions autres que la composition de la Cour, il faudra l'accord des deux Chambres fédérales et de sept provinces représentant la moitié de la population.

Enfin, l'article 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, contenue dans cette partie, ne peut être modifiée autrement que selon la règle de l'unanimité. Cela signifie notamment que la portée de l'unanimité, prévue à l'article 41, fait elle-même l'objet du droit de veto. Par conséquent, l'accord unanime des dix provinces et du Fédéral est requis pour augmenter ou diminuer le nombre des modifications constitutionnelles soumises à 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) (cette question est analysée plus loin). Ces deux modifications, comme tout autre changement à la procédure de modification constitutionnelle, exigent l'accord unanime des autorités fédérales et des dix provinces.

### 3- Les modifications autorisées par les Chambres fédérales et les assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces représentant au moins cinquante pour cent de la population

La procédure de modification décrite aux articles 38 à 40 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut être qualifiée de «générale» ou de «normale» (ou encore de «procédure de droit commun»), dans la mesure où elle s'applique pour toutes les questions pour lesquelles aucune autre modalité n'est applicable; elle remplit donc un rôle «résiduel». Elle doit notamment être utilisée pour modifier les dispositions relatives à la répartition des pouvoirs législatifs entre le

<sup>9</sup> La *Charte canadienne des droits et libertés* [ci après dénommée la Charte] Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada].

<sup>10</sup> *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11.

<sup>11</sup> P. - G. Québec c. *Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66.

<sup>12</sup> Nous partageons l'avis du Professeur Hogg selon lequel l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés est visé par l'article 41c) et ne peut donc être modifié qu'à l'unanimité : P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>e</sup> ed., Toronto, Carswell, 1985, p. 65, note 54; cette opinion est également celle du Professeur Braen : A. BRAEN, «Les recours en matière de droits linguistiques» dans *Les droits linguistiques* ...

...au Canada (M. Bastarache, dir.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, pp. 503-504. Soulignons cependant que les Professeurs Brun et Tremblay sont d'un avis opposé et considèrent, quant à eux, que la modification de l'article 23 relève de la procédure générale de l'article 38 : H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit. supra*, note 8, p. 231.

<sup>13</sup> L'article 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».

<sup>14</sup> *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26.

Parlement fédéral et les législatures des provinces, ainsi que celles de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Cette procédure «normale» comprend deux catégories de règles, les unes *générales*, qui s'appliquent à toutes les modifications qui en relèvent, et les autres *spéciales*, qui ne visent que les modifications dérogatoires aux droits des provinces et qui prévoient pour celles-ci un droit de désaccord, ou «droit de retrait».

L'article 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose:

38. (1) La Constitution du Canada peut être modifiée par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée à la fois :

a) par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes;

b) par des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

La règle des deux tiers signifie, dans le contexte actuel où les provinces sont au nombre de dix, que l'accord de sept d'entre elles est nécessaire. Cette exigence confère respectivement aux quatre provinces de l'Ouest et aux quatre provinces maritimes un droit de veto (pourtant, ces dernières n'ont ensemble que moins du tiers de la population du Québec). Le fait d'exiger en plus que la population confondue des provinces qui donnent leur assentiment représente au moins la moitié de la population de toutes les provinces a pour objet d'éviter que les sept provinces les moins peuplées puissent imposer leur volonté aux trois autres provinces, qui réunissent plus de 73% de la population<sup>15</sup>. Cette deuxième exigence a également pour effet de donner un droit de veto «en indivision» à l'Ontario et au Québec, qui regroupent ensemble plus de la moitié (61.7%) des habitants du Canada. Enfin, elle signifie que, tant que le Québec s'abstient de participer aux discussions constitutionnelles comme il le fait depuis 1990, pour protester contre l'échec de l'Accord du Lac Meech, la province de l'Ontario dispose d'un droit de veto à elle seule.

L'article 38(1) n'impose aucune règle particulière de majorité pour l'adoption des résolutions d'agrément par les Chambres fédérales et les assemblées législatives provinciales. S'appliqueront, par conséquent, les règles habituellement utilisées dans chacune de ces assemblées délibérantes et contenues dans leur *Règlement* ou découlant de la pratique parlementaire. Ces règles exigent normalement, pour l'adoption d'une résolution, la majorité des membres présents et votants, à condition qu'il y ait quorum (la «majorité des voix»). On constatera à présent que la première règle spéciale applicable aux amendements dérogatoires aux droits des provinces consiste précisément à exiger une majorité particulière.

L'article 38(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce:

(2) Une modification faite conformément au paragraphe (1) mais dérogatoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un

gouvernement provincial exige une résolution adoptée à la majorité des sénateurs, des députés fédéraux et des députés de chacune des assemblées législatives du nombre requis de provinces.

La majorité requise dans les cas visés par cette disposition est celle des *membres* de chacune des assemblées délibérantes amenées à se prononcer sur un projet de modification constitutionnelle. Cette règle spéciale est évidemment plus exigeante que la règle habituelle, qui ne requiert que la majorité des membres présents et votants. Son application est susceptible de créer certaines complications, dans la mesure où il ne sera pas toujours aisé d'identifier les modifications qui sont «dérogatoires» aux droits des provinces. En cas de doute, l'attitude la plus prudente consistera à respecter la règle spéciale, en adoptant la résolution d'agrément à la majorité des membres de l'assemblée considérée; il en ira de même dans le cas d'une résolution «composite», portant sur différentes modifications dont certaines au moins pourraient être considérées comme visées par l'article 38(2).

#### a) Le droit de désaccord (ou «droit de retrait»)

L'article 38(3) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose :

(3) La modification visée au paragraphe (2) est sans effet dans une province dont l'assemblée législative a, avant la prise de la proclamation, exprimé son désaccord par une résolution adoptée à la majorité des députés, sauf si cette assemblée, par résolution également adoptée à la majorité, revient sur son désaccord et autorise la modification.

(4) La résolution de désaccord visée au paragraphe (3) peut être révoquée à tout moment, indépendamment de la date de la proclamation à laquelle elle se rapporte.

Ces dispositions prévoient un «droit de désaccord», qui est plus communément qualifié de «droit de retrait». Cette dernière expression semble préférable, car moins ambiguë. En effet, le terme «désaccord» pourrait également s'appliquer au simple refus, par une province, d'approuver un projet d'amendement qui, par ailleurs, a reçu le consentement de sept provinces représentant la moitié de la population. Dans un tel cas, l'amendement une fois entré en vigueur s'appliquerait à cette province malgré son refus d'adopter une résolution d'agrément, à moins qu'elle n'ait exercé son «droit de retrait» selon les modalités prescrites.

L'idée du droit de retrait comme élément de la procédure de modification constitutionnelle remonte à 1936. Cependant, l'origine immédiate du droit de retrait prévu à l'article 38 se trouve dans l'accord interprovincial du 16 avril 1981, dans lequel les huit provinces (dont le Québec) opposées au projet de «rapatriement» du gouvernement fédéral proposaient à ce dernier d'abandonner la formule des «vetos régionaux» pour la remplacer précisément par un droit de retrait pour chaque province, assorti d'une compensation financière. Une telle substitution fut effectivement réalisée dans l'accord constitutionnel du 5 novembre 1981, le droit à la compensation financière étant cependant abandonné. Il fut partiellement rétabli par la suite, pour les deux domaines de l'éducation et de la culture, et inscrit à l'article 40 qui sera examiné plus loin.

Les modifications constitutionnelles à l'égard desquelles le droit de retrait peut s'exercer sont mentionnées à

<sup>15</sup> Il s'agit de Québec, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique.

l'article 38(2) : il s'agit de toute modification «dérégatoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial». La portée exacte de l'expression «tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial» pourrait s'avérer difficile à déterminer.

Pour exercer le droit de retrait à l'égard d'une modification constitutionnelle, une assemblée législative provinciale doit adopter une «résolution de désaccord» à la majorité de ses membres, avant que soit prise la proclamation relative à la modification en cause. Une fois celle-ci entrée en vigueur, aucun «désaccord» (ou retrait) n'est plus possible. Par conséquent, une province qui aurait négligé d'exercer son droit de retrait selon les modalités et dans les délais prescrits serait touchée par une modification, même sans avoir adopté de résolution d'agrément pour donner son assentiment à celle-ci.

Afin de donner aux provinces le temps nécessaire pour exercer le droit de retrait, l'article 39(1) prévoit qu'une proclamation destinée à faire entrer en vigueur une modification adoptée conformément à la procédure de l'article 38 «ne peut être prise dans l'année suivant l'adoption de la résolution à l'origine de la procédure de modification que si l'assemblée législative de chaque province a préalablement adopté une résolution d'agrément ou de désaccord». Par ailleurs, l'article 39(2) impose un délai maximal de trois ans pour la prise de la proclamation, au-delà duquel la procédure de modification est considérée comme ayant échoué. Par contre, aucun délai n'est prévu pour la prise d'une proclamation relative à une modification adoptée selon les procédures des articles 41 et 43.

Enfin, l'article 38(4) prévoit qu'une résolution de désaccord «peut être révoquée à tout moment, indépendamment de la date de la proclamation à laquelle elle se rapporte». Autrement dit, une province a toujours la possibilité de se raviser et d'accepter une modification à l'égard de laquelle elle a déjà exercé son droit de retrait. Dans ce cas, la modification en cause lui devient définitivement applicable, puisque la province ne pourra évidemment plus exercer le droit de retrait une deuxième fois.

En vertu de l'article 38(3), une modification à l'égard de laquelle une, deux ou trois provinces ont valablement exercé leur droit de retrait est «sans effet» dans les provinces considérées. Autrement dit, ces provinces sont soustraites à la modification, laquelle s'applique cependant aux provinces qui ont adopté une résolution d'agrément, ainsi qu'à celles qui n'ont adopté ni résolution d'agrément, ni résolution de désaccord (à condition que les premières soient au moins au nombre de sept et regroupent la moitié de la population). Le droit de retrait doit donc être distingué du droit de veto, qui permet d'empêcher complètement l'adoption d'une modification constitutionnelle.

L'exercice du droit de retrait par une ou plusieurs provinces créerait une situation d'«asymétrie constitutionnelle» (ou de «statut particulier»), dans la mesure où les dispositions nouvellement adoptées ne seraient applicables qu'à certaines provinces. Un tel résultat ne constituerait cependant pas une innovation; la Constitution du Canada comprend déjà un très grand nombre de dispositions qui ne s'appliquent qu'à certaines provinces et qui ne peuvent être modifiées, en vertu de l'article 43, qu'avec l'accord de celles-ci. Il est vrai que les particularismes existants ne

touchent pas la répartition des pouvoirs législatifs, qui s'applique actuellement de la même façon pour toutes les provinces. Par contre, à l'avenir, l'utilisation du droit de retrait pourrait entraîner l'apparition de différences entre les provinces également dans ce domaine. C'est surtout pour cette raison que les tenants d'un système fédéral uniforme et centralisé voient dans l'existence du droit de retrait une menace de «balkanisation» du Canada, ou encore, la possibilité pour le gouvernement d'une province de pratiquer une forme de «séparatisme à la pièce». Cela explique pourquoi la compensation financière n'a été prévue que de façon limitée à l'article 40, afin de décourager l'utilisation du droit de retrait en cas de transfert de compétences provinciales au Parlement fédéral.

Il faut cependant souligner que le droit de retrait ne confère pas aux provinces la possibilité d'acquérir des compétences ou des droits nouveaux; il ne leur permet que de conserver ceux qu'elles possèdent déjà. Par conséquent, le droit de retrait constitue une arme purement défensive. Son utilisation ne permettrait pas au Québec d'obtenir les pouvoirs supplémentaires considérés comme nécessaires pour la défense et la promotion de ses intérêts spécifiques.

## b) La compensation financière

L'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce:

40. Le Canada fournit une juste compensation aux provinces auxquelles ne s'applique pas une modification faite conformément au paragraphe 38(1) et relative, en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels, à un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement.

Les provinces qui exercent leur 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. Lors du «rapatriement», le Premier ministre fédéral de l'époque, M. Trudeau, a affirmé qu'on avait ainsi voulu décourager les provinces d'utiliser un droit dont l'usage fréquent pourrait, d'après lui, «balkaniser» le Canada.

Le transfert d'une compétence législative provinciale au Parlement canadien a pour effet de transférer aux autorités fédérales la responsabilité financière de la mise en oeuvre de cette compétence. Celles-ci prendront donc à leur charge les dépenses nécessaires dans le cas des provinces qui ont accepté le transfert, mais évidemment pas pour celles qui, ayant utilisé leur droit de retrait, continuent d'exercer elles-mêmes la compétence considérée. Comme les ressources financières fédérales proviennent de l'impôt, qui est perçu dans toutes les provinces, y compris dans celles qui ont utilisé le droit de retrait, ces dernières se trouvent à financer directement des dépenses fédérales effectuées dans d'autres provinces et dont elles ne tirent aucun avantage. Cette situation entraîne une double taxation des ressortissants des provinces qui ont exercé le droit de retrait, puisque ceux-ci sont imposés une première fois, par les autorités fédérales, pour un service que ces dernières ne leur fournissent pas, et une deuxième fois, par les autorités provinciales, pour un service effectivement fourni. La compensation financière a précisément pour but d'éviter cette injustice, le gouvernement fédéral versant à la province en cause les sommes qu'il aurait dépensées sur son territoire si

celle-ci avait accepté de lui transférer sa compétence législative.

On comprendra que l'absence de compensation financière, en dehors des deux cas prévus à l'article 40, ne présente pas toujours la même gravité. Il existe en effet des compétences dont la mise en oeuvre entraîne surtout des dépenses qu'un gouvernement provincial devrait effectuer de toute manière. Ainsi, par exemple, les dépenses occasionnées par le fait de légiférer en matière de propriété et de droits civils sont principalement liées à l'existence et au fonctionnement de la législature et de la fonction publique provinciales. Par contre, d'autres compétences non visées à l'article 40, principalement dans le domaine économique et social, entraînent des coûts considérables pour le budget provincial; dans ces cas, par conséquent, l'absence de compensation financière serait de nature à dissuader les provinces d'exercer leur droit de retrait. On sait qu'une des modifications prévues par le défunt Accord du Lac Meech consistait à élargir la compensation financière à *tous les cas* d'exercice du droit de retrait.

### c) Les modifications visées à l'article 42 de la Loi constitutionnelle de 1982

L'article 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose :

42. (1) Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

- a) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada;
- b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;
- c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir;
- d) sous réserve de l'alinéa 41d), la Cour suprême du Canada;
- e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;
- f) par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de provinces.

(2) Les paragraphes 38(2) à (4) ne s'appliquent pas aux questions mentionnées au paragraphe (1).

L'article 42 ne crée pas une procédure de modification supplémentaire; il ne fait qu'énumérer six questions qui relèvent de la procédure générale de l'article 38. L'existence de l'article 42 s'explique pour trois raisons : en premier lieu, il vient préciser la portée du pouvoir de modification du Parlement canadien (article 44) en y apportant certaines exceptions; ensuite, il a pour objet de soustraire à l'article 43 certaines modifications qui, autrement, auraient pu être considérées comme visées par cette disposition, par exemple, le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires; enfin, il clarifie l'étendue du droit de retrait des provinces en spécifiant un certain nombre de modifications à l'égard desquelles celui-ci ne peut être exercé. En réalité, pour ce qui est de ce dernier rôle, l'article 42 est inutile; les modifications qu'il énumère ne peuvent *par nature* faire l'objet du droit de retrait.

Il suffira de souligner, pour les fins de la présente étude, qu'une province ne peut exercer ni droit de veto, ni droit de retrait à l'égard des modifications visées par l'article 42, parmi lesquelles on retrouve 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, si pareille modification recevait l'appui de sept autres provinces représentant la moitié de la population canadienne.

Pour tenter de corriger cette situation potentiellement dangereuse, le gouvernement du Québec avait réclamé, en 1986, un droit de veto sur les modifications visées à l'article 42. Comme on le sait, à la suite des négociations, le gouvernement québécois s'était résigné à ce 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. Si cette solution fut finalement retenue, c'est pour satisfaire la condition posée par le Québec et conférer le même avantage à chacune des autres provinces, afin de sacrifier à ce qui paraît être devenu le nouveau dogme constitutionnel du Canada anglais : l'égalité de toutes les provinces. Le Québec obtenait ainsi le droit de veto élargi qu'il recherchait, mais au prix de la reconnaissance du même droit à toutes les autres provinces, ce qui risquait de constituer pour lui dans l'avenir un inconvénient majeur, s'il cherchait à obtenir une modification dans un des domaines soustraits à la règle de la majorité et ajoutés à celle de l'unanimité.

Il nous semble que les critiques adressées à cet élément de l'Accord du Lac Meech étaient fort pertinentes. L'exigence de l'unanimité pour les dispositions visées à l'article 42 eut conféré à la Constitution une rigidité excessive. De plus, elle rendait pratiquement impossible la réforme du Sénat et l'accession des territoires du Nord-Ouest et du Yukon au statut de province. C'est pourquoi l'opposition à ces dispositions de l'Accord fut particulièrement vive, notamment dans les territoires et dans les provinces de l'Ouest, qui désirent beaucoup une réforme du Sénat. Le sort de l'Accord du Lac Meech, qui a succombé à la règle de l'unanimité, démontre en quelque sorte par l'absurde les inconvénients qu'aurait entraînés l'extension de cette règle.

L'échec de l'Accord du Lac Meech permet également de tirer certaines autres conclusions concernant le fonctionnement de la procédure de modification, qui permettent de mieux évaluer les probabilités que le Québec puisse obtenir à l'avenir, dans le cadre constitutionnel actuel, les modifications de statut qu'il réclame.

### 4- Les leçons découlant de l'échec de l'Accord du Lac Meech

Deux principales leçons peuvent être tirées des péripéties qui ont amené 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. 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. Pour terminer, on examinera quelques autres difficultés de la procédure de modification mises en lumière par l'échec de l'Accord du Lac Meech et on s'interrogera sur le projet du gouvernement fédéral de modifier cette procédure pour en corriger les défauts.

