

Affaire *Henderson* sur la constitutionnalité de la Loi 99 : la relecture fédérale du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*

*Anthony BEAUSÉJOUR**, avec la collaboration
de *Daniel TURP***

**The *Henderson* Case and the Constitutionality of Bill 99:
The Federal Reinterpretation of *Reference re Secession of Quebec***

**Caso *Henderson* sobre la constitucionalidad de la Ley 99:
la revisión federal del *Dictamen consultivo relativo a la secesión de Quebec***

**Caso *Henderson* sobre a constitucionalidade da Lei 99:
a releitura federal do *Renvoi relativo à secessão do Québec***

挑战99号法案合宪性的亨德森案：
联邦对《关于魁北克脱离的参考意见》的重新解读

Résumé

C'est au courant de l'année que la Cour d'appel du Québec deviendra le nouveau théâtre de l'affaire *Henderson*. Cette cause remet en question la constitutionnalité de la Loi 99, qui réaffirme le droit du peuple québécois «de disposer de lui-même» et de «choisir librement le

Abstract

The Quebec Court of Appeal will become the new battleground of the *Henderson* case later this year. This case raises the constitutionality of Bill 99, which reasserts “the right of the Québec people to self-determination” and to “freely decide the political regime and legal status of Québec.”

* Avocat et secrétaire de l'Institut de recherche sur l'autodétermination des peuples et les indépendances nationales (IRAI).

** Professeur titulaire à Faculté de droit de l'Université de Montréal et président de l'IRAI.

régime politique et le statut juridique du Québec.»

Mis en cause dans cette affaire, le Procureur général du Canada soutient que la sécession du Québec ne serait légale que si des négociations avec le fédéral et les neuf autres provinces permettaient de modifier la Constitution du Canada par le biais de l'une des procédures multilatérales prévues à la *Loi constitutionnelle de 1982*. Or, la thèse du Procureur général dénote une relecture tendancieuse de certaines zones d'ombre qu'a laissées la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, et néglige d'autres interprétations qui s'harmonisent pourtant tout aussi bien, sinon mieux, avec le texte et l'esprit du *Renvoi*.

En effet, la Cour suprême évoque des négociations bilatérales entre «deux majorités légitimes», soit celles du Québec et de l'ensemble du Canada, qui offriraient aux pourparlers de véritables perspectives de succès et éviteraient au Québec de se retrouver pris au piège des conflits à prévoir entre les autres composantes de la fédération canadienne. Comme la Cour suprême ne fait aucune mention des procédures de modification de 1982, qui seraient par ailleurs incompatibles avec la perspective de négociations bilatérales, la sécession du Québec impliquerait probablement une procédure de modification constitutionnelle *sui generis*. Surtout, le *Renvoi* enseigne que la sécession du Québec ne serait illégale que si elle ne faisait pas l'objet de négociations préalables. Prétendre qu'un accord de modification constitutionnelle serait requis représente donc une exagération des conclusions de la Cour suprême, sans parler du fait qu'une convention constitutionnelle interdirait possiblement au reste du Canada de s'opposer à la sécession du Québec.

As intervenor, the Attorney General of Canada contends that the secession of Quebec would only be legal if negotiations with the federal government and the other nine provinces lead to a constitutional amendment through one of the multilateral amendment procedures set out in the *Constitution Act, 1982*. However, the Attorney General's argument exposes a biased interpretation of some of the grey areas left by the Supreme Court of Canada in *Reference re Secession of Quebec* and overlooks other possible interpretations that are equally—if not more—consistent with the letter and the spirit of the *Reference*.

Indeed, the Supreme Court refers to bilateral negotiations between “two legitimate majorities”, namely those of Quebec and of Canada as a whole, which would give such talks genuine chances of success and save Quebec from finding itself trapped in conflicts that would likely emerge among the other constituents of the Canadian federation. Since the Supreme Court makes no mention of the 1982 amendment procedures, which would incidentally be incompatible with the prospect of bilateral negotiations, the secession of Quebec would probably entail a *sui generis* constitutional amendment procedure. Above all, the *Reference* affirms that the secession of Quebec would only be illegal if it were not subject to prior negotiations. To claim that a constitutional amendment agreement would be required represents an exaggeration of the Supreme Court's conclusions, not to mention the fact that a constitutional convention may possibly forbid the rest of Canada from obstructing the secession of Quebec.

Resumen

El año 2020 estará marcado por las audiencias del caso *Henderson* ante la Corte de Apelación de Quebec. Este caso pone en tela de juicio la constitucionalidad de la Ley 99, que reafirma el derecho del pueblo quebequense a disponer de sí mismo y a determinar libremente su estatus jurídico.

Implicado en este caso, el procurador general de Canadá sostiene que la secesión de Quebec solo sería legal si las negociaciones con el gobierno federal y las otras nueve provincias permitieran enmendar la Constitución de Canadá a través de uno de los procedimientos multilaterales previstos en la Ley Constitucional de 1982. Ahora bien, la tesis del procurador general indica una revisión tendenciosa de las áreas grises dejadas por la Corte Suprema de Canadá en su Dictamen consultivo relativo a la secesión de Quebec.

Sin embargo, otras interpretaciones armonizan igual de bien, si no mejor, con este Dictamen del Tribunal Supremo canadiense. Las negociaciones bilaterales entre «dos mayorías legítimas», es decir, las de Quebec y Canadá, ofrecerían a los negociadores verdaderas perspectivas de éxito y evitarían que Quebec quedara atrapado en los conflictos que se prevén para el resto de Canadá. Esto, junto con la probable suspensión de los procedimientos para modificar la Ley Constitucional de 1982, sugiere además que la secesión de Quebec requeriría un procedimiento de modificación constitucional *sui generis*. Ante todo, este Dictamen del Alto Tribunal enseña que la secesión de Quebec solo sería ilegal si no fuera objeto de negociaciones previas. Pretender que

Resumo

O ano de 2020 será marcado pelas audiências do caso *Henderson* na Corte de Apelação do Quebec. Esta causa questiona a constitucionalidade da Lei 99, que reafirma o direito do povo quebequense de dispor de si mesmo e de determinar livremente seus status jurídico.

Contestado nesse caso, o Procurador Geral do Canadá sustenta que a secessão do Quebec não seria legal a menos que se as negociações com o federal e as nove outras províncias permitissem modificar a Constituição do Canadá por meio de um dos processo multilaterais previstos na *Lei Constitucional de 1982*. Ora, a tese do Procurador Geral denota uma releitura tendenciosa das zonas sombrias deixadas pela Corte Suprema do Canadá em seu *Renvoi relativo à seção do Quebec*.

Entretanto, outras interpretações se harmonizam tão bem, senão melhor, com o *Renvoi*. Negociações bilaterais entre «duas maiorias legítimas», ou seja aquelas do Quebec e do Canadá, ofereceriam às negociações verdadeiras perspectivas de sucesso e evitariam que o Quebec fique preso a conflitos previsíveis em todo o resto do Canadá. Isto, em conjunção com o provável afastamento de procedimentos de modificação da *Lei Constitucional de 1982*, leva inclusive a pensar que a secessão do Quebec requereria um procedimento de modificação constitucional *sui generis*. Sobretudo, o *Renvoi* ensina que a secessão do Quebec não seria ilegal salvo se não fizesse objeto de negociações prévias. Pretender que um acordo de modificação constitucional seja necessário representa então uma exageração das conclusões da Corte Suprema, além de ignorar que uma convenção constitucional

se requiere un acuerdo de modificación constitucional representa por lo tanto una exageración de las conclusiones de la Corte Suprema, además de ignorar que una convención constitucional posiblemente prohibiría que el resto de Canadá se oponga a la separación de Quebec.

proibiria possivelmente o resto do Canadá de se opor à secessão do Quebec.

