



ÉTUDE

LES PROCESSUS CONSTITUANTS
ET LES INDÉPENDANCES NATIONALES :
PERSPECTIVES INTERNATIONALES,
COMPARÉES ET QUÉBÉCOISES

IRAI

Daniel Turp
Professeur, Université de Montreal

Matt Qvortrup
Professeur, Université Coventry

Marc Sanjaume-Calvet
Chercheur, Institut d'Estudis de
l'Autogovern

Danic Parenteau
Professeur, Collège militaire royal
de Saint-Jean

Anthony Beauséjour
Avocat et agent de recherche,
Université McGill et Université
de Montréal

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-----|
| Introduction..... | 1 |
| Étude sur les mécanismes d'accèsion à l'indépendance et les initiatives d'élaboration d'une constitution – Daniel Turp | 3 |
| Élaboration des constitutions, survol pratique et considérations sur le rôle des experts – Matt Qvortrup | 27 |
| Autodétermination et processus constituant en Catalogne – Marc Sanjaume-Calvet..... | 46 |
| Le pouvoir constituant au Canada et au Québec – Danic Parenteau | 67 |
| Un référendum sur l'indépendance et la Constitution du Québec : l'architecture d'une question claire – Anthony Beauséjour | 90 |
| Conclusion | 128 |
| À propos de l'étude..... | 130 |
| À propos de l'IRAI | 131 |

Les opinions exprimées dans cette publication sont celles des auteur-e-s et ne reflètent pas nécessairement celles de l'IRAI ou de son conseil d'administration.

Les études de l'IRAI sont rédigées par des chercheurs et des chercheuses réputé-e-s. Fondées sur une démarche scientifique, elles ont pour objectif d'examiner en profondeur un enjeu lié à l'autodétermination des peuples et aux indépendances nationales. Ces études sont soumises à un processus d'évaluation rigoureux qui s'inspire des plus hauts standards de la recherche universitaire, dont une évaluation par les pairs à double aveugle.

Si vous désirez obtenir de plus amples renseignements sur nos publications, veuillez nous contacter à l'adresse info@irai.quebec ou visiter notre site Internet www.irai.quebec.

INTRODUCTION

Dans le cadre de sa mission consistant à réaliser, diffuser et rendre accessibles des recherches sur l'autodétermination des peuples et les indépendances nationales, l'IRAI a décidé que l'un de ses premiers chantiers de recherche porterait sur les processus constitutants.

En réalisant une recherche sur ce thème, l'IRAI entend favoriser un dialogue citoyen ouvert et constructif autour d'un élément commun aux programmes de plusieurs partis politiques et organismes de la société civile du Québec, soit accompagner la démarche d'accession à l'indépendance nationale d'une initiative d'élaboration de la constitution et y inclure ainsi un processus constituant.

L'inclusion d'un tel processus dans une démarche indépendantiste soulève de multiples interrogations qui méritent d'obtenir des réponses formulées dans le cadre d'une réflexion scientifique. Les travaux lancés dans le cadre de ce chantier ont visé à répondre à une question de recherche générale portant sur le rôle que peut jouer un processus constituant dans une démarche d'accession à l'indépendance nationale. À cette question générale ont été greffées plusieurs questions spécifiques :

- À quels mécanismes les peuples ont-ils eu recours pour accéder à l'indépendance? Des constantes se dégagent-elles dans le choix de ces mécanismes? Existe-t-il des cas où des peuples désireux de devenir des États souverains ont cherché à juxtaposer un processus constituant à leur démarche indépendantiste?
- Quel est le processus « optimal » d'élaboration d'une constitution? Une constitution moderne requiert-elle l'assentiment de la population? Quelle est la meilleure façon de recueillir cet assentiment? Si une assemblée constituante est instituée, devrait-elle être élue et, si oui, quel mode d'élection faut-il privilégier? Quel devrait être le rôle des experts dans le processus d'élaboration d'une constitution?
- Dans le cas précis de la démarche d'accession à l'indépendance ayant en cours en Catalogne, comment a évolué la réflexion sur l'inclusion d'un processus constituant dans cette démarche?
- Dans la perspective d'un processus constituant s'inscrivant dans une démarche d'accession à l'indépendance au Québec, quelle est la source de son pouvoir constituant? Quel usage le Québec a-t-il fait de ce pouvoir constituant à ce jour? Quelles sont les principales propositions formulées depuis les années 1960 visant à greffer un processus constituant à la démarche d'accession du Québec à l'indépendance nationale?
- À lumière du Renvoi relatif à la sécession du Québec et de la « Loi sur la clarté », quelles exigences de clarté seraient applicables à une question référendaire portant à la fois sur l'indépendance et sur la Constitution du Québec?

Pour répondre à ces questions, l'IRAI a fait appel à cinq chercheurs issus de grandes institutions universitaires québécoises et étrangères, à qui il a demandé de procéder à une revue de la littérature scientifique et d'inscrire leur recherche dans une perspective comparative et internationale. Vous trouverez ci-après les résultats des travaux de ces cinq chercheurs :

Daniel Turp: Les mécanismes d'accession à l'indépendance et les initiatives d'élaboration d'une constitution

Matt Qvorturp: L'élaboration des constitutions : survol pratique et considérations sur le rôle des experts

Marc Sanjaume: Autodétermination et processus constituant en Catalogne

Danic Parenteau: Le pouvoir constituant au Canada et au Québec

Anthony Beauséjour: Un référendum sur l'indépendance et la Constitution du Québec : l'architecture d'une question claire

Après la présentation des résultats de recherche, une synthèse des enseignements tirés de ces travaux est présentée en conclusion. Nous espérons que cette étude contribuera tant à l'avancement des connaissances scientifiques qu'à l'éducation du grand public et qu'elle favorisera un dialogue citoyen à la fois serein, ouvert et constructif.

LES MÉCANISMES D'ACCESSION À L'INDÉPENDANCE ET LES INITIATIVES D'ÉLABORATION D'UNE CONSTITUTION

Daniel Turp

Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal

La communauté internationale compte aujourd'hui 198 États indépendants. Aux 193 États membres de l'Organisation des Nations unies qui possèdent tous, sans exception, cette qualité¹, il convient d'abord d'ajouter le Saint-Siège (Vatican)². Ensuite, bien que son statut d'État souverain suscite certaines divergences d'opinion, la Palestine est considérée comme un État souverain et indépendant par 137 États qui l'ont reconnue³. Il en va de même pour le Kosovo, qui a obtenu à ce jour 114 reconnaissances internationales⁴. Enfin, les Îles Cook et Nioué, qui possèdent le statut d'États libres et associés à la Nouvelle-Zélande et qui sont devenus parties à plusieurs traités multilatéraux, peuvent également être considérés comme détenant la souveraineté internationale⁵.

Le cap des 200 États indépendants pourrait être franchi d'ici la fin de la décennie avec la tenue de référendums en 2017 au Kurdistan⁶ et en Catalogne⁷ ainsi qu'en 2018 en Nouvelle-Calédonie⁸. Il ne faut pas écarter non plus l'éventualité d'une consultation populaire en Polynésie française, laquelle s'est vu reconnaître le droit à l'indépen-

¹ La liste des États membres de l'Organisation des Nations unies est accessible sur son site à l'adresse www.un.org/fr/member-states/index.html.

² Sur le statut d'État indépendant du Vatican, voir Joël-Benoît d'Onorio, « Le Saint-Siège dans la communauté internationale », *Revue générale de droit*, vol. 28, 1997, p. 495.

³ Voir à ce sujet Thierry Garcia (dir.), *La Palestine. D'un État non membre de l'Organisation des Nations unies à un État souverain?*, Paris, Pedone, 2016. Voir également Permanent Observer Mission of the State of Palestine for the United Nations, Diplomatic relations, en ligne : <http://palestineun.org/about-palestine/diplomatic-relations/>, consulté le 31 mars 2017.

⁴ La liste des 114 États qui reconnaissent le Kosovo est accessible à l'adresse www.kosovothanksyou.com/?order=d#recognitions, consulté le 31 mars 2017.

⁵ Les Îles Cook et Nioué ont été reconnus par un certain nombre d'autres États indépendants et ont été admis dans plusieurs organisations internationales. Les deux entités sont également parties à la Convention relative aux droits de l'enfant. Les Îles Cook sont en outre liés par la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, les Conventions de Genève sur le droit international humanitaire du 12 août 1949 et leurs trois protocoles additionnels ainsi que par le Statut de la Cour pénale internationale. Sur ces deux pays, voir G. Agniel, « Îles Cook et Nioué : la conception néo-zélandaise de l'association », dans Jean-Yves Faberon, V. Fayaud et J.-M. Regnault (dir.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie. Peuples, populations, nations, États, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, Aix-en-Provence, Presses de l'Université Aix-Marseille, 2011, t. I., p. 363; et List of sovereign states/Cook Islands and Niue, <https://en.wikipedia.org/wiki/Talk%3AListofsovereignstates%2FCookIslandsandNiue?oldformat=true#AreCI.2FNiueindependentsovereignstates.3FJ>, consulté le 31 mars 2017.

⁶ Le référendum sur l'indépendance du Kurdistan irakien a eu lieu le 26 septembre 2017. Avec une participation évaluée à plus de 72 %, les résultats provisoires indiquaient que plus de 90 % des personnes ayant participé au scrutin avaient opté pour l'indépendance. Voir AFP, « Référendum au Kurdistan irakien. Une très large majorité des électeurs soutiennent l'indépendance », *La Libre Belgique*, 26 septembre 2017.

⁷ Le référendum d'autodétermination est prévu pour le 1er octobre 2017 et sera régi par la Loi sur le référendum d'autodétermination adoptée par le Parlement catalan le 6 septembre 2017. Pour une évaluation du processus d'autodétermination et pour prendre connaissance du texte de cette loi dans une traduction française, voir IRAI-Groupe international d'experts, « Le référendum sur l'indépendance catalane : une évaluation du processus d'autodétermination », Montréal, IRAI, 2016.

⁸ Au sujet de ce référendum qui aura lieu au plus tard en novembre 2018, voir le site du gouvernement de Nouvelle-Calédonie à l'adresse www.nouvelle-caledonie.gouv.fr/Politiques-publiques/Referendum-2018/Le-referendum-de-2018/Organisation-du-referendum, consulté le 31 mars 2017.

dance par l'Organisation des Nations unies⁹. L'existence de mouvements indépendantistes au Pays basque, en Galice (Espagne), en Écosse, en Flandre, au Groenland (Danemark), dans les Îles Féroé (Danemark) et les Îles d'Åland (Finlande) ainsi qu'au Québec pourrait également faire en sorte que le nombre d'États indépendants au sein de la communauté internationale s'accroisse dans un proche avenir¹⁰.

Les circonstances qui mènent les États à l'indépendance sont très variées. Plusieurs pays sont nés à la suite de guerres d'indépendance destinées à mettre fin à un statut colonial, comme ce fut le cas pour les 13 États unis d'Amérique en 1776 et pour les États-Unis du Mexique de 1810 à 1821¹¹. Plusieurs États indépendants sont apparus au 19^e siècle sur les continents européen et américain en application du principe des nationalités¹². D'autres États ont émergé de façon pacifique dans le cadre du démantèlement progressif de l'Empire britannique, tels l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande¹³. La décolonisation sur les continents africain et asiatique ainsi que dans les îles du Pacifique et des Caraïbes a été quant à elle à l'origine d'une augmentation substantielle du nombre d'États durant les années 1960 et 1970. Finalement, la dissolution des fédérations multinationales soviétique, yougoslave et tchécoslovaque a conduit à la création d'une vingtaine de nouveaux États indépendants à la fin du 20^e siècle.

La question de l'accession à l'indépendance a intéressé la communauté scientifique et a suscité de nombreux travaux réalisés par des chercheurs de plusieurs disciplines, principalement en science politique, en philosophie et en droit¹⁴. La littérature sur le sujet est particulièrement riche en droit international et en droit constitutionnel, sous l'angle particulier de l'émergence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et du droit à la sécession donnant accès à l'indépendance¹⁵.

⁹ L'Assemblée générale des Nations unies a adopté le 17 mai 2013 la résolution A/RES/67/273 affirmant « le droit inaliénable de la population de la Polynésie française à l'autodétermination et à l'indépendance » et reconnu ainsi qu'elle était « un territoire non autonome au sens de la Charte [des Nations unies] ». La Polynésie française est donc, comme la Nouvelle-Calédonie, inscrite sur la « Liste des territoires non autonomes », où figurent 15 autres territoires détenant un droit à l'indépendance : Anguilla (Antilles britanniques), les Bermudes, Gibraltar, Guam, les Îles Caimans, les Îles Falklands/Malvinas, Montserrat, les Pitcairn (britanniques, dans le Pacifique), les Îles Vierges américaines, les Îles Vierges britanniques, le Sahara occidental, Sainte-Hélène, les Samoa américaines, la Nouvelle-Calédonie, Tokélaou (Polynésie néo-zélandaise) et les Îles Turques et Caïques. Voir Nations Unies, *L'Assemblée remet la Polynésie sur la liste des territoires non-autonomes* [...], communiqué, 17 mai 2013, www.un.org/press/fr/2013/AG11374.doc.htm, consulté le 31 mars 2017.

¹⁰ De nombreux autres partis politiques et organisations de la société civile promeuvent l'indépendance, comme le rapporte un auteur qui évalue le nombre de mouvements sécessionnistes à 55 et écrit : « As of 2011, there were 55 secessionist movements around the world, and many more potential movements that have not yet mobilized. We are living in an age of secession ». Voir Ryan Griffiths, « The State of Secession in International Politics », *E-International Relations*, 23 septembre 2016, www.e-ir.info/2016/09/23/the-state-of-secession-in-international-politics, consulté le 31 mars 2017.

¹¹ Ont également été qualifiés de guerres d'indépendance les conflits qui ont mené à création des États souverains d'Irlande en 1921, d'Israël en 1948 et d'Algérie en 1962.

¹² Voir Robert Redslob, « Le principe des nationalités », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 37, 1931, p. 1.

¹³ Voir à ce sujet Judith Brown et Roger Willillam Louis, *The Dissolution of the British Empire*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

¹⁴ Voir Jens Bartelson, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; Jacques Derrida, « Declarations of Independence », *New Political Science*, vol. 7, 1986; Alan Buchanan, *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Boulder (Colorado), Westview Press, 1991; Aleksandert Pavkovic et Peter Radan, *Creating New States: Theory and Practice of Secession*, Aldershot (Angleterre), Ashgate, 2007; Mikulas Fabry, *Recognizing States: International Society and the Establishment of New States since 1776*, Oxford, Oxford University Press, 2010; James Crawford, *The Creation of States in International Law*, deuxième édition, Oxford, Oxford University Press, 2011; Bridget Coggins, *Power Politics and State Formation in the Twentieth Century: The Dynamics of Recognition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Ryan D. Griffiths, *Age of Secession: The International and Domestic Determinants of State Birth*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016;.

¹⁵ Les monographies suivantes sont dignes de mention : Spyros Calegeropoulos-Stratis, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1973; Lee C. Bucheit, *Secession: The Legitimacy of Self-Determination*, New Haven (Connecticut), Yale University Press, 1978; Hurst Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, édition révisée, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1990; Buchanan, *Secession op. cit.*; Wolfgang Danspeckgruber et Arthur Watts (dir.), *Self-Determination and Self-Administration: A Sourcebook*, Boulder (Colorado), Lynne Rienner Publishers, 1997; Théodore Christakis, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Documentation française, 1999; Uriel Abulof et Karl Cordell (dit.), *Self-Determination in the Early Twenty-First Century: A Double Edged Concept*, Londres et New York, Routledge, 2016. On compte également des ouvrages publiés par des universitaires du Québec : Jacques Brossard, *L'accession à la souveraineté et le cas du Québec. Conditions et modalités politico-juridiques*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1976, et sa version mise à jour en 1995 par l'auteur de la présente étude; Daniel Turp, *Le droit de choisir. Essais sur le droit du Québec de disposer de lui-même*, Montréal, Thémis, 2001; Frédéric Bérard et Stéphane Beaulac, *Droit à l'indépendance : Québec, Monténégro, Kosovo, Écosse, Catalogne*, Montréal, XYZ, 2015.

La question de l'élaboration des constitutions a également suscité un intérêt soutenu et a fait l'objet de travaux disciplinaires et interdisciplinaires¹⁶. Les modes d'élaboration des constitutions, en particulier le recours à une assemblée constituante¹⁷, ont été particulièrement bien analysés et continuent de retenir l'attention dans le monde, comme en font foi la création récente d'assemblées constituantes dans les Amériques¹⁸ et la récente proposition de modalité d'accession à l'indépendance formulée par OUI-Québec comportant l'institution d'une assemblée constituante¹⁹.

Rares sont toutefois les travaux de recherche qui se sont intéressés à la démarche d'accession à l'indépendance sous l'angle de la diversité de ses mécanismes²⁰ et en procédant à des comparaisons²¹. Plus rares encore, voire inexistantes, sont les travaux qui ont cherché à savoir si certains peuples avaient greffé un processus d'élaboration de la constitution à leur démarche d'accession à l'indépendance²².

Dès lors, plusieurs questions de recherche méritent d'être posées. À quels mécanismes les peuples ont-ils eu recours pour accéder à l'indépendance? Des constantes se dégagent-elles dans le choix de ces mécanismes? Existe-t-il des cas où des peuples désireux de devenir un État souverain ont cherché à greffer un processus constituant à

¹⁶ Voir parmi les travaux récents, Charles Chauvel, Charmaine Rodrigues et Rushika De Silva, « Réflexions sur l'élaboration de constitutions à travers le monde : études des bonnes pratiques et des enseignements tirés », dans Programme des Nations unies pour le développement, *La constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives*, Bruxelles, PNUD, 2016, p. 355-368 (disponible en ligne). Voir aussi Tom Ginsburg (dir.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; et Sujit Choudhury et I. Michael Heyman, *Constitution-Making*, Londres, Edward Elgar, 2016. Voir aussi les travaux du Constitution Unit du University College de Londres, « Constitutions and Constitution Making », en ligne : www.ucl.ac.uk/constitution-unit/research/constitutions-constitution-making (consulté le 25 septembre 2017), ainsi que le *Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Assistance to Constitution-Making Processes*, 2009, en ligne : www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance_Note_United_Nations_Assistance_to_Constitution-making_Processes_FINAL.pdf, consulté le 25 septembre 2017.

¹⁷ La littérature sur les assemblées constituantes, dans une perspective comparée et internationale, est assez mince, mais il y a lieu de signaler l'ouvrage de Patrick Fafard et Darrell R. Reid, *Constituent Assemblies: A Comparative Survey, research paper no 39*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1991; et le texte de Yash Ghai, *The Role of Constituent Assemblies in Constitution-Making*, 2005, www.agora-parl.org/sites/default/files/The%20Role%20of%20Constituent%20Assemblies%20in%20Constitution%20Making.pdf.

¹⁸ Des assemblées constituantes ont été instituées en Colombie en 1991, en Bolivie en 2006-2007 et en Équateur en 2007. Pour une analyse des travaux de deux de ces trois assemblées, voir Denis Langlois, « Bolivie-Équateur : des constituantes refondatrices. Entre le discours et la réalité », 2016, www.alterinfos.org/spip.php?article7214, consulté le 25 septembre 2017. Une assemblée constituante a également été créée au Venezuela en 1999, et une nouvelle assemblée a récemment été instituée à la suite d'élections constituantes le 30 juillet 2017 qui ont suscité la controverse. Voir à sujet AFP, « Venezuela, Nicolas Maduro inaugure sa Constituante malgré les manifestations. La Constituante est rejetée par 72% des Vénézuéliens selon un sondage », *Huffington Post*, 4 août 2017, www.huffingtonpost.fr/2017/08/04/venezuela-nicolas-maduro-inaugure-sa-constituante-malgre-les-ma_a_23064325, consulté le 25 septembre 2017. Cette assemblée détient des pouvoirs non constituants dont elle s'est d'ailleurs prévalu pour limoger la procureure générale et, par la voie d'un décret, pour « assumer le pouvoir de légiférer sur les sujets visant directement à garantir la préservation de la paix, la sécurité, la souveraineté, le système socio-économique et financier, les biens de l'État et la primauté des droits des Vénézuéliens »; voir « Venezuela: la Constituante s'empare des pouvoirs du Parlement », *Le Figaro*, 18 août 2017. Sur cette question, voir Arnaud Le Pillouer, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant*, Paris, Dalloz, 2013.

¹⁹ Le texte de cette proposition des Organisations unies pour l'indépendance du Québec, en date du 10 avril 2017, est accessible à l'adresse www.oui.quebec.org/single-post/2017/05/25/modalite-commune.

²⁰ Le mécanisme d'accession à l'indépendance qu'est le référendum a fait quant à lui l'objet de plusieurs études approfondies, en particulier dans trois ouvrages de Matt Qvortrup : *A Comparative Study of Referendums*, Manchester, Manchester University Press, 2005; *Referendums Around the World: The Continued Growth of Direct Democracy*, Londres, Palgrave/MacMillan, 2013; et *Referendums and Ethnic Conflict*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2014; ainsi que dans son article « Referendums on Independence 1860-2011 », *The Political Quarterly*, vol. 85, 2014, p. 57-64. Voir aussi Robert Liñeira et Daniel Cetrà, « The Independence Case in Comparative Perspective », *The Political Quarterly*, vol. 86, 2015, p. 257-264. Pour un essai de nature historique, voir Johannes Mattern, *The Employment of the Plebiscite in the Determination of Sovereignty*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1921.

²¹ Dans le cadre de travaux de l'Assemblée nationale du Québec, l'auteur de la présente étude a préparé des recherches comportant certaines comparaisons des modes d'accession à l'indépendance; voir Daniel Turp, *Exposé-réponse* (processus d'accession à la souveraineté), dans Commission des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, *Les attributs d'un Québec souverain. Exposés et études*, volume 1, 1992, p. 655, en particulier l'annexe 2, reproduite dans Turp, *Le droit de choisir*, op. cit., p. 465, et Daniel Turp, *Le droit à l'autodétermination du Québec et le processus d'accession à la souveraineté (mise à jour et compléments de 2001)*, dans Gouvernement du Québec, *Mises à jour des études originalement préparées pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992)*, volume 3, première partie, livre 2, mai 2002, p. 160, et en particulier l'annexe 2 aux pages 208 à 210, www.saic.gouv.qc.ca/documents/institutions-constitution/commission-souverainete-1991-1992/22-DanielTurp.pdf, consulté le 31 mars 2017.

²² Dans ses travaux sur les référendums, Matt Qvortrup fait mention – sans procéder à une analyse du lien qui pourrait les unir – des consultations populaires qui ont porté à la fois sur l'accession à l'indépendance et l'approbation de la constitution du futur État indépendant : voir Matt Qvortrup, « Referendums on Independence, 1860-2011 », *supra*, p. 57 et ss.

une démarche indépendantiste? Les peuples ayant accédé à l'indépendance l'ont-ils fait? Dans le cas où l'on a opté pour cette juxtaposition, a-t-on retenu un processus constituant faisant appel à l'assemblée parlementaire ou a-t-on institué une assemblée constituante? Et a-t-on fait culminer le processus d'accession à l'indépendance par un référendum portant sur l'indépendance seulement, ou à la fois sur l'indépendance et le projet de constitution du futur État indépendant?

A ces questions, on peut ajouter une autre : quelles sont les raisons qui ont milité pour ou contre une telle juxtaposition? Nous chercherons à répondre à cette dernière question en conclusion de la présente étude.

Celle-ci a donc pour objet principal de décrire, dans une première partie, les mécanismes qui ont été utilisés dans le cadre de démarches indépendantistes ayant mené à l'accession à la souveraineté et à identifier les mécanismes les plus communément utilisés à cette fin. Dans sa deuxième partie, l'étude s'intéressera aux processus constitutifs qui ont accompagné de telles démarches et ont donné lieu à l'élaboration de constitutions pour les futurs États indépendants.

Les mécanismes d'accession à l'indépendance

L'identification des mécanismes d'accession à l'indépendance est une tâche complexe. Elle exige une recherche portant sur une pratique multiforme qui ne semble reposer sur aucunes règles homogènes préexistantes. Mais de tels mécanismes existent, et il est possible de dégager certaines constantes en examinant leur mise en place.

L'identification des mécanismes d'accession à l'indépendance

Si la question du *droit* à l'indépendance, comme l'un des modes d'expression du droit à l'autodétermination des peuples, est désormais encadrée par des règles de droit international ou constitutionnel, les *mécanismes* par lesquels les États accèdent à l'indépendance échappent généralement au droit.

Ainsi, le droit international ne prescrit aucune règle générale lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le droit à l'indépendance reconnu par la Charte des Nations unies²³, les diverses déclarations qui ont interprété la portée de ce droit ainsi que les traités internationaux, notamment les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme²⁴, qui garantissent le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes et à déterminer librement leur statut politique. Ces instruments internationaux ne prescrivent pas l'obligation pour les peuples de tenir des élections ou des référendums afin d'acquérir le statut d'État souverain et indépendant, pas plus qu'ils ne prévoient de mécanismes permettant aux peuples et aux États dont ils se détachent de conclure un accord pour rendre possible l'accession à l'indépendance. Des règles sur la tenue d'élections ou de référendums devant conduire à l'indépendance ont parfois été arrêtées dans les cas où l'Organisation des Nations unies avait accepté de superviser l'organisation de telles

²³ CNUCIO, vol. 15, p. 365, [1945] R.T. Can. n° 7. Plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies sont venues préciser la portée du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, enchâssé dans la Charte de l'ONU: *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux*, A.G. Rés 1514, (XXV), doc. off. AG NU, 15e sess., supp. no 16, doc. NU A/4684, p. 66 (1960); *Principes qui doivent guider les États membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa a de l'article 73 de la charte, leur est applicable ou non*, A.G. Rés 1541, (XXV), doc. off. AG NU, 15e sess., supp. no 16, doc. NU A/4651, p. 31 (1960); et *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies*, A.G. Rés. 2625 (XXV), doc. off. AG NU, 25e sess., supp. no 28, doc. NU A/8028, p. 131 (1970).

²⁴ Voir l'article 1er commun au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, (1976) 993 RTNU 3, et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1976) 993 RTNU 171.

consultations, mais elles l'ont été au cas par cas et ne sont pas d'application générale²⁵.

S'agissant du droit constitutionnel, quelques constitutions et lois nationales reconnaissent le droit de sécession²⁶. Mais un nombre très limité de règles de droit interne établissent avec précision les mécanismes qui doivent être utilisés pour exercer ce droit. La Constitution de Saint-Christophe-et-Niévès est l'une d'elles; elle prévoit que l'île de Niévès peut faire sécession et accéder à l'indépendance si un référendum à cet effet obtient une majorité des deux tiers²⁷. Cette constitution prévoit en outre que la législation initiant le processus de sécession doit comprendre une proposition complète et détaillée de la future constitution de Niévès²⁸.

Bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'une loi à caractère constitutionnel, l'entente intergouvernementale conclue entre le gouvernement du Royaume-Uni et le gouvernement d'Écosse²⁹ a autorisé la mise en place d'un mécanisme de consultation populaire sur la question de l'indépendance de l'Écosse et a été suivie de l'adoption du Scottish Independence Referendum Act³⁰ utilisé lors de la consultation populaire sur l'indépendance de l'Écosse tenue le 18 septembre 2014³¹.

Si aucune disposition constitutionnelle ne régit la question de la sécession d'une province au Canada et que le Québec a lui-même défini les mécanismes et règles applicables lors des référendums de 1980 et 1995 sur son indé-

²⁵ À notre connaissance, il n'existe pas d'étude récente et globale sur la question de la supervision internationale de référendums d'autodétermination par l'ONU, et en particulier sur les référendums tenus en Érythrée en 1993, au Timor oriental en 1999 et au Soudan du Sud en 2011, qui ont fait l'objet d'une telle supervision. Pour deux études d'intérêt historique, voir Marcel Merle, « Les plébiscites organisés par les Nations unies », *Annuaire français de droit international*, vol. 7, 1961, p. 425, et Yves Beigbeder, *International Monitoring of Plebiscites, Referenda and National Elections: Self-Determination and Transition to Democracy*, Dordrecht (Pays-Bas), Nijhoff, 1994. Pour un rapport portant spécifiquement sur le référendum au Soudan du Sud, voir Carter Center, *Observing the 2011 Referendum on the Self-Determination of Southern Sudan: Final Report*, 2011, www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peacepublications/electionreports/finalreport-sudan-2011-self-determination-referendum.pdf, consulté le 17 avril 2017.

²⁶ Voir David Forniès, « Ten Countries that Grant the Right to Independence to (Some of) their Territories — and France is One of Them », dans *Nationalia*, www.nationalia.info/new/10936/ten-countries-that-grant-the-right-to-independence-to-some-of-their-territories-and-france, consulté le 3 avril 2017.

²⁷ L'article 113 de cette constitution prévoit ce qui suit : « (1) *The Nevis Island Legislature may provide that the island of Nevis shall cease to be federated with the island of Saint Christopher and accordingly that this Constitution shall no longer have effect in the island of Nevis. (2) A bill for the purposes of subsection (1) shall not be regarded as being passed by the Assembly unless on its final reading the bill is supported by the votes of not less than two-thirds of all the elected members of the Assembly and such a bill shall not be submitted to the Governor-General for his assent unless a) there has been an interval of not less than ninety days between the introduction of the bill in the Assembly and the beginning of the proceedings in the Assembly on the second reading of the bill, b) after it has been passed by the Assembly, the bill has been approved in a referendum held in the island of Nevis by not less than two-thirds of all the votes validly cast on that referendum; [...]. » Lors du référendum tenu en vertu de ces dispositions le 18 août 1998, 61,83% des électeurs et électrices ont voté en faveur de l'indépendance; le seuil des deux tiers n'a donc pas été atteint. Au sujet de ce référendum, voir Matt Qvortrup, *Referendums and Ethnic Conflict*, op. cit., p. 131.*

²⁸ Cette condition est précisée à l'alinéa 113 (1) c) de la Constitution de Saint Kitts et Nevis, qui prévoit que la loi doit comporter une « full and detailed proposal for the future constitution of the island of Nevis (whether as a separate state or as part of or in association with some other country) » et que celle-ci a été « laid before the Assembly for at least six months before the holding of the referendum and those proposals, with adequate explanations of their significance, have been made available to the persons entitled to vote on the referendum at least ninety days before the holding of the referendum ».

²⁹ Voir 'Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a Referendum on Independence for Scotland', Édimbourg, 15 octobre 2012, www.gov.scot/About/Government/concordats/Referendum-on-independence. Dans cet accord, « *The United Kingdom Government and the Scottish Government have agreed to work together to ensure that a referendum on Scottish independence can take place. The governments are agreed that the referendum should : have a clear legal base, be legislated for by the Scottish Parliament, be conducted so as to command the confidence of parliaments, governments and people, deliver a fair test and a decisive expression of the views of people in Scotland and a result that everyone will respect.* » L'accord prévoyait également que « [t]he referendum legislation will set out : the date of the referendum, the franchise, the wording of the question, rules on campaign financing and other rules for the conduct of the referendum. The details of the agreement between the governments are set out in the following memorandum and draft Order, which form part of this agreement ». Sur la nature juridique de cette entente intergouvernementale, voir Christine Bell, *The Legal Status of the "Edinburgh Agreement"*, *Scottish Constitutional Futures Forum*, 5 novembre 2012, en ligne : www.scottishconstitutionalforums.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/articleId/431/Christine-Bell-The-Legal-Status-of-the-Edinburgh-Agreement.aspx (consulté le 17 avril 2017).

³⁰ 2013 Acts of Scottish Parliament (ASP) 14, www.legislation.gov.uk/asp/2013/14/pdfs/asp20130014en.pdf.

³¹ À la question « *Should Scotland become an independent country?* », les Écossais et les Écossaises ont répondu dans une proportion de 44,7% Oui et de 55,3% Non. Au sujet de ce référendum, lire Aileen Mcharg et al. (dir.), *The Scottish Independence Referendum: Constitutional and Political Implications*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

pendance³², la Cour suprême du Canada a ultérieurement émis, en 1998, un important avis consultatif dans le cadre du Renvoi relatif à la sécession du Québec³³. En 2000, le Parlement du Canada a ensuite adopté la *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*³⁴, qui vise à encadrer la tenue de référendums relatifs à une sécession en formulant des règles relatives à la clarté de la question et de la majorité. En réponse à cette loi, le Québec a pour sa part adopté la Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec³⁵, qui formule une règle relative à la clarté de la majorité dans le cadre de tenue d'un référendum, y compris celui qui porterait sur l'indépendance³⁶.

En revanche et pour la très grande majorité des démarches indépendantistes qui ont été couronnées de succès, aucun mécanisme ou règle d'accession à l'indépendance ne préexistait³⁷. Parmi les démarches indépendantistes qui ont eu comme résultat l'émergence d'États souverains et indépendants que nous connaissons aujourd'hui, il est important pour les fins de la présente étude de choisir celles qui permettent de faire de justes constats sur les mécanismes utilisés à ce jour dans le cadre de démarches indépendantistes.

A cette fin, 30 de ces démarches ont été analysés dans la présente étude. Les cas retenus sont ceux qui, par analogie avec la situation éventuelle du Québec, se situent hors d'un cadre colonial classique et mettent en présence des peuples intégrés à des États qui n'étaient pas des puissances coloniales assujetties à une obligation d'accompagner dans leur démarche d'indépendance des territoires sous mandat, sous tutelle ou non autonomes³⁷.

Comme le révèle le tableau de l'annexe 1, la majorité des démarches ainsi examinées, soit 20 sur 30, concernent des États nés de la dissolution de l'Union soviétique et de la Yougoslavie. Les 10 autres cas sont dispersés sur une très longue période, de 1905 pour la Norvège à 2011 pour le Soudan du Sud, avec entre les deux les cas de la Finlande, de l'Islande, de Singapour, du Bangladesh, de l'Érythrée, de la Slovaquie, du Timor oriental et du Kosovo.

L'examen de ces 30 cas permet d'identifier les trois mécanismes d'accession à la souveraineté utilisés dans le cadre de démarches indépendantistes.

Le **référendum** semble être l'instrument privilégié pour établir la volonté d'un peuple d'accéder à la souveraineté, et dans les deux tiers des démarches indépendantistes, soit 20 cas sur 30, l'accession à la souveraineté a ainsi été précédée par la tenue d'un référendum. Les données recueillies pour ces référendums indiquent que le taux de participation a varié entre 63% (Bosnie-Herzégovine) et 98,5% (Érythrée). Quant au soutien accordé la souveraineté et à l'indépendance, il a varié de 55,4% (Monténégro) à 99,3% (Arménie). Il importe aussi de noter l'antériorité du référendum par rapport à la déclaration de souveraineté et à la proclamation de l'indépendance, sauf pour la Lituanie et la Bosnie-Herzégovine, où le référendum a suivi la proclamation d'indépendance.

³² Voir la Loi sur la consultation populaire, R.L.R.Q., c. C-64.1.

³³ [1998] 2 Rapports de Cour suprême du Canada [R.C.S.] 217, en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1643/index.do>.

³⁴ Lois du Canada (L.C.) 2000, c. 21 [ci-après « Loi sur la clarté »].

³⁵ R.L.R.Q., c. E-20.2.

³⁶ Ainsi, l'article 4 de cette loi se lit comme suit : « Lorsque le peuple québécois est consulté par un référendum tenu en vertu de la Loi sur la consultation populaire, l'option gagnante est celle qui obtient la majorité des votes déclarés valides, soit cinquante pour cent de ces votes plus un vote. » Pour une analyse de cette loi et son rapport avec la Loi sur la clarté, voir Daniel Turp, « Le droit du Québec à l'autodétermination et l'indépendance : la Loi sur la clarté du Canada et la Loi sur les droits fondamentaux du Québec en collision », dans Daniel Turp, *Le droit de choisir. Essais sur le droit du Québec de disposer de lui-même*, Montréal, Thémis, 2001, p. 747.

³⁷ Sur le rôle qu'a joué le droit à l'autodétermination dans le processus de décolonisation, voir Michel Virally, « Droit international et décolonisation devant les Nations unies », *Annuaire français de droit international*, vol. 9, 1963, p. 508.

L'élection, comme mode d'expression de la volonté des électeurs de faire accéder le peuple à l'indépendance sans tenir de référendum, a été retenue comme mécanisme dans sept (7) anciennes républiques de l'URSS, soit l'Azerbaïdjan, la Biélorussie, le Kazakhstan, le Kirghizistan, la Moldavie, l'Ouzbékistan et le Tadjikistan. Les données électorales révèlent que dans ces sept cas, une majorité des voix a été accordée aux candidats et candidates des partis politiques favorables à l'indépendance, ou encore qu'une majorité de députés indépendantistes a été élue. Ainsi, au Kazakhstan, la population a voté à 88,2 % en faveur de députés indépendantistes. Une proportion moindre, mais malgré tout majoritaire, l'a aussi fait au Kosovo, où les résultats des partis indépendantistes réunis représentaient 56,9% des voix. S'agissant de la Moldavie, 305 des 380 députés élus lors d'un scrutin ayant comme enjeu l'indépendance appuyaient cette option, alors qu'au Bélarus 100% des élus étaient issus d'un Front populaire voué à l'indépendance de l'ancienne république de Biélorussie.

L'accord, sans référendum ni élection, est le mécanisme ayant permis l'accession à l'indépendance de Singapour en 1965 et de la Slovaquie en 1993. Dans le cas du détachement de Singapour d'avec la Malaisie, l'accord s'est reflété dans le Republic of Singapore Independence Act adopté par le Parlement de Malaisie, fixant au 9 août 1965 la date d'accession à l'indépendance de Singapour³⁸. S'agissant de la Slovaquie, l'accord politique s'est quant à lui traduit par la Loi constitutionnelle sur la dissolution de la Tchécoslovaquie (n° 542/1992) adoptée par l'Assemblée fédérale et entrée en vigueur le 8 décembre 1992³⁹.

Le recours à ces trois mécanismes a par ailleurs été accompagné, dans la très grande majorité des cas, de déclarations de souveraineté ou de proclamations d'indépendance. L'adoption de telles déclarations et proclamations a été le fait d'une assemblée constituante (Érythrée) ou d'un Parlement (républiques baltes et autres républiques soviétiques, républiques yougoslaves ainsi que la Slovaquie). Comme la lecture du tableau de l'annexe 1 permet de le constater, quelques républiques, notamment les pays baltes et les composantes de l'ex-Yougoslavie, ont adopté des déclarations de souveraineté avant de proclamer officiellement leur indépendance.

Il peut être difficile de cerner la distinction exacte entre une déclaration de souveraineté et une proclamation d'indépendance. Il semble que les déclarations de souveraineté soient des actes adoptés sous l'impulsion de la volonté populaire, afin d'établir un rapport de force en vue de négociations à venir, en affirmant certains droits historiques, linguistiques ou ethniques reconnus ou non au peuple. Quant aux proclamations d'indépendance, elles semblent attributives d'indépendance et sont généralement adoptées lorsque le nouvel État exerce un contrôle effectif sur son territoire national et ne se trouve plus sous l'autorité du gouvernement de l'État prédécesseur.

Les constantes dans la mise en place des mécanismes d'accession à l'indépendance

Des tendances générales se dégagent de l'étude des 30 processus d'accession à l'indépendance étudiés. Rares sont les cas où le peuple n'a pas été associé à la démarche indépendantiste et n'a pas donné son consentement par la voie référendaire à l'accession à la souveraineté. Le référendum a-t-il été l'outil privilégié pour obtenir ce consentement, et il a été généralement organisé avant que le gouvernement ou le Parlement n'adopte une déclaration de souveraineté ou une proclamation d'indépendance.

³⁸ L'article 3 de la cette loi portant sur le transfert de souveraineté et de compétence était libellé ainsi : « *The Yang di-Pertuan Agong of Malaysia shall with effect from Singapore Day cease to be the Supreme Head of Singapore and his sovereignty and jurisdiction and power and authority, executive or otherwise, in respect of Singapore shall be relinquished and shall vest in the Head of State.* » Le texte de cette loi est accessible en ligne à l'adresse <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3A%222cc15e67-cf27-44b1-a736-f28ab8190454%22%20Status%3Apublished%20Depth%3A0;rec=0>.

³⁹ S'agissant de la transition constitutionnelle, cette loi prévoyait ce qui suit à son article 7 : « Le Conseil national tchèque et le Conseil national de la République slovaque peuvent encore avant la disparition de la République fédérative tchèque et slovaque, avec effet au plus tôt dès le 1er janvier 1993, adopter des lois constitutionnelles et autres, par lesquelles ils assureront l'exécution d'activité, qui sera transmise à la République tchèque et à la République slovaque, conformément à l'article 2 ». Le texte intégral de cette loi, dans une traduction française, est accessible à l'adresse <http://mjp.univ-perp.fr/constit/tch1992.htm>. Voir à ce sujet Jiri Malenovsky, « Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie », *Annuaire français de droit international*, vol.39, 1993, p. 305.

En revanche, la pratique des États ne s'est pas révélée uniforme lorsqu'il s'est agi de traduire formellement ce consentement et d'adopter des déclarations et des proclamations pour concrétiser la volonté du peuple de se doter d'un statut d'État souverain. Ainsi, si la majorité des États ont adopté à la fois, mais en deux temps distincts, une déclaration de souveraineté et une proclamation d'indépendance, d'autres se sont contentés d'une seule déclaration de souveraineté, sans ultérieurement proclamer leur indépendance.

L'examen de ces diverses démarches démontre par ailleurs que la grande majorité des proclamations d'indépendance ont un effet immédiat. Exceptionnellement, la proclamation est conditionnelle à un résultat référendaire favorable (Bosnie- Herzégovine et Ukraine). Dans d'autres situations, la proclamation d'indépendance prépare la voie à une période de transition, d'une durée déterminée ou non (Lettonie et Estonie).

Dans certains cas, l'accession à la souveraineté a aussi été retardée afin de conclure un accord avec l'État prédécesseur et d'éviter tout recours à la force armée par ce dernier, et ce, même si une proclamation d'indépendance avait été adoptée. Il y a alors eu suspension quant aux effets de la proclamation. En Lituanie, la proclamation du 11 mars 1990 a fait l'objet d'un moratoire le 23 juin de la même année afin d'arriver à un accord avec Moscou. Le même procédé sera repris en Croatie et en Slovénie : les gouvernements de ces deux républiques ont signé les accords de Brijuni à la demande des Communautés européennes qui offraient leurs bons offices pour régler le différend qui les opposait aux autorités fédérales yougoslaves et à la Serbie, suspendant ainsi pour une période de trois mois (du 7 juillet au 7 octobre 1991) les effets de leurs proclamations d'indépendance. Le 8 octobre 1991, les deux républiques mettaient fin à la période de transition en validant les proclamations antérieures.

L'analyse qui précède permet donc de répondre à la question : À quels mécanismes les peuples ont-ils eu recours pour accéder à l'indépendance, et des constantes se dégagent-elles du choix de ces mécanismes? Nous constatons que trois mécanismes sont en concurrence dans le cadre des démarches indépendantistes, soit le référendum, l'élection et l'accord, et que, s'agissant de constantes, le référendum portant directement sur le statut d'État indépendant est nettement privilégié.

Les mécanismes d'accession à l'indépendance ayant été identifiés et les constantes dégagées, il importe maintenant de se demander si certains peuples ont intégré à leur démarche indépendantiste une initiative destinée à élaborer la constitution de l'État indépendant à naître.

Les initiatives d'élaboration d'une constitution

Il a été possible de recenser quelques cas où des peuples ont donné une dimension constitutionnelle à leur démarche indépendantiste. L'étude de ces cas révèle des différences dans les modes d'élaboration et d'approbation de la nouvelle constitution de l'État souverain et indépendant.

L'identification des initiatives d'élaboration d'une constitution

Dans les 30 cas qui ont été examinés dans la première partie de la présente étude et qui se situent, par analogie avec la situation du Québec, hors d'un cadre colonial classique, seuls cinq ont intégré le processus constituant à la démarche indépendantiste. Il s'agit des cas de l'Islande (1944), de la Croatie (1992), de la Slovaquie (1993), de l'Érythrée (1993) et du Soudan du Sud (2011).

Bien qu'il ne s'agisse pas de situations analogues à celle du Québec, nous avons recensé cinq autres cas d'accession à l'indépendance à partir d'une situation coloniale où un processus constituant a été greffé à la démarche indépendantiste. Le processus d'accession à l'indépendance des États-Unis d'Amérique par la fusion des 13 États liés par des

Articles of Confederation (1777) a été suivi par l'élaboration en 1787 d'une constitution fédérale par une convention constitutionnelle, la célèbre Convention de Philadelphie. Dans un cadre colonial plus contemporain, l'accession à l'indépendance de Samoa (1962), de Malte (1964) et de Nioué (1974) de même que le cas plus récent de la Namibie (1990) révèlent des démarches indépendantistes auxquelles a été greffé un processus constituant.

L'examen de ces 10 cas, présentés de façon distincte, dans les tableaux reproduits aux annexes 2 et 3, permet de mettre en lumière trois traits particuliers des démarches indépendantistes et de leur dimension constitutionnelle.

Premièrement, la présence d'**assemblées constituantes** chargées de rédiger la constitution du futur État indépendant est attestée dans quatre (4) des 10 cas : création par les États de la Confédération des États-Unis d'Amérique d'une *constitutional convention* (« Convention de Philadelphie »), convention constitutionnelle aux Samoa, commission constitutionnelle en Érythrée et assemblée constituante en Namibie.

Deuxièmement, la tenue de **référendums constitutionnels** figure dans quatre (4) cas également, soit ceux de l'Islande, de Samoa, de Malte et de Nioué, donnant lieu à la formulation de **questions référendaires** comportant tantôt une question à double volet relative à l'acceptation de l'indépendance et l'approbation de la constitution (Islande et Samoa), tantôt une question unique invitant les électeurs et électrices à approuver la constitution d'un État indépendant (Malte) ou à voter pour l'indépendance (*self-governement*) sur la base (*on the basis of*) d'une constitution (Nioué).

Troisièmement, on note un **taux de participation et un soutien à l'indépendance** exceptionnellement élevés, s'établissant, selon un ordre croissant, à 77,0% (Samoa), 79,7% (Malte), 96,6 % (Nioué) et 98,4% (Islande). Quant au soutien accordé lorsque la question référendaire liait l'indépendance à la constitution proposée, l'appui a été de 54,55% (Malte) et de 65,4% (Nioué). Lorsque des questions distinctes sur l'indépendance et la constitution figuraient sur le bulletin de vote, il est intéressant de constater que les résultats ont été très semblables. Ainsi, dans le cas du référendum de 1944 en Islande, l'appui à la fin de l'union avec le Danemark (et donc à l'indépendance) fut de 97,35%, et la nouvelle constitution républicaine recueillit le soutien 98,4 % des votants. En ce qui concerne les Samoa, la proportion de votes favorables à l'indépendance et à la nouvelle constitution était respectivement de 85,4% et 86,9%⁴⁰.

La lecture des tableaux des annexes 2 et 3 permet par ailleurs de constater que l'entrée en vigueur des constitutions des nouveaux États indépendants a généralement coïncidé avec la date d'accession à l'indépendance ou a précédé celle-ci de quelques jours, le cas de la Croatie et de la Slovénie présentant toutefois un délai d'environ quatre mois entre ces deux événements. Quant au délai nettement plus long – 18 mois – avant l'entrée en vigueur de la constitution fédérale des États-Unis d'Amérique, il s'explique par les délais variables de l'intervention des congrès des 13 États confédérés appelés à donner leur approbation à la nouvelle constitution américaine.

Les différences dans les initiatives d'élaboration d'une constitution

Si l'on devait identifier une tendance générale lorsqu'il s'agit de l'intégration d'un processus constituant à une démarche indépendantiste, il faudrait constater qu'il s'agit de l'exception à la règle. On peut ainsi noter que seuls cinq (5) des 30 mécanismes d'accession à l'indépendance que nous avons identifiés dans la première partie de cette étude se sont vu conférer une véritable dimension constitutionnelle. À ces cinq cas, nous avons ajouté les cinq cas

⁴⁰ Il est intéressant de comparer les libellés des questions posées dans le cadre des quatre référendums d'autodétermination « constitutionnelle ». Islande – Question 1 : fin de l'Acte d'Union? Question 2 : constitution républicaine? Samoa – Question 1 : *do you agree with the Constitution adopted by the Constitutional Convention on 28 October 1960?* Question 2 : *do you agree that on 1 January 1962 Western Samoa should become an independent State on the basis of that Constitution?* Malte – Question : *do you approve of the Constitution for Independence proposed by the Government of Malta, endorsed by the Legislative Assembly and published in the Malta Government Gazette of the 9th April, 1964?* Nioué – Question : *do you vote for self-government of Niue in free association with New Zealand on the basis of the Constitution and the Niue Constitution Act 1974?*

« coloniaux » des États-Unis d'Amérique, de Malte, des Samoa, de Nioué et de la Namibie, où l'élaboration d'une constitution a été intégrée à la démarche indépendantiste. Si ces cinq cas portent à 10 le nombre d'accessions à l'indépendance imbriquées à un processus d'élaboration constitutionnelle, il faut par ailleurs constater la faiblesse de ce nombre sur l'ensemble des 198 États indépendants actuels.

En revanche, il est plus facile d'identifier les différences qui caractérisent les processus constituants ayant été intégrés à des mécanismes d'accessions à l'indépendance.

On constate d'abord que la création d'assemblées constituantes n'est pas systématique. Les Parlements ou les gouvernements se sont réservés, plus souvent qu'autrement, la prérogative d'élaborer la première constitution du nouvel État indépendant plutôt que de confier cette tâche à un organe constituant distinct. Ainsi, dans six (6) des 10 cas étudiés, l'élaboration s'est faite sous la direction du Parlement ou du gouvernement. Pour prendre deux exemples, c'est le Parlement islandais (*Althing*) qui a lui-même procédé à la rédaction de la nouvelle constitution républicaine, alors qu'au Soudan du Sud, c'est le président du futur État indépendant qui a institué un Southern Sudan Constitutional Drafting Committee ayant la responsabilité de rédiger la constitution transitoire du nouvel État indépendant.

Dans les quatre (4) cas où des assemblées constituantes ont eu le mandat de rédiger la première constitution du futur État indépendant, on observe par ailleurs des différences notables dans la composition, le mode de désignation et la durée des mandats des organes constituants. Ainsi, avec 55 et 72 membres, la Convention constitutionnelle des États-Unis d'Amérique et l'Assemblée constituante de Namibie comportaient un nombre restreint de constituants et de constituantes, alors que la Convention constitutionnelle des Samoa et la Commission constitutionnelle de Namibie en comptaient respectivement 180 et 150. Pour ce qui est des modes de désignation, le choix des membres de la Convention de Philadelphie avait été effectué par les congrès des 13 États membres de la Confédération américaine. Dans le cas de la Namibie, les 72 constituants et constituantes avaient été élus au suffrage universel lors d'un scrutin tenu du 7 au 11 novembre 1989. Dans le cas de la Convention constitutionnelle de Samoa, ses membres étaient issus de l'assemblée législative existante. Et les membres de la Commission constitutionnelle d'Érythrée avaient pour leur part été désignés par une proclamation du président avec mission de faire rapport à l'Assemblée nationale. Pour ce qui est de la durée du mandat de ces assemblées constituantes, celle-ci a été assez courte, à savoir de quatre à cinq mois, tant pour la convention constitutionnelle américaine (25 mai au 17 septembre 1787) que pour l'Assemblée constituante de Samoa (7 mai- 28 octobre 1960) et de Namibie (21 novembre 1989 au 20 mars 1990). Celle de l'Érythrée, qui avait débuté ses travaux avant l'accession à l'indépendance, ne les a cependant conclus qu'après 27 mois de délibérations.

L'examen de ces pratiques permet de mettre en lumière la différence sans doute la plus significative entre les processus constituants, soit l'approbation ou non de la constitution par les peuples par voie référendaire. Seuls quatre (4) référendums d'approbation ont eu lieu; les peuples n'ont donc pas été directement associés à l'approbation de la constitution dans six (6) des dix cas. On peut ainsi affirmer que le référendum n'a certainement pas été l'instrument privilégié pour obtenir le consentement du peuple lorsqu'il s'est agi d'adopter la nouvelle constitution.

L'analyse qui précède apporte des réponses à la question que nous avons formulée au début de la présente étude et qui visait à savoir si les mécanismes d'accession à l'indépendance ont comporté une dimension constitutionnelle et si, dans le cas où une constitution a été élaborée pendant la démarche indépendantiste, celle-ci l'a été par une assemblée constituante. Les faits révèlent qu'un nombre plutôt limité de nouveaux pays ont greffé un processus constituant à leur démarche indépendantiste, et que c'est dans une proportion plus limitée encore que l'on a institué une assemblée constituante dans le cadre de telles démarches. Et s'agissant de référendums sur l'indépendance

à l'occasion desquels le projet de constitution du futur État indépendant a été soumis à l'approbation du peuple, nous avons pu recenser quatre *référendums constitutionnels* comportant des questions à volet unique ou double.

Conclusion

Au terme de cette étude, il est possible d'affirmer que les cas où des peuples désireux de devenir des États souverains ont cherché à greffer un processus constituant à une démarche indépendantiste ont été plutôt rares. La très grande majorité des peuples désirant accéder à l'indépendance n'ont pas jugé essentiel de juxtaposer un processus constituant à leur démarche indépendantiste. Les peuples qui ont effectué ce choix ont par ailleurs opté pour des processus constituants qui ne faisaient pas toujours appel à une assemblée constituante et qui ne culminaient pas nécessairement par une approbation populaire par référendum de la première loi fondamentale du nouvel État.

Quelles sont les raisons qui expliquent le fait que peu de peuples aient fait le choix d'emprunter une avenue constitutionnelle dans le cadre d'une démarche indépendantiste? L'une d'elles pourrait être qu'un processus constituant augmente la complexité de la démarche et y ajoute un élément supplémentaire susceptible de nuire à la réussite du projet indépendantiste. Ayant pour objet de formuler les principes sur lesquels est appelé à se fonder le nouvel État et de définir ses institutions, les débats entourant le contenu d'une constitution ont parfois été vus comme pouvant diviser les citoyens et citoyennes et les amener à repousser un projet d'indépendance qui ne serait pas accompagné de l'architecture constitutionnelle souhaitée. Il a été également suggéré qu'il valait mieux reporter le grand débat constitutionnel après que le statut d'État indépendant a été obtenu pour permettre aux constituants et aux constituantes, tout comme à la population dans son ensemble, d'avoir les coudées franches et de pouvoir échafauder une constitution conforme aux convictions des uns et des autres après le règlement définitif de la question nationale.

N'est-il pas remarquable, cela dit, que dans les dix cas étudiés, le choix de faire converger la démarche indépendantiste avec le processus d'élaboration constitutionnelle n'a pas fait obstacle à l'accession des peuples à l'indépendance? Qu'il s'agisse de l'Islande, de Samoa, de Malte ou de Nioué, l'élaboration d'une constitution pendant la démarche indépendantiste ne semble pas avoir empêché les électeurs et électrices de voter, avec des majorités situées entre 54 et 96 %, à la fois en faveur de la création d'un nouvel État et de sa première constitution. Et dans les cas où une nouvelle constitution n'a pas été assujettie à une approbation par référendum et que celui-ci ne portait que sur le nouveau statut d'État indépendant, l'existence d'une constitution élaborée au préalable et appelée à entrer en vigueur au moment de l'accession à l'indépendance ne semble pas non plus avoir freiné l'élan vers l'indépendance, comme dans le cas des Américains en 1787 et ceux plus récents des Namibiens, des Croates, des Slovaques, des Érythréens et des Sud-Soudanais. Et même si cela ne lui a pas suffi à accéder à l'indépendance en raison des règles constitutionnelles applicables (majorité des deux tiers requise), on pourrait ajouter à ces exemples le cas de Nièvés. Le fait que le « *full and complete text* » de la constitution du futur État indépendant de Nièvés ait été porté à la connaissance de sa population n'a pas empêché celle-ci de voter dans une proportion de 64 % en faveur de l'indépendance.

Il n'est pas non plus sans intérêt que les tentatives contemporaines d'accession à l'indépendance du Québec et de l'Écosse, qui ne juxtaposaient pas la démarche indépendantiste à un processus constituant, se sont révélées infructueuses. Si le récent échec de l'Écosse n'a pas amené les acteurs indépendantistes à envisager un processus constituant et qu'il ne semble pas en être question dans la perspective d'un nouveau référendum sur l'indépendance, des acteurs du mouvement indépendantiste québécois ont en revanche mis de l'avant l'adjonction d'un processus constituant, comme le montrent l'étude de Danic Parenteau⁴¹ et de même qu'une proposition de travail formulée

⁴¹ Voir Danic Parenteau, « Le pouvoir constituant au Canada et au Québec », Montréal, IRAI, 2017, p. 71-94.

par les OUI-Québec⁴².

La démarche visant à faire accéder la Catalogne à l'indépendance qui est actuellement en cours a été fondée au départ sur une proposition greffant un processus constituant à cette démarche. En effet, la feuille de route unitaire adoptée par des partis politiques et des organismes indépendantistes de la société civile le 30 mars 2015 prévoyait la « préparation d'un projet de texte constitutionnel en 10 mois environ, à travers un mécanisme participatif qui permet d'encourager l'adhésion au projet par le biais d'un processus constitutionnel ouvert dans lequel il y a participation directe des citoyens (Convention constitutionnelle catalane) et qui sera soumis à un référendum ultérieur». Comme le rapporte Marc Sanjaume dans son étude, les résolutions adoptées subséquemment par le Parlement catalan semblent indiquer qu'une constitution ne sera pas élaborée de façon concomitante avec la démarche indépendantiste et que l'élaboration de la constitution se fera au lendemain d'un référendum victorieux sur l'indépendance et d'une élection constituante⁴³. Cette position a été confirmée par l'adoption par le Parlement catalan le 6 septembre 2017 de **la Loi de fondation de la République et de transition juridique⁴⁴ qui définit avec précision les modalités du processus constituant⁴⁵**.

L'idée de faire converger une démarche indépendantiste et un processus constituant ne s'est pas imposée comme une nécessité à ce jour, mais on peut se demander si une telle convergence ne serait pas plus respectueuse du principe démocratique. On peut penser que le consentement d'un peuple à son indépendance serait davantage éclairé si, au moment de statuer sur le nouveau statut politique, les principes constitutionnels sur lesquels serait fondé l'État étaient énoncés et si son architecture constitutionnelle était connue. La population ne se trouverait alors pas devant un projet désincarné, mais plutôt devant un projet de pays bien concret.

Une question mérite dès lors d'être posée. Lorsqu'un peuple envisage de se constituer en État indépendant et souverain, la démocratie du XXI^e siècle exige-t-elle qu'il le fasse à travers l'approbation de l'instrument que l'on considère comme la loi « fondamentale et suprême » : la constitution?

⁴² Voir OUI-QUÉBEC, Proposition de travail sur une modalité commune d'accèsion à l'indépendance, 10 avril 2017, en ligne : www.oui-quebec.org/single-post/2017/05/25/modalite-commune (consulté le 26 septembre 2017).

⁴³ Voir Marc Sanjaume, « Le processus constituant en Catalogne », Montréal, IRAI, 2017, p. 49-70.

⁴⁴ Le texte de cette loi, dans sa version originale catalane, est accessible à l'adresse www.ara.cat/2017/08/28/llei-transitorietat-juridica.pdf (consulté le 26 septembre 2017).

⁴⁵ Voir les articles 85 à 89 de la loi.

Bibliographie

Instruments Internationaux

Traités

Charte des Nations Unies (1945), CNUCIO, vol. 15, p. 365, [1945] R.T. Can. n° 7

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966), (1976) 993 RTNU 3

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), (1976) 993 RTNU 171

Résolutions

Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux (1960), A.G. Rés 1514, (XXV), Doc. off. AG NU, 15^e sess., supp. n° 16, Doc. NU A/4684, p. 66

Principes qui doivent guider les États membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa a de l'article 73 de la charte leur est applicable ou non (1960), A.G. Rés 1541, (XXV), Doc. off. AG NU, 15^e sess., supp. n° 16, Doc. NU A/4651, p. 31

Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (1970), A.G. Rés. 2625 (XXV), Doc. off. AG NU, 25^e sess., supp. n° 28, , Doc. NU A/8028, p. 121

Instruments Nationaux

Législation Nationale

Canada

Loi de clarification (Loi sur la clarté), Lois du Canada (L.C.) 2000, c. 21

Catalogne

Loi 19/2017 du 6 septembre sur le référendum d'autodétermination (Llei 19/2017, del 6 de setembre, del referèndum d'autodeterminació) <http://danielturpqc.org/upload/2017/Catalogne-Loi_sur_le_referendum_dautodetermination_Traduction_francaise.pdf> et <http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/7449A/1633375.pdf>> consulté le 30 septembre 2017.

Loi 20/2017 du 8 septembre sur la transition juridique et la fondation de la République (Llei 20/2017, del 8 setembre, de transitorietat jurídica i fundacional de la república) <http://www.ara.cat/2017/08/28/llei_transitorietat_juridica.pdf/http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa?documentId=796643&action=fitxa>, consulté le 30 septembre 2017.

Écosse

Scottish Independence Referendum Act, 2013, 2013 Acts of Scottish Parliament (ASP) 14 <<http://www.legislation.gov.uk/asp/2013/14/pdfs/asp20130014en.pdf>>, consulté le 30 septembre 2017.

Québec

Loi l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, Recueil des lois et règlements du Québec (R.L.R.Q.), c. E-20.2

Loi sur la consultation populaire, R.L.R.Q., c. C-64.1

Saint-Christophe-et-Nièves

Constitution de Saint-Christophe-et-Nièves, <http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=235246>, consulté le 30 septembre 2017.