**a) Le marchandage constitutionnel et la tendance à la superposition et au cumul des différentes modalités de la procédure de modification**

Comme la tentative d'adoption de l'Accord du Lac Meech l'illustre bien, 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. Plusieurs modifications, portant chacune sur des questions différentes, seront par conséquent incluses dans la même résolution destinée à être adoptée par les Chambres fédérales et les assemblées législatives provinciales. Ainsi, l'Accord du Lac Meech constituait un projet de modification unique - inséré dans une seule résolution - et contenant au total cinq catégories de dispositions, dont certaines relevaient de la procédure générale des articles 38 et 42, les autres tombant sous le coup de l'article 41<sup>16</sup>.

Pareille situation appelle de façon évidente la superposition ou le cumul des diverses procédures de modification applicables. Par «superposition», nous entendons le fait de retenir la règle la plus contraignante, dont les exigences «contiennent» ou «dépassent» celles des formules plus simples. Ainsi, un projet comme l'Accord du Lac Meech, qui contenait certaines dispositions exigeant l'unanimité et d'autres qui n'auraient nécessité normalement que l'accord de sept provinces, devait être entièrement adopté à l'unanimité. Dans le cas contraire, il serait trop facile de contourner l'exigence de l'unanimité en associant des dispositions qui relèvent de l'article 41 avec d'autres qui sont tributaires des articles 38 et 42. La même raison explique pourquoi il est parfois nécessaire de cumuler les conditions posées par les différentes procédures dont relève un projet de modification composite. Par «cumul», nous entendons l'addition des conditions de deux ou plusieurs procédures différentes, dont chacune est - à sa façon - plus exigeante que l'autre. Ainsi, dans le cas d'un projet composite regroupant des modifications relevant, les unes de la procédure des deux tiers, les autres de la procédure de «l'unanimité sélective» prévue à l'article 43, 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 ce nombre comprenne toutes les provinces concernées par certaines des modifications contenues dans le projet.

L'Accord du Lac Meech présentait un autre cas de «cumul», dans la mesure où il contenait des modifications relevant des articles 38 et 42, pour lesquelles s'imposaient donc les délais prévus à l'article 39, et d'autres relevant de l'article 41, qui n'auraient été soumises à aucun délai si elles avaient été adoptées séparément. À partir du moment où il devint apparent que l'Accord du Lac Meech risquait d'échouer à cause de la règle des trois ans, certains ont avancé l'idée que celle-ci ne s'appliquait pas dans pareil cas. Le principal argument à l'appui de cette thèse consistait à prétendre que, dans la mesure où la procédure de l'unanimité - dans laquelle aucun délai n'est imposé - est «plus exigeante» que celle des deux tiers, elle peut remplacer cette dernière; dès lors, il serait possible de ne pas respecter la règle du délai maximum de trois ans en adoptant à l'unanimité, plutôt qu'à la majorité des deux tiers, une modification qui relève normalement des articles 38 et 42. Ce raisonnement doit cependant être rejeté, précisément dans la mesure où il prétend qu'on peut ignorer une exigence clairement imposée par la Constitution. Le fait que le processus de modification soit en l'occurrence *facilité*, par l'élimination d'une condition qui est autrement nécessaire, démontre la fausseté de la prémisse de cette thèse, à savoir que les exigences de la procédure de l'unanimité «dépassent» celles de la procédure générale et qu'il n'y a donc pas d'inconvénient à remplacer celle-ci par celle-là. En fait, dans un tel cas, le respect de l'esprit et de la lettre du texte de la Constitution suppose que les exigences des différentes modalités de la procédure de modification soient *cumulées*, c'est-à-dire *toutes* respectées. En l'occurrence, l'adoption de l'Accord du Lac Meech tout entier devait donc se faire à l'unanimité, dans le délai de trois ans suivant l'adoption de la première résolution d'agrément par l'Assemblée nationale du Québec, le 23 juin 1987. Comme on le sait, à la date du 23 juin 1990, Terre-Neuve et le Manitoba n'avaient pas encore adopté de résolution d'agrément, ce qui a provoqué l'échec de l'accord.

Dans l'avenir, le phénomène du marchandage constitutionnel risque d'entraîner la multiplication des modifications composites qui donnent lieu à la superposition et au cumul des exigences des différentes procédures de modification. Dès lors, il suffira qu'une seule disposition d'un projet global tombe sous le coup de l'article 41 pour que l'adoption du projet tout entier, toutes dispositions confondues, exige l'unanimité. Si une autre disposition relève des articles 38 ou 42, le projet tout entier sera soumis au délai minimum d'un an et au délai maximum de trois ans. Par conséquent, ce facteur aura un effet «multiplicateur» sur la rigidité de la procédure de modification et sur les difficultés de sa mise en oeuvre.

**b) La multiplication des intervenants et la «globalisation» du processus de modification constitutionnelle**

Une autre cause importante de l'échec de l'Accord du Lac Meech réside dans le fait que cette tentative de modification de la Constitution, qui était d'abord destinée à satisfaire les conditions du Québec, s'est rapidement «globalisée». C'est-à-dire que les provinces récalcitrantes et certains groupes sociaux ont voulu profiter de l'occasion pour obtenir la satisfaction de leurs propres revendications constitutionnelles. Ainsi, on sait que les peuples autochtones du Canada ont donné le coup de grâce à l'Accord du Lac

<sup>16</sup> Les deux modifications contenues dans l'Accord du Lac Meech qui exigeaient l'unanimité étaient, d'une part, la participation des provinces à la nomination des juges de la Cour suprême et, d'autre part, les changements à la procédure de modification qui avaient pour effet d'élargir la compensation financière à tous les cas d'exercice du droit de retrait et de soumettre à la règle de l'unanimité les modifications visées à l'article 42.

Meech parce qu'ils étaient frustrés par les nombreux échecs qu'ils ont essayés dans leurs demandes constitutionnelles. De leur côté, les Acadiens du Nouveau-Brunswick voulaient profiter du processus pour faire inscrire dans la Constitution le principe de l'égalité de statut des communautés anglophone et francophone de la province, ce qui pouvait cependant être réalisé indépendamment de l'Accord du Lac Meech, par simple entente entre les autorités fédérales et celles du Nouveau-Brunswick. Quant aux provinces récalcitrantes, elles liaient leur acceptation de l'Accord à une réforme du Sénat. Il faut reconnaître que cette attitude se justifiait par le fait que la réforme du Sénat serait devenue beaucoup plus difficile si l'Accord du Lac Meech était entré en vigueur, puisque celui-ci aurait soumis la modification des caractéristiques principales du Sénat à l'exigence de l'unanimité (à l'heure actuelle, une telle réforme n'exige que l'accord du Parlement fédéral et de sept provinces, représentant cinquante pour cent de la population).

Cette tendance à la «globalisation» du processus de modification de la Constitution risque fort de jouer à nouveau, lorsque le Québec présentera d'autres demandes de modification constitutionnelle. Elle s'explique évidemment par la tendance naturelle des politiciens - fédéraux ou provinciaux - à marchander leur consentement pour obtenir des avantages en retour. Par ailleurs, les politiciens ne sont plus aujourd'hui les seuls acteurs du processus de modification de la Constitution. Toute tentative de réforme constitutionnelle provoque désormais l'intervention quasi automatique de nombreux groupes sociaux qui s'opposent à toute modification des dispositions de la Constitution qu'ils considèrent comme leur étant favorables, ou qui réclament l'adoption de nouvelles dispositions constitutionnelles pour avancer leur cause<sup>17</sup>. Dans la mesure où les gouvernements - fédéral et provinciaux - éprouvent la nécessité politique de tenir compte des demandes ainsi formulées, la modification de la Constitution devient fort difficile. À la limite, un groupe de pression bien organisé, au niveau national ou même dans une seule province, pourrait se trouver en situation de menacer la réussite d'un projet d'amendement. Le processus politique canadien a souvent été caractérisé comme une façon d'obtenir des «accommodements» entre les élites qui représentent les différents groupes sociaux ou nationaux en concurrence. On peut se demander si la confrontation directe entre ces groupes, dans le cadre du processus de modification de la Constitution, est de nature à permettre encore un quelconque accommodement.

Ainsi, on a déjà mentionné les revendications des peuples autochtones et des francophones hors Québec. L'Accord du Lac Meech a également entraîné l'intervention des associations féministes du Canada anglais, qui prétendaient que la limitation du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral empêcherait celui-ci de mettre sur pied un programme national de garderies. Ces associations craignaient également que la reconnaissance du caractère distinct du Québec menace le droit des femmes à l'égalité. De même, les Anglo-Québécois sont intervenus pour dénoncer

l'Accord, dans la mesure où ils considéraient que les dispositions reconnaissant le caractère distinct du Québec menaçaient leurs droits linguistiques. Enfin, de nombreuses minorités culturelles et ethniques ont eu le sentiment que l'Accord du Lac Meech rabaisait le statut qui leur a été octroyé avec l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (qui prévoit le maintien et la promotion du multiculturalisme). C'est pourquoi ces groupes voulaient faire modifier l'Accord de façon à ce que le multiculturalisme soit également reconnu comme une «caractéristique fondamentale du Canada». En fait, il semble que l'Accord du Lac Meech ait été l'occasion pour les «tiers-groupes» de contester la pertinence du concept de la «dualité canadienne» et de réclamer son remplacement par celui du «multiculturalisme»<sup>18</sup>.

On peut donc constater que la mise en oeuvre du processus de modification constitutionnelle tend à devenir l'occasion d'une véritable course au «positionnement symbolique», les groupes ethniques et culturels et les diverses catégories sociologiques cherchant à obtenir dans l'ordonnement constitutionnel un «créneau» privilégié. Cela s'explique par le fait que la Constitution, et à l'intérieur de celle-ci la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont pour fonction à la fois de protéger juridiquement les droits et libertés et de conférer une reconnaissance symbolique aux divers groupes qui composent la société canadienne. Cependant, toute explicable et justifiable que soit cette tendance à la globalisation du processus de modification constitutionnelle, elle augmentera considérablement les difficultés qu'éprouvera le Québec à obtenir la satisfaction de ses revendications dans le cadre constitutionnel actuel.

### c) Les autres difficultés de la procédure de modification de la Constitution

Dans le cadre des trois procédures de modification exigeant un accord fédéral-provincial, l'assentiment du Sénat, de la Chambre des communes et des assemblées législatives provinciales doit être donné par l'adoption d'une «résolution d'agrément» qui autorise le gouverneur général à prendre une proclamation modifiant la Constitution. L'article 46(2) prévoit qu'une fois adoptée, une résolution d'agrément peut cependant être révoquée «à tout moment avant la date de la proclamation qu'elle autorise». En outre, comme on l'a déjà mentionné, l'article 39 impose un délai minimum d'un an (à moins que toutes les provinces ne se soient prononcées avant) et un délai maximum de trois ans pour la prise d'une

<sup>17</sup> Sur ce phénomène de «globalisation» du processus de modification constitutionnelle, voir : A.C. CAIRNS, «Citizens and Their Charter : Democratizing the Process of Constitutional Reform», dans M.D. BEHIELS (dir.), *The Meech Lake Primer : Conflicting Views of the 1987 Constitutional Accord*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1989, pp. 109 et suiv.

<sup>18</sup> On peut démontrer que les dispositions de l'Accord du Lac Meech relatives au caractère distinct du Québec et à la dualité linguistique n'auraient eu qu'un impact très limité, voire négligeable, sur les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* (et la Constitution en général), qu'ils soient individuels ou collectifs; pour une analyse de cette question, voir : J. WOEHLING, «La reconnaissance du Québec comme société distincte et la dualité linguistique du Canada : conséquences juridiques et constitutionnelles», dans *The Meech Lake Accord - L'Accord du Lac Meech*, numéro spécial de Canadian Public Policy/Analyse de Politiques, septembre 1988, pp. 43 et suiv.; J. WOEHLING, «A Critique of the Distinct Society Clause's Critics», dans M.D. BEHIELS (dir.), *The Meech Lake Primer : Conflicting Views of the 1987 Constitutional Accord*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1989, pp. 171 et suiv.; J. WOEHLING, «Les droits linguistiques des minorités et le projet de modification de la Constitution du Canada (l'Accord du Lac Meech)», dans P. PUIPIER et J. WOEHLING (dir.), *Langue et droit - Actes du Premier Congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, pp. 291 et suiv.

proclamation relative à une modification adoptée selon la procédure générale des articles 38 et 42. L'échec de l'Accord du Lac Meech a été attribué par certains à l'existence de ce pouvoir de révocation des résolutions d'assentiment, combinée à la durée exagérée du délai de trois ans applicable à la procédure générale de l'article 38. En effet, durant les trois ans qui ont suivi la conclusion de l'Accord du Lac Meech en 1987, les gouvernements de trois provinces ont été remplacés, les nouveaux dirigeants refusant d'honorer les engagements de leurs prédécesseurs, ou même, dans le cas de Terre-Neuve, faisant révoquer par l'assemblée législative provinciale la résolution d'agrément que celle-ci avait déjà adoptée. On a donc proposé que le délai soit raccourci, ce qui paraît raisonnable, et que le pouvoir de révocation prévu à l'article 46(2) soit supprimé, ce qui ne semble guère réaliste. En effet, sachant qu'elles ne pourront plus revenir sur leur consentement, les provinces (ainsi que les autorités fédérales) hésiteraient sûrement beaucoup plus à le donner et chacune attendrait que les autres le fassent d'abord, avec les résultats que l'on peut imaginer.

Par ailleurs, il faut à nouveau souligner l'extraordinaire complexité et la très grande rigidité de la procédure de modification de la Constitution du Canada.

La complication et l'enchevêtrement des différentes modalités sont le résultat d'un demi-siècle d'efforts pour trouver une formule d'amendement, au cours duquel les éléments de la procédure actuelle se sont progressivement dégagés, qu'il s'agisse du droit de veto général de toutes les provinces, du droit de veto de chaque province intéressée par une modification, du droit de retrait et ainsi de suite. En 1981-1982, toutes ces modalités ont en quelque sorte été additionnées les unes aux autres, afin de satisfaire toutes les provinces (sauf le Québec) et de tenir compte des particularités de chacune. En outre, étant donné les changements de dernière heure qui ont été apportés à la procédure de modification, à la suite de l'accord du 5 novembre 1981 entre le Fédéral et les neuf provinces anglaises, les dispositions définitives semblent avoir été rédigées avec beaucoup de précipitation, sans que leurs interrelations potentielles aient été évaluées avec tout le soin nécessaire.

Quant à la grande rigidité de la procédure actuelle, elle découle bien sûr de l'exigence de l'unanimité «complète» à l'article 41 et de l'unanimité «sélective» à l'article 43, mais également de la règle des deux tiers et des cinquante pour cent contenue dans la procédure générale des articles 38 et 42, dans la mesure où cette double majorité constitue une exigence fort contraignante et difficile à satisfaire. En outre, l'existence du droit de retrait dans le cadre de la procédure générale risque de faire en sorte que l'on recherchera l'unanimité même pour certaines modifications qui pourraient être adoptées aux deux tiers, afin d'éviter les «statuts particuliers» qui résulteraient de la mise en oeuvre du droit de retrait. Par ailleurs, le phénomène du marchandage qui caractérise inévitablement le processus d'amendement de la Constitution risque d'entraîner la multiplication des modifications «composites» qui, comme on l'a vu, donnent lieu à la superposition et au cumul des différentes procédures de modification.

Les difficultés de fonctionnement de la procédure de modification révélées par l'échec de l'Accord du Lac Meech ont amené le gouvernement fédéral de M. Mulroney à créer en décembre 1990 un comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes avec mandat de proposer des

corrections ou des solutions de rechange à cette procédure. Si celle-ci pouvait véritablement être bonifiée dans un proche avenir, les perspectives du Québec d'obtenir la satisfaction de ses revendications seraient améliorées. Aussi faut-il évaluer rapidement les chances que le projet fédéral aboutisse.

#### **d) L'hypothèse du recours au référendum pour modifier la procédure de modification actuelle**

En annonçant la création du comité chargé d'étudier l'amélioration de la procédure de modification de la Constitution, le gouvernement Mulroney a clairement indiqué que celui-ci devrait rechercher les moyens de simplifier la procédure et, en particulier, de diminuer les cas où l'unanimité est exigée. À cette fin, on tentera sans doute de revenir, pour les modifications visées à l'article 41 (et peut-être également pour celles de l'article 42), à la formule des «vetos régionaux», qui avait été prévue dans la *Charte de Victoria* de 1971 et qui faisait également partie du projet fédéral d'octobre 1980. Elle consistait à exiger, pour la modification de certaines dispositions constitutionnelles, l'accord des deux Chambres fédérales et de chaque province qui comptait, ou avait compté dans le passé, au moins le quart de la population (c'est-à-dire, en pratique, le Québec et l'Ontario), ainsi que l'accord d'au moins deux des provinces de l'Atlantique et, enfin, celui d'au moins deux des provinces de l'Ouest, pourvu que celles-ci réunissent au moins la moitié de la population de toutes les provinces de l'Ouest (cette dernière exigence visait à respecter le poids démographique de la Colombie-Britannique).

On se rappellera cependant qu'à partir du milieu des années soixante-dix, les provinces de l'Ouest ont commencé à rejeter cette formule, en faisant valoir qu'elle était incompatible avec le principe de l'égalité de toutes les provinces. L'accord conclu le 16 avril 1981 par le Québec et les sept autres provinces qui s'objectaient, à cette époque, au projet de «rapatriement» du gouvernement fédéral constitue en quelque sorte l'acte de décès de la formule des vetos régionaux, dans la mesure où les provinces signataires rejetaient celle-ci pour proposer en remplacement la formule du droit de retrait avec compensation financière. On sait que cette dernière formule, quelque peu modifiée, a finalement été adoptée par le Fédéral et les neuf provinces anglaises dans l'accord du 5 novembre 1981 - dont le Québec fut exclu - et qu'elle figure aujourd'hui dans la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce rappel historique, ainsi que le comportement récent du Manitoba et de Terre-Neuve, qui ont eu recours au droit de veto pour faire échouer l'Accord du Lac Meech, amènent à conclure qu'il est peu vraisemblable, dans un avenir prévisible, que les provinces autres que le Québec et l'Ontario acceptent de remplacer le droit de veto prévu à l'article 41, qui appartient à toutes les provinces, par un droit de veto régional, qui n'appartiendrait plus en propre qu'au Québec et à l'Ontario et que les Maritimes, ainsi que les provinces de l'Ouest, ne pourraient exercer qu'en «indivision». Or, comme on le sait, toute modification de la procédure de modification exige à l'heure actuelle l'accord unanime des autorités fédérales et des dix provinces.