摘要

魁北克上诉法院开庭审理亨德森 (Henderson) 案将成为2020年的重大事件。此案挑战99号法案的合宪性问题, 该法案重申魁北克人民的自决权和自由决定其法律地位的权利。

作为本案的诉讼第三人, 加拿大总检察长表示, 魁北克只有通过和联邦政府和其他九省政府进行谈判、同意按照1982年宪法规定的多边修宪程序之一修订加拿大宪法, 魁北克脱离才是合法的。不过, 总检察长的论调表明联邦有重新解读加拿大最高法院在《关于魁北克脱离的参考意见》中留下的灰色地带的意味。

但是, 其他解读方式也甚至更加符合该《参考意见》的精神。来自双方的“具有合法性的绝大多数人”, 即魁北克多数人与加拿大大多数人之间的双边谈判, 可为谈判提供真正的成功机会, 并且避免魁北克陷入与加拿大其他地区预计出现冲突这一陷阱。由于1982年宪法的修订程序极有可能被束之高阁, 这意味着魁北克脱离可能需要专门的修宪程序。特别是, 根据《参考意见》, 只有在未经事先谈判的情况下魁北克脱离才是不合法的。所以, 主张必须要有修宪协议, 这夸大了最高法院的意见, 并且没有考虑到宪法惯例可能禁止加拿大其他地区反对魁北克脱离。

Plan de l'article

Introduction	373
I. La possibilité de négociations postréférendaires bilatérales	374
II. La perspective d'une procédure de modification <i>sui generis</i>	382
III. La sécession en cas d'échec des négociations	387
Conclusion	392

L'année 2020 marquera l'anniversaire de plusieurs événements saillants de l'histoire constitutionnelle du Québec et du Canada : les 50 ans de la crise d'Octobre, les 40 ans du référendum sur la souveraineté-association, les 30 ans de l'échec de l'accord du Lac Meech, les 25 ans du référendum sur l'indépendance du Québec et, finalement, les 20 ans de la loi fédérale dite « sur la clarté référendaire »¹ et de son contre-pied québécois, la Loi 99².

Alors que plusieurs croyaient l'effervescence constitutionnelle de la fin du 20^e siècle étouffée depuis longtemps, l'affaire *Henderson c. Québec* vient plutôt confirmer que le feu qui semble éteint souvent dort sous la cendre, pour citer Corneille. En effet, il aura fallu 20 ans pour que l'affaire *Henderson* arrive devant le plus haut tribunal du Québec. L'ancien chef du Parti égalité, Keith Henderson, se pourvoit en appel du jugement de 2018³ par lequel la Cour supérieure a confirmé la constitutionnalité de la Loi 99. Adoptée par l'Assemblée nationale en l'an 2000, cette loi réaffirme le droit du peuple québécois de déterminer son avenir et précise les grandes lignes à suivre à cette fin.

Or, les prétentions exposées dans le mémoire d'appel du Procureur général du Canada – mis en cause dans l'affaire *Henderson* – ont soulevé l'indignation de la société civile et de la classe politique québécoises. La pomme de discorde réside dans l'allégation de droit suivant laquelle la sécession du Québec serait illégale sans l'accord d'Ottawa et des autres provinces. L'argumentaire fédéral tient essentiellement dans un simple paragraphe :

La sécession d'une province ne peut pas se réaliser légalement à moins que (1) une majorité claire de la population de la province sécessionniste exprime clairement qu'elle ne veut plus faire partie du Canada; (2) des négociations de bonne foi, conformément aux principes constitutionnels, s'ensuivent avec le gouvernement fédéral et les autres provinces; et (3) la Constitution du Canada est modifiée légalement.⁴

Les grandes lignes du droit applicable à la sécession du Québec ont été tracées en 1998 par la Cour suprême du Canada dans son *Renvoi relatif à*

¹ *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la cour suprême du Canada dans son avis sur le renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 2000, c. 26.

² *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, RLRQ, c. E-20.2 (ci-après la «Loi 99»).

³ *Henderson c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 1586.

⁴ Mémoire du mis en cause Procureur général du Canada, *Henderson c. Procureure générale du Québec*, C.A. Montréal, n° 500-09-027501-188.

la sécession du Québec⁵. Plutôt que d'adopter une approche textuelle, la Cour fonde sa décision sur quatre principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien : la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, le fédéralisme et le respect des minorités.

L'analyse de ces principes amène la Cour à reconnaître au « Québec le droit de chercher à réaliser la sécession »⁶. À cette fin, l'expression référendaire d'une « une majorité claire en réponse à une question claire »⁷ ferait naître une obligation pour le reste du pays d'entamer des négociations afin de modifier la Constitution du Canada en vue d'y apporter les changements nécessaires⁸. Ces négociations devraient être menées de bonne foi, sans toutefois qu'il existe quelque obligation d'en arriver effectivement à une modification constitutionnelle⁹.

Il s'avère que l'argumentaire du gouvernement du Canada devant la Cour d'appel du Québec exagère et détourne les conclusions du *Renvoi* à plusieurs égards. Les pendules méritent d'être remis à l'heure sur trois notions fondamentales. D'abord, non seulement la Cour suprême ne prescrit-elle pas clairement que les négociations postréférendaires devraient être multilatérales, mais elle semble en fait suggérer un processus bilatéral (I). De plus, la Cour semble avoir exclu les procédures de modification de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁰ au profit d'une procédure *sui generis* (II). Finalement, nulle part dans le *Renvoi* ne lit-on que la sécession du Québec ne serait légale que si la Constitution du Canada était effectivement modifiée à cette fin ; plusieurs motifs laissent plutôt à penser que le Québec pourrait légitimement faire sécession en cas d'échec des négociations (III).

I. La possibilité de négociations postréférendaires bilatérales

Selon le gouvernement fédéral, Ottawa et les neuf autres provinces devraient se joindre au Québec autour de la table des négociations consti-

⁵ [1998] 2 R.C.S. 217 (ci-après le « *Renvoi* »).

⁶ *Id.*, par. 92.

⁷ *Id.*, par. 153.

⁸ *Id.*, par. 88.

⁹ *Id.*, par. 90-93.

¹⁰ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, c. 11 (R.-U.).

tutionnelles relatives à la sécession du Québec. Or, la Cour suprême est loin d'être aussi catégorique à cet effet. Comme le souligne le professeur Sujit Choudhry, la Cour formule « plusieurs énoncés à propos des parties, impliquant le Québec et des combinaisons changeantes d'autres parties »¹¹.

À la défense du Procureur général du Canada, la Cour évoque effectivement de manière ponctuelle des négociations entre le Québec et « les autres provinces et le gouvernement fédéral »¹². Cela dit, il ne s'agit là que d'une des nombreuses nomenclatures que fait la Cour des interlocuteurs du Québec – si nombreuses, en fait, qu'on peut demeurer perplexe quant à l'identité définitive des parties aux négociations. La Cour mentionne ainsi « les participants à la fédération »¹³, les « participants à la Confédération »¹⁴, « les parties formant la Confédération »¹⁵, « d'autres participants au niveau fédéral ou provincial »¹⁶, les « représentants du peuple élus démocratiquement »¹⁷, le « Canada »¹⁸ ainsi qu'une « claire majorité de l'ensemble du Canada »¹⁹. De même, la Cour suprême énonce certains des intérêts qui devraient être considérés dans le cadre de ces négociations, parmi lesquels on compte les « intérêts du gouvernement fédéral, du Québec et des autres provinces, d'autres participants, ainsi que [les] droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec »²⁰, les « intérêts économiques régionaux »²¹, les « intérêts (publics et privés) nationaux »²², ainsi que ceux des minorités²³ et des Autochtones²⁴.

Dans son mémoire d'appel, le Procureur général du Canada ne retient donc qu'une seule des formulations aussi diverses qu'hétérogènes que

¹¹ Sujit CHOUHRY, « Ackerman's Higher Lawmaking in Comparative Constitutional Perspective. Constitutional Moments as Constitutional Failures? », (2008) 6 *Int. J. Constitutional Law* 193, 227 (traduction).

¹² *Renvoi*, par. 86. Voir aussi par. 88 et 103.

¹³ *Id.*, par. 110. Voir aussi par. 150.

¹⁴ *Id.*, par. 149. Voir aussi par. 150.