Singapore

Republic of Singapore Independence Act <<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3A%222cc15e67-cf27-44b1-a736-f28ab8190454%22%20Status%3Apublished%20Depth%3A0;rec=0>> et dans une traduction française, <http://mjp.univ-perp.fr/constit/tch1992.htm>, consulté le 30 septembre 2017.

Tchécoslovaquie

Loi constitutionnelle sur la dissolution de la Tchécoslovaquie (no 542/1992) <<http://mjp.univ-perp.fr/constit/tch1992.htm>>, consulté le 30 septembre 2017.

Acte Intergouvernemental

Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland, Edinburgh, 15 October 2012 <<http://www.gov.scot/About/Government/concordats/Referendum-on-independence>>, consulté le 30 septembre 2017.

Jurisprudence

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 Rapports de Cour suprême du Canada [R.C.S.] 217 <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1643/index.do>>, consulté le 30 septembre 2017.

Doctrine

Monographies et ouvrages collectifs

Abulof, Uriel and Karl Cordell (eds) (2016). *Self-Determination in the Early Twenty-First Century- A double edge concept*, London and New York, Routledge.

Bartelson, Jens (1995). *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press.

Beigbeder, Yves (1994). *International Monitoring of Plebiscites, Referenda and National Elections: Self-Determination and Transition to Democracy*, Dordrecht, Nijhoff.

Bérard, Frédéric et Stéphane Beaulac (2015), *Droit à l'indépendance : Québec, Monténégro, Kosovo, Écosse, Catalogne*, Montréal, XYZ Éditeur.

Brossard, Jacques (1976). *L'accession à la souveraineté et le cas du Québec : conditions et modalités politico-juridiques*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal.

- Brown, Judith and Roger Willilam Louis (1999). *The Dissolution of the British Empire*, Oxford, Oxford University Press.
- BUCHANAN, Alan (1991). *Secession: The Morality of Political Divorce From Fort Sumter To Lithuania And Quebec*, Boulder, Westview Press.
- Bucheit, Lee C. (1978). *Secession : The Legitimacy of Self-Determination*, New Haven, Yale University Press.
- Calegeropoulos-Stratis, Spyros (1973). *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruxelles, Bruylant
- Choudury, Sujit and I. Michael Heyman (2016). *Constitution-Making*, London, Edward Elgar.
- Christakis, Théodore (1999). *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Documentation française.
- Coggins, Bridget (2014). *Power Politics and State Formation in the Twentieth Century : The Dynamics of Recognition*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Crawford, James (2011). *The Creation of States in International Law*, 2nd ed, Oxford, Oxford University Press.
- Danspeckgruber, Wolfgang and Arthur Watts (eds) (1997). *Self-Determination and Self-Administration – A Sourcebook*, Boulder London, Lynne Rienner Publishers
- Fabry, I. Miksulas (2010). *Recognizing States: International Society and the Establishment of New States Since 1776*, Oxford. Oxford University Press.
- Fafard, Patrick et Darrell R. Reid (1991). *Constituent Assemblies : A Comparative Survey*, Research Paper no 39, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations.
- Ghai, Yash (2005). *The Role of Constituent Assemblies in Constituion-Making 2005* <<https://www.agora-parl.org/sites/default/files/The%20Role%20of%20Constituent%20Assemblies%20in%20Constitution%20Making.pdf>>, consulté le 30 septembre 2017.
- Garcia, Thierry (dir.) (2016). *La Palestine : d'un État non membre de l'Organisation des Nations Unies à un État souverain?*, Paris, Pedone.
- Ginsburg, Tom (ed) (2012). *Comparative Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Griffiths, Ryan D. (2016). *Age of Secession: The International and Domestic Determinants of State Birth*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Hannum, Hurst (1990). *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, Revised edition, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- Le Pillouer, Arnaud (2013). *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes- Essai sur le pouvoir instituant*, Paris, Dalloz.
- Mattern, Johannes (1921). *The Employment of the Plebiscite in the Determination of Sovereignty*, Baltimore, Johns Hopkins University Press.

McHarg, Aileen, Tom Mullen, Alan Page and Neil Walker (eds) (2016). *The Scottish Independence Referendum-Constitutional and Political Implications*, Oxford, Oxford University Press.

Pavkovic, Aleksandert and Peter Radan (2007). *Creating New States : Theory and Practice of Secession*, Aldershot, Ashgate.

Qvortrup, Matt (2005). *A Comparative Study of Referendums*, Manchester, Manchester University Press.

Qvortrup, Matt (2013). *Referendums Around the World : The Continued Growth of Direct Democracy*, London, Palgrave/MacMillan.

Qvortrup, Matt (2014). *Referendums and Ethnic Conflict*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

Turp, Daniel (1992). *Exposé-réponse (processus d'accession à la souveraineté)*, dans Commission des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, *Les attributs d'un Québec souverain : exposés et études*, volume 1.

Turp, Daniel (2001). *Le droit de choisir : essais sur le droit du Québec de disposer de lui-même*, Montréal, Les Éditions Thémis.

Turp, Daniel (2002). *Le droit à l'autodétermination du Québec et le processus d'accession à la souveraineté (Mise à jour et compléments de 2001)*, dans Gouvernement du Québec, *Mises à jour des études originalement préparées pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992)*, Volume 3 (Première partie) (Livre 2), p. 160 <<https://www.saic.gouv.qc.ca/documents/institutions-constitution/commission-souverainete-1991-1992/22-DanielTurp.pdf>>, consulté le 30 septembre 2017.

Articles de périodiques et d'ouvrages collectifs

Agniel, Guy (2011). « Îles Cook et Niué : la conception néo-zélandaise de l'association », dans Jean-Yves Faberon, V. Fayaud et J.-M. Regnault (dir.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie : Peuples, populations, nations, États, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, Aix-en-Provence, Presses de l'Université Aix-Marseille, t. I., p. 363

Bell, Christine (2012). *The Legal Status of 'Edinburgh Agreement'*, *Scottish Constitutional Futures Forum*, <<http://www.scotishconstitutional futures.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/articleId/431/iChristine-Bell-The-Legal-Status-of-the-Edinburgh-Agreement.aspx>>, consulté le 30 septembre 2017.

Chauvel, Charles, Charmaine Rodrigues et Rushika De Silva (2016). « Réflexions sur l'élaboration de constitutions à travers le monde : études des bonnes pratiques et des enseignements tirés », dans Programme des Nations Unies pour le développement, *La constitution de la Tunisie - Processus, principes et perspectives*, Bruxelles, PNUD, p. 355-368. <<http://www.tn.undp.org/content/dam/rbas/doc/Compendium/Part%202/29%20R%C3%A9flexions%20sur%20le%20C3%A9laboration%20des%20constitutions%20C3%A0%20travers%20le%20monde.pdf>>, consulté le 30 septembre 2017.

Derrida, Jacques (1986). « Declarations of independence », *New Political Science*, vol. 7, 7-15.

D'onorio, Joël-Benoît (1997). « Le Saint-Siège dans la communauté internationale », *Revue générale de droit*, vol. 28, 495-521.

Forniès, David (2017). « Ten countries that grant the right to independence to (some of) their territories - and France is one of them », dans *Nationalia*, <<http://www.nationalia.info/new/10936/ten-countries-that-grant-the-right-to-independence-to-some-of-their-territories-and-France>>, consulté le 30 septembre 2017.

Griffiths, Ryan (2016). « The State of Secession in International Politics », *E-International Relations*, <<http://www.e-ir.info/2016/09/23/the-state-of-secession-in-international-politics>>, consulté le 30 septembre 2017.

Langlois, Denis (2016). *Bolivie-Équateur - Des constituantes refondatrices : Entre le discours et la réalité*, 2016 <<http://www.alterinfos.org/spip.php?article7214>>, consulté le 30 septembre 2017.

Liñeira, Robert and Daniel Cetrà (2015). « The Independence Case in Comparative Perspective », *The Political Quarterly*, vol. 86 257-264.

Malenovsky, Jiri (1993). « Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie », *Annuaire français de droit international*, 305-336.

Merle, Marcel (1961). « Les plébiscites organisés par les Nations Unies », *Annuaire français de droit international*, vol. 7, 425-445.

Redslob, Robert (1931). « Le principe des nationalités », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 37, 1-80.

Qvortrup, Matt (2014), « Referendums on Independence 1860-2011 », *The Political Quarterly* vol. 85, 57-64.

Turp, Daniel (2001). « Le droit du Québec à l'autodétermination et l'indépendance : la *Loi sur la clarté* du Canada et la *Loi sur les droits fondamentaux* du Québec en collision », dans Daniel Turp, *Le droit de choisir ; essais sur le droit du Québec de disposer de lui-même*, Montréal, Éditions Thémis, 747-761.

Virally, Michel (1963). « Droit international et décolonisation devant les Nations Unies », *Annuaire français de droit international*, vol. 9, 508-541

Articles de journaux

AFP, « Vénézuéla ; Nicola Maduro inaugure sa Constituante malgré les manifestations- La Constituante est rejetée par 72% des Vénézuéliens selon un sondage », *Huffington Post*, 4 août 2017 <http://www.huffingtonpost.fr/2017/08/04/venezuela-nicolas-maduro-inaugure-sa-constituante-malgre-les-ma_a_23064325>, consulté le 30 septembre 2017.

« Référendum au Kurdistan irakien: Une très large majorité des électeurs soutiennent l'indépendance », *La Libre Belgique*, 26 septembre 2017 <<http://www.lalibre.be/actu/international/referendum-au-kurdistan-irakien-une-tres-large-majorite-des-electeurs-soutiennent-l-independance-59c9e03ccd70461d26485a4c>>, consulté le 30 septembre 2017.

« Vénézuéla: la Constituante s'empare des pouvoirs du Parlement », *Le Figaro*, 18 août 2017 <<http://www.lefigaro.fr/international/2017/08/18/01003-20170818ARTFIG00295-venezuela-la-constituante-s-empare-des-pouvoirs-du-parlement.php>>, consulté le 30 septembre 2017.

Divers

Carter Center (2011), *Observing the 2011 Referendum on the Self-Determination of Southern Sudan- Final Report*, 2011 <<https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peacepublications/electionreports/finalreport-sudan-2011-self-determination-referendum.pdf>>, consulté le 30 septembre 2017.

Constitution Unit, University College London, « Constitutions and Constitution Making » <<http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/research/constitutions-constitution-making>>, consulté le 30 septembre 2017.

Oui-Québec (2017), *Proposition de travail sur une modalité commune d'accèsion à l'indépendance*, 10 avril 2017 <<https://www.oui-quebec.org/single-post/2017/05/25/modalite%20commune>>, consulté le 30 septembre 2017.

ANNEXE 1 - PROCESSUS D'ACCESSION À L'INDÉPENDANCE

A. PAR VOIE DE RÉFÉRENDUM (N = 20)

| | ÉTAT NOUVEAU (ÉTAT PRÉDÉCESSEUR) | DATE RÉFÉRENDUM | TAUX DE PARTICI- PATION (%) | VOTE OUI (%) | DATE DÉCLARATION DE SOVERAINETÉ | DATE PROCLAMATION D'INDÉPENDANCE | DATE D'ADMISSION SDN ¹ / ONU ² |
|----|--|--|--------------------------------------|----------------------|---------------------------------------|--|--|
| 1 | Norvège (Union de Norvège et de Suède) | 13 août 1905 ³ | 85,44 ⁴ | 99,95 ⁵ | 7 juin 1905 ⁶ | 9 octobre 1905 ⁷ | 9 mars 1920 |
| 2 | Islande (Union du Dane- mark et de l'Islande) | 20-23 mai 1944 ⁸ | 98,61 ⁹ | 97,35 ¹⁰ | 17 mai 194 ¹¹ | 17 juin 1944 ¹² | 19 novembre 1946 |
| 3 | Kirghizistan (URSS) | 17 mars 1991 ¹³ | 81,6 ¹⁴ | 62,0 ¹⁵ | 15 décembre 1990 ¹⁶ | 31 août 1991 ¹⁷ | 2 mars 1992 |
| 4 | Slovénie (Yougoslavie) | 23 décembre 1990 ¹⁸ | 93,2 ¹⁹ | 88,5 ²⁰ | ND | 25 juin 1991 ²¹ | 22 mai 1992 |
| 5 | Lithuanie (URSS) | 9 février 1991 ²² | 84,4 ²³ | 90,5 ²⁴ | 18 avril 1989 ²⁵ | 11 mars 1990 ²⁶ | 17 septembre 1991 |
| 6 | Estonie (URSS) | 3 mars 1991 ²⁷ | 83,0 ²⁸ | 77,7 ²⁹ | 16 novembre 1988 ³⁰ | 20 août 1991 ³¹ | 17 septembre 1991 |
| 7 | Lettonie (URSS) | 3 mars 1991 ³² | 87,6 ³³ | 73,7 ³⁴ | 28 juillet 1989 ³⁵ | 21 août 1991 ³⁶ | 17 septembre 1991 |
| 8 | Géorgie (URSS) | 31 mars 1991 ³⁷ | 90,6 ³⁸ | 99,1 ³⁹ | 26 mai 1990 ⁴⁰ | 9 avril 1991 ⁴¹ | 31 juillet 1992 |
| 9 | Croatie (Yougoslavie) | 19 mai 1991 ⁴² | 83,56 ⁴³ | 93,24 ⁴⁴ | 25 juin 1991 ⁴⁵ | 8 octobre 1991 ⁴⁵ | 22 mai 1992 |
| 10 | Macédoine (Yougoslavie) | 8 septembre 1991 ⁴⁶ | 72,16 ⁴⁷ | 95,26 ⁴⁸ | 17 septembre 1991 ⁴⁹ | 17 septembre 1991 ⁵⁰ | 8 avril 1993 |
| 11 | Arménie (URSS) | 21 septembre 1991 ⁵¹ | 95,1 ⁵² | 99,3 ⁵³ | 24 août 1990 ⁵⁴ | 23 septembre 1991 ⁵⁵ | 2 mars 1992 |
| 12 | Turkménistan (URSS) | 26 octobre 1991 ⁵⁶ | 97,4 ⁵⁷ | 94,1 ⁵⁸ | 22 août 1990 ⁵⁹ | 27 octobre 1991 ⁶⁰ | 2 mars 1992 |
| 13 | Ukraine (URSS) | 1 ^{er} décembre 1991 ⁶¹ | 84,2 ⁶² | 90,3 ⁶³ | 16 juillet 1990 ⁶⁴ | 24 août 1991 ⁶⁵ | 24 octobre 1945 |
| 14 | Azerbaïdjan (URSS) | 29 décembre 1991 ⁶⁶ | 95,3 ⁶⁷ | 99,6 ⁶⁸ | 18 octobre 1991 ⁶⁹ | 30 août 1991 ⁷⁰ | 2 mars 1992 |
| 15 | Ouzbékistan (URSS) | 29 décembre 1991 ⁷¹ | 94,0 ⁷² | 98,2 ⁷³ | 20 juin 1990 ⁷⁴ | 31 août 1991 ⁷⁵ | 2 mars 1992 |
| 16 | Bosnie-Herzégovine (Yougoslavie) | 29 février et 1 ^{er} mars 1992 ⁷⁶ | 63 ⁷⁷ | 99,4 ⁷⁸ | 15 octobre 1991 ⁷⁹ | 3 mars 1992 ⁸⁰ | 22 mai 1992 |
| 17 | Erythrée (Éthiopie) | 23 au 25 avril 1993 ⁸¹ | 98,52 ⁸² | 99,805 ⁸³ | 27 avril 1993 ⁸⁴ | 24 mai 1993 ⁸⁵ | 28 mai 1993 |
| 18 | Timor oriental (Indonésie) | 30 août 1999 ⁸⁶ | 98,6 ⁸⁷ | 78,5 ⁸⁸ | 20 octobre 1999 ⁸⁹ | 20 mai 2002 ⁹⁰ | 27 septembre 2002 |
| 19 | Monténégro (Serbie-et-Monténé- gro) | 21 mai 2006 ⁹¹ | 86,6 ⁹² | 55,5 ⁹³ | 31 juin 2006 ⁹⁴ | 3 juin 2006 ⁹⁵ | 28 juin 2006 |
| 20 | Soudan du Sud (Soudan) | 9 au 15 janvier 2011 ⁹⁶ | 97,58 ⁹⁷ | 98,83 ⁹⁸ | ND | 9 juillet 2011 ⁹⁹ | 14 juillet 2011 |

B. PAR VOIE D'ÉLECTION (N = 7)

| | ÉTAT NOUVEAU (ÉTAT PRÉDÉCESSEUR) | DATE ÉLECTION | TAUX DE PARTICIPATION (%) | VOTE OUI (%) | DATE DÉCLARATION DE SOUVERAINETÉ | DATE PROCLAMATION D'INDÉPENDANCE | DATE D'ADMISSION ONU ¹⁰⁰ |
|----|-------------------------------------|--|---|--|----------------------------------|----------------------------------|-------------------------------------|
| 21 | Bangladesh (Pakistan) | Pakistan 7 décembre 1970 ¹⁰¹ | 56,9 (Pakistan oriental, province du Bengladesh) ¹⁰² | 72,57 (Pakistan oriental, province du Bengladesh) ¹⁰³ | 26 mars 1971 ¹⁰⁴ | 17 avril 1971 ¹⁰⁵ | 17 septembre 1974 |
| 22 | Kazakhstan (URSS) | 1 ^{er} décembre 1991 ¹⁰⁶ | 98,7 ¹⁰⁷ | 88,2 ¹⁰⁸ | 25 octobre 1990 ¹⁰⁹ | 16 décembre 1991 ¹¹⁰ | 2 mars 1992 |
| 23 | Kirghizistan (URSS) | 12 octobre 1991 | Non disponible | Non disponible | 15 décembre 1990 ¹¹¹ | 31 août 1991 ¹¹² | 2 mars 1992 |
| 24 | Moldavie (URSS) | 25 février et 10 mars 1990 ¹¹³ | 84 (1 ^{er} tour) ¹¹⁴ 75 (2 ^e tour) ¹¹⁵ | 305/380 députés. ¹¹⁶ | 23 juin 1990 ¹¹⁷ | 27 août 1991 ¹¹⁸ | 2 mars 1992 |
| 25 | Tadjikistan (URSS) | 24 novembre 1991 | Non disponible | Non disponible | 24 août 1990 ¹¹⁹ | 9 septembre 1991 ¹²⁰ | 2 mars 1992 |
| 26 | Bélarus (URSS) | 4 mars 1990 ¹²¹ | | 10% des députés étaient issus du Front populaire. ¹²² | 27 juillet 1990 ¹²³ | 25 août 1991 ¹²⁴ | 24 octobre 1945 |
| 27 | Kosovo (Serbie) | 17 novembre 2007 ¹²⁵ | 40,10 ¹²⁶ | 34,3 (PKD) ¹²⁷ 22,6 (LDK) ¹²⁸ | | 17 février 2008 ¹²⁹ | |

C. PAR LA VOIE D'UN ACCORD (N = 2)

| | ÉTAT NOUVEAU (ÉTAT PRÉDÉCESSEUR) | DATE ACCORD | DATE DÉCLARATION DE SOUVERAINETÉ | DATE PROCLAMATION D'INDÉPENDANCE | DATE D'ADMISSION ONU ¹³⁰ |
|----|---------------------------------------|--------------------------------|----------------------------------|---|-------------------------------------|
| 28 | Singapour (Malaisie) | 9 août 1965 ¹³¹ | Aucune | 9 août 1965 ¹³² | 21 septembre 1965 |
| 29 | Slovaquie (Tchécoslovaquie) | 23 juillet 1992 ¹³³ | 17 juillet 1992 ¹³⁴ | 1 ^{er} janvier 1993 ¹³⁵ | 19 janvier 1993 |

D. PAR UNE AUTRE VOIE (N = 1)

| | ÉTAT NOUVEAU (ÉTAT PRÉDÉCESSEUR) | DATE DÉCLARATION DE SOUVERAINETÉ | DATE PROCLAMATION D'INDÉPENDANCE | DATE D'ADMISSION SDN |
|----|-------------------------------------|----------------------------------|----------------------------------|---------------------------------|
| 30 | Finlande (Russie) | 6 décembre 1917 ¹³⁶ | 6 décembre 1917 ¹³⁷ | 16 décembre 1920 ¹³⁸ |

NOTES

1. <http://www.indiana.edu/~league/nationalmember.htm>
2. <https://www.un.org/en/member-states/>
3. http://www.nb.no/baser/1905/tidsl/07_091905/frindex_e.html
4. *Ibid.*
5. *Ibid.*
6. *Ibid.*
7. *Ibid.*
8. S. B. Jensdottir Hardarson, « The "Republic of Iceland" 1940-44: Anglo-American Attitudes and Influences », *Journal of Contemporary History*, vol. 9, no 4 (1974), p. 56.
9. *Ibid.*
10. *Ibid.*
11. *Ibid.*; voir aussi <http://www.palgraveconnect.com/pc/doi/10.1057/9780230270725.0317>
12. S. B. Jensdottir Hardarson, « The "Republic of Iceland" », *op. cit.*, p. 56.
13. H. E. Brady et C. S. Kaplan, « Eastern Europe and the Former Soviet Union », dans D. Butler et A. Ranney (dir.), *Referendums around the World: The Growing Use of Direct Democracy*, Washington, AEI Press, 1994, p. 193.
14. *Ibid.*
15. *Ibid.*
16. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism: Twenty Years of Post-Soviet Integration*, Londres, Palgrave Macmillan, The Center for Euro-Asian Studies, 2012, p. 233.
17. *Ibid.*
18. <http://www.slovenija2001.gov.si/10years/path/chronology/>
19. *Ibid.*
20. *Ibid.*
21. http://www.vlada.si/en/about_slovenia/history/
22. H. E. Brady et C. S. Kaplan, « Eastern Europe and the Former Soviet Union », *op. cit.*, p. 193
23. *Ibid.*
24. *Ibid.*
25. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism*, *op. cit.*, p. 233
26. «A. V. Dundzila, «For Independence», *Lithuanian Quarterly Journal of Arts and Sciences*», vol. 36, no. 2 (été 1990) // http://www.lituanus.org/1990_2/90_2_01.htm
27. H. E. Brady et C. S. Kaplan, « Eastern Europe and the Former Soviet Union », *op. cit.*
28. *Ibid.*
29. *Ibid.*
30. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism*, *op. cit.*, p. 233.
31. *Ibid.*
32. H. E. Brady et C. S. Kaplan, « Eastern Europe and the Former Soviet Union », *op. cit.*
33. *Ibid.*
34. *Ibid.*
35. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism*, *op. cit.*, p. 233.
36. *Ibid.*
37. H. E. Brady et C. S. Kaplan, « Eastern Europe and the Former Soviet Union », *op. cit.*, p. 193
38. *Ibid.*
39. *Ibid.*
40. *Ibid.*
41. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism*, *op. cit.*, p. 233.
42. *Ibid.*
43. <http://www.sabor.hr/19-may-croatian-independence-referendum>
44. *Ibid.*
45. *Ibid.*
46. *Ibid.*
47. *Ibid.*
48. http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/REPORTS/r1/Fyrom_R1_Cvetkovski.html
49. S. Trifunovska, *Yugoslavia Through Documents. From its creation to its dissolution*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 345 // <https://books.google.ca/books?id=PvjLRzgyKKkC&pg=PA345&lpg=PA345&dq=referendum+september+8+1991+macedonia&source=bl&ots=6VatetRzue&sig=cci7LEETilpiINLEvu8FwRgEee4&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwj6u9vgooHRAhWG2YMKHYHF-DucQ6AEIQDAG#v=onepage&q=referendum%20september%208%201991%20macedonia&f=false>
50. *Ibid.*
51. http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/REPORTS/r1/Fyrom_R1_Cvetkovski.html
52. *Ibid.*
53. H. E. Brady et C. S. Kaplan, « Eastern Europe and the Former Soviet Union », *op. cit.*, p. 193.
54. *Ibid.*
55. *Ibid.*
56. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism*, *op. cit.*, p. 233.
57. *Ibid.*
58. *Ibid.*

59. *Ibid.*
60. *Ibid.*
61. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism*, *op. cit.*, p. 233.
62. *Ibid.*
63. H. E. Brady et C. S. Kaplan, « Eastern Europe and the Former Soviet Union », *op.cit.*, p. 194.
64. *Ibid.*
65. *Ibid.*
66. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism*, *op. cit.*, p. 233.
67. *Ibid.*
68. H. E. Brady et C. S. Kaplan, « Eastern Europe and the Former Soviet Union », *op.cit.*, p. 193.
69. *Ibid.*
70. *Ibid.*
71. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism*, *op. cit.*, p. 233.
72. *Ibid.*
73. H. E. Brady et C. S. Kaplan, « Eastern Europe and the Former Soviet Union », *op.cit.*, p. 193.
74. *Ibid.*
75. *Ibid.*
76. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism*, *op. cit.*, p. 233.
77. *Ibid.*
78. D. Raič, *Statehood and the Law of Self-Determination*, La Haie, Kluwer Law International, 2002, p. 414.
79. *Ibid.*
80. *Ibid.*
81. Laura Silber, « Bosnia Declares Sovereignty », *The Washington Post*, 16 octobre 1991.
82. Paul Shoup, « The Bosnian Crisis of 1992 », *The national Council for Societ and East European Research*, 23 juin 1992, p. 17, en ligne : <https://www.ucis.pitt.edu/nceeer/1992-806-14-Shoup.pdf>.
83. Department of External Affairs, *Eritrea: Birth of a Nation, Asmara, Government of Eritrea*, 1993, en ligne : http://www.dehai.org/conflict/history/birth_of_a_nation.htm#Sanbar.
84. *Ibid.*
85. *Ibid.*
86. *Ibid.*
87. *Ibid.*
88. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/timor-oriental/chronologie.shtml>
89. *Ibid.*
90. *Ibid.*
91. *Ibid.*
92. *Ibid.*
93. <http://www.robert-schuman.eu/en/eem/0522-after-twenty-four-years-of-union-with-serbia-montenegro-is-independent-again>
94. *Ibid.*
95. *Ibid.*
96. Predrag Milic (Associated Press), « Montenegro Declares Its Independence From Serbia », *The Washington Post*, 4 juin 2006.
97. J. Vidmar, *Democratic Statehood in International Law: The Emergence of New States in Post-Cold War Practice*, Oxford, Hart, 2013, c. 3, par. 7.8.
98. *Ibid.*
99. *Ibid.*
100. Jeffrey Gettleman, « After Years of Struggle, South Sudan Becomes a New Nation », *New York Times*, 9 juillet 2011.
101. <https://www.un.org/en/member-states/>
102. <https://albd.org/index.php/en/party/history/118-1970-elections-awami-league-s-historic-win>
103. Pakistan Institute of Legislative Development and Transparency, *The First 10 General Elections of Pakistan: A Story of Pakistan's Transition from Democracy Above Rule of Law to Democracy Under Rule of Law : 1970-2013*, Islamabad, PIL-DAT, 2013, p. 13.
104. <https://albd.org/index.php/en/party/history/118-1970-elections-awami-league-s-historic-win>
105. C. Dowlah, *The Bangladesh Liberation War, the Sheikh Mujib Regime, and Contemporary Controversies*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2016, p. 54.
106. *Ibid.*
107. <http://www.kstu.kz/1st-december-day-of-the-first-president-of-the-republic-of-kazakhstan/?lang=en>
108. *Ibid.*
109. *Ibid.*
110. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism*, *op. cit.*, p. 233.
111. *Ibid.*
112. *Ibid.*
113. *Ibid.*
114. <http://countrystudies.us/moldova/34.htm>
115. *Ibid.*
116. *Ibid.*
117. *Ibid.*
118. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism*, *op. cit.*, p. 233.
119. *Ibid.*

120. *Ibid.*
121. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism, op. cit.*, p. 233.
122. 121 <http://countrystudies.us/belarus/39.htm>
123. *Ibid.*
124. A. Libman et E. Vinokurov, *Holding-Together Regionalism, op. cit.*, p. 233.
125. *Ibid.*
126. <http://www.kqz-ks.org/en/parliamentary>
127. *Ibid.*
128. *Ibid.*
129. *Ibid.*
130. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7249034.stm>
131. <https://www.un.org/en/member-states/>
132. <http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMEve?codeEve=714>
133. *Ibid.*
134. <http://www.nytimes.com/1992/10/09/world/at-fork-in-road-czechoslovaks-fret.html>
135. R. Young, *The Breakup of Czechoslovakia*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1994, p. 27.
136. <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/lo.html>
137. <https://finland.fi/life-society/parliamentarism-in-finland/>
138. *Ibid.*
139. <http://www.indiana.edu/~league/nationalmember.htm>

ANNEXE 2 - L'ÉLABORATION DE CONSTITUTIONS DANS LE CADRE DE DÉMARCHES INDÉPENDANTISTES

PARTIE I

| | ÉTAT NOUVEAU (ÉTAT PRÉDÉCESSEUR) | RÉFÉRENDUM CONSTITUTIONNEL Date Questions Résultat (%) Participation (%) | ASSEMBLÉE CONSTITUANTE Désignation Durée | APPROBATION Référendaire (R) Parlementaire (P) Gouvernementale (G) Entrée en vigueur (EEV) | DATE D'ACCESSION À L'INDÉPENDANCE |
|---|---|---|---|---|-----------------------------------|
| 1 | Islande¹ (Union du Danemark et de l'Islande) | 20 au 23 mai 1944 Question 1 : Fin de l'Acte d'Union Oui : 97,35 % Question 2 : Constitution républicaine Oui : 95,06 % Participation : 98,4% | Non | 20 au 23 mai 1944 (R) | 17 juin 1944 |
| 2 | Croatie² (Yougoslavie) | Aucun référendum constitutionnel | Non | 22 décembre 1990 (P) | 22 mai 1992 |
| 3 | Slovaquie³ (Tchécoslovaquie) | Aucun référendum constitutionnel | Non | 1 ^{er} septembre 1992 (P) 1 ^{er} octobre 1982 et 1 ^{er} janvier 1993 (EEV) | 1 ^{er} janvier 1993 |
| 4 | Érythrée⁴ (Éthiopie) | Aucun référendum constitutionnel | Oui (Constitutional Commission) Désignation : Président Durée : 1993- 1997 | 19 mai 1993 (G) | 24 mai 1993 |
| 5 | Soudan du Sud⁵ (Soudan) | Aucun référendum constitutionnel | Non | 7 juillet 2011 (G) | 9 juillet 2011 |

¹ Voir Guðni Th. Jóhannesson, « The Origins and Provisional Nature of Iceland's 1994 Constitution », *Iceland Review of Politics & Administration*, vol. 7, 2000, p. 61-72.

² *Constitution Writing and Conflict Resolution*, Croatia, <https://www.princeton.edu/~pcwcr/reports/croatia1990.html>, consulté le 19 avril 2017.

³ Darina Malova, « Slovakia: From the Ambiguous Constitution to the Dominance of Informal Rules », dans Jan Zielonka (dir.), *Democratic Consolidation in Eastern Europe: Institutional Engineering*, volume 1, Oxford, Oxford University Press, 2003.

⁴ Proclamation 55/94 Creating the Constitutional Commission of Eritrea, mars 1994.

⁵ Ingo Henneberg, Text comparison of the Interim Constitution of Southern Sudan (2005) and the Transitional Constitution of the Republic of South Sudan, 2011, <http://portal.uni-freiburg.de/politik/medien/pdf/lis-panke/henneberg-2012-text-comparison-constitutions-of-south-ern-sudan-2005-and-2011.pdf>, consulté le 18 avril 2017.

ANNEXE 2 - L'ÉLABORATION DE CONSTITUTIONS DANS LE CADRE DE DÉMARCHES INDÉPENDANTISTES

PARTIE II

| | ÉTAT NOUVEAU (ÉTAT PRÉDÉCESSEUR) | RÉFÉRENDUM CONSTITUTIONNEL Date Questions Résultat (%) Participation (%) | ASSEMBLÉE CONSTITUANTE Désignation Durée | APPROBATION Constituante (C) Référendaire (R) | DATE D'ACCESSION À L'INDÉPENDANCE |
|---|--|--|---|---|---|
| 1 | États-Unis d'Amérique¹ (Grande-Bretagne) | Non (sauf au Rhode Island) | Oui (Constitutional Convention) Désignation : Congrès des 13 États 25 mai -17 septembre 1787 | 17 septembre 1787 (C) | 4 mars 1789 |
| 2 | Samoa² (Nouvelle-Zélande) | 19 mai 1961 Question 1. <i>Do you agree with the Constitution adopted by the Constitutional Convention on 28 October 1960?</i> Oui : 85,4% Question 2. <i>Do you agree that on 1 January 1962 Western Samoa should become an independent State on the basis of that Constitution?</i> Oui : 86,49% Participation : 77,0% | Oui (Constitutional Convention of Western Samoa) Désignation : Parlement Durée : 7 mai- 28 octobre 1960 | 1 ^{er} janvier 1962 (R) | 1 ^{er} janvier 1962 |
| 3 | Malte³ (Royaume-Uni) | 2 au 4 mai 1964 Question : <i>Do you approve of the Constitution for Independence proposed by the Government of Malta, endorsed by the Legislative Assembly and published in the Malta Government Gazette of the 9th April, 1964?</i> Oui : 54,5 % Participation : 79,7% | Non | 21 septembre 1964 (P) | 21 septembre 1964 |
| 4 | Nioué⁴ (Nouvelle-Zélande) | 3 septembre 1974 Question : <i>Do you vote for self-government of Niue in free association with New Zealand on the basis of the Constitution and the Niue Constitution Act 1974?</i> OUI: 65,4% Participation : 96,6% | Non | 19 octobre 1974 (R) | 19 octobre 1974 |
| 5 | Namibie⁵ (Afrique du Sud) | Aucun référendum constitutionnel | Oui (Constituent Assembly of Namibia) Désignation : suffrage universel 21 novembre 1989- 20 mars 1990 | 9 février 1990 (P) | 21 mars 1990 |

L'ÉLABORATION DES CONSTITUTIONS SURVOL PRATIQUE ET CONSIDÉRATIONS SUR LE RÔLE DES EXPERTS

Matt Qvortrup

Professeur, Département de Science Politique, Université de Coventry

Ce texte a une visée normative : contribuer à concevoir un processus « optimal » d'élaboration d'une constitution, qui tienne compte à la fois de ce qui est réaliste et de ce qui est juste. Ou, pour le dire comme Jean-Jacques Rousseau, « en prenant les hommes tels qu'ils sont, et les lois telles qu'elles peuvent être¹ ».

L'élaboration des constitutions est un domaine d'étude passablement négligé. Les politologues, à quelques exceptions près – par-dessus tout Jon Elster² –, ont abandonné le sujet aux juristes³, lesquels à leur tour l'ont laissé aux historiens⁴. Par conséquent, il existe très peu d'études comparatives, et la recherche s'est focalisée sur des études de cas, particulièrement les expériences française et étatsunienne au 18^e siècle⁵. Pour citer un travail ancien mais encore largement valable :

L'étude comparative de l'élaboration des constitutions demeure à peu près inexistante. Le droit constitutionnel comparé est bien sûr une discipline établie. L'analyse comparative de l'élaboration du droit en général est un champ fondamental de la science politique. Mais à ma connaissance il n'existe pas un seul ouvrage [...] qui traite du processus d'élaboration constitutionnelle dans une perspective comparative d'ensemble⁶.

Malgré tout ce qui s'est écrit sur le sujet depuis la chute du communisme, il demeure vrai que « le champ est pauvre en recherche comparative rigoureuse⁷ ». Ou, comme l'écrit ailleurs le même auteur, « plus d'une décennie après qu'Elster a déploré le manque de théorie sur la rédaction des constitutions (à quoi j'ajouterais le manque de données empiriques systématiques), le champ conserve un petit côté far-west : excitant mais inexploré⁸ ».

¹ Le genre masculin est employé pour alléger le texte.

² Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, dans Œuvres complètes [1762], vol. 3, Paris, Gallimard (« Bibliothèque de la Pléiade »), 1964 p. 351.

³ Jon Elster, « Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process », *Duke Law Journal*, vol. 45, 1995, p. 373-375; et Jon Elster, « Constitution Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open Sea », *Public Administration*, vol. 71, n° 1-2, 1993, p. 169-217. Pour un traitement plus normatif de la question, voir Jon Elster, « The Optimal Design of A Constituent Assembly », dans Hélène Landemore et Jon Elster (dir.), *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 148-172.

⁴ Voir cependant: Z. Elkins, T. Ginsburg et J. Melton, *The Endurance of National Constitutions*, 2009, Cambridge, Cambridge University Press; et, de façon plus constructive, W. Eliot Bulmer, *A Model Constitution for Scotland: Making Democracy Work in an Independent State*, Édimbourg, Luath Press, 2013.

⁵ L'exemple classique étant M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund, 2012.

⁶ Pour un survol, voir Jon Elster, « Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris », *Cardozo Law Review*, vol. 14, 1992, p. 549

⁷ Jon Elster, « Constitution Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open Sea », *Public Administration*, vol. 71, n° 102, 1993, p. 174. Toutes les traductions sont de nous.

⁸ J. Blount, Z. Elkins et T. Ginsburg, « Does the Process of Constitution-Making Matter? », dans T. Ginsburg (dir.), *Comparative Constitutional Design*, 2012, p. 31.

La présente étude recense et analyse les résultats de la recherche dans ce domaine souvent négligé. Au menu : l'histoire de l'élaboration constitutionnelle, un survol du rôle des experts, le rôle des citoyens et une analyse de la formation et du fonctionnement des assemblées constituantes.

Les constitutions dans l'histoire

La question des origines *dépend du point de vue adopté*. La « constitution » des Romains (*Mos majorum*, « les mœurs des anciens ») *n'était pas un document unique mais un ensemble de précédents informels qui guidaient la vie politique de la république avant son renversement en 49 av. J.-C.*⁹. C'est sans doute le prophète Mahomet qui établit la première constitution au sens moderne du terme, soit un ensemble de principes fondamentaux juridiquement contraignants. Avec la charte de Médine (*Dastūr al-Madīnah*), ce leader religieux établit un code pour gouverner la nouvelle entité politique arabe¹⁰. L'objectif était de mettre un terme aux conflits entre les divers groupes ethniques et religieux; la charte reconnaissait la liberté de religion et prévoyait un système de taxation. Pour ce qui est des pays occidentaux, c'est toutefois la *Magna Carta* de 1215 que l'on regarde comme la première constitution, avec ses droits fondamentaux que l'on pouvait faire valoir devant les tribunaux¹¹.

Même si la *Magna Carta* proprement dite ne demeura en application que quelques années et qu'elle contenait peu de choses en fait de droits civiques et politiques, elle inspira la rédaction de codes dans d'autres pays, comme la *Loi de Jutland* au Danemark (1241), le *Miroir des Saxons* en Allemagne (vers 1220) et la *Bulle d'or* des Hongrois (1222). Elle ouvrit la voie à d'autres constitutions et déclarations de droits, comme l'*Instrument of government* d'Olivier Cromwell (1653), généralement considéré comme la première constitution écrite¹². Cette constitution périt avec Cromwell, mais les Anglais adoptèrent une génération plus tard leur célèbre *Bill of rights* (1689), un document fondamental garantissant des droits qu'aujourd'hui on enchâsse dans les constitutions¹³.

Les constitutions : proclamations idéalistes ou cadres pragmatiques?

Les documents précurseurs ont leur intérêt, mais l'histoire de l'élaboration des constitutions ne commence véritablement qu'en 1787, avec la Convention de Philadelphie. Avant de se pencher sur le processus d'élaboration, il est bon de s'interroger sur les objectifs que l'on poursuit lorsque l'on veut se doter d'une constitution.

Une constitution remplit deux fonctions. D'un côté, il s'agit d'un document fondateur exprimant les finalités, les aspirations et les valeurs fondamentales de la nation¹⁴. De l'autre, c'est un document pragmatique qui énonce les pouvoirs de l'État – et leurs limites. Dans certaines situations idéales, la constitution exposera une philosophie politique en même temps qu'elle servira d'assise pratique à l'État de droit. C'est le cas de la Loi fondamentale de la République

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Sur ce sujet, voir E. Asmis, « A New Kind of Model: Cicero's Roman Constitution in De Republica », *American Journal of Philology*, vol. 126, n° 3, 2005, p. 377-416.

¹¹ R.B. Serjeant, « The Sunnah Jāmi'ah, Pacts with the Yathrib Jews, and the Tahrīm of Yathrib: Analysis and Translation of the Documents Comprised in the So-Called "Constitution of Medina" », dans Uri Rubin (dir.), *The Life of Muhammad: The Formation of the Classical Islamic World*, vol. 4, Brookfield, Ashgate, 1998, p. 151.

¹² Andrew Blick, *English Beyond Magna Carta: A Constitution for the United Kingdom*, Oxford, Hart, 2015.

¹³ P. Gaunt, « Drafting the Instrument of Government, 1653–54: A Reappraisal », *Parliamentary History*, vol. 8, n° 1, 1989, p. 28-42.

¹⁴ J. Hoppit, « Compulsion, Compensation and Property Rights in Britain, 1688–1833 », *Past & Present*, vol. 210, n° 1, 2011, p. 93-128.

¹⁵ Voir par exemple l'analyse d'Hannah Arendt dans *De la révolution*, Paris, Gallimard (« Folio Essais ») 2013.

fédérale d'Allemagne, le *Grundgesetz* (1949), qui est vénérée comme un texte inspirant tout en servant à limiter les pouvoirs de l'État fédéral et des *Länder*. Pour cette raison, la constitution allemande, comme celle des États-Unis, a engendré un sentiment (et une doctrine) de patriotisme constitutionnel (*Verfassungspatriotismus* en allemand)¹⁵.

Pour qu'une constitution parvienne à ce degré de légitimité, il est nécessaire, selon les philosophes, que ses rédacteurs recherchent un « consensus par recoupement », qu'ils s'élèvent au-dessus de leur propre position sociale et recherchent l'impartialité, comme masqués par « le voile de l'ignorance¹⁶ ». Depuis les penseurs des Lumières écossaises Adam Smith et David Hume, cet idéal d'un « spectateur impartial » a marqué la théorie constitutionnelle jusqu'à nos jours¹⁷ : on en retrouve la trace dans la jurisprudence et les écrits sur l'élaboration des constitutions. Bruce Ackerman, l'un des spécialistes de la question les plus cités, incarne cette vision idéaliste de l'élaboration des documents fondamentaux.

Bien que la politique constituante soit la forme la plus élevée de la vie politique, on ne devrait lui permettre de dominer la vie de la nation que dans les rares périodes de conscience politique élevée. Dans les longs intervalles entre ces moments constitutionnels, une deuxième forme d'activité – que j'appellerai la vie politique normale – reprend ses droits. Là, des factions manipulent les formes constitutionnelles de la vie politique à la poursuite de leurs intérêts étroits¹⁸.

En réalité, les choses sont passablement plus complexes. L'idée que les « factions » se montrent temporairement moins portées à « manipuler » et à poursuivre « leurs intérêts étroits » n'est pas entièrement fondée empiriquement, bien qu'on en trouve des exemples anecdotiques (*voir plus bas*). L'expérience des processus constitutionnels autour du monde montre au contraire que les constitutions résultent de ce que les politologues appellent la « logique des conséquences » bien davantage que d'une idéaliste « logique de la convenance¹⁹ ».

L'histoire de la Convention constitutionnelle américaine offre l'exemple non pas d'un accord au sujet du bien commun, mais bien de la recherche d'un compromis entre des intérêts divergents²⁰. De même, deux siècles plus tard, les négociations constitutionnelles du lac Meech ne se caractérisent pas par la quête du bien commun au Canada. La différence avec les États-Unis est que les Canadiens ont dans ce cas été incapables de parvenir à un compromis acceptable pour toutes les provinces²¹.

De façon générale, l'intérêt particulier (notamment celui des groupes) l'emporte sur l'idéalisme. Il y a bien sûr des exceptions, comme dans le cas du dramaturge et homme d'État Václav Havel, dont la politique éclairée fit en sorte de permettre à d'autres tendance politique que la sienne de participer au processus de refondation de la Tchécoslovaquie.

¹⁶ Dolf Sternberger, *Verfassungspatriotismus*, Francfort, Insel Verlag, 1990. Pour une vue plus générale : J.W. Müller, « A General Theory of Constitutional Patriotism », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008, p. 1.

¹⁷ J. John Rawls, « The Idea of an Overlapping Consensus », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, no 1, 1987, p. 1-25.

¹⁸ Knud Haakonssen, *The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

¹⁹ Bruce A. Ackerman, « The Storrs Lectures: Discovering the Constitution », *The Yale Law Journal*, vol. 93, no 6, 1984, p. 1022. *Les italiques sont dans l'original*.

²⁰ James March et Johan P. Olsen, « Institutional Perspectives on Political Institutions », *Governance*, vol. 9, no 3, 1996, p. 247-264.

²¹ R.A. McGuire et R.L. Ohsfeldt, « Economic Interests and the American Constitution: A Quantitative Rehabilitation of Charles A. Beard », *The Journal of Economic History*, vol. 44, no 2, 1984, p. 509-519.

²² P.J. Monahan, *Meech Lake: The Inside Story*, Toronto, University of Toronto Press, 1991.

Immédiatement après la chute du communisme en Tchécoslovaquie, Václav Havel et ses conseillers issus du mouvement Forum civique entreprirent de rédiger la loi qui permettrait d'élire une assemblée constituante. Havel appuyait fortement l'idée d'un système majoritaire, car cela permettait aux électeurs de choisir des individus plutôt que des partis. Le système majoritaire aurait permis au Forum civique de remporter les élections dans un raz de marée, comme Solidarité l'avait fait en Pologne en juin 1989. Pour Havel et son mouvement, toutefois, cet exemple militait contre le choix du système majoritaire, et non en sa faveur. Ils mirent donc la pédale douce et adoptèrent un mode de scrutin proportionnel, parce qu'ils souhaitaient que tout le spectre politique soit représenté, y compris les communistes²².

Mais ce geste d'ouverture s'est retourné contre lui : les Slovaques, qui appuyaient des formations communistes, ont réussi à bloquer les politiques voulues par Havel, comme le maintien de la fédération. L'idéalisme de Havel a conduit à un échec²³.

On peut saluer le désir de Havel d'inclure les opposants dans le processus politique, mais on doit constater que la politique constitutionnelle n'est pas différente de ce qu'Ackerman nomme la « vie politique normale ». En outre, la politique constitutionnelle ne se déroule pas dans un *vacuum*, comme le suggère avec éloquence le titre d'un article souvent cité sur le sujet : « Réparer le navire en pleine mer²⁴ ». Pour toutes ces raisons, la présente étude accordera relativement peu d'attention aux préoccupations idéalistes et à la théorie démocratique et se concentrera sur des situations concrètes et des preuves empiriques.

Quand?

Les révisions constitutionnelles et les nouvelles constitutions ne sont pas choses rares. Ginsburg et ses collaborateurs ont recensé 806 cas dans le monde, entre la Révolution française et 2005; sur 460 d'entre eux, ils ont pu recueillir des données²⁵. Mon analyse s'appuie sur ces données, auxquelles j'ai ajouté celles du Comparative Constitution Project²⁶.

La plupart des constitutions promulguées durant cette période l'ont été au terme d'une guerre, après une déclaration d'indépendance ou à la suite d'une crise ou d'une rupture historique importante, comme la Première Guerre mondiale, la décolonisation ou la chute du communisme.

Comment?

En des temps anciens – et peut-être mythiques –, un législateur unique se chargeait de rédiger la constitution. Ainsi dit-on de Solon qu'il composa la première constitution athénienne. En réalité il s'agit presque toujours d'un processus collectif. Si l'on excepte celle qu'écrivit le philosophe Benjamin Constant pour Napoléon à son retour d'exil (et

²³ Jon Elster, « Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process », *op. cit.*, p. 385.

²⁴ *Idem.*

²⁵ Jon Elster, Claus Offe et Ulrich K. Preuss, *Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

²⁶ Tom Ginsburg, Zachary Elkins et Justin Blount, « Does the Process of Constitution-Making Matter? », *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 2009, p. 201-223.

²⁷ www.comparativeconstitutionsproject.org.

qui ne vécut donc que cent jours)²⁷, les constitutions modernes ont pratiquement toutes été élaborées en comité, du moins dans les pays démocratiques. Qui ferait partie du comité, comment ses membres seraient choisis, est-ce que le peuple serait consulté : autant de sujets de controverse.

On distingue généralement deux mouvements dans le processus d'élaboration des constitutions : la participation en amont, soit l'étape d'expression des vœux populaires, et la participation en aval, qui correspond aux phases de rédaction et de ratification de la constitution²⁸. Les deux mouvements peuvent se chevaucher, mais il convient de les distinguer pour les fins de l'analyse.

En amont

La participation en amont prend toutes sortes de formes : consultations diverses, forums citoyens, assemblées publiques locales, voire même conférences en ligne.

Dans plusieurs pays (par exemple au Canada, durant le processus ayant conduit au référendum de Charlottetown en 1992, de même qu'en Ouganda, au Kenya et en Afrique du Sud²⁹), les citoyens ont été invités à participer à une tournée de consultations. Dans le cas canadien, il s'agissait de remédier à l'élitisme qui avait prétendument présidé à la précédente ronde de négociations constitutionnelles, celle de l'accord du lac Meech (1987-1990). Selon une étude fréquemment citée, « l'échec de Meech semblait signifier que la population ne tolérerait plus d'être exclue des délibérations sur sa propre constitution³⁰ ». Par conséquent, la commission Spicer (le Forum des citoyens sur l'avenir du Canada, de son vrai nom) fut mise sur pied pour permettre aux gens de donner leur avis. L'expérience est aujourd'hui regardée avec un certain scepticisme. Les délibérations citoyennes ont pris une tournure populiste en permettant l'expression de toutes sortes de ressentiments jusque-là contenus³¹. Des observateurs ont conclu que les Canadiens avaient été « consultés, jusqu'à en mourir d'ennui³² ».

L'expérience de Charlottetown n'est pas unique. Des études de cas révèlent que l'élaboration de la constitution s'embourbe lorsque les citoyens sont impliqués directement au début du processus. J. Benomar relève qu'au Brésil, durant les délibérations au sujet de la nouvelle constitution en 1987-1988, les citoyens ont soumis au total 64 000 mémoires³³. Un tel processus, selon une autre étude, minera souvent la cohérence du texte³⁴. Le principal effet de la participation via les forums citoyens est d'aboutir à un document constitutionnel verbeux et sans grande utilité pratique. Au Brésil, le résultat de ce modèle de participation citoyenne fut « un texte constitutionnel parmi les plus

²⁸ Maurice Duverger, *Le système politique français*, 21^e édition, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 83.

²⁹ Jon Elster, « Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process », op. cit.

³⁰ Voir John Moehler, « Public Participation and the Support for the Constitution in Uganda », *Journal of Modern Africa Studies*, vol. 44, no 2, 2006, p. 275-308; J.T. Gathii, « Popular Authorship and Constitution Making: Comparing and Contrasting the DRC and Kenya », *William & Mary Law Review*, vol. 49, no 4, 2008, p. 9-11; et S. Gloppen, *South Africa: The Battle over the Constitution*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1997.

³¹ Richard Johnson, André Blais, Elisabeth Gidengil et Neil Nevitte (1996), *The Challenge of Direct Democracy: The 1992 Canadian Referendum*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, p. 51.

³² *Ibid.*, p. 52.

³³ *Idem.*

³⁴ J. Benomar, « Constitution-Making After Conflict », *Journal of Democracy*, vol. 15, no 2, 2004, p. 81-109.

³⁵ S. Voigt, « The Consequences of Popular Participation in Constitutional Choice : Towards a Comparative Analysis », dans A. Van Aaken (dir.), *Deliberation and Decision*, Aldershot, Ashgate, 2003, p. 199-229.

longs du monde, long de 40 000 mots³⁵ ».

Stefan Voigt présente néanmoins certains indices que les documents rédigés en s'aidant d'une large participation du public peuvent se révéler plus stables à long terme et faire l'objet de moins de demandes de réforme par la suite, du moins dans les démocraties naissantes.

De plus, Voigt constate que les constitutions élaborées avec l'implication des citoyens en amont jouissent d'une plus grande légitimité, quoiqu'il ne fournisse pas beaucoup d'indications sur la façon de mesurer cela³⁶. Donald Horowitz suggère pour sa part que l'implication des citoyens en aval améliore aussi l'acceptabilité du processus. Bien que sceptique en général à propos de la contribution populaire, il admet qu'un processus participatif « peut au moins générer un sentiment de "propriété" à l'égard du document, même si les institutions sont incapables de résorber les conflits³⁷ ».

Cela dit, les conclusions de Voigt et de Horowitz reposent principalement sur des observations anecdotiques, et elles vont à l'encontre de la plupart des études sur la participation des citoyens en amont. Bien qu'elle séduise les démocrates idéalistes, l'implication de la population aux premiers stades du processus constitutionnel est souvent déconseillée par les spécialistes. Dans une étude très citée, qu'elle émaille de nombreuses comparaisons, Alicia L. Bannon recense plusieurs expériences d'élaboration constitutionnelle après la Seconde Guerre mondiale et conclut :

Si les procédures participatives se sont révélées importantes pour légitimer le processus et consolider la démocratie, elles se sont aussi avérées coûteuses en argent, en temps et en occasions perdues pour d'autres initiatives législatives. Amener les gens à participer, les éduquer et leur permettre de négocier entre eux a exigé beaucoup de temps³⁸.

Certains notent de surcroît que certaines des constitutions parmi les plus vieilles du monde n'ont *pas* été élaborées en impliquant les citoyens dans les premiers stades du processus.

Certaines des constitutions de la seconde moitié du 20^e siècle qui ont connu le plus de succès et qui jouissent d'une légitimité considérable – celles de l'Allemagne, du Japon, de l'Inde et de l'Espagne – ont été élaborées sans la moindre participation populaire. [...] [Et] plus récemment, la transition de l'Europe de l'Est vers la démocratie (et l'économie de marché) s'est faite [...] sans aucun engagement actif de la population³⁹.

Ceci n'est pas tout à fait exact. Le Japon n'a pas permis au peuple de participer à l'élaboration de sa constitution d'après-guerre, vrai, et la participation populaire au processus ouest-allemand à la fin des années 1940 est à juste titre considérée *de minimus*⁴⁰. Mais c'est ignorer dans ce dernier cas le fait que des votes ont été tenus au niveau

³⁶ J. Blount, Z. Elkins et T. Ginsburg, « Does the Process of Constitution-Making Matter? », dans Tom Ginsburg (dir.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 50.

³⁷ S. Voigt, « The Consequences of Popular Participation in Constitutional Choice », op. cit.

³⁸ Donald Horowitz, « Constitutional Design: Proposals versus Processes », dans A. Reynolds (dir.), *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 36.

³⁹ A.L. Bannon, « Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya », *The Yale Law Journal*, 2007, p. 1836

⁴⁰ Y. Ghai et G. Galli, « Constitution-Building Processes and Democratization: Lessons Learned », dans *Institute for Democracy and Electoral Assistance, Democracy, Conflict, and Human Security: Further readings*, Stockholm, IDEA, 2006, p. 242.

⁴¹ P.H. Merkl, *The Origin of the West German Republic*, New York, Oxford University Press, 1963.

régional pour légitimer le processus de transition dans les zones française et américaine après la guerre. Les constitutions de sept *Länder* ont ainsi été ratifiées par plébiscite.

Et il est tout simplement faux d'affirmer que les citoyens ont été tenus à l'écart dans le cas de l'Espagne. La *Ley 1/1977 de 4 de enero*, qui mettait fin officiellement au régime franquiste, a été approuvée par référendum – un mécanisme en amont. Le premier ministre de transition, Adolfo Suárez, avait déclaré explicitement que « le peuple participera[it] à la construction de son propre avenir⁴¹ ». Il a tenu parole, non seulement en tenant le référendum en question, mais en en organisant un second, deux ans plus tard, sur la nouvelle constitution. Les spécialistes de cette question s'entendent pour dire que la transition vers la démocratie en Espagne a été légitimée par une participation en amont⁴². La même chose vaut pour la Grèce, où la transition de la dictature des colonels à la démocratie a été légitimée par référendum⁴³. En fait, seul le Portugal n'a pas tenu de référendum sur sa constitution démocratique, après la révolution des Œillets. Ce qui ne signifie pas qu'il n'y eut aucune participation citoyenne. Au contraire, les monographies sur le sujet montrent que l'implication du peuple a joué de plusieurs manières un rôle crucial dans le succès de cette transition démocratique⁴⁴.

La participation en amont – contrairement à ce qu'affirment les auteurs cités précédemment – a aussi joué un rôle de légitimation dans le processus d'élaboration constitutionnelle des anciennes républiques socialistes d'Europe de l'Est. C'est le cas par exemple en Pologne, où la population – via référendums et consultations en amont – a prêté son concours à la démocratisation et à l'élaboration d'une nouvelle constitution⁴⁵. En Hongrie, non seulement le peuple a participé à la transition, mais une partie du processus fut amorcée par les citoyens, grâce aux dispositions légales permettant l'initiative populaire dans ce pays⁴⁶.

Ainsi donc, à l'encontre de certains auteurs d'études comparatives, il est possible d'affirmer, preuves à l'appui, que la participation populaire en amont peut jouer – et a joué – un rôle positif dans le processus d'élaboration constitutionnelle.

En amont et en aval, simultanément

Parfois les méthodes de participation en amont et en aval sont combinées. Dans un très petit nombre de cas, les citoyens possèdent le droit d'initier des changements constitutionnels. Parmi les sociétés capitalistes développées, il n'y a pratiquement que la Suisse qui reconnaisse l'initiative populaire. Si 100 000 citoyens suisses le demandent, la population sera amenée à voter sur une proposition d'amendement. Dans les faits, depuis 1880, seules 20 tenta-

⁴² Adolfo Suárez cité dans J.J. Linz et Alfred Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1996, p. 94.

⁴³ A. Bonime-Blanc, *Spain's Transition to Democracy: The Politics of Constitution-Making*, Boulder (Colorado), Westview Press, 1987. Voir aussi Linz et Stepan, *op. cit.*, p. 87-115.

⁴⁴ P.N. Diamandourous, « Transition to, and Consolidation of, Democratic Politics in Greece, 1974-1983: A Tentative Assessment », *West European Politics*, vol. 7, no 2, 1984, p. 50-71.

⁴⁵ C.N. Azevedo et I. Menezes, « Transition to Democracy and Citizenship Education in Portugal: Changes and Continuities in the Curricula and in Adolescents' Opportunities for Participation », *Journal of Social Science Education*, vol. 7, no 1, 2008.

⁴⁶ G. Zubrzycki, « We, the Polish Nation : Ethnic and Civic Visions of Nationhood in Post-Communist Constitutional Debates », *Theory and Society*, vol. 30, no 5, 2001, p. 629-668. Voir plus généralement A. Lijphart, « Democratization and Constitutional Choices in Czecho-Slovakia, Hungary and Poland, 1989-91 », *Journal of Theoretical Politics*, vol. 4, no 2, 1992, p. 207-223.

⁴⁷ A. Bozóki, *The Roundtable talks of 1989: The Genesis of Hungarian Democracy: Analysis and Documents*, Budapest, Central European University Press, 2002.

tives de modification sur 164 ont réussi⁴⁷.

Cette procédure est aussi bien connue dans bon nombre d'États américains. Aux États-Unis, chacun des États fédérés possède sa propre constitution. Selon *Ballotpedia*, tous exigent que les modifications constitutionnelles soient approuvées par référendum⁴⁸. Dans la moitié des cas environ, les citoyens peuvent aussi proposer leurs propres amendements, comme en Suisse. Ces référendums d'initiative populaire ont connu un succès légèrement plus grand aux États-Unis que dans la Confédération helvétique. Sur 1 593 référendums tenus entre 2000 et 2012 – un nombre proprement stupéfiant –, 203 concernaient une modification de la constitution de l'État⁴⁹. Dans certains États, le plus connu étant l'Alaska, il est même permis aux citoyens de réclamer un référendum sur l'indépendance. À ce jour, le mécanisme de l'initiative populaire n'a pas été utilisé au niveau fédéral; certains doutent qu'il soit compatible avec la constitution des États-Unis⁵⁰.

En aval

Depuis l'institution de la Convention constitutionnelle de Philadelphie en 1787, confier l'élaboration des nouvelles constitutions à une assemblée constituante élue à cette fin est devenu la norme. Distincte de la législature, l'assemblée constituante est généralement élue lors d'une élection spéciale, ou alors nommée par l'exécutif. Nous y revenons plus loin. À y regarder de plus près, cependant, les méthodes et procédures varient beaucoup, même parmi les pays démocratiques, et l'usage que l'on fait des assemblées constituantes est loin d'être uniforme, et encore moins universel. Par exemple, lorsque l'Allemagne a entrepris de réformer sa constitution fédérale, en 2006, la tâche de rédiger le nouveau *Grundgesetz* a été confiée à un représentant de chacun des deux principaux partis politiques⁵¹.

Au contraire, quand l'Australie a voulu modifier sa constitution en 1998-1999, c'est une assemblée constituante choisie de façon représentative qui a rédigé le nouveau document, avant de le soumettre par référendum à la population – laquelle a néanmoins choisi de le rejeter⁵².

Avant de se faire une idée sur qui devrait rédiger la constitution, il est utile de commencer par observer ce qui s'est fait en ce domaine depuis le début de l'ère démocratique, soit depuis les révolutions américaine et française à la fin du 18^e siècle. La **Figure 1** montre quels acteurs ont été le plus impliqués dans ce processus.