Le gouvernement fédéral, conscient de cette impasse, a 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.

Autrement dit, on ferait autoriser par le plus haut tribunal du pays une violation manifeste de la Constitution, ou encore on lui demanderait de légaliser une pareille violation *a posteriori*.

Le caractère paradoxal et fort inhabituel d'un tel projet permet de mesurer la gravité de la crise constitutionnelle actuelle et le peu de ressources qui semblent rester au gouvernement canadien pour tenter de la résoudre.

Nous pensons qu'il est improbable, mais pas impossible, que la Cour suprême autorise la violation par référendum des dispositions de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, même si elle le faisait, nous ne croyons pas qu'un référendum permette d'obtenir les modifications souhaitées par le gouvernement fédéral.

Il est peu probable que la Cour suprême autorise une violation manifeste de la Constitution, étant donné qu'un tel précédent pourrait être invoqué par la suite chaque fois que l'application d'une disposition constitutionnelle entraînerait des difficultés sérieuses. En outre, la crédibilité de la Cour en tant que gardienne de la légalité constitutionnelle risquerait d'être sérieusement compromise si elle se prêtait à un tel exercice. Malgré tout, il n'est pas entièrement exclu qu'elle le fasse, comme le démontre peut-être son jugement dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*<sup>19</sup>, dans lequel elle a 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 a 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 la violation de la procédure de modification de la Constitution, elle pourrait s'appuyer sur le principe démocratique et souligner que la procédure actuelle, par son excessive rigidité, empêche l'expression légitime de la volonté du peuple canadien. Elle pourrait donc prétendre que le principe de la souveraineté du peuple est fondamental au point qu'il faut lui reconnaître une valeur *supra-constitutionnelle* et, par conséquent, autoriser la violation des dispositions constitutionnelles qui empêcheraient l'exercice de la souveraineté populaire.

Cependant, même si la Cour suprême acceptait d'autoriser un référendum pour modifier la procédure de modification, celui-ci devrait respecter, pour des raisons politiques évidentes et incontournables, le principe de la double majorité. C'est-à-dire que pour être remporté, le référendum devrait produire une majorité des voix au niveau de la population canadienne toute entière, d'une part, et, d'autre part, dans chacune des quatre «régions» du Canada, à savoir le Québec, l'Ontario, les provinces de l'Atlantique et les provinces de l'Ouest, voire dans chacune des dix provinces. Dans la situation actuelle de l'opinion publique canadienne anglaise, il est fort peu probable qu'un projet consistant à enlever aux provinces leur droit de veto en matière de modification constitutionnelle obtienne l'appui de la majorité des électeurs dans les provinces atlantiques et dans celles de l'Ouest. Au Québec un tel projet risquerait d'être également fort mal reçu, car il diminuerait évidemment de la même façon le droit de veto du Québec, alors que le gouvernement québécois réclame au contraire que celui-ci soit augmenté.

Par conséquent, la conclusion semble s'imposer que la procédure de modification de la Constitution ne pourra pas, dans un avenir prévisible, être modifiée pour la rendre moins rigide. Il convient donc à présent d'examiner les perspectives de succès des revendications québécoises pour un statut particulier ou pour le renouvellement du fédéralisme dans le cadre de la procédure actuelle de modification de la Constitution.

##### 5- *Les perspectives de succès des revendications québécoises pour un statut particulier ou pour le renouvellement du fédéralisme dans le cadre de la procédure actuelle de modification de la Constitution*

Dans un discours prononcé le 23 juin 1990, le premier ministre québécois, M. Bourassa, annonçait que le Québec s'abstiendrait de participer aux conférences constitutionnelles pour protester contre le rejet de l'Accord du Lac Meech. En outre, M. Bourassa indiquait que le gouvernement du Québec chercherait désormais à conclure des accords «bilatéraux» avec le gouvernement fédéral afin d'obtenir, sur un plan administratif, certains élargissements de compétence dans les domaines considérés comme essentiels pour le développement de la société québécoise. Cette déclaration devait cependant provoquer des protestations de la part de certains autres chefs de gouvernement provinciaux, qui ont fermement indiqué qu'ils s'opposeraient par tous les moyens, y compris le recours aux tribunaux, à l'octroi par le gouvernement fédéral d'avantages particuliers au Québec, fût-ce sur un plan purement administratif<sup>20</sup>. Quant aux modifications constitutionnelles formelles, il est à peine besoin de rappeler qu'elles ne peuvent être réalisées qu'en conformité avec la procédure prévue à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c'est-à-dire avec l'accord, non seulement des autorités fédérales, mais également de six autres provinces et, dans certains cas, de toutes celles-ci. Toute tentative d'obtenir la satisfaction des revendications du Québec en dehors du cadre de la procédure actuelle, fût-ce avec la complicité des autorités fédérales si celles-ci étaient prêtes à en prendre le risque politique, constituerait une violation de la Constitution canadienne.

Dans le cadre de la procédure de modification actuelle, les probabilités que le Québec puisse obtenir du Canada anglais la satisfaction de ses revendications dépendent évidemment du contenu de ces dernières. À cet égard, il faut souligner qu'à l'occasion de l'échec de l'Accord du Lac Meech, qui ne remonte qu'à sept ou huit mois, une radicale incompatibilité s'est manifestée entre les positions constitutionnelles du Québec et celles d'une grande partie du Canada anglais. Il est vrai que deux provinces seulement, représentant moins de sept pour cent de la population canadienne, ont refusé l'Accord, alors que les sept autres provinces anglophones l'ont entériné. Cependant, les sondages démontrent qu'à l'intérieur de celles-ci, une large majorité de la population (entre 60% et 70%) était fortement opposée à l'Accord du Lac Meech. De la même façon, si l'Accord avait reçu l'approbation de ceux qui étaient à

<sup>19</sup> *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

<sup>20</sup> Les gouvernements fédéral et québécois ont conclu en février 1991 une entente administrative en matière d'immigration qui entrera en vigueur le 1er avril 1991; elle reprend, sans garantie constitutionnelle toutefois, les engagements que prévoyait l'Accord du Lac Meech.

l'époque les chefs des deux partis d'opposition fédéraux, M. Broadbent pour le Nouveau Parti Démocratique et M. Turner pour le Parti Libéral du Canada, ceux-ci ont dû compter avec une opposition grandissante à l'Accord dans les rangs de leur députation et les nouveaux chefs de parti qui les ont remplacés, Mme McLaughlin (N.P.D.) et M. Chrétien (P.L.C.), avaient nettement pris position contre l'Accord. Par conséquent, même si l'Accord du Lac Meech a été adopté par la Chambre des communes<sup>21</sup> et les assemblées législatives de sept des neuf provinces anglaises, on peut cependant considérer qu'il a été rejeté par une forte majorité de la population canadienne-anglaise et par une bonne partie des élites 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 les accepter dans un avenir prévisible, voire à accepter des conditions plus exigeantes. Dans ces circonstances, il faudrait que se dégage un consensus incontestable au sein de la population québécoise en faveur d'une option politique clairement définie pour provoquer un changement d'opinion au Canada anglais et convaincre ceux qui ont refusé les modifications limitées contenues dans l'Accord du Lac Meech qu'il leur faut à présent accepter des changements plus importants. À défaut de convaincre les Canadiens anglais de changer d'attitude, l'existence d'un tel consensus populaire au Québec donnerait aux autorités québécoises le mandat démocratique nécessaire pour opérer des changements ne respectant pas la légalité constitutionnelle interne (cette question fait l'objet de la deuxième partie de l'étude).

On aperçoit facilement que seul un référendum, portant sur une question claire, serait de nature à démontrer l'existence d'un consensus populaire incontestable au Québec, soit pour convaincre le Canada anglais de la nécessité de changements substantiels, soit pour légitimer des changements ne respectant pas le cadre constitutionnel actuel. À cet égard, il faut souligner que le gouvernement québécois actuellement en place n'avait comme seul programme constitutionnel, durant la dernière campagne électorale, que l'Accord du Lac Meech qui a été rejeté depuis par le Canada anglais. Ce dernier pourrait donc opposer à des nouvelles demandes du Québec, présentées sans qu'il y ait eu préalablement un référendum ou, du moins, des élections générales, que celles-ci n'ont pas reçu l'approbation de la population québécoise et que le gouvernement provincial ne possède donc pas le mandat requis pour négocier des changements constitutionnels substantiels.

Sur la base des données juridiques et politiques qui viennent d'être examinées, force est de conclure que les revendications constitutionnelles susceptibles d'être présentées par le Québec pour obtenir un statut particulier, ou encore le renouvellement du fédéralisme, n'ont que très peu de chances d'être acceptées par le Canada anglais dans le cadre de l'actuelle procédure de modification de la Constitution. Par ailleurs, si le Québec obtenait malgré tout du Canada anglais les changements qu'il désire, il pourrait vouloir les combiner avec l'adoption d'une nouvelle Constitution québécoise. Si, par contre, il devait renoncer à

obtenir ces changements, il pourrait encore décider d'adopter une nouvelle Constitution québécoise qui s'insérerait dans le cadre constitutionnel actuel. Comme on l'a déjà mentionné, une telle démarche a souvent été présentée comme une façon d'atténuer, sinon de résoudre, la crise constitutionnelle que traverse actuellement le Québec. Pour explorer cette hypothèse, il faut à présent examiner la portée et les limites du pouvoir constituant du Québec en tant que province canadienne.

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

La Constitution actuelle du Québec se compose d'éléments épars et disparates, qu'on peut cependant 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<sup>22</sup>.

Les provinces du Québec et de l'Ontario ayant été créées, en 1867, par la division de l'ancien Canada-Uni, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont inséré dans celle-ci certaines dispositions destinées à servir de Constitution à chacune de ces deux provinces. La législature québécoise était autorisée dès 1867 à modifier certaines parties de la Constitution provinciale, d'autres ne pouvant cependant l'être que par le Parlement de Westminster. Celles-ci servent en quelque sorte de Constitution «formelle» au Québec, puisqu'elles ne peuvent aujourd'hui encore être modifiées que par 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 est donc limité, du moins tant que celui-ci conserve le statut de province canadienne, et s'il veut se donner une nouvelle Constitution, celle-ci devra en tout point respecter la Constitution du Canada<sup>23</sup>.

Les lois «organiques» québécoises sont celles qui portent sur la répartition des pouvoirs et les droits des individus. Elles viennent préciser et compléter les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives à la Constitution du Québec. À titre d'illustration, on peut mentionner la *Loi sur l'Exécutif*<sup>24</sup>, la *Loi sur l'Assemblée nationale*<sup>25</sup>, la *Loi électorale*<sup>26</sup>, la *Charte de la langue française*<sup>27</sup>, communément désignée comme la *Loi 101*, et la *Loi sur la consultation populaire*<sup>28</sup>; on pourrait aisément ajouter une quinzaine d'autres exemples. Toutes ces lois ne sont que «matériellement» constitutionnelles et peuvent donc être modifiées ou abrogées comme n'importe quelle loi ordinaire.

<sup>22</sup> Voir aussi: J.-Y. MORIN, «Pour une nouvelle Constitution du Québec», (1985) 30 *R.D. McGill* 171.

<sup>23</sup> Les dispositions relatives à la Constitution du Québec (ainsi qu'à celles des trois autres provinces créées en 1867) sont principalement contenues dans la Partie V (art. 58-90) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intitulée «Constitutions des provinces».

<sup>24</sup> L.R.Q., c. E-18.

<sup>25</sup> L.R.Q., c. A-23.1.

<sup>26</sup> L.Q. 1989, c. 1.

<sup>27</sup> *Supra*, note 10.

<sup>28</sup> L.R.Q., c. C-64.1.

<sup>21</sup> Le Sénat a rejeté l'Accord du Lac Meech, mais la Chambre des communes, conformément à l'article 47(1), a adopté une seconde résolution pour passer outre au défaut d'autorisation de la Chambre haute.

La *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>29</sup> possède un statut «quasi constitutionnel» puisque le législateur québécois ne peut déroger que de façon expresse aux droits et libertés garantis par les articles 1 à 38, mais il peut modifier la Charte ou l'abroger comme une autre loi, en ayant recours au processus législatif ordinaire.

La plupart des conventions constitutionnelles relatives aux rapports entre la Couronne, l'Exécutif et les organes parlementaires s'appliquent au niveau provincial de la même façon qu'au niveau de l'État central. Ces conventions font par conséquent partie de la Constitution du Québec, au sens large de l'expression.

De même, les règles de *common law* relatives à la prérogative royale s'appliquent au niveau des provinces, si bien que le lieutenant-gouverneur, en tant que représentant du monarque, peut exercer les pouvoirs et revendiquer les privilèges découlant de la prérogative au nom de l'État provincial, du moins dans la mesure où ceux-ci sont rattachables à la compétence législative des provinces. En effet, dans une décision célèbre, qui a eu pour effet de rehausser considérablement le statut constitutionnel des provinces au XIXe siècle, le comité judiciaire du Conseil privé a jugé que le lieutenant-gouverneur n'est pas moins le représentant de la Reine, pour ce qui est du gouvernement provincial, que le gouverneur général pour les fins du gouvernement central<sup>30</sup>.

Enfin, la jurisprudence présente évidemment la même importance, en tant que source de droit, pour la Constitution de chaque province que pour la Constitution du Canada.

Le projet d'une nouvelle Constitution du Québec, dans laquelle un certain nombre de règles actuellement éparses seraient rassemblées et, le cas échéant, complétées a été avancé à quelques reprises durant les dernières décennies. Cette perspective a pris une nouvelle actualité avec l'échec de l'Accord du Lac Meech. On examinera d'abord la portée et les limites du pouvoir constituant du Québec en tant que province canadienne, pour analyser ensuite les modalités d'adoption et d'enchâssement d'une nouvelle Constitution québécoise.

### 1- Les limites du pouvoir constituant du Québec en tant que province canadienne

L'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce:  
45. Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province.

En combinant l'article 45 avec l'article 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 s'aperçoit que le nouveau pouvoir de modification des législatures des provinces équivaut à celui qui était prévu à l'ancien article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>31</sup>. Cela signifie que les limites découlant de la jurisprudence relative à l'article

92(1) devront également être appliquées à l'article 45. On examinera aussi les autres limites que la Constitution canadienne fixe au pouvoir constituant du Québec.

### a) Les limites découlant des conditions de l'union de 1867 et du principe fédéral

Dans la première affaire *Blaikie*<sup>32</sup>, la Cour suprême du Canada devait statuer sur la validité du Chapitre III de la *Charte de la langue française* (ou *Loi 101*) de 1977, dont les dispositions, destinées à faire du français la seule langue de la législation et de la justice, étaient clairement incompatibles avec l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit le bilinguisme judiciaire, parlementaire et législatif pour le Québec et l'État central. Il s'agissait donc de vérifier si l'article 133 pouvait être considéré comme faisant partie de la constitution provinciale du Québec et s'il était, à ce titre, modifiable par une simple loi de l'Assemblée nationale.

La Cour suprême s'est fondée sur les motifs exposés dans le jugement de la Cour supérieure, où le juge en chef Deschênes avait interprété l'article 133 à la lumière des débats de la confédération<sup>33</sup>. On y découvre que le contenu de cette disposition est le fruit d'un arrangement politique en vertu duquel les garanties linguistiques applicables au niveau des organes législatifs et judiciaires fédéraux sont la *contrepartie* de celles qui existent, dans les mêmes domaines, pour la province de Québec. Dès lors, le «volet québécois» de l'article 133 et son «volet fédéral» doivent être considérés comme inséparables l'un de l'autre et il devient évidemment impossible d'affirmer que cette disposition se rapporte exclusivement à la «constitution de la province». En d'autres termes, la Cour supérieure et, à sa suite, la Cour suprême ont jugé que l'article 133 est «indivisible» dans la mesure où le bilinguisme institutionnel qu'il définit forme une des conditions de l'union fédérative. N'étant pas visé par l'article 92(1), l'article 133 ne pouvait donc être abrogé ou modifié que selon la procédure requise pour les dispositions «rigides», c'est-à-dire, à cette époque, l'adoption d'une loi britannique à la demande du Canada.

La logique générale de cette décision est encore applicable aujourd'hui à l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il faut en conclure que celui-ci ne permet pas la modification des dispositions des constitutions provinciales qui pourraient être considérées comme des conditions de l'union fédérative de 1867 ou encore qui seraient «essentiels à la mise en oeuvre du principe fédéral», comme la Cour suprême l'a décidé dans une affaire plus récente<sup>34</sup>.

...(1) L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur».

<sup>32</sup> *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016.

<sup>33</sup> *Blaikie c. Procureur général du Québec*, [1978] C.S. 37.

<sup>34</sup> *SEFPO c. Procureur général de l'Ontario*, [1987] 2 R.C.S. 2. Dans cette affaire, le juge Beetz a indiqué que des dispositions constitutionnelles peuvent échapper au pouvoir de modification des provinces a) parce qu'elles sont essentielles à la mise en oeuvre du principe fédéral, ou b) parce que, «pour des raisons historiques, elles [constituent] une condition fondamentale de l'union formée en 1867» (p. 40). Il a également semblé admettre la proposition plus générale «que le pouvoir de modification constitutionnelle que le par. 92(1) de la Loi constitutionnelle de 1867 accorde aux provinces ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien».

<sup>29</sup> L.R.Q., c. C-12.

<sup>30</sup> *Les liquidateurs de la Banque Maritime c. Le Receveur général du Nouveau-Brunswick*, [1892] A.C. 437.

<sup>31</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(1) : «Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : ...

D'autres limites au pouvoir constituant des provinces découlent de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

**b) Les limites découlant de la Charte canadienne des droits et libertés**

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.

**c) Les limites découlant de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867**

L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* institue le bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire au niveau de l'État fédéral et à celui du Québec. Concernant la portée de l'article 133, la question a été soulevée dans les deux affaires *Blaikie*<sup>35</sup> de savoir si cette disposition s'applique uniquement aux lois proprement dites ou si elle s'étend également à la législation déléguée, c'est-à-dire aux actes de nature réglementaire adoptés par une autorité gouvernementale ou administrative en application d'une loi et par autorisation de celle-ci. De même, on se demandait si l'article 133 impose le bilinguisme aux seuls tribunaux judiciaires ou si ses prescriptions s'étendent également au fonctionnement des nombreux tribunaux administratifs qui sont apparus postérieurement à la confédération. L'importance de la législation déléguée était loin d'être aussi grande en 1867 qu'aujourd'hui. Quant aux tribunaux administratifs, ils étaient inconnus à cette époque. Cependant, la Cour suprême, suivant en cela la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec, a décidé que l'article 133 devait s'étendre à la législation déléguée et s'appliquer aux tribunaux administratifs<sup>36</sup>. Pour justifier cette conclusion, elle a fait appel au principe en vertu duquel il faut donner une interprétation «large et généreuse», donc évolutive, au texte constitutionnel.