¹⁵ *Id.*, par. 88.

¹⁶ *Id.*, par. 103.

¹⁷ *Id.*, par. 88. Voir aussi par. 101.

¹⁸ *Id.*, par. 155.

¹⁹ *Id.*, par. 93. Voir aussi par. 152.

²⁰ *Id.*, par. 92. Voir aussi par. 151.

²¹ *Id.*, par. 96.

²² *Id.*

²³ *Id.*, par. 77. Voir aussi par. 151.

²⁴ *Id.*, par. 139. Voir aussi par. 96.

propose la Cour en lien avec les parties devant s'asseoir à la table des négociations – sans parler des parties dont les intérêts seraient affectés par l'issue de ces pourparlers. Pourquoi privilégier cet énoncé précis? De nombreuses autres formulations auraient pourtant été tout aussi fidèles au texte du *Renvoi*.

En continuité avec le fil rouge de son argumentaire, on peut penser que le Procureur général a voulu se rattacher au libellé des procédures de modification de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Or, si la Cour suprême avait elle-même cherché à calquer l'identité des parties sur le texte de la Constitution du Canada, elle y aurait nécessairement inclus les peuples autochtones. Comme leurs intérêts seraient supposément affectés par la sécession du Québec²⁵, une lecture purement textuelle de la *Loi constitutionnelle de 1982* aurait amené la Cour à leur faire une place à la table des négociations²⁶. Considérant que tel n'est pas le cas, cependant, il serait incohérent de penser que c'est par fidélité à la lettre de la Constitution du Canada que la Cour suprême mentionne le fédéral et les autres provinces.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 10, art. 35.1. Voir notamment Robert YOUNG, *La sécession du Québec et l'avenir du Canada*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1995, p. 217-219; Patrick TAILLON, *Les obstacles juridiques à une réforme du fédéralisme*, Montréal, Institut de recherche sur le Québec, 2007, p. 28 et 29; José WOEHLING, « Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec », dans Claude CORBO (dir.), *Mise à jour des études sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, vol. 2, 2e partie, Québec, Secrétariat du Québec aux relations canadiennes, 2002, p. 1, aux p. 23, 85 et 86; Peter HOGG, « The Difficulty of Amending the Constitution of Canada », (1993) 31 *Osgoode Hall L.J.* 41, 59. Certains auteurs envisagent même que le consentement des peuples autochtones à une telle modification pourrait être requis sur le plan juridique, ou à tout le moins politique. Voir notamment Catherine MATHIEU, « L'initiative constitutionnelle comme élément déclencheur de la réforme du fédéralisme canadien », Concours de la famille Baxter sur le fédéralisme, 2019, Université McGill, p. 15-21, en ligne: <https://mcgill.ca/law/files/law/2019-baxter_initiative-constitutionnelle_catherine-mathieu.pdf> (consulté le 4 avril 2020); Benoît PELLETIER, « La modification et la réforme de la Constitution canadienne », (2017) 47 *R.G.D.* 459, 495, 497 et 498; Benoît PELLETIER, « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada », (1999) 33 *R.J.T.* 1, 20-25; Patrick MONAHAN, « The Law and Politics of Quebec Secession », (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 1, 15-17; Peter RUSSEL et Bruce RYDER, *Ratifying a Postreferendum Agreement on Quebec Sovereignty*, Toronto, Institut C.D. Howe, 1997, p. 23 et 24; Neil FINKELSTEIN et George VEGH, *The Separation of Quebec and the Constitution of Canada*, North York, York University Centre for Public Law and Public Policy, 1992, p. 27-32.

De plus, la lecture du Procureur général s'accorde bien mal avec l'esprit du *Renvoi* puisque dans les faits, l'interprétation du gouvernement fédéral désavoue l'équilibre que la Cour tente d'établir entre la démocratie, d'une part, et le constitutionnalisme et la primauté du droit, d'autre part. Aux dires de la Cour elle-même, les « modifications requises pour parvenir à une sécession pourraient être vastes et radicales »²⁷. Admettant que ces changements à l'ordre constitutionnel canadien représenteraient à eux seuls un défi considérable, ce défi deviendrait insurmontable si le fédéral et les neuf autres provinces devaient participer aux négociations.

En effet, la Cour suprême fonde le *Renvoi* sur quatre principes constitutionnels sous-jacents qui ressortent de « l'évolution de nos arrangements constitutionnels »²⁸. Ainsi, la Cour reconnaît au « Québec le droit de chercher à réaliser la sécession »²⁹ et prescrit l'obligation corrélative de négocier³⁰ en étant bien au fait des « échecs persistants dans la recherche d'un accord sur la modification de la Constitution, dont il y a lieu de se préoccuper »³¹. La Cour fait ici illusion au fait qu'aucune modification substantielle n'a pu être apportée à la Constitution du Canada par la voie d'une procédure multilatérale depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*³². L'accord du lac Meech est devenu caduc en 1990 après que les assemblées législatives du Manitoba et de Terre-Neuve-et-Labrador eurent refusé de l'entériner. Pour sa part, l'Accord de Charlottetown de 1992 a péri après avoir échoué au test référendaire dans six provinces et un territoire³³. Les accords du lac Meech et de Charlottetown, pourtant, visaient à apporter des modifications *mineures* à la Constitution du Canada, principalement afin que le Québec rejoigne le giron constitutionnel canadien après le coup de force

²⁷ *Renvoi*, par. 84.

²⁸ *Id.*, par. 48.

²⁹ *Id.*, par. 92.

³⁰ *Id.*, par. 88.

³¹ *Id.*, par. 137. Voir aussi par. 150.

³² *Id.*, par. 150. Les modifications approuvées en 1983 concernaient uniquement les peuples autochtones – l'Assemblée nationale et le gouvernement du Québec ont d'ailleurs refusé de prendre part au processus de ratification. Voir *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution du Canada*, (1984) TR/84-102 (Gaz. Can. II) ; B. PELLETIER, préc., note 26, 473, n. 45.

³³ La ratification de l'accord de Charlottetown avait été rendue conditionnelle à son approbation lors d'un référendum organisé dans les dix provinces et les deux territoires existant alors. Au Québec, le vote fut tenu suivant la *Loi sur la consultation populaire*, RLRQ, c. C-64.1. Partout ailleurs du Canada, le référendum fut organisé en vertu de la *Loi référendaire*, L.C. 1992, c. 30.

de 1982. *A fortiori*, d'aucuns seraient tentés de penser que des négociations multilatérales tueraient dans l'œuf tout projet qui impliquerait des modifications *majeures* visant à donner effet à la *sécession* du Québec. À l'international, aucun des États ayant effectivement fait sécession depuis 1800 n'a négocié sa partition avec ne serait-ce qu'une seule des autres sous-entités territoriales de son ancien État central³⁴.

Si elles étaient retenues, les prétentions du Procureur général reviendraient donc à imposer une camisole de force au Québec et à répudier l'effectivité de son « droit à chercher à réaliser la sécession »³⁵. Une telle perspective placerait le Québec face à un dilemme cornélien entre, d'une part, demeurer au Canada et respecter le principe du constitutionnalisme et de la primauté du droit et, d'autre part, faire sécession unilatéralement et maintenir le principe démocratique³⁶. Dans un cas comme dans l'autre, des principes constitutionnels sous-jacents seraient ignorés, ce contre quoi la Cour suprême met bien en garde les parties³⁷.

De surcroît, le fait d'inclure le fédéral et les autres provinces à la table des négociations pourrait s'avérer aussi préjudiciable pour le reste du Canada que pour le Québec. Le Procureur général semble négliger la possibilité bien réelle que les différends les plus épineux ne concernent pas le Québec, mais plutôt diverses autres parties issues du reste du Canada. En modifiant la Constitution du Canada, après tout, c'est *leur* loi fondamentale qui s'en trouverait transformée. Comme le souligne Alan Cairns, deux pays naîtraient de ces négociations: le Québec et le « Nouveau Canada »³⁸. Dans cette optique, il serait aisé d'imaginer que le Québec soit parfaitement indifférent à propos des termes d'une quelconque modification à apporter à la Constitution du Canada, mais que le reste du pays se scinde en deux blocs sur la question. Les négociations prendraient alors une tournure kafkaïenne et seraient bloquées non pas parce que le Québec chercherait à « dicter aux

³⁴ Voir Anthony BEAUSÉJOUR, « Cases of Secession since 1900 and their Governing Constitutional Frameworks Towards Secession. Empirical Paper Series on Secession and Constitutionalism, Paper 2 of 2 », (2019) 13 *Vienna J. Int. Constitutional L.* 237.

