

« L'arroseur arrosé »

PAR CLAUDE EMERI

Claude Eméri, Professeur à Paris I et
à l'Université des Antilles-Guyanne

**Fort heureusement,
elle a contourné le
champ miné sur
lequel le renvoi la
dirigeait en rendant
un avis astucieux,
particulièrement
sympathique pour le
lecteur étranger dont
le coeur balance
entre les arguments
de Québec et
d'Ottawa.**

Lu en Guadeloupe, le renvoi relatif à la sécession du Québec aurait pu rappeler une inquiétante vérité première exprimée il y a quelques années par un militaire haïtien : « Konstitisyon, sé papyé! » (« Les constitutions sont en papier, mais les baïonnettes sont en acier »). Une version antérieure inspirait le constituant français de 1793 : « Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures » (DDHC, art. 28). Réinsérer ces vérités premières dans l'histoire récente des relations tumultueuses entre le Canada et le Québec, c'est poser la question qui, aux yeux d'un Français, est la seule vraie et politiquement adéquate : le référendum de 1995 a mobilisé plus de 94% des électeurs québécois; peu importe qu'ils aient voté pour ou contre la proposition qui leur était soumise, la vérité est qu'ils ont considéré que la réponse qu'ils donnaient eux-mêmes était la seule légitime.

J'imagine le renvoi articulé par le gouvernement fédéral comme une politique préventive indispensable pour la sauvegarde de l'unité canadienne : délégitimer le référendum provincial comme mode d'accès à l'indépendance, en lui opposant la rigidité constitutionnelle et la force du droit: en d'autres termes, déplacer le débat du terrain des urnes vers celui des codes. L'idée n'est pas sottise dans un système fédéral où les conflits de lois sont l'aboutissement naturel de divergences irrémédiables d'interprétation de l'étendue des compétences normatives. Où le juge est appelé en fin de compte à dire le dernier mot, comme « bouche de la Constitution ».

Judicieuse précaution, mais dont les effets prévisibles ne pouvaient être que calamiteux pour les agencements institutionnels d'un système politique dont les observateurs les plus indulgents reconnaissent l'immense fragilité — que sanctionne depuis quelques

années l'implosion d'un système de partis fédéraux devenu littéralement ubuesque : « Le Canada est-il gouvernable? » interroge Julien Bauer; « existe-t-il? » demandions-nous dès 1984. Pour le moins, on peut craindre que toute atteinte portée à un château de cartes en perpétuelle quête de consensus minimal n'aboutisse à la crise majeure; et, de même que l'intrusion du référendum dans une construction représentative ébranle tout l'ensemble, l'appel à la Cour suprême était d'une grande témérité. Car l'amalgame droit/politique, inévitable en matière constitutionnelle, ne gagne rien à être tisonné sans précaution. Et si la légitimité de la Cour sort renforcée de ses arrêts en matière de protection des droits de la

personne et/ou des minorités, elle risque de s'effilocheur quand il lui est demandé d'adopter la posture d'un constituant de raccroc. D'autant que c'est un véritable droit de veto que lui délivrait le gouvernement fédéral. Fort heureusement, elle a contourné le champ miné sur lequel le renvoi la dirigeait en rendant un avis astucieux, particulièrement sympathique pour le lecteur étranger dont le coeur balance entre les arguments de Québec et d'Ottawa.

La Cour accepte son implication dans la politique institutionnelle par la réponse qu'elle donne à la question de compétence soulevée par l'*amicus curiae*; un Français s'en inquiète avant d'en repérer les limites implicites.

Chez nous, l'hostilité séculaire au contrôle de constitutionnalité est à ce point forte qu'il est entré presque frauduleusement dans la Constitution à travers un organisme hybride, le Conseil constitutionnel, de nature juridictionnelle en matière de contentieux électoral ou référendaire, mais à fonction normative dans l'élaboration de la loi où il dispose d'un droit de veto exercé sur la base d'un « bloc de constitutionnalité » dont il a tracé lui-même les contours. On n'imagine pas alors doubler ce droit de veto d'une fonction consultative qui placerait le Conseil à l'entrée et à la sortie de la chaîne normative, mettant ainsi en place « le gouvernement » non pas des juges, mais « de sages » politiquement labellisés exerçant une fonction consultative non explicitement exclue par les textes fondateurs, mais spontanément refusée par le Conseil quand elle lui fut proposée en 1961.