**d) Les limites découlant de l'intangibilité de la charge de lieutenant-gouverneur**

L'article 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982* a pour effet de soustraire «la charge de Reine [...] et celle de lieutenant-gouverneur» au pouvoir de modification constitutionnelle conféré aux provinces par l'article 45. Par conséquent, la monarchie est enchâssée dans les institutions provinciales.

Par ailleurs, les tribunaux interprètent largement l'exception relative à la charge de lieutenant-gouverneur.

Celle-ci comprend tout d'abord la position du lieutenant-gouverneur comme élément constitutif de la législature provinciale et, par conséquent, le rôle qu'il exerce dans le processus législatif par son pouvoir de sanctionner les projets de lois<sup>37</sup>. Plus largement, tous les pouvoirs que le lieutenant-gouverneur détient en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* peuvent être considérés comme intangibles, ce qui comprend, en plus du pouvoir de sanctionner les projets de lois, la convocation et la dissolution de l'assemblée législative<sup>38</sup> et la nomination des membres du Conseil exécutif, c'est-à-dire du gouvernement provincial<sup>39</sup>. On peut donc sans doute conclure que l'exception relative à la charge de lieutenant-gouverneur a pour effet d'enchâsser indirectement les règles essentielles du système parlementaire, étant donné le rôle clé qu'y occupe le lieutenant-gouverneur<sup>40</sup>. Le pouvoir constituant des provinces ne leur permettrait pas, par conséquent, d'adopter un système présidentiel à l'américaine, une telle réforme supposant des modifications trop importantes à la charge de lieutenant-gouverneur. En effet, si ce dernier devait jouer lui-même le rôle de président, il faudrait qu'il soit élu, ce qui constituerait une modification de sa charge, étant donné que la Constitution prévoit sa nomination par le gouverneur général<sup>41</sup>. Si, au contraire, le Premier ministre devenait président, il faudrait, là encore, que celui-ci soit élu par la population, ce qui conduirait à enlever au lieutenant-gouverneur le pouvoir de le nommer et de le destituer<sup>42</sup>. Enfin, si l'on maintenait le poste de Premier ministre en tant que chef de la majorité parlementaire, tout en créant, en plus, un poste de président élu au suffrage universel, il serait fort difficile de savoir de qui le lieutenant-gouverneur doit prendre l'avis en cas de conflit entre les deux pouvoirs. Ajoutons à tout ceci que l'économie du système présidentiel - fondée sur une séparation des pouvoirs étanche - est difficilement compatible avec la charge de lieutenant-gouverneur, puisque ce dernier participe également aux pouvoirs exécutif et législatif. En outre, la possibilité de dissoudre l'organe législatif n'existe pas dans le système présidentiel, alors qu'il s'agit d'un des pouvoirs conférés au lieutenant-gouverneur par la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>43</sup>.

**e) Les limites découlant de la composition de la législature provinciale en ce qui concerne la possibilité de recourir au référendum**

Le pouvoir constituant des provinces a permis à celles dont la législature était bicamérale à l'origine d'abolir leur

<sup>35</sup> *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312. Pour une analyse, voir J. WOEHLING, «De l'effritement à l'érosion», dans *Le statut culturel du français au Québec* (Tome II des Actes du congrès Langue et société au Québec), Québec, Éditeur officiel, 1984, pp. 416 et suiv.

<sup>36</sup> Dans la deuxième affaire *Blaikie*, *supra*, note 35, la Cour suprême a quelque peu limité l'étendue du bilinguisme obligatoire de la législation déléguée en venant préciser que l'article 133 ne s'applique pas aux règlements municipaux ni à ceux des organismes scolaires, pas plus qu'aux simples règles ou directives de régie interne. Quant aux «tribunaux administratifs», sont visés par l'article 133 ceux qui ont le pouvoir de rendre justice.

<sup>37</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 90.

<sup>38</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 82 et 85.

<sup>39</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 63 et 64.

<sup>40</sup> Ce point de vue semble avoir été adopté par le juge Beetz dans l'affaire *SEFPO*, *supra*, note 34, p. 46; cependant, l'affirmation est faite *obiter dictum* et, comme on le constatera, elle est avancée avec la prudence qui caractérise habituellement les opinions du juge Beetz: «[...] il n'est pas certain, à tout le moins, qu'une province puisse toucher au pouvoir du lieutenant-gouverneur de dissoudre l'assemblée législative, ou à son pouvoir de nommer et de destituer les ministres, sans toucher de manière inconstitutionnelle à sa charge elle-même. Il se peut fort bien que le principe du gouvernement responsable puisse, dans la mesure où il est fonction de ces pouvoirs royaux importants, être en grande partie intangible».

<sup>41</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 58.

<sup>42</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 63.

<sup>43</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 85.

chambre haute<sup>44</sup>. Il leur permettrait sans doute aujourd'hui de reconstituer une deuxième chambre, destinée par exemple à assurer une meilleure représentation régionale. Par ailleurs, on vient de noter que l'article 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982* enchâsse la position du lieutenant-gouverneur comme élément constitutif de la législature provinciale, de même que son rôle dans le processus législatif. Il reste à savoir s'il en va de même pour la position et le rôle de l'*Assemblée législative provinciale*. Cela revient à 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). La jurisprudence est complexe et quelque peu confuse sur ce point. La grande majorité des auteurs s'entendent cependant pour en tirer les conclusions suivantes :

- il paraît *incontestable* que la législature provinciale peut instituer un système dans lequel certaines lois, *en plus de satisfaire le processus législatif parlementaire habituel*, doivent être approuvées par référendum; en outre, tout projet de loi, qu'il soit adopté uniquement par l'Assemblée législative ou par cette dernière et par la population, doit nécessairement être sanctionné par le lieutenant-gouverneur;

- il semble *raisonnablement clair* que la législature de la province peut conférer à la population le droit d'initier des référendums;

- il est *douteux* que la législature puisse se soumettre à l'obligation d'adopter un projet de loi approuvé par référendum;

- il paraît *clair* que la législature ne peut *pas* mettre en place un système référendaire qui permettrait l'adoption des lois uniquement par référendum, c'est-à-dire *sans le concours de l'Assemblée législative*.

Il faut en conclure que la démocratie représentative est enchâssée dans la Constitution provinciale. Cependant, la législature de la province peut 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 lui est interdit de superposer un système référendaire entièrement autonome au système législatif traditionnel et, *a fortiori*, de remplacer complètement celui-ci par celui-là.

## 2- Les modalités d'enchâssement d'une nouvelle Constitution québécoise

On vient de voir que l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* attribue le pouvoir constituant pour le Québec à la législature provinciale, ce qui signifie que l'adoption d'une nouvelle constitution doit nécessairement passer par le processus parlementaire. Par ailleurs, rien n'empêcherait la législature 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, créée pour l'occasion et composée comme on l'entendrait, à condition de

faire adopter le projet ainsi élaboré par la législature provinciale.

Par conséquent, quel que soit le procédé choisi, une nouvelle constitution québécoise devra être contenue dans une loi de la législature. Le problème consistera donc à trouver le moyen de lui conférer une certaine suprématie sur les autres lois québécoises, existantes et futures, c'est-à-dire de «l'enchâsser». Sur un plan théorique, trois techniques d'enchâssement sont possibles. Cependant, il n'est pas clair que toutes les trois soient aujourd'hui admises en droit constitutionnel canadien.

Une première façon de procéder, qui ne soulève plus de problèmes aujourd'hui, a été utilisée à l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec qui dispose qu'aucune loi, même postérieure, ne peut déroger aux articles 1 à 38 de la Charte à moins qu'elle n'énonce expressément s'appliquer malgré la Charte. Les tribunaux appliquent cette disposition de façon à faire primer la Charte sur toute autre loi québécoise incompatible, à moins que celle-ci ne contienne une disposition dérogatoire expresse. Ainsi, dans l'affaire *Ford*, la Cour suprême a déclaré inopérantes certaines dispositions de la *Charte de la langue française*, dans la mesure où elle les considérait comme incompatibles avec la liberté d'expression et le droit à l'égalité garantis dans la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>45</sup>.

L'efficacité *politique* d'une clause de dérogation expresse s'appuie sur la vigueur des forces qui contrôlent le Parlement de l'intérieur (partis d'opposition) ou de l'extérieur (groupes de pression, électorat, média d'information). En effet, dans la mesure où la majorité parlementaire doit annoncer expressément son intention de déroger à la Charte ou à la Constitution, elle actionne une «sonnette d'alarme» qui prévient les instances sociales et politiques susceptibles de s'opposer à elle. Plus concrètement, le gouvernement qui présente une loi dérogeant expressément à la Charte ou à la Constitution court un certain risque de voir se retourner contre lui l'opinion des électeurs. Enfin, il faut souligner que le mécanisme de la dérogation expresse empêche qu'un parlement puisse restreindre les droits et libertés de façon involontaire, ce qui n'est jamais exclu lorsque les tribunaux appliquent le principe traditionnel de la dérogation implicite par une loi postérieure incompatible.

Cependant, l'enchâssement réalisé par le biais d'un mécanisme de dérogation expresse présente des inconvénients qui font qu'il pourrait bien être considéré comme ne permettant pas d'atteindre de façon satisfaisante les objectifs juridiques, politiques et symboliques poursuivis avec l'adoption d'une nouvelle Constitution du Québec.

Sur le plan symbolique, il y a évidemment quelque inconvénient à affirmer, dans une constitution, que celle-ci peut être écartée par une simple déclaration du législateur. On remarquera cependant qu'il en est précisément ainsi de la *Charte canadienne des droits et libertés*, bien qu'elle fasse partie de la Constitution du Canada; l'article 33 de la Charte autorise en effet que des dérogations soient apportées - par déclaration législative expresse - aux droits et libertés garantis aux articles 2 et 7 à 15.

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712 (la Cour devait également déclarer les mêmes dispositions inopérantes comme étant incompatibles avec l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

Par ailleurs, sur les plans politique et juridique, le mécanisme de la clause de dérogation présente l'inconvénient de ne pas mettre les Chartes, ou la Constitution, à l'abri de la volonté de la majorité des députés de l'assemblée législative ou de la Chambre des communes, ce qui est d'autant plus grave, dans notre système politique, que le gouvernement au pouvoir dispose généralement d'une majorité parlementaire confortable.

Si l'on veut éviter cet écueil, il faudra prévoir, pour la modification d'une nouvelle Constitution du Québec, la nécessité d'une majorité renforcée, par exemple les deux tiers des voix, voire même les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale. Ce genre de procédure de modification protège les droits de l'opposition en lui donnant le pouvoir, du moins si la majorité gouvernementale n'est pas trop considérable, de bloquer les modifications de la Constitution. Il n'existe pas de jurisprudence canadienne ou québécoise permettant de conclure avec assurance que les tribunaux reconnaîtraient l'efficacité d'un tel mécanisme en acceptant d'invalider les lois incompatibles avec la Constitution qui n'auraient pas été adoptées avec la majorité prescrite. Cependant, la jurisprudence concernant les lois sur les droits de la personne amène à croire que, si la Cour suprême accepte dorénavant que le Parlement puisse se lier pour l'avenir par une clause de dérogation expresse, elle finira avec le temps par admettre qu'il puisse également parvenir au même résultat par une condition de majorité renforcée.

Enfin, si la législature d'une province peut, comme on l'a vu, subordonner l'adoption de la loi contenant une nouvelle constitution à l'approbation populaire, elle devrait probablement pouvoir soumettre à un référendum la modification de cette constitution. Celle-ci serait alors solidement enchâssée et mise hors de portée des modifications ou dérogations que voudraient lui faire subir le gouvernement et les parlementaires, que ceux-ci appartiennent à la majorité ou à l'opposition. Bien sûr, le mécanisme référendaire présente ses propres inconvénients. Certaines expériences étrangères, celle de l'Australie notamment, semblent démontrer que le peuple est plus réticent que les politiciens devant les innovations constitutionnelles. En effet, dans la mesure où l'électeur moyen évalue difficilement la portée des projets d'amendements - généralement complexes - qui lui sont soumis, il a tendance à préférer le *statu quo* au changement. Le recours au référendum comme procédure de modification de la Constitution peut donc aboutir à conférer trop de rigidité à celle-ci.

Chacune des modalités d'enchâssement qui viennent d'être examinées présente ses avantages et ses inconvénients. Aussi conviendrait-il vraisemblablement de les combiner dans une nouvelle Constitution du Québec, en fonction du degré de rigidité qu'il s'agit d'assurer à chaque catégorie de dispositions. La formule retenue devra protéger suffisamment la Constitution contre les modifications intempestives, mais également permettre son évolution en fonction des besoins changeants de la société.

Une dernière précision mérite d'être rappelée : dans la mesure où une nouvelle Constitution du Québec ne peut être adoptée qu'en vertu des dispositions de la Constitution du Canada, celle-ci l'emportera sur celle-là. Par conséquent, toute disposition de cette nouvelle Constitution provinciale qui serait incompatible avec une disposition quelconque de la Constitution du Canada, notamment la *Charte canadienne des droits et libertés*, pourra être déclarée inopérante.

Étant donné que les tribunaux semblent vouloir adopter une interprétation fort extensive des limites du pouvoir constituant des provinces, il faut constater que la liberté du Québec de modifier ses institutions est moins grande qu'il n'y paraît à la seule lecture des dispositions pertinentes des *Lois constitutionnelles*. Le pouvoir constituant des provinces ne leur permet d'aller à l'encontre, ni des dispositions de la Constitution du Canada qui sont essentielles à la mise en oeuvre du principe fédéral, ni de celles qui, pour des raisons historiques, constituent une condition fondamentale de l'union formée en 1867. *Ceci empêche évidemment qu'une province puisse faire sécession du Canada par le biais de son pouvoir de modification constitutionnelle*. En outre, l'exception relative à la «charge de lieutenant-gouverneur» a pour effet, selon la jurisprudence, d'enchâsser dans la constitution provinciale actuelle, non seulement la monarchie et la démocratie représentative, mais également le système parlementaire de type britannique, c'est-à-dire le «gouvernement de Cabinet».

Par contre, il va sans dire que si le Québec devenait indépendant en se séparant du Canada, soit en respectant la Constitution canadienne, soit de façon unilatérale, il disposerait alors d'un pouvoir constituant souverain et les seules limites que connaîtrait celui-ci serait les limites posées par le droit international, auxquelles le Québec choisirait librement de se conformer.

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

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 1867*. On commencera par établir quelle modalité de cette procédure devra être utilisée, pour examiner ensuite le problème de l'intégrité territoriale du Québec et le règlement des problèmes soulevés par l'accession à l'indépendance, la succession d'États et la continuité de l'ordre juridique.

### 1- Les modalités de la procédure de modification constitutionnelle permettant la sécession du Québec avec l'approbation du Canada anglais

Aucune disposition de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne prévoit expressément la sécession d'une province. On vient de voir que le pouvoir de modification constitutionnelle de la législature provinciale (art. 45) ne permet manifestement pas à celle-ci de réaliser la sécession de la province par simple loi provinciale. En outre, on a déjà constaté précédemment que l'article 43, qui vise les modifications qui ne concernent que certaines provinces, ne permettrait pas davantage de réaliser la sécession d'une province par accord entre les autorités fédérales et celles de la province en cause. En effet, la sécession d'une province affecterait un grand nombre de dispositions constitutionnelles qui concernent également d'autres provinces. Enfin, de toute évidence, le pouvoir de modification constitutionnelle du Parlement fédéral, prévu à l'article 44, n'autorise pas celui-ci à opérer la sécession d'une province. Par conséquent, seules la procédure de l'unanimité de l'article 41 et celle de la majorité des deux tiers de l'article 38 restent à envisager. L'une de ces

deux modalités doit forcément permettre la sécession d'une province, étant donné que toute la Constitution du Canada peut être modifiée conformément aux pouvoirs conférés par elle, comme l'implique l'article 51(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À première vue, l'article 41 ne s'applique pas à la sécession d'une province, puisque cette question ne fait pas partie de l'énumération qu'il contient et que celle-ci est limitative. Par élimination, il faudrait donc conclure que c'est la procédure générale de l'article 38 qui s'applique. Cela signifie-t-il que sept provinces, représentant la moitié de la population, peuvent «imposer» la sécession à une province qui n'en veut pas? Il faut évidemment répondre par la négative : en effet, étant donné que la modification serait dérogoire aux droits et privilèges de la province en cause, celle-ci pourrait exercer le droit de désaccord (ou droit de retrait) prévu à l'article 38(3).

Par ailleurs, ceux qui s'opposent à la sécession d'une province voudront évidemment rendre celle-ci la plus difficile possible. Ils tenteront donc de démontrer que la sécession affecte de façon indirecte, mais suffisamment importante, une des questions énumérées à l'article 41, auquel cas la procédure de l'unanimité serait requise. L'on pourrait par exemple prétendre que le départ d'une province a des effets sur la «charge» de son lieutenant-gouverneur ou sur le fonctionnement de la procédure générale de modification, puisque la règle des deux tiers et des cinquante pour cent s'appliquerait dorénavant de façon différente. Dans le cas du Québec, certains songeront peut-être à invoquer l'article 41c), qui exige l'unanimité pour la modification des dispositions relatives au statut du français et de l'anglais dans les institutions fédérales et au droit à l'instruction dans la langue de la minorité, pour prétendre que celles-ci seraient affectées par la sécession de la seule province où vit une majorité francophone et une minorité anglophone.

Cependant, de tels arguments apparaissent très artificiels et nous pensons donc pouvoir conclure que la sécession du Québec pourrait être réalisée par le biais de la procédure générale de modification prévue à l'article 38<sup>46</sup>. Ainsi, de façon paradoxale, il serait plus facile pour le Québec de faire approuver sa sécession par le Canada anglais, en l'occurrence par les autorités fédérales et celles de six provinces, que d'obtenir certains changements constitutionnels comme, par exemple, la modification de la procédure de modification pour donner un droit de veto complet au Québec, ce qui exigerait l'approbation unanime des dix assemblées législatives provinciales et des chambres fédérales.

