

# Le Renvoi relatif à la Sécession du Québec, la primauté du droit et la position du procureur général du Canada

PAR WARREN J. NEWMAN

Warren J. Newman est avocat général au ministère de la Justice du Canada. M<sup>e</sup> Newman faisait partie de l'équipe des avocats qui ont représenté le procureur général du Canada devant la Cour suprême dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec.

L'avant-projet de loi intitulé *Loi sur la souveraineté du Québec*, et le projet de loi no 1, qui lui a succédé, visaient à autoriser l'Assemblée nationale du Québec à procéder à la sécession unilatérale du Québec du reste du Canada; ils menaçaient de porter un coup sans précédent à l'ordre juridique Canadien. La « Déclaration de souveraineté » et les dispositions de l'avant-projet de loi annonçaient rien de moins qu'une révolution, mais une révolution qu'on n'osait pas appeler par son nom. Elle devait se présenter sous l'aspect de mesures législatives et, en apparence, assurer la continuité plutôt qu'engendrer le chaos. Par un habile tour de prestidigitation, la législature de la province de Québec, dont les pouvoirs procèdent uniquement de la Constitution du Canada, serait remplacée par l'Assemblée nationale de l'État indépendant du Québec, qui exercerait ses pouvoirs en vertu du nouveau régime censé établi par la législation sur la souveraineté.

Ceux qui ont l'insouciance de ne pas prendre au sérieux la menace alors naissante d'une déclaration unilatérale d'indépendance, parce qu'ils la considèrent comme une éventualité lointaine, seraient mieux avisés de se rappeler les paroles prononcées par le parrain du projet législatif sur la souveraineté, le premier ministre Parizeau, qui a plus tard écrit candidement :

« On constatera que mes discours, en ce qui touche les négociations avec le Canada, sont rédigés de façon à permettre une telle déclaration de souveraineté. Et je ne me suis jamais engagé en public ou en privé à ne pas faire de

déclaration unilatérale de la souveraineté. Tout ce qui a été écrit dans les journaux à ce sujet démontre une fois de plus que, dans ces matières, ceux qui parlent ne savent pas et que ceux qui savent ne parlent pas. » Cette déclaration a causé une certaine consternation; il a alors ajouté :

« Je ne comprends pas ceux que les mots effraient. Une déclaration unilatérale de souveraineté du Québec faisait partie intégrante de la loi et de l'Entente du 12 juin [entre chefs de partis souverainistes], advenant un échec des négociations de partenariat. »

En adoptant l'avant-projet de loi, la législature du Québec aurait manifestement outrepassé sa compétence. Le gouvernement fédéral s'est gardé de s'engager trop tôt dans la contestation de la validité des mesures législatives proposées. Il ne s'agissait encore après tout que d'un simple projet de mesures législatives, et il est généralement prématuré de demander aux tribunaux de se prononcer sur de tels projets. Par ailleurs, la première bataille juridique portait, dans une large mesure, sur la tenue même d'un référendum, et le gouvernement fédéral n'était pas rébarbatif à l'idée qu'on consulte les Québécois sur la façon dont ils perçoivent leur avenir.

Le gouvernement fédéral s'est aussi abstenu de saisir la Cour suprême du Canada de la validité de l'avant-projet de loi, bien qu'on l'ait exhorté très tôt à le faire. Le gouvernement a préféré centrer son attention sur la question concrète du *pourquoi* de la séparation, plutôt que de se laisser entraîner dans un débat fastidieux sur les mécanismes juridiques déterminant *comment* elle serait réalisée. Une attitude dite « légaliste » aurait été dépeinte comme une tentative d'intimider la population du Québec pour l'empêcher d'exprimer son opinion de façon démocratique. Une audience devant la Cour suprême à la veille du référendum aurait vraisemblablement divisé les forces fédéralistes, ravivé les passions et enflammé le débat plutôt que de le clarifier.

Au-delà de ces considérations de politique, la compétence en matière de renvoi est une « juridiction spéciale » et, bien que les avis exprimés par la Cour suprême dans le cadre du renvoi aient fait évoluer en profondeur le droit constitutionnel canadien, il ne faut recourir à cette procédure qu'avec circonspection et parcimonie.