⁴⁸ Uwe Serdült, « Switzerland », dans M. Qvortrup (dir.), *Referendums around the World: The Continued Growth of Direct Democracy*, Basingstoke, Palgrave, 2013, p. 79. Des dispositions similaires existent dans plusieurs États américains; voir Todd Donovan, « Referendums and Initiatives in North America », dans M. Qvortrup (dir.), *Referendums around the World*, *op. cit.*, p. 122-16

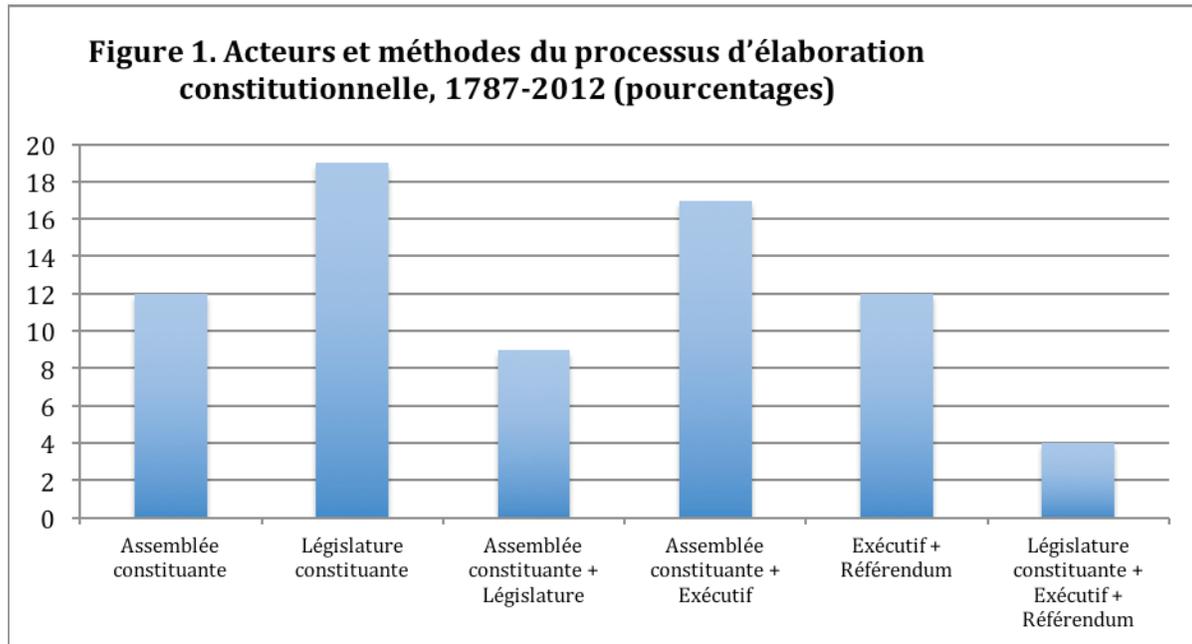
⁴⁹ https://ballotpedia.org/States_with_initiative_or_referendum.

⁵⁰ Todd Donovan, « Referendums and Initiatives in North America », *op. cit.*; Uwe Serdült, « Switzerland », *op. cit.*, p. 136.

⁵¹ Peter Radan, « Secessionist Referenda in International and Domestic Law », *Nationalism and Ethnic Politics*, vol. 18, no 1, 2012, p. 20.

⁵² J'ai analysé en détail cette réforme constitutionnelle dans M. Qvortrup, *Angela Merkel: Europe's Most Influential Leader*, Londres, Duckworth, 2016.

⁵³ J. Uhr, « Testing Deliberative Democracy: The 1999 Australian Republic Referendum », *Government and Opposition*, vol. 35, no 2, 2000, p. 189-210.



Source : www.comparativeconstitutionsproject.org.

N = 460. Parmi les 27 % non illustrés on trouve des cas où la constitution a été rédigée par un dictateur, par une puissance étrangère, etc.

Plusieurs choses intéressantes ressortent de ces données agrégées. À commencer par le fait qu'aucune procédure de modification constitutionnelle ne se démarque particulièrement. Les assemblées constituantes sont présentes la plupart du temps, mais elles agissent rarement seules : seulement 12 % des 460 cas recensés. En outre, une assemblée constituante suivie d'un référendum, sans aucune autre intervention, est une occurrence rare, soit 3% des cas (*non illustré*).

La procédure la plus commune depuis 1787 est celle de la législature constituante agissant seule, c'est-à-dire la législature ordinaire à laquelle on a donné un mandat spécial d'élaboration constitutionnelle. Une procédure presque aussi fréquente consiste à demander à l'assemblée constituante et à l'exécutif de rédiger de concert la nouvelle constitution. C'est ce qui s'est fait en Allemagne en 2006. Mais encore une fois, aucune procédure ne prédomine de manière écrasante.

Autre fait notable : la population intervient rarement de façon directe dans le processus d'élaboration constitutionnelle. Cette observation est toutefois un peu trompeuse. En se fondant sur un échantillon plus petit mais plus représentatif de 194 constitutions promulguées entre 1975 et 2002, Jennifer Widner constate que la participation citoyenne par référendum s'élève à 43 % des cas, et même à 55 % si l'on s'en tient à la période 1987-2002 – soit la période qui comprend les nouvelles constitutions de l'après-communisme, inaugurée par la Pologne⁵³. Au total, toutefois,

⁵⁴ Jennifer Widner, « Constitution Writing in Post-Conflict Settings: An Overview », *William and Mary Law Review*, vol. 49, no 4, 2008, p. 1525.

bien que la fréquence augmente avec le temps, dans la majorité des cas on se passe de référendum. Ce mode de consultation n'est donc pas, contrairement à ce que beaucoup croient, une condition *sine qua non* du changement constitutionnel. Cependant, pour prendre Hegel à contre-pied⁵⁴, tout ce qui est réel n'est pas rationnel : le fait qu'un mode d'élaboration constitutionnelle prédomine ne signifie pas qu'il soit désirable.

La question est de savoir s'il est souhaitable de tenir une assemblée constituante suivie d'un référendum. Nous examinerons l'un et l'autre mécanisme, avant de nous interroger sur la participation des experts en aval du processus.

Les assemblées constituantes

L'idée de confier à un corps spécialement constitué le soin de rédiger la constitution a beaucoup d'arguments en sa faveur. Contrairement à la législature et à l'exécutif, un tel corps est susceptible, en théorie, de se montrer plus désintéressé et d'embrasser des vues plus larges. Même s'il faut admettre qu'« on en sait peu sur les biais des assemblées en général et des constituantes en particulier⁵⁵ », les données empiriques suggèrent que ce sont les secondes que l'on devrait charger de rédiger les constitutions. En effet, leur produit final apparaît plus réfléchi et dans l'ensemble plus haut au-dessus de la mêlée partisane. Selon une étude importante sur le sujet :

Pour limiter le déploiement des intérêts corporatistes, les constitutions devraient être rédigées par une assemblée spéciale et non par le corps qui sert ordinairement de législature. La législature ne devrait pas non plus jouer un rôle central dans le processus de ratification. La Convention fédérale [de Philadelphie en 1787] devrait servir de modèle⁵⁶.

L'assemblée constituante peut mener ses travaux en public ou alors dans le secret de comités. C'est derrière des portes closes qu'ont été élaborées la constitution des États-Unis et, plus récemment, celle de l'Allemagne en 1949, mais le désir contemporain de transparence commande le rejet de cette pratique. En outre, les négociations à l'abri des regards peuvent donner lieu à du marchandage de votes et de faveurs profitant à des intérêts de groupe plutôt qu'au bien public.

Des procédures publiques rendent les délégués moins enclins au marchandage ouvert et au trafic d'influence. Ils sont obligés d'argumenter en se référant au bien commun. Même lorsque ces arguments ne sont en réalité que des intérêts personnels à peine déguisés, la nécessité de s'exprimer en ces termes a habituellement un effet modérateur⁵⁷.

On a vu un contre-exemple de cela au Canada lors des négociations du lac Meech en 1987. Le premier ministre Mulroney a convoqué les premiers ministres des dix provinces (et non pas une assemblée constituante, notons-le) qu'il a délibérément tenus à l'abri des regards. On verrait ainsi, croyait-il, « moins de gens monter sur leurs grands chevaux et s'adonner à des effets de manche; il serait plus facile d'en arriver à une entente. Mais en conséquence, ce conclave au bord d'un lac s'est enveloppé d'un voile secret qui a miné sa légitimité aux yeux du public⁵⁸ ».

⁵⁵ Hegel, *Principes de la philosophie du droit* [1820], 3e éd., Paris, Presses universitaires de France (« Quadrige »), 2013.

⁵⁶ Jon Elster, « Clearing and Strengthening the Channels of Constitution Making », dans T. Ginsburg, *Comparative Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 28

⁵⁷ Jon Elster, « Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process », *op. cit.*, p. 395.

⁵⁸ Jon Elster, « Constitution Making », *op. cit.*, p. 181.

Compte tenu de l'expérience passée au Canada, un éventuel processus de réforme constitutionnelle devrait être aussi ouvert que des négociations parlementaires; mais pas nécessairement plus ouvert que ce que l'on peut voir au Parlement.

La grande question demeure toutefois : comment choisir les délégués de l'assemblée constituante? S'il est rarement indiqué que les citoyens participent en aval au processus d'élaboration constitutionnelle, il est impératif qu'ils demeurent en quelque sorte les « propriétaires » de l'ensemble du processus. Ce sera le cas s'il leur est permis de choisir les membres de l'assemblée constituante, puis de voter sur le produit final de cette assemblée dans un référendum. Nous examinons chacun de ces deux aspects à tour de rôle.

L'élection de l'assemblée constituante

L'élection de l'assemblée constituante au suffrage populaire est devenue la norme. En effet, « dans 65 % des cas où une nouvelle constitution a été rédigée depuis 1987, les délégués [chargés de ce faire] ont été élus par la population; alors que le pouvoir exécutif qui les a désignés dans 12 % des cas⁵⁹ ». Des élections d'accord, mais avec quel mode de scrutin? En recourant à un système majoritaire, on se retrouve avec l'éternel problème du pouvoir de la plus grosse minorité. Ce système, qui accorde 100 % de la mise au candidat qui s'est glissé devant les autres, est reconnu pour les distorsions qu'il entraîne⁶⁰. La chose est particulièrement problématique lorsqu'il s'agit de composer un document fondateur justement destiné à construire la nation par-delà les clivages politiques, ethniques, religieux et sociaux. Pour cette raison, on s'accorde généralement à recommander un mode de scrutin proportionnel : « L'élection de l'assemblée constituante devrait se faire au moyen d'un mode de scrutin proportionnel plutôt que majoritaire. Quoi qu'on pense des avantages du système majoritaire pour les législatures ordinaires, une assemblée constituante doit être plus largement représentative⁶¹. »

Mais quelle proportionnelle? Donald Horowitz formule un argument convaincant en faveur d'un système préférentiel qui permet aux électeurs d'indiquer un ordre de préférence. C'est le cas par exemple du *vote alternatif*, « un système préférentiel qui facilite l'échange inter-ethnique dans les deuxième et troisième choix », dans le cadre de circonscriptions d'un seul député. Selon l'auteur, là où il a été employé, ce système a eu pour effet d'« obliger les candidats à obtenir le soutien de plus d'un groupe au sein leur circonscription⁶² ». Le vote alternatif permet encore trop de distorsions, cela dit, puisqu'un seul candidat est élu par circonscription. Le *scrutin à vote unique transférable* résout ce problème en permettant aux citoyens d'indiquer leurs préférences dans des circonscriptions à plusieurs députés. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans le détail des divers modes de scrutin⁶³, mais d'après la littérature générale sur les effets des différents systèmes électoraux, ce système à vote unique transférable a prouvé qu'il combinait efficacement équité et efficacité⁶⁴. L'assemblée constituante devrait donc être élue au moyen de ce mode de scrutin. D'autres formes de représentation proportionnelle sont également légitimes, notamment les scrutins de liste avec

⁵⁹ A. Cohen, *A Deal Undone: The Making and Breaking of the Meech Lake Accord*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 1990, p. 13.

⁶⁰ Jennifer Widner, « Constitution Writing in Post-Conflict Settings », *op. cit.*, p. 1522.

⁶¹ A. Lijphart, « Constitutional Design for Divided Societies », *Journal of Democracy*, vol. 15, no 2, 2004, p. 96-109.

⁶² Jon Elster, « Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process », *op. cit.*, p. 395.

⁶³ D.L. Horowitz, « Conciliatory Institutions and Constitutional Processes in Post-Conflict States », *William and Mary Law Review*, vol. 49, 2007, p. 2017 et 2024.

⁶⁴ Sur les différents systèmes électoraux, lire par exemple D. Horowitz, « Electoral Systems: A Primer for Decision Makers », *Journal of Democracy*, vol. 14, no 4, 2003, p. 115-127.

⁶⁵ D.R. Carstarphen, « The Single Transferable Vote: Achieving the Goals of Section 2 without Sacrificing the Integration Ideal », *Yale Law & Policy Review*, vol. 9, no 2, 1991, p. 405-429.

plusieurs représentants élus dans chaque circonscription. L'idée est qu'un large éventail de tendances puisse être représenté.

Les référendums

Est-il nécessaire que le document constitutionnel soit approuvé par référendum? Nous avons vu plus haut que c'était loin d'être la norme. Plusieurs pays parfaitement démocratiques ont décidé de ne pas tenir de référendum pour adopter leur nouvelle constitution. L'Allemagne s'en est passée lors de l'adoption de son *Grundgesetz* en 1949, et de nouveau en 2006 lorsqu'il s'est agi de l'amender.

On s'entend néanmoins pour dire qu'« une constitution ratifiée par la population pourra prétendre incarner la volonté populaire avec beaucoup plus de force⁶⁵ ». Et quoi qu'il en soit des problèmes qu'engendrent les assemblées de citoyens, beaucoup de gens sont convaincus de la nécessité de soumettre les constitutions au référendum. Au présent stade de l'histoire de l'élaboration des constitutions :

On accorde davantage d'importance à la souveraineté du peuple : si le pouvoir souverain appartient effectivement au peuple (comme le veut le principe d'autodétermination), alors il est naturel que le peuple détermine de quelle façon il veut l'exercer et le déléguer. L'accent qui est mis sur la souveraineté populaire est sans aucun doute une réaction à l'abus du pouvoir souverain par nombre de gouvernements durant les dernières décennies⁶⁶.

Bien entendu, « la ratification par référendum [...] est une contrainte pour les gouvernants [...], puisque leur document doit en bout de ligne obtenir l'approbation de la population⁶⁷ ». Comme le montre l'expérience du Kenya en 2005 et en 2010, les politiciens doivent parfois refaire leurs devoirs après que le peuple a opposé son veto à leur projet de constitution. Mais même en cas de victoire du Non, les référendums ont leur utilité. Un observateur perspicace l'a noté : « En plus d'accroître la légitimité, le processus suivi au Kenya – le référendum en particulier – a permis de consolider les institutions démocratiques. Ainsi, par exemple, malgré les tentatives du gouvernement de M. Kibaki d'« acheter » le soutien populaire avec du patronage et des travaux publics, les Kenyans ont quand même rejeté son projet de constitution⁶⁸. »

Tous les Canadiens, c'est évident, n'ont pas tiré des conclusions aussi favorables de l'échec du référendum de 1992 sur l'accord de Charlottetown. Pourtant, l'exercice de 1992 a donné aux Canadiens un droit de veto sur des changements majeurs à leur constitution. Les référendums sont peu prisés des politiciens sans doute pour les mêmes raisons que l'Action de grâce n'est pas très populaire chez les dindes; mais ce n'est pas une raison pour ne pas tenir de référendum.

⁶⁶ Jon Elster, « Constitution Making in Eastern Europe », *op. cit.*, p. 179.

⁶⁷ Y. Ghai et G. Galli, « Constitution-Building Processes and Democratization », *op. cit.*, p. 240.

⁶⁸ J. Blount, Z. Elkinset T. Ginsburg, « Does the Process of Constitution-Making Matter? », *op. cit.*, p. 35.

⁶⁹ A.L. Bannon, « Designing a Constitution-Drafting Process », *op. cit.*, p. 1845.

Parenthèse : constitutions, référendums et déclarations d'indépendance

La question du référendum est souvent liée à celle de l'indépendance, en particulier au Québec, où deux référendums sur l'indépendance ont eu lieu, en 1980 et 1995.

Pourtant les déclarations d'indépendance empruntent parfois un chemin différent du référendum. Souvent, de fait, les électeurs ont voté non pas sur l'opportunité de créer un nouvel État mais sur la constitution d'un État dont la création avait déjà été décidée (comme en Islande en 1944 et à Malte en 1964). Les référendums sur l'indépendance ne sont pas rares (l'Ukraine en 1993, le Monténégro en 2006, le Soudan du Sud en 2011, l'Écosse en 2014), mais il existe de bonnes raisons de voter sur la constitution du nouvel État plutôt que sur le principe même de l'indépendance.

Les marchés n'aiment pas l'incertitude; certains pensent que cela a contribué à l'échec du référendum de 1995 au Québec⁶⁹. L'incertitude ne disparaîtra pas complètement si les électeurs votent plutôt sur un document constitutionnel complet; mais l'indépendance fera moins figure de saut dans l'inconnu si les citoyens ont eu l'occasion de scruter à la loupe un document fondateur, comme ce fut le cas en Islande⁷⁰.

Mais faut-il absolument un référendum? À proprement parler, non. Quantité de pays sont devenus indépendants sans référendum : par exemple, la Finlande, l'Irlande et, plus récemment, le Kosovo. En cet âge de la souveraineté populaire, on pourrait croire impensable qu'un nouveau pays soit reconnu par la communauté internationale en l'absence de référendum sur l'indépendance ou sur une constitution souveraine. Et pourtant, l'exemple du Kosovo montre que c'est possible.

Le rôle des experts

Les grands juristes et théoriciens de la politique ont historiquement joué un rôle important dans l'élaboration des constitutions. Jean-Jacques Rousseau faisait office d'expert lorsqu'il composa ses *Considérations sur le gouvernement de Pologne* en 1771. Et nous avons vu que Benjamin Constant avait fait de même auprès de Napoléon I^{er}. Dans un cas comme dans l'autre, leur contribution n'a pas eu d'impact durable⁷¹.

Est-ce la raison pour laquelle la littérature sur le rôle des experts dans le processus d'élaboration constitutionnelle est pauvre en études comparatives et systématiques? La même chose vaut pour les monographies – tout au plus trouve-t-on quelques études dans la langue vernaculaire. On peut citer *Idéaux et politique* de Søren Eigaard, qui consacre de longs développements à la participation des experts⁷², l'étude de Barbara Perry sur les consultants aux

⁷⁰ M.C. Beaulieu, J.C. Cosset et N. Essaddam, « Political Uncertainty and Stock Market Returns: Evidence from the 1995 Quebec Referendum », *Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'économique*, vol. 39, no 2, 2006, p. 621-642.

⁷¹ Jon Elster, « Icelandic Constitution-Making in Comparative Perspective », dans V. Ingimundarson, P. Urfalino et I. Erlingsdóttir (dir.), *Iceland's Financial Crisis: The Politics of Blame, Protest, and Reconstruction*, Londres, Routledge, 2016, p. 187-202.

⁷² Voir, respectivement : Jean-Jacques Rousseau, *Considérations sur le gouvernement de Pologne* [1782], dans *Œuvres complètes*, vol. 6, Paris, Champion, 2012; et J. Jennings, « From "Imperial State" to "l'État de droit": Benjamin Constant, Blandine Kriegel and the Reform of the French Constitution », *Political Studies*, vol. 44, no 3, 1996, p. 488-504

⁷³ Søren Eigaard, *Idealer og Politik: Historien om Grundloven* 1953, Odense, Odense Universitetsforlag, 1995.

États-Unis au moment de la chute du communisme⁷³, et celle de Dennis Davis sur l'Afrique du Sud⁷⁴. Hormis cela, peu de recherches savantes, et pratiquement aucune étude comparative.

Le peu que l'on trouve à lire sur le sujet suggère que les experts peuvent jouer un rôle important, notamment dans les pays où l'administration publique manque de ressources. Par exemple, au moment de l'indépendance de l'Érythrée, le président de la commission constitutionnelle « a encouragé la participation et les contributions [...] des experts⁷⁵ ». (La constitution qui en a résulté n'a toutefois pas été ratifiée.)

Quelques rares études comparatives critiquent la prétention des experts à jouer le rôle d'un Solon ou d'un Lycurgue des temps modernes (respectivement pères fondateurs d'Athènes et de Sparte). Peut-être est-ce à cause du mauvais souvenir qu'ont laissé certains experts étrangers. Selon un rapport de l'Institute for Democracy and Electoral Assistance, « les interventions étrangères font souvent l'objet de critiques dans certains cercles, et l'on peut effectivement redouter que des forces extérieures dictent la cadence du processus et le contenu de la constitution (comme ce fut indubitablement le cas en Irak et en Afghanistan)⁷⁶ ».

Cela ne devrait pas pour autant interdire toute participation étrangère. Mais même dans ce cas plus précis des experts, les chercheurs évaluent négativement les occasions où des experts se sont vu confier un rôle décisif. Elster juge que « le rôle de l'expert doit se limiter au minimum, car les solutions tendent à être plus stables lorsqu'elles sont dictées par des considérations politiques plutôt que techniques ».

Il prévient notamment que les experts « auront tendance à s'opposer aux solutions techniquement imparfaites et aux formulations ambiguës, alors même que celles-ci sont nécessaires à l'obtention d'un consensus⁷⁷ ». On en trouve une belle illustration dans l'étude d'Eigaard sur le processus constitutionnel danois⁷⁸, lorsque l'expert Alf Ross a refusé d'endosser le document final à cause de ce qu'il considérait comme des déficiences techniques. Des conclusions similaires ont été tirées de la participation des experts au processus d'élaboration constitutionnelle afghan, dans la foulée de l'invasion de 2001 : incompréhension des circonstances particulières du pays, recours à des principes abstraits, refus de prendre en considération les clivages d'une société profondément divisée⁷⁹. Si les experts peuvent jouer un rôle constructif, comme c'est arrivé à l'occasion :

Ce rôle devrait consister à faciliter les choses le plus possible, à donner aux populations locales les moyens d'arriver à leurs propres décisions, à leur fournir de l'aide logistique et à les familiariser avec les expériences d'autres pays qui ont fait face à des problèmes similaires⁸⁰.

⁷⁴ Barbara Perry, « Constitutional Johnny Appleseeds: American Consultants and the Drafting of Foreign Constitutions », *Albany Law Review*, vol. 55, 1991, p. 767.

⁷⁵ D.M. Davis, « Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: The South African Experience », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, no 2, 2003, p. 181-195.

⁷⁶ Bereket Habte Selassie, « The Eritrean Experience in Constitution Making », dans A. Reynolds (dir.), *The Architecture of Democracy*, op. cit., p. 362.

⁷⁷ Y. Ghai et G. Galli, « Constitution-Building Processes and Democratization », op. cit., p. 237

⁷⁸ Jon Elster, « Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process », op. cit., p. 395.

⁷⁹ Søren Eigaard, *Idealer og Politik*, op. cit., p. 140.

⁸⁰ Aziz Huq, « The Story of Hamid Karzai: The Paradoxes of State-Building and Human Rights », dans Deena Hurwitz et Margaret L. Satterthwaite (dir.), *Human Rights Advocacy Stories*, New York, Thomson Reuters/Foundation Press, 2009.

⁸¹ Y. Ghai et G. Galli, « Constitution-Building Processes and Democratization », op. cit., p. 237.

Dans l'ensemble, la réflexion sur le sujet n'étant pas très développée, il est difficile d'en tirer des enseignements définitifs. Sur la base de quelques études de cas et d'un nombre encore plus restreint d'analyses comparatives, on peut néanmoins inférer que les experts peuvent être utiles à condition qu'ils « restent sages ». Comme l'écrit Rein Taagepera :

Il n'appartient pas aux experts de juger de la valeur des motivations qui sous-tendent les choix constitutionnels. Ils peuvent seulement aider à éviter que l'on emprunte un mauvais chemin vers l'objectif visé. Ils peuvent demander « quels résultats recherchez-vous? », et dire dans quelle mesure les règles envisagées garantissent ou non le résultat souhaité⁸¹.

Peut-être le rôle de l'expert ressemble-t-il idéalement à celui que Walter Bagehot fait jouer à la reine dans sa théorie de la monarchie constitutionnelle : « mettre en garde, conseiller et encourager⁸² ».

Parenthèse : le rôle du système électoral

Le but d'un système électoral est d'assurer une juste représentation sans pour autant nuire à la gouvernabilité.

Dans un État très centralisé, il est justifié de recourir à un système de représentation proportionnelle, de manière à ce que tous et toutes puissent faire connaître leurs préoccupations. Avec la plupart des systèmes majoritaires, il est indéniable que l'on se retrouve le plus souvent à confier le pouvoir à la plus grosse minorité (comme par exemple au Royaume-Uni, où les travaillistes [2005-2010] et les conservateurs [2015 à aujourd'hui] ont obtenu des majorités parlementaires avec 35 et 36 % des voix, respectivement). Cette situation est clairement illégitime.

À l'opposé, une proportionnelle pure entraîne le risque d'enterrer les voix de la périphérie. Le système proportionnel de l'Espagne, par exemple, fait en sorte que les régions galicienne, basque et catalane ont un poids moindre que les Écossais dans le système majoritaire britannique (et même que les Québécois dans le système canadien). Au Royaume-Uni, les Écossais détiennent 12 % des sièges à la Chambre des communes, ce qui correspond à leur poids démographique.

Il ressort de ces considérations que les changements apportés au système électoral devraient être approuvés par référendum. Certes, depuis 1980, seules 19 réformes électorales sur 64 ont fait l'objet d'un référendum; mais dans les États fédéraux démocratiques, un référendum a été tenu chaque fois qu'il s'est agi de changer de système électoral⁸³.

Conclusion

Cette enquête résume la littérature existante au sujet de l'élaboration des constitutions. La recherche pointe vers la conclusion que les constitutions modernes requièrent l'appui de la population, mais que la meilleure façon de

⁸² Rein Taagepera, « Designing Electoral Rules and Waiting for an Electoral System to Evolve », dans A. Reynolds (dir.), *The Architecture of Democracy*, op. cit., p. 257.

⁸³ Walter Bagehot, *The English Constitution*, Londres, Kegan Paul, 1888, p. 103.

⁸⁴ M. Qvortrup, *Direct Democracy: A Comparative Study of the Theory and Practice of Government by the People*, Manchester, Manchester University Press, 2013, p. 117.

⁸⁵ Abbé Sieyès, *8 Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, première série, Paris, 1875, p. 595.

recueillir cet appui passe par une assemblée constituante suivie d'un référendum. En dépit de la mode actuelle du « participatif », les données recensées montrent que les assemblées délibérantes et les forums citoyens ne favorisent pas la rédaction d'une bonne constitution. Au contraire, ces mécanismes tendent à encombrer le processus et à favoriser l'expression de griefs sans rapport avec les questions constitutionnelles. Cela étant dit, l'implication des citoyens par voie de référendums légitimateurs, comme en Espagne et en Grèce dans les années 1970 et dans certains pays d'Europe orientale (telles la Pologne et la Hongrie) dans les années 1980, a joué un rôle important dans l'établissement de constitutions légitimes.

Bien entendu, le processus d'élaboration de la constitution doit absolument obtenir soutien populaire et légitimité, mais on atteindra plus sûrement cet objectif en recourant à une assemblée constituante élue démocratiquement dont les travaux seront menés en public. De plus, si cette constituante est élue au moyen d'une procédure démocratique – de préférence par mode de scrutin proportionnel –, les chances sont meilleures que les électeurs acceptent le produit final. Enfin, les constituants rechercheront davantage le consensus – et la légitimité de la constitution sera renforcée – si l'adoption du document dépend en bout de ligne de l'assentiment des électeurs exprimé par référendum.

Car en définitive, toutes les constitutions doivent incarner un large consensus, un « consensus par recoupement ». Comme l'écrit le grand théoricien français Emmanuel-Joseph Sieyès, « il ne s'agit pas ici de recenser un scrutin démocratique, mais de proposer, d'écouter, de se concerter, de modifier son avis, enfin de former en commun une volonté commune⁸⁴ ».

Bibliographie

Ackerman, Bruce A. (1984). « The Storrs Lectures: Discovering the Constitution », *The Yale Law Journal*, vol. 93, no 6, 1013-1072.

Arendt, Hannah (2013). *De la révolution* [1963], Paris, Gallimard.

Asmis, E. (2005). « A New Kind of Model: Cicero's Roman Constitution in De Republica », *American Journal of Philology*, vol. 126, no 3, 377-416.

Azevedo, C.N. et I. Menezes (2008). « Transition to Democracy and Citizenship Education in Portugal: Changes and Continuities in the Curricula and in Adolescents' Opportunities for Participation », *Journal of Social Science Education*, vol. 7, no 1, 131-148.

Bagehot, Walter (1888). *The English Constitution*, Londres, Kegan Paul.

Bannon, A.L. (2007). « Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya », *The Yale Law Journal*, 1824-1872.

Beaulieu, M.C., J.C. Cosset et N. Essaddam (2006). « Political Uncertainty and Stock Market Returns: Evidence from the 1995 Quebec Referendum », *Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'économique*, vol. 39, no 2, 621-642.

Benomar, J. (2004). « Constitution-Making After Conflict », *Journal of Democracy*, vol. 15, no 2, 81-109.

Blick Andrew (2015). *English Beyond Magna Carta: A Constitution for the United Kingdom*, Oxford, Hart.

- Blount, J., Z. Elkins et T. Ginsburg (2012). « Does the Process of Constitution-Making Matter? », dans Tom Ginsburg (dir.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Bonime-Blanc, A. (1987). *Spain's Transition to Democracy: The Politics of Constitution-Making*, Boulder (Colorado), Westview Press.
- Bozóki, A. (2002). *The Roundtable talks of 1989: The Genesis of Hungarian Democracy: Analysis and Documents*, Budapest, Central European University Press.
- Bulmer, W. Eliot (2013). *A Model Constitution for Scotland: Making Democracy Work in an Independent State*, Édimbourg, Luath Press.
- Carstarphen, D.R. (1991). « The Single Transferable Vote: Achieving the Goals of Section 2 without Sacrificing the Integration Ideal », *Yale Law & Policy Review*, vol. 9, no 2, 405-429.
- Cohen, A. (1990). *A Deal Undone: The Making and Breaking of the Meech Lake Accord*, Vancouver, Douglas & McIntyre.
- Davis, D.M. (2003). « Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: The South African Experience », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, no 2, 181-195.
- Diamandouros, P.N. (1984). « Transition to, and Consolidation of, Democratic Politics in Greece, 1974-1983: A Tentative Assessment », *West European Politics*, vol. 7, no 2, 50-71.
- Donovan, Todd (2013). « Referendums and Initiatives in North America », dans M. Qvortrup (dir.), *Referendums around the World: The Continued Growth of Direct Democracy*, Basingstoke, Palgrave, 122-161.
- Duverger, Maurice (1996). *Le système politique français*, 21e édition, Paris, Presses universitaires de France.
- Eigaard, Søren (1995). *Idealer og Politik: Historien om Grundloven 1953*, Odense, Odense Universitetsforlag.
- Elkins, Z., T. Ginsburg et J. Melton (2009). *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Elster J. (2016). « Icelandic Constitution-Making in Comparative Perspective », dans V. Ingimundarson, P. Urfalino et I. Erlingsdóttir (dir.), *Iceland's Financial Crisis: The Politics of Blame, Protest, and Reconstruction*, Londres, Routledge, 187-202.
- (2012). « The Optimal Design of A Constituent Assembly », dans Landemore, Hélène et Jon Elster (dir.), *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Elster, J., Offe, Claus et Preuss, Ulrich K. (1998). *Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Elster, Jon (1995). « Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process », *Duke Law Journal*, no 45, 364-396.
- (1993). « Constitution Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open Sea », *Public Administration*, vol. 71, no 1-2, 169-217.
- (1992). « Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris », *Cardozo Law Review*, vol. 14, 549.
- Gaunt, P. (1989). « Drafting the Instrument of Government, 1653-54: A Reappraisal », *Parliamentary History*, vol. 8, no 1, 28-42.
- Ghai, Y. et G. Galli (2006). « Constitution-Building Processes and Democratization: Lessons Learned », dans Institute for Democracy and Electoral Assistance, *Democracy, Conflict, and Human Security: Further readings*, Stockholm, IDEA,

232-249.

Gathii, J.T. (2008). « Popular Authorship and Constitution Making: Comparing and Contrasting the DRC and Kenya », *William & Mary Law Review*, vol. 49, no 4, 9-11.

Ginsburg, Tom, Zachary, Elkins et Justin Blount, (2009). « Does the Process of Constitution-Making Matter? », *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 201-223.

Gloppen, S. (1997). *South Africa: The Battle over the Constitution*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company.

Haakonssen, Knud (1989). *The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge, Cambridge University Press.

Hoppit, J. (2011). « Compulsion, Compensation and Property Rights in Britain, 1688-1833 », *Past & Present*, vol. 210, no 1, 93-128.

Horowitz, D.L. (2007). « Conciliatory Institutions and Constitutional Processes in Post-Conflict States », *William and Mary Law Review*, vol. 49, 1213-1248.

Horowitz, D. L. (2003). « Electoral Systems: A Primer for Decision Makers », *Journal of Democracy*, vol. 14, no 4, 115-127.

Horowitz, Donald (2002). « Constitutional Design: Proposals versus Processes », dans Reynolds, A. (dir.), *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*, Oxford, Oxford University Press.

Huq, Aziz (2009). « The Story of Hamid Karzai: The Paradoxes of State-Building and Human Rights », dans Hurwitz, Deena et Margaret L. Satterthwaite (dir.), *Human Rights Advocacy Stories*, New York, Thomson Reuters/Foundation Press.

Jennings, J. (1996). « From "Imperial State" to "l'État de droit": Benjamin Constant, Blandine Kriegel and the Reform of the French Constitution », *Political Studies*, vol. 44, no 3, 488-504.

Johnson, Richard, André Blais, Elisabeth Gidengil et Neil Neviite (1996). *The Challenge of Direct Democracy: The 1992 Canadian Referendum, Montréal et Kingston*, McGill-Queen's University Press.

Lijphart, A. (2004). « Constitutional Design for Divided Societies », *Journal of Democracy*, vol. 15, no 2, 96-109.

Lijphart, A. (1992). « Democratization and Constitutional Choices in Czecho-Slovakia, Hungary and Poland, 1989-91 », *Journal of Theoretical Politics*, vol. 4, no 2, 207-223.

Linz, J.J. et Alfred Stepan (1996). *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University Press.

March, James et P. Olsen, Johan (1996). « Institutional Perspectives on Political Institutions », *Governance*, vol. 9, no 3, 247-264.

McGuire, R.A. et R.L. Ohsfeldt. (1984). « Economic Interests and the American Constitution: A Quantitative Rehabilitation of Charles A. Beard », *The Journal of Economic History*, vol. 44, no 2, 509-519.

Merkel, P.H. (1963). *The Origin of the West German Republic*, New York, Oxford University Press.

Moehler, John (2006). « Public Participation and the Support for the Constitution in Uganda », *Journal of Modern Africa Studies*, vol. 44, no 2, 275-308.

Monahan, P.J. (1991). *Meech Lake: The Inside Story*, Toronto, University of Toronto Press.

Müller, J.W. (2008). « A General Theory of Constitutional Patriotism », *International Journal of Constitutional Law*, vol.

6, p. 1, 72-95.

Perry, Barbara (1991). « Constitutional Johnny Appleseeds: American Consultants and the Drafting of Foreign Constitutions », *Albany Law Review*, vol. 55, 767.

Qvortrup, M. (2016). *Angela Merkel: Europe's Most Influential Leader*, Londres, Duckworth.

Qvortrup, M. (2013). *Direct Democracy: A Comparative Study of the Theory and Practice of Government by the People*, Manchester, Manchester University Press.

Radan, Peter (2012). « Secessionist Referenda in International and Domestic Law », *Nationalism and Ethnic Politics*, vol. 18, no 1, 8-21.

Rawls, J. John (1987). « The Idea of an Overlapping Consensus », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, no 1, 1-25.

Rousseau, Jean-Jacques (2012). *Considérations sur le gouvernement de Pologne [1782]*, dans *Œuvres complètes*, vol. 6, Paris, Champion.

Rousseau, Jean-Jacques (1964) [1762]. *Du contrat social*, dans *Œuvres complètes*, vol. 3, Paris, Gallimard (« Bibliothèque de la Pléiade »).

Serjeant, R.B (1998). « The Sunnah Jâmi'ah, Pacts with the Yathrib Jews, and the Tahrîm of Yathrib: Analysis and Translation of the Documents Comprised in the So-Called "Constitution of Medina" », dans Uri, Rubin (dir.), *The Life of Muhammad: The Formation of the Classical Islamic World*, vol. 4, Brookfield, Ashgate.

Selassie, Bereket Habte (2002). « The Eritrean Experience in Constitution Making », dans A. Reynolds (dir.), *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*, Oxford, Oxford University Press.

Serdült, Uwe (2013). « Switzerland », dans M. Qvortrup (dir.), *Referendums around the World: The Continued Growth of Direct Democracy*, Basingstoke, Palgrave.

Sieyès, Abbé (1875). *8 Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, première série, Paris.

Sternberger, Dolf (1990). *Verfassungspatriotismus*, Francfort, Insel Verlag.

Taagepera, Rein (2002). « Designing Electoral Rules and Waiting for an Electoral System to Evolve », dans A. Reynolds (dir.), *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*, Oxford, Oxford University Press.

Uhr, J. (2000). « Testing Deliberative Democracy: The 1999 Australian Republic Referendum », *Government and Opposition*, vol. 35, no 2, 189-210.

Vile, M.J.C. (2012). *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund.

Voigt, S. (2003). « The Consequences of Popular Participation in Constitutional Choice: Towards a Comparative Analysis », dans A. van Aaken (dir.), *Deliberation and Decision*, Aldershot, Ashgate, 199-229.

Zubrzycki, G. (2001). « We, the Polish Nation »: Ethnic and Civic Visions of Nationhood in Post-Communist Constitutional Debates », *Theory and Society*, vol. 30, no 5, 629-668.

AUTODÉTERMINATION ET PROCESSUS CONSTITUANT EN CATALOGNE

Marc Sanjaume-Calvet

Chercheur, Institut d'Estudis de l'Autogovern

La restauration provisoire de la *Generalitat* de Catalogne en 1977, avec le retour d'exil du président catalan, a signifié le retour de l'autonomie et de la démocratie pour le peuple catalan après quatre décennies de dictature. Le Statut d'autonomie de 1979 allait devenir la norme fondamentale régissant le pays en tant que communauté autonome de l'Espagne dans le cadre de la Constitution espagnole de 1978. Le Statut d'autonomie avait été l'une des principales revendications de l'Assemblée de Catalogne, plate-forme regroupant les forces politiques démocratiques de l'opposition depuis 1971¹.

Près de 40 ans après ces dates historiques, la Catalogne se trouve à nouveau dans une phase de transition politique². Le consensus constitutionnel de 1978 ne bénéficie désormais plus en Catalogne du même niveau de soutien qu'il avait connu par le passé auprès des citoyens, des acteurs politiques et de la société civile. Il en va d'ailleurs de même dans le reste de l'Espagne. Rappelons que, lors du référendum de ratification de la Constitution de 1978, les votes favorables avaient atteint 88,54 % dans l'ensemble de l'État espagnol, avec une participation de 67,11 %. Or, le soutien à la Constitution avait été encore plus élevé en Catalogne, atteignant 90,5 % avec une participation de 67,9 %³. Les causes de ce soutien déclinant à la Constitution, et plus concrètement au modèle d'organisation territoriale, sont variées : l'absence de réformes institutionnelles⁴, les mutations du contexte international, la dynamique propre aux démocraties occidentales, la corruption et la crise économique sont quelques-uns des facteurs à prendre en compte pour expliquer cette évolution⁵.

Cet article se concentre sur le processus d'indépendance catalan. Nous démontrerons que ce processus peut être considéré comme un processus constituant encore inachevé, c'est-à-dire qu'il correspond à une volonté d'atteindre ce qu'Ackerman a défini comme un moment constitutionnel⁶. Le processus catalan a au moins trois significations qui définissent la volonté d'atteindre un moment constitutionnel permettant de rompre avec le cadre de l'autonomie régionale en vue de définir un nouvel ordre politique et constitutionnel. En premier lieu, au sens large, nous

¹ Montserrat Guibernau, *Catalan Nationalism: Francoism, Transition and Democracy*, London, New York, Routledge, 2004; Ferran Requejo, *Multinational federalism and value pluralism: the Spanish case*, New York, Routledge, 2005.

² Voir Santiago Muñoz Machado, *Cataluña y las demás Españas*, 1a ed. Barcelona : Crítica, 2014; Montserrat Guibernau, « Secessionism in Catalonia: After Democracy ». *Ethnopolitics*, vol. 12, no4, p. 368-93; Xavier Cuadras-Morató, *Catalonia: A New Independent State in Europe?: A Debate on Secession Within the European Union*, New York, Routledge, 2016; Marc Sanjaume-Calvet, « Federalismo pluralismo nacional y autodeterminación: la acomodación de Cataluña y Quebec », dans Jorge Cagiao et V. Martín, *CoFederalismo, autonomía y secesión en el debate territorial español. El caso catalán*, Paris, Le Manuscrit, 2015, p. 151-188; Alain-G. Gagnon et Marc Sanjaume-Calvet, « Trois grands scénarios pour la Catalogne au XXIe siècle: autonomie, fédéralisme et sécession », dans Michel Seymour (éd.), *Repenser l'autodétermination interne*, Montréal, Editions Themis, 2016, p. 135-74

³ Contrairement au Pays Basque, où le « Oui » à la Constitution a certes rassemblé 69,1 % des suffrages, mais avec un taux de participation beaucoup plus faible, de 44,7 %.

⁴ La Constitution espagnole n'a été amendée que deux fois, dans les deux cas suite aux obligations découlant de l'appartenance à l'Union européenne. La première modification date de 1992, avec la réforme de l'article 13, paragraphe 2, pour y inclure le droit d'éligibilité des citoyens de l'Union suite au traité de Maastricht. La deuxième modification, intervenue en 2011 dans le contexte de la crise économique, a consisté à amender l'article 135 pour y introduire le concept de stabilité budgétaire.

⁵ Marc Guinjoan et Toni Rodon, « Catalonia at the crossroads: Analysis of the increasing support for secession », dans Xavier Cuadras-Morató, *Catalonia: New Independent State in Europe?*, op.cit., p. 20-61.

⁶ Bruce A. Ackerman, *We the People*, Cambridge, Massachusetts, Belknap, Press of Harvard University Press, 1991.

pouvons comprendre le processus constituant comme la recherche d'une plus grande souveraineté pour la Catalogne, cette recherche se traduisant par une demande claire d'exercer le droit à l'autodétermination par la voie d'un référendum et de se constituer en un État indépendant. En deuxième lieu, ce processus constituant peut également être compris comme la préparation sociale et institutionnelle visant à doter ce nouvel État de structures propres qui aillent au-delà de celles dont il dispose en tant que communauté autonome et qui permettent de définir un modèle de pays. Enfin, le processus constituant correspond à la préparation d'une nouvelle Constitution catalane, étape future et post-référendaire. Dans ces trois significations, qui ne sont pas strictement chronologiques mais néanmoins liées à l'évolution dans le temps des événements politiques décrits, la société civile et les partis politiques ont interagi de diverses manières afin de promouvoir un processus complexe dans lequel tant les institutions qu'une partie importante du peuple catalan jouent un rôle.

Au-delà de ces trois étapes, il conviendrait d'ajouter que l'idée même d'autodétermination a connu une mutation. Cette évolution, plus récente, a vu l'idée de l'autodétermination prendre un tour plus concret, depuis les premières demandes portant sur le droit de décider de l'avenir politique de la Catalogne en 2006 jusqu'à la situation actuelle. Le droit à l'autodétermination avait déjà fait l'objet de plusieurs motions et résolutions de nature plutôt « rhétorique » au Parlement de Catalogne, qui ne concrétisaient pas sa mise en œuvre, en 1989, 1991, 1998 et 1999⁷. Or, l'évolution du « processus catalan », comme nous le verrons dans les sections suivantes, a orienté le débat vers la mise en œuvre de l'autodétermination. En ce sens, si l'on prend comme point de départ la résolution de 1989, le concept d'autodétermination a connu une évolution tendant à le rendre de moins en moins abstrait⁸.

Cet article se divise en quatre sections qui correspondent aux diverses significations de l'idée de processus constituant de manière non strictement chronologique. En premier lieu, nous présenterons le début du processus en rapport avec la réforme du Statut d'autonomie (2006), qui en marque le point de départ. En deuxième lieu, nous aborderons le processus constituant du point de vue de l'exercice de l'autodétermination, en distinguant la période 2006-2012 (deux législatures) de la situation postérieure à 2012. En troisième lieu, nous exposerons en quoi le processus constituant correspond à la préparation de ce qui a été désigné comme des « structures étatiques », une préparation engagée lors de la législature 2012-2015. Enfin, nous mentionnerons les projets relatifs à l'organisation d'un processus constituant post-référendaire consistant en la rédaction d'une Constitution. L'article se conclura par une réflexion générale sur l'évolution décrite et les principaux concepts.

La réforme du Statut d'autonomie et le début du « processus »

La dernière décennie a été une période de transformations pour la politique et la société en Catalogne. S'il est vrai que la question de l'autonomie avait toujours été au centre des débats, les positions autonomistes et gradualistes avaient été hégémoniques depuis la récupération de l'autonomie⁹. Le modèle territorial espagnol tel qu'il avait été convenu dans la Constitution restait des plus indéfinis et, dans la pratique, jusqu'en 2001, il était en phase de développement et de consolidation, au cours d'une longue période caractérisée par les transferts de compétences¹⁰.

⁷ Carles Viver et Mireia Grau, « The Catalan Parliament », dans Guy Laforest et André Lecours (éds), *Parliaments of Autonomous Nations*, Montreal, McGill-Queen's Press – MQUP, 2016, p.10-43.

⁸ Voir résolution 98/III de 1989, <https://www.parlament.cat/document/nom/03b120.pdf>.

⁹ Montserrat Guibernau, *Catalan Nationalism: Francoism, Transition and Democracy*, op.cit

¹⁰ Ferran Requejo et Klaus-Jürgen Nagel (éds), *Federalism beyond federations: asymmetry and processes of resymmetrisation in Europe*, Farnham, Burlington, Ashgate, 2011.

L'adoption par l'État d'une organisation territoriale fondée sur 17 communautés autonomes et deux villes autonomes répondait au besoin de moderniser l'administration centrale, mais aussi d'accommoder les minorités nationales (Galice, Pays Basque et Catalogne) au projet d'État démocratique. Si la Catalogne et le Pays Basque ont été en pointe des revendications d'autonomie, celle-ci a finalement été accordée de manière symétrique à tous les territoires de l'État, à l'exception, sur le plan fiscal, des droits historiques du Pays Basque et de la Navarre. Dans un cadre institutionnel dépourvu de relations intergouvernementales et avec un Sénat représentant les intérêts des partis politiques étatiques, le jeu politique au niveau de l'État espagnol a permis à la minorité catalane de tirer parti, dans les années 90, de son soutien aux gouvernements centraux minoritaires, tant conservateurs que progressistes. Le caractère « dispositif » et dynamique de l'autonomie a permis une négociation tendant à élargir les compétences et à accroître le contrôle de la fiscalité sans réformer le Statut d'autonomie¹¹, c'est-à-dire par la voie des transferts de compétences prévus par la Constitution.

La législature catalane 2003-2006 a été celle de l'alternance politique à la Generalitat, gouvernée depuis 1980 par le parti de centre-droit autonomiste *Convergència i Unió* (Convergence et Union, CiU). Le nouveau gouvernement, dirigé par le *Partit dels Socialistes de Catalunya* (Parti des socialistes de Catalogne, PSC) en coalition avec *Iniciativa per Catalunya Verds* (Initiative pour la Catalogne Verts, ICV) et *Esquerra Republicana de Catalunya* (Gauche républicaine de Catalogne, ERC), allait se fixer pour projet national l'adoption d'un nouveau Statut d'autonomie. Le processus de réforme du Statut d'autonomie exigeait l'adoption d'un projet de Statut par le Parlement de Catalogne et les *Cortes Generales* (Parlement bicaméral espagnol) puis sa ratification en Catalogne par voie de référendum. Ce processus de réforme devait laisser des séquelles profondes dans la politique catalane et parmi les Catalans. Le projet de Statut d'autonomie a été adopté par le Parlement de Catalogne en 2005 avec le soutien de 120 députés sur 135. La négociation du texte à Madrid en vue de son adoption par les deux chambres législatives espagnoles s'est avérée laborieuse, car le *Partido Socialista Obrero Español* (Parti socialiste ouvrier espagnol, PSOE) faisait pression pour en modifier plusieurs aspects, tels que la définition de la Catalogne en tant que nation à l'article 1^{er} du projet de Statut (une définition qui a finalement été reléguée au préambule) ou la demande d'un régime fiscal différencié. Quant au *Partido Popular* (Parti populaire, PP), il rejetait d'emblée le projet en ce qu'il le jugeait contraire à la Constitution, allant jusqu'à recueillir des signatures dans toute l'Espagne contre le Statut d'autonomie¹². Finalement, le Statut d'autonomie sera adopté par le Parlement espagnol après avoir fait l'objet de modifications substantielles résultant des négociations. Le PP s'est opposé au texte, tandis que les députés d'ERC se sont abstenus. La ratification référendaire du texte final en Catalogne a obtenu le soutien de 73,9 % des électeurs, avec une participation très faible de 49 %¹³.

Lors du processus de réforme du Statut d'autonomie, des signes de tension élevée étaient déjà présents, non seulement entre indépendantistes catalans et centralistes espagnols (c'est-à-dire entre ERC et PP), mais aussi au sein même du parti socialiste¹⁴ et entre les forces catalanes¹⁵. Ces tensions n'étaient qu'un avant-goût d'une période où la politisation du débat sur l'autonomie allait croître de façon exponentielle. Le PP et cinq communautés autonomes, de même que le *Defensor del Pueblo* (Ombudsman), ont présenté des recours en inconstitutionnalité contre

¹¹ Eliseo Aja, *El estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza, 2003.

¹² Quatre millions de signatures ont été recueillies par le PP lors de sa campagne contre le Statut d'autonomie (voir http://elpais.com/elpais/2006/04/25/actualidad/1145953019_850215.html).

¹³ Alain-G. Gagnon et Marc Sanjaume-Calvet, « Trois grands scénarios pour la Catalogne au XXI^e siècle: autonomie, fédéralisme et sécession », *op.cit.*

¹⁴ Entre l'organisation catalane (PSC) et le PSOE.

¹⁵ ERC a finalement été expulsée du gouvernement catalan après avoir choisi de faire campagne pour le « Non » lors du référendum de ratification du Statut d'autonomie.

le Statut d'autonomie de la Catalogne devant la Cour constitutionnelle espagnole. La Cour constitutionnelle, dont les membres sont désignés par les institutions centrales de l'État sans la participation des communautés autonomes¹⁶, devait mettre quatre ans à rendre son arrêt. Au cours de ces quatre années, la légitimité de la Cour allait connaître une érosion considérable en raison de la révocation d'un juge catalan et de la politisation des membres de la Cour, le PP et le PSOE n'étant pas parvenus à se mettre d'accord sur le remplacement des juges dont le mandat avait expiré. Dans le même temps, les fuites concernant plusieurs versions de l'arrêt laissaient entrevoir une position centraliste de la Cour. Enfin, en juillet 2010, la Cour a publié son arrêt 31/2010 du 28 juin 2010¹⁷, voté en blocs sans unanimité des membres de la Cour, qui déclarait inconstitutionnels 14 articles du Statut d'autonomie et interprétait le contenu de plusieurs parties du texte¹⁸. L'effet de cet arrêt 31/2010 est essentiel pour comprendre les changements d'orientation politique ultérieurs. Si le processus de réforme du Statut avait été complexe et polarisant, l'arrêt rendu quatre ans après la ratification populaire du texte allait finir de miner la réforme.

En effet, les objectifs fixés lors de la réforme étaient totalement avortés¹⁹, dans la mesure où la Cour constitutionnelle rejetait, soit directement, soit par voie d'interprétation, la plupart des demandes catalanes lors du lancement de la réforme. Le Parlement catalan avait notamment demandé une reconnaissance du caractère national et de la singularité de la Catalogne ; un régime fiscal spécifique, avec des caractéristiques similaires au *concerto económico*, le régime propre au Pays basque²⁰ ; le blindage des compétences, avec une énumération détaillée des types de compétences de la Generalitat de Catalogne ; la décentralisation de la Justice ; la reconnaissance des droits historiques ; des compétences en matière d'affaires étrangères ; et le renforcement du caractère bilatéral de la relation avec le gouvernement central, entre autres. Non seulement l'autonomie catalane n'avait pas progressé en ne parvenant pas à atteindre certains de ces objectifs, mais l'arrêt constituait même un recul en termes de compétences et d'interprétation de la position du Statut d'autonomie dans le système juridique²¹. La réforme du Statut d'autonomie avait été un échec. À cet échec, il faut ajouter l'affront que constituait le fait que les Statuts d'autres communautés autonomes²² contenant des dispositions similaires au Statut catalan allaient être adoptés sans difficultés majeures et sans qu'aucun recours ne soit formé à leur encontre ni par l'État ni par les acteurs politiques centralistes tels que le PP.

C'est notamment ce rejet des demandes catalanes d'amélioration de l'autonomie qui est à l'origine des changements politiques ultérieurs²³. La réforme du Statut d'autonomie et la politisation du débat territorial en Catalogne ont coïncidé dans le temps avec la réforme des Statuts d'autres communautés autonomes (Valence en 2006, Andalousie, Aragon et Baléares en 2007, Estrémadure en 2011), c'est-à-dire qu'elle s'est insérée dans un débat territorial

¹⁶ En 2007, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Loi organique de la Cour constitutionnelle) a été réformée pour permettre aux communautés autonomes de proposer des candidats à la Cour constitutionnelle par l'intermédiaire du Sénat. Cependant, dans la pratique, ce sont les partis présents dans l'ensemble de l'État qui continuent d'avoir le dernier mot quant à ces désignations.

¹⁷ Voir <https://boe.es/boe/dias/2010/07/16/pdfs/BOE-A-2010-11409.pdf>.

¹⁸ Marc Sanjaume-Calvet, 2015. « Federalismo pluralismo nacional y autodeterminación: la acomodación de Cataluña y Quebec », *op.cit*

¹⁹ Voir le rapport sur la réforme du Statut d'autonomie : <http://www.gencat.cat/drep/pdf/IEA/IEA000006878/25978.pdf>.

²⁰ Le régime fiscal du Pays Basque et de la Navarre est la seule asymétrie notable du système territorial espagnol. Ces deux communautés autonomes ont, pour des raisons historiques, leur propre système de financement qui leur permet de lever et de gérer leurs propres impôts, en versant à l'État, en fin d'exercice, une quote-part correspondant au coût des services fournis par l'État sur le territoire de ces communautés autonomes.

²¹ Carles Viver i Pi-Sunyer, « El Tribunal constitucional, ¿« Sempre, només... i indiscutible? » La funció constitucional dels estatuts en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010 », *Revista d'estudis autonòmics i federals*, no. 12, 2011, p. 363-402.

²² La réforme du Statut d'autonomie de l'Andalousie a ainsi été adoptée en 2007 sans aucune voix contre au Parlement espagnol.

²³ Toni Rodon et Marc Sanjaume-Calvet, « Un passeig pel saló dels passos perduts: l'evolució del debat territorial a Catalunya », *Debats*, vol.131, no 1, 2017, p. 91-109.

plus vaste. Mais elle a aussi coïncidé avec une législature caractérisée par une tension croissante entre le PP et le PSOE connue sous le nom de « crispation ». Les ponts étaient rompus entre ces deux partis depuis la fin de la législature 2000-2004, où le PP gouvernait avec une majorité absolue. L'absence de consensus entre le PP et le PSOE est un facteur important, car le développement du système espagnol des communautés autonomes s'était caractérisé par une harmonisation permanente moyennant des « accords d'État » entre les deux grands partis espagnols.

De plus, après 2009, la Catalogne et l'Espagne allaient être plongées dans l'une des pires crises économiques de leur histoire. Sur le plan politique, la crise a eu (et a encore) plusieurs effets parallèles dans l'ensemble de l'État. D'une part, elle a provoqué une chute du degré de satisfaction vis-à-vis des partis politiques et des institutions. À son tour, cette insatisfaction s'est traduite par l'émergence de mouvements sociaux actifs, parmi lesquels il faut mentionner les différentes vagues d'assemblées du mouvement des Indignés, lancé le 15 mars 2011, qui, entre autres revendications, proposait des réformes institutionnelles tendant à la démocratie directe, mais aussi la *Plataforma de Afectados por la Hipoteca* (Plate-forme des personnes affectées par l'hypothèque, PAH) qui mobilisait les associations de quartier et la société civile pour la défense des personnes frappées par la crise qui risquaient de perdre leur logement. Par ailleurs, la crise des partis traditionnels allait provoquer l'apparition de nouveaux partis politiques au niveau de l'État, tels que le parti centriste Ciudadanos (une formation politique d'origine catalane) ou le parti de gauche Podemos²⁴.

Au-delà de ces effets, également perceptibles en Catalogne, la crise économique allait avoir une incidence en matière d'autonomie. Les politiques du gouvernement central tiraient profit de la crise pour recentraliser les compétences de l'État et de la Generalitat, tandis que les partis catalans renforçaient leurs thèses autonomistes et souverainistes en demandant des pouvoirs fiscaux accrus. La dénonciation de ce qui est connu sous le nom de « déficit fiscal », à savoir la différence entre ce que les Catalans apportent à l'État par la collecte centralisée des impôts et ce que l'État investit en Catalogne, allait devenir un argument de poids pour l'indépendantisme et le gouvernement catalan²⁵.

Dans l'ensemble, si le Statut d'autonomie est la norme fondamentale de la Catalogne, il n'est pas incongru de qualifier de « processus constituant » la réponse politique formulée suite à l'échec de la réforme dudit Statut. Ce « processus » a une triple signification si on l'observe avec la perspective (limitée) qui est la nôtre en ce milieu d'année 2017. En premier lieu, au sens large, le processus constituant correspond au processus vers l'autodétermination et l'indépendance, qui sera résumé dans la section suivante du présent article.

Le processus constituant en tant que processus vers l'autodétermination

Le processus constituant en tant que processus vers l'autodétermination et l'indépendance peut être divisé en trois étapes, correspondant aux trois dernières législatures du Parlement de Catalogne, en suivant le fil des événements, depuis la période décrite dans la section précédente jusqu'à nos jours. Dans chacune de ces étapes, il est essentiel de prêter attention au rôle de la société civile et des partis politiques. En effet, il est crucial de comprendre l'interaction entre ces deux groupes d'acteurs.

Une première étape correspond à la période située entre 2006 et 2012. Elle comprend la fin de la première législature et la deuxième législature du gouvernement tripartite PSC-ERC-ICV (2006-2010) ainsi que la brève législature du

²⁴ *Idem.*

²⁵ Xavier Cuadras-Morató, *Catalonia: A New Independent State in Europe?: A Debate on Secession Within the European Union*, op.cit.

gouvernement de CiU (2010-2012). Du point de vue gouvernemental, cette étape se caractérise par la constatation de l'échec de la réforme du Statut d'autonomie et le début de la crise économique et de ses conséquences sociales et politiques. Mais ce qui est particulièrement remarquable sur cette période, c'est le rôle croissant que joue la société civile dans la politique catalane. On peut raisonnablement affirmer que le mouvement vers l'autodétermination et l'indépendance en tant que réaction au processus de réforme du Statut d'autonomie découle de l'émergence de plates-formes citoyennes indépendantes des partis, ainsi que de l'évolution ultérieure des partis en vue de répondre à ces demandes. Par la suite, afin de former une alliance plus solide, les liens avec les partis se sont resserrés, avec la demande d'inclure certains points dans les programmes électoraux de 2012, puis avec la création d'une plate-forme électorale (*Junts pel Sí*, Ensemble pour le Oui) en 2015. La *Plataforma pel Dret a Decidir* (Plate-forme pour le droit de décider, PDD) est la pierre angulaire de la mobilisation de la société civile au cours de cette première étape. La PDD, créée pour promouvoir une action commune de diverses organisations existantes et de citoyens à titre individuel, est à l'origine d'une manifestation de masse en février 2006 qui revendique le « droit de décider » et qui s'oppose à la ratification du Statut d'autonomie en faisant campagne pour le « Non » lors du référendum. Par la suite, elle sera également à l'origine d'une autre manifestation pour défendre le droit de la Catalogne à contrôler ses infrastructures, dans un moment de crise politique liée au mauvais fonctionnement du système ferroviaire en Catalogne, géré par le gouvernement central.

Au-delà des mobilisations, la PDD a contribué à populariser le concept de « droit de décider », qui allait être repris par les partis politiques à partir de 2012. La société civile sera également un acteur majeur de la grande manifestation qui fait suite à l'arrêt de 2010 de la Cour constitutionnelle sur le Statut d'autonomie. Les journaux catalans publient alors un éditorial commun condamnant la décision et défendant l'autonomie catalane²⁶. En outre, de 2009 à 2011, 800 000 citoyens participent à des référendums municipaux non officiels sur l'indépendance, organisés en plusieurs vagues par plus de 60 000 volontaires. Ces référendums revendiquaient le droit de la Catalogne à décider et ils se posaient également comme un défi à la légalité, car le premier de ces référendums avait été déclaré nul par un tribunal de Barcelone qui considérait qu'il ne relevait pas des compétences municipales²⁷. L'émergence de ces mouvements allait faire sentir ses effets au Parlement et dans les débats idéologiques des partis. Suite aux élections de 2010, CiU récupérait le pouvoir à la Generalitat, avec un programme qui intégrait l'idée du droit de décider, mais qui se fixait pour objectif prioritaire d'obtenir plus de pouvoirs fiscaux et plus d'investissements pour la Catalogne. Ces élections étaient aussi celles de la consolidation au Parlement catalan de *Ciudadanos* (Citoyens) une formation centraliste et hostile à l'indépendance, avec un programme fondé sur les droits des hispanophones en Catalogne, qui obtenait 3 députés, comme en 2006. L'hémicycle accueillait également pour la première fois le nouveau parti indépendantiste *Solidaritat Catalana per la Independència* (Solidarité catalane pour l'indépendance), qui visait à promouvoir une déclaration d'indépendance. Les élections municipales voyaient par ailleurs le renforcement d'un parti indépendantiste issu des mouvements sociaux d'extrême-gauche, la *Candidatura d'Unitat Popular* (Candidature d'unité populaire, CUP).