Le fait qu'un gouvernement provincial sécessionniste obtienne l'appui de la population provinciale 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.

## 2- L'intégrité territoriale du Québec en cas de sécession approuvée par le Canada anglais

Si la sécession d'une province avait pour effet de modifier ses frontières avec une province voisine, le consentement des deux provinces serait requis en vertu de l'article 43a). Si l'on admet la possibilité du «cumul des procédures» dans un tel cas, la sécession exigerait donc l'accord de sept provinces, représentant la moitié de la population totale, au nombre desquelles devraient obligatoirement figurer la province sécessionniste et la province voisine dont la frontière subirait une modification. L'intégrité territoriale de la province sécessionniste serait garantie sur le plan juridique, les autres provinces et les autorités fédérales ne pouvant profiter de la situation pour diminuer son territoire sans son consentement. Même si l'article 43b) ne vise que les frontières *interprovinciales*, il faut également tenir compte de l'article 3 de la *Loi constitutionnelle de 1871*<sup>47</sup> qui énonce :

Avec le consentement de toute province [...], le Parlement du Canada pourra de temps à autre augmenter, diminuer ou autrement modifier les limites de telle province, à tels termes et conditions qui pourront être acceptés par ladite législature, et il pourra de même avec son consentement établir les dispositions touchant l'effet et l'opération de cette augmentation, diminution ou modification de territoire de toute province qui devra la subir.

Cette disposition n'a pas fait l'objet d'une abrogation expresse lors de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* et il ne semble pas qu'elle soit abrogée implicitement ou rendue désuète par son article 43a), pas entièrement en tout cas. En effet, alors que l'article 43a) ne vise que les frontières *interprovinciales*, l'article 3 vise toute frontière provinciale, peu importe qu'elle sépare la province considérée d'une autre province, d'un territoire fédéral ou d'un pays étranger. En outre, alors que l'article 43a) ne permet que la modification des «dispositions de la Constitution du Canada», l'article 3 vise la modification des «limites» des provinces peu importe que celles-ci soient prévues dans la Constitution elle-même ou dans un autre instrument, comme par exemple une loi fédérale.

L'article 42(1)e), qui prévoit la procédure de modification des deux tiers pour le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires, ajoute un argument à la thèse du maintien en vigueur de l'article 3 de la *Loi constitutionnelle de 1871*. Dans le cas contraire, en effet, un tel rattachement pourrait être opéré, avec le consentement de sept provinces, contre la volonté de la province intéressée. Par contre, si l'article 3 s'applique, il exige le consentement de cette dernière puisque sa frontière avec les territoires subira une modification.

Si, par conséquent, en vertu des dispositions de la Constitution canadienne, les frontières actuelles du Québec ne peuvent être modifiées sans son consentement, il en va évidemment de même pour les frontières des autres provinces. Il serait donc illusoire de croire que les négociations précédant l'indépendance puissent permettre au Québec d'obtenir une modification de la frontière avec Terre-Neuve au Labrador. Celle-ci ayant été confirmée par une loi impériale de 1949, la

<sup>46</sup> Cette opinion est partagée par les professeurs H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit. supra*, note 8, p. 236 et par le professeur P.W. HOGG, *op. cit. supra*, note 12, pp. 102 et 103.

<sup>47</sup> *Loi constitutionnelle de 1871*, 34-35 Victoria, c. 28 (R.-U.).

*Loi sur Terre-Neuve*<sup>48</sup>, et se trouvant donc «enchâssée» dans la Constitution du Canada, elle ne peut être modifiée que selon la procédure de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c'est-à-dire avec l'accord des deux Chambres fédérales et des assemblées législatives de Terre-Neuve et du Québec.

Il faut remarquer que le droit constitutionnel canadien n'apporte pas, aujourd'hui encore, de réponses parfaitement claires et fermes en ce qui concerne la délimitation des zones maritimes faisant respectivement partie du territoire canadien, des territoires fédéraux et du territoire québécois. Ces questions devront donc faire l'objet de négociations et d'ententes avant l'accession du Québec à la souveraineté, à défaut de quoi elles provoqueront inévitablement, une fois celle-ci réalisée, de nombreux litiges frontaliers et territoriaux entre les deux États.

Enfin, il faut souligner que l'accession du Québec à la souveraineté entraînerait la rupture de la continuité géographique entre l'Ontario et les provinces maritimes et qu'une telle conséquence, dans la mesure où elle serait considérée comme désastreuse par la population et les dirigeants du Canada anglais, rendrait beaucoup plus difficile pour ceux-ci d'accepter l'indépendance québécoise. Par conséquent, il serait de bonne politique que le Québec offre dès le début des négociations d'accorder aux citoyens canadiens, indépendamment de toute union douanière ou économique, un droit de libre passage en transit des biens et des personnes. Par ailleurs, si les négociations aboutissent à la conclusion d'une union douanière ou, encore mieux, d'une union économique (laquelle comprendrait les quatre libertés de circulation des biens, des personnes, des capitaux et des services), la rupture de la continuité géographique du Canada n'emporterait plus aucune conséquence négative pour les citoyens canadiens ou l'économie canadienne.

### 3- *Le règlement des problèmes soulevés par l'accession à l'indépendance, la succession d'États et la continuité de l'ordre juridique en cas de sécession du Québec approuvée par le Canada anglais*

Si la sécession du Québec est approuvée par le Canada anglais et réalisée en respectant la Constitution canadienne, la solution des problèmes soulevés par la séparation du Québec et du Canada sera grandement facilitée. Malgré tout, les questions à résoudre resteront extrêmement nombreuses et complexes.

Les mesures à adopter pour réaliser la sécession du Québec en respectant le cadre constitutionnel actuel, c'est-à-dire avec l'approbation du Canada anglais, se divisent en trois étapes selon qu'elles précèdent l'accession à l'indépendance, qu'elles sont relatives à celle-ci ou qu'elles la suivent. Le nombre de phases et leur ordre de succession pourraient être différents selon que l'accession à la souveraineté est ou non précédée d'une période transitoire. Le cadre limité de la présente étude nous interdit cependant de trop rentrer dans les détails et d'envisager toutes les combinaisons possibles et imaginables, qui sont multiples<sup>49</sup>.

## a) **Les mesures précédant l'accession à l'indépendance**

### 1) **L'approbation démocratique du principe de l'indépendance**

Le principe même de l'accession à l'indépendance devrait, à notre avis, recevoir une approbation démocratique préalablement à toute négociation véritable entre le gouvernement québécois et les gouvernements du Canada anglais, fédéral et provinciaux. Seul un mandat clair et fort de la population peut créer un rapport de force susceptible de placer le gouvernement du Québec dans une bonne position de négociation. Cette approbation pourrait être donnée par la population à l'occasion d'un référendum ou d'une élection générale portant sur l'indépendance. Le choix entre les deux options relève de considérations politiques qu'il ne nous appartient pas de traiter ici.

### 2) **Les négociations entre le gouvernement du Québec et les gouvernements du Canada anglais**

#### (a) **Le cadre des négociations**

Les négociations avec le Canada anglais devraient nécessairement respecter le cadre établi par la procédure de modification prévue aux articles 38 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui ont été analysés précédemment. Cela signifie que les autres provinces joueraient à l'égard du Québec, du moins si elles le désirent, le même rôle d'interlocuteur que les autorités fédérales, puisque l'accord de six d'entre elles serait nécessaire pour permettre au Québec de se séparer dans le respect de la légalité constitutionnelle. Cependant, rien n'interdirait aux provinces qui le voudraient de déléguer aux autorités fédérales le soin de négocier la séparation avec le Québec, quitte pour elles par la suite à faire adopter formellement par leur assemblée législative les modifications constitutionnelles nécessaires. Il faut cependant ajouter que, dans le contexte politique actuel, il serait étonnant que beaucoup de gouvernements provinciaux décident d'adopter pareille attitude. Il paraît beaucoup plus vraisemblable qu'ils voudraient participer directement aux négociations avec le Québec, ce qui rendrait évidemment celles-ci beaucoup plus difficiles.

#### (b) **Les accords de transfert de souveraineté et de succession d'États (et, le cas échéant, d'association économique et politique)**

Les négociations avec le Canada anglais devraient nécessairement porter sur le transfert des compétences et de la souveraineté, la succession d'États (succession interne aux dettes et aux biens publics, etc.; succession externe aux traités et aux droits acquis des étrangers, etc.), sur les relations bilatérales futures ainsi que, *si les différentes parties le désiraient*, sur la conclusion d'une association économique plus ou moins étroite. En outre, elles porteraient sur les institutions politiques communes que le Québec et le Canada pourraient décider, soit de conserver, soit d'instituer à l'avenir. Notre étude ne portant pas sur le contenu d'une éventuelle

<sup>48</sup> Anciennement *Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, 1949, 12-13 George VI, c. 22 (R.-U.).

<sup>49</sup> Cette partie de l'étude est directement inspirée du livre magistral et exhaustif du Professeur Jacques Brossard, Voir : J. BROSSARD, *L'accession à la souveraineté et le cas du Québec*, Montréal, Presses de...

...l'Université de Montréal, 1976; voir également : J. BROSSARD, «Le droit du peuple québécois à disposer de lui-même au regard du droit international», (1977) 15 *A.C.D.I.* 91; J. BROSSARD, «Le droit du peuple québécois à l'autodétermination et à l'indépendance», (1977) 8 *E.T.* 151. Sur la succession d'États, voir par exemple A. GRUBER, *Le droit international de la succession d'États*, Bruxelles, Bruylant, 1986.

association économique et politique entre le Québec et le Canada, nous ne prendrons pas position sur cette question. Tous ces traités ne pouvant être conclus formellement que par un État souverain, n'entreraient en vigueur qu'au moment de l'accession du Québec à la souveraineté. Ils devraient par contre être entérinés avant cette date par le Parlement canadien et celui du Québec.

**(c) Les accords relatifs aux droits des minorités**

Les négociations entre le Québec et les gouvernements du Canada anglais, fédéral et provinciaux, pourraient également porter sur les droits respectifs de la minorité anglophone du Québec et des minorités francophones du reste du Canada. Elles devraient de préférence conduire à la conclusion d'accords de réciprocité dans lesquels le Québec, d'une part, l'État central et les autres provinces, d'autre part, s'engageraient à reconnaître des droits et privilèges comparables aux minorités respectivement placées sous leur juridiction.

**(d) Les accords relatifs aux droits des peuples autochtones**

Les droits des peuples autochtones du Québec soulèveraient sûrement 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. En outre, comme on le sait, les peuples autochtones tendent à considérer le gouvernement fédéral comme leur interlocuteur privilégié. Aussi n'est-il pas exclu qu'ils insistent pour que ce dernier continue d'exercer un certain rôle à leur égard, même après l'accession du Québec à la souveraineté. Une des solutions possibles consisterait en un accord Québec-Canada confiant à un organisme mixte, préférablement de nature judiciaire, le soin d'entendre et de trancher les litiges futurs pouvant s'élever entre le Québec ou le Canada, d'une part, et leurs peuples autochtones, d'autre part. Un tel arrangement permettrait sans doute d'améliorer les rapports difficiles qui existent actuellement entre ces peuples et les deux ordres de gouvernement.

**3) La préparation et l'adoption d'une Constitution du Québec**

En même temps que se dérouleront les négociations avec le Canada anglais, une nouvelle Constitution d'un Québec souverain devra être préparée et adoptée en vue de son entrée en vigueur lors de l'accession à l'indépendance. Il va sans dire que le contenu de ce projet ne sera 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 sera 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.

La nouvelle Constitution québécoise pourrait être préparée par une assemblée constituante ou par l'Assemblée nationale du Québec, pour être ensuite soumise à l'approbation de la population du Québec (d'innombrables

autres modalités sont également imaginables). Une fois approuvée, la Constitution n'entrerait cependant en vigueur qu'au moment de l'accession du Québec à l'indépendance.

Avant l'accession du Québec à l'indépendance, la législature provinciale pourrait modifier le régime constitutionnel du Québec dans la mesure jugée nécessaire, mais uniquement en autant que le lui permet le pouvoir de modification constitutionnelle prévu à l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

**b) L'accession à l'indépendance et la succession d'États**

**1) L'entrée en vigueur de l'indépendance**

L'accession à la souveraineté du Québec, si elle était réalisée dans le cadre de l'actuelle procédure de modification de la Constitution, coïnciderait avec l'entrée en vigueur de la modification en vertu de laquelle le Québec cesserait d'être une province canadienne. Comme on le sait, pareille modification devrait être autorisée par une résolution du Sénat, de la Chambre des communes et des assemblées législatives des deux tiers au moins des provinces (c'est-à-dire 6 sans compter le Québec) représentant la moitié au moins de la population canadienne. Elle devrait ensuite être proclamée, à la demande du Cabinet fédéral, par le gouverneur général sous le grand sceau du Canada, conformément aux articles 38 et 48 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Idéalement, la nouvelle Constitution québécoise devrait entrer en vigueur en même temps que la modification constitutionnelle faisant accéder le Québec à l'indépendance. Sinon, l'ancienne Constitution provinciale devrait être maintenue afin d'éviter le vide juridique, mais on comprend facilement les inconvénients et les complications d'une telle situation. Le nouvel État pourrait notifier son accession à la souveraineté aux États étrangers, en vue d'obtenir leur reconnaissance, et demander son admission à l'Organisation des Nations-Unies et dans les autres organisations internationales.

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. Sur le plan international, cette situation pose notamment le problème de la succession aux traités et celui du respect par l'État successeur des droits des étrangers sur son territoire («droits acquis»). Ces questions 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. Ces questions ne sont régies par le droit international qu'à titre supplétif; elles doivent donc faire l'objet d'accords bilatéraux entre l'État prédécesseur et l'État successeur.

Jusqu'à une date assez récente, les règles relatives à la succession d'États étaient demeurées fort confuses. Cependant, avec la pratique abondante favorisée par la décolonisation et les travaux de codification réalisés depuis 1967 par la Commission du droit international des Nations Unies, cette matière est désormais plus claire, bien qu'on ne puisse pas encore affirmer qu'un régime cohérent et complet soit apparu. Une première convention a été signée à Vienne en 1978 sur la succession d'États en matière de traités, tandis

qu'une autre convention, sur la succession en matière de biens, d'archives et de dettes a été adoptée en 1983. Ces deux conventions ne sont pas encore entrées en vigueur, mais certaines de leurs dispositions peuvent être considérées comme une codification du droit coutumier.

Nous traiterons à tour de rôle de la succession sur le plan interne et sur le plan international, en ne retenant à chaque fois que des principes extrêmement généraux, car chacune de ces questions pourrait faire à elle seule l'objet d'une étude complète.

## 2) La succession d'États sur le plan interne

### (a) La continuité de l'ordre juridique

Le Québec ne pourrait évidemment pas, au moment où il accéderait à l'indépendance, adopter toute la législation nécessaire dans les domaines qui relevaient auparavant de la compétence fédérale, comme par exemple le droit criminel, les brevets d'invention et les droits d'auteurs, les banques et ainsi de suite. Pour assurer la continuité de l'ordre juridique et le maintien de l'ordre public, il faudrait donc que l'Assemblée nationale adopte, dès l'accession à la souveraineté, une loi stipulant qu'à moins d'être incompatibles avec la nouvelle Constitution québécoise, les lois fédérales existantes continueront de s'appliquer au Québec, comme si elles avaient été réadoptées par le Parlement du Québec, jusqu'à ce que ce dernier juge opportun de les modifier. Soulignons dès maintenant que le même mécanisme pourrait être utilisé en cas de sécession unilatérale, puisque l'adoption des lois d'un Parlement par un autre Parlement ne nécessite nullement l'assentiment du premier.

### (b) Le système judiciaire et les procédures en cours

L'accession du Québec à l'indépendance ferait perdre toute juridiction sur le territoire du Québec aux cours fédérales établies sous l'empire du droit canadien, notamment la Cour suprême et la Cour fédérale. Par contre, les tribunaux provinciaux continueraient d'exister, mais il conviendrait de faire renommer (ou remplacer) les juges de la Cour d'appel et de la Cour supérieure par les autorités du nouvel État québécois; en effet, dans la mesure où ils ont été nommés par le gouvernement canadien, leurs fonctions prendraient fin le jour de l'accession à la souveraineté. Le Québec devrait créer son propre tribunal suprême, à moins qu'il ne préfère confier ce rôle à la Cour d'appel existante.

Pour ce qui est des affaires civiles et pénales en cours, ainsi que de l'exécution des décisions rendues par les tribunaux fédéraux avant l'indépendance, il serait évidemment préférable que le Québec et le Canada conviennent d'avance des règles applicables, à défaut de quoi l'on devrait recourir à des principes complexes tirés du droit international privé et des principes généraux du droit de chacun des États concernés.

### (c) Le sort des fonctionnaires fédéraux

Les fonctionnaires fédéraux en poste sur le territoire du Québec, y compris les membres des forces armées canadiennes, perdraient automatiquement leur fonction et leurs pouvoirs le jour de l'accession à la souveraineté. Le Québec n'aurait, selon le droit de la succession d'États, aucune obligation à leur égard et s'il décidait de les réengager dans des fonctions équivalentes, il le ferait à ses propres

conditions et selon ses propres lois. Par contre, toujours selon la théorie de la succession d'États, le Canada devrait reconnaître leurs droits acquis en ce qui concerne leurs pensions. Il faut cependant ajouter que les accords conclus entre le Canada et le Québec à l'occasion de l'accession de ce dernier à l'indépendance pourraient prévoir des règles différentes, plus généreuses.

### (d) Le sort des membres québécois du Parlement canadien

Les députés élus au Québec et les sénateurs nommés pour représenter le Québec avant l'accession à l'indépendance cesseraient d'être les mandataires du peuple québécois au moment de l'indépendance, *du point de vue du Québec*. Par contre, les autorités fédérales pourraient décider de continuer à les considérer comme les représentants légitimes du peuple québécois, ce qui constituerait d'ailleurs un comportement logique si elles refusaient d'accepter la sécession unilatérale. Par contre, si la sécession était négociée dans le respect de la Constitution canadienne, les deux parties pourraient prévoir les modalités de la cessation des fonctions des membres québécois du Parlement canadien, y compris leur indemnisation pour la perte de leurs revenus.