Au Canada, on conçoit qu'une juridiction coloniale subordonnée à Westminster ait pu être appelée opportunément à éclairer le Comité judiciaire du Conseil privé en exprimant des attentes locales éloignées. Depuis 1982, à nos yeux, dans le silence de la

« L'arroseur arrosé » ... suite page 43

« L'arroseur arrosé » suite de la page 38

Constitution, c'est le modèle étasunien qui aurait dû être retenu, d'autant plus qu'en bonne logique juridique les compétences ne se présument pas.

À vrai dire, il importe peu : l'intelligence de la Cour consiste à utiliser ce double veto à des fins pédagogiques et non proprement politiques, plaçant alors le gouvernement fédéral, finalement mal inspiré, dans la position peu glorieuse de l'arroseur arrosé ... en exprimant des vérités — juridiques — premières sur la suprématie constitutionnelle telles qu'on les imagine dans un séminaire de faculté de droit habilement conduit: 1) La Constitution énonce clairement les conditions dans lesquelles son amendement est possible, excluant donc par principe toutes les autres, dont la sécession unilaté-

rale. Nul n'en doutait. 2) Le droit international n'a autorité sur le droit national que pour autant que ce dernier en convient; État souverain, le Canada est seul gardien de sa Constitution. Qui oserait prétendre le contraire?

Une fois énoncées ces vérités "patriotardes" propres à réjouir les auteurs du renvoi, l'admonestation tombe de la plume des sages: 1) au nom du principe démocratique, les Québécois ne peuvent unilatéralement imposer leur propre loi à la Constitution canadienne. 2) Mais l'expression claire de leur préférence pour la sécession légitimerait celle-ci au point que les autorités dotées du pouvoir d'amendement constitutionnel seraient fort mal venues de ne pas en tenir compte. 3) C'est donc aux acteurs

politiques qu'il incombe d'intégrer la revendication québécoise dans le processus de modernisation constitutionnelle. 4) Qu'ils y prennent garde! Si la communauté internationale n'a rien à voir dans cette affaire canadienne, elle pourrait, face à l'exaspération québécoise exprimée par une sécession *de facto*, accueillir dans ses institutions ouvertes aux États-nations un Québec à souveraineté contestée : à côté du droit mais au coeur de la pire des diatribes politiques imaginable pour le Canada tout entier. La « réponse claire à une question claire » mettrait la souveraineté du Québec, mais aussi par contrecoup du Canada, en situation d'enjeu politique international particulièrement déplaisante pour tous. ❀

Vers un droit suite de la page 39

ment dans le cadre du droit canadien. Une fois encore, c'est le droit canadien qui est établi en cadre de références, apte à évaluer la licéité de la sécession non seulement en tant que telle, mais aussi en tant qu'ordre juridique auquel renverrait (doublement) le droit international. Incontestablement, l'ensemble de la réponse apportée par la Cour à la question deux repose sur une présentation laudative du droit canadien, dans la droite ligne de la présentation idyllique qui en a été faite dans le cadre de la question un.

Dans cette mesure, on peut conclure que la Cour ne répond pas véritablement à la question deux, le droit international n'ayant été interprété qu'en vue de renvoyer au droit

Dans cette mesure, on peut conclure que la Cour ne répond pas véritablement à la question deux, le droit international n'ayant été interprété qu'en vue de renvoyer au droit canadien.

canadien. En même temps, la Cour répond implicitement à la question trois. La Cour ne dit en effet pas seulement qu'il n'existe pas, en l'espèce, de contradiction entre les deux ordres juridiques. Elle affirme qu'il ne saurait, logiquement, en

exister, à tout le moins sur une question de ce type. Ce qui est bien une manière d'y répondre, et en même temps d'écarter à l'avenir tout argument éventuel fondé sur le droit international pour échapper à l'emprise de l'ordre juridique étatique. ❀

Réponse paradoxale suite de la page 40

sus qui relève au fond de la révolution. L'invention extravagante par la Cour d'une « majorité claire » présentée comme une exigence juridique alors qu'elle ne serait susceptible que d'une évaluation d'ordre politique et qu'il faut

parfois prendre, selon un passage de la décision, dans un sens qualificatif plutôt que quantitatif (!) n'est certainement pas de nature à dégager une solution. On peut certes estimer déraisonnable de vouloir faire évoluer constamment la

souveraineté d'un pays au gré de majorités d'autant plus variables qu'elles tiennent à moins d'un pour cent de l'électorat, mais on peut difficilement prétendre brider la majorité d'un peuple qui s'engage à respecter les minorités. ❀