La deuxième étape est celle de la législature 2012-2015, dont l'objectif central était l'exercice de l'autodétermination par voie référendaire. La législature entamée en 2010 a été brusquement écourtée en 2012 sur décision du président catalan Artur Mas, suite à l'échec des demandes formulées par son gouvernement auprès du gouvernement central et qui visaient à obtenir un pacte sur la fiscalité. Depuis 2011, le PP était revenu au pouvoir à Madrid et

²⁶ Voir texte en anglais : <http://www.barcelonas.com/dignity-of-catalonia.html>

²⁷ Jordi, Muñoz et Marc Guinjoan, « Accounting for internal variation in nationalist mobilization: unofficial referendums for independence in Catalonia (2009–11) », *Nations and Nationalism*, vol. 19, no1, p.44–67.

avait adopté un programme centraliste incompatible avec des demandes de cet ordre. Le dirigeant de CiU a décidé d'avancer les élections en escomptant que son parti, désormais favorable au droit de décider, obtiendrait la majorité absolue. En fait, le droit de décider était devenu un élément transversal commun à tous les partis catalanistes et il avait été intégré, sous différentes formes, dans les programmes de toutes les formations politiques, à l'exception du PP et de Ciudadanos. Le droit de décider était au centre des débats de la fin de la législature 2010-2012, comme en témoigne l'adoption d'une résolution parlementaire (742/IX, du 27 septembre 2012) qui annonçait déjà que l'autonomisme des 30 dernières années était arrivé au point mort suite à l'arrêt sur le Statut d'autonomie. L'ensemble du catalanisme adoptait une nouvelle stratégie : bien qu'il n'y eût pas d'accord sur la façon de la mettre en œuvre, il était clair que la volonté de la majorité était de défendre le « droit de décider » de la Catalogne suite au processus de réforme du Statut d'autonomie et à l'arrêt de la Cour constitutionnelle.

Le nouveau gouvernement dirigé par Artur Mas, avec l'appui parlementaire d'ERC, avait pour mandat de donner effet au droit de décider par le biais d'une consultation sur l'indépendance. Il convient de rappeler que la Generalitat ne disposait pas (et ne dispose toujours pas) des compétences pour organiser ce type de consultation ou de référendum et qu'il existait déjà un précédent négatif concernant le Pays basque qui avait généré une doctrine constitutionnelle en la matière²⁸, lorsque la Cour constitutionnelle avait refusé au président basque le droit d'organiser une consultation.

Dès le début de la législature, une résolution parlementaire (résolution 5/X) a été votée. Elle adoptait une « déclaration de souveraineté et *du droit de décider du peuple de Catalogne* ». Cette résolution visait à promouvoir l'organisation par le gouvernement d'un référendum sur l'indépendance, et elle affirmait en son article premier la « *qualité de sujet politique et juridique souverain* » de la Catalogne. Par la suite, cet article premier allait être déclaré inconstitutionnel dans l'arrêt 42/2014 de la Cour constitutionnelle, suite au recours formé par le gouvernement central. Ce recours marque le début d'une stratégie des autorités espagnoles consistant à répondre aux demandes catalanes par la voie juridique et pénale.

Le gouvernement catalan a également créé un organe consultatif, le *Consell Assessor per la Transició Nacional* (Conseil consultatif pour la transition nationale, CATN), auteur de 18 rapports en matière juridique, stratégique et institutionnelle, qui explorent les options pour la tenue d'un référendum et la préparation d'une transition de l'actuelle Generalitat vers la création d'un État catalan²⁹. En vue de réaliser le référendum dans le cadre de la légalité constitutionnelle, le gouvernement catalan et le Parlement ont tenté de suivre diverses voies indiquées dans les rapports du CATN visant à se doter d'un cadre juridique à cet effet³⁰. Les forces politiques catalanes ont concrètement tenté trois démarches différentes. Tout d'abord, le président Artur Mas a envoyé une lettre au président du gouvernement espagnol Mariano Rajoy lui demandant d'engager un dialogue et d'autoriser une consultation dans un bref délai, en énumérant les voies possibles pour la tenue de la consultation (sur la base des rapports du CATN). Une deuxième démarche a été la résolution 479/X du 16 janvier 2014, qui prévoyait de déposer une proposition de loi organique au *Congreso de los Diputados* (Congrès des députés, chambre basse du Parlement espagnol) qui transférerait à la Generalitat, en application de l'article 150, paragraphe 2, de la Constitution, la compétence spécifique de la tenue

²⁸ Voir arrêt de la Cour constitutionnelle 103/2008 du 11 septembre 2008.

²⁹ Voir http://presidencia.gencat.cat/ca/ambits_d_actuacio/consells-assessors/consell_assessor_per_a_la_transicio_nacional_catn/informes_publicats/.

³⁰ Alain-G. Gagnon et Marc Sanjaume-Calvet, « Trois grands scénarios pour la Catalogne au XXI^e siècle: autonomie, fédéralisme et sécession », *op.cit.*

de la consultation, mais le Congrès a rejeté cette proposition avec les votes négatifs du PP et du PSOE. Enfin, le Parlement a adopté une loi régissant les consultations populaires « non-référendaires » (loi 10/2014 du 26 septembre 2014) qui cherchait à établir une distinction entre consultations populaires et référendums dans le cadre de l'article 122 du Statut d'autonomie (l'État étant compétent en matière de référendums en vertu de l'article 149, paragraphe 1, point 32, de la Constitution). Mais cette loi a fait l'objet d'un recours intenté par le gouvernement central et elle a finalement été déclarée contraire à la Constitution dans l'arrêt 21/2015 du 25 février 2015³¹. Le décret 129/2014 du 27 septembre 2014 convoquant la consultation allait lui aussi être attaqué par le gouvernement central et suspendu par la Cour constitutionnelle.

Le gouvernement catalan a néanmoins décidé d'organiser la consultation du 9 novembre 2014 sous la forme d'un « processus participatif », en dépit des avertissements de la Cour constitutionnelle, et sans cadre juridique spécifique autre que l'article 29, paragraphe 1, du Statut d'autonomie relatif au droit à la participation³². La consultation a été organisée par des bénévoles issus de la société civile, même si les bureaux de vote étaient principalement constitués d'établissements scolaires publics relevant de la Generalitat. La participation s'est élevée à 2 305 290 personnes³³. Les partis souverainistes qui soutenaient la consultation avaient convenu d'une question double : « *Voulez-vous que la Catalogne devienne un État ?* » et « *Dans l'affirmative, voulez-vous cet État soit indépendant ?* » Indépendamment du résultat du vote, qui, pour des raisons évidentes, était majoritairement indépendantiste, le format de la question était révélateur des tensions existantes au sein du bloc souverainiste entre indépendantistes et partisans d'une solution plus fédérale.

Au cours de cette période, la société civile a été particulièrement active. Ainsi, la plate-forme *Assemblea Nacional Catalana* (Assemblée nationale catalane, ANC) jouait un rôle de premier plan dans le camp indépendantiste depuis 2011. Tout d'abord, en organisant des événements en faveur de l'indépendance, des manifestations de masse en 2012, 2013 et 2014 à l'occasion de la fête nationale catalane (le 11 septembre) et des campagnes citoyennes en faveur de l'indépendance, grâce à ses plus de 80 000 membres bénévoles. Par ailleurs, cette organisation connaît une politisation croissante qui en fera un acteur politique clé, tout comme l'association culturelle Òmnium Cultural, avec l'élaboration d'une feuille de route de l'indépendantisme après la consultation du 9 novembre 2014. C'est également au cours de cette même période qu'apparaissent des associations hostiles à l'indépendance telles que *Societat Civil Catalana* (Société civile catalane), fondée en avril 2014, ou *Federalistes d'Esquerres* (Fédéralistes de gauche), une association qui promeut le fédéralisme en Catalogne et qui est contre l'indépendance et la voie unilatérale vers l'autodétermination.

Enfin, on peut considérer que la troisième étape du processus constituant au sens large commence avec les élections du 27 septembre 2015, à savoir au début de la législature actuelle. Ces élections ont été marquées par la stratégie des partis souverainistes avec une feuille de route conjointe établie de commun accord par les partis et la société civile : l'ANC, Òmnium Cultural, l'*Associació de Municipis per la Independència* (Association des municipalités pour l'indépendance, AMI)³⁴, ainsi que plusieurs forces souverainistes, parmi lesquelles *Convergència Democràtica de*

³¹ Il convient de rappeler que, lorsqu'une loi d'une communauté autonome est attaquée par l'État devant la Cour constitutionnelle, la loi est immédiatement suspendue sans attendre l'arrêt.

³² Cette décision a eu des conséquences sur le plan pénal : trois membres du gouvernement catalan, dont le président Artur Mas, ont été condamnés à des peines d'inéligibilité.

³³ Il est difficile de donner un taux de participation, faute de listes électorales officielles pour cette consultation, mais on estime qu'il était supérieur à 35 %.

³⁴ Association regroupant les municipalités souverainistes de Catalogne, soit 786 sur 948.

Catalunya (Convergence démocratique de Catalogne, CDC)³⁵ et ERC, étaient convenus d'une feuille de route en trois étapes (voir tableau 1).

Tableau 1. Feuille de route indépendantiste

| |
|--|
| <p><i>A. Déclaration vers la proclamation</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Déclaration solennelle de début du processus (résolution 1/XI du 9 novembre 2015, voir annexe) • Commission constituante parlementaire (Commission d'étude sur le processus constituant et résolution 263/XI, voir annexe) • Lois de « déconnexion » : processus constituant, transition juridique et finances • Élections constituantes <p><i>B. Parlement constituant vers la République</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Rédiger la Constitution de la République catalane • Référendum de ratification constitutionnelle (prévu dans la feuille de route originelle) <p><i>C. République catalane</i></p> |
|--|

Source :Auteur

Même si la volonté demeurerait de parvenir à un accord avec le gouvernement espagnol, cette feuille de route était conçue pour établir une voie unilatérale vers l'autodétermination et l'indépendance, à la lumière des difficultés juridiques mentionnées précédemment. Ainsi, la feuille de route prévoyait : en premier lieu, des élections au Parlement de Catalogne qualifiées de « plébiscitaires », qui devaient permettre un vote sur la question de la création d'un État propre aux citoyens de Catalogne, la stratégie électorale des partis indépendantistes passant par la création d'une plate-forme électorale commune ; en deuxième lieu, si cette plate-forme était majoritaire à l'issue du scrutin, les indépendantistes déclareraient le début du processus d'indépendance, prépareraient les structures étatiques nécessaires et adopteraient une loi sur la transition juridique (ainsi que d'autres lois visant à donner effet à l'indépendance) ; enfin, des élections constituantes seraient organisées en vue de rédiger une Constitution et d'établir une république catalane.

Les élections du 27 septembre 2015 allaient permettre aux forces souverainistes de mettre en œuvre cette feuille de route. La coalition indépendantiste formée spécifiquement pour ces élections, *Junts pel Sí* (Ensemble pour le oui)³⁶ a remporté les élections avec 62 députés. Ainsi, avec le soutien parlementaire de la CUP, elle aussi indépendantiste, l'indépendantisme était majoritaire au Parlement de Catalogne (72 députés), bien que n'ayant pas recueilli la majorité absolue des suffrages (47,8 %) (voir tableau 2).

³⁵ Le parti démocrate-chrétien *Unió Democràtica de Catalunya* (Union démocratique de Catalogne, UDC), partenaire électoral traditionnel de CDC au sein de la coalition *CiU*, ne partageait pas la stratégie unilatérale.

³⁶ Cette liste transversale droite-gauche, favorable à la feuille de route indépendantiste établie de commun accord avec la société civile, était soutenue par des personnalités de la société civile et menée par plusieurs parties indépendantistes : CDC, ERC, Démocrates de Catalunya (Démocrates de Catalogne, regroupant les dissidents indépendantistes d'UDC) et *Moviment d'Esquerrres* (Mouvement de gauche, regroupant les dissidents indépendantistes du PSC).

Tableau 2. Résultats des élections du 27 septembre 2015 au Parlement de Catalogne

| | Voix | Sièges (sur 135) |
|---|------------------------|---------------------|
| Junts pel Sí <i>(Ensemble pour le Oui)</i> | 1 628 714 (39,59 %) | 62 |
| Ciutadans – Partido de la Ciutadania ¹ <i>(Citoyens)</i> | 736 364 (17,90 %) | 25 |
| Partit dels Socialistes de Catalunya (PSC) <i>(Parti des socialistes de Catalogne, lié au PSOE)</i> | 523 283 (12,72 %) | 16 |
| Catalunya Sí que es Pot (CSQP) ² <i>(Catalogne Oui c'est possible)</i> | 367 613 (8,94 %) | 11 |
| Partit Popular ³ <i>(Parti Populaire)</i> | 349 193 (8,49 %) | 11 |
| Candidatura d'Unitat Popular (CUP) ⁴ <i>(Candidature d'Unité Populaire)</i> | 337 794 (8,21 %) | 10 |

1 Parti centriste, centraliste et défenseur des habitants de langue espagnole en Catalogne.
2 Coalition formée par Iniciativa per Catalunya Verds (Initiative pour la Catalogne Verts, ICV), Esquerra Unida i Alternativa (Gauche unie et Alternative, EUiA), Equo et Podemos.
3 Parti de centre-droit d'envergure étatique, dirigé par le président espagnol actuel, Mariano Rajoy, qui dispose de la majorité absolue dans les deux chambres du Parlement espagnol.
4 Formation indépendantiste et de gauche issue des mouvements sociaux locaux et municipaux.

Source : Auteur

L'interprétation de ces résultats, comme nous allons le voir, allait être controversée. D'une part, l'opposition mettait en doute le fait qu'une majorité absolue parlementaire, mais n'ayant pas recueilli la majorité absolue des suffrages, permettait de mettre en œuvre la feuille de route. D'autre part, il apparaissait que, du point de vue de l'électorat, les élections n'avaient pas été strictement plébiscitaires, car le vote des électeurs s'était également fondé sur d'autres aspects des programmes des partis. En outre, la coalition CSQP n'avait pas explicité sa position quant à l'indépendance, de sorte qu'elle ne pouvait être classée ni dans le camp du Oui ni dans le camp du Non (voir tableau 3).

Tableau 3. Orientation des partis concernant l'indépendance et le droit de décider

| | <i>Pour l'indépendance et le droit de décider</i> | <i>Pour le droit de décider</i> | <i>Contre le processus et le droit de décider</i> |
|------------------------------|---|--|---|
| <i>Formations politiques</i> | Junts pel Sí Candidatura d'Unitat Popular | Catalunya Sí Que es Pot (sans position claire sur l'indépendance) Partit dels Socialistes de Catalunya (contre l'indépendance) | Ciudadanos Partido Popular |
| <i>Nombre de députés</i> | 72 | 27 | 36 |

Source : Auteur

Quoi qu'il en soit, ainsi qu'il a été exposé précédemment, le résultat des élections allait permettre de lancer le processus constituant, au sens strict, à savoir la mise en œuvre d'un mandat indépendantiste unilatéral. Cette application passait par la mise en place d'un gouvernement de *Junts pel Sí* dirigé par Carles Puigdemont, qui se donnait un délai d'un an et demi pour faire sécession et construire les structures du nouvel État catalan. Nous avons donc apporté jusqu'ici une première définition du processus constituant au sens large. Il y a au moins trois raisons pour lesquelles il convient de considérer cette période comme un « processus constituant » au sens large visant l'autodétermination et l'indépendance.

En somme, la première raison pour laquelle on peut parler d'un processus constituant est la transformation du système de partis avec l'apparition de nouvelles formations et les changements des programmes visant à inclure les demandes de sécession et relatives au droit de décider formulées par le Parlement. Cette transformation met le droit de la Catalogne à décider (et donc son pouvoir constituant) au cœur du débat et enterre le modèle autonomiste qui dominait le catalanisme depuis la restauration de la démocratie. Au-delà des mouvements de la société civile, qui voit l'émergence de nouvelles plates-formes (telles que l'ANC), le principal changement que l'on observe en matière de programmes dans l'espace politique est le virage de l'ancienne *Convergència Democràtica de Catalunya* (CDC, refondée depuis sous le nom de *Partit Demòcrata Europeu Català*, parti démocrate européen catalan, PDeCat), qui adhère aux thèses indépendantistes après avoir été le parti politique ayant donné forme à l'autonomie catalane sous la présidence de Jordi Pujol (1980-2003). La deuxième raison pour laquelle on peut parler de processus constituant est que la transformation part de la base et est le fruit d'une demande de la société civile (mouvement « *bottom-up* »). Le fait que le droit de décider émerge comme une demande citoyenne, de construction d'un nouveau modèle de pays, montre le caractère populaire du processus. La troisième raison, particulièrement importante, est le lien direct qui existe entre, d'une part, le processus politique favorable au droit de décider et à l'indépendance et, d'autre part, la rupture du pacte constitutionnel relatif à l'autonomie qu'a constitué l'arrêt de la Cour constitutionnelle, aux yeux de la majorité du monde politique catalan, ainsi que le refus ultérieur du gouvernement espagnol d'accepter un référendum sur le statut politique de la Catalogne en tant qu'instrument démocratique d'expression de la volonté du peuple catalan (législature 2012-2015 et législature actuelle). Ce dernier point met en évidence le caractère constituant d'un processus qui est incompatible avec la légalité constitutionnelle (ou avec l'interprétation qui en est faite par la Cour constitutionnelle), mais qui prétend faire respecter la légitimité démocratique catalane.

Le processus constituant en tant que préparation unilatérale du nouvel État

Si nous avons défini le processus constituant au sens large comme la période décrite à la section précédente, ce processus peut également être compris, au sens strict, comme l'ensemble des actions du gouvernement et du Parlement de Catalogne pour préparer le nouvel État. On peut en situer le début à partir du moment où il existe une majorité parlementaire avec un mandat pour mettre en œuvre ce processus. De plus, la mise en œuvre de ce mandat est unilatérale, comme il ressort clairement des programmes électoraux de *Junts pel Sí*³⁷ et de la CUP³⁸ lors des élections du 27 septembre 2015. Dès lors, le rôle de la société civile est sans doute moins central dans cette nouvelle étape, étant donné qu'il s'agit d'un mandat gouvernemental, mais il n'en reste pas moins important, comme le prouvent les diverses propositions et actions que nous présenterons ci-après.

³⁷ Voir <http://www.juntspelsi.cat/programa/programa?locale=ca>.

³⁸ Voir http://cup.cat/sites/default/files/programa_de_la_cup_crida_constituent_27s.pdf.

Le coup d'envoi institutionnel du processus constituant, au sens strict du terme, à savoir la préparation unilatérale du nouvel État, a été donné par l'adoption de la résolution 1/XI du 9 novembre 2015 (jointe en annexe). Cette résolution, adoptée avec le soutien de Junts pel Sí et la CUP, parle explicitement du lancement d'un processus constituant « *non subordonné* », soutenu par une majorité en voix et en sièges au Parlement, proclame « *l'ouverture d'un processus constituant citoyen, participatif, ouvert, intégrateur et actif en vue de préparer les bases de la future constitution catalane* » et demande au gouvernement catalan de prendre les mesures nécessaires pour donner effet à ces déclarations. Par ailleurs, la résolution fait référence aux lois relatives au processus constituant, à la Sécurité sociale et à l'Administration catalane des finances en tant qu'instruments pour effectuer la déconnexion vis-à-vis de l'Espagne, qui devrait être démocratique, massive, soutenue et pacifique. Le nouveau gouvernement catalan, depuis sa formation suite à l'investiture du président Puigdemont en janvier 2016, s'est engagé dans une action marquée par cette résolution, mais qui se trouve confrontée aux recours du gouvernement central et aux décisions de la Cour constitutionnelle.

Dès décembre 2015, la Cour constitutionnelle, par son arrêt 259/2015, a déclaré inconstitutionnelle la résolution 1/XI. Dans sa décision, la Cour constitutionnelle jugeait la résolution inconstitutionnelle dans son intégralité. L'arrêt 42/2014 rendu par la Cour constitutionnelle dans le recours contre la résolution 5/X de janvier 2013 déclarait inconstitutionnel le premier point de la résolution (la déclaration de souveraineté) mais, selon certaines interprétations, il faisait preuve d'une certaine tolérance concernant la revendication du droit de décider en tant qu'expression politique. Dans le cas de la résolution de 2015, l'arrêt était plus sévère, en ce qu'il la déclarait inconstitutionnelle dans son intégralité et que la déclaration d'inconstitutionnalité s'étendait même à certains aspects énoncés en annexe de la résolution et qui portaient sur des compétences exclusives ou partagées de la Generalitat, telles que celles relatives au logement ou à l'éducation³⁹. La Cour constitutionnelle rappelait la nécessité de canaliser les demandes d'autodétermination au moyen d'une réforme constitutionnelle comme elle l'avait fait dans son arrêt 42/2014⁴⁰. Par conséquent, en droit, la résolution 1/XI est nulle et non avenue. Dans ses décisions ultérieures relatives aux divers recours formés par le gouvernement central contre les actions du gouvernement catalan, la Cour constitutionnelle allait utiliser cet argument de l'inconstitutionnalité du mandat contenu dans la résolution 1/XI⁴¹.

Par la suite, le 20 janvier 2016, une commission d'étude du processus constituant (CEPC) a été formée au Parlement catalan : cette commission parlementaire spécifiquement consacrée au processus constituant a invité des experts internationaux et locaux et issus de la société civile pour débattre de la question⁴². La simple création de la Commission a été attaquée devant la Cour constitutionnelle par le gouvernement central dans le cadre d'une pro-

³⁹ Voir http://exteriors.gencat.cat/web/.content/relacions_institucionals/01_relacions_amb_el_parlament/15_revista_activitat_parlamentaria_digital/documents/29-a/n5_29.pdf.

⁴⁰ L'interprétation juridique effectuée par la Cour constitutionnelle est difficilement opérationnelle sur le plan politique, car le PP et le PSOE disposent d'une large majorité au Parlement espagnol et sont hostiles à toute réforme permettant l'autodétermination. Ciudadanos et les autres partis espagnols y sont également opposés, à l'exception de Podemos et Izquierda Unida (Gauche unie, IU).

⁴¹ Xavier Cuadras-Morató, *Catalonia: A New Independent State in Europe?: A Debate on Secession Within the European Union*, *op. cit.*; Marc Sanjaume-Calvet, « Federalismo pluralismo nacional y autodeterminación: la acomodación de Cataluña y Quebec », *op. cit.*, Monserrat Guiberneau, « Secessionism in Catalonia: After Democracy », *op. cit.*, Santiago, Muñoz Machado, *Cataluña y las demás Españas*, *op. cit.*

⁴² Les objectifs en étaient les suivants : « Caractéristiques et principes cadres d'un processus constituant en Catalogne. Identification des réformes de changement social, politique et national qui doivent faire partie d'un processus constituant en Catalogne. Analyse des différentes formes de structure étatique et leur expression constitutionnelle : droits et obligations, principes et garanties constitutionnels, formes de participation citoyenne, modèle socio-économique et environnemental et formes d'État. Analyse des expériences comparées des processus constituants et des mécanismes d'implication, de protagonisme et de participation des citoyens dans le processus constituant. » voir http://www.parlament.cat/web/composicio/comissions/informacio-comissio/index.html?p_codi=846.

cédure incidente relative à l'exécution de l'arrêt 259/2015⁴³. La Cour constitutionnelle considère que la commission parlementaire était en droit d'agir, mais dans le respect des limites constitutionnelles. Or, le document recueillant les conclusions de la commission parlementaire, ultérieurement adopté sous forme de résolution (263/XI) par le Parlement de Catalogne, n'allait pas se tenir aux orientations données par la Cour constitutionnelle.

Dans ses conclusions, la commission appelait le gouvernement catalan à créer un Forum social constituant en vue de préparer une Assemblée constituante. Elle faisait également référence à la feuille de route de Junts pel Sí en demandant instamment aux autorités catalanes d'adopter les lois dites de déconnexion de telle sorte que celles-ci ne soient pas soumises au contrôle d'un autre pouvoir (ce qui visait clairement la Cour constitutionnelle) (voir annexe). En dépit des avertissements de la Cour constitutionnelle, notamment une ordonnance avertissant du caractère inconstitutionnel de la résolution (ordonnance 141/2016), cette dernière a été adoptée par le Parlement catalan en juillet 2016. Ce vote devait avoir, par la suite, des conséquences pénales pour la présidente du Parlement de Catalogne et pour les membres du Bureau de la chambre.

En parallèle, des sous-commissions parlementaires avaient été créées au début de l'année 2016 en vue de fixer le cadre juridique des structures dites étatiques, définies dans la résolution 1/XI susmentionnée, à savoir : la proposition de loi relative au régime juridique catalan, régissant la question de la transition juridique lors de la déconnexion vis-à-vis du système juridique de l'État espagnol ; la proposition de loi relative à l'Administration catalane des finances, visant à créer une administration fiscale propre à la Catalogne ; la proposition de loi intégrale relative à la Sécurité sociale catalane, visant à établir un système de sécurité sociale. Pour sa part, le gouvernement catalan a créé un comité interministériel chargé de coordonner le travail de formation des structures étatiques sous la houlette du vice-président catalan.

Au-delà du travail gouvernemental, la préparation du nouvel État s'est appuyée sur des initiatives des partis et de la société civile liées à l'idée du processus constituant. Toutefois, jusqu'à ce jour, ces actions n'ont pas eu pour cadre un processus constituant unique, mais elles résultent d'initiatives des partis ou de plates-formes partisans. On peut notamment citer, s'agissant des partis politiques, la campagne d'ERC « *La república que farem* » [« La République que nous ferons »] ou la plate-forme des partis indépendantistes de gauche « *Esquerra per la independència* » [« Les gauches pour l'indépendance »]. Dans ces cas, la formation de structures étatiques était liée au débat sur le modèle social du pays. De même, la société civile a pris des initiatives qui se chevauchaient avec les travaux de préparation du nouvel État (structures étatiques), telles que la rédaction d'une Constitution que nous aborderons ultérieurement.

On peut également inclure dans le processus constituant tel que nous l'avons défini la défense de l'autonomie catalane face à la multiplication devant la Cour constitutionnelle de litiges parallèles, c'est-à-dire des recours formés contre des lois catalanes qui ne sont pas directement en rapport avec le processus d'indépendance, mais qui définissent les politiques autonomes de la Catalogne et son modèle de société. Ces contentieux se sont considérablement intensifiés suite à l'arrêt 31/2010 et ils ont affecté, surtout depuis 2012, la mise en œuvre de l'autonomie catalane, en particulier en matière de politiques sociales ou liées aux secteurs de l'énergie et du commerce. Plus de trente lois ont été attaquées par le gouvernement central depuis 2012, qui ont pour la plupart été jugées inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle en ce qu'elles empiétaient sur les compétences du gouvernement central.

⁴³ Sur une initiative du gouvernement central, la loi régissant la Cour constitutionnelle a été amendée en 2015 pour doter la Cour d'une capacité exécutoire lui permettant de veiller à l'application de ses décisions. Cette réforme, qui vise manifestement la situation en Catalogne, a été accueillie avec une certaine préoccupation par la Commission de Venise.

On peut citer plus particulièrement les décrets-lois contre la pauvreté énergétique (6/2013, 6/2016) ; les taxes ou impôts grevant notamment l'énergie nucléaire ou les dépôts bancaires (5/2012) ; l'interdiction de la fracturation hydraulique ou « fracking » (3/2012 et 4/2016) ; la réglementation des grandes surfaces en dehors des centres-villes (4/2016) ; l'administration fiscale (9/2015-11/2015) ; la loi d'urgence en matière de logement (24/2015).

Dans certains cas, ces litiges ont affecté la capacité de la Catalogne à mettre en place ses structures autonomes telles que l'administration fiscale. Dans d'autres cas, ils ont mis à mal sa capacité à mener des politiques sociales. Ainsi, la loi relative à l'urgence en matière de logement (24/2015), qui prévoyait une deuxième chance pour les ménages endettés et la cession obligatoire de logements par les grands propriétaires fonciers, est suspendue depuis que la Cour constitutionnelle a jugé recevable le recours formé par le gouvernement central. Cette loi était le résultat d'une initiative législative populaire (ayant réuni 140 000 signatures) lancée par les mouvements sociaux engagés dans la défense du droit au logement et contre la pauvreté énergétique dont le fer de lance est la Plate-forme des personnes affectées par l'hypothèque (PAH).

Le processus constituant post-référendaire pour la rédaction d'une Constitution

Le « Forum social constituant » prévu dans les conclusions de la commission d'étude du processus constituant (CEPC) est encore à l'état de projet et il n'a pas été mis en place par le gouvernement catalan. L'idée exprimée par la CEPC, à savoir la promotion de la participation citoyenne pour produire un ensemble de propositions devant être prises en considération par l'Assemblée constituante, est tout à fait compatible avec les initiatives individuelles et collectives exposées ci-dessous.

En janvier 2015, le juge Santi Vidal, en tant que chef de file d'un groupe d'intellectuels souverainistes, présentait une proposition de Constitution catalane. Après cette présentation, le texte a été publié sur Internet et ouvert au débat social, afin d'ouvrir un débat sur la future Constitution catalane. En février de la même année, le juge Vidal a été mis à pied pour une période de trois ans par le *Consejo General del Poder Judicial* (Conseil général du pouvoir judiciaire, CGPJ). Le CGPJ, réuni en séance plénière, considérait que le juge avait violé son « *devoir élémentaire de fidélité à la Constitution et à l'ordre juridique* » (article 417, paragraphe 14, de la *Ley del Poder Judicial*, loi relative au pouvoir judiciaire). Cette mise à pied de trois ans à l'encontre du juge Vidal a été confirmée par le *Tribunal Supremo* espagnol en novembre 2016. Quoi qu'il en soit, les membres du groupe qui avait rédigé la proposition de Constitution ont continué d'œuvrer en faveur du processus constituant au sein de la plateforme *Constituïm* (« Constituons »).

D'une manière plus orientée vers un point de vue social, la plate-forme citoyenne *Reinicia* (rebaptisée par la suite *Reinicia Catalunya*, « Redémarre la Catalogne »), qui rassemble plusieurs associations dont Òmnium Cultural et l'ANC, présentait en mars 2016 un plan de création d'une Convention constitutionnelle catalane. Le processus constituant envisagé par cette plate-forme se compose de quatre étapes jusqu'à la ratification constitutionnelle et s'inspire de l'expérience du *Congrés de Cultura Catalana* (Congrès de culture catalane, en 1977), qui fut aussi un moment de rassemblement citoyen dans le contexte de la transition démocratique en Espagne et en Catalogne après la dictature de Franco, ainsi que d'autres expériences de participation citoyenne telles que le Conseil consultatif pour la transition nationale (CATN). Les étapes prévues se partagent entre une logique de démocratie participative et de démocratie représentative. En outre, les documents de la plate-forme *Reinicia* mentionnent explicitement les sujets du débat. Ainsi la discussion sur la nouvelle Constitution devrait se faire autour d'au moins 14 thèmes : droits

et devoirs, politique sociale, santé, éducation, citoyenneté, culture, communication, connaissance, environnement, politique, justice, sécurité, économie et international. La Convention constitutionnelle catalane serait divisée en 121 centres (un pour 25 000 habitants). Finalement, les débats dans chaque commission territoriale devraient respecter quatre principes lors des séances de délibération mais aussi dans l'organisation des événements et de la participation : exhaustivité, impartialité, caractère intégrateur et transversalité.

Le processus constituant proposé par Reincia a un objectif plus large que la simple production d'un texte constitutionnel. Le projet vise en fait à mettre en œuvre un processus participatif centré de préférence sur le sujet du « nouveau pays » : au-delà de la rédaction des articles, il s'agit d'ouvrir un débat sur la nouvelle République catalane. En outre, la démarche proposée par cette plate-forme doit être menée en grande mesure par les citoyens, sans intervention active des partis politiques, à tout le moins pas avant une étape ultérieure dans le contexte institutionnel.

Lors de la publication des conclusions de la CEPC, la plate-forme Reincia a fait état de sa position critique par rapport au document. D'après Reincia, le processus envisagé serait trop institutionnel, car il limite la participation citoyenne à une première étape (Forum social constituant). De plus, le processus constituant, tel qu'il est présenté dans les conclusions, serait trop fermé aux citoyens et aux associations hostiles à l'indépendance, alors qu'il aurait fallu avoir une conception plus ouverte de la participation. En définitive, si les partis et la société civile souverainistes semblent avoir le même objectif de promotion de la participation citoyenne dans le processus, ils ne semblent pas partager la même stratégie, celle-ci étant, dans le cas des partis politiques, plutôt institutionnelle et axée sur la rédaction d'une Constitution catalane.

L'automne 2016 a été marqué par un changement stratégique majeur : la réincorporation dans la feuille de route indépendantiste de l'idée d'un référendum. Les raisons en sont doubles : d'une part, l'existence de tensions politiques qui opposent le gouvernement et le groupe parlementaire dont il est issu (Junts pel Sí) à la CUP, parti qui n'est pas présent au gouvernement mais qui le soutient au Parlement sur tous les aspects liés au « processus » ; et, d'autre part, la nécessité constatée par les partis indépendantistes d'élargir leurs soutiens au-delà de la majorité parlementaire existante. Ces facteurs ont conduit les forces souverainistes à adopter une nouvelle résolution lors du débat de politique générale tenu en début octobre (résolution 306/XI du 6 octobre 2016). La résolution, adoptée par Junts pel Sí et la CUP — en parallèle à une deuxième résolution adoptée, elle, par Junts pel Sí et CSQP⁴⁴ —, appelait le gouvernement catalan à inclure dans le budget de 2017 un poste concernant le processus constituant, à créer une commission internationale de suivi du processus constituant et à tenir un référendum sur l'indépendance. Tout en persistant à souligner la valeur de la majorité parlementaire dégagée lors des élections du 27 septembre 2015, le constat était fait de la nécessité d'exercer le droit à l'autodétermination. Néanmoins, la résolution précise que cette stratégie reste liée à la création de structures étatiques, qui sont énumérées dans la même résolution : fiscalité, administration, politique maritime, etc. Cette résolution a elle aussi été ultérieurement annulée par la Cour constitutionnelle sur recours du gouvernement central dans une procédure incidente relative à l'exécution de l'arrêt 259/2015.

La résolution 306/XI ne modifiait pas sensiblement la feuille de route, le gouvernement catalan se considérant toujours tenu par les lois dites de déconnexion, par les délais fixés et par l'idée d'engager un processus constituant suite à la sécession. Néanmoins, la résolution 306/XI définissait une nouvelle voie à suivre, à savoir la tenue d'un référendum en septembre 2017, après le précédent de la consultation du 9 novembre 2014 qui n'avait précisément

⁴⁴ Cette deuxième résolution appelait exclusivement à la tenue d'un référendum de commun accord avec le gouvernement espagnol.

pas pu se tenir dans le cadre légal prévu pour les consultations ou les référendums.

Le budget présenté par le gouvernement catalan en janvier 2017 et adopté en mars suivant incluait un poste budgétaire de 5,8 millions d'euros au titre des processus électoraux et de 800 000 euros pour l'organisation de processus constituants. En outre, sur une initiative du Parlement catalan, un « Pacte national pour le référendum » a été créé en décembre 2016, plate-forme établie pour regrouper les associations favorables au « droit de décider », sur le modèle du « Pacte pour le droit de décider », ancienne plate-forme ayant œuvré lors de la législature précédente à soutenir la consultation sur l'indépendance.

En définitive, comme indiqué précédemment, depuis l'adoption de la résolution 306/XI, le débat politique est de nouveau marqué par la nécessité de tenir un référendum⁴⁵. Les initiatives de la société civile ont été marquées par cette stratégie, qui passait également par recueillir des signatures favorables à un accord avec le gouvernement central et à la tenue d'un référendum, dans le cadre du Pacte national pour le référendum. Plusieurs initiatives ont été lancées pour préparer une campagne en faveur du « Oui » dans un éventuel référendum, qui pour l'heure n'a ni date ni question. C'est le cas de l'Assemblée nationale catalane, qui a commencé une campagne de marketing pour le « Oui ». Le président catalan a réitéré sa volonté de parvenir à un accord avec l'État sur le référendum afin de ne pas avoir recours à la voie unilatérale. En parallèle, le ministère catalan des Affaires étrangères, de la participation et de la transparence a organisé un cycle de débats visant à « étudier et débattre des *principales expériences de démocratie participative dans les processus constituants* »⁴⁶. En tout état de cause, le processus constituant, compris comme la rédaction d'une nouvelle Constitution catalane, dépend de l'issue de la voie référendaire et de la feuille de route du gouvernement actuel.

Conclusion

Nous avons présenté dans cet article les différentes significations que recouvre le processus constituant dans le cas catalan. Au sens large, l'ensemble du processus engagé après la réforme du Statut d'autonomie est un processus constituant de la politique catalane. Il est défini par la dichotomie existant entre la légitimité issue du Parlement catalan et le cadre constitutionnel — ou une lecture rigide de ce cadre —, ainsi que par le rôle clé que joue la société civile dans la formulation de revendications qui finissent par provoquer des changements profonds dans le système des partis.

Cependant, le processus constituant, au sens strict et probablement plus approprié à son usage académique, revêt deux significations en Catalogne. Il désigne d'une part l'ensemble des actions engagées tant par le gouvernement catalan que par la société civile visant à doter la Catalogne de structures étatiques permettant une éventuelle déclaration d'indépendance et définissant un modèle de pays. Nous avons vu que ces actions étaient de nature juridique, mais qu'elles relevaient aussi d'initiatives populaires. Mais le processus constituant désigne aussi, au sens strict, les discussions concernant une Constitution catalane ainsi que sa rédaction. Cette dernière phase reste encore une étape à venir dans le processus indépendantiste, bien qu'elle ait déjà fait l'objet d'études en commission parlementaire et au gouvernement et que des propositions aient été formulées à cet égard par des ONG.

⁴⁵ Au moment de la dernière révision de cet article, le président catalan Carles Puigdemont venait de présenter un projet de « loi sur le référendum d'autodétermination » et d'annoncer la tenue d'un référendum sur l'autodétermination, le 1er octobre 2017, sur la question « Voulez-vous que la Catalogne soit un État indépendant sous forme de république ? »

⁴⁶ Voir <http://exteriors.gencat.cat/ca/ambits-dactuacio/govern-obert/participacio-ciudadana/innovacio-democratica/jornada-democracia-deliberativa/>.

Le processus constituant décrit dans cet article sous ces trois significations tend en somme à doter la Catalogne de la capacité de définir son cadre politique et son autonomie au moyen du droit de décider. Dans l'ensemble, il s'agit d'une volonté politique de parvenir à un moment constitutionnel⁴⁷, capable de rompre avec la politique de la Catalogne en tant que communauté autonome espagnole et de définir un nouvel ordre politique et constitutionnel.

Les obstacles à ce projet sont multiples. En premier lieu, l'interprétation de la Constitution par le gouvernement espagnol et les poursuites judiciaires à l'encontre des initiatives catalanes, ainsi que le refus politique d'accepter une solution négociée, entravent la progression du projet politique majoritaire en Catalogne. Cette situation a un effet négatif sur le processus constituant en ce qu'elle fait obstacle à un débat sur le modèle de pays voulu par les citoyens. Dans le cas de la consultation du 9 novembre 2014, le débat public avait essentiellement porté sur la légalité du processus en soi et non sur le modèle d'État ou sur les priorités en termes de politiques publiques. Les efforts de la société civile avaient visé à permettre la consultation plutôt qu'à débattre du modèle d'État dans le cadre d'un processus constituant.

En deuxième lieu, le débat sur le modèle de pays est rendu plus complexe non seulement par le problème légal, mais aussi par l'hétérogénéité de la société civile et des partis politiques. Il n'existe pas de plate-forme unique structurant un processus constituant unique, mais diverses initiatives visant à débattre de cet aspect du processus. Cet état de fait rend d'autant plus nécessaire que le gouvernement catalan exerce une fonction directrice dans la prochaine étape du processus constituant visant à la mise en place de l'Assemblée constituante et à la rédaction d'une Constitution. Enfin, il convient de rappeler que, malgré les obstacles juridiques et politiques, le gouvernement catalan et le Parlement se sont engagés à lancer le processus constituant, qui pourrait être mis en œuvre au cours de la campagne référendaire et institutionnalisé dans une éventuelle Assemblée constituante. Un référendum permettrait de déterminer l'ampleur des revendications indépendantistes parmi la population, qui ont déjà donné une majorité parlementaire aux indépendantistes. Quoi qu'il en soit, la volonté des Catalans de décider de leur avenir est largement majoritaire à l'intérieur et à l'extérieur du Parlement catalan, comme l'ont encore démontré de récentes enquêtes⁴⁸.

Bibliographie

- Ackerman, Bruce A. (1991). *We the People*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press.
- Aja, Eliseo (2003). *El estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza.
- Cuadras-Morató, Xavier (2016). *Catalonia: A New Independent State in Europe?: A Debate on Secession Within the European Union*, London, New York, Routledge.
- Gagnon, Alain-G. et Marc Sanjaume-Calvet (2016). « Trois grands scénarios pour la Catalogne au XXI^e siècle: autonomie, fédéralisme et sécession », dans Michel Seymour (éd.) *Repenser l'autodétermination interne*, Montréal, Editions Themis, 135-74.
- Guibernau, Montserrat (2004). *Catalan Nationalism: Francoism, Transition and Democracy*. London, New York, Routledge.
- (2013). « Secessionism in Catalonia: After Democracy ». *Ethnopolitics*, vol. 12, no 4, 368-93.

⁴⁷ Voir Bruce A. Ackerman, *We the People*, *op.cit.*

⁴⁸ Voir http://www.ara.cat/politica/catalans-partidari-referendum-votaria-independencia_0_1768623247.html.

Guinjoan, Marc et Toni Rodon (2016). « Catalonia at the crossroads: Analysis of the increasing support for secession », dans Cuadras-Morató, *Catalonia: New Independent State in Europe?* Dans *Catalonia: New Independent State in Europe?*, London, New York, Routledge, 20-61.

Muñoz, Jordi et Marc, Guinjoan (2013). « Accounting for internal variation in nationalist mobilization: unofficial referendums for independence in Catalonia (2009–11) », *Nations and Nationalism*, vol. 19, no 1, 44–67.

Muñoz Machado, Santiago (2014). *Cataluña y las demás Españas*, Barcelone, Crítica.

Requejo, Ferran (2005). *Multinational federalism and value pluralism: the Spanish case*, New York, Routledge.

Requejo, Ferran et Klaus-Jürgen Nagel (éds.) (2011). *Federalism beyond federations: asymmetry and processes of resymmetrisation in Europe*, Farnham, Burlington, Ashgate.

Rodon, Toni, et Marc Sanjaume-Calvet (2017). « Un passeig pel saló dels passos perduts: l'evolució del debat territorial a Catalunya ». *Debats*, vol.131, no 1, 2017, 91-109.

Sanjaume-Calvet, Marc (2015). « Federalismo pluralismo nacional y autodeterminación: la acomodación de Cataluña y Quebec », dans Cagiao, Jorge et V. Martín, *CoFederalismo, autonomía y secesión en el debate territorial español. El caso catalán*, Paris, Le Manuscrit, 151-188.

Viver, Carles et Mireia Grau (2016). « The Catalan Parliament », dans Laforest, Guy et André Lecours, *Parliaments of Autonomous Nations*, Montreal, McGill-Queen's Press - MQUP, 10-43.

Viver i Pi-Sunyer, Carles (2011). « El Tribunal constitucional, ¿«Sempre, només... i indiscutible»? La funció constitucional dels estatuts en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010 », *Revista d'estudis autonòmics i federals*, no 12, 363–402.

ANNEXE 1 - RÉOLUTION 1/XI DU PARLEMENT DE CATALOGNE, RELATIVE AU DÉBUT DU PROCESSUS POLITIQUE EN CATALOGNE SUITE AU RÉSULTAT DES ÉLECTIONS DU 27 SEPTEMBRE 2015

SÉANCE PLÉNIÈRE DU PARLEMENT 2, 09/11/2015

Le Parlement de Catalogne

1. constate que le mandat démocratique obtenu lors des élections du 27 septembre 2015 se fonde sur une majorité en sièges des forces parlementaires ayant pour objectif que la Catalogne devienne un État indépendant, avec une large majorité souverainiste en voix et en sièges qui mise sur l'ouverture d'un processus constituant non subordonné ;
2. déclare solennellement le début du processus de création de l'État catalan indépendant sous la forme d'une république ;
3. proclame l'ouverture d'un processus constituant citoyen, participatif, ouvert, intégrateur et actif en vue de préparer les bases de la future constitution catalane ;
4. demande au futur gouvernement catalan de prendre les mesures nécessaires pour donner effet à ces déclarations ;
5. considère pertinent d'engager, dans un délai maximal de 30 jours, les travaux d'adoption des lois relatives au processus constituant, à la Sécurité Sociale catalane et à l'Administration catalane des finances ;
6. en tant que dépositaire de la souveraineté et expression du pouvoir constituant, réitère que ce Parlement et le processus de déconnexion démocratique ne se soumettront pas aux décisions des institutions de l'État espagnol, notamment de la Cour constitutionnelle, qu'il considère illégitime et sans compétence suite, entre autres, à l'arrêt de juin 2010 sur le Statut d'autonomie de la Catalogne, ratifié préalablement par le peuple par voie de référendum ;
7. adoptera les mesures nécessaires pour ouvrir ce processus de déconnexion démocratique, massive, soutenue et pacifique vis-à-vis de l'État espagnol de façon à permettre l'exercice effectif du pouvoir par les citoyens à tous les niveaux, en se fondant notamment sur une participation active, ouverte et intégratrice ;
8. demande au futur gouvernement catalan de faire exécuter exclusivement les normes et mandats émanant de cette Chambre, légitime et démocratique, en vue de blinder les droits fondamentaux qui pourraient être affectés par des décisions des institutions de l'État espagnol ;
9. déclare la volonté d'engager des négociations en vue de donner effet au mandat démocratique de création d'un État catalan indépendant sous forme de république, et en informe également l'État espagnol, l'Union européenne et la communauté internationale.

ANNEXE 2 - RÉOLUTION 263/XI DU PARLEMENT DE CATALOGNE, RATIFIANT LE RAPPORT ET LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION D'ÉTUDE SUR LE PROCESSUS CONSTITUANT : ADOPTION

SÉANCE PLÉNIÈRE DU PARLEMENT 21, 27/07/2016, DSPC P-34

Le Parlement, réuni en séance plénière, ratifie le rapport de la commission d'étude sur le processus constituant, dont les conclusions ont la teneur suivante :

1. Actuellement, il n'existe aucune marge d'action pour la reconnaissance du droit de décider du peuple catalan dans le cadre constitutionnel et légal espagnol. La seule possibilité d'exercice de ce droit est par la voie de la déconnexion et par la mise en œuvre d'un processus constituant propre.
2. Le peuple de Catalogne a la légitimité requise pour commencer son propre processus constituant, démocratique, à base citoyenne, transversal, participatif et contraignant, avec la reconnaissance, le soutien et l'aval des institutions catalanes.
3. Les expériences comparées dans d'autres pays cautionnent la voie choisie par la Catalogne, à savoir la construction d'un modèle spécifique de processus constituant, tenant compte des circonstances sociales, culturelles, politiques et économiques qui lui sont propres.
4. Il convient de veiller à ce que le cadre méthodologique du processus constituant soit consensuel, public, transparent et partagé par l'ensemble de la société et par les institutions qui le soutiennent. Le processus constituant doit être en mesure d'inclure d'emblée toutes les sensibilités idéologiques et sociales, y compris en ce qui concerne la détermination des indicateurs, du calendrier et de toutes les autres questions touchant à la méthode utilisée pour faire avancer le processus.
5. Le processus constituant doit être composé de trois phases : une première phase de participation, une deuxième phase de déconnexion d'avec l'État espagnol et d'organisation d'élections constituanes visant à former une Assemblée constituante chargée de rédiger un projet de Constitution, et une troisième phase de ratification populaire de la Constitution par voie de référendum.
6. Le processus participatif préalable doit avoir pour organe principal un Forum social constituant composé de représentants des organisations issues de la société civile ainsi que des partis politiques. Le Forum social constituant doit débattre et formuler un ensemble de questions quant au contenu concret de la future Constitution, sur lesquelles les citoyens devront se prononcer au travers d'un processus de participation public. Le résultat de cette participation citoyenne aura valeur de mandat impératif pour les membres de l'Assemblée constituante, qui devront l'intégrer dans le texte du projet de Constitution.
7. Après la phase de participation citoyenne, la déconnexion d'avec la légalité de l'État espagnol sera complétée par l'adoption des lois de déconnexion par le Parlement de Catalogne et d'un mécanisme unilatéral d'exercice démocratique qui servira à la convocation de l'Assemblée constituante. Les lois de déconnexion ne peuvent faire l'objet d'aucun contrôle, suspension ou contestation par aucun autre pouvoir, tribunal ou Cour.

8. Le Parlement de Catalogne soutient le processus constituant qui doit être mis en œuvre en Catalogne. À cette fin, le Parlement appelle le gouvernement à mettre à la disposition des citoyens les ressources nécessaires pour permettre un débat constituant à base sociale, transversal, pluriel, démocratique et ouvert. À cet effet, le Parlement de Catalogne est tenu de créer une commission de suivi du processus constituant.

9. L'Assemblée constituante, une fois convoquée, élue et réunie, disposera des pleins pouvoirs. L'application des décisions de l'Assemblée aura caractère obligatoire pour les autres pouvoirs publics et pour toutes les personnes physiques et morales. Aucune des décisions de l'Assemblée ne pourra faire l'objet de contrôle, suspension ou contestation par aucun autre pouvoir, tribunal ou Cour. L'Assemblée constituante devra établir des mécanismes pour garantir la participation directe, active et démocratique des personnes ainsi que des organisations issues de la société civile au processus de discussion et d'élaboration de propositions pour le projet de Constitution.

10. Une fois le projet de Constitution adopté par l'Assemblée constituante, un référendum constitutionnel sera organisé pour permettre au peuple de Catalogne de ratifier ou de rejeter de manière pacifique et démocratique le texte de la nouvelle Constitution.

11. Le processus constituant doit inclure d'emblée la perspective du genre, de façon transversale et avec une stratégie duale, en vue de rompre avec les inerties historiques de notre société et de mettre en œuvre un processus qui soit réellement constituant pour toutes les personnes.

Palais du Parlement, le 27 juillet 2016.

La quatrième secrétaire Ramona Barrufet i Santacana ; la présidente du Parlement, Carme Forcadell i Lluís.

LE POUVOIR CONSTITUANT AU CANADA ET AU QUÉBEC

Danic Parenteau

Professeur, Département de sciences politiques et économiques, Collège militaire royal de Saint-Jean

Des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent ces dernières années, en particulier dans le camp indépendantiste, en faveur d'une démarche constituante afin de doter le Québec d'une constitution¹. Cette proposition s'arrime le plus souvent avec une volonté de repenser la grande stratégie indépendantiste au-delà du référendum, et ce, dans le but d'élargir la participation citoyenne. Dans ses grandes lignes, et par-delà la diversité d'opinions sur la forme exacte que pourrait prendre une telle démarche inédite dans la vie politique québécoise, cette proposition en appelle à la mise sur pied d'une assemblée constituante. Celle-ci serait en tout ou en partie distincte de l'Assemblée nationale et aurait pour mandat de rédiger la Constitution québécoise. Bien que les opinions divergent quant au moment de convoquer cette assemblée constituante (doit-on le faire avant ou après la tenue d'un référendum sur l'indépendance ?) et quant à son mandat (s'agira-t-il de rédiger la Constitution d'un Québec indépendant ou une constitution transitoire avant l'indépendance ?), sa pertinence dans le processus devant conduire le Québec à faire sécession du Canada semble de plus en plus admise. Plusieurs voient dans cette proposition le prolongement cohérent, mais sous une forme enrichie, du droit à l'autodétermination dont s'est prévalu le peuple québécois à l'occasion des référendums de 1980 et de 1995. Cette fois, néanmoins, dans la dimension essentiellement interne de ce droit².

Une assemblée constituante présuppose un travail préalable de clarification sur le type de pouvoir particulier qu'elle serait appelée à exercer, à savoir le « pouvoir constituant ». La mise sur pied d'une telle assemblée n'a en réalité de sens que si l'on admet l'existence de ce type de pouvoir, lequel serait distinct du pouvoir législatif ordinaire qui est exercé par les élus de l'Assemblée nationale. Or, l'admission d'un tel pouvoir dans le régime parlementaire de type britannique, dont le Québec a hérité à la suite de la Conquête et qui est toujours en place au sein de l'ensemble fédéral canadien, ne va pas de soi. En effet, rien dans ce régime fondé sur la *souveraineté des Parlements* ne permet de distinguer un tel pouvoir du pouvoir législatif ordinaire. Dit simplement, le parlementarisme britannique ne reconnaît en général pas un tel pouvoir distinct. Au surplus, l'idée de confier à un organe politique extérieur au Parlement, soit à une assemblée constituante, le soin de rédiger la Constitution du Québec apparaît difficilement conciliable avec le principe de souveraineté parlementaire qui est au cœur de ce régime. En somme, le pouvoir constituant demeure insuffisamment problématisé dans le régime québécois actuel³, lequel est essentiellement modelé sur le parlementarisme britannique. La question des modalités d'exercice du pouvoir constituant de révision constitutionnelle dans le contexte canadien (avant ou après le rapatriement de la Constitution de 1982), de même que la

¹ Parmi ces voix, on compte : le Conseil permanent de la jeunesse dans son rapport de 2004, Québec 2018 Idées et projets pour demain, <http://constitutionqc.org/boite/2012/08/2018-idees.pdf>, rapport consulté le 27 octobre 2016 ; le Mouvement démocratique pour une constitution du Québec, <http://mdcq.qc.ca/publications/dialogue-avec-claude-beland-sur-une-constitution-du-quebec-daujourd'hui/>, page consultée le 27 octobre 2016 ; le Nouveau Mouvement pour le Québec dans son manifeste de 2011, *Brisons l'impasse*, <http://www.unnouveau mouvement.org/brisons-limpasse/>, page consultée le 27 octobre 2016 > ; plus récemment, le rapport final de la Commission nationale des États généraux sur la souveraineté, publié en 2014, plaide également en faveur d'une telle démarche : *Forger notre avenir. Bilan des États généraux sur la souveraineté*, Éditions du Renouveau québécois, 2014. Les Organisations Unies pour l'Indépendance (OUI Québec) parent actuellement une feuille de route commune vers l'indépendance qui accorde une place centrale à une telle démarche : <http://souverainete.info/les-oui-quebec-conviennent-dune-demarche-pour-lelaboration-dune-feuille-de-route-commune-avec-les-partis-politiques-independentistes/>, page consultée le 18 octobre 2016. Dans sa proposition, le parti Québec solidaire s'est montré pour une « démarche d'Assemblée constituante » : Programme de Québec solidaire, <http://api-wp.quebecsolidaire.net/wp-content/uploads/2016/01/Re%CC%81sultats.ENJEU-1.2016finter.pdf>, page consultée le 18 octobre 2016. Le programme du parti Option nationale inclut une proposition d'assemblée constituante (article 1.1.5) : <https://opnat.quebec/programme>, page consultée le 18 octobre 2016. Cette liste n'a rien d'exhaustif. Cette question sera à nouveau abordée dans la troisième section du présent rapport.

² On distingue habituellement la dimension externe du droit à l'autodétermination dont disposent les peuples (ou droit des peuples à disposer d'eux-mêmes), qui renvoie à la capacité pour ceux-ci de déterminer leur statut politique (faire partie d'un ensemble politique plus large ou former un État indépendant), et sa dimension interne qui renvoie à l'idée de choisir son régime politique que consacre une constitution.

³ Pour le constitutionnaliste Patrick Taillon, « Au Canada, la question de l'origine des pouvoirs et de la légitimité des modes d'exercice du pouvoir constituant a généralement été occultée », « Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 2008, no 2, p. 152.

question du partage de ce pouvoir entre le Parlement fédéral et celui des provinces, ont été l'objet de nombreuses analyses depuis les années 1960⁴, à la faveur des crises constitutionnelles qui ont secoué le Québec depuis cette époque. Néanmoins, la question plus générale de la pratique du pouvoir constituant dans le contexte du parlementarisme canadien reste encore insuffisamment analysée.

Le présent rapport de recherche ambitionne d'analyser le pouvoir constituant dans la perspective spécifique d'une démarche constituante dans le contexte québécois. La première partie, à portée plus théorique, vise une clarification conceptuelle de ce pouvoir. La deuxième partie retrace, dans une perspective historique, l'usage du pouvoir constituant dans le régime politique canadien depuis la Confédération jusqu'au Renvoi relatif à la sécession du Québec de 1998. Cet avis juridique formulé par la Cour suprême du Canada à la suite du référendum québécois de 1995, dans la foulée des manœuvres politiques déployées par le gouvernement fédéral en vue de lutter contre le souverainisme québécois, ouvre la voie à la reconnaissance implicite d'une certaine pratique constitutionnelle québécoise distincte. Aussi convient-il de traiter cette question complexe dans un autre rapport de recherche. Enfin, la troisième partie passe en revue les principales propositions formulées depuis les années 1960 par les partis politiques québécois et les groupes citoyens qui appuient une démarche constituante pour le Québec, en vue d'en faire ressortir les éléments touchant la question du pouvoir constituant.

Le pouvoir constituant : un concept à clarifier

« La Constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant [...] C'est en ce sens que les lois constitutionnelles sont fondamentales. »

Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?* [1789]⁵

Les constitutions politiques sont l'œuvre d'un pouvoir constituant. Derrière ce pouvoir se cache la capacité de créer, de modifier ou d'abroger un ordre constitutionnel, cadre juridique et politique qui procure à tout État sa structure interne et qui régit la vie politique d'un peuple. Une constitution définit notamment l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre les gouvernants et les gouvernés. Elle procure à un État et à son appareil gouvernemental son principe d'organisation et encadre l'espace politique. Autrement dit, dans le sens propre du terme, elle « constitue » une communauté politique. Un peuple existe comme nation tant qu'il est politiquement constitué. Le pouvoir constituant se décline habituellement en trois pouvoirs distincts, aux finalités complémentaires⁶ : le pouvoir constituant originaire, le pouvoir constituant de révision et le pouvoir constituant populaire.

Les trois types de pouvoirs constituants

Premièrement, dans son sens le plus fort, le pouvoir constituant désigne le *pouvoir d'édicter un ordre constitutionnel*.

⁴ Parmi les nombreux ouvrages, essais ou articles traitant cette question, notons celui de Guy Tremblay, « La Cour suprême et l'amendement constitutionnel », *Les cahiers du droit*, vol. 21, no 1, 1980 ; André Tremblay, *La réforme de la constitution au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 1995 ; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014 ; Patrick Taillon et Catherine Mathieu, « Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle », *Revue de droit de McGill*, vol. 60, no 4, 2015 ; James Ross Hurley, *La modification de la Constitution du Canada : historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1996 ; Guy Tremblay, « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada », *Revue générale de droit*, vol. 41, no 2, 2011, Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1996 ; Daniel Turp, *Le droit de choisir : Essais sur le droit du Québec à disposer de lui-même / The Right to Choose : Essays on Québec's Right to Self-Determination*, Montréal, Les Éditions Thémis 2003.

⁵ Paris, Presses universitaires de France, 1989, p. 67.

⁶ Pour une analyse de ce pouvoir, on se rapportera notamment à l'ouvrage très complet de Kemal Gözler, *Pouvoir constituant*, Bursa, Éditions Ekin Kitabevi, 1999, <http://www.anayasa.gen.tr/pconstituant.htm>, ouvrage consulté le 18 octobre 2016, et à l'excellente synthèse de Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Presses universitaires de France, 1996.

Il crée le droit et le cadre général au sein duquel celui-ci peut s'exercer. On le dit alors pouvoir « originaire », en ce sens qu'il ne découle d'aucun ordre constitutionnel antérieur. Il exprime une forme de pouvoir *préjuridique* parce qu'il est autofondé et engendre le droit en promulguant la constitution⁷. La visée de ce pouvoir est globale, en ce qu'elle a toujours pour objet une démarche qui concerne la communauté politique prise dans son ensemble. L'usage de ce pouvoir originaire peut se faire à l'occasion d'une rupture avec un ordre constitutionnel ancien. On peut penser au passage de la IV^e à la V^e République en France en 1958. La nouvelle Constitution est venue abroger, en la remplaçant, la Constitution érigée sur les vestiges du régime de Vichy au sortir de la Seconde Guerre mondiale. Néanmoins, le pouvoir constituant peut également être mobilisé à la suite d'un processus sécessionniste afin que le nouvel État naissant puisse se donner une constitution, comme cela a été le cas en 1992 en Estonie, une année après la déclaration de son indépendance de l'U.R.S.S. Enfin, le pouvoir constituant peut également être utilisé après une révolution ; il est alors mobilisé pour marquer une rupture avec un ordre constitutionnel⁸. Aussi la République tunisienne s'est-elle donnée une nouvelle constitution en 2014 à la suite du renversement du régime de Ben Ali et de la révolution de 2010-2011 lors du printemps arabe.