Par ailleurs, le Québec et le Canada pourraient en théorie conclure une union politique, de nature confédérale ou fédérale, prévoyant le maintien de la représentation du Québec aux deux Chambres du Parlement canadien ou à l'une d'entre elles.

### (e) La citoyenneté québécoise

En l'absence de toute disposition à l'effet contraire prévue dans une entente avec le Canada ou dans une loi québécoise, l'accession à la souveraineté aurait pour effet d'attribuer à tous les citoyens canadiens domiciliés sur le territoire québécois la citoyenneté du nouvel État. Les étrangers ne changeraient pas de statut. Quant aux citoyens canadiens domiciliés en dehors du territoire québécois, ils garderaient la citoyenneté canadienne, y compris ceux nés au Québec et rattachés à celui-ci par des liens professionnels, familiaux, économiques ou autres, mais demeurant temporairement en dehors du Québec.

Il serait donc préférable que le Québec et le Canada s'entendent pour conclure un ou plusieurs accords sur le sujet et pour légiférer, chacun de son côté mais de façon compatible, quant à la citoyenneté et à un éventuel droit d'option des personnes affectées par le changement de souveraineté.

Il faut également souligner qu'en l'absence d'une entente à l'effet contraire, les citoyens canadiens auraient au Québec le même statut que les autres étrangers et qu'il en irait de même pour les citoyens québécois au Canada.

### (f) Les droits des minorités

En l'absence de tout accord de réciprocité avec le Canada sur les droits des minorités, le Québec souverain ne serait tenu de respecter à l'égard de sa minorité anglophone (et des autres minorités, linguistiques, ethniques, religieuses ou raciales) que les seules garanties découlant du droit international coutumier ou contenues dans les traités auxquels il deviendrait partie. Au nombre de ces derniers, l'instrument le plus important en ce qui concerne la protection des

minorités est le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>50</sup>, que le Québec a d'ailleurs déjà ratifié en tant que province canadienne. Les articles 2(1) et 26 du Pacte établissent les principes d'égalité et de non-discrimination et l'article 27 contient précisément le droit des minorités ethniques, religieuses et linguistiques «d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue».

Selon une étude concernant la mise en oeuvre de l'article 27 du Pacte, préparée par le rapporteur spécial à la *Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de l'Organisation des Nations-Unies*, cette disposition garantit essentiellement aux minorités le droit de préserver et de développer leur langue et leur culture en mettant en oeuvre leurs propres ressources, l'État se voyant donc surtout imposer l'obligation de ne pas s'opposer aux efforts que les minorités elles-mêmes sont susceptibles de faire dans ce sens. Il est vrai que l'étude en cause affirme également - mais de façon moins ferme - que les États parties ont parfois l'obligation, dans la limite de leurs ressources, de venir en aide aux minorités, en mettant à leur disposition les moyens matériels nécessaires pour la préservation et le développement de la culture et de la langue minoritaires<sup>51</sup>.

Par ailleurs, il serait évidemment souhaitable que la Constitution du Québec souverain garantisse certains droits à la minorité anglophone et aux autres minorités, ce qui serait le cas si l'actuelle *Charte des droits et libertés de la personne* était enchâssée dans la nouvelle Constitution. En effet, l'article 10 de la Charte québécoise dispose :

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Quant à l'article 43 de la Charte québécoise, qui est manifestement inspiré de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, il énonce :

Les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe.

### (g) Les droits des peuples autochtones

À dater de l'indépendance et en l'absence d'une entente avec le Canada qui limiterait ses pouvoirs à cet égard, le Québec exercerait pleinement sa compétence sur les

peuples autochtones établis sur son territoire. Il devrait cependant respecter les règles du droit international relatives aux droits de ces peuples.

Le Québec devrait évidemment chercher à conclure des arrangements avec les peuples autochtones, notamment en ce qui concerne l'autonomie gouvernementale que ces derniers réclament sur le plan interne. Il va sans dire que de tels arrangements pourraient également être conclus avant l'accession du Québec à l'indépendance. Dans ce cas, les négociations devraient cependant inclure les autorités fédérales puisque ces dernières ont, en vertu de la Constitution canadienne actuelle, la compétence principale dans ce domaine. Si les négociations avaient lieu après l'accession du Québec à la souveraineté, elles seraient par contre bilatérales et ne mettraient en présence que les autorités québécoises et les représentants des peuples autochtones établis sur le territoire du Québec.

### (h) La succession aux biens publics

Les biens «publics», c'est-à-dire ceux qui servent à l'État en tant qu'entité politique, comprennent notamment des portions de territoire (le «domaine public»), des ports et installations portuaires, des aéroports, des installations et de l'équipement militaires, des canaux, des voies ferrées, des routes, des ponts, des parcs, des stations agricoles expérimentales, des ouvrages hydrauliques et des oléoducs, des stations de radio et de télévision publiques, des édifices divers ainsi que les biens meubles qui y sont contenus ou affectés, du matériel roulant, des avions, des bateaux, des placements et créances, des fonds publics et avoirs de trésorerie, des réserves d'or et de devises, des signes monétaires de toute nature, des archives, bibliothèques et collections publiques, des droits miniers et forestiers, des actions de sociétés publiques, etc.

Les biens publics peuvent être situés sur le territoire de l'État successeur ou reliés à celui-ci, auquel cas il ressort clairement des règles relatives à la succession d'États qu'ils passent à ce dernier sans compensation, ou sur le territoire de l'État prédécesseur, ou encore à l'étranger, auquel cas l'État successeur pourra tenter de les réclamer s'ils ont été acquis grâce à des fonds provenant de son territoire. Dans tous les cas, il vaut évidemment mieux que la situation soit réglée par des accords bilatéraux de succession, afin d'éviter le plus possible les litiges après l'indépendance.

### (i) La succession aux dettes

Il faut distinguer la *dette générale*, que l'État prédécesseur a contractée dans l'intérêt de l'ensemble du territoire (dans le cas d'une fédération : dans l'intérêt de tous les États membres), et les *dettes localisées*, qui se rattachent au seul territoire de l'État successeur ou qui ont été contractées, dans le cas de la sécession d'un État membre d'une fédération, par le gouvernement de ce dernier ou par des entités publiques qui lui sont subordonnées (comme les municipalités ou les commissions scolaires, par exemple).

Les dettes localisées sont transmises à l'État successeur. Quant à la dette générale, les règles traditionnelles du droit international prévoyaient que celui-ci n'était pas obligé d'en assumer quelque part que ce soit. La Convention de Vienne de 1978 (qui n'est pas en vigueur) change cependant cette solution, sauf pour les États nouveaux issus de la décolonisation, et prévoit que l'État successeur doit

<sup>50</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 187.

<sup>51</sup> F. CAPOTORTI, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, pp. 38-39 et 105, Doc. N.U. E/CN.4 Sub. 2/384/Rev. 1 (1979). Sur le contenu de cette étude et sur la portée de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, voir J. WOEHLING, «La Constitution canadienne et la protection des minorités ethniques», (1986) 27 C. de D. 172-176.

assumer une proportion équitable de la dette générale, compte tenu notamment des biens, droits et intérêts qui lui échoient. Dans les faits, cette question de la succession aux dettes sera le plus souvent réglée dans des ententes bilatérales, parallèlement au règlement de la succession à l'actif. La répartition de la dette générale obéit évidemment à des critères fort complexes, qui sont généralement fondés sur une combinaison des éléments suivants : la population, l'étendue territoriale, la contribution fiscale, le revenu national, le produit national, la capacité de payer du nouvel État, etc.

### 3) La succession d'États sur le plan international

#### (a) La succession aux traités

Il faut d'abord distinguer entre les traités «personnels», c'est-à-dire conclus *intuitu personae* (traités d'alliance, par exemple) et les traités «réels», c'est-à-dire qui portent sur un territoire et en fixent le régime (traités de frontières, traités relatifs au statut d'un fleuve, traités de démilitarisation, par exemple). On admet traditionnellement que seuls les seconds suivent le territoire objet de la succession et peuvent être invoqués par l'État successeur ou lui être opposables. Ce principe de la continuité pour les traités territoriaux a été consacré par la Convention de Vienne de 1978. C'est ainsi que le Québec se trouverait lié notamment par les traités relatifs à la voie maritime du Saint-Laurent. Par contre, il ne succéderait pas, par exemple, au traité de l'Atlantique Nord; s'il voulait faire partie de l'OTAN, il devrait par conséquent poser sa candidature.

Il faut ensuite envisager différemment le sort des traités bilatéraux et celui des conventions multilatérales. Selon les règles traditionnelles, les premiers ne restent en vigueur que si l'État successeur et l'autre État partie en conviennent, expressément ou implicitement. Quant aux seconds, l'État successeur peut en principe, par une notification de succession, établir sa qualité de partie à ces traités sauf s'il s'agit d'un traité restreint, comme par exemple le traité sur l'Antarctique, ou si la participation de l'État successeur est incompatible avec le but ou l'objet du traité, ou encore s'il s'agit d'un acte constitutif d'une organisation internationale, auquel cas l'État successeur doit poser sa candidature selon les règles normales s'il désire devenir membre de l'organisation. Ces principes ont été confirmés par la Convention de Vienne pour les États nouvellement indépendants mais, en ce qui concerne les territoires qui font sécession, la Convention pose le principe de la continuité *ipso jure* de toutes les obligations conventionnelles, sauf si les États intéressés en conviennent autrement ou s'il ressort d'un traité que son application à l'égard de l'État successeur serait incompatible avec l'objet ou le but du traité. L'adoption d'un tel principe semble s'expliquer par le désir de la Conférence de ne pas encourager les mouvements sécessionnistes et, au contraire, de favoriser le principe de l'intégrité territoriale. Cependant, comme on l'a mentionné, cette solution va à l'encontre de la pratique traditionnelle des États à ce chapitre; par conséquent, on ne peut prétendre qu'elle codifie le droit coutumier. Par ailleurs, il faut rappeler que le Canada n'a pas signé la Convention et que celle-ci n'est pas en vigueur.

Soulignons en terminant que le Canada et le Québec pourraient signer un accord de dévolution en vertu duquel le second accepterait de succéder à tous ou à certains des traités du premier. Cependant, un tel accord ne pourrait pas être opposé aux États tiers sans leur consentement.

#### (b) L'admission dans les organisations internationales

Comme on vient de le voir à propos de la succession aux traités, l'entrée dans une organisation internationale correspond à une adhésion, acceptée par les membres de l'Organisation, à un traité multilatéral. La règle générale est donc que tout État nouveau doit demander son admission et se soumettre aux procédures habituelles d'acceptation de sa candidature.

#### (c) Les droits des étrangers («droits acquis»)

À compter du jour de l'indépendance, les étrangers se trouvant au Québec seraient soumis aux seules lois québécoises. Celles-ci devraient cependant respecter les règles du droit international général relatives à la protection des étrangers, qui garantissent la liberté individuelle, la liberté de circuler, la sécurité de la personne et des biens, l'égalité de traitement avec les nationaux en matière de droits civils et le droit d'accès aux tribunaux<sup>52</sup>.

Le problème du sort des droits acquis par les étrangers sous l'empire de la réglementation de l'État prédécesseur est celui qui divise le plus l'opinion. La théorie traditionnelle, soutenue par la plupart des États développés, retient le principe de la sauvegarde des droits patrimoniaux acquis par les étrangers en vertu de la législation de l'État prédécesseur ou des contrats de droit privé conclus avec lui, ainsi que de certains contrats de droit public (concessions de service public, par exemple). Les États du Tiers Monde et les États socialistes critiquent cette théorie classique du respect absolu des droits acquis en s'appuyant sur le principe de la souveraineté de l'État successeur, surtout dans sa dimension économique. Ils font remarquer que la doctrine classique fait peser sur les États nouvellement indépendants, souvent pauvres, une lourde hypothèque financière qui amoindrit leur liberté réelle. Soulignons par ailleurs qu'il a toujours été admis que l'État successeur peut nationaliser les propriétés étrangères. Mais la difficulté, dans le contexte de la controverse qui vient d'être mentionnée, consiste à préciser les conditions dans lesquelles il devra payer une indemnisation pour l'expropriation ou la rupture des contrats.

On peut cependant faire remarquer que cette discussion ne présente qu'un intérêt purement théorique pour le Québec, qui n'est pas un pays colonisé, ni un pays pauvre. En outre, étant donné l'importance des États-Unis pour l'économie québécoise et la nécessité impérieuse d'obtenir la sympathie, ou du moins l'absence d'hostilité, de ce pays pour assurer le succès de l'indépendance du Québec, ce dernier n'aurait guère d'autre choix que de respecter les principes de l'économie de marché et les droits acquis des personnes et sociétés étrangères sur son territoire, y compris les contrats que ces dernières auraient conclu avec les autorités fédérales avant l'indépendance relativement au territoire québécois. Il pourrait mettre fin à ces droits, à condition d'indemniser leurs détenteurs de façon équitable.

#### (c) Les mesures suivant l'accession à l'indépendance

Après son accession à la souveraineté, le Québec devrait, sur le plan interne, mettre en place ses nouvelles

<sup>52</sup> Il serait évidemment souhaitable que la Constitution du Québec garantisse aux étrangers les mêmes droits fondamentaux qu'aux citoyens du Québec, ce qui serait le cas si l'actuelle *Charte des droits et libertés de la personne* était enchâssée dans la nouvelle Constitution.

institutions et, sur le plan international, établir des relations diplomatiques, consulaires et commerciales avec les États qui le voudraient. Dans la mesure où l'indépendance aurait été réalisée avec l'accord du Canada anglais, les autorités fédérales pourraient assister grandement le Québec dans son entrée sur la scène internationale, notamment grâce aux consulats et ambassades du Canada à l'étranger, en particulier là où n'existent pas de délégations du Québec. Le cas échéant, il faudrait également établir les nouvelles institutions communes résultant de l'association économique et politique qui aurait été conclue avec le Canada. Par ailleurs, il serait nécessaire de régler avec le Canada et les gouvernements étrangers les nombreuses questions qui resteraient inévitablement en suspens relativement à la succession d'États. La création d'un tribunal canado-québécois faciliterait la solution des litiges qui ne manqueraient pas de surgir.

Au moment de passer à la deuxième partie de l'étude, il faut souligner qu'une sécession unilatérale comporterait très probablement, pour commencer, certaines des étapes qui viennent d'être décrites. Ainsi, les autorités québécoises, après en avoir reçu le mandat lors d'une élection ou d'un référendum, commenceraient par négocier avec les autorités fédérales et celles des autres provinces en vue d'arriver à l'indépendance en utilisant la procédure de modification constitutionnelle. S'il constatait qu'il lui est impossible de s'entendre avec ses interlocuteurs du Canada anglais, le gouvernement québécois pourrait alors proclamer l'indépendance du Québec de façon unilatérale, c'est-à-dire sans respecter le droit constitutionnel canadien. Dans un premier temps, le Canada anglais refuserait presque certainement de reconnaître cette sécession illégale. Cependant, si le gouvernement québécois réussissait à établir effectivement son autorité sur le territoire du Québec, puis à faire reconnaître l'indépendance de ce dernier par un nombre suffisant de gouvernements étrangers, le gouvernement canadien finirait par être obligé de s'incliner devant la réalité des faits et de reconnaître le Québec à son tour. À partir de ce moment, les deux gouvernements pourraient entamer les négociations relatives à la succession d'États et à toutes les autres questions restées en suspens au moment de la déclaration unilatérale d'indépendance.

Il faut à présent examiner de plus près cette hypothèse où le Québec serait amené à déclarer son indépendance de façon unilatérale, ou si l'on préfère, à faire sécession unilatéralement du reste du Canada.

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

Les développements consacrés à cette seconde partie de l'étude seront plus succincts que ceux de la première partie. Il y a plusieurs raisons à cela. En premier lieu, il faut rappeler que le droit international est encore aujourd'hui, surtout dans le domaine qui nous occupe, beaucoup plus informel et moins développé que le droit interne et qu'il présente, comme on le constatera, de nombreuses lacunes et incertitudes. Pour cette raison, l'étude du droit à la sécession en droit international fait appel autant - et peut-être davantage - à des considérations politiques qu'à l'analyse des règles juridiques. En outre, la situation du Québec serait véritablement unique puisqu'il

s'agirait du seul cas moderne ou contemporain de sécession d'un État membre d'une fédération faisant partie des démocraties libérales et des pays développés et riches de l'hémisphère nord. Les précédents disponibles, comme par exemple ceux du Katanga, du Biafra, du Bangladesh ou, même, des pays baltes sont donc d'un intérêt comparatif limité. Enfin, en cas de sécession unilatérale, si celle-ci réussissait et que le Canada finissait par devoir reconnaître l'indépendance du Québec, les règles de la succession d'États seraient les mêmes que celles qui ont été examinées dans la première partie, relativement à l'hypothèse d'une sécession négociée dans le cadre de la Constitution canadienne. Autrement dit, que les ententes relatives à la succession d'États soient conclues *avant* l'indépendance, dans le cadre d'une accession légale à la souveraineté, ou qu'elles le soient *après* une sécession unilatérale, une fois que celle-ci aurait «réussi», les problèmes à régler seraient les mêmes, ainsi que les principes et les réalités dont les deux parties devraient tenir compte. Il sera donc inutile de revenir sur toutes ces questions, déjà traitées dans la première partie.

Nous verrons en premier lieu s'il est possible de prétendre qu'un droit de sécession découle des règles de droit international qui reconnaissent le droit à l'autodétermination (ou droit des peuples à disposer d'eux-mêmes). Il y aura lieu ensuite d'examiner quelles en seraient les conditions et les modalités d'exercice. En admettant que le droit de sécession existe, que le Québec puisse en bénéficier et qu'il l'exerce conformément au droit international, le Canada pourrait malgré tout refuser de reconnaître la sécession unilatérale du Québec, qui resterait évidemment illégale au regard du droit constitutionnel canadien. Aussi faudra-t-il examiner les conséquences qu'une sécession unilatérale entraînerait en droit interne avant qu'elle ne réussisse, ou encore si elle finissait par échouer, c'est-à-dire si le Québec était réintégré de gré ou de force dans la fédération canadienne. On se posera également la question de l'intégrité territoriale du Québec en cas de sécession refusée par le Canada anglais. L'autre hypothèse est la réussite ultime de la sécession unilatérale, qui se produirait au regard du droit international si les autorités québécoises sécessionnistes réussissaient à exercer durant un temps suffisamment long le monopole de l'autorité politique sur le territoire québécois. L'existence du Québec en tant qu'État souverain pourrait alors être reconnue par les États étrangers qui le désireraient. S'ils étaient suffisamment nombreux, le Canada n'aurait à la longue d'autre choix que de reconnaître lui aussi la souveraineté du Québec et, comme on l'a déjà mentionné, les deux États pourraient alors négocier la solution des problèmes relatifs à la succession d'États.