L'un des éléments moteurs de la décision du procureur général du Canada de contester les prémisses sur lesquelles s'appuie la prétention au droit à la sécession unilatérale a été la position que le procureur général du Québec a adoptée, en avril 1996, pour obtenir la radiation de l'action principale dans l'affaire *Bertrand*. Le Québec n'a pas soutenu simplement que cette affaire particulière était caduque, en ce qui a

Le renvoi relatif . . . suite page 82

trait au projet de loi no 1, jamais adopté, et au référendum antérieur, ou prématurée et hypothétique, en ce a trait à un référendum à venir; il a plutôt affirmé carrément que le «processus d'accession à la souveraineté» du gouvernement du Québec échappait entièrement et à tout jamais à l'application de la Constitution ainsi qu'à la compétence des tribunaux du Canada, et qu'il était sanctionné par le droit international.

La participation du procureur général du Canada à l'affaire *Bertrand*, en mai 1996, et au renvoi devant la Cour suprême, plus tard la même année, avait pour but de démontrer la pertinence de la Constitution du Canada et de la primauté du droit quant à tout processus visant à modifier le statut constitutionnel du Québec, ainsi que de faire ressortir le rôle des tribunaux dans l'appréciation de la validité de toute mesure ayant pour objectif de donner force de loi à une déclaration portant que le Québec n'est désormais plus une province du Canada, mais un État indépendant.

Le procureur général du Canada n'a jamais contesté le droit des Québécois d'exprimer démocratiquement leur souhait de demeurer au sein du Canada ou de ne plus en faire partie. Néanmoins, pour être légale, la sécession devrait s'effectuer conformément à la Constitution et à la primauté du droit. Ces dernières ne constituent pas des obstacles au changement politique; elles fournissent un cadre à l'intérieur duquel pourrait être réalisé un changement dans la stabilité, l'ordre et le respect des valeurs de chacun.

### LA SAGESSE DE L'AVIS EXPRIMÉ DANS LE RENVOI

En rédigeant leur jugement unanime, les neuf juges de la Cour suprême du Canada ont clarifié les règles juridiques fondamentales, qui en avaient grand besoin, ainsi que le rôle qu'elles devaient jouer dans le processus de sécession. Les juges ont réussi à le faire avec une élégance, une sensibilité et une logique dignes de l'autorité et de l'influence que

**Le procureur général du Canada n'a jamais contesté le droit des Québécois d'exprimer démocratiquement leur souhait de demeurer au sein du Canada ou de ne plus en faire partie. Néanmoins, pour être légale, la sécession devrait s'effectuer conformément à la Constitution et à la primauté du droit. Ces dernières ne constituent pas des obstacles au changement politique; elles fournissent un cadre à l'intérieur duquel pourrait être réalisé un changement dans la stabilité, l'ordre et le respect des valeurs de chacun.**

la Cour exerce à juste titre et témoignant de sa maturité, de son assurance et de sa force inébranlable face aux attaques parfois grossières et injustifiées auxquelles se sont livrés certains acteurs politiques pendant le Renvoi.

Le génie de l'arrêt de la Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* tient au fait qu'elle a eu la lucidité d'allier la légalité constitutionnelle à la légitimité politique.

La Cour suprême a confirmé que la sécession unilatérale constituerait un acte illégal selon la Constitution et une atteinte à l'ordre juridique canadien; une révolution. La situation du Québec ne crée pas non plus, en vertu du droit international, un droit de réaliser la sécession unilatéralement, que ce soit par application du droit à l'auto-détermination ou autrement. En vertu de la Constitution du Canada, la sécession légale requiert une modification constitutionnelle. La Cour n'a pas hésité à souligner le fait que nulle tentative de cacher le caractère véritable d'une déclaration unilatérale d'indé-

pendance en invoquant le principe « d'effectivité » ne pouvait transformer cette révolution en acte légale.

Du même souffle, la Cour a reconnu que l'option sécessionniste du mouvement souverainiste au Québec acquerrait la légitimité démocratique si une majorité claire des Québécois, répondant à une question claire, exprimaient leur volonté de ne plus faire partie du Canada. De plus, l'expression claire de cette volonté imposerait à tous les participants à la fédération l'obligation de négocier les modalités et les conditions de la sécession.

Il s'agissait évidemment d'une surprise intéressante et inattendue pour les souverainistes, dont de nombreux porte-parole ont immédiatement approuvé cet aspect de la décision de la Cour.