Deuxièmement, le pouvoir constituant désigne le *pouvoir de révision* d'une constitution par le recours à une procédure de modification ou d'amendement prévue par cette même constitution. Il est alors un pouvoir constituant « dérivé », en ce qu'il dérive d'une constitution⁹. Contrairement au pouvoir constituant originaire qui est à visée globale, le pouvoir constituant de révision a toujours, par définition, une portée limitée puisqu'il ne vise toujours qu'un ou quelques aspects de l'ordre constitutionnel. Il doit donc se soumettre à des règles strictes encadrées par une procédure spéciale prenant le plus souvent la forme d'un seuil de majorité plus élevé que celui qui est en vigueur pour l'adoption d'une loi ordinaire — plutôt que de demander la majorité simple, on peut par exemple exiger un vote du deux tiers des membres de l'assemblée. C'est ce type de pouvoir qu'encadre au Canada la fameuse « formule d'amendement »¹⁰. Au surplus, le champ d'application du pouvoir de révision peut également être limité par la constitution elle-même. Certains éléments constitutifs fondamentaux de l'État peuvent, par exemple, être soustraits à toute révision constitutionnelle ; on les dit alors protégés par des dispositions supra constitutionnelles. C'est le cas du caractère « républicain » de l'État dans la Constitution française ou de « la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur » dans la Constitution du Canada, éléments qui ne peuvent faire l'objet d'aucune modification¹¹.

⁷ On entend ici le droit dans sa forme « positive », soit celui qui se manifeste dans les lois réelles en vigueur à un moment donné dans un État. On distingue habituellement celui-ci du droit dit « naturel », qui désigne les lois de la nature, lesquelles existent indépendamment de toute codification. Cette distinction n'est pas universellement admise puisque certains philosophes ou juristes positivistes contestent l'existence du second type de droit, alors que d'autres, les penseurs jusnaturalistes, y sont attachés.

⁸ Le pouvoir constituant est dans ce cas assimilé à un droit à la résistance, soit celui de renverser un ordre politique jugé illégitime.

⁹ Certains penseurs plaident pour l'existence d'un pouvoir de révision originaire, lequel existerait donc à l'extérieur de tout cadre constitutionnel existant. Toutefois, en règle générale, ce pouvoir est le plus souvent reconnu comme étant dérivé.

¹⁰ Cette procédure de révision globale, inscrite dans la Loi constitutionnelle de 1982, comprend en gros trois procédures distinctes en fonction de la nature des modifications concernées. La formule dite « générale » ou « 7/50 » s'applique dans presque tous les cas et exige que la modification soit adoptée par la Chambre des communes, par le Sénat et par les assemblées législatives d'au moins le deux tiers des provinces (soit 7 provinces sur 10) dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent, au moins 50 % de la population de toutes les provinces canadiennes. Certains changements constitutionnels fondamentaux, tels que ceux qui touchent la charge de la Reine ou la composition de la Cour suprême du Canada par exemple, exigent, quant à eux, l'unanimité. Lorsqu'un changement touche aux affaires internes d'une seule province ou de quelques provinces, on peut alors procéder avec le simple accord du Parlement du Canada et de celui des provinces concernées. Enfin, il existe également d'autres procédures plus complexes pour des cas particuliers plus rares.

¹¹ L'article 89 de la Constitution de la Ve République stipule en effet que « [l]a forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision », <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>, document consulté le 18 octobre 2016.

La formule de modification en vigueur au Canada interdit en effet toute modification aux éléments suivants de la Constitution (Partie V, article 41) : « 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 ; 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. »

Troisièmement, il existe un dernier type de pouvoir constituant, celui dit populaire. Ce pouvoir ne représente pas à proprement parler un type distinct des deux autres pouvoirs constituants traités plus haut. Il ne se démarque que par le sujet politique qu'il mobilise, à savoir le peuple. La tradition occidentale en matière d'exercice du pouvoir constituant a jusqu'à maintenant accordé peu de place au peuple, en ce qu'elle a surtout été l'affaire des gouvernants (ministres, parlementaires élus, sénateurs, conseillers, etc.). Cela dit, on trouve néanmoins quelques exemples d'implication du peuple à des degrés divers dans des démarches constituantes. Le pouvoir constituant populaire peut désigner le pouvoir d'initiative du peuple en matière constitutionnelle, dès lors que celui-ci, organisé en corps électoral ou en assemblée constituante, dispose de la capacité de faire usage du pouvoir constituant pour réviser ou faire adopter une constitution. C'est ce type de pouvoir dont disposent les électeurs du canton de Genève en vertu de la constitution modifiée en 2014 (article 56 de la Constitution de la République et canton de Genève). Ailleurs, le pouvoir constituant populaire s'articule sous la forme d'une exigence constitutionnelle de consultation populaire pour tout changement constitutionnel, une consultation qui prend habituellement la forme d'un référendum¹². On trouve par exemple une telle exigence de consultation populaire sous la forme d'un référendum pour tout changement constitutionnel en Australie (Chapitre VIII de la *Constitution of the Commonwealth of Australia* de 1900). Enfin, le pouvoir constituant populaire peut se limiter, dans sa forme la plus restreinte, à l'expression d'un veto dont dispose le peuple eu égard à tout projet de modification constitutionnelle, veto qui s'exprime à l'occasion d'un référendum. C'est notamment de ce dernier type de pouvoir constituant populaire que s'est prévalu le peuple québécois lors du référendum de 1992 sur l'Accord de Charlottetown.

Le pouvoir constituant et les autres pouvoirs classiques

Par son caractère fondamental, le pouvoir constituant représente un pouvoir distinct des autres pouvoirs politiques classiques, à savoir l'exécutif, le législatif et le judiciaire¹³. Ces trois pouvoirs au cœur du jeu politique sont des pouvoirs « constitués », c'est-à-dire qu'ils sont établis et fixés par une constitution qui est l'œuvre du pouvoir constituant originaire. Ces trois pouvoirs classiques n'ont pas d'existence juridique à l'extérieur du cadre constitutionnel qui les institue et les encadre. Le pouvoir constituant est, en principe, antérieur à ces trois pouvoirs classiques, puisqu'il les fonde tous. En ce sens, le pouvoir constituant n'est pas une compétence parmi d'autres, car, pour reprendre la formule des constitutionnalistes Henri Brun et Guy Tremblay, il est la « compétence des compétences¹⁴ ».

Cela dit, l'une des caractéristiques essentielles du pouvoir constituant, lorsqu'on le compare aux trois pouvoirs classiques de gouvernement, réside dans le fait qu'il n'est en général mobilisé que sur une base exceptionnelle. Ainsi, les assemblées constituantes ne sont généralement pas des organes permanents, à la différence des assemblées législatives ordinaires ou des cours de justice. En effet, elles sont le plus souvent mobilisées durant des périodes bien précises et pour un mandat déterminé. Une fois leurs travaux terminés, elles sont alors généralement dissoutes ; la gouvernance des affaires courantes de l'État est alors assurée par les pouvoirs constitués. Dans la vie politique d'une société, le recours au pouvoir constituant demeure un fait extraordinaire. Cela dit, lorsqu'il n'est pas mobilisé, ce pouvoir ne disparaît jamais totalement pour autant, mais entre en quelque sorte en « dormance ». Le souverain peut y recourir à nouveau lorsque la situation l'exige.

¹² Par ailleurs, cette consultation populaire peut revêtir un caractère obligatoire, lorsque celle-ci est exigée pour rendre effectif tout changement constitutionnel, ou revêtir un caractère optionnel, lorsque le peuple dispose, si un nombre suffisant d'électeurs le réclament, de la possibilité d'exiger la tenue d'une telle consultation sur tout projet de révision constitutionnelle (référendum d'initiative populaire).

¹³ Le pouvoir exécutif est incarné dans notre régime politique par le cabinet et le premier ministre, alors que le pouvoir législatif appartient à l'Assemblée nationale (ou au Parlement à Ottawa, lui-même composé de la Chambre des communes et du Sénat). Le pouvoir judiciaire comprend, quant à lui, l'ensemble des cours de justice (criminelles, civiles, administratives, militaires, etc.).

¹⁴ *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 78.

Le pouvoir constituant est, par définition, une prérogative du souverain ou, plus précisément, sa prérogative suprême. Le souverain détient une telle prérogative, puisqu'il peut édicter les règles du jeu politique en définissant le régime politique¹⁵. Celui qui détient le pouvoir constituant détient un pouvoir absolu et sans limites, étant donné qu'un tel pouvoir, dans sa forme la plus forte de pouvoir constituant originaire, est illimité. Plus précisément, le pouvoir constituant est un pouvoir autofondé, dans la mesure où il ne peut être établi par quelque pouvoir constitué ou cadre juridique que ce soit. Il représente ce qui fonde le droit dans l'État et ce qui encadre l'usage des pouvoirs au sein de ce dernier. Le pouvoir constituant peut également mettre à l'abri de toute révision constitutionnelle certains grands principes politiques au fondement de la vie de la nation.

Le pouvoir constituant et la constitution

La question du pouvoir constituant est intimement liée à celle de la constitution, laquelle renvoie à son tour à celle de la souveraineté. Il existe à notre époque en Occident deux grands modèles de constitution politique : la constitution de type « convention », qui définit généralement les régimes politiques républicains, et celle de type « organique », que l'on associe le plus souvent aux régimes monarchiques¹⁶. Examinons d'abord les deux grands types de constitutions avant d'aborder les deux grands modèles de souveraineté politique¹⁷.

Premièrement, à notre époque, la constitution dite conventionnelle est, de manière générale, la forme la plus répandue de constitution en Occident de même qu'à l'échelle planétaire. Elle est principalement associée au régime politique républicain¹⁸. Cette constitution prend la forme d'un code, c'est-à-dire d'un document écrit qui encadre, dans une visée globale, le pouvoir politique de l'État¹⁹. La constitution pose les grands principes des règles devant organiser l'État et la communauté politique. Elle tient lieu de loi fondamentale. Ce document, généralement succinct, représente en quelque sorte un contrat social ou une convention qui résulte d'un accord passé entre plusieurs acteurs de la société et qui touche les règles de conduite politiques et l'organisation des pouvoirs de l'État²⁰.

Dans ce type de constitution, on trouve le plus souvent une procédure de révision bien définie. Celle-ci fixe les règles qui encadrent toute modification pouvant être éventuellement apportée à la constitution et, le cas échéant, met certains principes protégés par une disposition supra constitutionnelle à l'abri de toute révision. Les constitutions sont généralement des œuvres politiques appelées à durer dans le temps, puisqu'elles régissent des États et la vie

¹⁵ Pour être plus précis, il faut distinguer la souveraineté de la capacité d'initiative constitutionnelle. Dans un régime démocratique, le peuple peut être reconnu comme souverain, en tant que source ultime et légitime du pouvoir et du droit, même s'il ne dispose pas de la capacité d'initiative en matière constitutionnelle, celle-ci appartenant au législateur.

¹⁶ Le droit constitutionnel utilise plusieurs expressions pour distinguer ces deux grands types de constitutions. Ainsi, ailleurs, la constitution de type « convention » est nommée « formelle » ou « écrite », alors que la constitution « organique » est dite « souple », « évolutive », « informelle », etc.

¹⁷ Le présent rapport laissera volontairement de côté le débat classique entre la vision de la constitution comme « ensemble normatif », vision notamment défendue par le constitutionnaliste Hans Kelsen (*Théorie pure du droit* [1934], trad. Ch. Eisenmann, Bruxelles, L.G.D.J., 1999), ou encore comme « expression d'une décision », vision à laquelle on associe le penseur politique et juriste Carl Schmitt (*Théorie de la Constitution* [1928], tr. L. Deroche, Paris, Presses universitaires de France, 1993). Aborder cette question centrale dans les études en droit constitutionnel nous éloignerait de notre propos qui vise simplement à éclairer le pouvoir constituant dans les contextes canadien et québécois. La distinction entre une conception de type « convention » et celle de type « organique » se révèle ici plus pertinente pour bien saisir le sens et la portée générale de ce pouvoir.

¹⁸ Pour une présentation générale du régime politique de type républicain, nous nous permettons de renvoyer le lecteur au chapitre I de notre essai *L'indépendance par la République. De la souveraineté du peuple à celle de l'État*, Montréal, Fides, 2015.

¹⁹ On doit l'idée d'une constitution écrite au républicain anglais Oliver Cromwell qui a promulgué en 1653 *The Instrument of Government*, au moment de l'instauration du protectorat en Angleterre, après le renversement de Charles 1^{er}. Il faudra toutefois attendre les Constitutions étatsunienne, en 1781, et française, en 1791, pour voir apparaître les premières véritables constitutions de type « convention » en Occident.

²⁰ Le texte de la Constitution de la République indienne, qui compte plus de 120 000 mots, est reconnu comme le plus long écrit des États souverains du monde. La Constitution de la Principauté de Monaco ne compte pour sa part que 3 814 mots. Le texte constitutionnel de l'État du Vermont — aux États-Unis, tous les États ont leur propre constitution écrite — ne compte que 8 295 mots, alors que celui de l'Alabama totalise un peu plus de 310 000 mots.

politique des nations. Elles doivent contribuer au caractère pérenne de l'État et de la communauté politique. Aussi, apporter des modifications à la constitution doit demeurer une démarche exceptionnelle. C'est ce qui explique que la procédure de révision suppose généralement des règles strictes et plus exigeantes que les règles encadrant le pouvoir législatif ordinaire; ces règles limitent ainsi le recours à la procédure de révision pour éviter des modifications trop fréquentes. Ces dernières risqueraient en effet de porter atteinte à la pérennité de l'ordre constitutionnel. De plus, dans le modèle républicain, l'adoption d'une constitution se fait le plus souvent au moyen d'une assemblée constituante. La composition de cette assemblée peut prendre plusieurs formes²¹. Elle peut se présenter en tant qu'organe entièrement distinct de l'Assemblée législative ordinaire (instaurée ou non par cette dernière), comme ce fût le cas de l'Assemblée constituante islandaise de 2011. Ailleurs, il peut arriver que l'Assemblée législative ordinaire se déclare tout simplement constituante, comme cela a été le cas en France en 1958, au moment de la rédaction de la Constitution de la V^e République. Enfin, dans une forme hybride, cette assemblée peut être composée en partie de citoyens (élus, nommés ou sélectionnés par tirage au sort) et d'élus de l'Assemblée législative ordinaire, modèle qu'a notamment adopté le Népal en 2008, au moment de la révision de sa Constitution.

Deuxièmement, la constitution de type « organique », moins répandue, est associée au régime monarchique, en particulier au régime parlementaire de type britannique. Cette constitution prend la forme d'un ensemble précisément organique de pratiques, de coutumes, de lois et d'éléments constitutionnels informels, le plus souvent non codifiés, c'est-à-dire non fixés par un texte. Les constitutions du Royaume-Uni, de la Nouvelle-Zélande, de l'Arabie saoudite et de la Suède en sont des exemples, en ce que ces États ne possèdent aucune véritable constitution écrite. Dans ces cas, la constitution se présente non pas sous la forme d'une convention, mais comme l'accumulation de décisions politiques prises au fil du temps par le Parlement. Le terme « constitution » désigne ici un édifice complexe dans lequel on peut trouver certains éléments constitutionnels codifiés, incluant même dans certains cas des documents écrits nommés « loi constitutionnelle »; cet édifice ne comprend toutefois rien qui peut avoir la portée politique et le caractère englobant et fondamental d'une constitution dans le sens républicain du terme.

Dans certains cas, la complexité de ce type de constitution peut être telle qu'il est difficile de déterminer clairement ce qui fait partie ou non de la constitution. On distingue alors généralement quatre critères pour déterminer si un élément législatif possède ou non une valeur constitutionnelle. Le premier tient à la primauté juridique de toute loi, pratique ou coutume constitutionnelles par rapport aux lois ordinaires, les premières ayant juridiquement préséance sur les secondes. Ensuite, toute loi constitutionnelle se distingue par la procédure par laquelle elle est adoptée. L'adoption d'une législation à valeur constitutionnelle exige le plus souvent une procédure spéciale, généralement plus exigeante que la procédure législative ordinaire, comme nous l'avons souligné plus haut²². Ensuite, on reconnaît une portée constitutionnelle à tout élément de loi qui a pour objet direct d'encadrer les branches du gouvernement — une loi qui institue par exemple la Cour suprême d'un pays ou qui régit les travaux de l'Assemblée législative. Enfin, toutes les législations portant sur la protection des droits et libertés, une charte des droits par exemple, sont habituellement reconnues comme faisant partie de la constitution.

La Constitution du Canada est de type « organique », et ce, conformément au parlementarisme britannique dont a hérité ce pays. Cela dit, à la différence du Royaume-Uni, on trouve dans l'édifice constitutionnel canadien un document écrit qui tient lieu de loi constitutionnelle fondamentale depuis le rapatriement : la *Loi constitutionnelle*

²¹ La composition de cette assemblée de même que les règles devant présider à la sélection de ses membres sont des questions qui tendent souvent à monopoliser l'essentiel des débats à propos de l'assemblée constituante dans les cercles militants favorables à une démarche constituante au Québec. La question plus fondamentale du pouvoir constituant se trouve généralement évacuée de ces débats.

²² Voir p. 7.

de 1982²³. Or, bien que cet élément législatif soit central dans l'édifice constitutionnel de ce pays, ce document n'a toutefois pas le caractère fondamental et la portée globale que peut revêtir une constitution dans un régime de type républicain. Il ne représente qu'une pièce au sein d'un vaste ensemble d'éléments législatifs, de pratiques et de coutumes qui composent la Constitution canadienne. En tant qu'État fédéré au sein de l'ordre constitutionnel canadien, le Québec possède également une constitution de type organique aux pourtours flous²⁴. Il ne possède toutefois pas de loi constitutionnelle écrite²⁵.

Le pouvoir constituant et la souveraineté

Chacun des deux grands types de constitutions que nous venons d'examiner se rattache fondamentalement à des formes particulières de souveraineté. Depuis l'époque moderne, il existe en Occident deux grands modèles de souveraineté : la souveraineté du peuple et la souveraineté du monarque (et, par extension, du Parlement).

Premièrement, dans sa forme républicaine, *la souveraineté appartient au peuple*. En sa qualité de souverain, le peuple exerce une influence considérable sur le pouvoir constituant. Il peut donc se donner lui-même le régime politique de son choix et fixer ses limites dans une constitution²⁶. En pratique, cela veut dire que le peuple est reconnu comme la source légitime du pouvoir derrière l'ordre constitutionnel de même que l'autorité suprême en matière constitutionnelle, qu'il possède ou non la capacité d'initiative dans ce domaine. La constitution est l'œuvre du peuple, pour le peuple et par le peuple. Autrement dit, dans cette conception, le peuple représente un acteur politique au pouvoir reconnu et étendu, en tant que sujet collectif capable d'exprimer une volonté collective au nom de l'intérêt général. Aussi son rôle dans le jeu politique tend-il à être plus étendu que celui qu'il joue dans notre régime. C'est ce dont témoigne, par exemple, l'usage plus répandu dans les régimes républicains du pouvoir constituant populaire, sous la forme d'assemblées constituantes populaires ou de consultations populaires sur des enjeux constitutionnels. Ces pratiques sont beaucoup plus rares dans les régimes politiques monarchiques.

Deuxièmement, dans sa forme monarchique, dans le cas des monarchies dites « constitutionnelles » à tout le moins, la souveraineté réside non pas dans le peuple, mais dans le Parlement²⁷. Le Parlement exerce en pratique la souveraineté du monarque, figure politique dont les pouvoirs tendent à notre époque à être strictement symboliques,

²³ Outre cette loi constitutionnelle à portée globale, on compte une vingtaine d'autres lois constitutionnelles à portée plus spécifique, telles que la Loi concernant les modifications constitutionnelles (L. C. [1996], ch. C-1.), la Loi sur la Cour suprême (L.R.C. [1985], ch. S-26) ou la Loi sur le Parlement du Canada (L.R.C. [1985], ch. P-1).

²⁴ L'Institut de recherche en droit public a tenté en 1969 d'établir la liste des lois et arrêtés en conseil formant la Constitution du Québec. Publiée l'année même, sa liste de « lois québécoises de nature constitutionnelle » comprenait : 18 lois constitutionnelles, 3 lois générales, 11 lois sur le patrimoine provincial, 5 lois sur le pouvoir législatif, 26 lois sur le pouvoir exécutif, 10 lois sur le pouvoir judiciaire, 18 lois sur les libertés civiles et 37 lois supposant une certaine réciprocité entre gouvernements, concernant autant la législation que l'exécution. Luce Patenaude, Compilation des lois québécoises de nature constitutionnelle, Montréal, Institut de recherche en droit public, 1969. Plus récemment, le constitutionnaliste Daniel Turp s'est à nouveau intéressé à cette question dans « Le pouvoir constituant et la constitution du Québec », dans Eugénie Brouillet et Patrick Taillon, *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016. Il a montré combien de nouvelles lois à portée constitutionnelle sont venues depuis s'ajouter à l'édifice constitutionnel québécois, notamment la Charte de la langue française (1977), la Loi sur les consultations populaires (1978) ou La loi sur l'exercice des droits fondamentaux et les prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec (2000). Le constitutionnaliste n'a pu qu'en conclure qu'il s'avérait impossible d'établir la liste exacte des lois québécoises qui composent la Constitution du Québec.

²⁵ Paradoxalement, l'un des deux serments que doivent prêter tous les députés de l'Assemblée nationale au début de leur mandat électif renvoie à la « constitution du Québec » : « Je, (nom du député), déclare sous serment que je serai loyal envers le peuple du Québec et que j'exercerai mes fonctions de député avec honnêteté et justice dans le respect de la constitution du Québec » (nous soulignons).

²⁶ Dans ses dimensions externe et interne, le droit à l'autodétermination des peuples est d'inspiration foncièrement républicaine, et ce, même si certains peuples ont pu, par le passé, l'utiliser en accédant à leur indépendance pour instituer des régimes monarchiques. C'est le cas du peuple cambodgien qui a porté au pouvoir le roi Norodom Sihanouk lorsque cette partie de l'Indochine française a accédé à l'indépendance en 1953.

²⁷ Dans les monarchies absolues, telles que le Royaume d'Arabie Saoudite, le Sultanat d'Oman ou l'Émirat du Qatar, le pouvoir du monarque est illimité et il n'existe aucune véritable séparation des pouvoirs ni délégation de pouvoir au Parlement. Le monarque détient toute la souveraineté, y compris le pouvoir constituant, sans partage.

et ce, même si ce dernier continue en théorie d'être le véritable détenteur de la souveraineté (le monarque est le « souverain »). Du point de vue de la pratique constitutionnelle, les pouvoirs du Parlement sont, dans ce régime, illimités, car aucune norme constitutionnelle ou loi ne peut venir limiter son autorité et le champ de ses compétences. Le pouvoir constituant est une chasse gardée des Parlements. Autrement dit, les parlementaires exercent un monopole sur ce pouvoir, de même que sur les autres pouvoirs politiques classiques. Cette toute-puissance des Parlements dans ce régime s'exprime dans ce vieil adage anglais selon lequel « le Parlement peut tout faire, sauf changer un homme en femme²⁸ ». L'une des conséquences les plus visibles d'une telle conception de la souveraineté, du point de vue de la pratique constitutionnelle, est l'absence de distinction claire entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant de révision. Pas plus d'ailleurs qu'il n'en existe une entre le pouvoir constituant (sous toutes ses formes) et le pouvoir législatif ordinaire, puisque tous ces pouvoirs sont indistinctement exercés par un seul et même organe. Tous ces pouvoirs appartiennent exclusivement au Parlement, qui agit ainsi à la fois comme *législateur* et comme *constituant*. L'autre conséquence de cette mainmise du Parlement sur le pouvoir constituant est le fait que, dans ce régime, il ne peut pas y avoir de véritable assemblée constituante indépendante du Parlement. En effet, aussi puissant soit-il, le Parlement n'a pas le pouvoir de céder une partie de son pouvoir constituant à un autre organe que lui-même, puisque cela porterait atteinte à sa souveraineté.

| Tableau synthétique sur les types de constitutions et les formes de pouvoir constituant | |
|---|--|
| <i>Constitution de type républicain</i> | <i>Constitution de type parlementaire britannique</i> |
| Souveraineté du peuple (ou populaire) | Souveraineté du Parlement (ou parlementaire) |
| Le pouvoir constituant appartient au peuple. | Le pouvoir constituant appartient au Parlement (qui l'exerce au nom du souverain). |
| La constitution est de type convention. | La constitution est de type organique. |
| La constitution est un code et prend une forme écrite. | La constitution prend la forme d'un ensemble disparate de lois, de pratiques et de coutumes le plus souvent non écrites. |
| La constitution, comme document écrit généralement succinct, a une valeur symbolique haute et à portée globale. | La constitution est un édifice complexe comprenant différents éléments à portée limitée. |

Source :Auteur

²⁸ On doit cette formule classique à un juriste suisse du XVIIIe siècle, Jean-Louis de Lolme.

Le pouvoir constituant dans le régime canadien

- « 1. Parliament is the supreme law making body and may enact any laws on any subject matter.
- 2. No parliament may be bound a predecessor or bind a successor.
- 3. No person or body including a court of law may question the validity of law²⁹. »

A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution [1885]

La présente section vise à examiner la pratique du pouvoir constituant au Canada depuis la Confédération jusqu'au Renvoi relatif à la sécession du Québec de 1998. Comme nous l'avons sommairement souligné plus haut, le régime politique canadien est érigé sur les principes du parlementarisme britannique. Sa constitution est en effet de type organique, en ce qu'elle se compose d'un ensemble complexe de lois, de pratiques et de coutumes, souvent non codifiées. De plus, conformément au principe de la souveraineté parlementaire, le pouvoir constituant est une prérogative des Parlements (celui d'Ottawa et celui des provinces). Cela dit, le Canada présente toutefois certaines différences fondamentales par rapport au modèle parlementaire britannique en place au Royaume-Uni, différences qu'il convient de bien identifier en vue d'éclairer l'usage du pouvoir constituant au Canada.

D'un point de vue constitutionnel, le Canada se distingue du Royaume-Uni par deux aspects fondamentaux. D'abord, au moment de sa fondation en 1867, le Canada, en tant que *dominion* de l'Empire britannique, a le statut de colonie. Il n'accédera à son indépendance qu'au terme d'un long processus politique dont le rapatriement de la Constitution en 1982 constitue l'étape ultime. Le pouvoir constituant dont pouvait user le Canada jusqu'à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* se trouvait donc en pratique limité en raison de son statut politique. Ensuite, à la différence du Royaume-Uni qui est un État unitaire³⁰, le dominion du Canada de 1867 est un État quasi fédéral³¹. Cela implique un partage de la souveraineté entre deux ordres de gouvernement. Comme le pouvoir constituant est intimement lié à la souveraineté de l'État, le partage de la souveraineté suppose corollairement le partage du pouvoir constituant, principalement du pouvoir de révision, entre différents organes politiques.

Le Canada : une colonie britannique

C'est essentiellement le statut de colonie qui explique que ce pays, à la différence du Royaume-Uni, possède une loi constitutionnelle écrite. Établie à la suite de la conquête militaire des colonies de la Nouvelle-France, la nouvelle entité politique renommée *Province of Quebec* ne pouvait d'emblée s'appuyer sur des coutumes, des pratiques et des lois préexistantes comme celles à la base de l'ordre constitutionnel britannique. Elles n'existaient tout simplement pas chez les habitants de ce territoire conquis ou étaient incompatibles avec les principes du parlementarisme britannique. En outre, les coutumes, pratiques et lois qui existaient et qui auraient pu être préservées ont tout simplement été rendues caduques par la Conquête et le régime militaire qui a suivi. Le besoin de donner à ce territoire conquis un cadre constitutionnel sous la forme d'une loi écrite s'est ainsi rapidement fait sentir. En vue d'établir un

²⁹ Édité par R. E. Michener, Liberty Fund, Indianapolis, 2017, <http://oll.libertyfund.org/titles/dicey-introduction-to-the-study-of-the-law-of-the-constitution-lf-ed>, page consultée le 19 mai 2017. Traduction libre de l'auteur : « 1. Le Parlement est l'organe législatif suprême et peut édicter des lois sur toute matière.

2. Aucun parlement ne peut être lié à un prédécesseur ou lier un successeur.

3. Aucune personne ou organisme, y compris un tribunal, ne peut contester la validité de la loi. »

³⁰ Dans un État unitaire, on ne trouve qu'un seul niveau de gouvernement, c'est-à-dire un seul gouvernement qui concentre en lui seul tous les pouvoirs de l'État. C'est la forme la plus répandue d'État sur la planète. On retrouve plus couramment le modèle fédéral ou quasi fédéral dans les grands États. C'est par exemple le cas, à l'instar du Canada, de la Russie, des États-Unis, de l'Australie et du Brésil.

³¹ Le régime politique mis en place en 1867 au Canada se démarque d'un régime fédéral pur, en raison d'un important déséquilibre entre les pouvoirs consentis au gouvernement central par rapport aux gouvernements des provinces. Au fil du temps, on assistera à un abandon de certains pouvoirs du gouvernement central, comme celui de désaveu, ramenant ainsi le régime canadien vers une forme plus fédérale de régime.

ordre constitutionnel à imposer à la *Province of Quebec*, le pouvoir impérial britannique entreprit alors de « codifier » une partie des pratiques et des coutumes concernant le pouvoir politique en vigueur dans la métropole — celles-ci étaient si bien établies en ce lieu qu'elles se passaient jusqu'alors de toute codification. Ainsi, le roi George III, alors souverain du Royaume-Uni, impose en 1763 la Proclamation royale à la colonie conquise. Elle sera suivie par l'Acte de Québec en 1774, l'Acte constitutionnel en 1791 et l'Acte d'Union en 1840. En 1867, on adoptera la première véritable loi constitutionnelle à portée globale : l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (A.A.N.B.). Malgré leurs différences parfois importantes, ces lois constitutionnelles sont toutes directement modelées sur le régime politique en place au Royaume-Uni.

Privé du statut d'État souverain, le Canada de 1867 n'est donc pas, à l'origine, maître de sa propre constitution politique. Il est, d'un point de vue constitutionnel, une « création » du pouvoir impérial britannique, puisque l'A.A.N.B. n'est dans les faits qu'une simple loi du Parlement de Londres. Cette loi n'est soumise à aucune procédure de révision particulière et va demeurer, jusqu'à son rapatriement et son remplacement par la *Loi constitutionnelle de 1982*, hors du champ des compétences législatives des parlementaires canadiens. Les parlementaires des colonies britanniques qui vont donner naissance au Canada, soit ceux de la Province du Canada (Canada-Uni), de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de même que ceux de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve³², ont certes joué un rôle capital dans les discussions et les négociations politiques ayant conduit à la Confédération. Ceux que l'histoire officielle retient précisément comme les « Pères de la Confédération » ont en effet pu travailler le texte du projet de l'A.A.N.B. et négocier les termes de celui-ci lors de trois importantes conférences constitutionnelles (Charlottetown [1^{er} au 9 septembre 1864], Québec [10 au 27 octobre 1864] et Londres [4 décembre 1866 au 11 février 1867]). Ces négociations ont débouché sur les résolutions de la Conférence de Québec (ou les 72 résolutions) qui ont été transmises à Westminster à la fin de l'année 1866 et qui ont été adoptées presque telles quelles dans le projet de loi qui donnera naissance au Canada³³. En définitive, il ne revenait toutefois pas aux élus coloniaux (aux « Pères de la Confédération », paradoxalement), mais aux parlementaires de Londres d'adopter la loi qui devait alors valoir comme loi constitutionnelle du Canada.

Même une fois établi en dominion, le Canada va longtemps continuer d'être dépendant du Parlement de Londres dans l'exercice de son pouvoir constituant de révision. En effet, avant le rapatriement de la Constitution en 1982, toute modification à la loi constitutionnelle du pays exigeait de passer par Londres. Au total, entre 1867 et 1982, le Parlement de Westminster a ainsi été saisi de demandes de modifications à l'A.A.N.B. de la part des parlementaires canadiens à vingt et une reprises³⁴. Ce n'est qu'en accédant à son indépendance que le Canada est parvenu à s'approprier le plein contrôle de son pouvoir constituant. Comme on le sait, cette indépendance n'a été acquise qu'au terme d'un long processus ponctué de plusieurs étapes : création du ministère des Affaires étrangères du Canada en 1909, déclaration de Balfour en 1926, obtention du Statut de Westminster en 1931, indépendance de la Cour suprême du Canada en 1949³⁵, nomination du premier gouverneur général de nationalité canadienne (Vincent Massey) en 1952 et, finalement, rapatriement de la Constitution canadienne et adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le Canada a alors acquis le plein contrôle sur sa Constitution, et par la suite, sur son pouvoir constituant de révision.

³² Bien que les colonies de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve n'ont joint la Confédération que plus tard (1873 pour la première et 1949 pour la seconde), des représentants élus de ces colonies ont néanmoins participé activement aux conférences constitutionnelles précédant la Confédération.

³³ On sait, par exemple, que les parlementaires britanniques ont refusé la demande des élus canadiens de nommer cette nouvelle entité politique « Royaume du Canada ». Ils ont plutôt opté pour « Dominion du Canada », titre à la charge symbolique moins forte.

³⁴ James Ross Hurley, *La modification de la Constitution du Canada, Historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Travaux publics Canada, 1996, p. 36.

³⁵ Même si cette cour de justice a été créée en 1875, elle n'est réellement devenue la cour de l'ultime recours qu'en 1949, alors que le Parlement fédéral avait décrété la fin de la possibilité d'en appeler au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres.

On voit ainsi que, prise dans son ensemble, la démarche politique à l'origine de la Confédération s'est faite dans le plus grand respect du principe de la souveraineté parlementaire. En effet, le projet de confédération a été rédigé, discuté et adopté par le Parlement de Londres à la suite d'une demande formulée par les parlementaires des colonies britanniques d'Amérique du Nord. Les habitants de ces colonies auxquels ce nouvel ordre constitutionnel était destiné — les Canadiens français, les Acadiens, les Canadiens d'expression anglaise ainsi que les Peuples autochtones — ont tous été complètement laissés de côté dans ce processus constituant. Ils n'ont été consultés ni au moment des délibérations portant sur ce projet ni au moment de la rédaction du texte constitutionnel ou des délibérations le concernant, et encore moins au moment de procéder à son adoption³⁶. Le processus constituant à l'origine du Canada en 1867 a été mené exclusivement par des parlementaires. Au demeurant, il faut ajouter que l'adoption du texte constitutionnel par le Parlement de Westminster au printemps 1867, à l'instar de l'adoption préalable des résolutions politiques en faveur de ce projet par les différents Parlements des colonies britanniques d'Amérique du Nord, s'est faite par la simple voie de la procédure législative ordinaire (vote à majorité simple), conformément à la pratique en vigueur dans le parlementarisme britannique.

Le Canada de 1867 : une quasi-fédération

L'autre caractéristique constitutionnelle essentielle qui distingue le Canada du Royaume-Uni tient à la nature *quasi-fédérale* du premier. Ce modèle politique suppose le partage de la souveraineté entre deux ordres de gouvernement, soit entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des États fédérés, dénommés au Canada « provinces ». Le pouvoir constituant est ainsi partagé entre le Parlement d'Ottawa et celui des provinces canadiennes. Dans les premiers temps de la Confédération, le gouvernement fédéral a, dans l'ensemble, assez bien respecté ce partage ; il n'a en effet procédé à aucune modification constitutionnelle touchant l'ordre constitutionnel établi sans l'aval de toutes les provinces, même s'il a pu à quelques occasions faire un usage unilatéral du pouvoir constituant en créant par exemple de nouvelles provinces à partir du territoire sous son contrôle (le Manitoba en 1870, la Colombie-Britannique en 1871, l'Alberta et la Saskatchewan en 1905). À partir de la Grande Guerre, et à la faveur d'un mouvement généralisé de construction étatique en Occident, le gouvernement fédéral va chercher à transformer le régime canadien vers une plus grande centralisation des pouvoirs. Aussi, en 1940, le rapport de la Commission royale d'enquête sur les relations fédérales-provinciales (Rowell-Sirois) plaide-t-il pour un renforcement des pouvoirs de l'État central au détriment de celui des provinces. À partir des années 1960, le gouvernement fédéral, animé d'une volonté politique de consolider le pays autour d'une nouvelle identité nationale, engage le Canada dans un processus de construction identitaire national (*nation building*) sans précédent. Cela s'est traduit par une remise en cause du partage du pouvoir constituant de révision entre les différents parlements au Canada. Considéré comme le siège du gouvernement « national » du pays, le gouvernement d'Ottawa va alors chercher à réaffirmer, au détriment des provinces, son rôle prépondérant en matière constitutionnelle. De leur côté, certaines provinces vont alors commencer à contester cette prétention du gouvernement fédéral. Au premier rang, on trouve le Québec, où se fait alors sentir un mouvement d'affirmation nationale important qui revendique une procédure formelle afin de garantir son rôle dans toute révision constitutionnelle. Or, l'origine de tout ce litige réside dans le fait que, fidèles au parlementarisme britannique, les rédacteurs de l'A.A.N.B. n'avaient pas trouvé utile d'intégrer des dispositions traitant de cette question dans le texte constitutionnel.

En fait, dans la pratique parlementaire britannique, la question du pouvoir constituant (originaire ou de révision) est en effet inexistante. Cette tradition politique ne fait aucune distinction entre ce pouvoir et le pouvoir législatif ordinaire. Il n'existe dans ce régime politique aucune procédure spéciale lorsqu'il s'agit d'apporter des modifications

³⁶ La seule exception à cette mainmise quasi complète des Parlements sur ce processus est le cas de la colonie du Nouveau-Brunswick où les électeurs ont pu être consultés sur le projet de confédération avant son adoption. Nous discuterons de ce cas un peu plus loin. Voir la page 16.

à la Constitution : une procédure législative universelle s'applique pour tous les projets de loi, quelle que soit leur nature. Du reste, la question qui concerne la révision constitutionnelle est assurément d'une importance moindre dans un régime unitaire comme celui du Royaume-Uni. Dans un régime fédéral, cette question est au contraire cruciale et donne lieu à différentes interprétations. Dans tous les cas, le seul article de l'A.A.N.B. relatif au pouvoir constituant de révision, et uniquement de manière indirecte, était l'article 92 (paragraphe 1) qui portait sur les compétences exclusives des législatures provinciales. Cet article reconnaissait en effet la compétence des provinces pour modifier leur « constitution interne », sauf en ce qui avait trait à la charge de lieutenant-gouverneur³⁷. Cet article a été remplacé dans la *Loi constitutionnelle de 1982* par l'article 45 qui se rattache à la formule d'amendement plus générale (section V de cette loi constitutionnelle³⁸). Dans les faits, aucune province canadienne, à l'exception de la Colombie-Britannique — et seulement en 1996, soit 125 ans après son entrée dans la Confédération —, n'a adopté de constitution interne, si par ce terme on entend un document codifié à portée globale. La *Constitution Act* adoptée par Victoria n'a qu'une portée très limitée, en ce qu'elle ne vise qu'à définir les limites des pouvoirs législatifs et exécutifs dans la province, notamment les fonctions du lieutenant-gouverneur³⁹.

La recherche d'une « formule d'amendement » pour la Constitution deviendra l'enjeu central de tous les débats constitutionnels au Canada dans les années 1960 et 1970. Différentes conférences constitutionnelles seront ainsi organisées pour trouver une solution à cette question (Conférence sur la Confédération de demain [1967], Conférence de Victoria [1971], etc.). De même, ce thème sera l'enjeu central de nombreuses conférences fédérales-provinciales. Un certain nombre de formules plus ou moins complexes seront mises de l'avant et discutées (la formule Fulton [1961], la formule Fulton-Favreau [1964], la Charte de Victoria [1971], le projet de résolution [1977], la formule de Vancouver [1981], etc.). Il faudra toutefois attendre le rapatriement de la Constitution avant que le gouvernement fédéral et celui de neuf provinces, à l'exception du Québec, parviennent à s'entendre sur une procédure formelle de révision constitutionnelle, laquelle fait aujourd'hui partie intégrante du texte de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La formule d'amendement retenue se distingue par sa complexité et par sa très grande rigidité⁴⁰, et se veut en rupture avec la pratique en vigueur dans le parlementarisme britannique, qui se démarque au contraire par sa simplicité et son extrême souplesse comme nous avons jusqu'ici eu l'occasion de le voir.

³⁷ L'article se lit comme suit : « 92. La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer en toute matière comprise dans les domaines suivants :

1. la modification de la Constitution de la province, nonobstant toute autre disposition de la présente loi, sauf en ce qui concerne la charge de lieutenant-gouverneur », <http://www.justice.gc.ca/fr/pr-rp/sjc-csj/constitution/loireg-lawreg/p1t13.html>, document consulté le 4 novembre 2016.

³⁸ Ce nouvel article se formule ainsi : « 45. Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. »

L'article 41 définit, quant à lui, la procédure normale d'amendement et protège certains éléments constitutionnels à l'aide d'une disposition supra constitutionnelle (ces éléments ne peuvent donc pas être modifiés) : « 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 ;
 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.

³⁹ Constitution Act, http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/96066_01, document consulté le 4 novembre 2016.

⁴⁰ En fait, la rigidité de la procédure canadienne est telle qu'elle rend toute révision touchant certains des éléments les plus fondamentaux de l'édifice constitutionnel canadien en pratique impossible. Depuis le rapatriement de sa Constitution, des 11 révisions constitutionnelles adoptées, aucune ne portait sur l'un des éléments fondamentaux de l'État et la plupart n'affectaient que les affaires internes d'une province. Pour un tableau synthétique de ces modifications, https://fr.wikipedia.org/wiki/Modification_de_la_Constitution_du_Canada, page consultée le 4 novembre 2016.

Le pouvoir constituant et le principe de la suprématie du Parlement au Canada

Fidèles au principe britannique de la suprématie du Parlement (ou de la souveraineté parlementaire), les Parlements exercent dans le régime canadien un pouvoir *illimité* en matière constitutionnelle. Les Parlements sont certes contraints à respecter la formule d'amendement qu'ils se sont eux-mêmes donnée, mais le pouvoir constituant demeure leur prérogative complète. Conformément à une tradition élitiste bien implantée au Canada depuis la Confédération, le pouvoir constituant n'est pas un pouvoir équitablement partagé parmi les parlementaires. En effet, les députés, aussi bien ceux de la Chambre des communes que ceux des assemblées législatives provinciales, et les sénateurs jouissent dans les faits d'un rôle habituellement négligeable en matière constitutionnelle. Dans la pratique, le pouvoir constituant est au Canada une chasse gardée des pouvoirs exécutifs⁴¹. Ce sont les gouvernements, issus des Parlements, qui possèdent l'initiative constitutionnelle au Canada et qui jouissent des pleins pouvoirs pour toutes les questions touchant la Constitution.

Quelques tentatives récentes pour un partage du pouvoir constituant

En dépit de l'existence au Canada de cette tradition élitiste en matière constitutionnelle, il importe de souligner quelques efforts récents dans l'histoire du pays afin de remettre en cause le monopole des gouvernements sur le pouvoir constituant de révision. En 1972, le rapport du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada (comité Molgat-MacGuigan) recommandait une participation plus grande des citoyens en matière de révision constitutionnelle au Canada. Le rapport final de la Commission de l'unité canadienne (commission Pépin-Robarts) de 1979 et celui du Comité mixte de la Chambre des communes et du Sénat (comité Beaudoin-Edwards) de 1991 émettaient tous deux des recommandations similaires. En parallèle avec ces initiatives, notons également la mise sur pied, dans les années 1980 et 1990, de différents forums publics portant sur la Constitution, comme le Forum des citoyens sur l'avenir du Canada (commission Spicer) établi par le gouvernement fédéral en 1990, le Comité constitutionnel du Parti libéral qui publiera le fameux rapport Allaire en 1991 et la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (commission Bélanger-Campeau) créée par l'Assemblée nationale la même année. La question du pouvoir constituant de révision a été abondamment traitée lors de ces différents forums. Or, jusqu'à maintenant, toutes les recommandations en cette matière n'ont pas été suivies. Aucun des Parlements au Canada, que ce soit celui d'Ottawa ou celui des provinces, n'a jusqu'ici consenti à laisser aller une partie du plein contrôle qu'il exerce sur le pouvoir constituant de révision.

En fait, dans l'ensemble de l'histoire constitutionnelle canadienne, on ne retient que six exemples où nous avons pu voir un organe politique autre que le Parlement exercer le pouvoir constituant, sous une forme toutefois très limitée, comme nous le verrons.

Les cinq premiers exemples illustrent le pouvoir constituant populaire, dans sa forme la plus restreinte, soit celle de l'exercice de la consultation populaire en matière constitutionnelle. Ainsi, lors du scrutin général de 1866 dans la colonie britannique du Nouveau-Brunswick, les électeurs avaient été amenés à se prononcer à l'occasion d'une élection à portée référendaire portant sur les grandes lignes du projet de confédération. Ce projet avait recueilli un large appui, puisque le *Confederation Party* de Peter Mitchell avait été porté au pouvoir, en remportant 41 des 49 sièges à l'Assemblée législative. Il s'agit du seul cas, dans l'ensemble des colonies britanniques à l'origine du Canada, de consultation populaire au sujet du projet de confédération ayant eu lieu dans la période préconfédérale. Les deuxième et troisième exemples sont ceux des référendums québécois sur la souveraineté de 1980 et de 1995. Lors de ces consultations populaires, le peuple québécois a été amené à se prononcer sur son avenir constitutionnel.

⁴¹ Dans le parlementarisme britannique, il n'existe pas de séparation stricte entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, en ce que les membres du gouvernement (qui exercent le pouvoir exécutif) sont presque toujours choisis parmi les membres du Parlement (qui exercent le pouvoir législatif).

Si le référendum de 1980 portait sur un projet de souveraineté-association avec le Canada, celui de 1995 mettait de l'avant une proposition plus ferme de souveraineté pour le Québec. Comme nous le savons, ces consultations démocratiques se sont soldées les deux fois par un rejet de l'option souverainiste⁴². Enfin, les quatrième et cinquième exemples sont ceux des référendums québécois et canadien de 1992 portant sur l'Accord constitutionnel de Charlottetown. À la suite de l'échec de l'Accord du lac Meech en 1990, le gouvernement fédéral et celui du Québec ont tenté un ultime effort en vue de trouver une solution pour amener le Québec à ratifier la loi constitutionnelle canadienne. À l'été 1992, les gouvernements fédéral, provinciaux (y compris celui du Québec, sous la gouverne de Robert Bourassa) et territoriaux ainsi que des représentants des Premières Nations se sont réunis dans la capitale de l'Île-du-Prince-Édouard et se sont entendus sur un accord. Le gouvernement du Québec a alors proposé de soumettre cet accord à une consultation populaire le 26 octobre de la même année. Le gouvernement canadien décida alors d'emboîter le pas au Québec en organisant, le jour même à l'échelle canadienne, mais à l'extérieur du Québec, un référendum sur l'Accord de Charlottetown⁴³. Ces deux référendums se sont soldés par la victoire du « non »⁴⁴. Ces exemples de référendum constituent des cas d'exception dans l'ensemble du parcours historique canadien. La très vaste majorité des modifications apportées à la Constitution canadienne depuis 1867 l'ont été au moyen de simples mesures législatives prises par les gouvernements, à la suite de processus politiques initiés par ces derniers.

Nous avons d'emblée souligné que ces exemples représentaient la forme la plus limitée d'exercice du pouvoir constituant. Par ailleurs, ce caractère limité tient également au fait que les consultations populaires menées dans le cadre d'un régime fondé sur les principes du parlementarisme britannique n'ont toujours qu'une valeur consultative, jamais exécutoire⁴⁵. Comme les Parlements sont souverains, ils peuvent certes consentir à organiser des consultations populaires sur des questions constitutionnelles afin de connaître l'opinion des électeurs sur ces questions, mais ils ne peuvent en fin de compte se laisser imposer quelque décision que ce soit ; cela reviendrait en pratique à se départir de leur contrôle sur le pouvoir constituant. Le peuple peut exprimer son opinion sur des questions constitutionnelles, il revient toutefois aux parlementaires ou, plus particulièrement, aux gouvernements et à eux seuls de faire usage du pouvoir constituant.

Le sixième et dernier exemple d'usage du pouvoir constituant populaire est le cas très particulier de la Convention nationale (*National Convention*), mise sur pied à Terre-Neuve dans les années 1940, tout juste avant l'entrée de l'île dans la Confédération. Cet exemple illustre, à l'instar des cinq cas traités plus haut, l'usage du pouvoir constituant populaire par les électeurs, avec toutefois quelques différences importantes. À cette époque, la colonie britannique est secouée par une importante crise politique. En 1933, son assemblée législative est suspendue par le pouvoir impérial et remplacée par une *Commission of Government* composée de six gouverneurs, dont trois provenaient du Royaume-Uni. Dans les faits, la colonie est en quelque sorte placée sous tutelle et on lui révoque son statut de do-

⁴² Au référendum de 1980, l'option du « non » a remporté 59,56 % des suffrages exprimés, alors qu'en 1995, les résultats ont été nettement plus serrés : l'option du « non » n'a remporté que 50,58 % des voix, soit un écart de seulement 54 000 voix par rapport à l'option du « oui ».

⁴³ Dans les faits, le gouvernement fédéral a en quelque sorte été forcé d'adopter cette démarche politique, après que deux provinces (la Colombie-Britannique et l'Alberta) eurent signifié qu'elles allaient elles-mêmes tenir un référendum sur cette nouvelle proposition constitutionnelle, conformément à des lois, récemment adoptées par les législatures de ces provinces, les y obligeant.

⁴⁴ Au Québec, cet accord a été rejeté par 56,58 % des électeurs, alors qu'au Canada, le rejet a été exprimé par 54,3 % des voix, avec d'importantes disparités entre les régions. Les électeurs de l'Île-du-Prince-Édouard ont voté à 73,9 % pour l'accord, alors que ceux de la Colombie-Britannique l'ont rejeté avec 68,3 % des voix.

⁴⁵ Dans un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba de 1916, on avait jugé que la province ne pouvait instituer un référendum exécutoire (ou délibératif) parce que la Constitution canadienne ne prévoyait pas que la législature de cette province se départisse de ses pouvoirs au profit d'un autre organe politique (Re initiative and Referendum Act, [1916] 27 Man. R. 1). Cité dans Guy Tremblay, « La Cour suprême et l'amendement constitutionnel », *Les Cahiers du droit*, 1980, vol. 21, no 1, p. 37. Un jugement récent de la Cour suprême du Royaume-Uni (3 novembre 2016) est venu confirmer ce principe de la valeur strictement consultative de tout référendum dans le régime parlementaire britannique. En dépit d'un vote majoritaire pour le « Brexit » lors du référendum du 23 juin 2016 (51,9 % en faveur, 48,1 % contre), la Haute Cour de justice a statué qu'il appartenait en définitive aux parlementaires de Westminster, et à eux seuls, de décider de l'avenir du Royaume-Uni au sein de l'Union européenne.

minion. C'est dans ce contexte de crise politique grave que la colonie songe à nouveau à intégrer la Confédération canadienne — on se rappelle que les représentants de cette colonie avaient participé activement aux pourparlers ayant conduit à la Confédération en 1867. La *Commission of Government* met alors sur pied en 1946 une convention nationale composée de 45 membres élus dont le mandat est d'évaluer toutes les options constitutionnelles pour l'île britannique. Il s'en suivra un premier référendum, le 3 juin 1948, à l'occasion duquel les Terre-Neuviens se prononcent sur trois options, soit l'adoption du gouvernement responsable, la Confédération avec le Canada et le maintien de la Commission de gouvernement. Les deux premières options recueillent les appuis les plus importants⁴⁶. On procède alors à un second référendum le 22 juillet de la même année pour trancher la question ; c'est l'option de la Confédération avec le Canada qui remporte finalement l'adhésion majoritaire⁴⁷. Au terme de ce processus référendaire, la Convention nationale est dissoute. La *Commission of Government* confie alors à un groupe de six représentants qu'elle a directement nommé le soin de négocier avec les autorités canadiennes l'entrée de l'île dans la Confédération. L'adhésion de Terre-Neuve au Canada a été consacrée par le *British North America Act (No. 2)*, adopté par les parlementaires de Londres le 16 décembre 1949. Aussi cette expérience de convention nationale représente-t-elle une forme déjà plus riche d'exercice du pouvoir constituant par le peuple que les cinq cas analysés précédemment, même si ce n'est en définitive qu'un rôle encore limité.

Pour conclure, on voit donc que la pratique canadienne en matière de pouvoir constituant repose sur *le monopole presque total des Parlements, pour ne pas dire des gouvernements*. En dépit des nombreux débats constitutionnels qui ont pu secouer le Canada — au cours des décennies 1960 et 1970 notamment, lorsqu'il s'agissait de trouver une formule de révision constitutionnelle satisfaisante pour le gouvernement fédéral et ceux des provinces, ou encore, dans les décennies 1980 et 1990 lorsqu'il s'agissait plutôt de trouver une manière d'amener le Québec à adhérer à la *Loi constitutionnelle de 1982* — la question de la mainmise des Parlements sur le pouvoir constituant n'a jamais fait l'objet d'une véritable remise en cause. Ce principe est bien ancré dans la pratique et les traditions constitutionnelles canadiennes depuis la Confédération. De la même manière, ce principe semble également incontesté au Québec, où la mainmise de l'Assemblée nationale (ou du gouvernement du Québec) sur le pouvoir constituant n'a jamais véritablement fait l'objet de débat. Ce principe semble largement admis, même chez les indépendantistes qui contestent pourtant la légitimité du régime politique canadien. En somme, sur cette question, le Québec n'est en rien une société distincte. Au Canada comme au Québec, c'est le principe de la suprématie parlementaire qui, depuis 1867, domine et continue de dominer.

Les propositions de démarches constitutantes par les partis politiques québécois et les groupes de citoyens depuis les années 1960

« La grande idée qu'il faut répandre et mettre en œuvre au Québec, c'est la Constituante, c'est-à-dire une Assemblée encore plus représentative que la nôtre, élue au suffrage populaire, en dehors des cadres traditionnels, et pour la seule fin de prendre des décisions quant au type de société que nous voulons instaurer à travers nos institutions et notre Constitution. »

Jacques-Yvan Morin, Allocution durant les États généraux du Canada français [1969]

⁴⁶ Les résultats obtenus pour chacune de ces options : Adoption du gouvernement responsable (44,5 %), Confédération avec le Canada (41,1 %) et maintien de la Commission de gouvernement (14,3 %).

⁴⁷ Cette option a recueilli un appui de 52,3 % contre 47,7 %.

Cette section offre un survol des principales propositions mises de l'avant depuis les années 1960 par des partis politiques ou des groupes de la société civile en faveur d'une démarche constituante pour le Québec⁴⁸. L'objectif n'est pas de recenser toutes les propositions en matière constitutionnelle, ou encore, celles en faveur de l'adoption d'une constitution pour le Québec, car elles seraient trop nombreuses et une telle entreprise nous éloignerait de notre propos. Notre attention se portera plus précisément sur les seules propositions qui mettent de l'avant, sous une forme ou une autre, l'idée d'une assemblée constituante populaire dont les membres proviendraient en tout ou en bonne partie de l'extérieur de l'Assemblée nationale, et dont le mandat serait de rédiger la loi constitutionnelle du Québec. Ce bref panorama doit permettre de saisir la place accordée à la question de la pratique du pouvoir constituant dans la réflexion politique qui sous-tend ces propositions.

La première véritable proposition d'assemblée constituante populaire depuis la Révolution tranquille au Québec nous vient des États généraux du Canada français. L'idée d'une assemblée constituante a en effet été l'une des principales recommandations émanant de ces travaux, tenus à Montréal entre les années 1966 et 1969 sous l'égide de la Ligue d'Action nationale et de la Fédération de la Société Saint-Jean-Baptiste. Le rapport de ces États généraux, qui a été publié plus tard dans les pages de la revue *L'Action nationale*, défendait l'idée de convoquer une assemblée constituante populaire « afin de corriger une situation constitutionnelle présente qui ne satisfait plus personne », en plus de traduire « l'importance du désir populaire d'obtenir une nouvelle constitution pour le Québec⁴⁹ ». Il faut voir que cette proposition ne s'arrimait toutefois pas avec la question plus générale du statut politique du Québec, question qui a été traitée dans d'autres séances de travail à l'intérieur des États généraux et sur laquelle les délégués ne sont jamais parvenus à s'entendre.

À la même période, le premier parti à inclure dans son programme politique l'idée d'une assemblée constituante populaire a été l'Union nationale. Le programme de 1966 de cette formation propose d'établir « un nouveau pacte entre les deux nations du Canada » au moyen d'une « assemblée constituante mandatée par le peuple québécois⁵⁰ ». Le rôle de cette assemblée aurait été de « réviser et compléter la constitution interne du Québec⁵¹ en y incluant une formule d'amendement qui consacre la souveraineté du peuple québécois et son droit d'être consulté par voie de référendum sur toute matière qui met en cause la maîtrise de son destin ». À cette proposition qui réclamait le principe de la souveraineté populaire s'est ajoutée, dans le programme de 1973, l'idée de l'établissement d'« un régime présidentiel au Québec » et l'instauration d'« un tribunal constitutionnel »⁵². Paradoxalement, l'Union nationale isole cette proposition de sa réflexion générale sur le statut politique du Québec, réflexion qui anime le

⁴⁸ Avant cette période, soulignons la proposition faite par les patriotes en mai 1837 en vue de la mise sur pied d'une convention « pour la protection [des] droits constitutionnels » des Canadiens. Bien que la finalité de cette convention n'était pas formellement de doter le Bas-Canada de sa propre constitution, elle représente néanmoins un effort en vue de consacrer sur le plan institutionnel l'existence du pouvoir constituant du peuple. Cette proposition demeure sans suite, alors que le conflit évolue rapidement durant l'été 1837 en un conflit armé. Voir, sur ce sujet, Louis-George Harvey, « Les Patriotes, le républicanisme et la constitution québécoise », *Bulletin d'histoire politique*, volume 17, numéro 3, printemps-été 2009, p. 59-78. Dans la déclaration d'indépendance du Bas-Canada que formulera Robert Nelson et ses camarades patriotes l'année suivante, on pourra lire « [q]ue dans le plus court délai possible, le peuple choisisse des délégués, suivant la présente division du pays en comtés, villes et bourgs, lesquels formeront une convention ou corps législatif pour formuler une constitution suivant les besoins du pays, conforme aux dispositions de cette déclaration, sujette à être modifiée suivant la volonté du peuple. (article 15, <http://www.1837.qc.ca/1837.pl?out=article&pno=document62>, page consultée le 17 mai 2017)

⁴⁹ « Bilan des États généraux du Canada français, Chapitre VII. Séance de prorogation », *L'Action nationale*, volume LVIII, mai-juin 1969, p. 349, <http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/2163581>, dossier consulté le 17 novembre 2016

⁵⁰ Programme de l'Union nationale (1966), https://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/qc1966un_plt_12072011_113339.pdf, document consulté le 16 novembre 2016.

⁵¹ Conformément à ce que prévoit l'article 92 (paragraphe 1) de l'A.N.N.B.

⁵² *Programme de l'Union nationale* (1973), https://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/qc1973un_plt_12072011_113022.pdf, document consulté le 16 novembre 2016. L'une des caractéristiques du régime parlementaire britannique qui n'a jusqu'ici pas été abordée, faute d'espace, est l'absence de cour constitutionnelle, organe de justice chargé de juger de la conformité de toute loi ou tout projet de loi avec la Constitution du pays. Cette institution est courante dans les régimes républicains. Le constitutionnaliste Guillaume Rousseau a récemment défendu (11 juin 2016) l'idée de la création d'un Conseil constitutionnel au Québec lors d'un colloque organisé par les Intellectuels pour la souveraineté (IPSO).

parti et ses membres depuis la publication du manifeste *Égalité et indépendance* par Daniel Johnson en 1965. La proposition unioniste du programme de 1966 en faveur d'une constituante devait ainsi s'entendre comme une volonté de refonder le fédéralisme canadien sur de nouvelles assises constitutionnelles, sans véritable remise en cause de la place du Québec dans cet ensemble.

Avec la création du Parti Québécois en 1968, la scène politique québécoise va connaître d'importants changements. En effet, la transformation du nationalisme canadien-français en nationalisme souverainiste québécois se traduira à cette époque par un réalignement complet du jeu politique autour de deux grands axes : souverainiste d'un côté et fédéraliste de l'autre⁵³. Le désir d'engager le Québec dans une démarche constituante se fera davantage sentir chez les militants indépendantistes que chez les fédéralistes. Dès sa fondation, le parti de René Lévesque allait inscrire une proposition dans son premier programme politique en 1970 afin que, dès que le Québec accède à l'indépendance, celui-ci « adopt[e] une constitution organique élaborée avec la participation populaire au niveau des comtés et ratifiée par les délégués du peuple québécois réunis en une assemblée constituante⁵⁴ ». Cette proposition se retrouve également dans les programmes de 1973 et de 1976. À partir de 1981, dans la foulée de l'échec du premier référendum sur la souveraineté-association, cette proposition sera abandonnée et ne figurera dans aucun des programmes subséquents. L'accent sera désormais mis sur le référendum comme voie d'accès à l'indépendance. La question de la Constitution et celle de la démarche devant conduire à sa rédaction se trouvent alors remises à plus tard, dans la période après l'indépendance, et perdent de l'importance. Ce parti délaissera graduellement l'idée d'assemblée constituante au fil du temps. Les raisons de ce changement résident probablement dans un désintérêt grandissant, chez les dirigeants de ce parti, pour la question du régime politique en général, à laquelle se rattachent les idées de constitution et d'assemblée constituante. Si cette question occupait une place importante dans les premiers programmes du parti, elle n'occupe plus qu'une place négligeable dans les programmes plus récents.