³⁵ *Renvoi*, par. 92.

³⁶ Sujit CHOUDHRY et Robert HOWSE, « Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference », (2000) 13 *Can. J.L. Juris* 143, 166.

³⁷ *Renvoi*, par. 90-93.

³⁸ Alan CAIRNS, « The Quebec Secession Reference. The Constitutional Obligation to Negotiate », (1998) 10 *Constitutional Forum* 26, 28-20.

autres parties les conditions d'une sécession»³⁹, mais plutôt parce que le reste Canada serait incapable de s'accorder sur les modalités de sa nouvelle union. Même la plus petite des provinces pourrait théoriquement paralyser les négociations, car selon le Procureur général, l'unanimité du fédéral et des autres provinces serait potentiellement requise à la conclusion d'un accord de modification. Pourtant prêt à accepter toute proposition sur cet enjeu particulier, le Québec se retrouverait à vivre par procuration les conflits internes du pays qu'il chercherait par ailleurs à quitter.

Pour le reste du Canada, le danger d'un tel scénario serait ultimement de légitimer la sécession unilatérale du Québec. L'histoire démontre que la Constitution du Canada représente une boîte de Pandore qu'on peut difficilement ouvrir en espérant satisfaire tout un chacun. Multiplier les interlocuteurs du Québec, ce serait accroître d'autant les chances qu'une des parties bloque les négociations, soit par sa mauvaise foi, soit par ses divergences sincères avec le reste du pays sur un enjeu à propos duquel le Québec serait indifférent⁴⁰. Ce faisant, c'est la légitimité de toutes les parties issues du reste du Canada qui s'en trouverait atteinte, augmentant les chances du Québec d'être reconnu sur la scène internationale⁴¹. Suivant le principe de l'effectivité, cette reconnaissance ne validerait pas la sécession du Québec *ex post facto*, certes, mais contribuerait néanmoins à consacrer sa souveraineté de manière prospective.

Or, la Cour semble offrir une solution aux écueils ci-haut mentionnés. En concluant que le fédéral et les autres provinces ne pourraient ignorer le désir légitime du Québec de devenir indépendant – pas plus que le Québec ne pourrait dicter les conditions de sa sécession – la Cour écrit :

Peut-on concilier le rejet de ces deux propositions? Oui, si l'on comprend bien qu'aucun des droits ou principes en question ici n'est absolu et qu'aucun ne peut exclure les autres. [...] Le processus de négociation [...] exigerait la conciliation de divers droits et obligations *par les représentants de deux majorités légitimes, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit*. On ne peut admettre que l'une ou l'autre de ces majorités l'emporte sur l'autre. Une majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits.⁴²

³⁹ *Renvoi*, par. 94.

⁴⁰ Voir J. WOEHRLING, préc., note 26, p. 129.

⁴¹ *Renvoi*, par. 103.

⁴² *Id.*, par. 93 (italiques ajoutés). Voir aussi par. 152.

La Cour semble ici rassembler en une caractérisation unique les descriptions aussi diverses qu'hétérogènes qu'elle fait des parties. Les « autres provinces et le gouvernement fédéral », les « participants à la fédération », les « parties formant la Confédération », les « représentants du peuple élus démocratiquement », « le Canada » : toutes ces descriptions en apparence irréconciliables peuvent se subsumer dans la « majorité de l'ensemble du Canada », et ce, alors que l'inverse ne tient pas. De surcroît, la Cour parle de la « *claire* majorité de l'ensemble du Canada *quelle qu'elle soit.* » La Cour précise bien que l'obligation du reste du Canada de négocier la sécession du Québec ne naîtrait qu'en réponse à une tentative *légitime* en ce sens, qui passerait notamment par le biais d'une « majorité claire » exprimée lors d'un référendum⁴³. Or, il ressort du *Renvoi* que toutes les parties – et pas seulement le Québec – devraient maintenir leur légitimité tout au long du processus de négociation⁴⁴.

On pourrait donc comprendre de ce qui précède que tout comme le Québec, le reste du Canada devrait établir une majorité claire dont les revendications pourraient être portées par une « équipe de négociation conjointe fédérale-provinciale »⁴⁵, selon Sujit Choudhry. Les intérêts multiples et possiblement divergents qui feraient l'objet des négociations post-référendaires devraient être catalysés dans l'une ou l'autre de deux majorités légitimes : celle du Québec ou celle du reste du Canada, chacune d'un même poids juridique et politique⁴⁶. Comme l'écrit Rob Normey, « les gouvernements individuels, tant fédéral que provinciaux, devront fusionner leurs identités propres en une identité commune »⁴⁷. Après qu'un référendum aurait tiré au clair « what does Quebec want », il incomberait au reste du pays de se présenter à la table des négociations en ayant préalablement déterminé « what does Canada want », pour emprunter à Robert Bourassa⁴⁸.

⁴³ *Id.*, par. 92 et 93.

⁴⁴ *Id.*, par. 93, 95, 103 et 152.

⁴⁵ S. CHOUDHRY, préc., note 11, 217, note 101.

⁴⁶ Gregory MILLARD, « The Secession Reference and National Reconciliation. A Critical Note », (1999) 14 *C.J.L.S.* 1, 17 et 18.

⁴⁷ Rob NORMEY, « Last Tango in Ottawa », (1999) 23 *L. Now* 10, 14 (traduction). Vu la réalité politique qui prévaudrait alors probablement, Alan Cairns est d'avis que le fédéral aurait un rôle prépondérant à jouer au sein de cette identité commune. Voir A. CAIRNS, préc., note 38, 28.

⁴⁸ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 1^{re} sess., 34^e légis., 22 juin 1990, p. 4134 (M. Robert Bourassa).

Gregory Millard voit là une affirmation de la dualité canadienne⁴⁹, qui a aussi servi de toile de fond à un certain nombre d'autres décisions de la Cour suprême⁵⁰. Selon le professeur Millard, la dualité canadienne représenterait un cinquième principe sous-jacent à la Constitution du Canada, sur un pied d'égalité avec les quatre principes identifiés par la Cour dans le *Renvoi*. Si la Cour ne mentionne pas expressément ce principe, on peut néanmoins en déceler l'influence manifeste sur la genèse du principe du fédéralisme :

Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n'est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867.⁵¹

Force est donc d'admettre que la perspective de négociations bilatérales est à tout le moins aussi plausible – et certainement plus riche en droit – que le processus multilatéral défendu par le Procureur général du Canada. La thèse des négociations bilatérales permet de donner un sens intégrateur aux divers énoncés de la Cour relatifs à l'identité des parties. La nécessité pour le reste du Canada de former une majorité claire qui servirait d'interlocutrice au Québec offrirait aux négociations une véritable expectative de succès, incitant ainsi les parties à agir en conformité avec les normes constitutionnelles applicables. Cette lecture devient plus crédible encore en réalisant que la Cour suprême semble avoir écarté les procédures formelles

⁴⁹ G. MILLARD, préc., note 46, p. 17.

⁵⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21 ; *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549 ; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460. Voir aussi Sébastien GRAMMOND, « Compact is Back. The Supreme Court of Canada's Revival of the Compact Theory of Confederation », (2016) 53 *Osgoode Hall L.J.* 799 ; Catherine MATHIEU et Patrick TAILLON, « Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle », (2015) 60 *R.D. McGill* 763 ; Frédéric LÉVESQUE, « L'alternance au poste de Gouverneur général et la dualité canadienne. Règle de politesse ou convention constitutionnelle ? », (2007) 37 *R.G.D.* 301 ; Benoît PELLETIER, « Les rapports de force entre les majorités et les minorités de langue officielle au Canada », (1994) 24 *R.D.U.S.* 255 ; Robert DÉCARY, « La Cour suprême et la dualité canadienne », (1979) 57 *R. du B. can.* 702.