Toutefois, il est primordial de se rappeler que la Cour a précisé que le principe démocratique qui légitimerait l'option souverainiste est un principe inhérent à la *Constitution du Canada*. L'obligation de négocier est un devoir

**Le renvoi relatif . . . suite page 108**

constitutionnel, qui découle, d'une part, du principe *constitutionnel* de la démocratie et, d'autre part, du droit et de la responsabilité des représentants élus démocratiquement d'entamer des *modifications constitutionnelles* sous le régime de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En outre, le devoir de négocier constitue une obligation *réciproque* de toutes les parties, qui résulte de la tentative légitime d'un participant à la Confédération *d'obtenir une modification de la Constitution*. La conduite des parties serait régie par les principes *constitutionnels* : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme proprement dit et la primauté du droit, ainsi que la protection des minorités.

Une majorité politique qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la *Constitution* mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits. La *conduite* des parties acquerrait une grande importance *constitutionnelle*. En vertu de la *Constitution*, la sécession ne pourrait être réalisée unilatéralement; c'est-à-dire sans négociations conformes aux *principes, à l'intérieur du cadre constitutionnel existant*.

Tout cela veut dire qu'il *est dans l'intérêt tant des souverainistes que des fédéralistes de veiller au bon fonctionnement et à l'application de la Constitution du Canada*. La Constitution, y compris ses principes sous-jacents, les droits et les obligations qu'elle crée et sa procédure de modification, est pertinente pour les souverainistes (qu'ils en soient pleinement conscients et qu'ils l'admettent ou non), parce qu'elle protège leurs intérêts légitimes, au même titre que ceux de tous les Canadiens.

Cette conclusion de la Cour est extrêmement salutaire pour les traditions civiques et la culture politique du Canada. Il est malsain qu'une partie importante de la population d'un pays ait, à tort ou à raison, le sentiment que ses intérêts se situent perpétuellement

**Tout cela veut dire qu'il est dans l'intérêt tant des souverainistes que des fédéralistes de veiller au bon fonctionnement et à l'application de la Constitution du Canada. La Constitution, y compris ses principes sous-jacents, les droits et les obligations qu'elle crée et sa procédure de modification, est pertinente pour les souverainistes (qu'ils en soient pleinement conscients et qu'ils l'admettent ou non), parce qu'elle protège leurs intérêts légitimes, au même titre que ceux de tous les Canadiens.**

« en dehors » de la structure du droit fondamental, tout comme il est malsain qu'un gouvernement provincial agisse comme s'il pouvait ignorer les règles de droit. Le jugement de la Cour suprême les invite à rentrer au bercail. Il n'existe pas d'«ennemis de l'État» au Canada lorsqu'il s'agit de défendre une cause politique, fut-elle aussi extraordinaire que la sécession, tant que cette cause et ses adeptes respectent le cadre juridique et les valeurs constitutionnelles fondamentales qui régissent les choix politiques dans une société libre et démocratique comme la nôtre.

Mais en adhérant à la conclusion de la Cour selon laquelle il existe une obligation de négocier, les souverainistes doivent aussi accepter les règles énoncées par la Cour quant aux circonstances qui enclenchent cette obligation—l'expression claire, par une majorité claire, de la volonté de ne plus faire partie du Canada—ainsi que les règles régissant le déroulement des

négociations : le respect par *tous* les participants, y compris le gouvernement souverainiste, des principes sous-jacents de la Constitution du Canada que la Cour a reconnus applicables dans le contexte de la sécession. Il s'agit notamment du principe de la primauté du droit, mais aussi du *constitutionnalisme*, au sujet duquel la Cour a pris la peine de préciser qu'il était incarné dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qui exige que tous les actes gouvernementaux soient conformes à la Constitution.

Le respect du *constitutionnalisme*—plus particulièrement dans un contexte comme celui de la sécession, lorsqu'il faut de modifier la Constitution et lorsqu'une obligation de négocier résulte du droit d'entamer un changement constitutionnel en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1982*—implique nécessairement, à tout le moins, le respect des dispositions qui régissent la procédure de modification de la Constitution.