Du côté des forces fédéralistes, on remarque à l'opposé un désintérêt manifeste pour l'idée de démarche constituante. Les représentants de l'ordre établi au Québec ont en général tendance à refuser d'appuyer toute démarche politique qui marquerait une rupture évidente avec les pratiques parlementaires canadiennes. Aussi ne trouve-t-on dans aucun des programmes politiques du Parti libéral du Québec depuis 1960 de propositions ressemblant, de près ou de loin, à une démarche constituante. Bien que la question constitutionnelle ait pu occuper une place non secondaire dans le programme politique de ce parti au cours de la période allant des années 1960 jusqu'aux années 1990 — principalement sous la forme de revendications pour le renforcement des pouvoirs de la province de Québec dans le cadre fédéral ou en vue de garantir à la province un rôle de premier ordre dans tout projet de révision constitutionnelle du Canada⁵⁵ —, la question d'une démarche constituante apparaît en revanche totalement absente. On trouve même dans le programme de 1981, soit le fameux *Livre beige* rédigé par Claude Ryan dans le contexte politique des négociations en vue du rapatriement de la Constitution, un rejet explicite de toute démarche qui irait à l'encontre des « traditions constitutionnelles canadiennes » et des « réalités politiques du pays »⁵⁶, car « [t]

⁵³ En dépit d'importants efforts déployés par des forces politiques se revendiquant d'une troisième voie, comme l'Action démocratique du Québec (1994-2012) et plus récemment la Coalition Avenir Québec qui lui a succédé (depuis 2012), le clivage indépendantiste-fédéraliste constitue toujours le principal antagonisme politique au Québec.

⁵⁴ Ce programme avait pour titre *La solution*, https://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/qc1970pq_plt1_05062009_123430.pdf, document consulté le 16 novembre 2016. Par ailleurs, on remarque au passage la volonté des rédacteurs de ce programme de se revendiquer de la tradition parlementaire britannique plutôt que de la tradition républicaine en matière de constitution, puisque la nouvelle Constitution du Québec souverain devait être de nature « organique ».

⁵⁵ Avec l'accession de Jean Charest à la tête du Parti libéral en 1998, le parti va alors complètement abandonner la question constitutionnelle, préférant concentrer son action sur les questions économiques. Dans les engagements électoraux pris par cette formation lors du dernier scrutin général, celui de 2014, on ne trouvait en effet rien sur cette question, https://www.plq.org/files/documents/10_engagements_elections_2014.pdf, document consulté le 17 novembre 2017.

⁵⁶ Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *Une nouvelle fédération canadienne* (1980), https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageNotice.aspx?idn=64400, document consulté le 16 novembre 2016.

enter de former une assemblée constituante engagerait le Canada dans un débat prolongé sur la nature de cette assemblée, ses pouvoirs et sa composition ».

Au moment de sa fondation en 1994, soit dans le contexte particulier de crise politique provoquée par l'échec de l'Accord du lac Meech, l'Action démocratique du Québec adopte une proposition qui consiste en « une démarche démocratique d'unification en vue d'aboutir sur une constitution québécoise, garantie de la liberté des citoyens et de l'unité du peuple »⁵⁷. Sans être explicitement une démarche populaire, cette proposition repose néanmoins sur une participation citoyenne plus élargie que ne le prévoit la tradition parlementaire britannique dans l'exercice du pouvoir constituant de révision. Cette proposition ne survivra toutefois pas au référendum de 1995, car dès 1998, après avoir abandonné son option indépendantiste, et ce, au nom d'une « proposition québécoise de paix constitutionnelle », le parti de Mario Dumont délaissera définitivement toute idée de démarche constituante pour se concentrer essentiellement sur les questions économiques et identitaires. Cette idée ne sera d'ailleurs pas reprise par la Coalition Avenir Québec qui succédera à ce parti en 2012.

L'idée d'une démarche constituante populaire apparaît à nouveau au milieu des années 2000 dans le programme de la nouvelle formation progressiste Québec solidaire. Ce parti propose en effet dans son programme de 2008 d'organiser une « assemblée constituante », laquelle sera « élue au suffrage universel, comportera autant d'hommes que de femmes et représentera les différentes composantes de la société québécoise », et aura pour mandat d'« élaborer une constitution pour le Québec dans le plein respect de la souveraineté de son peuple »⁵⁸. La proposition solidaire s'inscrit alors comme une étape dans le processus plus large d'accession à l'indépendance. Dans son programme de 2012, ce parti conserve l'idée de démarche constituante, mais la dissocie du processus indépendantiste. On précise en effet que la démarche constituante devra se tenir, « sans toutefois présumer de l'issue des débats » sur le statut politique du Québec.

À peu près à la même période où est fondé Québec solidaire, en 2004, le Conseil permanent de la jeunesse plaidera également pour l'élaboration d'une constitution québécoise⁵⁹, laquelle serait « élaborée grâce à la formation d'une assemblée constituante, composée de citoyens, d'organisations de la société civile et de parlementaires⁶⁰ ». En 2000 est fondé le Mouvement démocratique pour une constitution du Québec, sous la présidence de Claude Béland. Ce mouvement non partisan a pour mission de promouvoir la démocratie et la citoyenneté en œuvrant à la réforme des institutions démocratiques dans le but de donner plus de pouvoirs aux citoyens du Québec. Le programme de ce mouvement prévoyait l'adoption d'une constitution pour le Québec au moyen d'un processus favorisant une participation citoyenne élargie. En 2012, cette proposition se voit bonifiée, alors que l'on adopte une résolution ouvertement en accord avec une « assemblée constituante citoyenne, la seule démarche possible pour une société qui veut vraiment "se constituer"⁶¹ ».

⁵⁷ *Un Québec responsable*, https://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/qc1994adq_plt_12072011_111843.pdf, document consulté le 16 novembre 2016.

⁵⁸ *Engagements électoraux* (2008), https://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/qc2008qs_plt_28062011_174237.pdf, document consulté le 16 novembre 2016.

⁵⁹ Fondé en 1987, cet organisme relevait directement du ministre responsable de la Jeunesse. Son mandat était de conseiller ce dernier sur toute question se rapportant à la jeunesse, notamment en matière de solidarité entre les générations ainsi que d'ouverture au pluralisme et au rapprochement interculturel. Il a été aboli en 2010.

⁶⁰ *Québec 2018. Idées et projets pour demain*, <http://constitutionqc.org/boite/2012/08/2018-idees.pdf>, document consulté le 16 novembre 2016.

⁶¹ *Dialogue avec Claude Béland sur une constitution du Québec d'aujourd'hui. Vers une assemblée constituante citoyenne*, 2012, <http://mdcq.qc.ca/publications/dialogue-avec-claude-beland-sur-une-constitution-du-quebec-daujourd'hui/>, document consulté le 17 novembre 2016.

Les propositions qui appuient une démarche constituante vont, à partir de cette période, se faire de plus en plus nombreuses au Québec. Elles proviendront principalement de groupes indépendantistes de la société civile, mais aussi de certains politiciens indépendantistes — sans que leur formation politique n'endossent nécessairement ces propositions. Cet intérêt renouvelé à l'égard de l'idée de démarche constituante populaire pour le Québec semble tenir, pour la majorité des partisans de l'indépendance, à une volonté de trouver une solution à la situation d'impasse dans laquelle semble condamnée la grande stratégie indépendantiste officielle, qui repose entièrement sur le référendum. Ainsi, le constitutionnaliste Daniel Turp, militant de longue date pour l'adoption d'une constitution⁶² et député de Mercier à l'Assemblée nationale, rédige en 2007 pour la chef de l'opposition officielle, Pauline Marois, un projet de loi portant sur l'identité québécoise (projet de loi n° 195) ; ce projet de loi inclut une proposition afin que soit instituée « sous l'autorité de l'Assemblée nationale, une commission parlementaire spéciale désignée sous le nom de "Commission spéciale sur la Constitution québécoise" », dont le mandat aurait été de « rédiger un projet de Constitution québécoise et de formuler, à cet égard, des recommandations à l'Assemblée nationale⁶³ ». Il était en outre proposé que cette commission soit composée à parts égales de membres de l'Assemblée nationale et de citoyens de différents milieux. On n'a pas donné suite à ce projet de loi, puisque le Parti Québécois, qui était alors dans l'opposition à l'Assemblée nationale, n'a pas réussi à recueillir les appuis nécessaires à son adoption auprès des parlementaires des autres partis.

Du côté de la société civile, en 2011, le Nouveau Mouvement pour le Québec (N.M.Q.) plaidait, dans son manifeste de fondation, pour la convocation d'une assemblée constituante populaire :

Ce que nous espérons soumettre à la discussion, c'est l'idée de donner la chance aux Québécois et à eux seuls de dessiner eux-mêmes leur avenir. C'est l'idée d'organiser partout à travers ce beau territoire qui est le nôtre des assemblées constituantes ayant un caractère officiel et de remettre à tous les citoyens le véritable crayon du pays⁶⁴.

Deux ans plus tard, ce mouvement politique non partisan reprenait cette idée à l'occasion du Congrès de la convergence nationale, un rassemblement citoyen tenu à Montréal au printemps 2013, en la faisant adopter sous la forme d'une résolution : « Qu'un gouvernement indépendantiste majoritaire, une fois élu, proclame une loi créant une convention élue distincte de l'Assemblée nationale, dont le mandat consisterait à rédiger, sur une période de deux ans, un projet de Constitution⁶⁵. » L'année suivante, à l'occasion de l'événement destiNation, organisé conjointement par le Nouveau Mouvement pour le Québec et le Conseil de la souveraineté du Québec (une organisation qui deviendra plus tard les Organisations Unies pour l'Indépendance [les OUI Québec]), les militants réunis ont adopté une résolution en faveur d'une « démarche constituante non-partisane permettant aux QuébécoisEs de définir leur propre constitution avec, au préalable, la mise en place d'un dialogue national non partisan sur l'indépendance⁶⁶ ». Cette résolution est au cœur des pourparlers en cours au sein des OUI Québec qui appuient l'élaboration d'une feuille de route commune vers l'indépendance.

⁶² On lui doit plusieurs ouvrages, articles, conférences et essais étoffant cette idée, parmi lesquels on trouve *Nous, peuple du Québec – Un projet de Constitution du Québec* (Québec, Éditions du Québécois, 2005), *Projet de loi no 196, Constitution québécoise (2007)* et *La Constitution québécoise. Essais sur le droit du Québec de se doter de sa propre loi fondamentale* (Montréal, JFD Éditions, 2013) ou, avec D. Parenteau, G. Paquette et coll., « Une démarche constituante s'impose. Contre le "coup d'État constitutionnel", le temps est venu pour le peuple québécois d'exercer sa souveraineté politique », *Le Devoir*, 15 avril 2013.

⁶³ Projet de loi no 195. *Loi sur l'identité québécoise*, <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-195-38-1.html>, projet consulté le 17 novembre 2016.

⁶⁴ *Brisons l'impasse*, <http://www.unnouveau mouvement.org/brisons-limpasse/>, document consulté le 16 novembre 2016. L'auteur du présent rapport est signataire de ce manifeste, mais n'a pas participé à sa rédaction.

⁶⁵ La page Facebook de l'événement, <https://www.facebook.com/convergencenationale/>, page consultée le 17 novembre 2016.

⁶⁶ Résolutions finales adoptées lors de l'événement destiNation, http://souverainete.info/wp-content/uploads/2013/08/resolutions_finales_destiNation.pdf, document consulté le 17 novembre 2016.

La même année, la Commission nationale des États généraux sur la souveraineté, dont les travaux se sont échelonnés sur deux années (de 2012 à 2014), proposait dans son rapport final une démarche constituante impliquant « la mise sur pied d'une assemblée composée de citoyens de tous les horizons et indépendante de l'Assemblée nationale, et dont le seul mandat sera d'organiser cette démarche constituante et de rédiger une constitution pour le Québec⁶⁷ ». Les commissaires y faisaient également le constat que la stratégie indépendantiste officielle, qui repose uniquement sur le référendum, n'est plus adéquate pour conduire le Québec à l'indépendance. La démarche constituante est alors perçue comme une manière de venir élargir la participation des citoyens au processus devant conduire à l'indépendance de leur pays.

Plus récemment, lors de la dernière course à la chefferie au Parti Québécois, nous avons pu voir la candidate Martine Ouellet défendre l'idée d'une « assemblée préconstituante » afin de doter le Québec d'une « constitution initiale ». Cette assemblée serait suivie, après la déclaration d'indépendance, d'une véritable assemblée constituante en vue de rédiger « la Constitution définitive de la République du Québec »⁶⁸.

Ainsi, depuis les années 1960, de nombreuses propositions de démarche constituante ont été mises de l'avant au Québec par des partis politiques et des groupes de la société civile. L'intérêt à l'égard de cette démarche semble même avoir grandi ces dernières années. Or, dans l'ensemble de ces propositions — aussi diversifiées soient-elles quant à la manière de convoquer cette assemblée, sa composition ou le moment de la créer — on observe *l'absence presque complète de réflexion sur la pratique du pouvoir constituant dans le présent régime politique canadien et québécois*. Cette réflexion préalable est absente de l'analyse accompagnant les différentes propositions. On passe ainsi sous silence la question, pourtant cruciale et élémentaire, relative au pouvoir constituant comme prérogative des Parlements et non du peuple, conformément au principe de la souveraineté parlementaire bien ancré dans le présent régime politique.

Conclusion

Comme nous avons tenté de le montrer dans les pages précédentes, en matière de pouvoir constituant, la pratique du parlementarisme s'applique au Canada et au Québec depuis la Confédération — et même avant, soit depuis la Conquête britannique. L'exercice du pouvoir constituant est une prérogative exclusive des Parlements, ou plus précisément des gouvernements issus des Parlements, aussi bien du Parlement fédéral que celui des provinces, conformément au principe de la souveraineté parlementaire.

Dans les nombreuses propositions mises de l'avant depuis les années 1960 qui sont en faveur de l'adoption d'une démarche constituante au Québec, on remarque l'absence de véritable réflexion sur la pratique du pouvoir constituant dans le présent régime canadien et québécois. Cette pratique demeure largement non problématisée. Aussi ne semble-t-on pas bien mesurer combien cette proposition marquerait une rupture avec la pratique constitutionnelle en place au Canada et au Québec. Or, nous sommes persuadés que l'absence de questionnement sur le pouvoir constituant et de prise de conscience quant au caractère inédit d'une telle démarche dans notre histoire politique n'est pas sans conséquence sur la réception de cette proposition dans le jeu politique. Si tous les appels pour l'intégration d'une démarche constituante dans la grande stratégie indépendantiste québécoise sont jusqu'ici restés lettre morte, cela tient, en bonne partie, à cette absence de problématisation de la pratique du pouvoir

⁶⁷ *Forger notre avenir. Bilan des États généraux sur la souveraineté*, Montréal, Le Renouveau québécois, 2014. L'auteur du présent rapport a été membre de la Commission nationale des États généraux sur la souveraineté, pendant les deux phases de ses travaux. Il a ainsi contribué à la rédaction de ce rapport final.

⁶⁸ *Plan Ouellet 2018-2022 : Pour une République du Québec*, <http://martineouellet.quebec/wp-content/uploads/2016/07/Plan-Ouellet-2018-2022-Pour-une-R%C3%A9publique-du-Qu%C3%A9bec.pdf>, document consulté le 17 novembre 2016.

constituant. Certes, cette réflexion n'est pas absolument essentielle pour juger de la pertinence politique d'une constitution propre au Québec, dans le contexte constitutionnel particulier qui est le sien depuis l'adoption contre son gré de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Au surplus, une telle démarche est assez courante ailleurs sur la planète ; alors pourquoi pas ici, au Québec ? Toute proposition en faveur d'une démarche constituante populaire pour le Québec gagnerait assurément en profondeur, en force et en pertinence si elle intégrait cette réflexion. Elle réussirait fort probablement à recueillir un appui plus important chez les Québécois, y compris chez ceux moins enclins à endosser l'option indépendantiste. Pour le dire simplement, en l'absence d'une pensée claire sur le véritable sens du pouvoir constituant au Canada, aucune véritable démarche constituante au Québec ne sera possible.

Cela dit, parvenir à problématiser la pratique canadienne du pouvoir constituant ne sera en retour possible que si l'on réussit à se détacher des schèmes de pensée et des réflexes politiques que nous impose le régime parlementaire depuis la Conquête et avec lesquels nous avons jusqu'ici appris à penser la question constitutionnelle. Cela doit passer par un *virage républicain* et par la reconnaissance de la primauté non pas des Parlements, mais du peuple, suivant le principe de la souveraineté populaire.

Bibliographie

Sur le pouvoir constituant en général

Colón-Ríos, Joel (2014). « Constituent power, the rights of nature, and universal jurisdiction », *Revue de droit de McGill*, vol. 60, no 1, 127-172.

Colón-Ríos, Joel (2014). « Five Conceptions of Constituent Power », *Law Quarterly Review*, 130, 3016-336.

Kalyvas, Andreas (2005). « Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power », *Constellations*, vol. 12, no 2, 223-244.

Kemal Gözler (1999), *Pouvoir constituant*, Bursa, Éditions Ekin Kitabevi, <<http://www.anayasa.gen.tr/pconstituant.htm>>, consulté le 18 octobre 2016.

Klein, Claude (1996). *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, Presses universitaires de France.

Loughlin, Martin, « The Concept of Constituent Power », *Critical Analysis of Law Workshop*, University of Toronto, 15 Jan 2013, <https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/users/mdubber/CAL/12-13/Loughlin-Paper-Constituent%20Power.pdf>, consultée le 19 mai 2017.

Sur le thème du pouvoir constituant dans le contexte canadien

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet (2014). *Droit constitutionnel*, 6^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

Grammond, Sébastien (1997). « Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum ? », *Les Cahiers du droit*, vol. 38, no 3, 569-605.

Pelletier, Benoît (1996). *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough (Ont.), Carswell.

Ross Hurley, James (1996). *La modification de la Constitution du Canada : historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada.

Taillon, Patrick (2008). « Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »,

Revue québécoise de droit constitutionnel, no 2, 150-173.

Taillon, Patrick, et Catherine Mathieu (2015). « Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle », *Revue de droit de McGill*, vol. 60, no 4, 763-792.

Tremblay, André (1995). *La réforme de la constitution au Canada*, Montréal, Éditions Thémis

Tremblay, Guy (1980). « La Cour suprême et l'amendement constitutionnel », *Les cahiers du droit*, vol. 21, no 1, 31-41.

Tremblay, Guy (2011). « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada », *Revue générale de droit*, vol. 41, no 2, 417-449.

Turp, Daniel (2016), « Le pouvoir constituant et la constitution du Québec », dans Eugénie Brouillet et Patrick Taillon, *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Éditions Yvon Blais.

Turp, Daniel (2013). *La Constitution québécoise. Essais sur le droit du Québec de se doter de sa propre loi fondamentale*, Montréal, JFD Éditions.

Turp, Daniel (2003). *Le droit de choisir : Essais sur le droit du Québec à disposer de lui-même/The Right to Choose : Essays on Québec's Right to Self-Determination*, Montréal, Les Éditions Thémis.

Turp, Daniel (2005), *Nous, peuple du Québec – Un projet de Constitution du Québec*, Québec, Éditions du Québécois.

Programmes, manifestes et autres documents politiques sur ce thème :

Conseil permanent de la jeunesse (2004). *Québec 2018 Idées et projets pour demain*, <<http://constitutionqc.org/boite/2012/08/2018-idees.pdf>>, consulté le 27 octobre 2016.

Therrien L., Larocque A. (2009). *Dialogue avec Claude Béland sur une constitution du Québec d'aujourd'hui. Vers une assemblée constituante citoyenne*, Mouvement Démocratie et Citoyenneté du Québec (MDCQ), Québec, <<http://mdcq.qc.ca/publications/dialogue-avec-claude-beland-sur-une-constitution-du-quebec-daujourd'hui/>>, consultée le 27 octobre 2016.

Nouveau Mouvement pour le Québec, *Brisons l'impasse*, <<http://www.unnouveau mouvement.org/brisons-limpasse/>>, consultée le 27 octobre 2016.

Commission nationale des États généraux sur la souveraineté (2014), *Forger notre avenir. Bilan des États généraux sur la souveraineté*, Éditions du Renouveau québécois.

Programme de Québec solidaire, <<http://api-wp.quebecsolidaire.net/wp-content/uploads/2016/01/Re%CC%81sultats.ENJEU-1.2016finter.pdf>>, consultée le 18 octobre 2016.

Programme d'Option nationale, <<https://opnat.quebec/programme>>, consultée le 18 octobre 2016.

« Bilan des États généraux du Canada français, Chapitre VII. Séance de prorogation » (1969). *L'Action nationale*, volume LVIII, mai-juin (<<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/2163581>>), consulté le 17 novembre 2016.

Programme de l'Union nationale de 1966, <https://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/qc1966un_plt_12072011_113339.pdf>, consulté le 16 novembre 2016.

Programme de l'Union nationale de 1973, <https://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/qc1973un_plt_12072011_113022.pdf>, consulté le 16 novembre 2016.

Programme du Parti Québécois de 1970, *La solution*, <https://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/qc1970pq_plt1_05062009_123430.pdf>, consulté le 16 novembre 2016.

Engagements électoraux du Parti libéral du Québec de 2014, <https://www.plq.org/files/documents/10_engagements_elections_2014.pdf>, consulté le 17 novembre 2017.

Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *Une nouvelle fédération canadienne* (1980), <https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageNotice.aspx?idn=64400>, consulté le 16 novembre 2016.

Programme de l'Action démocratique du Québec de 1994, *Un Québec responsable*, <https://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/qc1994adq_plt_12072011_111843.pdf>, consulté le 16 novembre 2016.

Engagements électoraux de Québec solidaire de 2008, <https://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/qc2008qs_plt_28062011_174237.pdf>, consulté le 16 novembre 2016.

Résolutions finales adoptées lors de l'événement destiNation, <http://souverainete.info/wp-content/uploads/2013/08/resolutions_finales_destiNation.pdf>, consulté le 17 novembre 2016.

Plan Ouellet 2018-2022, Pour une République du Québec, <<http://martineouellet.quebec/wp-content/uploads/2016/07/Plan-Ouellet-2018-2022-Pour-une-R%C3%A9publique-du-Qu%C3%A9bec.pdf>>, consulté le 17 novembre 2016.

Turp, Daniel, *Projet de loi no 196, Constitution québécoise* (2007), <<http://m.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-196-38-1.html>>, consultée le 19 mai 2017.

Robert Neslon, Déclaration d'indépendance du Bas-Canada (1838), <<http://www.1837.qc.ca/1837.pl?out=article&p-no=document62>>, consultée le 17 mai 2017.

Autres documents cités dans le présent rapport :

Dicey, A.V. (2017). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [1885], édité par R. E. Michener, Liberty Fund, Indianapolis, <<http://oll.libertyfund.org/titles/dicey-introduction-to-the-study-of-the-law-of-the-constitution-lf-ed>>, consultée le 19 mai 2017.

Harvey, Louis-George (2009). « Les Patriotes, le républicanisme et la constitution québécoise », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 17, no 3, printemps-été.

Kelsen, Hans (1999). *Théorie pure du droit* [1934], trad. Ch. Eisenmann, Bruxelles, L.G.D.J.

Parenteau, Danic (2015). *L'indépendance par la République. De la souveraineté du peuple à celle de l'État*, Montréal, Fides.

Schmitt, Carl (1993). *Théorie de la Constitution* [1928], tr. L. Deroche, Paris, Presses universitaires de France.

Sieyès (1989), *Qu'est-ce que le tiers état ?* [1789], Paris, Presses universitaires de France.

Texte de la constitution de la V^e République française, <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>>, consulté le 18 octobre 2016.

UN RÉFÉRENDUM SUR L'INDÉPENDANCE ET LA CONSTITUTION DU QUÉBEC : L'ARCHITECTURE D'UNE QUESTION CLAIRE

Anthony Beauséjour¹

Avocat et agent de recherche, Université McGill et Université de Montréal

« Faute de pouvoir voir clair, nous voulons à tout le moins voir clairement les obscurités. »

-Sigmund Freud

Fruit de longs pourparlers entre les divers partis indépendantistes du Québec, les Organisations unies pour l'indépendance présentaient tout récemment une *Proposition de travail sur une modalité commune d'accession à l'indépendance*² par laquelle un référendum unique permettrait de sanctionner conjointement l'indépendance et la Constitution du Québec telle que proposée par une assemblée constituante. Dès 1973, le Parti québécois avançait un projet pour ainsi dire identique, proposition qu'il réitéra en 1989, avant que ses grandes lignes ne soient reprises en 2012 par Option nationale, ainsi que dans chacune des plateformes électorales de Québec solidaire depuis sa création en 2006.

L'idée de soumettre un projet de constitution à la sanction populaire n'apporte pourtant rien de nouveau sous le soleil : l'expérience internationale nous démontre que c'est le peuple qui, par voie référendaire, a souvent le dernier mot sur le nouveau contrat social proposé par une assemblée constituante³.

Cela dit, là où les projets évoqués ci-dessus se distinguent de la norme internationale, c'est qu'ils mettent de l'avant l'idée de tenir un référendum unique permettant de sanctionner conjointement l'indépendance et la Constitution d'une nation. Cette manière de faire propose donc non seulement le *projet de faire un pays*, mais également un *projet de pays* bien défini. Idée originale, certes, mais pourtant rendue nécessaire du fait que le Québec – comme la majorité des nations pouvant aspirer à la souveraineté – ne dispose ni de sa propre constitution, ni de sa pleine indépendance. Or, d'aucuns considèrent que ces deux concepts sont indissociables en ce que l'avènement de l'un doit impérativement concorder avec l'avènement de l'autre. Un processus constituant resterait inachevé si, au final, la constitution qui en serait le fruit ne pouvait s'enraciner dans le terreau d'un État indépendant. La Constitution d'un pays n'est qu'un vœu pieux si elle ne peut produire tous ses effets dans l'incarnation d'un corps souverain, au même titre qu'un État indépendant n'est qu'un concept de forme devant forcément être animé d'un esprit constitutionnel.

Par conséquent, un peuple désireux d'accéder à l'indépendance, comme pourrait éventuellement l'être celui du Québec, est confronté à la double tâche de faire approuver à la fois sa Constitution et son indépendance, d'où le réflexe de regrouper ces deux enjeux sous l'égide d'un référendum unique⁴.

¹ L'auteur tient à remercier madame Rosalie Jetté pour son précieux travail de recherche en vue de la rédaction du présent article.

² Parti Québécois, Québec Solidaire, Option Nationale et Bloc Québécois, *Proposition de travail sur une modalité commune d'accession à l'indépendance*, OUI Québec, <http://www.ouiquebec.org/single-post/2017/05/25/modalite%20commune>, consulté le 24 août 2017

³ À ce sujet, voir l'annexe 1 de l'étude du professeur Daniel Turp, à la page 19 du présent ouvrage.

⁴ L'Islande (1944), Samoa (1961), Malte (1964) et Niue (1974) font partie des rares exemples internationaux où un référendum unique a permis à un peuple de consentir à la fois à l'adoption de sa Constitution et à son indépendance – quoique partielle du côté de Samoa et de Niue. À ce sujet, voir l'annexe 2 de l'étude du professeur Daniel Turp, à la page 27 du présent ouvrage.

Une problématique surgit toutefois pour le Québec lorsque vient le moment d'élaborer une question référendaire qui, joignant constitution et souveraineté, serait claire et recevable en regard du droit positif. À cette enseigne, le concept même de clarté référendaire tire ses sources dans un avis de la Cour suprême du Canada, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁵. De plus, et bien que la légitimité politico-juridique et la validité constitutionnelle de cette législation fédérale restent sujettes à de fortes cautions⁶, un autre texte juridique ne peut être ignoré au stade de l'architecture d'une question référendaire : la *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁷.

L'objectif de la présente étude est donc d'évaluer la clarté juridique de trois différentes structures de questions référendaires afin de déterminer si et comment les enjeux de l'indépendance et de la Constitution du Québec peuvent être réunis en un seul et même bulletin de vote référendaire⁸.

À cette fin, nous procéderons tout d'abord (I) à une analyse textuelle, contextuelle et téléologique des exigences de clarté auxquelles réfèrent (I.A) le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* et (I.B) la *Loi sur la clarté*, conjointement à une revue comparative de la doctrine québécoise et internationale relative à ces deux sources juridiques.

À la lumière des conclusions que nous aurons dégagées de notre étude du *Renvoi* et de la *Loi*, nous procéderons ensuite (II) à l'analyse de trois structures de questions référendaires portant à la fois sur l'indépendance et sur la Constitution du Québec. Ces structures comporteront respectivement (II.A) deux questions distinctes, l'une sur l'indépendance du Québec et l'autre sur sa Constitution, (II.B) une question unique où la Constitution sous-tendrait l'indépendance du Québec et (II.C) une question unique offrant l'alternative entre la Constitution du Québec et la Constitution du Canada.

Finalement, cette analyse nous permettra de formuler un ou des libellés de question référendaire portant conjointement sur la Constitution et sur l'indépendance du Québec qui seraient recevables en regard du *Renvoi* et de la *Loi*.

Les exigences jurisprudentielles et législatives relatives à la clarté d'une question référendaire

Le Renvoi relatif à la sécession du Québec

C'est dans la foulée du référendum du 30 octobre 1995 que le gouvernement fédéral saisit la Cour suprême du Canada d'une demande de renvoi visant à clarifier la légalité d'une démarche sécessionniste au Québec⁹. Des justiciables s'étaient déjà adressés aux tribunaux québécois sur la question¹⁰, mais Ottawa s'était jusqu'alors abstenu de prendre part aux contestations judiciaires.

⁵ [1998] 2 R.C.S. 217 (ci-après le « *Renvoi relatif à la sécession du Québec* » ou le « *Renvoi* »).

⁶ Voir notamment John D. Whyte, « Why the Clarity Act must go », *The Star*, 17 février 2013, https://www.thestar.com/opinion/editorial-opinion/2013/02/17/why_the_clarity_act_must_go.html, consulté le 26 juin 2017; Patrick Taillon, « De la clarté à l'arbitraire : le contrôle de la question et des résultats référendaires par le Parlement canadien », *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, no 20, 2014, p.14-59; Société St-Jean-Baptiste de Montréal, *Requête pour intervenir à titre amical lors de l'instruction*, Henderson c. Procureur général du Québec, No 500-05-065031-013, 26 août 2016 (C.S.); Henri Brun, « Le Clarity Act est inconstitutionnel – Le gouvernement du Québec devrait contester par renvoi la constitutionnalité de la loi », *Le Devoir*, 23 février 2000, p. A-7 et Patrice Garant, « Projet de loi C-20 sur la «clarté»- Des modifications s'imposent », *Le Devoir*, 1er mars 2000, p. A-4.

⁷ L.C. 2000, c. 26 (ci-après la « *Loi sur la clarté* » ou la « *Loi* »).

⁸ Bien que le Québec ait compétence pour élaborer sa Constitution interne suivant les termes de la Constitution canadienne (*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 92 (1) et *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 45), la présente étude n'abordera que l'enjeu de l'adoption de la Constitution du Québec indépendant.

⁹ Cette demande de renvoi avait été formulée en application de l'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26.

¹⁰ Voir notamment *Bertrand c. Bégin*, [1995] R.J.Q. 2500 (C.S.).

Le 20 août 1998, la Cour suprême confirma dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec* que le Québec a le droit de chercher à faire sécession. Corrélativement, les autres parties à la fédération canadienne auraient l'obligation de considérer et de respecter cette expression de la volonté démocratique des Québécois en engageant des négociations¹¹. Comme la sécession du Québec commanderait des modifications à la Constitution canadienne, ces négociations ne sauraient être que multilatérales, impliquant à la fois Ottawa et les dix gouvernements provinciaux¹².

Au Canada, le pouvoir constituant et le droit d'initiative en matière de modification constitutionnelle reposent entre les mains des « représentants du peuple élus démocratiquement¹³ », à savoir les députés des assemblées législatives des dix provinces et du Parlement du Canada. Or, une obligation de négocier incombe à tous les membres de la fédération dès lors que l'un d'eux formule le désir légitime de modifier la Constitution, y compris le souhait de se séparer du reste du pays¹⁴. Bien qu'elle admette que le référendum n'ait ni rôle direct ni implication juridique au Canada, la Cour suprême reconnaît qu'un référendum pourrait conférer au Québec la légitimité nécessaire pour entamer des pourparlers constitutionnels visant à faire sécession du reste du pays¹⁵. Afin qu'en naisse l'obligation de négocier, un référendum devrait cependant « [aboutir] à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire¹⁶ ».

Assez paradoxalement, et bien que cette expression revienne à six reprises dans ses motifs, la Cour suprême prend le parti de ne pas définir ce qu'elle entend par les mots « question claire », cet enjeu relevant de la sphère politique¹⁷. La seule précision de la Cour portant sur la notion de clarté est une simple périphrase : « Pour être considérés comme l'expression de la volonté démocratique, les résultats d'un référendum doivent être dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu¹⁸ ».

¹¹ Comme l'affirme la Cour suprême, ces droits et obligations ont pour fondement constitutionnel le principe du fédéralisme et le principe démocratique : « Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé ». Voir *Renvoi*, par. 88.

¹² *Ibid.*, par. 84.

¹³ *Ibid.*, par. 69 et 88.

¹⁴ *Ibid.*, par. 88. Ces négociations devraient se dérouler dans l'esprit des quatre principes constitutionnels guidant la décision de la Cour suprême, soit le fédéralisme, la démocratie, le respect des minorités ainsi que le constitutionnalisme et la primauté du droit (*ibid.*, par. 49 à 82). S'agissant de ces négociations, ce ne sont pas les conditions de la sécession qui seraient à négocier, mais bien la sécession elle-même. Les acteurs de la fédération ne seraient tenus à aucune obligation de résultat, mais seraient néanmoins dans l'obligation de négocier de bonne foi, et ce, en envisageant la possibilité d'une sécession du Québec (*ibid.*, par. 89 à 97).

¹⁵ *Ibid.* Certains auteurs sont d'opinion qu'un référendum est une condition *sine qua non* à la sécession du Québec : voir Patrick J. Monahan et Byron Shaw, *Constitutional Law*, 4e éd., Toronto, Irwin Law, 2013, p. 229. Nous faisons cependant une lecture toute autre du *Renvoi*. À notre sens, la Cour indique qu'une tentative de modification constitutionnelle doit être légitime et qu'à ce titre, un référendum ne constitue qu'une façon de légitimer cette démarche : c'est donc que la légitimité peut découler d'autres motifs. Les accords du Lac Meech et de Charlottetown, de même que la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Loi constitutionnelle de 1982*, n'ont d'ailleurs fait l'objet d'aucun référendum préalable aux négociations. Henri Laberge était du même avis lorsqu'il fut entendu par le Comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-20 : « La Cour suprême ne pose donc pas la tenue d'un référendum comme un préalable nécessaire à l'initiative de l'Assemblée nationale. Elle indique cependant que l'expression claire de la volonté du peuple par référendum rend plus impérieuse l'obligation de négocier, et rend impérieuse l'obligation de tenir compte de cette volonté et l'obligation de reconnaître la légitimité démocratique de la proposition de modification de l'ordre constitutionnel qu'elle comporte ». Voir Canada, Chambre des communes, Comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-20, Premier rapport, 2e sess., 36e légis. (22 février 2000), 11h30 (M. Henri Laberge). Voir aussi Andrée Lajoie, *Contribution aux travaux de la Commission parlementaire sur le Projet de loi 99, sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, Québec, février 2000, p. 2 et 3 et Anthony Beauséjour, *Les référendums sur la souveraineté de l'Écosse et de la Catalogne : Le Renvoi relatif à la sécession du Québec en comparaison*, Montréal, Papyrus, 2016, p. 127 à 129.

¹⁶ *Renvoi*, par. 150. Bien que la notion de majorité claire ait fait l'objet d'innombrables commentaires au fil des années, nous éviterons à dessein de nous y pencher afin de mieux nous concentrer sur le concept de question claire.

¹⁷ *Ibid.*, par. 100 et 153.

¹⁸ *Ibid.*, par. 87. Il est intéressant de noter que les motifs anglais du *Renvoi* sont moins catégoriques, traitant de résultats « free of ambiguity » plutôt que « dénués de toute ambiguïté » : « The referendum result, if it is to be taken as an expression of the democratic will, must be free of ambiguity both in terms of the question asked and in terms of the support it achieves. » Comme partout dans la présente étude, les italiques sont celles de l'auteur.

C'est donc dire que par « question claire », la Cour entend une question dénuée de toute ambiguïté. Précision tautologique, certes, mais doublant déjà notre assise lexicologique. À ce stade, Claude Ryan suggère de définir ces mots suivant leur sens commun¹⁹, une méthode d'interprétation également prônée par la Cour suprême²⁰. Or, il ressort des dictionnaires²¹ français et anglais que le mot « clair » définit ce qui est intelligible et libre de doute ou d'ambiguïté. De manière similaire, « ambiguïté » doit s'entendre de ce qui est sujet à diverses interprétations ou encore dont peuvent émaner plusieurs sens possibles. Cette interprétation littérale des termes employés par la Cour suprême rejoint la position de Patrick Taillon, qui explique que la notion de clarté doit « exclure les questions équivoques, déloyales ou tendancieuses qui cherchent à travestir la véritable nature d'un objet soumis *ad referendum*²² ».

L'autre difficulté survient précisément lorsqu'arrive l'étape de mettre un mot sur cet « objet soumis *ad referendum* » dont le professeur Taillon fait état, et que nous appellerons à nos fins le *cœur de la question*²³. Pour Stéphane Dion, les mots sont très limités afin qu'une question portant sur la souveraineté du Québec puisse être qualifiée de claire :

Nous savons tous à quoi ressemblerait une question claire sur la sécession. Ce qui est compliqué, c'est d'imaginer une question confuse. La Cour suprême parle de la « volonté de ne plus faire partie du Canada ». Plus la question se rapproche de ce libellé, plus elle est claire. Mais on peut en imaginer d'autres : voulez-vous que votre province se sépare du Canada? Voulez-vous que votre province cesse de faire partie du Canada et devienne un pays indépendant?²⁴

À cela, le professeur Fernand Couturier répond que « [la] question : "Voulez-vous que le Québec se sépare du Canada?" est simple, mais n'est pas claire²⁵ ». Selon lui, une telle question élude et distord l'enjeu premier du référendum, soit la pleine souveraineté du Québec²⁶.

Si Stéphane Dion n'a pas tort d'affirmer que la Cour suprême « parle de la "volonté de ne plus faire partie du Canada" », il occulte toutefois l'usage par la Cour de multiples termes en guise de synonymes à ceux qu'il suggère. En effet, la Cour souligne à plusieurs reprises que le référendum doit permettre à la population d'exprimer clairement sa volonté démocratique²⁷. La Cour énonce de plusieurs manières l'objet sur lequel peut porter cette volonté, qui prend tour à tour le nom de « désir de réaliser la sécession²⁸ », de « rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant²⁹ », de « désir de ne plus faire partie du Canada³⁰ » ou de « volonté d'autodé-

¹⁹ Claude Ryan, « Consequences of the Quebec Secession Reference », *C.D. Howe Institute Commentary*, no 139, 2000, p. 8.

²⁰ Voir notamment *Sabena c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.*, 2017 C.S.C. 7.

²¹ Voir notamment *Le Petit Larousse*, *Le Grand Robert de la langue française*, le *Merriam-Webster* et le *Cambridge Dictionary*.

²² Patrick Taillon, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, Paris, Dalloz, 2012, p. 174.

²³ Sans vouloir entrer dans les considérations stratégiques, nous soulignerons au passage que des études démontrent que le mot central définissant l'enjeu soumis *ad referendum* (souveraineté ou sécession, par exemple) peut grandement influencer les résultats obtenus à un même moment dans le temps. Voir notamment François Yale et Claire Durand, « What did Quebecers Want? Impact of Question Wording, Constitutional Proposal and Context on Support for Sovereignty, 1976-2008 », *American Review of Canadian Studies*, vol. 41, no 3, 2011, p. 242 à 258.

²⁴ Stéphane Dion, *Sécession et démocratie : une perspective canadienne*, Elcano Royal Institute, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/europa/stephane-dion-secession-democratie-canada, consulté le 31 mars 2017.

²⁵ Fernand Couturier, *Un peuple et sa langue : Pour l'avenir du Québec*, 2e éd., Laval, Fondation littéraire Fleur de Lys, 2009, p. 354.

²⁶ Nous partageons également l'avis du professeur Couturier, en ce sens où l'objet, le but du référendum serait de faire accéder le Québec à sa pleine souveraineté. À ce titre, la sécession ne serait que le moyen d'accéder à cet objectif, voire un effet secondaire à celui-ci. Le professeur Couturier souligne d'ailleurs que la question portant sur la « séparation du Canada » est trompeuse, car elle fait abstraction des ententes subséquentes que Québec entendrait conclure avec Ottawa.

²⁷ *Renvoi*, par. 87, 88, 92, 100, 139 et 151

²⁸ *Ibid.*, par. 88. La Cour emprunte également l'idée de la volonté de faire sécession aux par. 87, 93, 96, 100, 148, 150, 153 et 154.

²⁹ *Ibid.*, par. 88. Au même paragraphe, la Cour utilise les termes « répudiation claire de l'ordre juridique existant ».

³⁰ *Ibid.*, par. 92, 104 et 151.

termination³¹ ». Discourant sur l'histoire canadienne, la Cour renvoie notamment au « pouvoir *souverain* transféré de Westminster aux capitales fédérale et provinciales du Canada »³², ainsi qu'à la transition « du Canada du statut de colonie à celui d'État *indépendant* »³³. De la même manière, dans son analyse du droit international applicable, la Cour réfère aux États étrangers sous le vocable d'États « souverains » ou « indépendants³⁴ ». Or, si la Cour décrit comme tels le Canada et les autres États effectivement souverains et indépendants, nous pouvons présumer que ces mêmes mots, placés au cœur d'une question référendaire, répondraient aux exigences de clarté auxquelles réfère le *Renvoi*. Au demeurant, Stéphane Dion admet lui-même que les mots sécession, souveraineté et indépendance sont synonymes³⁵.

Le *Renvoi* n'exige donc en rien que le cœur de la question référendaire porte exclusivement et directement sur la volonté des Québécois de ne plus faire partie du Canada³⁶. L'objet de cette question peut être protéiforme, sans pour autant contrevenir aux exigences de clarté et de non-ambiguïté de la Cour. La professeure Andrée Lajoie partage cet avis :

À défaut de trouver dans l'avis consultatif le sens à donner à « question claire », on peut, je crois, en exclure au moins deux, à partir du fondement même de l'exigence de clarté imposée par la Cour. Le premier sens à exclure serait celui qui exigerait qu'une question claire porte uniquement sur la sécession et la mentionne expressément. Le second serait celui selon lequel la clarté implique un seul sens univoque pour tous [...]³⁷.

Au-delà des prescriptions applicables au cœur de la question référendaire, la deuxième exclusion présentée par Lajoie nous amène à l'univocité de la notion de clarté elle-même. Selon Lajoie, il est littéralement impossible de « donner au terme clarté un sens univoque, hors du contexte où la question serait posée³⁸ ». Cette affirmation trouve ses racines dans le texte même du *Renvoi*, qui précise qu'il « reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste une « question claire » » et que cette analyse devra être faite « suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu³⁹ ». José Woehrling définit comme suit les « circonstances » qui permettraient d'évaluer la clarté d'une question référendaire :

La façon dont la campagne aura été menée, en particulier les déclarations et explications des porte-paroles souverainistes et fédéralistes, auront au moins autant d'effets sur la compréhension du projet présenté à la population que la formulation de la question elle-même. Le déroulement de la campagne référendaire ferait forcément partie, croyons-nous, des « circonstances », pour reprendre les termes de la Cour suprême, dans lesquelles les « ambiguïtés » pourraient être considérées comme résolues⁴⁰.

³¹ *Ibid.*, par. 92.

³² *Ibid.*, par. 44.

³³ *Ibid.*, par. 46. Une formulation semblable se retrouve également au par. 107.

³⁴ *Ibid.*, par. 109, 110, 111, 122, 126, 127 et 136.

³⁵ Stéphane Dion, « Section opinions », *La Presse*, 16 novembre 1994, p. B3. Si la notion de souveraineté était retenue dans le libellé de la question référendaire, certains suggèrent de l'apposer au mot « pays (souverain) » afin d'éviter toute ambiguïté, le Québec étant d'ores et déjà souverain dans les champs de compétence que lui reconnaît la Constitution canadienne. Lors du référendum de 1995, le Parti libéral du Québec avait d'ailleurs proposé cet amendement, qui fut toutefois rejeté. Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 115.

³⁶ Alain Pellet est du même avis, jugeant que si la Cour avait sous-entendu qu'une seule forme de question pouvait répondre aux exigences de clarté du *Renvoi*, ses *obiter dicta* perdraient toute utilité. Voir Alain Pellet, *Avis juridique sommaire sur le projet de loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême dans son avis sur le Renvoi relatif à la sécession du Québec*, décembre 1999, section 4.

³⁷ Andrée Lajoie, « La Loi sur la clarté dans son contexte », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Québec : État et société, tome II*, Montréal, Québec/Amérique, 2003, p. 181.

³⁸ *Ibid.*, p. 184.

³⁹ *Renvoi*, par. 153.

⁴⁰ José Woehrling, « Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec », dans Québec, ministère du Conseil exécutif (bureau de coordination des études), *La mise à jour des études originellement préparées pour la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (1990-1991) et pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992)*, vol. 2, Québec, ministère du Conseil exécutif, 2002, p. 77

Pour le professeur Couturier, la clarté de la question s'évalue autant sur la base de son texte que sur celle de son contexte :

[I]l est bien clair pour une lecture le moins attentive que, dans la pensée de la Cour, la clarté de la question et de la majorité ne se détermine pas dans l'absolu ou dans l'abstrait, mais en tenant compte des circonstances entourant le référendum⁴¹.

Attendu que le libellé de la question participe autant à sa clarté que les circonstances dans lesquelles un référendum est tenu, le professeur Woehrling conclut qu'en conséquence, les acteurs de la fédération

devraient attendre, pour procéder à [l'évaluation de la clarté de la question], que les possibles ambiguïtés soient résolues et que les circonstances dans lesquelles elles le seraient soient réunies, ce qui laisse entendre qu'ils ne devraient pas procéder à une telle évaluation de façon prématurée⁴².

Au-delà du libellé et du contexte de la question référendaire, certains avancent néanmoins que l'exigence de clarté n'est qu'un mirage, puisqu'elle sous-tend erronément que tous interpréteraient d'une même manière les termes au demeurant intelligibles d'une question référendaire :

Imposer une obligation de clarté revient à dire que tous les membres d'une communauté politique partagent le même point de vue; c'est là un postulat irréaliste et impossible, voire indésirable. Essentiellement, en exigeant que les acteurs politiques déterminent si les conditions de clarté sont respectées, la Cour a octroyé à une partie un droit de regard sur l'autre (en l'occurrence, le reste du Canada sur l'approche du Québec); d'aucuns pourraient également avancer qu'un droit de veto a également été accordé sur l'interprétation ou la perception qu'ont les citoyens de la résolution. [N]ul ne peut s'attendre à ce qu'il n'existe qu'une seule compréhension des mots, des notions et des termes⁴³.

C'est d'ailleurs pourquoi Andrée Lajoie suggère de laisser aux destinataires du référendum, les Québécois, le dernier mot sur la clarté de la question qui leur est posée :

En effet, le sens des mots et des énoncés n'est pas donné objectivement, une fois pour toutes, il est construit selon le contexte où ils sont employés. Plus précisément, le processus qui consiste à leur donner sens ne se produit pas unilatéralement dans un vacuum social, mais au sein d'une communauté à laquelle s'adresse son auteur : l'utilisation du langage implique le dialogue. Il en résulte que ce n'est pas l'auteur seul qui détermine le sens de son discours, mais également ceux et celles auxquels le message est adressé. Ce n'est pas dire que le lecteur d'un texte, son « adressataire », ait toute latitude pour lui attribuer n'importe quel sens, mais c'est à cet adressataire de le déterminer, à l'intérieur de la marge de manœuvre qui est la sienne, dans le contexte qui est le sien.

⁴¹ Fernand Couturier, *op. cit.*, note 25, p. 356. Cet auteur avance même que la question référendaire devrait faire état du contexte dans lequel elle s'inscrit. Ainsi la question, pour être claire, devrait être complexe en renvoyant à une pluralité d'éléments inséparables, comme enjeu, et en les signifiant adéquatement. Elle serait claire dans la mesure même où elle expliciterait ou démêlerait cet enjeu. Par opposition, une question simple, ne comportant aucune subordonnée, taisant les circonstances ou facteurs environnants, serait obscure. Nous avons toutefois certaines réserves quant à cette position. En effet, si le texte et le contexte sont complémentaires en ce qu'ils sont tous deux de nature à influencer la clarté d'une question, ces deux éléments restent distincts et il serait antinomique de chercher à définir le contexte par le texte. Dès lors qu'on admet qu'une question référendaire s'inscrit dans un contexte socio-politique, intégrer celui-ci dans le libellé de la question revient selon nous à en contrôler, voire à en nier l'essence autonome. Si une question s'inscrit naturellement dans son contexte, celui-ci procédera par lui-même à clarifier l'enjeu référendaire

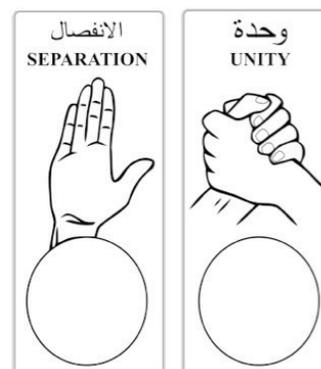
⁴² José Woehrling, *op. cit.*, note 40, p. 74.

⁴³ François Rocher et Nadia Verrelli, « Questioning Constitutional Democracy in Canada: From the Canadian Supreme Court Reference on Quebec Secession to the Clarity Act », dans Alain-G. Gagnon, Montserrat Guibernau et François Rocher (dir.), *The Conditions Of Diversity in Multinational Democracies*, Montréal, The Institute for Research on Public Policy, 2003, p. 213. Les extraits tirés d'ouvrages en langue étrangère font l'objet d'une traduction libre de l'auteur de la présente étude. L'extrait en langue originale se lit comme suit: «To impose an obligation of clarity is to say that all members of a political community share the same point of view; this is both unrealistic and impossible, if not to mention undesirable. Essentially, the Court, by requiring that the political actors determine if the conditions of clarity are respected, granted one party un droit de regard over the other (in this circumstance, the rest of Canada over the Quebec approach); one can also argue that a veto over the citizen's interpretation or perception of the resolution was also granted. [O]ne cannot expect that there exists only one understanding of the words, notions and terms ».

Les bornes imposées à l'interprétation d'un texte ne découlent pas seulement de son énoncé, ni encore moins de l'intention de son auteur, mais de sa compatibilité avec le sens « commun » que lui attribue sa communauté interprétative de référence.

Dit autrement, énoncé dans le contexte d'une question référendaire, ce principe conduit à affirmer que le sens d'une question posée – et conséquemment son degré de clarté – relève de ceux et celles à qui cette question est posée : ici les Québécois. Au moment où elle est posée, et dès lors qu'elle s'adresse aux Québécois, c'est à eux de décider s'ils estiment la comprendre et pouvoir y répondre, et personne d'autre n'est habilité à décider cela pour eux. Il n'y a de définition de clarté que celle qui leur convient, et le sens que d'autres, à qui la question ne s'adresse pas, pourraient éventuellement y donner n'est pas pertinent⁴⁴.

Cette assertion de la professeure Lajoie trouve d'ailleurs écho à l'international. En 2011, dans le cadre du référendum sur l'indépendance du Soudan du Sud supervisé par l'ONU, la Commission référendaire sud-soudanaise publia un bulletin de vote sans question. Seules deux options étaient présentées, traduites en anglais, en arabe et par des pictogrammes : une main ouverte et une autre, fermée, respectivement pour la « séparation » et pour « l'unité⁴⁵ ». Ces pictogrammes ne seraient sans doute d'aucune clarté pour la majorité des étrangers à la culture sud-soudanaise; peut-être seraient-ils même de nature à occulter l'enjeu référendaire réel. Dans un pays où moins du quart de la population est alphabétisée⁴⁶, toutefois, ces images étaient sans nul doute plus explicites qu'un texte indéchiffrable. À notre sens, cet exemple démontre qu'une personne à qui une question n'est pas adressée n'a ni la compétence, ni la légitimité d'en apprécier la clarté⁴⁷.



⁴⁴ Andrée Lajoie, « La Loi sur la clarté dans son contexte », op.cit., note 37, p. 184 et 185. Le professeur Matt Qvortrup va plus loin encore, avançant que la question référendaire est d'une importance mineure dans la compréhension de l'enjeu référendaire, les électeurs s'informant sur la question et faisant leur choix bien avant d'être confrontés au bulletin de vote. Voir Matt Qvortrup, *The 'Neverendum? A History of Referendums and Independence*, Political Studies Association, <https://www.psa.ac.uk/political-insight/%E2%80%99neverendum%E2%80%99-history-referendums-and-independence>, consulté le 31 mars 2017.

⁴⁵ Voir notamment *Observing the 2011 Referendum on the Self-Determination of Southern Sudan*, Atlanta, The Carter Center, 2011.

⁴⁶ CIA, *The World Factbook: South Sudan*, Library of the Central Intelligence Agency, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/od.html>, consulté le 26 juin 2017.

⁴⁷ Plus près de nous, dans sa mission d'évaluation de la clarté des questions référendaires, la Commission électorale britannique met d'ailleurs sur pied des groupes de discussion parmi l'électorat afin d'évaluer l'intelligibilité des questions référendaires proposées par le gouvernement. Lors des deux plus récents référendums britanniques, respectivement sur l'indépendance de l'Écosse et sur le Brexit, ces consultations populaires ont d'ailleurs mené à d'importantes modifications au libellé initial des questions. Voir *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000*, c. 41 (R.-U.), Electoral Commission, *Referendum on independence for Scotland: Advice of the Electoral Commission on the proposed referendum question*, Londres, Electoral Commission Publications, 2013 et Electoral Commission, *Referendum on membership of the European Union: Assessment of the Electoral Commission on the proposed referendum question*, Londres, Electoral Commission Publications, 2015.

Nous nous retrouvons donc devant un conflit en apparence irrésoluble. En amont, la Cour suprême commande une question claire et donc univoque pour tous; en aval, d'aucuns soulignent qu'il s'agit là d'un objectif inatteignable. Or, nous estimons que s'il est effectivement impossible d'assurer que tous interprètent d'une même façon un libellé donné, il demeure néanmoins faisable – et au demeurant requis par le *Renvoi* – d'en circonscrire au maximum les significations possibles.

Sur la base de ce qui précède nous tirons donc du *Renvoi* les conclusions suivantes :

- La question référendaire doit être claire, dénuée d'ambiguïté et intelligible. Dans la mesure du possible, elle sera également univoque en circonscrivant au maximum les interprétations possibles des termes utilisés et de l'ensemble formé par ceux-ci, et ce, depuis le point de vue subjectif de la population québécoise.
- La volonté populaire doit pouvoir s'exprimer clairement en réponse à la question.
- Le cœur de la question référendaire peut être protéiforme, mais doit emprunter l'une des formulations suivantes :
 - o la sécession du Québec;
 - o le rejet de l'ordre constitutionnel existant;
 - o ne plus faire partie du Canada;
 - o l'autodétermination, la souveraineté ou l'indépendance du Québec⁴⁸.
- Les éléments qui précèdent doivent être évalués à la lumière des circonstances dans lesquelles le référendum est tenu.

La Loi sur la clarté

C'est environ un an après la publication du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* que le gouvernement du Canada présenta la pièce maîtresse de son célèbre « Plan B », la *Loi sur la clarté*. Une loi analogue était morte au feuilletton en 1996⁴⁹, mais cette fois, le Parlement fédéral entendait asseoir sa législation sur les motifs du *Renvoi*⁵⁰. Paradoxalement, toutefois, au lieu d'établir les conditions suivant lesquelles la Chambre des Communes pourrait déterminer qu'une question et une majorité référendaires sont bel et bien claires, la *Loi sur la clarté* fait l'inverse, comme le souligne à juste titre le professeur Daniel Turp :

Une lecture attentive de la loi permet de constater par ailleurs que celle-ci se présente davantage comme une loi sur l'obligation « de ne pas négocier » puisqu'elle définit les circonstances dans lesquelles le gouvernement du Canada « n'engage aucune négociation sur les conditions auxquelles une

⁴⁸ Ces critères se rapprochent essentiellement des lignes directrices établies en 2009 par la Commission électorale britannique afin d'évaluer la clarté des questions référendaires proposées par le gouvernement :

« Une question référendaire devrait présenter les options clairement, simplement et avec neutralité. Elle devrait donc : être facile à comprendre, aller droit au but, être sans ambiguïté, éviter d'encourager les votants à considérer une réponse plus favorablement qu'une autre, éviter d'induire les votants en erreur ». Voir Electoral Commission, *Referendum question assessment guidelines*, Londres, Electoral Commission Publications, 2009. L'extrait en langue originale se lit comme suit : « A referendum question should present the options clearly, simply and neutrally. So it should: be easy to understand, be to the point, be unambiguous, avoid encouraging voters to consider one response more favourably than another, avoid misleading voters ».

⁴⁹ Projet de loi C-341, *Loi déterminant les conditions auxquelles un référendum sur la séparation du Québec du Canada doit satisfaire pour être considéré comme l'expression véritable de la volonté de la population du Québec*, 2e sess., 35e légis.

⁵⁰ *Loi sur la clarté*, préambule.

province pourrait cesser de faire partie du Canada⁵¹ ».

Le professeur Patrice Garant avance quant à lui que les conditions de clarté auxquelles réfère la *Loi* font en sorte que celle-ci « ajoute à la négociation des conditions non prévues par la Cour suprême⁵² ». Patrick Taillon est du même avis, affirmant que la *Loi* ne donne pas effet au *Renvoi*, mais qu'elle en extrapole les conclusions afin d'en mitiger les effets :

Ainsi, l'objectif de la *Loi* fédérale sur la clarté n'est pas tant « d'améliorer » ou de s'ingérer dans le fonctionnement de la démocratie référendaire au niveau provincial, mais bien seulement de définir à la baisse la portée de l'obligation constitutionnelle de négocier par la mise en place d'une procédure par laquelle le Parlement fédéral évalue la clarté de l'expression référendaire⁵³.

En effet, la *Loi sur la clarté* interdirait au gouvernement fédéral d'entamer des négociations sur la sécession d'une province dès lors que les Communes concluraient que la question référendaire à cet effet n'est pas claire :

1 [...] (6) Le gouvernement du Canada n'engage aucune négociation sur les conditions auxquelles une province pourrait cesser de faire partie du Canada si la Chambre des communes conclut, conformément au présent article, que la question référendaire n'est pas claire et, par conséquent, ne permettrait pas à la population de la province de déclarer clairement si elle veut ou non que celle-ci cesse de faire partie du Canada.

La *Loi* prédétermine par ailleurs à quel moment la Chambre des communes serait appelée à déterminer si la question référendaire est effectivement claire :

1 (1) Dans les trente jours suivant le dépôt à l'assemblée législative d'une province, ou toute autre communication officielle, par le gouvernement de cette province, du texte de la question qu'il entend soumettre à ses électeurs dans le cadre d'un référendum sur un projet de sécession de la province du

⁵¹ Daniel Turp, *Le droit de choisir : Essais sur le droit du Québec à disposer de lui-même*, Montréal, Thémis, 2001, p. 786. À notre sens, il s'agit là du premier biais de la *Loi sur la clarté* : alors que le *Renvoi* établit que l'expression d'une majorité claire en réponse à une question claire fait naître une obligation de négocier la sécession, la *Loi sur la clarté* prévoit les circonstances dans lesquelles il serait interdit au gouvernement fédéral d'entamer lesdites négociations. Il est certainement paradoxal que la *Loi* établisse des cas de figure donnant lieu à une interdiction de négocier, alors même que c'est précisément l'inverse que prescrit le *Renvoi*. Par ailleurs, il nous semble futile d'avoir encadré l'obligation de négocier du gouvernement fédéral au moyen d'une loi qui, en dernier ressort, ne pourrait pas être mise en œuvre par les tribunaux, la Cour suprême ayant indiqué que l'enjeu de la clarté n'est pas justiciable. Finalement, il est tout aussi surprenant de constater qu'aux termes de la *Loi*, c'est la Chambre des Communes qui est investie du pouvoir d'interdire toute négociation au gouvernement, cela alors que c'est au gouvernement que le *Renvoi* impose l'obligation de négocier. Ainsi, la *Loi sur la clarté* ne serait pas une loi habilitante (au demeurant inutile), mais plutôt une loi venant restreindre la portée d'une obligation constitutionnelle. Sans même aborder les considérations juridiques du pouvoir discrétionnaire et de la prérogative royale dont le gouvernement fédéral est théoriquement investi en ce qui a trait aux négociations constitutionnelles, la *Loi* nous paraît illégitime en ce que le pouvoir législatif s'arroge le droit de statuer sur la naissance d'une obligation que le judiciaire impose à l'exécutif. Voir notamment Choudhry, Sujit, « Popular Revolution or Popular Constitutionalism? Reflections on the Constitutional Politics of Quebec Secession », dans Richard W. Bauman, et Tsvi Kahana, *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 489 et 490 : « Avant même la tenue d'un futur référendum, [la *Loi sur la clarté*] lie l'exécutif fédéral aux procédures qui y sont prévues afin de déterminer à la fois une question claire et une majorité claire, plutôt que de donner à l'exécutif fédéral les coudées franches. En effet, elle interdit au gouvernement fédéral de négocier la sécession du Québec si la Chambre des communes détermine que la question ou la majorité n'est pas claire ». L'extrait en langue originale se lit comme suit : « [The Clarity Act] precommits the federal executive in advance of a future referendum to the procedures spelled out [therein] to determine both a clear question and a clear majority, as opposed to giving the federal executive a free hand. Indeed, it prohibits the federal government from negotiating Quebec secession if the House of Commons determines that the question or the majority are not clear ». Voir aussi Claude Ryan, *op. cit.*, note 19, p. 23 : « Toujours au plan politique, il serait irréaliste et dangereux que le gouvernement fédéral soit lié à l'avance par une résolution parlementaire établissant quelle conduite il devrait adopter à la suite d'un référendum en faveur de la souveraineté. Personne ne peut prédire la nature des événements qui surviendraient alors. Plutôt que d'être lié par des contraintes établies dans un contexte préalable, le gouvernement fédéral devrait avoir la latitude nécessaire pour manœuvrer en décidant de sa conduite suivant les circonstances d'un vote pour le « oui ». L'extrait en langue originale se lit comme suit : « Still at the political level, it would be unrealistic and dangerous for the federal government to be bound in advance by a parliamentary resolution as to what its conduct should be following a referendum in favor of sovereignty. Nobody can predict the kind of events that would then emerge. Instead of being bound by constraints established in a prior context, the federal government should have plenty of room to manoeuvre when deciding its conduct under the circumstances of a "yes" vote ».