⁵¹ *Renvoi*, par. 59.

de modification prévues à la *Loi constitutionnelle de 1982* au profit d'une procédure exceptionnelle taillée sur mesure pour l'éventuelle sécession du Québec.

II. La perspective d'une procédure de modification *sui generis*

La sécession, de plaider Ottawa dans son mémoire, ne pourrait être réalisée que par « l'adoption d'une modification conformément à l'une ou plusieurs procédures *multilatérales* prévues à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* »⁵². En l'occurrence, la Partie V prévoit cinq procédures de modification, dont seulement deux sont multilatérales et concordent donc avec les prétentions d'Ottawa. La première, dite procédure de l'unanimité⁵³, exige que la modification soit approuvée par le Parlement du Canada et par les assemblées législatives des dix provinces. La seconde, dite procédure du 7/50⁵⁴, requiert l'assentiment du Parlement du Canada ainsi que des assemblées législatives d'au moins sept provinces représentant minimalement 50 % de la population canadienne.

La Cour suprême enseigne effectivement que la sécession d'une province requerrait de modifier la Constitution du Canada⁵⁵. Or, une telle modification s'accommoderait bien mal des procédures multilatérales de la Partie V, à commencer par celle de l'unanimité, qui accorderait fonctionnellement un droit de veto sur la sécession du Québec au fédéral et à chacune des autres provinces. Selon un juge qui siégeait à la Cour suprême à l'époque du *Renvoi*, il s'agissait là de l'éventualité que la Cour voulait éviter à tout prix: « Nous n'allions pas affirmer que la volonté démocratique des Québécois était assujettie à celle de toutes les autres provinces. »⁵⁶ Alan Cairns estime par ailleurs qu'en suggérant que les négociations devraient se tenir entre « deux majorités légitimes », la Cour semble exclure à la fois

⁵² Mémoire du mis en cause Procureur général du Canada, préc., note 4, par. 48 (italiques ajoutés).

⁵³ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 10, art. 41.

⁵⁴ *Id.*, art. 38 et 42.

⁵⁵ *Renvoi*, par. 84.

⁵⁶ Propos rapportés par Jeremy WEBBER, « Canada's Agonistic Constitution. Themes, Variations, Tensions, and Their On-Going Reconciliation », (2017) 1 *ELTE L.J.* 13, 23 (traduction).

la procédure de l'unanimité et celle du 7/50⁵⁷, conclusion à laquelle adhère également Guy Tremblay⁵⁸.

Au demeurant, on peut même se demander si la Partie V s'appliquerait aux modifications à apporter à la Constitution du Canada en cas de sécession du Québec. En effet, la Cour suprême n'évoque ni l'existence de la Partie V, ni même celle des procédures qu'elle prévoit⁵⁹. Dans les mots de Guy Tremblay, aucune « des dispositions de la Loi de 1982 d'où résultent les procédures de modification de la Constitution du Canada n'est jamais citée, ni mentionnée, ni évoquée »⁶⁰. Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet constatent en effet que la Cour « se dégage des règles techniques incluses dans la Loi de 1982 »⁶¹. Pour Bruce Ryder, ce « silence soigneusement conçu suggère qu'au moins certains membres de la Cour doutaient que la Partie V s'applique à la sécession »⁶².

En effet, l'hypothèse selon laquelle la Cour aurait entendu soumettre ces modifications aux règles textuelles de la *Loi constitutionnelle de 1982* serait incohérente avec le fait qu'elle n'ait pas désigné les peuples autochtones comme parties aux négociations⁶³. Cette hypothèse serait par ailleurs incompatible avec l'esprit même du Renvoi. Pour s'en convaincre, il faut se rapporter à la question principale qui était soumise à la Cour, à savoir si le Québec peut, « en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à [sa] sécession »⁶⁴. À ce titre, la Cour établit clairement que la sécession du Québec requerrait de modifier la Constitution. Dans l'hypothèse où la Partie V aurait trouvé application en l'espèce, la Cour aurait simplement pu déterminer si les modifications constitutionnelles requises par la sécession du Québec s'accommoderaient de la procédure de modification unilatérale mise à la disposition des provinces ou si, au contraire, elles

⁵⁷ A. CAIRNS, préc., note 38, 27.

⁵⁸ GUY TREMBLAY, « La procédure implicite de modification de la Constitution du Canada pour le cas de la sécession du Québec », (1998) 58 *R. du B.* 423, 428-431.

⁵⁹ S. CHOUDHRY, préc., note 11, 227.

⁶⁰ G. TREMBLAY, préc., note 58, 424.

⁶¹ HENRI BRUN, GUY TREMBLAY et EUGÉNIE BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 242 et suiv.

⁶² BRUCE RYDER, « A Court in Need and a Friend Indeed. An Analysis of the Arguments of the Amicus Curiae in the Quebec Secession Reference », (1998) 10 *Constitutional Forum* 9, 12 (traduction).

⁶³ *Supra*, texte accompagnant les notes 25 et 26.

⁶⁴ *Renvoi*, par. 2.

requerraient l'assentiment du fédéral ou d'autres provinces en vertu de quelque autre procédure. Cette approche aurait été non seulement plus simple et plus directe, mais aussi plus fidèle au texte de la Constitution. Or, la Cour souligne qu'« il existe des raisons impératives d'insister sur la *primauté de notre Constitution écrite* »⁶⁵, les principes constitutionnels doivent parfois « *combler les vides* des dispositions expresses du texte constitutionnel »⁶⁶. En fondant sa décision sur les principes non écrits plutôt que sur le texte de la Constitution, la Cour semble implicitement confirmer que la Partie V ne saurait régir la sécession du Québec⁶⁷. Comme l'indiquera plus tard la Cour d'appel du Québec :

Il est clair que la Cour suprême a énoncé ces principes afin de répondre aux questions précises soulevées par le pourvoi et parce qu'aucune réponse explicite n'existait dans la Constitution écrite. On doit donc constater que c'est uniquement parce qu'il y avait silence de la Constitution écrite au sujet du droit à une sécession unilatérale que la Cour a dû se référer à des principes non écrits pour être en mesure de donner une réponse à la première question.⁶⁸

Sujit Choudhry estime qu'il faut interpréter cette omission « à la lumière d'un échec constitutionnel »⁶⁹. L'échec le plus évident ressortirait d'un éventuel référendum victorieux pour l'option indépendantiste : selon la Cour, il s'agirait là d'un « rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant »⁷⁰. Indépendamment d'une telle éventualité, toutefois, c'est à mots à peine couverts que la Cour évoque un deuxième échec constitutionnel, celui-là bien réel : celui de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour insiste que dans « notre tradition constitutionnelle, légalité et légitimité sont liées »⁷¹. Ainsi, « un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité »⁷². En conséquence, selon la Cour :

⁶⁵ *Id.*, par. 53 (italiques ajoutés).

⁶⁶ *Id.* (italiques ajoutés), citant *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, 462 et 463. Voir aussi *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 93-95.

⁶⁷ Voir S. CHOUDHRY, préc., note 11, 226 et 227 ; S. CHOUDHRY et R. HOWSE, préc., note 36, 155 et 156.

⁶⁸ *Ville de Westmount c. Procureur général du Québec*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.), par. 82.

⁶⁹ S. CHOUDHRY, préc., note 11, 215 (traduction).

⁷⁰ *Renvoi*, par. 88.

⁷¹ *Id.*, par. 33.

⁷² *Id.*, par. 67.