## L'EFFET JURIDIQUE DE L'AVIS EXPRIMÉ DANS LE RENVOI

La Cour suprême du Canada a prononcé son jugement dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* dans l'exercice de son rôle consultatif, plutôt que de sa fonction judiciaire.

Dans les commentaires qu'il a formulés à la suite de la décision rendue par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, le ministre québécois des Affaires intergouvernementales, Monsieur Jacques Brassard, a déclaré que l'opinion de la Cour était un « simple avis », et non un jugement qui lie le gouvernement du Québec. Les journalistes lui ont alors demandé comment il pouvait insister sur la conclusion de la Cour portant que le devoir de négocier la sécession constituait une obligation impérative, selon les termes employés par la Cour même. De plus, pourquoi cette obligation, que la Cour a qualifiée de réciproque, lierait-elle le gouvernement du Canada, si elle ne lie pas le gouvernement du Québec parce que l'énoncé de la Cour constitue un « simple avis »?

Un point de vue plus éclairé a été exprimé plus tard par les procureurs qui ont représenté M. Bouchard et le procureur général du Québec, M. Serge Ménard, devant la Cour d'appel du Québec dans la deuxième affaire *Bertrand, Bertrand c. Bouchard et autres (Bertrand (no 2))*.

## Cette conclusion de la Cour est extrêmement salubre pour les traditions civiques et la culture politique du Canada.

Le procureur général du Québec a cité le jugement de la Cour suprême selon lequel il n'est pas nécessaire d'examiner de façon plus approfondie les inquiétudes qui « découlent du droit invoqué par le Québec de faire sécession unilatéralement [ , à ] la lumière de notre conclusion qu'aucun droit de ce genre ne s'applique à la population du Québec, ni en vertu du droit international ni en vertu de la Constitution du Canada. »

En d'autres termes, le procureur général du Québec a invoqué—dans une instance devant les tribunaux québécois—l'avis exprimé par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* et sa conclusion qu'il n'existe pas de droit de faire sécession unilatéralement. Je ne mentionne cet élément que pour illustrer le fait que le procureur général du Québec a manifestement accepté—comme il devait le faire—que l'avis exprimé par la Cour suprême du Canada sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* constitue maintenant un élément important de la jurisprudence pertinente en matière constitutionnelle qui s'applique au système juridique

canadien, et notamment aux tribunaux québécois.

### CONCLUSION

La décision équilibrée de la Cour fournit à tous les participants à la fédération canadienne une occasion de marquer un arrêt, et peut-être de débattre de l'avenir du Canada et du Québec en utilisant un vocabulaire moins absolutiste, à la rhétorique et au ton moins stridents, plus respectueux des traditions, des institutions, des valeurs, des espoirs et des aspirations de l'autre partie, et qui tienne davantage compte du fait que bon nombre de ces valeurs et de ces aspirations sont partagées par toutes les parties et découlent de leur histoire commune.

Si le débat sur l'avenir se tient avec plus de clarté, dans un climat assez serein et dans une meilleure compréhension et perception du cadre juridique régissant les choix politiques fondamentaux dans notre pays, c'est dans une large mesure grâce aux efforts déployés, avec une profonde intelligence, par les juges de la Cour suprême dans le cadre du Renvoi. ❀

## Political and media bias continued from page 88

These significant recent developments in the law of evidence have facilitated the prosecution of crime and have made the defence of those accused of crime much more difficult. And yet this kind of major development in the law has gone completely unnoticed, except within the legal profession itself, because it runs counter to the dominant "law and order" bias of the media and of politicians.

It is also noteworthy that when the *Feeney* case was re-tried, without the benefit of the inadmissible evidence ex-

cluded by the Supreme Court pursuant to the Charter, his conviction at the re-trial was barely mentioned in the media. Feeney's conviction at his re-trial should have sent a clear message—namely, that it is possible to respect basic civil liberties and, at the same time, maintain law and order. This was obviously not a message that interested the politicians or the media.

This kind of selective reporting about the court's work makes it appear that the politicians and the media, who criti-

cize the court from a right wing perspective, are not interested in an objective analysis of the court's work and are, instead, simply interested in creating a false appearance about the court that furthers their own agendas. The politicians always believe they can exploit a "law and order" agenda and the media always believe they can exploit controversy. It is in their mutual self-interest to portray the court as being "soft on crime," whether it is true or not.

**Political and media bias, page 110**