⁵² Patrice Garant, « Nouvel éclairage sur la clarté référendaire », *Le Devoir*, 23 octobre 2013, <http://www.ledevoir.com/politique/canada/390726/nouvel-eclairage-sur-la-clarte-referendaire>, consulté le 8 juillet 2017.

⁵³ Patrick Taillon, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, *op. cit.*, note 22, p. 120.

Canada, la Chambre des communes examine la question et détermine, par résolution, si la question est claire.

(2) S'il coïncide, en tout ou en partie, avec la tenue d'une élection générale des députés à la Chambre des communes, le délai mentionné au paragraphe (1) est prorogé de quarante jours.

Ainsi, les Communes seraient appelées à statuer sur la clarté de la question dans les 30 jours suivant sa publication, soit probablement bien avant la tenue du référendum. Contrairement à ce que prescrit le *Renvoi*, le délai imposé par la *Loi sur la clarté* fait en sorte que les acteurs politiques n'auraient pas le loisir de trancher l'enjeu de la clarté « suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu⁵⁴ ». Il est donc manifeste que, pour Ottawa, la clarté de la question référendaire n'est qu'un enjeu de formulation, en grande partie dépouillé de son contexte politique et social. De cela découle que les Communes ne jouiraient que du contexte précédant la publication de la question afin d'en évaluer la clarté et d'en départager les éventuelles ambiguïtés; la campagne référendaire subséquente ne serait pas une variable qu'Ottawa pourrait considérer dans le cadre de cet exercice⁵⁵.

Aux termes de la *Loi*, une question est considérée comme étant claire si elle permet à la population d'une province de « déclarer clairement si elle veut ou non que celle-ci cesse de faire partie du Canada. » L'idée centrale de « cesser de faire partie du Canada »⁵⁶ est d'ailleurs reprise comme critère d'évaluation à l'article 1(3) de la *Loi*, critère auquel est ajoutée la notion de « devenir un État indépendant » :

1 [...] (3) Dans le cadre de l'examen de la clarté de la question référendaire, la Chambre des communes détermine si la question permettrait à la population de la province de déclarer clairement si elle veut ou non que celle-ci cesse de faire partie du Canada et devienne un État indépendant.

En plus des notions de « cesser de faire partie du Canada » et de « devenir un État indépendant », on retrouve dans la *Loi* l'expression « sécession de la province du Canada »⁵⁷. La *Loi* employant exclusivement – quoique indistinctement – ces trois expressions, nous considérons que c'est l'une d'entre elles qui doit se retrouver au cœur d'une question référendaire.

C'est cependant au paragraphe 1(4) que la *Loi* devient plus restrictive. En effet, il y est prévu deux cas précis où une question référendaire serait réputée ne pas être claire :

1 [...] (4) Pour l'application du paragraphe (3), la question référendaire ne permettrait pas à la population de la province de déclarer clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada dans les cas suivants :

- a) elle porte essentiellement sur un mandat de négocier sans requérir de la population de la province qu'elle déclare sans détour si elle veut que la province cesse de faire partie du Canada;
- b) elle offre, en plus de la sécession de la province du Canada, d'autres possibilités, notamment un accord politique ou économique avec le Canada, qui rendent ambiguë l'expression de la volonté de la population de la province quant à savoir si celle-ci devrait cesser de faire partie du Canada.

⁵⁴ *Renvoi*, par. 153.

⁵⁵ Ceci est particulièrement évident en appliquant les paragraphes 1(1) et (2) de la *Loi* à la chronologie du référendum de 1995. Comme la question référendaire fut présentée devant l'Assemblée nationale le 7 septembre 1995, les Communes auraient été tenues de déterminer si la question était claire avant le 7 octobre, soit plus de trois semaines avant la tenue du référendum du 30 octobre. Non seulement les Communes n'auraient pas pu considérer le contexte de ces trois semaines aux fins de leur résolution sur la clarté de la question, mais nous pouvons aisément imaginer que cette résolution fédérale aurait eu pour effet, voire pour intention, d'influencer les résultats référendaires.

⁵⁶ Alors qu'Andrée Lajoie avance que la clarté de la question doit être laissée à l'appréciation subjective des Québécois quant à l'avenir de leur collectivité (*l'accession* à sa souveraineté), la terminologie de la *Loi* prend la position inverse en ce qu'elle évalue la clarté de la question depuis la perspective canadienne sur l'avenir de la fédération (la sécession d'une province).

⁵⁷ *Loi sur la clarté*, préambule et art. 1(1), 1(4), 1(5), 2(1), 2(2), 2(3), 3(1) et 3(2).

Bien que nous nous y opposions pour les raisons qui suivront, il semble exister un consensus doctrinal voulant que l'article 1(4) de la *Loi sur la clarté* ne laisse la porte ouverte qu'à un seul et unique libellé référendaire. Ainsi, pour Tom Flanagan, « [la] question, suivant la loi, doit revenir à "séparation, oui ou non?"⁵⁸ ». José Woehrling n'arrive pas à une conclusion bien différente :

L'article premier de la loi, sans formellement l'imposer, « suggère » fortement une formulation de la question référendaire qui serait la suivante : « Acceptez-vous que le Québec cesse de faire partie du Canada et devienne un État indépendant ? ». Cette formulation, qui revient à plusieurs reprises dans d'autres dispositions de la loi, a été soigneusement empruntée au texte de la décision de la Cour suprême, de façon à pouvoir la justifier comme ayant été approuvée, voire suggérée, par celle-ci⁵⁹.

De son côté, David Haljan offre le même son de cloche :

Lorsque lue conjointement avec l'article 1(3), la Loi sur la clarté semble appeler une question simple sur le seul enjeu de savoir si la province devrait se séparer du Canada. Ce n'est que sur la base d'une question simple que le gouvernement fédéral pourrait raisonnablement comprendre que la majorité des votes pour le « Oui » représente une expression claire de la volonté de faire sécession, quelque en soient les conséquences et les ramifications⁶⁰.

Attachés de recherche affectés au comité législatif chargé d'étudier le projet de *Loi sur la clarté*, Mollie Dunsmuir et Brian O'Neal confirment l'opinion des professeurs Flanagan, Woehrling et Haljan quant aux implications de l'article 1(4) de la *Loi sur la Clarté* :

Selon le projet de loi C-20, toute question mentionnant d'autres possibilités outre la sécession, par exemple des accords économiques ou politiques avec le Canada, ne serait pas considérée comme une question claire. La question devrait indiquer clairement que la décision à prendre consiste à savoir si la province doit cesser de faire partie du Canada. La Chambre des communes ne serait pas non plus tenue de prendre en compte des questions ou des résultats référendaires portant sur des changements proposés aux accords constitutionnels autres que la sécession. Même une question claire et une majorité claire sur des propositions de souveraineté-association ou de partenariat politique ou économique ou sur toute autre solution autre qu'une sécession, n'entraîneraient aucunement l'obligation de négocier⁶¹.

Il ressort de ce qui précède que la majorité – sinon l'unanimité – des auteurs sont d'avis que le paragraphe 1(4) de la *Loi sur la clarté* interdit toute question référendaire sur l'indépendance du Québec faisant également état d'un mandat de négocier ou d'une possibilité autre que la sécession. Cependant, une analyse textuelle, contextuelle et téléologique conforme au *modern principle* de Driedger⁶² nous amène à prendre une position plus nuancée sur les implications de la *Loi* et à dépasser la simplicité (voire le simplisme⁶³) de la question qu'elle semble suggérer.

⁵⁸ Tom Flanagan, « Clarifying the Clarity Act », *The Globe and Mail*, 8 juillet 2011, <http://www.theglobeandmail.com/opinion/clarifying-the-clarity-act/article586395/>, consulté le 31 mars 2017. L'extrait en langue originale se lit comme suit : « [the] question, according to the act, must amount to "separation, yes or no?" »

⁵⁹ José Woehrling, *op. cit.*, note 40, p. 76 et 77. Plus généralement, voir aussi Patrick Monahan, « Doing the Rules: An Assessment of the Federal Clarity Act in Light of the Quebec Secession Reference », *C.D. Howe Institute Commentary*, 2000, no 138, p. 30 et 31.

⁶⁰ David Haljan, *Constitutionalising Secession*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 367. L'extrait en langue originale se lit comme suit : « When read in conjunction with section 1(3), the Clarity Act would seem to call for a simple question on the sole issue of whether the province should separate from Canada. Only on the basis of a simple question could the federal government reasonably understand that the majority 'Yes' vote represented a clear expression of the will to secede, whatever the consequences and ramifications ».

⁶¹ Mollie Dunsmuir et Brian O'Neal, *Analyse du contexte dans lequel a eu lieu le dépôt du projet de loi C-20, Loi sur la clarté*, Publications du Gouvernement du Canada, 15 février 2000, <http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/prb9942-f.htm#COMMENTAIRE>, consulté le 31 mars 2017.

⁶² Il s'agit là de la méthode d'interprétation consacrée depuis des décennies par la Cour suprême du Canada. Voir notamment *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 C.S.C. 45 : « [34] Il faut lire les termes d'une loi "dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur" » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (CSC), [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E.A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87.

⁶³ Fernand, Couturier, *op. cit.*, note 25, p. 351.

D'un point de vue purement textuel, d'abord, nous ne pouvons concevoir comment toute question traitant à la fois de l'indépendance et du mandat de la négociateur serait *de facto* exclue par l'alinéa 1(4)a) de la *Loi* :

1 [...] (4) Pour l'application du paragraphe (3), la question référendaire ne permettrait pas à la population de la province de déclarer clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada dans les cas suivants :

a) elle porte essentiellement sur un mandat de négociateur sans requérir de la population de la province qu'elle déclare sans détour si elle veut que la province cesse de faire partie du Canada;

Si le législateur avait réellement voulu écarter tout mandat de négociateur du libellé d'une question référendaire sur l'indépendance du Québec, l'alinéa 1(4)a) aurait été formulé de manière plus courte et directe : « elle inclut un mandat de négociateur ». Or, suivant le principe de l'effet utile⁶⁴, il faut présumer que le législateur attachait un sens à chacun des mots utilisés :

En lisant un texte de loi, on doit en outre présumer que chaque terme, chaque phrase, chaque alinéa, chaque paragraphe ont été rédigés délibérément en vue de produire quelque effet. Le législateur est économe de ses paroles: il ne « parle pas pour ne rien dire »⁶⁵.

Les mots « essentiellement » et « sans requérir de la population de la province qu'elle déclare sans détour si elle veut que la province cesse de faire partie du Canada » ne sont donc pas inutiles ou redondants; ils sont porteurs de sens et viennent *détailler* à quelles conditions une question référendaire portant à la fois sur l'indépendance et sur un mandat de négociateur serait réputée manquer de clarté. S'il nous est permis de paraphraser la *Loi sur la clarté*, deux critères cumulatifs devraient donc être réunis afin que son alinéa 1(4)a) trouve application : (1) la question porte *essentiellement* sur un mandat de négociateur *et* (2) ne requiert pas de la population qu'elle déclare *sans détour* si elle veut que sa province cesse de faire partie du Canada. Les mots « essentiellement » et « sans détour » sont ici d'une importance capitale : le cœur d'une question référendaire doit donc porter sur l'indépendance du Québec. *A contrario*, nous pouvons postuler qu'un mandat de négociateur pourrait être adjoint audit cœur de la question, pour autant qu'il y soit secondaire ou accessoire. L'interprétation contraire retirerait toute utilité au mot « essentiellement » à l'alinéa 1(4)a) de la *Loi*⁶⁶.

À l'instar de l'alinéa a), notre analyse textuelle de l'alinéa 1(4)b) permet d'affirmer que ce ne sont pas *toutes* les « autres possibilités » qui sont exclues du libellé d'une question référendaire portant sur l'indépendance du Québec :

1 [...] (4) Pour l'application du paragraphe (3), la question référendaire ne permettrait pas à la population de la province de déclarer clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada dans les cas suivants : [...]

b) elle offre, en plus de la sécession de la province du Canada, d'autres possibilités, notamment un accord politique ou économique avec le Canada, qui rendent ambiguë l'expression de la volonté de la population de la province quant à savoir si celle-ci devrait cesser de faire partie du Canada.

En l'occurrence, notre interprétation s'appuie sur l'effet utile à donner à l'indication que seules seront exclues les « autres possibilités [...] qui rendent ambiguë l'expression de la volonté de la population ». Cela dit, certains auteurs laissent entendre qu'il ne s'agirait pas là d'une *précision*, mais plutôt d'une *explication*, à savoir qu'aucune autre pos-

⁶⁴ Pour une illustration jurisprudentielle de ce principe dans un contexte interprétatif semblable au nôtre, voir *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 C.S.C. 62, par. 33 : « Si le législateur a pris la peine de spécifier l'emplacement de l'appareil sonore par rapport au bâtiment au par. 9(1) du Règlement, c'est qu'il n'avait pas l'intention de prohiber tous les bruits produits par des appareils sonores sans égard à ce lien. »

⁶⁵ Pierre-André Côté, Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Thémis, 2009, par. 1047.

⁶⁶ Notre analyse trouve d'autant plus écho dans la version anglaise de la Loi, où le mot « essentiellement » est traduit de manière plus évocatrice encore par « merely », qu'on peut traduire par « seulement », « sans plus », « simplement » ou « tout juste ».

sibilité ne peut être adjointe à l'indépendance du Québec *parce qu'elle* rendrait ambiguë l'expression de la volonté de la population⁶⁷. À notre sens, non seulement serait-il inusité que le législateur prenne ainsi la peine de détailler les raisons sous-tendant une règle de droit dans le corps même d'une loi, mais la version anglaise de l'alinéa 1(4)b) de la *Loi sur la clarté* nous permet à nouveau de dissiper l'ambiguïté sémantique qui peut planer sur sa contrepartie française. En effet, le pronom relatif « qui » y est traduit par « that » plutôt que par « which », impliquant une *restrictive clause*. Ce qui suit vient donc préciser et restreindre ce qui précède⁶⁸, nous confirmant que, d'une perspective textuelle, seules les autres propositions « qui rendent ambiguë l'expression de la volonté de la population » doivent être rejetées par les Communes aux termes de la *Loi sur la clarté*.

D'une perspective purement littérale, nous retenons donc que l'alinéa 1(4)b) de la *Loi* impose que soit exclue la formulation qui rencontre trois principaux critères, tour à tour cumulatifs, énumératifs non-exhaustifs et conditionnels : (1) la question porte sur la sécession de la province du Canada et (2) offre d'autres possibilités, *incluant*, mais sans s'y limiter, un accord (2,1) politique ou (2,2) économique avec le Canada, *si* (3) ces autres possibilités rendent ambiguë l'expression de la volonté populaire de cesser de faire partie du Canada. Ainsi, une question référendaire incluant « d'autres possibilités » ne serait réputée manquer de clarté que si celles-ci étaient de nature à occulter le cœur de la question, soit l'indépendance du Québec. À l'inverse, on peut déduire que des possibilités additionnelles demeureraient recevables, pour autant qu'elles ne rendent pas ambiguë l'expression de la volonté populaire sur ledit cœur de la question.

La présomption de constitutionnalité des lois nous amène par ailleurs à favoriser l'interprétation littérale qui précède. En effet, lorsqu'un doute plane sur l'interprétation à donner à une disposition législative, il convient de privilégier celle qui est conforme au droit constitutionnel⁶⁹. Dans le cas qui nous intéresse, c'est sans contredit dans les conclusions du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* qu'on retrouve les principales normes supra législatives applicables. Or, l'interprétation voulant que *Loi sur la clarté* n'autorise qu'une question référendaire portant exclusivement sur l'indépendance du Québec s'inscrit vraisemblablement en porte-à-faux avec la lettre⁷⁰ et l'esprit⁷¹ du *Renvoi*. Il convient donc de privilégier l'interprétation alternative se rapprochant des conclusions du *Renvoi* afin

⁶⁷ Voir notamment Patrick Monahan, « Doing the Rules: An Assessment of the Federal Clarity Act in Light of the Quebec Secession Reference », *op. cit.*, note 59, p. 30 et 31.

⁶⁸ Voir notamment Legal Writing Clinic, *That, Which and Who*, Sturn College of Law, University of Denver, <http://www.law.du.edu/documents/aap/writing-tips-that-which-and-who.pdf> et *That Versus Which*, Faculty of Law, University of Kent, http://www.kentlaw.edu/academics/lrw/grinker/LwtaThat_Versus_Which.htm, consultés le 3 juillet 2017.

⁶⁹ Voir notamment *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 C.S.C. 42, *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 C.S.C. 3, *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110 et *Re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198.

⁷⁰ Entre autres critiques, voir notamment Stephen Tierney, *Constitutional referendums: a theory and practice of republican deliberation*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 318 : « Premièrement, la cour n'a pas indiqué qu'un référendum ne serait clair que si son enjeu était exclusivement restreint à la question de la séparation/sécession. Certes, l'opinion de la cour a été rendue au sujet de la sécession, mais elle n'a pas suggéré qu'une province ne pourrait tenir un référendum sur un partenariat et elle n'a pas exprimé d'opinion quant à savoir si la constitution du Canada exigerait que les partenaires de la province dans la Confédération entament des négociations sur un tel partenariat dans l'éventualité d'un vote pour le Oui ». L'extrait en langue originale se lit comme suit : « First, the court did not suggest that a referendum would only be clear if its subject matter was restricted exclusively to the question of separation/secession. Certainly the court's opinion was rendered on the subject of secession, but it did not suggest that a province could not hold a referendum on partnership and it expressed no opinion upon whether the constitution of Canada would require the province's partners in Confederation to enter negotiations on such a partnership in the event of a Yes vote ».

⁷¹ Entre autres critiques, voir notamment José, Woerhling, *op. cit.*, note 40, p. 78 : « [L]e rejet d'une question comportant un mandat de négocier paraît heurter l'esprit de la décision de la Cour suprême. S'il y a bien quelque chose sur quoi celle-ci insiste, c'est la nécessité que la sécession fasse l'objet d'une négociation. Rappelons que, si la Cour affirme qu'une sécession unilatérale serait illégale, elle définit celle-ci comme une sécession « sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral » (par. 86), plutôt que comme une sécession ne respectant pas la Partie V de la *Loi constitutionnelle* de 1982. Dès lors, une question qui solliciterait un mandat de négocier et qui prévoirait un deuxième référendum pour soumettre à la population les résultats de la négociation répondrait pleinement, semble-t-il, aux exigences de la Cour suprême. Quant à une question associant la sécession à une offre de partenariat avec le Canada, elle ne devrait pas être rejetée automatiquement, mais seulement si elle rendait véritablement ambiguë l'expression de la volonté de la population consultée, ce qui dépendrait de la formulation précise retenue. »

d'écarter l'interprétation *a priori* contraire au droit constitutionnel applicable.

Notre exégèse se confirme également en analysant le contexte interne de la Loi, qui nous oriente vers l'intention du législateur. À cet égard, le titre complet de la Loi ne saurait mentir : 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. C'est donc dire que sous l'empire de ce titre, la Loi sur la clarté doit être interprétée en conjonction avec les conclusions du Renvoi; elle doit leur donner effet, non les extrapoler. Le préambule de la Loi milite dans le même sens en faisant longuement état des conclusions de la Cour suprême⁷², à telle enseigne qu'il constitue à lui seul le tiers de la Loi prise dans son ensemble. D'un point de vue strictement contextuel, il serait paradoxal d'avancer que la Loi vise à désavouer ou à pervertir le Renvoi, alors même qu'elle en incorpore directement les grandes lignes. Or, non seulement le préambule fait-il partie intégrante de l'économie générale d'une loi, mais la Cour suprême elle-même en a reconnu la valeur interprétative :

[101] L'étude du texte du préambule d'une loi joue un rôle utile à son interprétation, car il permet souvent de saisir le but ou les objectifs de la mesure législative. L'article 13 de la Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. 121, dispose que « [l]e préambule fait partie du texte et en constitue l'exposé des motifs. » Comme le fait observer la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [l]a preuve la plus directe et la plus digne de foi d'un objectif législatif se trouve dans l'énoncé de l'objet que renferme la loi » (Sullivan on the Construction of Statutes (5^e éd. 2008), p. 270). Plus particulièrement, le préambule d'un texte législatif peut [TRADUCTION] « préciser directement son objet ou faire état des circonstances qui ont mené à son adoption — les maux auxquels le législateur voulait s'attaquer, les problèmes sociaux qu'il entendait régler » (Sullivan, p. 271)⁷³.

À la lumière du préambule et de l'ensemble de l'économie interne de la *Loi sur la clarté*, nous concluons que l'intention du législateur fédéral était d'énoncer une position juridique conforme aux conclusions du *Renvoi* face à un éventuel troisième référendum sur l'indépendance du Québec. Il est d'ailleurs utile de rappeler que la *Loi* était l'initiative du gouvernement qui avait lui-même soumis le *Renvoi* à la Cour suprême. La *Loi* vise donc à s'assurer que toute question référendaire visant à ce que le Québec accède à la souveraineté porte directement, mais pas nécessairement de manière exclusive, sur l'indépendance.

Quant à l'intention spécifique du législateur relativement au paragraphe 1(4) de la *Loi*, il convient de nous replacer dans le contexte d'adoption du projet de loi C-20, soit moins de cinq ans après le dernier référendum québécois, dont la question avait été vivement contestée, à l'instar de celle de 1980. José Woehrling souligne d'ailleurs le parallèle à tracer entre le paragraphe 1(4) de la *Loi* et les deux questions référendaires⁷⁴ :

On constate que les deux formulations ainsi exclues correspondent d'assez près aux questions posées lors des deux référendums sur la souveraineté du Québec qui ont été respectivement tenus en 1980 et en 1995.⁷⁵

⁷² Voir notamment *Loi sur la clarté*, préambule : « Attendu : [...] que la Cour suprême du Canada a déclaré que les résultats d'un référendum sur la sécession d'une province du Canada ne sauraient être considérés comme l'expression d'une volonté démocratique créant l'obligation d'engager des négociations pouvant mener à la sécession que s'ils sont dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu ».

⁷³ *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 C.S.C. 17.

⁷⁴ La question référendaire de 1980 se lisait comme suit : « Le Gouvernement du Québec a fait connaître sa proposition d'en arriver, avec le reste du Canada, à une nouvelle entente fondée sur le principe de l'égalité des peuples; cette entente permettrait au Québec d'acquérir le pouvoir exclusif de faire ses lois, de percevoir ses impôts et d'établir ses relations extérieures, ce qui est la souveraineté, et, en même temps, de maintenir avec le Canada une association économique comportant l'utilisation de la même monnaie; aucun changement de statut politique résultant de ces négociations ne sera réalisé sans l'accord de la population lors d'un autre référendum; en conséquence, accordez-vous au Gouvernement du Québec le mandat de négocier l'entente proposée entre le Québec et le Canada? ». Celle de 1995 était la suivante : « Acceptez-vous que le Québec devienne souverain, après avoir offert formellement au Canada un nouveau partenariat économique et politique, dans le cadre du projet de loi sur l'avenir du Québec et de l'entente signée le 12 juin 1995? ».

⁷⁵ José Woehrling, *op. cit.*, note 40, p. 75 et 76. Le professeur Daniel Turp est d'ailleurs du même avis : voir Daniel, Turp, *Le droit de choisir : Essais sur le droit du Québec à disposer de lui-même*, *op. cit.*, note 51, p. 825.

Les parlementaires avaient aussi relevé ce parallèle : « De toute évidence, le gouvernement, au moyen du paragraphe 1(4), a exclu les deux types de questions qui ont été posées aux Québécois par le gouvernement du Québec en 1980 et en 1995⁷⁶ ». Le législateur cherchait donc à écarter d'emblée tout libellé reprenant la structure de la question référendaire de 1980 – portant exclusivement sur un mandat de négocier – ou de 1995 – qui subordonnait l'indépendance du Québec à une offre de nouveau partenariat. Par le biais du paragraphe 1(4) de la *Loi*, le législateur fédéral signifiait son refus de négocier l'indépendance du Québec sur la base d'une question référendaire portant essentiellement sur un mandat de négocier ou sur une option étrangère au concept d'indépendance, au premier chef celle d'un nouveau *partenariat* avec le Canada. Le législateur spécifie ainsi que le cœur de la question référendaire doit porter sur l'indépendance du Québec, sans pour autant interdire d'y adjoindre un mandat de négocier ou une autre option, dans la mesure où ceux-ci ne soient pas de nature à occulter la volonté populaire de faire l'indépendance, conformément à l'économie générale de la *Loi*.

Bien que l'analyse du texte, du contexte et de l'objet de la *Loi* nous pousse à conclure que celle-ci permet d'adjoindre un mandat de négocier ou une autre option à l'enjeu central de l'indépendance du Québec, la jurisprudence nous enseigne que les déclarations parlementaires contemporaines à l'adoption d'une loi peuvent parfois être d'une certaine utilité interprétative : « [B]ien que sa valeur probante soit restreinte, la transcription des débats parlementaires peut servir à déterminer le contexte et l'objet d'un texte législatif⁷⁷ ». L'historique législatif nous montre que les acteurs politiques chargés d'étudier et d'adopter la *Loi sur la clarté* n'étaient pas unanimes quant aux implications réelles de celle-ci, à commencer par Stéphane Dion, qui maintenait une position diamétralement opposée à la nôtre :

La façon de s'assurer de cette volonté de ne plus faire partie du Canada est de ne poser une question que là-dessus. Si vous posez une question qui engage d'autres dimensions, vous rendez la question confuse. Prenez n'importe quel livre de méthodologie et vous constaterez que, lorsqu'on demande comment on pose une question claire, on dit toujours qu'il ne faut pas qu'il y ait deux dimensions dans la question. [...] Le partenariat est une idée autre que celle de la sécession, et il n'a rien à faire dans une question sur la sécession. C'est ce que dit le projet de loi sur la clarté en donnant effet à l'avis de la cour⁷⁸.

Le néo-démocrate Bill Blaikie avait une opinion similaire : « La question doit porter sur la sécession, faute de quoi elle sera irrecevable aux termes de ce projet de loi et le gouvernement ne sera pas tenu d'accepter la sécession⁷⁹ ». À l'inverse, le directeur général de l'Association d'études canadiennes et témoin expert Jack Jedwab émettait de sérieuses réserves quant à la lecture du député Blaikie : « Je n'ai peut-être pas compris le projet de loi, mais je n'ai rien vu dans le projet de loi qui dit instamment que la question doit absolument porter sur la sécession, faute de quoi tout le reste ne vaut rien⁸⁰ ».

En réponse à une question du bloquiste Daniel Turp, le professeur Patrick Monahan abondait dans le même sens que monsieur Jedwab :

⁷⁶ Canada, Chambre des communes, Comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-20, *op. cit.*, note 15 (21 février 2000) 18h00 (M. Daniel Turp). Voir aussi *ibid.* (22 février 2000) 10h15 (M. Dennis J. Mill) : « Il se trouve que je considère que les deux dernières questions n'étaient absolument pas claires. »

⁷⁷ *Canada 3000 Inc.*, Re; *Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, 2006 C.S.C. 24, para. 57.

⁷⁸ Canada, Chambre des communes, Comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-20, *op.cit.*, note 15, (16 février 2000) 15h50 (M. Stéphane Dion). Voir aussi *ibid.*, 17h30 (M. Stéphane Dion) : « Une question qui inclurait d'autres notions que celle de la sécession ne serait pas claire. Ce ne serait pas respecter les gens que d'essayer de leur enlever le Canada sans avoir l'assurance que c'est bien ce qu'ils veulent »

⁷⁹ *Ibid.*, (17 février 2000) 10h 45 (M. Bill Blaikie). Alors entendu à titre de témoin, Jean-François Lisée était d'ailleurs du même avis : « [L]e projet de loi interdit à la Chambre de discuter du vote pour le oui pour un scrutin qui renfermerait deux options, deux options en une: la sécession, plus la notion d'en négocier les conditions; la sécession, plus la volonté de conclure un nouvel accord de style européen ». Voir *Ibid.*, (22 février 2000) 10h15 (M. Jean-François Lisée).

⁸⁰ *Ibid.*, (17 février 2000) 10h45 (M. Jack Jedwab).

Laissez-moi tout simplement vous dire que l'alinéa 1(4)a) prévoit qu'une question serait jugée ambiguë si elle porte « essentiellement » sur le mandat. C'est le mot « essentiellement » qui est important, puisqu'il est également dit dans le projet de loi que si la question n'exige pas « de la population de la province qu'elle déclare sans détour si elle veut » faire sécession ou non, c'est trop... En d'autres mots, on ne s'oppose pas à ce que le gouvernement du Québec demande le mandat de négociier, tant que la question porte directement sur la volonté des Québécois de former un pays souverain⁸¹.

Questionné sur l'interprétation du professeur Monahan, le professeur Robert Young émettait cependant une opinion plus réservée :

J'ai parcouru les travaux récents de Monahan. S'il juge acceptable une question à double volet, il a droit à son opinion. Il me semble toutefois que, dans l'esprit du jugement de la Cour suprême, un jugement que je considère tout à fait remarquable, une question claire et explicite s'impose⁸².

Alors entendu par le Comité à titre personnel, Scott Reid, peu avant d'être élu député progressiste-conservateur, adoptait une position semblable à la nôtre quant à la possible inclusion d'un mandat de négociier, mais paraphrasait l'alinéa 1(4)b) de la *Loi* en éludant son dernier élément⁸³ :

Le paragraphe 1(4) du projet de loi de clarification stipule sans équivoque les conditions qui feront d'une question une question invalide. Les questions portant essentiellement sur un mandat de négociier ne peuvent être considérées comme traduisant un mandat clair de faire sécession; de même, toute question offrant « en plus de la sécession de la province du Canada, d'autres possibilités, notamment un accord politique ou économique avec le Canada » sera jugée nulle⁸⁴.

C'est sans l'ombre d'un doute le progressiste-conservateur André Bachand qui exprimait le plus clairement sa lecture de la *Loi sur la clarté* : « [L']alinéa 1(4)b) du projet de loi C-20 [...] interdit de mettre autre chose que la sécession⁸⁵ ».

S'il y a un point sur lequel libéraux et bloquistes s'entendaient durant les débats aux Communes, c'est que la *Loi sur la clarté* n'autorise qu'une question référendaire portant *exclusivement* sur l'indépendance du Québec. Ainsi, le libéral Stéphane Dion affirmait :

Le projet de loi indique qu'une question claire sur la sécession doit porter exclusivement sur la sécession, et cela va de soi. Y introduire d'autres éléments empêcherait de savoir si la population veut vraiment la sécession. Une question comme celle de 1980 ou celle de 1995, qui ferait référence à des notions d'association ou d'offre de partenariat avec le Canada, ne pourrait mener à aucune négociation parce qu'il serait impossible de savoir si les électeurs du oui veulent vraiment cesser de faire partie du Canada⁸⁶.

⁸¹ *Ibid.*, (21 février 2000) 18h00 (M. Patrick Monahan).

⁸² *Ibid.*, (24 février 2000) 14h00 (M. Robert Young).

⁸³ Pour mémoire, l'alinéa 1(4)b) de la *Loi* se lit comme suit : « (4) [...] la question référendaire ne permettrait pas à la population de la province de déclarer clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada dans les cas suivants :[...]b) elle offre, en plus de la sécession de la province du Canada, d'autres possibilités, notamment un accord politique ou économique avec le Canada, *qui rendent ambiguë l'expression de la volonté de la population de la province quant à savoir si celle-ci devrait cesser de faire partie du Canada* ».

⁸⁴ Canada, Chambre des communes, Comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-20, *op.cit.* note 15 (21 février 2000) 19h50 (M. Scott Reid). Les professeurs Hueglin et Fenna font également la même interprétation – à notre avis incomplète – de l'alinéa 1(4)b) de la *Loi* : « [N]i les questions portant simplement sur un mandat de négociier la sécession, ni les questions envisageant une variété d'options autres que la sécession pure et simple ne seront acceptées comme étant claires. » Voir Thomas O. Hueglin, et Alan Fenna, *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*, 2e éd., Toronto, University of Toronto Press, 2015, p. 305. L'extrait en langue originale se lit comme suit : « [N]either questions asking merely for a mandate to negotiate secession, nor questions envisaging a range of options other than outright secession will be accepted as clear. »

⁸⁵ *Ibid.*, (22 février 2000) 10h05 (M. André Bachand).

⁸⁶ Canada, Chambre Des Communes, *Débats De La Chambre Des Communes*, 2e sess., 36e légis., vol. 136, no 39 (14 Décembre 1999) p. 2927 (M. Stéphane Dion). Voir Aussi *ibid.*, no 43 (7 Février 2000) p. 3160 (M. Andy Scott) : « Toute question portant sur le mandat de négociier, qui ne permette pas aux québécois de s'exprimer sur l'opportunité de séparer leur province du Canada, et toute question concernant la sécession, qui serait assortie d'une autre option, ne donnent pas à cette population la possibilité de dire clairement qu'elle souhaite effectivement que la province ne fasse plus partie de la fédération canadienne ».

De même, le député Daniel Turp déclarait, au nom du Bloc québécois :

[N]ous devons constater que le projet de loi, au paragraphe 1(4), limite les compétences de l'Assemblée nationale lorsqu'il s'agit de choisir la question posée aux Québécois, puisqu'il veut exclure à la fois l'idée d'inclure un mandat de négocier ou d'inclure une référence à un accord ou un partenariat de nature économique et politique⁸⁷.

Sans se prononcer sur leur compréhension des implications de la *Loi sur la clarté*, les néo-démocrates étaient quant à eux confiants de sa conformité avec les conclusions du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* :

Ce projet de loi se voulait, si vous me passez l'expression, l'incarnation législative de l'avis de la Cour suprême. À mon avis, le projet de loi C-20 satisfait à ce critère. Je ne crois pas qu'il va à l'encontre du principe de l'autodétermination du Québec⁸⁸.

Pour leur part, les progressistes-conservateurs ne savaient pas quelle conclusion tirer de la *Loi*, pas plus, selon eux, que ne le savait la population :

Mais le projet de loi n'est pas clair. La question est-elle claire? Où peut-on voir, en lisant le projet de loi, quelle sera la question, quelles seront les grandes lignes de la question? J'ai fait l'exercice avec des gens qui vont avoir à voter oui ou non. Ils ne le savent pas. Ils ne comprennent pas. Est-ce qu'il va y avoir une guerre de juristes?⁸⁹

Ainsi, quoique de nombreux parlementaires aient été d'avis que la *Loi sur la clarté* interdisait toute question référendaire incorporant quelque autre enjeu que celui de la souveraineté, force est de constater que plusieurs experts et députés étaient soit d'avis contraire, soit incertains sur la question. Or, si l'historique législatif d'une loi est sans contredit un outil interprétatif utile, la Cour suprême nous met en garde contre le fait de présumer aveuglément que les débats font nécessairement état de l'intention réelle du législateur : « [L]es débats parlementaires entourant l'adoption d'une loi sont à lire avec réserve puisqu'ils ne constituent pas toujours une source fidèle de l'intention du législateur⁹⁰ ». Ainsi, les débats parlementaires seront peu utiles lorsqu'ils dénoteront une certaine ambiguïté⁹¹, ce qui semble avoir été être le cas lors de l'adoption du projet de loi C-20. Nous estimons donc qu'il faut accorder une importance limitée à ces débats dans notre exercice d'interprétation juridique de la *Loi sur la clarté*.

Cela ne signifie pas pour autant que ces débats ne soient d'aucune utilité à nos fins; au contraire, puisque d'aucuns affirment que la *Loi sur la clarté* est en somme un texte bien plus politique que juridique⁹². Ainsi, les débats parlementaires nous permettent d'avancer que du côté gouvernemental, l'intention politique derrière la *Loi* aurait été de rejeter toute question incorporant un élément extrinsèque à l'idée de l'indépendance du Québec, malgré un texte juridique à l'effet contraire. Dans cette perspective, le politique aurait joué sur la fine ligne le séparant du juridique en annonçant d'emblée qu'il refuserait de négocier la sécession du Québec sur la base de certaines questions référendaires qui seraient juridiquement recevables aux termes mêmes de la *Loi sur la clarté*. Cette discordance entre la *Loi* et l'utilisation politique que le gouvernement aurait entendu en faire était possible – ou, du moins, inattaquable d'un point de vue juridique – du fait que la Cour suprême avait spécifié que l'enjeu de la clarté d'une question référendaire était non justiciable : « [I]l reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste "une majorité claire en réponse à une question claire", suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être

⁸⁷ *Ibid.*, p. 2972 (M. Daniel Turp).

⁸⁸ *Ibid.*, no 64 (15 Mars 2000) p. 4711 et 4718 (M. Bill Blaikie). Du côté des libéraux, voir aussi *ibid.*, p. 4708 (M. Stéphane Dion) : « Le Gouvernement du Canada a la conviction que le projet de loi C-20 est en tous points conforme à l'avis de la Cour Suprême. »

⁸⁹ *Ibid.*, p. 4719 et 4720 (M. André Bachand).

⁹⁰ *Construction Gilles Paquette Itée c. Entreprises Végo Itée*, [1997] 2 R.C.S. 299, par. 20.

⁹¹ *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 C.S.C. 20, par. 39.

⁹² Danic Parenteau, « Des réponses incompatibles avec les aspirations du Québec », *Le Devoir*, 5 mai 2010, <http://www.ledevoir.com/politique/canada/288321/des-reponses-incompatibles-avec-les-aspirations-du-quebec>, consulté le 9 juillet 2017.

tenu⁹³ ». Cela dit, si l'intention du législateur est réputée ne pas évoluer avec le temps, l'intention politique est de nature fluctuante et nous ne saurions prédire de quelle manière la *Loi sur la clarté* serait aujourd'hui interprétée par le gouvernement fédéral sur le plan politique.

En tout état de cause, il est utile de se rappeler que le « droit constitutionnel en l'espèce, c'est le *Renvoi* de la Cour suprême qui l'énonce et non la *Loi fédérale sur la clarté*⁹⁴ ». Cependant, malgré les critiques pouvant être portées à son endroit, la *Loi sur la clarté* continue à faire partie du droit applicable à l'étape de l'élaboration d'une question référendaire⁹⁵. Cela dit, le fait que le Québec respecte la *Loi sur la clarté* n'impliquerait pas nécessairement qu'Ottawa, de son côté, en respecterait la lettre et l'esprit; c'est du moins l'intention politique qui semblait transpirer des débats parlementaires de l'époque. Il semble que seule une question référendaire portant exclusivement sur la sécession du Québec aurait été acceptée par le Parlement fédéral. Ainsi, nous pouvons résumer comme suit les prescriptions de la *Loi sur la clarté* relativement à une question référendaire sur l'indépendance du Québec :

- La question référendaire doit respecter les conclusions du *Renvoi*.
- Les circonstances dans lesquelles le référendum est tenu ne peuvent servir à clarifier la question et à en dissiper les ambiguïtés que dans la mesure où elles surviennent avant la publication de la question référendaire.
- Le cœur de la question doit emprunter directement à l'une des trois notions suivantes, à savoir que le Québec :
 - o cesse de faire partie du Canada;
 - o fasse sécession du Canada; ou, potentiellement
 - o devienne un pays indépendant.
- Un mandat de négocier peut être adjoint au cœur de la question, pour autant qu'il lui soit secondaire ou accessoire, attendu toutefois qu'un tel ajout, bien que recevable d'un point de vue juridique, serait possiblement rejeté sur le plan politique.
- D'autres possibilités telles qu'un accord politique ou économique avec le Canada peuvent être offertes en plus du cœur de la question, pour autant que ces possibilités ne rendent pas ambiguë l'expression de la volonté populaire sur ledit cœur de la question, la réserve politique exprimée ci-dessus s'appliquant également en l'occurrence.

Trois hypothèses de questions référendaires et leur conformité avec les exigences jurisprudentielles et législatives de clarté

L'analyse des enseignements du *Renvoi* et des obligations auxquelles appelle la *Loi sur la clarté* nous amène maintenant à proposer trois questions référendaires visant à faire approuver l'accession du Québec à l'indépendance de façon concomitante avec l'approbation d'une Constitution issue des travaux d'une assemblée constituante, et à nous interroger sur la clarté de ces questions. Nous analyserons tour à tour trois hypothèses de questions im-

⁹³ *Renvoi*, par. 153. Voir aussi *ibid.*, par. 100 et 101.

⁹⁴ Patrice Garant, « Nouvel éclairage sur la clarté référendaire », *op. cit.*, note 52.

⁹⁵ Dès l'an 2000, Claude Ryan lui-même dénonçait l'exercice auquel nous nous adonnons, à savoir évaluer la clarté d'une question référendaire à la lumière de la *Loi sur la clarté*. Voir Claude Ryan, *op. cit.*, note 19, p. 23 : « De plus, le projet de loi sur la clarté indique certains critères qui devraient guider le Parlement dans la formulation de sa décision sur la clarté de la question. En incluant ces critères dans une loi, le Parlement s'immiscerait, du moins indirectement, dans le processus même de rédaction de la question. De telles pratiques, bien qu'acceptables dans un État unitaire où les gouvernements régionaux sont soumis à une tutelle centrale, n'ont pas leur place dans un système fédéral ». L'extrait en langue originale se lit comme suit : « Furthermore, the clarity bill indicates certain criteria that should guide Parliament in formulating its judgment on the clarity of the question. By including these criteria in a law, Parliament would interfere, at least indirectly, in the very process of drafting the question. Such practices, while acceptable in a unitary state wherein regional governments are subject to central tutelage, have no place in a federal system ».

pliquant (A) l'indépendance et la Constitution du Québec en parallèle, (B) la Constitution du Québec comme gage d'indépendance et (C) l'alternative entre la Constitution du Canada et la Constitution du Québec.

L'indépendance et la Constitution du Québec en parallèle

La manière la plus simple et la plus intuitive de proposer deux enjeux à l'électorat serait vraisemblablement de lui soumettre deux questions référendaires distinctes, à l'instar des bulletins de vote islandais⁹⁶ et samoan⁹⁷, qui proposaient tous deux une question sur l'indépendance et une autre sur la nouvelle Constitution du pays⁹⁸. Par hypothèse, nous analyserons les formulations suivantes :

- 1) Acceptez-vous que le Québec devienne indépendant?
 - Oui
 - Non

- 2) Approuvez-vous la *Constitution du Québec indépendant* proposée par l'assemblée constituante du Québec?
 - Oui
 - Non

Nous nous pencherons successivement sur la clarté (i) de la première et (ii) de la deuxième question, avant d'analyser (iii) l'interaction de ces deux questions sur la clarté de l'ensemble.

i. « Acceptez-vous que le Québec devienne indépendant? »

À notre sens, la première question prise isolément répond aux exigences de clarté prescrites par le *Renvoi*. Son libellé est court, intelligible et porte directement sur la notion d'indépendance suggérée par les termes mêmes du *Renvoi*. Le cœur de la question – l'indépendance – est aisément identifiable et ne saurait laisser planer de doute raisonnable. Certains pourraient toutefois soulever que le Québec est d'ores et déjà indépendant dans les champs de compétence qui lui sont alloués par la Constitution canadienne. Sachant que la clarté de la question doit être évaluée suivant le point de vue subjectif de la population québécoise, nous considérons cet argument quelque peu académique, quoique assez aisé à contourner en substituant simplement « un pays indépendant » à « indépendant ».

Bien que la *Loi sur la clarté* suggère plutôt les termes « État indépendant »⁹⁹, nous estimons que l'expression « pays

⁹⁶ Du 20 au 23 mai 1944, le peuple islandais fut consulté sur les deux propositions suivantes qui, bien que n'étant pas formellement interrogatives, offraient de répondre par « oui » ou par « non » : « 1. Résolution du 25 fév. 1944 abrogeant l'Acte d'union dano-islandais de 1918 : (le corps de la résolution est verbal). 2. Constitution de la République d'Islande, approuvée par le Parlement en 1944 ». La question en langue originale se lisait comme suit : « 1. Þingsályktun frá 25 febr. 1944 um niðurfelling dansk-íslenska sambandslagasamningsins frá 1918: (meginmál ályktunarinnar orðrett). 2. Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, samþykkt á Alþingi 1944 ». Voir Matt Qvortrup, *Collection personnelle*, Coventry, Royaume-Uni.

⁹⁷ Le 19 mai 1961, les questions soumises au peuple samoan étaient les suivantes : « 1. Êtes-vous en accord avec la Constitution adoptée par la Convention constitutionnelle le 28 octobre 1960 ? 2. Êtes vous d'accord que le 1er janvier 1962, le Samoa Occidental devrait devenir un État indépendant sur la base de cette Constitution? ». La question en langue originale se lisait comme suit : « 1. Do you agree with the Constitution adopted by the Constitutional Convention on 28 October 1960? 2. Do you agree that on 1 January 1962 Western Samoa should become an independent State on the basis of that Constitution? ». Voir Yves Beigbeder, *International Monitoring of Plebiscites, Referenda and National Elections. Self-Determination and Transition to Democracy*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 138.

⁹⁸ Le Parti québécois et Option nationale ont d'ailleurs tous deux proposé une telle question référendaire double, respectivement lors des élections de 1994 et de 2014.

⁹⁹ Les termes « État indépendant » suggérés par la *Loi* rappellent d'ailleurs le libellé de la double question soumise au peuple catalan dans le cadre du processus de participation populaire du 9 novembre 2014 : « 1. Voulez-vous que la Catalogne soit un État? 2. Si oui, voulez-vous que cet État soit indépendant? ». La question en langue originale se lisait comme suit : « 1. Vol que Catalunya esdevingui un estat? 2. En cas afirmatiu, vol que aquest estat sigui independent? ». Voir Diplocat, *Le vote du 9N2014*, Catalonia votes, <http://www.cataloniavotes.eu/fr/contexte/le-vote-du-9n2014/>, consulté le 12 juillet 2017.

indépendant » en est suffisamment proche, du point de vue structurel et sémantique, pour satisfaire aux impératifs de clarté. Au demeurant, nous sommes d'avis que « pays indépendant » représente un cœur de question nettement plus clair qu'« État indépendant ». En effet, la province du Québec constitue d'emblée un État, par ailleurs souverain dans ses sphères de compétences législatives. Proposer un « État indépendant » jouerait donc d'ambiguïté à cet égard, ce dont on ne saurait taxer les mots « pays indépendant », le Québec n'étant pas encore un pays au moment de la tenue d'un référendum. S'il nous faut clarifier le mot « indépendant » en lui adjoignant un terme accessoire, autant soit-il de nature à clarifier la question plutôt qu'à l'obscurcir. L'expression « pays indépendant » se trouvait d'ailleurs au cœur de la question suggérée par la Commission électorale britannique et effectivement soumise à la population écossaise lors du référendum de 2014 sur l'indépendance de la région¹⁰⁰. Jean Chrétien, premier ministre du Canada à l'époque de l'adoption de la *Loi sur la clarté*, avait lui-même jugé clair le libellé de la question référendaire écossaise¹⁰¹.

Bien qu'une question référendaire portant sur l'enjeu d'un pays indépendant satisferait vraisemblablement aux impératifs de la *Loi*, il n'en demeure pas moins que cette dernière semble insister pour que le cœur de la question porte sur l'idée de « faire sécession » ou de « cesser de faire partie du Canada », formulations déficientes sur le plan de la clarté et qu'une analyse pragmatique nous pousse à rejeter.

En effet, ces formulations doivent être écartées puisqu'elles ne sont pas centrées sur l'enjeu réel du référendum, à savoir l'accession du Québec à l'indépendance. Or, sur le chemin menant à la souveraineté, la sécession n'est pas un enjeu principal, mais plutôt une étape préalable. Si le cœur de la question référendaire porte sur l'indépendance du Québec, la sécession est implicite : c'est un passage obligé. Inversement, une question référendaire au cœur de laquelle se trouve la seule sécession du Québec laisse planer le doute sur les suites de l'acte sécessionniste en question. Le Québec fera-t-il sécession pour devenir indépendant? Pour se confédérer? Pour intégrer un autre État? Le cœur d'une question claire doit porter sur la finalité recherchée – l'indépendance – et non sur le moyen nécessaire pour y arriver – la sécession.

Par ailleurs, en insistant pour que le cœur de la question référendaire porte sur l'idée de « faire sécession » ou de « cesser de faire partie du Canada », la *Loi sur la clarté* oriente la question sur les conséquences potentielles du référendum sur l'ordre constitutionnel canadien (à savoir en évacuer une province) plutôt que sur l'avenir du Québec (son accession à l'indépendance).

Pourtant, ce raisonnement n'a pas trouvé application lors du seul référendum ayant effectivement mené à une modification constitutionnelle dans l'histoire récente du Canada, soit le référendum de l'Île-du-Prince-Édouard sur le projet de Pont de la Confédération¹⁰². Quand, au courant des années 1980, l'idée de construire un pont reliant

¹⁰⁰ La question référendaire était la suivante : « L'Écosse devrait-elle être un pays indépendant? ». La question en langue originale se lisait comme suit : « Should Scotland be an independent country? » Voir Electoral Commission, *Referendum on independence for Scotland: Advice of the Electoral Commission on the proposed referendum question*, op. cit., note 47, p. 29 et 30. Au demeurant, nous avons une nette préférence pour le libellé de cette question, qui propose l'alternative entre le « oui » et le « non ». À l'inverse, lors du référendum britannique de 2016 sur le Brexit, la Commission électorale a alors opté pour une question offrant l'alternative entre deux options définies : « Le Royaume-Uni devrait-il rester membre de l'Union européenne ou quitter l'Union européenne? • Rester membre de l'Union européenne • Quitter l'Union européenne ». La question en langue originale se lisait comme suit : « Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union? Remain a member of the European Union • Leave the European Union ». Voir Electoral Commission, *Referendum on membership of the European Union: Assessment of the Electoral Commission on the proposed referendum question*, op. cit., note 47, p. 40. Bien qu'on puisse avancer qu'un tel libellé soit moins tendancieux en ce qu'il évacue la dichotomie entre le « oui » - perçu plus favorablement par l'électorat – et le « non », nous y sommes réfractaires, car il pose selon nous le problème du faux dilemme pour les raisons énoncées à la partie II.C de la présente étude.

¹⁰¹ Paul Vermet-Désroches, « Jean Chrétien a conseillé le camp du Non en Écosse », *La Presse*, 20 septembre 2014, <http://www.lapresse.ca/le-nouvelliste/actualites/201409/20/01-4802013-jean-chretien-a-conseille-le-camp-du-non-en-ecosse.php>, consulté le 3 juillet 2017.

¹⁰² Le référendum de 1988 sur le Pont de la Confédération a certes eu lieu avant le rendu du Renvoi par la Cour suprême, mais nous estimons néanmoins qu'il constitue une base comparative juridiquement légitime : en plus d'avoir effectivement mené à la modification de la Constitution, ce référendum a eu lieu dans un contexte constitutionnel n'ayant pas évolué de manière significative jusqu'à aujourd'hui. En effet, le Renvoi n'a pas édicté le droit applicable; il n'a fait que le *constater*. Nous pouvons donc présumer que les mêmes règles constitutionnelles, bien qu'alors inconnues, existaient déjà à l'époque du référendum sur le Pont de la Confédération.

l'Île-du-Prince-Édouard au Nouveau-Brunswick se concrétisa, un obstacle juridique non-négligeable se dressait en travers du projet : les *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard* à la fédération canadienne¹⁰³ prévoyaient l'obligation du gouvernement fédéral d'entretenir un service de traversier entre l'Île et le Nouveau-Brunswick. Or, le pont projeté visait précisément à cesser d'opérer ledit traversier, devenu trop coûteux.

Si aucune modification constitutionnelle n'était nécessaire afin de construire le pont en question, tel n'était pas le cas pour mettre fin au service de traversier reliant l'Île au continent. Cette modification constitutionnelle nécessitait uniquement le consentement d'Ottawa et de Charlottetown, mais vu les voix discordantes qui se faisaient entendre au sein de la province, l'enjeu fit l'objet d'un référendum provincial dont la question se lisait ainsi :

Êtes-vous en faveur d'un raccordement permanent entre l'Île-du-Prince-Édouard et le Nouveau-Brunswick?¹⁰⁴

La population approuva le projet et la modification constitutionnelle put aller de l'avant¹⁰⁵, tout comme la construction du Pont de la Confédération. Or, si on lui avait appliqué la logique inhérente à la *Loi sur la clarté*, la question du référendum prince-édouardien de 1988 n'aurait pas porté sur le projet proposé, à savoir la construction d'un pont, mais bien sur la modification constitutionnelle inhérente à ce projet, soit l'abrogation de la disposition prévoyant le maintien d'un service de traversier. La question aurait vraisemblablement été libellée comme suit :

Êtes-vous en faveur de mettre fin au service de transport par traversier entre l'Île-du-Prince-Édouard et le Nouveau-Brunswick?

Cette question n'a pas été retenue, et avec raison. Quel est l'intérêt de la population à se départir d'un droit constitutionnel existant alors que la question référendaire ne propose rien en retour? Ce libellé n'aurait pas été clair, ne questionnant pas la population sur l'essence du projet proposé, mais plutôt sur un de ses effets collatéraux. Ainsi, le cœur de la question référendaire présentée à la population de l'Île-du-Prince-Édouard en 1988 était clair tel que libellé¹⁰⁶.

La même logique devrait selon nous s'appliquer à toute autre question référendaire, à plus forte raison si elle porte sur la souveraineté du Québec. En effet, un résultat référendaire favorable à la construction d'un pont entre l'Île-du-Prince-Édouard et le continent n'impliquait pas nécessairement que la Constitution soit modifiée pour en retirer l'obligation fédérale de maintenir un service de traversier : rien n'empêche de porter à la fois ceinture et bretelles. Inversement, l'indépendance du Québec implique quant à elle *ipso facto* la sécession d'avec le Canada : un État ne peut être à la fois indépendant et fédéré. Ainsi, voter « oui » à l'indépendance du Québec est clair quant aux conséquences de ce vote sur la Constitution canadienne, satisfaisant ainsi à l'essence de la notion de clarté à laquelle réfère la *Loi* quant au cœur de la question référendaire.

¹⁰³ Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant l'Île-du-Prince-Édouard, en date du 26 juin 1873, art. 7(1).

¹⁰⁴ La question en langue originale se lisait comme suit : « Are you in favor of a fixed link crossing between Prince Edward Island and New Brunswick? »

¹⁰⁵ *Modification constitutionnelle de 1993 (Île-du-Prince-Édouard)*, annexe : « 1. L'annexe des Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard est modifiée par l'insertion [...] de ce qui suit : « Qu'un ouvrage de franchissement reliant l'Île et le continent remplace le service de bateaux à vapeur visé par la présente annexe » ».

¹⁰⁶ Nous pourrions néanmoins soulever que les termes « raccordement permanent » (« fixed link crossing ») n'étaient pas parfaitement clairs, puisqu'ils peuvent désigner bien d'autres possibilités qu'un pont. Mais à la lumière du contexte de l'époque, ces mots étaient univoques et portaient effectivement sur la construction d'un pont routier. Au demeurant, toutefois, cette question était tendancieuse par l'emploi de l'expression « Êtes-vous en faveur » (« Are you in favour »), manifestement trop positive. Une expression semblable, « Êtes-vous d'accord » (« Do you agree »), avait d'ailleurs initialement été proposée dans le libellé de la question du référendum sur la souveraineté de l'Écosse, en 2014, mais en fut finalement retirée, précisément pour la raison que nous venons de soulever. Voir Electoral Commission, *Referendum on independence for Scotland: Advice of the Electoral Commission on the proposed referendum question*, op. cit., note 47.

Si comparaison n'est pas raison¹⁰⁷, celle-ci nous permet néanmoins de mettre en exergue les vices de clarté inhérents à une question référendaire portant sur la modification à apporter à la Constitution existante plutôt que sur le projet proposé. Nous pouvons donc confirmer la clarté de la première question révisée, d'autant plus qu'elle correspond à l'essence du libellé que semblait exiger le fédéral d'un point de vue politique au moment de l'adoption de la *Loi sur la clarté*.

ii. « Approuvez-vous la Constitution du Québec indépendant proposée par l'assemblée constituante du Québec? »

Encore une fois, prise isolément, cette question ne semble pas poser problème au vu du *Renvoi* et de la *Loi*, qui ne traitent que des questions référendaires relatives à la souveraineté du Québec. Cette deuxième question porte uniquement sur l'approbation de la Constitution du Québec souverain : il serait donc contraire à l'esprit même du concept de souveraineté que le Canada ait quelque mot à dire dans le processus d'adoption de la loi fondamentale du Québec indépendant. Au demeurant, la référence à un texte externe semble être une pratique commune, ayant même fait l'objet du référendum de 1992 sur l'Accord de Charlottetown¹⁰⁸. Les référendums québécois de 1980 et de 1995 s'appuyaient aussi sur des documents externes, ce que Tierney juge essentiel dans certaines circonstances :

C'était certainement le cas au Québec, où la proposition nationaliste d'un modèle de partenariat économique et politique entre deux « entités souveraines » semblait étirer les limites du concept traditionnel d'État. Ce n'est pas surprenant, et c'est peut-être même essentiel, que ses détails soient élaborés dans un document externe¹⁰⁹.

Pour Jean Laponce, le fait que le référendum de 1995 ait référé à des documents externes doit s'apprécier de manière contextuelle :

Pour évaluer l'impact de la question il faut tenir compte du fait, nous venons de le dire, que le texte de cet accord avait été envoyé par la poste à tous les électeurs¹¹⁰.

La diffusion de masse de la Constitution à laquelle fait référence la présente question permettrait d'en rehausser la clarté par le biais des « circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu », pour reprendre les termes du *Renvoi*. La clarté de cette question serait d'autant plus significative si la Constitution proposée *ad referendum* était issue des travaux d'une assemblée constituante. La population aurait alors été impliquée dans le processus d'élaboration de ce texte et serait plus apte à en saisir les tenants et aboutissants. Ainsi, le fait de renvoyer à l'assemblée constituante du Québec dans le libellé même de cette deuxième question renverrait la population non seulement au texte constitutionnel proposé, mais aussi à tout le processus sous-jacent auquel elle aurait elle-même pris part.

iii. L'interaction des deux questions

La principale difficulté de la présente hypothèse, soit celle d'un bulletin référendaire bicéphale, réside dans la nature potentiellement contradictoire des réponses qui pourraient être données aux deux questions proposées. En théo-

¹⁰⁷ La plus grande distinction que nous désirons souligner réside dans le fait que le référendum prince-édouardien de 1988 a été organisé après les négociations constitutionnelles et n'a donc pas servi à légitimer le processus de modification constitutionnelle subséquent, à l'inverse de ce qui est envisagé dans le cas de l'accession du Québec à l'indépendance.

¹⁰⁸ La question soumise au vote référendaire du 26 octobre 1992 se lisait comme suit : « Acceptez-vous que la Constitution du Canada soit renouvelée sur la base de l'entente conclue le 28 août 1992? ». Les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet soulignent d'ailleurs que le texte définitif de l'Accord n'était même pas disponible au début de la campagne référendaire, ce qui ne semble pas pour autant avoir causé de problème majeur du point de vue de la clarté de la question. Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *op. cit.*, note 35, p. 114.

¹⁰⁹ Stephen Tierney, *op. cit.*, note 70, p. 238. L'extrait en langue originale se lit comme suit : « This was certainly so in Quebec, where the nationalist proposal for a model of economic and political partnership between two 'sovereign entities' seemed to stretch the boundaries of the traditional concept of statehood. It is no surprise, and arguably essential, that its detail be elaborated in an extraneous document ».

¹¹⁰ Jean Laponce, *Le référendum de souveraineté. Comparaisons, critiques et commentaires*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p. 124.

rie, nous ne relevons aucun écueil au simple fait que deux questions distinctes figurent sur un même bulletin de vote¹¹¹. Là où le bât blesse, cependant, c'est lorsque ces questions sont si intimement liées que le sort de l'une dépend de la réponse donnée à l'autre. Ainsi, même si chacune des questions était limpide, l'ensemble d'un bulletin de vote ne saurait être qualifié de clair si l'interaction des deux questions était de nature à brouiller l'ensemble.

Qu'advierait-il si l'indépendance du Québec était approuvée, mais que la Constitution ne l'était pas? Faudrait-il comprendre que le Québec n'accéderait pas à la souveraineté? Plus déconcertant encore, comment devrait-on interpréter le rejet de la souveraineté, d'une part, et l'approbation de la Constitution du Québec souverain, d'autre part¹¹²? Du point de vue mécanique, par ailleurs, un électeur opposé à l'indépendance devrait-il également se prononcer sur le projet de Constitution du Québec alors même qu'il est hostile à la prémisse de cette loi fondamentale, soit la souveraineté du Québec? Il s'agit là d'autant d'éventualités qui pourraient confondre l'électorat, rendant donc ambiguë la volonté populaire à l'égard de l'indépendance du Québec.