Un gouvernement constitutionnel est nécessairement fondé sur l'idée que les représentants politiques du peuple d'une province ont la possibilité et le pouvoir de prendre, au nom de la province, l'engagement pour l'avenir de respecter les règles constitutionnelles qui sont adoptées.⁷³

Or, la Cour reconnaît les conséquences majeures de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* – et tout particulièrement de sa Partie V – en dépit de l'opposition du Québec. Ce coup de force a « eu un effet important en ce que, malgré le refus du gouvernement du Québec de souscrire à leur adoption, le Québec est devenu lié par les termes d'une Constitution qui est différente de celle qui était en vigueur jusque-là, notamment quant aux dispositions régissant sa modification »⁷⁴. Non seulement le Québec n'a-t-il jamais consenti à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷⁵, mais sa Partie V a également failli à permettre quelque modification qui aurait permis au Québec de rejoindre le giron constitutionnel canadien. En conséquence, le Québec n'aurait accordé aucune légitimité à une décision fondée sur la Partie V. En basant le *Renvoi* sur celle-ci, la Cour suprême aurait manqué à son devoir de faire respecter la primauté du droit et de canaliser les acteurs politiques dans ce même sens⁷⁶.

Vu sa décision apparemment délibérée d'écartier la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, plusieurs estiment que la Cour suggère la création d'une nouvelle procédure de modification en cas de sécession du Québec⁷⁷. Les professeurs Brun, Tremblay et Brouillet écrivent qu'il est « possible de comprendre l'Avis de la Cour suprême sur la sécession comme laissant place à une procédure spéciale implicite pour le cas de la sécession du Québec »⁷⁸. Bruce Ryder abonde dans le même sens, interprétant l'exigence de tenir des négociations entre deux majorités comme une suggestion « que la Cour pourrait envisager une procédure de modification bilatérale ou binationale

⁷³ *Id.*, par. 76.

⁷⁴ *Id.*, par. 47 (italiques ajoutés).

⁷⁵ Voir *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1983] 2 R.C.S. 793.

⁷⁶ S. CHOUDHRY, préc., note 11, 220, 222, 224, 225 et 227; S. CHOUDHRY et R. HOWSE, préc., note 36, 166 et 167. Plus généralement, sur les notions de légitimité et de confiance constitutionnelles, voir C. MATHIEU et P. TAILLON, préc., note 50, 785 et 786.

⁷⁷ Benoît PELLETIER, « Amending the Constitution of Canada », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 253, à la p. 264, note 51.

⁷⁸ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 61, p. 242 et suiv. Voir aussi G. TREMBLAY, préc., note 58.

beaucoup moins encombrante que ne le sont les procédures du 7/50 ou de l'unanimité»⁷⁹. Jacques-Yvan Morin souligne que la Cour suprême propose ainsi une distinction entre les négociations bilatérales issues d'un mandat populaire de réaliser la souveraineté et les négociations constitutionnelles régulières entre les dix provinces et Ottawa du type «Fulton-Favreau-Victoria-Longs-Couteaux-Meech-Charlottetown...»⁸⁰ Le professeur Penney croit en effet que le *Renvoi* implique «d'importantes modifications en dehors des procédures formelles de modification de la Partie V de la Constitution canadienne»⁸¹, conclusion à laquelle adhèrent notamment Donna Greschner⁸² et José Woehrling⁸³. Pour Sujit Choudhry, les «procédures de modification constitutionnelle» sont donc «inaptes à régir le processus de séparation du Québec du Canada»⁸⁴. Devant cet «échec des procédures de modification constitutionnelle prévues à la Constitution canadienne», «on doit reconnaître – et la Cour l'a presque affirmé elle-même – que la Cour a inséré une nouvelle “clause de sécession” dans la Constitution canadienne»⁸⁵.

Comme le souligne Alan Cairns, le Québec ne serait pas le seul nouveau pays à naître de sa sécession: son départ créerait aussi *de facto* un «Nouveau Canada»⁸⁶. Plus encore que simplement modifiée, la Constitution du Canada devrait donc être refondue. Des changements d'une telle ampleur s'accommoderaient bien mal des procédures de modification de la Partie V. Il s'agit là d'une distinction capitale que connaissent plusieurs constitutions étrangères entre les notions de modification et de révision constitutionnelles⁸⁷. C'est ainsi que la professeure Greschner estime que la

⁷⁹ B. RYDER, préc., note 62, 12 (traduction).

⁸⁰ Jacques-Yvan MORIN, «Préface», dans Marc BRIÈRE (dir.), *Le Québec, quel Québec? Dialogues avec Charles Taylor, Claude Ryan et quelques autres sur le libéralisme et le nationalisme québécois*, Montréal, Stanké, 2001, p. 1, à la p. 26.

⁸¹ Jonathon PENNEY, «Deciding in the Heat of the Constitutional Moment. Constitutional Change in the Quebec Secession Reference», (2005) 28 *Dalhousie L.J.* 217, 224 (traduction).

⁸² Donna GRESCHNER, «The Quebec Secession Reference. Goodbye to Part V?», (1998) 10 *Constitutional Forum* 19.

⁸³ José WOEHLING, «La modification par convention constitutionnelle du mode de désignation des sénateurs canadiens», (2008) 39 *R.D.U.S.* 115, 127.

⁸⁴ S. CHOUDHRY, préc., note 11, 227 (traduction). Voir aussi S. CHOUDHRY et R. HOWSE, préc., note 36, 163, note 70.

⁸⁵ S. CHOUDHRY, préc., note 11, 219 et 220 (traduction).

⁸⁶ Voir A. CAIRNS, préc., note 38, 28-30 (traduction).

⁸⁷ Voir Jonathan MARSHFIELD, «Amendment Creep», (2016) 115 *Mich. L.R.* 215, 259.

Cour a voulu faciliter les suites d'un éventuel référendum gagnant en écartant les procédures de modification de la Partie V, tout particulièrement si celles-ci faisaient obstacle à une transition pacifique pour le Québec et le reste du Canada⁸⁸.

Sans pour autant préciser le fin détail de la procédure de révision constitutionnelle *sui generis* adéquate, la Cour suprême semble donc avoir écarté l'application de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans l'éventualité de la sécession du Québec. La Cour s'est ainsi gardée « de toute conclusion quant à l'application possible d'une procédure précise pour faire sécession tant qu'il n'existe pas suffisamment de faits clairs soulevant une question justiciable »⁸⁹. Comme ces « faits clairs » n'existent toujours pas à ce jour, la Cour d'appel du Québec risque de s'imposer la même règle de prudence dans l'affaire *Henderson*.

III. La sécession en cas d'échec des négociations

Le Procureur général du Canada s'aventure également plus loin que le *Renvoi* ne l'y autorise en affirmant que la sécession du Québec ne serait légale que si la Constitution du Canada était effectivement modifiée à cette fin. Il convient de nouveau de se rapporter à la question précise qu'Ottawa avait soumise à la Cour suprême dans le cadre du *Renvoi*, à savoir si le Québec peut, « en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à [sa] sécession »⁹⁰.

La Cour répond à cette question par la négative: le droit canadien interdit au Québec de faire sécession unilatéralement. La Cour prend toutefois bien soin de définir ce qu'elle entend par « unilatéralement »:

Le caractère « unilatéral » de l'acte est de première importance, et il faut bien comprendre le sens donné à ce mot. [...] Ce qui est revendiqué comme droit de faire « unilatéralement » sécession est plutôt le droit de *procéder à la sécession sans négociations préalables* avec les autres provinces et le gouvernement fédéral.⁹¹

⁸⁸ D. GRESCHNER, préc., note 82, 23.

⁸⁹ *Renvoi*, par. 105.

⁹⁰ *Id.*, par. 2.

⁹¹ *Id.*, par. 86 (italiques ajoutés).