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

Le droit de sécession<sup>53</sup> pourrait en théorie découler du droit international coutumier ou des conventions

<sup>53</sup> La sécession peut être définie comme le détachement et l'accession à l'indépendance d'un État membre d'une fédération. Par contre, le terme *séparation* devrait être réservé au détachement d'une région d'un État unitaire. L'usage n'est cependant guère fixe et l'on rencontre souvent des auteurs qui englobent dans le terme «sécession» non seulement les hypothèses de sécession au sens strict du terme, mais également celles de séparation.

internationales reconnaissant le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Pour la très grande majorité des auteurs ayant examiné la question, il est clair qu'il n'existe aucun droit de sécession d'origine coutumière, pas plus d'ailleurs qu'il n'existe de règle de droit coutumier interdisant la sécession. Quant aux conventions internationales qui reconnaissent le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, il s'agit, d'une part, de la *Charte des Nations Unies*<sup>54</sup> et, d'autre part, des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Le Canada est partie à ces trois instruments, lesquels ont été précisés et complétés - pour ce qui est du droit des peuples - par plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies.

La *Charte des Nations Unies* mentionne à deux reprises le «principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes». L'évolution postérieure à 1945 en a essentiellement fait un *droit à la décolonisation*, comme le montre notamment l'adoption, par l'Assemblée générale de l'Organisation, le 14 décembre 1960, de la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*<sup>55</sup>, qu'on a pu appeler la «Charte de la décolonisation» et qui a été suivie, en 1961, en 1966 et en 1970, par d'autres résolutions venant préciser les modalités de la décolonisation dans le cadre des Nations Unies. Il n'est donc pas possible de prétendre que la Charte des Nations Unies confère un droit de sécession général, qui pourrait être exercé en dehors des cas de décolonisation.

En 1966, l'Assemblée générale a adopté les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*<sup>56</sup>, qui sont venus donner une base conventionnelle supplémentaire au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. En effet, les articles premiers des deux Pactes énoncent notamment :

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.
2. [...]
3. Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies.

Selon certains auteurs, dans la mesure où les Pactes sont plus explicites que la Charte des Nations Unies relativement au droit à l'autodétermination des peuples (qui est reconnu à «tous les peuples»), il faudrait conclure qu'ils «ont introduit le droit à l'autodétermination sécessionniste et en ont fait une expression légitime du droit des peuples à

disposer d'eux-mêmes»<sup>57</sup>. Il faut cependant mentionner que cette opinion n'est pas partagée par tous et que d'autres auteurs considèrent que l'application utile du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est limitée aux peuples coloniaux et à quelques très rares hypothèses d'occupation étrangère ou de régimes racistes. Pour ces auteurs, il n'est pas possible de faire découler le droit de sécession (ou de séparation) en contexte non colonial du droit des peuples à l'autodétermination<sup>58</sup>.

Le 24 octobre 1970, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*<sup>59</sup>. Cette déclaration, qui a été l'occasion pour les États qui n'avaient pas pu participer à l'élaboration de la Charte des Nations Unies en 1945 de préciser, en les mettant à jour, les buts et principes que l'on retrouve aux articles 1 et 2 de la Charte, constitue le document officiel le plus important et le plus élaboré sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Après avoir rappelé le principe de l'égalité des droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et énoncé que «[l]a création d'un État souverain et indépendant, la libre-association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même», la Déclaration ajoute :

Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout État souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité des droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur.

Tout État doit s'abstenir de toute action visant à rompre partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un autre État ou d'un autre pays.

On verra maintenant quelles sont les conditions d'exercice du droit à l'autodétermination, en fonction notamment du texte de la Déclaration sur les relations amicales.

<sup>54</sup> *Charte des Nations Unies*, reproduite dans, J.Y. MORIN, F. RIGALDIES, D. TURP, *Droit international public: notes et documents*, 2<sup>e</sup> éd., tome I, Montréal, Les Éditions Thémis, 1987, art. 1(2) et 55.

<sup>55</sup> *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Doc. off. A.G., 15<sup>e</sup> session, supp. no. 16, p. 70, Doc. N.U. AJ4684 (1960).

<sup>56</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 107 et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 13.

<sup>57</sup> D. TURP, «Le droit de sécession en droit international public», (1982) 20 *A.C.D.I.* 24, p. 47; voir aussi : J. BROSSARD, *op. cit. supra*, note 49, pp. 99 et suiv. Voir aussi : T. CAREY, «Self-Determination in the Post-Colonial Era : The Case of Quebec», (1977) *A.S.I.L.S. I.L.J.* 56, p. 53; L.C. BUCHHEIT, *Secession : The Legitimacy of Self-Determination*, New-Haven, Yale University Press, 1978, pp. 83 et 84.

<sup>58</sup> Cf. NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1987, p. 467 : «La sécession est un fait politique et le droit international se contente d'en tirer les conséquences lorsqu'elle aboutit à la mise en place d'autorités étatiques effectives et stables».

<sup>59</sup> *Déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, A.G. Rés 2625, Doc. Off. A.G., 25<sup>e</sup> session, supp. no. 28, p. 131, Doc. N.U. AJ5217 (1970).

## B.- Les conditions d'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

La première condition est implicitement contenue dans l'énoncé même du droit : seuls les «peuples» peuvent bénéficier du droit de disposer d'eux-mêmes. En outre, selon certains auteurs, des conditions supplémentaires, plus restrictives, découlent de la Déclaration sur les relations amicales.

### 1- La qualité de «peuple»

On peut tirer de l'impressionnante analyse de la doctrine et de la pratique modernes et contemporaines effectuée par le Professeur Jacques Brossard, les éléments constitutifs suivants de la qualité de «peuple», au sens de la Charte des Nations-Unies et de la Déclaration sur les relations amicales<sup>60</sup> :

- une collectivité unie par la langue, la religion, l'histoire, la culture, le mode de vie, la «conception du monde» et par une conscience commune (c'est-à-dire par des éléments objectifs et subjectifs);
- une collectivité concentrée et amplement majoritaire dans un certain territoire, capable d'exprimer un vouloir commun et qui a la volonté de durer et de le faire en conservant ses valeurs et ses caractères spécifiques;
- une collectivité disposant d'une dimension politique, d'une organisation interne, symbolisant son particularisme;
- la capacité de cette collectivité de former un État viable du point de vue de la population, des ressources économiques et de l'appui de la société internationale.

### 2- Les conditions résultant de la Déclaration sur les relations amicales

Bien que certains considèrent aujourd'hui que les principes posés par la Déclaration dans le domaine du droit à l'autodétermination sont devenus des normes juridiques coutumières, cette opinion n'est pas partagée de façon universelle. Aussi pourrait-on prétendre que la qualité de «peuple» est toujours la seule condition d'exercice du droit à l'autodétermination. C'est l'opinion qu'avancait, par exemple, le Professeur Turp en 1979, en considérant que la Déclaration, tout en contenant des règles potentielles de droit positif, n'avait pas encore été élevée au rang de droit international coutumier<sup>61</sup>.

Quant au Professeur Jacques Brossard, dont l'ouvrage date de 1976, il soulignait que même si la

Déclaration ne constitue pas encore du droit positif, il s'agit du moins d'un «principe politique profondément enraciné et de plus en plus contraignant dans les faits»<sup>62</sup>.

Il est peu douteux que si le Québec voulait faire sécession du Canada de façon unilatérale, ce dernier exigerait que les autorités québécoises démontrent que les conditions posées dans la Déclaration sur les relations amicales pour l'exercice du droit à l'autodétermination sont remplies. Le Québec pourrait alors sans doute prétendre que cette Déclaration ne constitue pas du droit positif, mais il paraît évident que, sur le plan politique, cette position serait difficile à défendre aux yeux de l'opinion publique internationale et qu'elle ne pourrait qu'affaiblir la position québécoise face aux États tiers, dont on sait que leur attitude serait fort importante pour le succès ou l'échec ultime de la tentative de sécession du Québec. C'est pourquoi on ne peut ignorer les conditions contenues dans la Déclaration en matière d'exercice du droit à l'autodétermination.

À première vue, ces conditions semblent être au nombre de deux. En réalité, la seconde est une exception à la première. Lues ensemble, elles signifient qu'un peuple ne saurait exercer le droit à l'autodétermination s'il en résultait le démembrement de l'intégrité territoriale ou de l'unité politique de l'État englobant, à moins que ce dernier ne respecte pas à son égard le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Étant donné qu'une sécession produit inévitablement la rupture de l'unité politique de l'État englobant et le démembrement de son intégrité territoriale, il faut en conclure que la sécession n'est permise que dans les cas où l'État englobant contrevient au droit du «peuple» sécessionniste de disposer de lui-même. Une telle exigence pourrait apparaître circulaire - voire tautologique - si la conduite non conforme au droit des peuples n'était pas elle-même définie, *in fine*, sous trois angles différents, qui constituent donc autant de conditions d'exercice du droit à l'autodétermination : d'une part, le refus de l'autodétermination *sur le plan interne*; d'autre part, le traitement inégalitaire et discriminatoire et l'atteinte aux droits de l'homme; enfin, l'absence de gouvernement représentatif. Selon le Professeur Turp, il est nécessaire, *si on tient compte de la Déclaration*, de prouver l'existence d'une seule de ces trois conditions pour qu'un peuple puisse exercer le droit de sécession, en dépit du fait que celle-ci entraînera le démembrement de l'État englobant<sup>63</sup>. Quant au Professeur Jacques Brossard, il analyse de la façon suivante les conditions posées par la Déclaration :

Par ailleurs, les peuples [...] englobés ont le droit de se détacher de l'État qui les englobe si celui-ci ne leur reconnaît pas l'égalité de droits ni le droit de s'autodéterminer *sur le plan interne* au sein même de cet État. Ainsi donc, la déclaration ne nie pas carrément le droit d'un tel peuple à l'autodétermination ni même à l'indépendance, mais elle l'oblige à tenter de s'autodéterminer d'abord dans les cadres de l'État qui l'englobe : si celui-ci le lui permet, le peuple perd son droit de s'autodéterminer sur le plan international; si au contraire, il ne lui permet pas, ce peuple recouvre alors son droit à l'autodétermination sur le plan international, y compris son droit à la souveraineté étatique complète<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> J. BROSSARD, *op. cit. supra*, note 49, pp. 64-70 et pp. 83-89.

<sup>61</sup> Daniel TURP, *Le droit de sécession en droit international public et son application au cas du Québec*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, septembre 1979, p. 242. Cependant, l'auteur semble inquiet des conséquences pratiques susceptibles de découler de son point de vue. En effet, il souligne que l'absence de conditions supplémentaires à la qualité de «peuple» pour l'exercice du droit à l'autodétermination «nous place dans une situation d'une gravité particulière puisqu'il nous est obligé (sic) de constater l'unicité de condition d'exercice d'un droit aussi révolutionnaire et perturbateur de l'ordre international que le droit de sécession». Et il ajoute à la page 302 : «Faut-il croire que la société internationale accepte de vivre avec une telle épée de Damoclès suspendue au-dessus de sa tête et que le droit international peut s'accommoder d'une telle situation?».

<sup>62</sup> J. BROSSARD, *op. cit. supra*, note 49, p. 83.

<sup>63</sup> D. TURP, *op. cit. supra*, note 61, pp. 260 et suiv.

<sup>64</sup> J. BROSSARD, *op. cit. supra*, note 49, p. 101.

Le Professeur Brossard expose ensuite les conditions qui, d'après lui, *devraient* s'appliquer au droit à l'autodétermination; cependant, il s'agit là de la solution qu'il souhaite (*de lege ferenda*) plutôt que de celle qui ressort du droit positif : outre les conditions relatives à la qualité de «peuple», qui ont déjà été mentionnées plus haut, le peuple en question devrait avoir le consentement de l'État dont il désire se détacher; à défaut, il devrait avoir des motifs suffisants pour le faire : ce serait notamment le cas si l'État englobant ne lui reconnaissait pas l'égalité de droits ou le traitait de façon discriminatoire, ou s'il lui refusait le droit de s'autodéterminer sur le plan interne. Jusque là, on remarquera que le Professeur Brossard adopte les conditions découlant de la Déclaration sur les relations amicales. Il ajoute cependant, en quoi il se montre plus généreux que celle-ci, que le peuple englobé «pourra toutefois se séparer de l'État qui l'englobe si telle est *la volonté* clairement exprimée et nettement majoritaire de sa population et s'il appert de façon suffisamment évidente que ce peuple ne peut plus vivre, ou ne désire plus vivre ni coexister avec l'autre peuple ou les autres peuples qui sont compris dans l'État qui l'englobe»<sup>65</sup>.

### 3- *L'application des conditions d'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes au cas du Québec*

Il faut remarquer que 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 d'autonomie gouvernementale. Une collectivité qui ne remplirait pas toutes les conditions nécessaires pour être considérée comme un peuple aux fins d'accession à la souveraineté externe (celle par exemple de la viabilité internationale), pourrait par contre remplir les conditions nécessaires pour avoir le droit de s'autodéterminer sur le plan interne. Par ailleurs, il ne fait pas de doute que la population québécoise constitue un «peuple» dans la mesure nécessaire pour revendiquer la souveraineté internationale. Même les auteurs les moins sympathiques à la cause de l'indépendance québécoise le reconnaissent. Cette condition du droit à l'autodétermination externe peut donc être considérée comme satisfaite dans le cas du Québec.

Il faut voir ensuite si le Québec remplit également les conditions posées par la Déclaration sur les relations amicales pour l'exercice du droit à l'autodétermination. La question a été examinée avec beaucoup de soin par les Professeurs Turp et Brossard, le premier arrivant à la conclusion que le cas du Québec ne satisfait pas les exigences découlant de la Déclaration<sup>66</sup>, le second étant au contraire d'avis que le Québec pourrait remplir «au moins une sinon deux ou trois» des conditions posées par celle-ci<sup>67</sup>. Par ailleurs, rappelons que les Professeurs Turp et Brossard s'entendent pour considérer que le droit de sécession existe indépendamment des exigences posées par la Déclaration, à condition seulement que la population concernée possède la qualité de «peuple» et exprime sa volonté de façon incontestable et démocratique. Selon eux, par conséquent, le peuple québécois remplit toutes les conditions nécessaires pour exercer le droit à l'autodétermination externe, c'est-à-dire le droit de sécession.

Pour conclure, on constate donc que l'existence du droit de sécession, les conditions de sa mise en oeuvre ainsi que l'application de ces conditions au cas du Québec donnent lieu à des controverses parmi les auteurs qui ont examiné la question. Par ailleurs, il faut insister sur le fait que ce débat juridique n'a qu'une importance tout à fait relative. La double question de l'existence et de l'exercice du droit de sécession du Québec, si elle se soulève concrètement un jour, sera de toute façon appréciée en fonction de considérations beaucoup plus politiques que juridiques. En effet, si le Québec fait sécession de façon unilatérale, il invoquera évidemment le droit de sécession et, de façon tout aussi inévitable, le Canada sera amené à nier l'existence de ce droit ou, du moins, à prétendre que le Québec ne remplit pas les conditions requises pour l'exercer. La question ne sera cependant pas tranchée par un tribunal sur la base de considérations juridiques. Le succès ou l'insuccès de la sécession du Québec dépendra de la capacité des autorités québécoises d'exercer leur autorité sur le territoire sur lequel elles revendiquent la souveraineté. Quant à la reconnaissance internationale de l'indépendance du Québec, 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. Les arguments respectifs du Québec et du Canada relatifs à la juridicité et à l'exercice du droit de sécession ne constitueront donc qu'une pièce parmi d'autres au dossier, sans doute pas la plus importante. Deux facteurs politiques l'emporteront sur toutes les considérations juridiques : la *volonté du peuple québécois* qui, si elle est incontestable et démocratiquement exprimée, aura pour effet de conférer à la sécession unilatérale du Québec une légitimité populaire essentielle aux yeux de l'opinion publique internationale; l'*efficacité de la sécession*, c'est-à-dire la capacité des autorités québécoises d'exercer le monopole de l'autorité publique sur le territoire du Québec; en effet, une telle situation attesterait de la réussite de la sécession du Québec au plan interne. Au plan international, elle amènerait inévitablement les autres États, ou du moins un certain nombre d'entre eux, à reconnaître au bout d'un certain temps l'existence du Québec comme État souverain.

## C.- *Les modalités de la sécession unilatérale et les conséquences de celle-ci en droit interne*

Nous examinerons à présent les modalités d'une sécession unilatérale et les conséquences qu'elle entraînerait en droit interne québécois et canadien. À cet égard, il faut distinguer la situation tant que la sécession n'a pas réussi de celle qui existerait si la sécession échouait de façon définitive.

### 1- *Les modalités de la sécession : l'hypothèse d'une loi établissant la primauté des lois du Québec*

Il n'existe aucune exigence de forme particulière pour une déclaration unilatérale d'indépendance et aucune règle de droit international ne précise évidemment le contenu que celle-ci doit avoir<sup>68</sup>. Cependant, il serait opportun que les

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>66</sup> D. TURP, *op. cit. supra*, note 61, pp. 316 et suiv.

<sup>67</sup> J. BROSSARD, *op. cit. supra*, note 49, pp. 203-230.

<sup>68</sup> 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 : L. WILDHABER, «Le droit à l'autodétermination et les droits des minorités linguistiques en droit international» dans P. PUIPIER, J. WOEHLING (dir.), *Langue et droit - Actes du Premier Congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, pp. 117 et suiv., à la p. 126.

autorités sécessionnistes y indiquent leurs intentions concernant notamment le respect des obligations contractuelles conclues par l'État englobant à propos du territoire sécessionniste, la succession aux traités et aux dettes, le respect des droits acquis des étrangers, etc. (voir *supra* l'énumération des problèmes soulevés par la succession d'États). La déclaration unilatérale d'indépendance pourrait également contenir, le cas échéant, une offre d'association économique et politique.