Une solution simple à ce dilemme pourrait être de rendre la possibilité de répondre à la question concernant la Constitution du Québec conditionnelle au fait d'avoir approuvé l'indépendance proposée à la première question. La deuxième question pourrait ainsi débiter par « En cas de réponse affirmative ». Cependant, cette solution serait antidémocratique : en admettant même qu'elle rendrait l'ensemble de la question claire au sens du *Renvoi* et de la *Loi sur la clarté* – ce dont nous doutons –, elle ne permettrait qu'à ceux en faveur de l'indépendance du Québec d'en approuver la Constitution. Or, la population du Québec forme un corps constituant unique et indivisible : faire approuver la Constitution d'un pays à naître par une fraction seulement de sa population mettrait non seulement en péril la règle de la majorité telle que généralement conçue au Québec¹¹³, mais également l'unité de cet État. Au demeurant, cette manière de procéder exclurait les citoyens qui, bien qu'opposés à la souveraineté, seraient par pragmatisme enclins à approuver la Constitution du Québec dans l'éventualité où le Québec deviendrait effectivement indépendant.

Partant de la prémisse que la Constitution du Québec n'entrerait en vigueur que si le Québec devenait un pays souverain, l'ajout d'une simple condition relative à l'accession du Québec à l'indépendance pourrait selon nous répondre aux préoccupations de clarté détaillées ci-dessus. Le bulletin de vote référendaire prendrait ainsi la forme suivante :

1) Acceptez-vous que le Québec devienne un pays indépendant?

- Oui
- Non

¹¹¹ En 2002, par exemple, un référendum de nature quasi constitutionnelle en lien avec les traités autochtones a été tenu en Colombie-Britannique et ne comptait pas moins de huit questions. Voir Linda M. Johnson, *Report of the Chief Electoral Officer on the Treaty Negotiations Referendum*, Elections BC, <http://www.elections.bc.ca/docs/rpt/2002-CEOReport-TreatyNegotiationsReferendum.pdf>, consulté le 31 mars 2017.

¹¹² Notre étude se penche bien sûr sur l'hypothèse de la Constitution d'un Québec indépendant. Ces remarques dépasseront le sujet ici traité, mais rien n'empêcherait, en théorie, que cette Constitution puisse être applicable dans le cadre du Québec souverain autant que fédéré. Si la Constitution était adoptée, mais que la souveraineté était quant à elle rejetée, seules les dispositions conformes à la Constitution canadienne pourraient alors entrer en vigueur. Tel est du moins l'esprit du projet proposé par Marc Chevrier : « [Le projet] consiste à faire adopter une constitution écrite véritable, élaborée et ratifiée par des méthodes exemplaires, en vue d'établir une république du Québec, provisoirement au sein du Canada, jusqu'au jour où les Québécois jugeront opportun de défaire ou non le lien avec le reste du pays – si jamais un tel jour survient. En clair, la question de la souveraineté complète de l'État du Québec peut attendre quelque peu, celle du peuple dans l'État, non ». Voir Marc Chevrier, « La République du Québec et sa constitution », *Argument*, vol.10, no1, 2001. Le professeur Chevrier décrit dans ce texte un projet de Constitution québécoise impliquant certains amendements à la Constitution canadienne, mais toujours cantonnée dans le cadre fédéral.

¹¹³ En effet, l'ajout des mots « En cas de réponse affirmative » permettrait théoriquement d'approuver la Constitution du Québec avec une majorité de 25% + 1 de la population, dans l'éventualité où l'indépendance du Québec serait approuvée à 50% + 1 et que la Constitution serait elle-même approuvée par 50% + 1 de cette première majorité.

2) Si le Québec devient un pays indépendant, approuvez-vous la Constitution du Québec proposée par l'assemblée constituante du Québec?

- Oui
 Non

Nous croyons que cet ajout à la deuxième question la clarifierait en établissant que l'entrée en vigueur de la Constitution serait subordonnée à l'approbation majoritaire de la première question et à l'accession factuelle du Québec à l'indépendance. Cette structure conditionnelle s'apparente d'ailleurs de près à celle proposée par le réformiste Grant Hill durant les débats parlementaires entourant l'adoption de la *Loi sur la clarté*¹¹⁴. Nous pourrions certes avancer de nombreux autres libellés jouant de plus de précision¹¹⁵, mais nous sommes d'avis que celui-ci présente le double avantage d'être court et intelligible¹¹⁶, sans pour autant dénaturer l'essence de la condition proposée. Par ailleurs, le professeur Alain Pellet est d'avis que le *Renvoi* permet très bien d'inclure une condition claire à une question elle-même claire :

D'une part, du moment que la question est claire, rien n'empêche qu'elle porte sur les conditions (claires) auxquelles cette volonté de sécession pourrait être subordonnée. Pour prendre un exemple, il me semble que : «Souhaitez-vous la sécession du Québec si celui-ci est en mesure de participer à l'ALÉNA» est une question (peut-être idiote, mais) claire; ou bien cette condition se réalisera à la suite de négociations avec le Canada et ses partenaires, ou bien ce ne sera pas le cas; mais la question aura été claire, compréhensible, dénuée d'ambiguïté et il sera aisé de déterminer si la condition posée est ou n'est pas réalisée. En revanche une question dont la réponse serait subordonnée à des conditions floues ne saurait être qualifiée de «claire»; tel serait le cas si les Québécois étaient consultés sur la question de savoir s'ils font confiance au Gouvernement du Québec pour négocier avec le Gouvernement canadien un arrangement satisfaisant préservant pleinement leur droit à disposer d'eux-mêmes; ici, les dirigeants québécois ne seraient investis d'aucun mandat clair de négociation et la règle posée par la Cour suprême ne serait assurément pas respectée¹¹⁷.

Grâce à la condition préliminaire ajoutée à notre deuxième question, celle-ci ne rendrait pas ambiguë l'expression de la population en réponse à celle portant sur l'indépendance du Québec, l'empire de chacune des questions étant clairement défini. Nous sommes donc d'avis que la double question référendaire telle que reformulée ci-dessus répondrait aux impératifs de clarté du *Renvoi* et de la *Loi sur la clarté*.

La Constitution du Québec comme gage d'indépendance

Alors que notre première hypothèse proposait deux questions référendaires distinctes – l'une sur l'indépendance et l'autre sur la Constitution –, une autre avenue à explorer serait de soumettre un projet de constitution qui, s'il était approuvé, impliquerait nécessairement l'assentiment populaire en faveur de l'indépendance du Québec. Notre hypothèse de départ sera donc la suivante :

Approuvez-vous la *Constitution du Québec indépendant proposée par l'assemblée constituante du Québec*?

- Oui
 Non

¹¹⁴ Canada, Chambre des communes, *Débats de la Chambre des communes*, op. cit., note 86, no 64 (15 mars 2000) p. 4711 et 4712 (M. Grant Hill) : « [P]our que la question puisse être considérée comme claire, il fallait la scinder en deux. Par exemple: Voulez-vous conclure un partenariat amélioré avec le Canada, oui ou non? Et si cela n'est pas réalisable, voulez-vous vous séparer du Canada, oui ou non? »

¹¹⁵ Par exemple : « Si une majorité simple de la population du Québec accepte que le celui-ci devienne un pays indépendant et que le Québec devient effectivement indépendant, approuvez-vous l'entrée en vigueur de la Constitution proposée par l'assemblée constituante du Québec? »

¹¹⁶ À notre sens, une question intelligible sous-entend que celle-ci ne nécessite pas de lourd exercice d'interprétation, ce qui n'empêche pas qu'un certain exercice de compréhension, même minimal, doive être effectué par l'électeur.

¹¹⁷ Alain Pellet, op. cit., note 36, section 4.

Il s'agit là d'une proposition d'un intérêt certain, certes, mais sans être inédite pour autant : Malte a accédé à son indépendance à la suite d'un référendum proposant une question similaire¹¹⁸. À nos fins, combiner de la sorte les enjeux référendaires permettrait d'éviter le problème potentiel soulevé par notre première hypothèse : aucun conflit n'est possible entre les réponses offertes aux deux enjeux soumis *ad referendum*, celui de l'indépendance étant implicitement subsumé par la constitution proposée. Ainsi, cette question proposerait un cœur unique dont la pulsation animerait pour ainsi dire deux bras, soit l'indépendance et la Constitution du Québec. Sous la coupe d'un seul libellé, cette structure permettrait en effet de proposer un projet d'indépendance non seulement de forme, mais également de fond, défini et tangible, grâce au contenu de la Constitution proposée. Issu des travaux d'une assemblée constituante, le projet de pays soumis à la sanction référendaire ne semblerait pas tomber du ciel : il serait le fruit palpable d'un labeur collectif, ce qui redoublerait d'autant la clarté de l'enjeu référendaire et la compréhension réelle que la population en aurait.

Nous sommes d'avis que le cœur de cette question pourrait potentiellement satisfaire aux prescriptions du *Renvoi*. En dépit du fait que cet enjeu référendaire n'est pas explicitement suggéré par la Cour suprême, celle-ci souligne néanmoins à maintes reprises que la question doit ultimement permettre à la population québécoise d'*exprimer clairement sa volonté démocratique*¹¹⁹. À cet effet, la Cour indique que la Constitution canadienne *exprime* à la fois la souveraineté et la volonté des Canadiens :

La Constitution est l'expression de la souveraineté de la population du Canada. La population du Canada, agissant par l'intermédiaire des divers gouvernements dûment élus et reconnus en vertu de la Constitution, détient le pouvoir de mettre en oeuvre tous les arrangements constitutionnels souhaités dans les limites du territoire canadien, y compris, si elle était souhaitée, la sécession du Québec du Canada. Comme l'a affirmé notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 745, « [l]a Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement »¹²⁰.

Or, si la Constitution canadienne exprime simultanément la souveraineté et « la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux », le même argument pourrait être avancé à propos d'une éventuelle constitution québécoise : le fait pour la population d'en approuver le contenu ne reviendrait-il pas à exprimer à la fois sa volonté et sa souveraineté?

Par contre, malgré ses implications théoriques intéressantes, cette question pourrait difficilement être retenue à la lumière de la *Loi sur la clarté* et de certains impératifs doctrinaux auxquels nous nous rallions. En effet, elle ne respecterait pas la *Loi sur la clarté*, son cœur ne portant pas sur le fait de « faire sécession », de « cesser de faire partie du Canada » ou de « devenir un pays indépendant », mais plutôt sur l'approbation d'un texte constitutionnel.

¹¹⁸ Les 2 et 4 mai 1964, la question soumise au peuple maltais était la suivante : « Approuvez-vous la Constitution pour l'indépendance proposée par le gouvernement de Malte, appuyée par l'Assemblée législative et publiée dans la Gazette du gouvernement de Malte le 9 avril 1964? ». La question en langue originale se lisait comme suit : « Do you approve of the Constitution for Independence proposed by the Government of Malta, endorsed by the Legislative Assembly and published in the Malta Government Gazette of the 9th April, 1964? ». Voir *Maltese Referenda Past and Present*, The Malta Independent, 29 mai 2011, <http://www.independent.com.mt/articles/2011-05-29/news/maltese-referenda-past-and-present-293274/>, consulté le 31 mars 2017. Suivant l'analyse du professeur Patrick Monahan voulant que « [b]ien que la Cour suprême n'ait fait aucune référence à l'expérience comparative sur ce point particulier, aucune sécession depuis 1945 n'a été réussie sans un mandat clair sur une question claire », la question du référendum maltais de 1964 – fort semblable à notre présente hypothèse – était donc claire. Voir Patrick Monahan, « Doing the Rules: An Assessment of the Federal *Clarity Act* in Light of the *Quebec Secession Reference* », *op. cit.*, note 59, p. 5, note 9. L'extrait en langue originale se lit comme suit : « [a]lthough the Supreme Court made no reference to comparative experience on this particular point, no secession since 1945 has proved successful without a clear mandate on a clear question ».

¹¹⁹ *Renvoi*, par. 87, 88, 89, 92, 100, 104, 151 et 154.

¹²⁰ *Ibid.*, par. 85.

Même dans le camp souverainiste, une telle question est loin de faire l'unanimité. En 2004, Jacques Parizeau et Robert Laplante proposaient un projet essentiellement similaire à la présente hypothèse : un référendum portant non pas sur la souveraineté du Québec, mais bien sur une constitution provisoire qui, si approuvée, sous-tendrait l'accession du Québec à l'indépendance. Recensant les opinions de Claude Morin, Alain-G. Gagnon, Michel Venne, Daniel Turp et Jean-François Lisée, Stéphane Courtois souligne comme suit l'un des principaux problèmes d'une telle formulation :

[I]l faut s'assurer que les citoyens du Québec désirent vraiment faire sécession et, pour cela, il faut une question claire qui porte de manière précise et explicite sur la question. Un référendum sur un projet de constitution mettrait inévitablement en jeu une quantité de questions autres que celle portant sur la sécession, obscurcissant ainsi la question essentielle et, en fait, la seule véritable question sur laquelle la population doit se prononcer¹²¹.

Ces auteurs convergent donc vers la même finalité que la *Loi sur la clarté* : le cœur de la question référendaire doit porter sur l'indépendance du Québec. Serait-il malgré tout possible qu'une seule et unique question réponde à cette exigence tout en permettant l'adoption de la Constitution du Québec? À cette fin, nous pourrions reformuler ainsi notre hypothèse initiale :

Acceptez-vous que le Québec devienne un pays indépendant sur la base de la Constitution proposée par l'assemblée constituante du Québec?

- Oui
 Non

Une telle structure de question ne constituerait pas un précédent référendaire : la petite île de Niue, dans l'océan Pacifique, est devenue autonome – et, à toutes fins pratiques, souveraine – de la Nouvelle-Zélande en 1974 à la suite d'un référendum proposant une question essentiellement similaire à celle de notre hypothèse révisée¹²². De manière semblable, la question posée lors du référendum catalan du 1^{er} octobre dernier se lisait comme suit : « Voulez-vous que la Catalogne soit un État indépendant *sous forme de République*? »¹²³.

Cette nouvelle formulation présente cependant une embûche conceptuelle non négligeable : elle propose une question du « tout ou rien », à savoir l'impossibilité pour la population d'approuver uniquement l'un ou l'autre des enjeux soumis *ad referendum*, soit l'indépendance ou la Constitution du Québec. En effet, on peut potentiellement imaginer que certains puissent être en faveur de l'indépendance, mais opposés à la Constitution proposée. À l'inverse, un électeur hostile à l'indépendance pourrait malgré tout se résigner à appuyer la Constitution du Québec souverain. Le professeur Patrick Taillon met en garde contre les questions englobant de multiples enjeux :

Cette forme de vote bloqué, que l'on désigne souvent par l'expression *logrolling*, consiste à combiner des éléments hétérogènes dans une même question de manière à inciter les électeurs à tout adopter en un seul bloc. Autrement dit, pour faciliter l'adoption d'une mesure, on fusionne des éléments peu populaires avec des propositions très populaires en espérant augmenter ses chances de faire accepter le tout. Devant ainsi choisir d'appuyer ou de rejeter en bloc des éléments hétérogènes pour lesquels ils peuvent éprouver des senti-

¹²¹ Stéphane Courtois, « Élection référendaire : plus de démocratie ou moins? », *Éthique publique*, vol. 7, no 2, 2005, par. 3.

¹²² Supervisé par l'ONU, le référendum du 3 septembre 1974 proposait la question suivante : « Votez-vous pour l'autonomie gouvernementale de Niue en association libre avec la Nouvelle-Zélande sur la base de la Constitution et de la Loi constitutionnelle de Niue de 1974? ». La question en langue originale se lisait comme suit : « Do you vote for self-government of Niue in free association with New Zealand on the basis of the Constitution and the Niue Constitution Act 1974? ». Voir Masahiro Igarashi, *Associated Statehood in International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 167.

¹²³ Chloé Lourenço, « Catalogne indépendante : un nouvel espoir? », *Contrepoints*, 13 juillet 2017, <https://www.contrepoints.org/2017/07/13/294710-catalogne-independante-nouvel-espoir>, consulté le 13 juillet 2017. La question en langue originale se lisait comme suit : « Voleu que Catalunya sigui un Estat independent en forma de república? ».

ments contradictoires, les électeurs se trouvent coincés par un projet complexe « à prendre ou à laisser¹²⁴.

Marthe Fatin-Rouge Stéfanini avance des arguments similaires à l'encontre d'une telle manière de présenter deux enjeux distincts :

Par ailleurs, lorsque la question est ambiguë ou qu'elle restreint la liberté de choix en regroupant, par exemple, plusieurs objets, la seule solution pour les citoyens de faire état de la gêne causée par ces demandes sera le vote négatif. Cette perspective peut, certes, conduire les auteurs de la question à se soucier de la clarté de celle-ci. Cependant, les citoyens peuvent être enclins à exprimer un vote favorable pour affirmer leur confiance aux auteurs de la question ou parce qu'ils tiennent à l'adoption de l'une des mesures proposées¹²⁵.

Pour Stephen Tierney, toutefois, les questions englobant plus d'un enjeu sont parfois inévitables et participent de l'idée même du référendum :

Nonetheless, this presentation of a constitutional package to the voters which results from a process of constitutional negotiation and agreement on a larger issue — constitutional authorship, peace-making etc — is conceptually distinguishable from a situation where two different (perhaps even incompatible) and separable issues are run together as a ploy by an elite to secure endorsement for the less popular on the coattails of the more popular¹²⁶.

Tierney clarifie donc les propos de Taillon et de Fatin-Rouge Stéfanini : c'est lorsque les enjeux référendaires sont différents ou incompatibles qu'ils ne sauraient être joints dans une même question. Taillon parle d'ailleurs lui-même d'« éléments hétérogènes » et Fatin-Rouge Stéfanini illustre cette problématique en prenant l'exemple de la peine de mort, qui a été abolie par la bande via l'approbation référendaire de la Constitution suisse¹²⁷.

La clarté de notre hypothèse modifiée dépendra donc directement du degré de rattachement entre les enjeux de l'indépendance et de la Constitution du Québec. À notre avis, l'enjeu de l'indépendance du Québec et celui de sa Constitution sont non seulement rattachés, mais intimement liés. Ils sont si intriqués l'un dans l'autre que, d'une part, le Québec ne pourrait être indépendant sans avoir sa propre constitution et que, d'autre part, la Constitution du Québec souverain ne pourrait entrer en vigueur sans que le Québec ne devienne effectivement indépendant. Il ne s'agit donc pas du cas de figure envisagé par Taillon, Fatin-Rouge Stéfanini ou Tierney, où une proposition impopulaire pourrait être sanctionnée par le vote référendaire en la fusionnant à un autre enjeu, celui-là trouvant un écho favorable au sein de l'électorat.

Certains pourraient avancer que notre hypothèse révisée poserait problème au vu du *Renvoi* et de la *Loi*, en ce qu'elle ne permet pas à la population d'exprimer clairement sa volonté à propos de l'indépendance du Québec. En effet, un vote favorable pourrait potentiellement avoir été uniquement motivé par la Constitution proposée : il serait après tout possible qu'une assemblée constituante représentative de la population accouche d'une loi fondamentale moderne d'une telle qualité substantielle qu'elle inciterait des électeurs fédéralistes à voter en faveur du « oui ». Ce vote ne devrait alors pas s'entendre comme un « oui » pour l'indépendance, mais plutôt comme un « oui » pour la Constitution proposée¹²⁸.

¹²⁴ Patrick Taillon, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, *op.cit.*, note 22, p. 176 et 177.

¹²⁵ Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 169 et 170.

¹²⁶ Stephen, Tierney, *op. cit.*, note 70, p. 232.

¹²⁷ L'abolition de la peine de mort a été rejetée dans le cadre du référendum suisse de 1866, puis a été approuvée en 1874 par l'adoption référendaire de la Constitution suisse, dont certaines dispositions prévoyaient la fin de ce châtiment.

¹²⁸ Par ailleurs – et d'un pur point de vue stratégique – l'argument inverse serait tout aussi valable : une telle question englobant deux enjeux pourrait avoir pour résultat de multiplier les raisons de voter en défaveur de la proposition référendaire, minant ainsi les appuis à l'option du « oui ».

Cependant, cet argument est facile à démonter puisqu'il ne tient pas compte du fait que la Constitution du Québec indépendant pourrait seulement être adoptée par un Québec effectivement souverain, le cadre juridique canadien faisant autrement obstacle à sa pleine entrée en vigueur. Joindre en une seule question l'approbation de la souveraineté et de la Constitution du Québec n'émane pas d'une ruse ou de quelconques impératifs stratégiques; bien au contraire. Afin d'être promulguée, la Constitution du Québec souverain nécessite l'accession du Québec à l'indépendance. Il ne s'agit donc pas, comme l'envisageaient les auteurs précités, d'une pilule empoisonnée que l'on enroberait subtilement de sucre afin de mieux la faire passer auprès de la population. Que ce soit la Constitution proposée qui incite une portion de l'électorat à voter « oui » à la présente question n'enlève rien au fait que c'est également et *nécessairement* à l'indépendance qu'ils disent « oui ». Par ailleurs, nul ne pourrait arguer que l'indépendance aurait été dissimulée sous le couvert de la Constitution proposée : le cœur premier et principal de notre hypothèse révisée porte bel et bien sur l'indépendance.

En somme, nous sommes d'avis que la version révisée de cette hypothèse répondrait vraisemblablement aux prescriptions juridiques du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* et de la *Loi sur la clarté*. Bien qu'étant juridiquement conforme à la *Loi*, cependant, le présent libellé de question correspond à celui que le gouvernement fédéral semblait chercher à écarter sur le plan politique à l'époque où la *Loi* fut adoptée, attendu qu'il ne contient pas qu'exclusivement l'enjeu de l'indépendance du Québec. En dernière analyse, l'évaluation de la clarté de cette question référendaire reviendrait donc à l'appréciation politique d'Ottawa au moment où elle serait présentée à la population.

L'alternative entre la Constitution du Québec et la Constitution canadienne

Depuis 35 ans, le Québec est dans une situation constitutionnelle des plus paradoxales : il n'a jamais accepté d'accéder à l'indépendance, pas plus cependant qu'il ne s'est résolu à signer la *Loi constitutionnelle de 1982*¹²⁹. Après le rejet des accords du Lac Meech et de Charlottetown, le consentement du Québec manque encore à la Constitution canadienne. De par son propre refus, le Québec n'est donc ni souverain, ni partie de son plein gré au contrat social de la fédération à laquelle il appartient *de facto*.

Un référendum sur la Constitution du Québec issue des travaux d'une assemblée constituante permettrait cependant de mettre un terme à ce flottement. Attendu que le Québec n'aurait pas encore adopté la Constitution du Québec, pas plus qu'il n'aurait signé la Constitution canadienne, une question référendaire offrant l'alternative entre ces deux lois fondamentales permettrait au Québec de se prononcer sur son indépendance tout en choisissant définitivement d'adhérer à l'un ou l'autre de deux ordres constitutionnels : l'ordre canadien existant ou l'ordre québécois nouveau. Par hypothèse, nous proposons donc la question suivante :

¹²⁹ *Ibid.* note 8.

Quelle constitution voulez-vous que le Québec adopte? (Ne choisissez qu'une seule option.)

- O La *Loi constitutionnelle de 1982* du Canada
- O La *Constitution du Québec indépendant* proposée par l'assemblée constituante du Québec

Cette question comporte plusieurs obstacles, dont certains nous paraissent insurmontables, même si, de prime abord, elle satisfait certaines des prescriptions du *Renvoi*. Suivant l'expression de la Cour suprême, cette structure permettrait à la population du Québec de « rejeter l'ordre constitutionnel existant » : préférer la Constitution du Québec à celle du Canada représente un rejet assez limpide de l'ordre constitutionnel positif du Canada. À ce titre, cette manière de procéder rappelle d'ailleurs le référendum français du 28 octobre 1958 sur la Constitution de la V^e République, que la Guinée a massivement rejetée, ce qui a ultimement mené à une déclaration d'indépendance reconnue par la France elle-même¹³⁰.

Plus restrictive à cet égard, cependant, la *Loi sur la clarté* ne serait probablement pas respectée par cette question. En effet, son cœur ne traite pas de « faire sécession », de « cesser de faire partie du Canada » ou « d'accéder à l'indépendance ». Même si la deuxième réponse proposée adjoint l'adjectif « indépendant » au substantif « la Constitution du Québec », le cœur de cette question porte malgré tout sur l'approbation *d'un texte constitutionnel* plutôt que sur *l'indépendance du Québec* à proprement parler. D'aucuns pourraient certes plaider que l'indépendance est clairement sous-jacente à l'approbation de la Constitution du Québec indépendant, mais nous ne saurions accepter qu'une question puisse être claire par la seule force de la déduction. Cette structure n'est donc pas univoque au sens de la *Loi sur la clarté*, car elle implique que l'assentiment populaire à la souveraineté soit tiré par inférence d'une question portant sur un sujet connexe. L'argument est trop évident pour ne pas être opposé dès le départ : si cette question porte ultimement sur l'indépendance du Québec, pourquoi traite-t-elle de textes constitutionnels?

Du reste, l'aspect le plus problématique de la structure de cette question réside dans le fait qu'elle ne permet pas à la volonté populaire de *s'exprimer clairement* sur l'enjeu proposé : même si une quelconque majorité votait en faveur de la Constitution du Québec indépendant, cette expression populaire ne serait claire ni en vertu du *Renvoi*, ni en vertu de la *Loi*. En effet, la question à l'étude propose des réponses prédéfinies et cantonnées pouvant fort bien ne pas couvrir l'ensemble du spectre des opinions sur la question formulée.

Même si la Constitution du Québec obtenait un appui référendaire majoritaire, pourrions-nous déduire que cette option serait réellement le choix *préféré* de la population? Sans doute pas, car il est probable que de nombreuses personnes dont l'option de prédilection ne figurerait pas au bulletin référendaire se résoudraient à choisir l'option qu'ils préféreraient *parmi celles proposées*. Tout au plus pourrions-nous déduire de ces résultats que la Constitution du Québec est plus populaire que celle du Canada, mais non qu'elle est l'option favorisée dans l'absolu.

Tout à l'inverse, l'écueil décrit ci-dessus n'existe pas dans le cadre des questions référendaires permettant de se prononcer par « oui » ou « non », car toutes les opinions sont assurément représentées par l'une ou l'autre des alternatives proposées. Ainsi, ceux en faveur de la proposition référendaire peuvent choisir le « oui », et ceux lui étant opposés – pour quelque raison que ce soit et quelle que soit leur tierce solution de prédilection – peuvent répondre par la négative. L'adhésion à une option exclut entièrement l'adhésion à l'autre, et toutes les franges idéologiques de la population peuvent exprimer clairement leur volonté en choisissant l'une ou l'autre des alternatives.

¹³⁰ La question référendaire, proposant l'option entre « oui » et « non », se lisait ainsi : « Approuvez-vous la Constitution qui vous est proposée par le gouvernement de la République? ». Voir Christian Ostermann, et Terzieva Kristina, *Nationalism and Decolonization in Africa during the Cold War*, Wilson Center, 8 avril 2008, <https://www.wilsoncenter.org/event/nationalism-and-decolonization-africa-during-the-cold-war>, consulté le 31 mars 2017.

La présente question ne permet toutefois pas à la population d'exprimer clairement sa volonté quant à la situation constitutionnelle du Québec, car elle met artificiellement en opposition deux alternatives ne couvrant pas la gamme complète des options possibles sur cet enjeu. En d'autres termes, cette structure de question constitue une exclusion des tiers, ou un sophisme du faux dilemme : certains doivent choisir de deux maux le moindre, les deux options proposées n'étant pas mutuellement exclusives.

En effet, admettant même que les fédéralistes ne sont pas souverainistes – et vice-versa – il serait faux de croire que tout fédéraliste serait en faveur de la ratification de la *Loi constitutionnelle de 1982* par le Québec. Pour de nombreux Québécois fédéralistes, la *Loi constitutionnelle de 1982* demeure encore à ce jour inacceptable pour une multitude de raisons historiques, juridiques ou politiques. Ils se retrouveraient donc pris entre l'arbre et l'écorce, forcés à choisir entre des alternatives inadmissibles à leurs yeux, à savoir la signature de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou encore la ratification de la Constitution du Québec indépendant. Patrick Taillon exprime comme suit la problématique inhérente aux questions du type de celle présentement à l'étude :

[F]aire un choix entre un projet et un contreprojet introduit aussi un biais structurel en faveur du changement en écartant d'office la possibilité pour les électeurs de s'exprimer en faveur du *statu quo*. [...] Autrement dit, faire un choix entre deux solutions impopulaires, c'est certes exprimer une préférence, mais ce n'est pas pour autant assurer le triomphe de la meilleure des solutions aux yeux des électeurs¹³¹.

Une question référendaire ne permettant pas de se positionner en faveur ou à l'encontre d'une proposition, mais offrant plutôt le choix entre diverses réponses à un même enjeu doit donc proposer toutes les options envisageables, ce qui, en pratique, est virtuellement impossible¹³². La tierce catégorie doit donc être un choix fourre-tout pouvant sous-tendre la possibilité future de toutes les autres options raisonnablement existantes. Au terme d'une étude référendaire comparative, Jean Laponce conclut que la pratique la plus répandue à cet égard est de proposer le *statu quo*.¹³³ En effet, ce choix permet à l'électeur de signifier son désaccord avec les autres options proposées tout en démontrant ou bien son soutien réel au *statu quo*, ou bien son désir de réserver la possibilité future d'une alternative à celui-ci, un peu à l'instar d'un vote pour le « non » dans un référendum binaire classique.

C'est d'ailleurs ce qui fut mis de l'avant en 1948 dans le cadre du référendum sur l'union du Dominion de Terre-Neuve avec le Canada. En 1934, face à une crise de la dette sans précédent, l'assemblée législative du territoire s'était elle-même dissoute pour remettre la gouvernance du Dominion à une Commission gouvernementale nommée par Londres. Mais au courant des années 1940, Westminster incita la colonie à se reprendre en charge, ce qui mena à un premier référendum, tenu le 3 juin 1948. Sans proposer de question, le bulletin de vote se lisait comme suit :

1. Commission de gouvernement pour une période de cinq ans
2. Confédération avec le Canada
3. Gouvernement responsable tel qu'il existait en 1933¹³⁴

Ces trois options peuvent aujourd'hui sembler inintelligibles, mais elles s'entendaient à l'époque 1) de la continuation pour une période de cinq ans du *statu quo* que représentait la Commission gouvernementale, 2) de la fédéra-

¹³¹ Patrick Taillon, *Le référendum directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, *op. cit.*, note 22, p. 182.

¹³² *Ibid.*, p. 183.

¹³³ Jean Laponce, *op. cit.*, note 110, p. 127.

¹³⁴ Melvin, Baker, *Falling into the Canadian Lap: The Confederation of Newfoundland and Canada, 1945-1948*, Royal Commission on Renewing and Strengthening Our Place in Canada, <http://www.gov.nl.ca/publicat/royalcomm/research/fallingintothecanadianlap.pdf>, consulté le 31 mars 2017. Les options référendaires en langue originale se lisaient comme suit : « 1. Commission of government for a period of five years 2. Confederation with Canada 3. Responsible government as it existed in 1933 ».

tion avec le Canada¹³⁵ ou 3) du retour à une assemblée législative souveraine pour Terre-Neuve.

De la même manière, nous pourrions modifier la question référendaire posée en hypothèse afin d'y ajouter une troisième option impliquant le *statu quo*, à savoir le maintien de la Constitution canadienne telle quelle, sans pour autant que le Québec ne la ratifie. Cependant, une telle modification n'est pas souhaitable, car elle nous ramènerait ultimement à la problématique qu'elle devait initialement résoudre. En effet, il serait pratiquement impossible d'atteindre une quelconque majorité dès lors que trois options seraient sur la table¹³⁶. C'est d'ailleurs ce qui est advenu du référendum terre-neuvien de 1948. Aucune des trois options proposées n'ayant pu récolter l'appui d'une majorité de la population¹³⁷, un deuxième référendum fut organisé le 22 juillet 1948, écartant cette fois du bulletin de vote l'option ayant amassé le moins d'appuis lors du premier vote, en l'occurrence la continuation du mandat de la Commission gouvernementale.

Si – et c'est là notre postulat – le même phénomène se produisait au Québec et que seules les deux options les plus populaires à l'issue du premier tour faisaient l'objet d'un deuxième référendum, la frange de la population ayant appuyé l'option rejetée se retrouverait donc devant un bulletin de vote où son opinion réelle ne serait pas reflétée. De manière circulaire, nous retournerions donc à la problématique décrite ci-dessus, à savoir que la question du second référendum ne permettrait pas à la volonté populaire de s'exprimer clairement en réponse à celle-ci, allant ainsi à l'encontre du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* comme de la *Loi sur la clarté*.

En somme, nous estimons que la présente question est irrecevable. La *Loi* ne serait pas respectée en ce que le cœur de la question à l'étude est irrécyclable avec les enjeux référendaires proposés par la *Loi*, tant du point de vue phraséologique que sémantique. De plus, la structure même de la présente question ne permettrait pas à la volonté populaire de s'exprimer clairement en réponse à celle-ci, la rendant donc irrecevable tant à la lumière de la *Loi* que du *Renvoi*. À notre avis, ces deux écueils ne sauraient être évités par la simple modification du libellé de la question, celle-ci étant d'une clarté déficiente du fait de sa structure conceptuelle même.

Conclusion

À savoir si, d'un point de vue politique, l'approbation conjointe de l'indépendance et de la Constitution du Québec peut plus facilement prêter flanc à la critique ou, inversement, créer un effet d'entraînement favorable à l'option du « oui », nous ne saurions nous prononcer; au demeurant, tel n'était pas l'objet de la présente étude, pas plus que de faire le procès de la constitutionnalité ou de la légitimité de la *Loi sur la clarté*, d'ailleurs.

De ce qui précède, nous croyons néanmoins pouvoir tirer deux principales conclusions. D'un point de vue juridique, d'abord, le *Renvoi* et la *Loi sur la clarté* permettent effectivement que soient approuvées conjointement l'indépendance et la Constitution du Québec, pour autant que le libellé de la question référendaire soit composé avec soin. Il semblerait toutefois qu'au moment de l'adoption de la *Loi*, l'intention politique fédérale était de ne considérer comme claire que la question portant exclusivement sur l'enjeu de la sécession du Québec. Les obligations édictées par le *Renvoi* n'étant pas justiciables, la détermination de ce qu'est une question claire aux termes de la *Loi* repo

¹³⁵ Malgré la terminologie utilisée dans la question référendaire terre-neuvienne, nous préférons employer le mot « fédération » par souci de rigueur, le Canada n'étant pas – et n'ayant jamais été – une confédération en bonne et due forme.

¹³⁶ L'expérience tend d'ailleurs à démontrer que ceci est particulièrement vrai quant à l'option souverainiste, du moins au Québec. Lors des référendums de 1980 et de 1995, l'option du « oui » n'est pas parvenue à atteindre le seuil de la majorité relative, et ce, alors que seules deux options étaient proposées. Si un référendum à trois options se tenait au Québec, Jean Lapointe présume lui-même qu'un second référendum à deux options devrait subséquemment être organisé. Voir Jean, Lapointe, *op. cit.*, note 110, p. 127.

¹³⁷ 14,3% de la population appuya la Commission gouvernementale, 41,1% la fédération avec le Canada et 44,5% le retour au gouvernement responsable d'une assemblée législative.

serait entièrement sur la décision politique que le Parlement fédéral pourrait prendre au moment d'un éventuel référendum sur l'indépendance du Québec. En matière de clarté référendaire, c'est la *realpolitik* qui a force de loi.

Ainsi, une structure référendaire soumettant côte à côte les enjeux de l'indépendance et de la Constitution du Québec permettrait de respecter les obligations auxquelles réfèrent le *Renvoi sur la sécession du Québec* et la *Loi sur la clarté*, et ce, tant d'un point de vue juridique que politique. À la lumière de notre étude, cette structure serait idéalement incarnée par le libellé suivant :

Acceptez-vous que le Québec devienne un pays indépendant?

- Oui
- Non

Si le Québec devient un pays indépendant, approuvez-vous la Constitution du Québec proposée par l'assemblée constituante du Québec?

- Oui
- Non

Bien que prêtant plus facilement flanc à la critique, nous sommes également d'avis qu'un bulletin de vote regroupant les deux enjeux référendaires précités en une seule question respecterait vraisemblablement les exigences juridiques de clarté suggérées par le *Renvoi* et la *Loi sur la clarté*. Cependant, un tel libellé pourrait être déconseillé d'un point de vue politique, les débats parlementaires suggérant qu'il aurait été refusé par Ottawa au moment de l'adoption de la *Loi* :

Acceptez-vous que le Québec devienne un pays indépendant sur la base de la Constitution du Québec proposée par l'assemblée constituante du Québec?

- Oui
- Non

Nous estimons finalement qu'il existe de graves problèmes structurels à la formulation d'une question ne proposant le choix qu'entre la Constitution du Canada et celle du Québec, problèmes auxquels nous ne saurions pallier par une quelconque modification phraséologique, aussi habile soit-elle.

Tel qu'annoncé d'emblée, les opinions qui précèdent ne sont basées que sur une analyse juridique du *Renvoi* et de la *Loi*, analyse faisant abstraction de tout contexte pouvant entourer la tenue d'un référendum portant à la fois sur l'indépendance et la Constitution du Québec. Cet exercice est donc intrinsèquement limité puisque, peu importe la formulation éventuellement retenue, le libellé d'une question référendaire ne pèse pas plus lourd que son contexte dans la balance de la clarté. Une question référendaire claire résultera donc non seulement d'une rédaction bien ciselée, mais aussi d'un travail de terrain acharné visant à construire le contexte social permettant à la population de comprendre l'objet du référendum, en conjonction avec le texte de la question référendaire retenue.

Il ne fait aucun doute pour nous qu'une assemblée constituante préalable pourrait constituer l'une des pierres d'assise de ce contexte. Dans cette optique, la tâche de cette assemblée ne serait donc pas uniquement d'accoucher d'un texte constitutionnel complet, mais également d'en contextualiser l'existence.

Le *Renvoi* indiquant que la notion de clarté est aussi textuelle que contextuelle, les propositions de questions auxquelles nous sommes parvenus par la présente étude ne sauraient être définitivement qualifiées de claires sans que les conditions contextuelles de clarté auxquelles appelle le *Renvoi* fassent elles aussi l'objet d'une étude, probablement à la croisée du juridique, du politique et du sociologique. Quel devrait être le mandat exact de l'assemblée

constituante, sa composition, sa durée, son mode de consultation populaire, voire d'information publique? Tant d'enjeux auxquels répondre, enjeux qui permettront ultimement d'en arriver à une question référendaire *textuellement* et *contextuellement* claire.

Bibliographie

Législation

Canada

Lois constitutionnelles

Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant l'Île-du-Prince-Édouard, en date du 26 juin 1873.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

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

Modification constitutionnelle de 1993 (Île-du-Prince-Édouard).

Lois normales

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

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

Projets de loi

Projet de loi C-341, Loi déterminant les conditions auxquelles un référendum sur la séparation du Québec du Canada doit satisfaire pour être considéré comme l'expression véritable de la volonté de la population du Québec, 2^e sess., 35^e légis.

Royaume-Uni

Political Parties, Elections and Referendums Act 2000, c. 41 (R.-U.).

Jurisprudence

Jugements

ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission), 2015 C.S.C. 45.

Bertrand c. Bégin, [1995] R.J.Q. 2500 (C.S.).

Canada 3000 Inc., Re; Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de), 2006 C.S.C. 24.

Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée, [1997] 2 R.C.S. 299.

Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re), 2004 C.S.C. 42.

Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1995] 3 R.C.S. 453.

Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110.

Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc., 2005 C.S.C. 62.

Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances), 2006 C.S.C. 20.

Québec (Procureur général) c. Moses, 2010 C.S.C. 17.

Re The Farm Products Marketing Act, [1957] R.C.S. 198.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.

Sabena c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co., 2017 C.S.C. 7.

Siemens c. Manitoba (Procureur général), 2003 C.S.C. 3.

Requêtes judiciaires

Société St-Jean-Baptiste de Montréal, *Requête pour intervenir à titre amical lors de l'instruction, Henderson c. Procureur général du Québec*, N° 500-05-065031-013, 26 août 2016 (C.S.).

Documents Parlementaires

Canada, Chambre des communes, Comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-20, *Premier rapport*, 2^e sess., 36^e légis.

Canada, Chambre Des Communes, *Débats De La Chambre Des Communes*, 2^e sess., 36^e légis., vol. 136, no 39, 43 et 64.

Lajoie, Andrée, *Contribution aux travaux de la Commission parlementaire sur le Projet de loi 99, sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, Québec, février 2000.

Pellet, Alain, *Avis juridique sommaire sur le projet de loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême dans son avis sur le Renvoi relatif à la sécession du Québec*, décembre 1999.

Woehrling, José, « Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec », dans Québec, ministère du Conseil exécutif (bureau de coordination des études), *La mise à jour des études originalement préparées pour la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (1990-1991) et pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992)*, vol. 2, Québec, ministère du Conseil exécutif, 2002.

Documents Gouvernementaux

Canada

Johnson, Linda M., *Report of the Chief Electoral Officer on the Treaty Negotiations Referendum*, Elections BC, <<http://www.elections.bc.ca/docs/rpt/2002-CEOReport-TreatyNegotiationsReferendum.pdf>>, consulté le 31 mars 2017.

Royaume-Uni

Electoral Commission (2013). *Referendum on independence for Scotland: Advice of the Electoral Commission on the proposed referendum question*, Londres, Electoral Commission Publications.

Electoral Commission (2015). *Referendum on membership of the European Union: Assessment of the Electoral Commission on the proposed referendum question*, Londres, Electoral Commission Publications.

Electoral Commission (2009). *Referendum question assessment guidelines*, Londres, Electoral Commission Publications.

Documents Politiques

Parti Québécois, Québec Solidaire, Option Nationale et Bloc Québécois, *Proposition de travail sur une modalité commune d'accession à l'indépendance*, OUI Québec, <<https://www.ouiquebec.org/single-post/2017/05/25/modalite-commune>>, consulté le 24 août 2017.

Monographies

Beauséjour, Anthony, *Les référendums sur la souveraineté de l'Écosse et de la Catalogne : Le Renvoi relatif à la sécession du Québec en comparaison*, Montréal, Papyrus, 2016.

Beigbeder, Yves (1994). *International Monitoring of Plebiscites, Referenda and National Elections. Self-Determination and Transition to Democracy*, Dordrecht, Martinus Nijhoff.

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet (2014). *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais.

Côté, Pierre-André, Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat (2009). *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis.

Couturier, Fernand (2009). *Un peuple et sa langue : Pour l'avenir du Québec*, 2^e éd., Laval, Fondation littéraire Fleur de Lys.

Driedger, E. A. (1983). *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths.

Fatin-Rouge Stefanini, Marthe (2004). *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille.

Haljan, David (2014). *Constitutionalising Secession*, Oxford, Hart Publishing.

Hueglin, Thomas O. et Alan Fenna (2015). *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*, 2^e éd., Toronto, University of Toronto Press.

Laponce, Jean (2010). *Le référendum de souveraineté. Comparaisons, critiques et commentaires*, Québec, Presses de l'Université Laval.

Masahiro, Igarashi (2002). *Associated Statehood in International Law*, La Haie, Kluwer Law International.

Monahan, Patrick J. et Byron Shaw (2013). *Constitutional Law*, 4^e éd., Toronto, Irwin Law.

Taillon, Patrick (2012). *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, Paris, Dalloz.

Tierney, Stephen (2012). *Constitutional referendums: a theory and practice of republican deliberation*, Oxford, Oxford University Press.

Turp, Daniel (2001). *Le droit de choisir : Essais sur le droit du Québec à disposer de lui-même*, Montréal, Thémis.

Chapitres d'ouvrages

Choudhry, Sujit (2006). « Popular Revolution or Popular Constitutionalism? Reflections on the Constitutional Politics of Quebec Secession », dans Bauman, Richard W. et Tsvi Kahana, *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, New York, Cambridge University Press.

Lajoie, Andrée (2003). « La Loi sur la clarté dans son contexte », dans Gagnon, Alain-G. (dir.), *Québec : État et société*, tome II, Montréal, Québec/Amérique.

Rocher, François et Nadia Verrelli (2003). « Questioning Constitutional Democracy in Canada: From the Canadian Supreme Court Reference on Quebec Secession to the *Clarity Act* », dans Gagnon, Alain-G., Montserrat Guibernau et François Rocher (dir.), *The Conditions Of Diversity in Multinational Democracies*, Montréal, The Institute for Research on Public Policy.

Articles de revues

Chevrier, Marc (2001). « La République du Québec et sa constitution », *Argument*, vol. 10, no 1.

Courtois, Stéphane (2005). « Élection référendaire : plus de démocratie ou moins? », *Éthique publique*, vol. 5, no 2.

Monahan, Patrick (2000). « Doing the Rules: An Assessment of the Federal *Clarity Act* in Light of the *Quebec Secession Reference* », *C.D. Howe Institute Commentary*, no 138.

Ryan, Claude (2000). « Consequences of the Quebec Secession Reference », *C.D. Howe Institute Commentary*, no 139.

Taillon, Patrick (2014). « De la clarté à l'arbitraire : le contrôle de la question et des résultats référendaires par le Parlement canadien », *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, no 20, 14-59.

Yale, François et Claire Durand (2011). « What did Quebecers Want? Impact of Question Wording, Constitutional Proposal and Context on Support for Sovereignty, 1976-2008 », *American Review of Canadian Studies*, vol. 41, no 3, 242 à 258.

Articles sur Internet

Baker, Melvin, *Falling into the Canadian Lap: The Confederation of Newfoundland and Canada, 1945-1948*, Royal Commission on Renewing and Strengthening Our Place in Canada, <<http://www.gov.nl.ca/publicat/royalcomm/research/fallingintothecanadianlap.pdf>>, consulté le 31 mars 2017.

Dion, Stéphane, *Sécession et démocratie : une perspective canadienne*, Elcano Royal Institute, <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/ri/elcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/europa/stephane-dion-secession-democratie-canada>, consulté le 31 mars 2017.

Dunsmuir, Mollie et Brian O'neal, *Analyse du contexte dans lequel a eu lieu le dépôt du projet de loi C-20, Loi sur la clarté*, Publications du Gouvernement du Canada, 15 février 2000, <<http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/prb9942-f.htm#COMMENTAIRE>>, consulté le 31 mars 2017.

Ostermann, Christian et Terzieva Kristina, *Nationalism and Decolonization in Africa during the Cold War*, Wilson Center, 8 avril 2008, <<https://www.wilsoncenter.org/event/nationalism-and-decolonization-africa-during-the-cold-war>>, consulté le 31 mars 2017.

Qvortrup, Matt, *The 'Neverendum'? A History of Referendums and Independence*, Political Studies Association, <<https://www.psa.ac.uk/political-insight/%E2%80%98neverendum%E2%80%99-history-referendums-and-independence>>, consulté le 31 mars 2017.

Articles dans les journaux

Brun, Henri, « Le Clarity Act est inconstitutionnel – Le gouvernement du Québec devrait contester par renvoi la constitutionnalité de la loi », *Le Devoir*, 23 février 2000, p. A-7.

Dion, Stéphane, *Section opinions, La Presse*, 16 novembre 1994, p. B3.

Flanagan, Tom, « Clarifying the Clarity Act », *The Globe and Mail*, 8 juillet 2011, <<http://www.theglobeandmail.com/opinion/clarifying-the-clarity-act/article586395/>>, consulté le 31 mars 2017.

Garant, Patrice, « Nouvel éclairage sur la clarté référendaire », *Le Devoir*, 23 octobre 2013, <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/390726/nouvel-eclairage-sur-la-clarte-referendaire>>, consulté le 8 juillet 2017.

Garant, Patrice, « Projet de loi C-20 sur la "clarté" - Des modifications s'imposent », *Le Devoir*, 1^{er} mars 2000, p. A-4.

Lourenço, Chloé, « Catalogne indépendante : un nouvel espoir? », *Contrepoints*, 13 juillet 2017, <<https://www.contrepoints.org/2017/07/13/294710-catalogne-independante-nouvel-espoir>>, consulté le 13 juillet 2017.

Maltese Referenda Past and Present, The Malta Independent, 29 mai 2011, <<http://www.independent.com.mt/articles/2011-05-29/news/maltese-referenda-past-and-present-293274/>>, consulté le 31 mars 2017.

Parenteau, Danic, « Des réponses incompatibles avec les aspirations du Québec », *Le Devoir*, 5 mai 2010, <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/288321/des-reponses-incompatibles-avec-les-aspirations-du-quebec>>, consulté le 9 juillet 2017.

Vermot-Desroches, Paule, « Jean Chrétien a conseillé le camp du Non en Écosse », *La Presse*, 20 septembre 2014, <<http://www.lapresse.ca/le-nouvelliste/actualites/201409/20/01-4802013-jean-chretien-a-conseille-le-camp-du-non-en-ecosse.php>>, consulté le 3 juillet 2017.

Whyte, John D., « Why the Clarity Act must go », *The Star*, 17 février 2013, <https://www.thestar.com/opinion/editorialopinion/2013/02/17/why_the_clarity_act_must_go.html>, consulté le 26 juin 2017.

Sites Internet

CIA, *The World Factbook: South Sudan*, Library of the Central Intelligence Agency, <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/od.html>>, consulté le 26 juin 2017.

Diplocat, *Le vote du 9N2014*, Catalonia votes, <<http://www.cataloniavotes.eu/fr/contexte/le-vote-du-9n2014/>>, consulté le 12 juillet 2017.

Legal Writing Clinic, *That, Which and Who*, Sturtevant College of Law, University of Denver, <<http://www.law.du.edu/documents/aap/writing-tips-that-which-and-who.pdf>>, consulté le 3 juillet 2017.

That Versus Which, Faculty of Law, University of Kent, <http://www.kentlaw.edu/academics/lrw/grinker/LwtaThat_Versus_Which.htm>, consulté le 3 juillet 2017.

Autres

Observing the 2011 Referendum on the Self-Determination of Southern Sudan, Atlanta, The Carter Center, 2011.

Qvortrup, Matt, *Collection personnelle*, Coventry, Royaume-Uni.

CONCLUSION

La présente étude a abordé les divers aspects du processus constituant selon diverses perspectives : internationales, comparées et québécoises. Les contributions des cinq chercheurs auxquels a fait appel l'IRAI ont cherché à répondre à une question de recherche générale portant sur rôle que peut jouer un processus constituant dans le cadre d'une démarche d'accession à l'indépendance nationale.

Dans sa contribution, le professeur Turp constate que les cas où des peuples désireux de devenir des États souverains ont cherché à greffer un processus constituant à leur démarche indépendantiste n'ont pas été nombreux. La très grande majorité des peuples désirant accéder à l'indépendance n'ont pas jugé essentiel de le faire. Cherchant les raisons d'un tel choix, il suggère qu'un processus constituant est susceptible d'accentuer la complexité de la démarche et d'y ajouter un élément supplémentaire pouvant nuire au succès d'un projet indépendantiste. Il constate par ailleurs que dans les dix cas où on a choisi de faire converger la démarche indépendantiste avec un processus constituant, cela n'a pas fait obstacle à l'accession à l'indépendance. Il fait aussi remarquer que les tentatives contemporaines d'accession à l'indépendance du Québec, de l'Écosse et de la Catalogne, qui n'ont pas juxtaposé la démarche indépendantiste et un processus constituant, ont été infructueuses, alors que la démarche en cours en Catalogne a été fondée au départ sur une proposition greffant un processus constituant à la démarche indépendantiste, mais que cette proposition a évolué pour faire en sorte que l'élaboration de la constitution d'un futur État indépendant catalan se fasse *après* un référendum sur l'indépendance et une élection constituante.

Dans son survol pratique de l'élaboration des constitutions et ses considérations sur le rôle des experts, le professeur Matt Qvortrup a cherché à distinguer deux mouvements, susceptibles par ailleurs de se chevaucher, dans le processus d'élaboration des constitutions : la participation en amont, soit l'étape d'expression des vœux populaires, et la participation en aval, qui correspond aux phases de rédaction et de ratification de la constitution. Selon lui, les constitutions modernes devraient obtenir l'appui de la population, et la meilleure façon de le faire passe par l'institution d'une assemblée constituante suivie d'un référendum. Il est d'avis que pour obtenir un soutien populaire et une légitimité, il est souhaitable de recourir à une assemblée constituante élue démocratiquement, de préférence à l'aide d'un mode de scrutin proportionnel. S'agissant du rôle particulier des experts dans l'élaboration des constitutions, il avance qu'un tel rôle devrait être de nature consultative et que l'expertise devrait se limiter au droit de mettre en garde, de conseiller, d'encourager et d'agir en « sages ».

Abordant le cas particulier de la Catalogne, le chercheur Marc Sanjaume-Calvet présente les deux principales significations que recouvre le processus constituant. Il désigne d'une part l'ensemble des actions engagées tant par le gouvernement catalan que par la société civile visant à doter la Catalogne de structures étatiques permettant une éventuelle déclaration d'indépendance et définissant un modèle de pays. D'autre part, il renvoie aux discussions relatives à l'élaboration d'une constitution catalane. Cette dernière phase reste une étape à venir dans le processus indépendantiste, bien qu'elle ait déjà fait l'objet d'études en commission parlementaire et au gouvernement et que des propositions aient été formulées à cet égard par des organismes de la société civile. Le chercheur identifie les obstacles auxquels est confronté le processus constituant en cours, mais rappelle la volonté des Catalans de décider de leur avenir.

Abordant la question du processus constituant dans une perspective québécoise, le professeur Danic Parenteau s'est penché sur le pouvoir constituant dans les régimes politiques canadien et québécois, lesquels sont fondés sur un parlementarisme de type britannique. Il rappelle que l'exercice du pouvoir constituant est une prérogative exclu-

sive des Parlements, ou plus précisément des gouvernements issus des Parlements, aussi bien le Parlement fédéral que ceux des provinces, conformément au principe de la souveraineté parlementaire. Il recense les nombreuses propositions mises de l'avant depuis les années 1960 en faveur d'une démarche constituante au Québec et conclut qu'une telle démarche marquerait une rupture avec la pratique constitutionnelle en place au Canada et au Québec. L'auteur se dit persuadé que l'absence de questionnement sur le pouvoir constituant et de prise de conscience quant au caractère inédit d'une telle démarche dans l'histoire politique du Québec n'est pas sans conséquence sur la réception de cette proposition, qui gagnerait assurément en profondeur, en force et en pertinence si elle intégrait cette réflexion. Elle réussirait fort probablement à recueillir un appui plus important chez les Québécois, y compris chez ceux moins enclins à endosser l'option indépendantiste. Il conclut qu'un processus constituant passe par un *virage républicain* et par la reconnaissance de la primauté non pas des Parlements, mais du peuple, suivant le principe de la souveraineté populaire.

Tout en rappelant que l'idée d'un processus constituant menant vers un référendum combiné sur l'indépendance et la constitution du Québec a ponctué l'histoire moderne du mouvement indépendantiste, le chercheur Anthony Beauséjour soulève dans sa contribution la difficulté de formuler une question référendaire de ce type répondant aux prescriptions du Renvoi relatif à la sécession du Québec et de la « Loi sur la clarté ». Le Renvoi exige que la question référendaire soit claire, dénuée d'ambiguïtés, intelligible et qu'elle restreigne au maximum les interprétations possibles des termes utilisés et de l'ensemble formé par ceux-ci. La volonté populaire doit pouvoir s'exprimer clairement en réponse à la question, dont le cœur doit porter, entre autres possibilités, sur le rejet de l'ordre constitutionnel existant, le fait de ne plus faire partie du Canada ou encore sur l'indépendance ou la sécession du Québec. Bien que la validité et la légitimité de la « Loi sur la clarté » puissent être remises en question, celle-ci paraît donc exiger que le cœur d'une question référendaire porte sur un éventail de sujets plus restreint que ne le requiert le Renvoi. Selon le chercheur, les prescriptions fédérales seraient respectées par un bulletin de vote référendaire comprenant deux questions distinctes, l'une sur l'indépendance et l'autre sur la constitution du Québec. Par exemple : « Acceptez-vous que le Québec devienne un pays indépendant? Si le Québec devient un pays indépendant, approuvez-vous la constitution du Québec proposée par l'assemblée constituante du Québec? » Une question unique englobant les enjeux de l'indépendance et de la constitution du Québec respecterait également de telles prescriptions. Une question libellée ainsi : « Acceptez-vous que le Québec devienne un pays indépendant sur la base de la constitution du Québec proposée par l'assemblée constituante du Québec? » pourrait également satisfaire aux exigences de clarté. En revanche, une question présentant l'alternative entre la constitution du Canada et celle du Québec indépendant ne serait pas recevable, selon le chercheur.

Plusieurs chercheurs ont avancé que le consentement d'un peuple à l'indépendance serait davantage éclairé si, au moment de statuer sur le statut politique d'État indépendant, les principes constitutionnels sur lesquels le nouvel État serait fondé étaient énoncés et si son architecture constitutionnelle était également connue. L'idée de faire converger une démarche indépendantiste et un processus constituant mérite réflexion. Cette première étude de l'IRAI espère avoir contribué à l'avancement des connaissances et favorisé un dialogue citoyen à la fois serein, ouvert et constructif, non seulement dans le débat public qui s'annonce au Québec sur cette question, mais également dans le cadre de discussions qu'engendreront d'autres démarches d'accession à l'indépendance à travers le monde.

À PROPOS

DE L'ÉTUDE

Geneviève Baril et Frida Osorio Gonsen ont assumé respectivement la supervision et la coordination de la publication de cette étude. La traduction a été réalisée par Christophe Horguelin et Patrick Roca Batista alors que la révision linguistique a été réalisée par Karine Glorieux, Christophe Horguelin et Catherine Martellini. La correction d'épreuves a été assumée par Frida Osorio Gonsen. Nestor Stratégie a coordonné et réalisé la mise en pages et le graphisme.

Daniel Turp est diplômé de l'Université de Sherbrooke, de l'Université de Montréal et de l'Université de Cambridge, et est titulaire d'un doctorat d'État de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II) (summa cum laude). Il est professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Depuis 1982, il y enseigne le droit international public, le droit international et constitutionnel des droits fondamentaux et le droit constitutionnel avancé. Il est également professeur invité dans plusieurs universités québécoises, canadiennes et européennes, ainsi qu'à l'Institut international des Droits de l'Homme de Strasbourg. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages et articles en droit international et en droit constitutionnel.

Matt Qvortrup est professeur de sciences politiques appliquées et de relations internationales à l'Université Coventry. Expert en ingénierie constitutionnelle comparée et en politique européenne, il est l'auteur du livre «Angela Merkel: Europe's Most Influential Leader ». Le professeur Qvortrup a obtenu son doctorat en sciences politiques du Brasenose College de l'Université d'Oxford en 2000. Également avocat, il est titulaire d'un diplôme du College of Law, de Londres.

Marc Sanjaume-Calvet est politologue. Il est actuellement chercheur et conseiller en politique comparée à l'Institut d'Estudis de l'Autogovern (Barcelone). Il possède un doctorat de l'Universitat Pompeu Fabra (Barcelone). Sa thèse s'intitule « Moral and political legitimacy of secession : a theoretical and comparative analysis ». Il a été chercheur postdoctoral au Centre de recherche

interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie (CRIDAQ) à l'UQAM. Il a aussi été chercheur invité à l'Université d'Édimbourg et à l'Université Laval.

Danic Parenteau est professeur au Collège militaire royal de Saint-Jean. Il est détenteur d'un doctorat en philosophie de l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Parmi ses dernières publications, on trouve Précis républicain à l'usage des Québécois (Fides, 2014) et L'indépendance par la République. De la souveraineté du peuple à celle de l'État (Fides, 2015). Intellectuel engagé, il a été membre de la Commission nationale des États généraux sur la souveraineté (2012 à 2014) et signe régulièrement des textes dans les revues L'Action nationale et Argument. Dans le prolongement de ses travaux sur le républicanisme, il prépare actuellement un essai portant sur la question de la souveraineté populaire.

Anthony Beauséjour est avocat en pratique privée et journaliste au sein de la Société Radio-Canada. Il est également adjoint d'enseignement aux universités McGill et de Montréal. Détenteur d'une maîtrise en droit international de l'Université de Montréal, son mémoire proposait une analyse critique du Renvoi relatif à la sécession du Québec à la lumière des référendums écossais et catalan de 2014. Il a obtenu diverses bourses durant son parcours académique, dont une bourse du Centre de recherche en droit public et une autre du Fonds Louise Arbour. Il poursuit présentement des études supérieures à l'Université de Cambridge, au Royaume-Uni.

Fondé au printemps 2016, l'Institut de recherche sur l'autodétermination des peuples et les indépendances nationales (IRAI) est un organisme non partisan et à but non lucratif. Sa mission consiste à réaliser, diffuser et rendre accessibles des recherches sur l'autodétermination des peuples et les indépendances nationales afin de contribuer à l'avancement des connaissances scientifiques, d'éduquer le grand public et de favoriser un dialogue citoyen à la fois serein, ouvert et constructif.

Founded in the spring of 2016, the Research Institute on Self-Determination of Peoples and National Independence (IRAI) is a non-partisan, non-profit organization. Its mission is to carry out, disseminate and make available research on the self-determination of peoples and national independence, with the aim of contributing to the scientific knowledge of this field, to educate the general public and to stimulate a peaceful, open and constructive citizen dialogue.

À PROPOS IRAI



Institut de recherche sur l'autodétermination
des peuples et les indépendances nationales

6750, avenue de l'Esplanade, bureau 100,
Montréal (Québec) H2V 4M1