Cette caractérisation n'est pas fortuite: la Cour martèle à plusieurs reprises que la sécession du Québec ne serait illégale qu'en l'absence de *négo-ciations* préalables basées sur les quatre principes constitutionnels identifiés dans le *Renvoi*⁹². Absolument nulle part la Cour n'indique-t-elle que la sécession du Québec serait unilatérale – et donc illégale – en l'absence de modifications constitutionnelles. Comme l'indique José Woehrling, cette définition constitue

un point tournant du jugement, car la Cour prête au mot « unilatéralement » un sens manifestement différent de celui que lui donnait le gouvernement fédéral qui a formulé la question. Ce dernier, comme les positions qu'il a adoptées devant la Cour le montrent, considérerait qu'une sécession serait unilatérale si elle ne respectait pas les dispositions précises de la Constitution qui prévoient la procédure de modification constitutionnelle (Partie V, art. 38 à 49, de la *Loi constitutionnelle de 1982*). Pour la Cour, une sécession unilatérale serait plutôt une sécession « sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral ». ⁹³

Michel Seymour souligne que la Cour adopte ainsi une « définition inusitée du mot “unilatéralement”. Le terme signifie habituellement “indépendamment du consentement de l'autre partie”. En l'occurrence, toutefois, la Cour le définit plutôt comme impliquant “sans négociations préalables”. »⁹⁴ Selon le professeur Seymour, la Cour adopte cette définition afin de pouvoir répondre par la négative à la principale question du *Renvoi* et ainsi donner « au gouvernement fédéral la réponse qu'il voulait entendre »⁹⁵. Mais en empruntant cette voie, d'expliquer Donna Greschner, la Cour laisse à penser que des négociations constitutionnelles de bonne foi suffiraient à rendre la sécession du Québec valide en droit canadien – que ces négociations débouchent ou non sur une modification effective de la Constitution du Canada :

La sécession unilatérale n'est pas celle qui est faite en contravention des procédures de modification de la Partie V, mais plutôt celle qui est faite sans négo-

⁹² *Id.*, par. 86, 104, 106 et 149.

⁹³ J. WOEHRLING, préc., note 26, p. 67 et 68. Voir aussi Patrick TAILLON et Alexis DESCHÈNES, « Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien. L'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels », (2012) 54 *C. de D.* 461, 470.

⁹⁴ Michel SEYMOUR, « Le *Renvoi* sur la sécession du Québec. Un regard critique », (2015) 6 *R. québécoise D. constitutionnel* 73, 74.

⁹⁵ *Id.*

ciations de principe au préalable. Inversement, une sécession non unilatérale est précédée par des négociations et, pour employer l'expression de la Cour, sera « considérée un acte légal. »⁹⁶

S'appuyant sur l'énoncé suivant lequel la « Constitution n'est pas un carcan »⁹⁷, la professeure Greschner soumet donc l'hypothèse que si « des négociations basées sur les principes ne résultent pas en une modification permettant la sécession, une déclaration de souveraineté serait légale au terme des négociations »⁹⁸. Suivant cette théorie, « Québec peut légalement faire sécession sans obtenir le consentement des autres parties à la Confédération et sans justifier sa décision puisqu'il a rempli son obligation constitutionnelle d'engager des négociations de principe. »⁹⁹ C'est précisément l'interprétation que privilégie la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Alliance Québec* :

La Constitution exige aussi, advenant qu'une majorité des citoyens canadiens domiciliés au Québec se prononcent en faveur du retrait du Québec de la fédération canadienne, que le gouvernement du Québec entreprenne des négociations avec le reste du Canada sur les modifications à apporter à la Constitution afin de donner effet à la volonté populaire [...]. *Ce n'est que si cette négociation est infructueuse que le Parlement du Québec pourra choisir de faire une déclaration unilatérale d'indépendance valide au sens de la Constitution* et qui lierait, par voie de conséquence, les institutions politiques du reste du Canada (*Renvoi relatif à la sécession*).¹⁰⁰

Durant les audiences du *Renvoi*, le juge en chef Lamer s'était enquis auprès l'avocat du gouvernement du Canada quant à l'éventualité où « des négociations de bonne foi aboutissaient à une impasse sur une question insoluble telle que la division du territoire »¹⁰¹. En réponse, M^e Yves Fortier avait indiqué que dans ce cas, « le gouvernement du Canada ne ferait pas obstacle à l'expression claire d'une majorité de Québécois de leur désir de faire sécession du Canada »¹⁰². Pour lui, il était invraisemblable qu'il puisse

⁹⁶ D. GRESCHNER, préc., note 82, 22 (traduction).

⁹⁷ *Renvoi*, par. 150.

⁹⁸ D. GRESCHNER, préc., note 82, 22 (traduction).

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Alliance Québec c. Directeur général des élections du Québec*, 2006 QCCA 651, par. 29 (italiques ajoutés).

¹⁰¹ Transcription d'audience, *Renvoi*, 19 février 1998, p. 8 (traduction).

¹⁰² *Id.*, p. 9 (traduction).

même y avoir impasse puisque « la démocratie est effectivement un important principe qui n'existe pas seulement au Québec, mais aussi dans le reste du Canada et qu'une façon serait donc trouvée afin de traiter et de mettre en œuvre la volonté de faire sécession clairement exprimée par les Québécois »¹⁰³.

Le juge Bastarache avait alors questionné M^e Fortier à savoir si « cette expression claire crée un droit légal » ou s'il envisageait plutôt « une obligation politique »¹⁰⁴. Sa réponse ne pouvait être plus claire : « Je vous soumetts que, oui, il pourrait y avoir un moyen légal de dénouer une impasse telle que celle évoquée dans la question du juge en chef. Oui, votre seigneurie, il pourrait y avoir des moyens légaux de gérer une telle situation. »¹⁰⁵ De l'aveu même de l'avocat du gouvernement du Canada, c'est dire qu'en fait comme en droit, il est inenvisageable que le Canada reste « uni à l'encontre de la volonté clairement exprimée des Québécois »¹⁰⁶. Selon M^e Fortier, donc, le Canada ne pourrait pas légalement s'opposer à la sécession du Québec.

Les professeurs Brun, Tremblay et Brouillet expliquent que « si la population du Québec décidait clairement de quitter la fédération canadienne, une convention constitutionnelle obligerait à donner suite à cette volonté »¹⁰⁷. Dominique Neuman précise qu'en vertu de cette convention, le reste du Canada pourrait s'opposer à la sécession du Québec, mais pas indéfiniment : cette prérogative serait ainsi comparable « au pouvoir, absolu en droit mais inexercable en pratique et par convention, du Sénat de rejeter indéfiniment les lois votées par la Chambre des communes ou à celui de la Couronne de refuser sa sanction royale aux lois votées par les élus »¹⁰⁸. Pour Fabien Gélinas, donc, cette convention n'en est pas une « qui *permettrait* la sécession unilatérale du Québec mais une convention qui *interdirait* aux autorités fédérales de s'y opposer en vertu de leurs prérogatives juridiques »¹⁰⁹.

¹⁰³ *Id.*, p. 9 et 10 (traduction).

¹⁰⁴ *Id.*, p. 10 (traduction).

¹⁰⁵ *Id.*, p. 10 (traduction).

¹⁰⁶ *Id.*, p. 14 (traduction).

¹⁰⁷ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 61, p. 242 et suiv.

¹⁰⁸ Dominique NEUMAN, « Le Renvoi à la Cour suprême sur la légalité d'une déclaration unilatérale d'indépendance du Québec. Par convention, le Canada anglais devra reconnaître une déclaration de souveraineté du Québec », *Le Devoir*, Montréal, 14 octobre 1997.