Une forme originale de déclaration unilatérale d'indépendance consisterait en une loi adoptée par l'Assemblée nationale et confirmée démocratiquement par référendum, décrétant la primauté des lois du Québec sur toute autre règle de droit, c'est-à-dire notamment les lois fédérales et la Constitution du Canada. Par ailleurs, les lois fédérales tant actuelles que futures continueraient de s'appliquer au Québec, dans la mesure où elles ne seraient pas modifiées par une loi québécoise ou incompatibles avec une telle loi.

Il va sans dire qu'une telle mesure serait inconstitutionnelle du point de vue du droit canadien. Par conséquent, elle pourrait être contestée par quiconque, individu ou personne morale, devant les tribunaux du Québec d'abord, la Cour suprême ensuite (à moins que le gouvernement fédéral ne saisisse directement celle-ci par voie de demande d'avis consultatif) et ces derniers *devraient* la déclarer inconstitutionnelle, à moins qu'ils ne décident d'obéir à cette loi elle-même plutôt qu'à la Constitution canadienne. L'efficacité de la démarche proposée supposerait donc que l'Assemblée nationale adopte simultanément un certain nombre d'autres lois : pour abolir les appels des décisions des tribunaux québécois devant la Cour suprême du Canada; pour prévoir une nomination pour la deuxième fois (ou le remplacement) par le gouvernement du Québec des juges siégeant actuellement à la Cour supérieure et à la Cour d'appel du Québec (qui ont été nommés par le gouvernement fédéral); pour faire prêter à tous les juges québécois un nouveau serment les engageant à donner primauté aux lois du Québec sur toute autre règle de droit, y compris la Constitution du Canada, etc. Chacune de ces lois serait elle-même inconstitutionnelle en vertu de la Constitution canadienne et pourrait donc être contestée. En outre, par la suite, chaque fois que l'Assemblée nationale adopterait une loi incompatible avec la Constitution du Canada, soit parce qu'elle empiète sur un domaine de compétence fédérale, soit parce qu'elle est incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette loi pourrait également être contestée au regard du droit canadien, bien qu'elle soit valide au regard de la *Loi sur la primauté des lois du Québec*. On peut dès lors se demander quels seraient les avantages et les inconvénients d'une pareille façon de procéder.

#### a) La légitimité démocratique

Une telle démarche serait démocratique, puisque la loi devrait être approuvée par référendum. Cependant, n'importe quelle autre façon de procéder pourrait - et devrait - également être autorisée par un référendum préalable; il ne s'agit donc pas d'une caractéristique ou d'un avantage propre à cette solution.

Par ailleurs, il faut souligner qu'étant donné le caractère technique et quelque peu obscur, pour le commun des mortels, des implications d'une telle loi, son approbation

par la population pourrait difficilement être considérée comme l'expression claire de la volonté de cette dernière de rompre les liens avec le Canada et de faire accéder le Québec à la souveraineté. En effet, un des principes mêmes de la loi consiste à maintenir en vigueur l'ensemble des lois fédérales. En outre, elle laisserait en place tous les liens institutionnels entre le Québec et le Canada, sauf, si l'on comprend bien, les appels à la Cour suprême et la nomination des juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel par le gouvernement fédéral : les Québécois continueraient d'envoyer des députés à la Chambre des communes, de siéger au Cabinet fédéral en tant que ministres, de faire partie des forces armées canadiennes, de posséder la citoyenneté canadienne, de payer leurs impôts fédéraux, de recevoir l'assurance-chômage et les allocations familiales, etc. Remarquons également que l'approbation d'une pareille loi reviendrait pour la population à donner au gouvernement en place un «chèque en blanc», puisque celui-ci ne s'engagerait nullement sur la nature des lois fédérales qu'il laisserait subsister ou sur celle des pouvoirs qu'il s'approprierait, au contraire, à «rapatrier».

En conclusion, on peut affirmer que cette façon de procéder pourrait facilement être dénoncée par le gouvernement canadien comme un «truc» utilisé par le gouvernement québécois pour obtenir des citoyens du Québec une déclaration unilatérale d'indépendance déguisée, qui n'aura donc pas, vis-à-vis du Canada anglais et de l'opinion internationale, la crédibilité, la légitimité et le poids politique d'une véritable déclaration d'indépendance clairement formulée.

#### b) La continuité et la sécurité juridiques

La continuité de l'ordre juridique serait assurée par la *Loi sur la primauté des lois du Québec* dans la mesure où toutes les règles de droit existantes, québécoises et fédérales, continueraient de s'appliquer jusqu'à ce que le Parlement québécois juge opportun de les modifier. Là encore, on peut souligner que, quelle que soit la façon de procéder retenue pour opérer une sécession unilatérale, les autorités québécoises devraient faire en sorte d'assurer la continuité de l'ordre juridique et seraient donc amenées, dans un premier temps, à maintenir l'application des lois fédérales au territoire québécois, quitte à modifier ou à abroger spécifiquement certaines d'entre elles par la suite. Là encore, par conséquent, cette caractéristique ne constitue pas un avantage spécifique de la proposition en cause sur les autres façons de procéder qui sont susceptibles d'être utilisées.

Par ailleurs, l'on peut craindre que les modalités propres à ce projet n'entraînent une insécurité juridique qui n'existerait pas nécessairement avec d'autres façons de procéder. En effet, on se souviendra que le système consiste à rendre inapplicables au Québec non seulement les lois fédérales que le Parlement québécois abrogera ou modifiera expressément, mais également celles qui seraient incompatibles avec une loi québécoise (sinon, à quoi servirait la primauté des lois québécoises?). Or tous les juristes savent que l'incompatibilité entre deux normes est rarement évidente au point de ne pas être débattable. En particulier, il faudrait se demander si les lois québécoises primeront sur les lois fédérales uniquement en cas de conflit par «incompatibilité opérationnelle», ou également par simple «occupation du champ»; dans le premier cas, il pourrait être très difficile pour les citoyens de savoir quelles sont les lois fédérales en vigueur qu'ils doivent continuer à respecter. Nombreux seraient donc

les cas où il faudrait recourir aux tribunaux pour savoir si telle ou telle norme fédérale est encore applicable. Tous ces problèmes créeraient une considérable incertitude juridique.

### c) Le déblocage des négociations avec le Canada anglais

Comme on l'a constaté dans la première partie de l'étude, l'actuelle procédure de modification de la Constitution canadienne rend virtuellement impossible toute révision du statut politique et constitutionnel du Québec, à cause de la formule de l'unanimité. Aussi pourrait-on imaginer que l'adoption d'une loi décrétant la primauté des lois du Québec sur les lois fédérales et la Constitution canadienne serait de nature à créer une nouvelle dynamique permettant de déblocquer l'impasse et de convaincre le Canada anglais de discuter avec le Québec dans un cadre bilatéral (Québec-gouvernement fédéral), offrant de meilleures chances de succès que la négociation «à onze» qu'impose la procédure de l'unanimité.

Cependant, il est facile de prévoir que le gouvernement fédéral et ceux des provinces anglaises insisteront, au début du moins, sur le respect de la procédure actuelle de modification de la Constitution. Ensuite, s'il existe une démarche qui peut véritablement convaincre le Canada anglais de négocier «en bloc» avec le Québec, c'est l'adoption d'une déclaration unilatérale d'indépendance *claire*, appuyée massivement par la population québécoise. Or nous avons vu précédemment qu'à cet égard la solution de la *Loi sur la primauté des lois du Québec* pêche précisément par son ambiguïté et son manque de transparence politique.

On peut ajouter que la démarche proposée présente un aspect déplaisant pour les citoyens et les dirigeants canadiens anglais, qui ne pourraient que provoquer chez eux des sentiments d'hostilité envers le Québec, plutôt que de les disposer favorablement à une négociation. En effet, ce projet concrétiserait d'une certaine façon ce qui constitue, selon de nombreux analystes, la *pire crainte* du Canada anglais, à savoir que le Québec quitte la fédération tout en y demeurant et en continuant à exercer une forte influence au sein de ses institutions<sup>69</sup>. Or c'est précisément le résultat qu'entraînerait l'adoption du projet en cause, le Québec étant alors en position de ne conserver du système fédéral que ce qui fait son affaire et de rejeter le reste : les Québécois continueraient à désigner le quart des députés fédéraux, mais le gouvernement du Québec déciderait librement quelles lois fédérales s'appliquent ou non au Québec; le Québec continuerait à recevoir toutes les subventions fédérales, conditionnelles ou inconditionnelles, mais pourrait décider, par exemple, d'abandonner les normes fédérales en matière de programmes de santé et d'instituer un «ticket-orienteur»; les Québécois voyageraient toujours sous le passeport canadien, mais leur gouvernement pourrait contredire Ottawa sur la scène internationale, etc.

Des observations qui précèdent, on peut retenir qu'une déclaration unilatérale d'indépendance, pour avoir le poids de la légitimité démocratique, doit avoir été approuvée par la population en termes clairs et dans une formulation

dépourvue d'ambiguïté. Pour limiter les incertitudes et les inconvénients juridiques, qui sont cependant inévitables, 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. Enfin, si le Québec décidait de faire sécession unilatéralement, il ne pourrait prétendre en même temps continuer à participer aux institutions canadiennes et y exercer son influence traditionnelle, ni continuer à bénéficier des avantages du système tout en refusant ce qu'il considère être ses inconvénients. Non seulement les Canadiens anglais n'accepteraient pas un tel comportement, mais celui-ci serait de nature à augmenter considérablement le niveau de l'hostilité à l'égard du Québec qui existerait inévitablement au Canada anglais.

Nous verrons à présent, de façon schématique, quelles conséquences entraînerait en droit interne une sécession unilatérale du Québec, d'abord durant le temps où sa réussite resterait incertaine, ensuite dans l'hypothèse où elle finirait par échouer.

### 2- Les conséquences de la sécession tant que la réussite de celle-ci reste incertaine

En cas de sécession unilatérale, l'État englobant commencera pratiquement toujours par refuser celle-ci et la combattre. S'il décide de le faire par les armes, ce que le droit constitutionnel lui permet et ce que le droit international ne lui interdit pas, les organisations internationales s'abstiendront d'intervenir, comme le montrent les précédents, à moins que le conflit ne s'internationalise. Le gouvernement sécessionniste est alors considéré comme étant en état d'insurrection du point de vue du droit interne, avec toutes les conséquences pénales qui en découlent. Du point de vue du droit international, il pourra faire l'objet, de la part des États étrangers, si ceux-ci le désirent, d'une reconnaissance de belligérance qui permet d'accorder la personnalité internationale à un gouvernement «de fait» lorsque celui-ci réussit à prendre le contrôle d'une partie du territoire et à mener une véritable guerre contre les autorités centrales. Nous n'insisterons pas sur cette hypothèse, d'abord parce que nous espérons que le gouvernement fédéral s'abstiendrait de tout recours à la force en cas de sécession unilatérale et démocratique du Québec, ensuite parce que le Québec ne dispose pas des forces militaires ou paramilitaires qui lui permettraient de résister avec succès à l'armée canadienne, si le gouvernement fédéral décidait d'utiliser celle-ci pour réduire une éventuelle sécession québécoise.

Sans recourir à la force, les autorités fédérales pourraient également choisir de combattre la sécession du Québec par tous les moyens non belliqueux que le droit canadien met à leur disposition : organisation d'un référendum pan-canadien pour consulter la population des autres provinces sur le départ du Québec; contestation systématique devant les tribunaux de tous les actes du gouvernement sécessionniste; mise en vigueur de la *Loi sur les mesures d'urgence*<sup>70</sup> et suspension des libertés civiles en utilisant la clause dérogatoire de la *Charte canadienne des droits et libertés*, poursuites pénales contre les membres du gouvernement sécessionniste et tous ceux qui refusent de

<sup>69</sup> Voir, par exemple, l'éditorial de Lise Bissonnette dans *Le Devoir* du samedi 2 février 1991, intitulé «Partir et rester II» (bien que ne portant pas sur le projet de *Loi sur la primauté des lois du Québec*, les remarques de Mme Bissonnette peuvent s'y appliquer).

<sup>70</sup> *Loi sur les mesures d'urgence*, S.C. 1988, c. 29.

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.

### 3- Les conséquences de l'échec de la sécession

La sécession échouerait si les autorités fédérales réussissaient, par des moyens pacifiques 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. Les responsables de la sécession pourraient alors être poursuivis devant les tribunaux canadiens pour les infractions commises.

Par contre, il serait nécessaire d'analyser la plupart des actes posés par les autorités sécessionnistes, avant le rétablissement de l'ordre public fédéral, à l'égard des personnes privées (perception de taxes, délivrance d'autorisations, contrats, etc.). Le droit canadien connaît déjà une série de concepts juridiques qui permettent précisément de reconnaître et de confirmer les situations et les actes juridiques formellement illégaux, lorsqu'il s'agit de protéger les droits des tiers de bonne foi. Certains de ces concepts ont été rappelés par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*<sup>71</sup>. Si nécessaire, les tribunaux canadiens qui auraient à juger ces situations pourraient également s'inspirer des principes retenus par les tribunaux britanniques dans les affaires décidées dans le contexte de la déclaration d'indépendance unilatérale de la Rhodésie du sud en 1965. En vertu de ces principes, les ressortissants du territoire rebelle qui obéissent aux lois des autorités sécessionnistes, les juges qui appliquent ces lois et même les fonctionnaires subalternes du régime illégal ne doivent pas être pénalisés par les autorités légales lorsqu'elles reprennent le pouvoir. Par contre, les autorités politiques et les hauts-fonctionnaires du régime illégal peuvent se voir appliquer les lois relatives à la sédition et à la trahison.

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

Si une éventuelle sécession échouait, le Québec serait à nouveau réuni à la fédération canadienne et le problème de son intégrité territoriale se poserait dans le cadre de la Constitution du Canada. On a vu précédemment qu'en vertu de l'article 43a) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'article 3 de la *Loi constitutionnelle de 1871*, le territoire d'une province ne peut être modifié sans le consentement de ses autorités législatives.

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.

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.

### E.- Le droit international relatif à la reconnaissance des nouveaux États et l'hypothèse d'une sécession réussie

On a vu précédemment que si le Québec réussissait à exclure l'application de l'ordre juridique canadien sur son territoire et, au contraire, à y faire régner le sien, la sécession serait réussie et le Québec devrait être considéré comme un nouvel État souverain, puisqu'il en réunirait les éléments constitutifs (population, territoire, gouvernement). Dans un 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 ou de satisfaction morale.

L'existence d'un État souverain ne dépend pas des reconnaissances qui lui sont accordées<sup>72</sup>. Toute entité humaine qui comprend les trois éléments constitutifs de l'État (population, territoire et gouvernement) peut prétendre à la souveraineté et, ainsi, accéder au statut d'État. Le refus de la reconnaissance n'interdit pas à un État d'exister, de même que l'octroi de la reconnaissance ne suffit pas pour créer un État, si les éléments constitutifs ou l'un d'entre eux font défaut.

Cependant, 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. Tant qu'il n'est pas reconnu, en effet, l'État peut exercer ses compétences à l'égard de ses propres ressortissants et sur son propre territoire, mais il ne peut contraindre les autres États à en reconnaître les effets sur leur territoire. De même, ces derniers peuvent refuser d'entrer en relations juridiques avec lui tant qu'ils ne l'ont pas reconnu comme État souverain.

L'État non reconnu par certains autres États peut cependant avoir des relations diplomatiques et juridiques avec ceux qui l'ont reconnu, mais sa liberté d'action sera restreinte

<sup>71</sup> *Supra*, note 19.

<sup>72</sup> Sur le droit international en matière de reconnaissance d'État, voir par exemple NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *op. cit. supra*, note 58, pp. 492 et suiv.

vis-à-vis des États qui ne le reconnaissent pas. Seule la reconnaissance normalisée, à tous les échelons et dans tous les domaines, les relations entre l'État nouveau et les États qui le reconnaissent.

Un nouvel État qui ne serait reconnu par aucun autre, ou uniquement par un très petit nombre, éprouverait beaucoup de difficultés à exercer ses compétences : il ne pourrait entretenir avec les États qui refusent de le reconnaître aucune relation suivie; il ne pourrait déléguer ni recevoir aucun représentant officiel doté du statut diplomatique; il ne pourrait pas conclure de traité, ni adhérer aux organisations internationales; ses citoyens ne bénéficieraient pas de la protection consulaire à l'étranger; etc.

Au contraire, lorsqu'un nouvel État apparaît, plus le nombre des États qui le reconnaissent augmente, plus le fait pour ceux qui ne l'ont pas encore reconnu de maintenir leur non-reconnaissance peut entraîner pour eux des inconvénients.

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). Aussi connaît-on beaucoup d'exemples de reconnaissance prématurée, intervenant avant l'achèvement du processus de création de l'État, et de reconnaissance tardive. D'autant plus que les États sont souvent tentés de faire de la reconnaissance ou de la non reconnaissance un instrument de politique diplomatique, autant à l'égard de l'État nouveau que de l'État dont ce dernier s'est séparé, lorsqu'il s'agit d'une sécession.

Le droit international ne prévoit aucune forme précise pour la reconnaissance d'État. Celle-ci est presque toujours individuelle, mais peut être également collective, lorsqu'il s'agit par exemple de consacrer l'insertion d'un nouvel État dans la communauté internationale malgré les réticences de l'État démembré (par exemple, la reconnaissance de la Grèce en 1832 par la Grande-Bretagne, la France, la Russie et la Turquie par le Traité de Constantinople). La reconnaissance peut être expresse ou implicite; dans ce dernier cas, elle se déduit de certains faits ou de certains actes normalement réservés aux relations interétatiques.

Par conséquent, si le Québec fait sécession de façon unilatérale (de même d'ailleurs que si son indépendance est réalisée dans le cadre de la Constitution canadienne), les autres États seront libres de le reconnaître ou non. Comme le dit le professeur Jacques Brossard, «[t]out dépendra, à des degrés divers, de l'attitude des autorités canadiennes, de l'efficacité dont feront preuve les autorités québécoises et des intérêts économiques, politiques ou militaires des autres États. [...] L'attitude des grandes puissances sera probablement influencée par celle du Canada lui-même - sinon par celle des États-Unis; celle des États-Unis dépendra présumément, en grande partie, de l'attitude des autorités québécoises à l'égard de la défense continentale et des investissements étrangers aussi bien de la répercussion sur le front intérieur américain de la sécession des Québécois»<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> J. BROSSARD, *op. cit. supra*, note 45, p. 411.