¹⁰⁹ Fabien GÉLINAS, « Les conventions, le droit et la Constitution du Canada dans le renvoi sur la "sécession" du Québec. Le fantôme du rapatriement », (1997) 57 *R. du B.* 291,

Selon Daniel Turp, cette convention se fonde sur le principe démocratique¹¹⁰, fondement auquel les professeurs Brun, Tremblay et Brouillet ajoutent le caractère distinct et historique du peuple québécois¹¹¹. On pourrait aussi évoquer la notion de dualité nationale canadienne¹¹², qui apparaît d'ailleurs en filigrane tout au long du *Renvoi*¹¹³. Quelle qu'en soit la raison d'être, on aurait assisté à la formation de précédents à cette convention constitutionnelle lors des luttes référendaires de 1980 et de 1995 : Ottawa avait alors débattu la proposition d'indépendance sur le fond, sans jamais soulever d'objection constitutionnelle ni intervenir dans le cadre des contestations judiciaires déposées par d'autres¹¹⁴. De plus, cette convention aurait fait l'objet d'une reconnaissance historique continue¹¹⁵, comme l'a reconnu à la Chambre des communes l'ancien ministre fédéral de la Justice et procureur général du Canada Allan Rock :

Les principales personnalités politiques de toutes nos provinces et le public canadien ont convenu depuis longtemps que le pays ne restera pas uni à l'encontre de la volonté clairement exprimée des Québécois. Notre gouvernement est d'accord sur cette position. Cette manière de penser découle en partie de nos traditions de tolérance et de respect mutuel, mais elle existe aussi parce que nous savons instinctivement que la qualité et le fonctionnement même de notre démocratie exigent l'assentiment général de tous les Canadiens.¹¹⁶

336 (italiques originaux). Pour exister, une convention constitutionnelle doit comprendre trois éléments, à savoir 1) des précédents, 2) une raison motivant la pratique qui sous-tend la convention et 3) le sentiment des acteurs concernés d'être liés par la convention. Voir *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 75, 888.

¹¹⁰ Daniel TURP, « Le droit à la sécession. L'expression du principe démocratique », dans Alain-G. GAGNON et François ROCHER (dir.), *Répliques aux détracteurs de la souveraineté du Québec*, Trois-Pistoles, VLB, 1991, p. 40, aux p. 51-55, 62 et 63 ; Daniel TURP, « Quebec's Democratic Right to Self-Determination: A Critical and Legal Reflection », dans *Tangled Web: Legal Aspects of Deconfederation*, Toronto, Institut C.D. Howe, 1992, p. 99, aux p. 103-107.

¹¹¹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 61, p. 242 et suiv.

¹¹² Dans le *Renvoi sur le veto du Québec*, la Cour suprême reconnaît que le principe de la dualité peut servir de raison d'être à une convention constitutionnelle. Voir *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 75, 812-815. Voir aussi Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration of Conflicting Narratives about Law, Democracy, and Identity », (1999) 23 *Vermont L.R.* 793, 808 et 809.

¹¹³ *Supra*, texte accompagnant les notes 49-51.

¹¹⁴ Voir S. CHOUDHRY, préc., note 11, 225.

¹¹⁵ D. NEUMAN, préc., note 108 ; F. GÉLINAS, préc., note 109, 336 et 337.

¹¹⁶ CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, Journal des débats, 2^e sess., 35^e légis., 26 septembre 1996, 10 h 05 (M. Allan Rock) (traduction).

Si l'existence d'une convention constitutionnelle peut ainsi être évoquée, c'est bien parce que le *Renvoi* lui laisse la porte ouverte. La seule forme de sécession que la Cour y juge contraire à la Constitution est la sécession unilatérale, qu'elle décrit invariablement comme celle qui ne ferait pas l'objet de négociations constitutionnelles préalables.

*
* * *

De l'aveu même de la Cour suprême, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* « ne demande pas comment la sécession pourrait être réalisée de façon constitutionnelle, mais vise uniquement une seule forme de sécession, la sécession unilatérale »¹¹⁷. Rien de surprenant, donc, à ce que l'habile clair-obscur qui enveloppe le *Renvoi* puisse se prêter à autant d'interprétations divergentes.

Dans l'affaire *Henderson*, le Procureur général pêche ainsi par excès de confiance en plaidant devant la Cour d'appel que la sécession du Québec ne serait légale qu'à condition que des négociations multilatérales aboutissent à une modification de la Constitution du Canada conforme à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En réalité, les conclusions de la Cour suprême s'accordent tout aussi bien – sinon mieux – avec la perspective de négociations postréférendaires bilatérales, d'une procédure de modification constitutionnelle *sui generis* et de la légalité de la sécession du Québec en cas d'échec des négociations.

De nombreux exemples internationaux démontrent qu'un ordre constitutionnel mature peut très bien permettre la sécession sans chercher à l'entraver indûment. Peu avant le référendum écossais de 2014, par exemple, les gouvernements d'Écosse et du Royaume-Uni ont publié une déclaration commune visant à clarifier les suites du référendum : les parties y indiquaient que si « plus d'électeurs votent "oui" que "non" dans le cadre du référendum, l'Écosse deviendra[it] un pays indépendant »¹¹⁸. Les négociations postréférendaires étaient certes à prévoir, mais les parties s'engageaient néanmoins à donner effet à un éventuel référendum victorieux.

¹¹⁷ *Renvoi*, par. 105.

¹¹⁸ HM GOVERNMENT et THE SCOTTISH GOVERNMENT, *A Joint Statement by the Scottish Government and the United Kingdom Government*, Londres, The Electoral Commission, 2014, p. 10 (traduction).

Ailleurs dans le monde, plusieurs constitutions reconnaissent le droit à la sécession : c'est notamment le cas à Saint-Christophe-et-Niévès¹¹⁹, en Éthiopie¹²⁰, au Liechtenstein¹²¹, en Papouasie-Nouvelle-Guinée¹²² et, s'agissant respectivement du Karakalpakistan et de l'Irlande du Nord, en Ouzbékistan¹²³ et au Royaume-Uni¹²⁴. Tel était également le cas de certaines constitutions historiques dont celles de la Serbie-et-Monténégro¹²⁵, du Soudan¹²⁶ et du Danemark¹²⁷.

En définitive, il semble que l'argumentaire fédéral s'apparente à une récupération des conclusions du *Renvoi* à des fins purement politiques. On ne se surprendra donc pas que l'Assemblée nationale ait condamné d'une voix unanime « la volonté du gouvernement canadien de brimer le droit inaliénable du peuple québécois de choisir librement le statut politique du Québec en le rendant conditionnel à un amendement à la Constitution canadienne »¹²⁸.

Bien qu'au Québec, la fièvre indépendantiste semble aujourd'hui avoir tiédi, l'Europe assiste à un retour en force des mouvements nationalistes qu'on aurait tout récemment cru éteints. La situation en Catalogne illustre d'ailleurs qu'on ne peut espérer tenir indéfiniment le couvercle sur un chaudron qui chauffe à feu doux. Plutôt que de traiter l'affaire *Henderson* comme une question politique, les parties concernées auraient donc intérêt à

¹¹⁹ *Constitution de Saint-Christophe-et-Nevis*, art. 113, 115 et ann. 3.

¹²⁰ *Constitution de l'Éthiopie*, art. 39.

¹²¹ *Constitution du Liechtenstein*, art. 4.

¹²² *Constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée*, art. 338-343.

¹²³ *Constitution de l'Ouzbékistan*, art. 74.

¹²⁴ *Northern Ireland Act 1998*, art. 1 et ann. 1 (R.-U.). Bien que le Royaume-Uni ne dispose pas d'une constitution formelle, certaines lois, incluant le *Northern Ireland Act 1998*, constituent « la structure législative de la Constitution britannique » et donc « des parties fondamentales du droit constitutionnel ». Voir JOINT COMMITTEE ON THE DRAFT CIVIL CONTINGENCIES BILL, *Report and Evidence*, 2002-03, H.L. 184, H.C. 1074, p. 48 et 49 (traduction).

¹²⁵ *Charte constitutionnelle de la Serbie-et-Monténégro*, 2003, art. 60.

¹²⁶ *Constitution du Soudan*, art. 69, 91, 118, 141, 145, 183, 190 et 220-222. Bien que la *Constitution du Soudan* de 2005 soit encore aujourd'hui en vigueur, les articles relatifs au droit du Soudan du Sud à faire sécession sont aujourd'hui caducs, vu la sécession effective de cette région, en 2011.

¹²⁷ *Acte d'union dano-islandaise*, 1918, art. 18.

¹²⁸ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 1^{re} sess., 42^e légis., 28 mars 2019, p. 401 et 402 [sic].

considérer cette cause comme une opportunité de clarifier à l'avance les règles du jeu, car nul ne sait vraiment combien de temps durera l'entracte avant que soit donné le coup d'envoi de la troisième manche référendaire au Québec – ou même s'il retentira un jour.