

Le potentiel démocratique des référendums

PAR FRANCIS HAMON

Francis Hamon, Professeur à la Faculté Jean Monnet, Université de Paris XI

Sur ce point, la décision du 20 août 1998 constitue, me semble-t-il, un précédent important, dont l'intérêt ne se limite pas au problème de la sécession du Québec car il pourrait, à l'avenir, être invoqué à l'appui d'autres revendications indépendantistes, éventuellement même en dehors du Canada.

Le raisonnement de la Cour suprême du Canada présente une grande originalité.

Elle aurait pu s'abstenir de tout commentaire sur l'éventualité d'un référendum car aucune des trois questions qui lui étaient posées n'y faisait directement allusion. Elle aurait pu également s'en tenir à une interprétation purement littérale de la Constitution canadienne et déclarer que, n'étant pas prévu par celle-ci, le référendum n'avait aucune espèce d'existence juridique, de sorte que le Gouvernement fédéral et ceux des provinces seraient en droit de l'ignorer. Mais elle a fait prévaloir l'esprit sur la lettre, en considérant que le système politique canadien était fondé sur la combinaison de plusieurs principes écrits ou non écrits (la démocratie, le fédéralisme et la séparation des pouvoirs). Il en résulte deux conséquences importantes : d'une part, le droit pour la Province du Québec d'organiser un référendum sur une sécession éventuelle dérive directement du principe démocratique et n'a donc pas besoin d'être rattaché à une attribution de compétence particulière; d'autre part, bien que la sécession ne puisse pas être unilatéralement décidée, un référendum exprimant une volonté non ambiguë sur cette question représente quelque chose de plus qu'un simple voeu : la Cour lui reconnaît en effet une portée quasi normative puisque, sous certaines conditions, son résultat peut obliger les autorités fédérales et les autres provinces à négocier.

Sur ce point, la décision du 20 août 1998 constitue, me semble-t-il, un précédent important, dont l'intérêt ne se limite pas au problème de la sécession du Québec car il pourrait, à l'avenir, être invoqué à l'appui d'autres

revendications indépendantistes, éventuellement même en dehors du Canada. Mais si la Cour suprême a fait preuve de beaucoup d'audace en affirmant que le référendum, même lorsqu'il n'est pas expressément prévu par la Constitution, peut être à l'origine d'une obligation de négocier, elle s'est montrée en revanche très prudente en ce qui concerne les modalités d'application du principe ainsi posé.

Dans sa décision, il est spécifié que « 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 reçu ». Mais, alors que, dans l'ensemble, les juridictions constitutionnelles ont de plus en plus tendance à préciser la portée de leurs décisions, en multipliant les directives ou les réserves d'interprétation, la Cour suprême canadienne se refuse à donner des indications concrètes sur la démarche à suivre pour que ces conditions soient effectivement remplies. Plusieurs points risquent d'être litigieux.

En premier lieu, on peut se demander ce qu'il faut entendre par un « appui dénué de toute ambiguïté » : sans doute la Cour a-t-elle voulu dire que la majorité en faveur de l'indépendance devait être suffisamment importante pour qu'on ne puisse pas la considérer comme accidentelle ou aléatoire. Mais où se situe exactement le seuil?

En second lieu, pour que la question posée soit elle-même dépourvue de toute ambiguïté, il faudrait que, au moment du vote, les citoyens soient parfaitement informés des conséquences d'une éventuelle accession du Québec à l'indépendance. Mais ces conséquences constituent également l'un des enjeux de la négociation à venir : il faudra donc que la question soit présentée en des termes suffisamment précis pour ne pas être équivoques et suffisamment généraux pour ne pas préjuger du résultat de la négociation; l'équilibre entre ces deux exigences serait peut-être difficile à trouver.

Enfin, la Cour a précisé que l'obligation de négocier ne signifiait pas que les parties devaient nécessairement

Le potentiel ... suite page 44

non d'une décision imposant aux acteurs une obligation formelle, mais en fait la portée de cet avis allait bien au-delà d'une consultation juridique car elle était appelée à prescrire indirectement mais incontestablement la conduite que ces acteurs devaient adopter pour agir conformément au droit tel qu'elle l'énonçait. Elle risquait donc d'être amenée à prendre à leur place une décision qu'il leur appartenait d'assumer. Le renvoi à leur responsabilité propre que contiennent les avis de 1981 et de 1998 me paraît à cet égard non seulement prudent mais aussi satisfaisant aux yeux du constitutionnaliste.

La tendance contemporaine à transférer au juge la mission de trancher en la forme juridictionnelle des questions de conformité à la Constitution, qui sont par essence des questions politiques, et donc d'en « juridiciser » la solution au nom de l'État de droit, mérite en effet d'être appréciée de manière nuancée. Son intervention s'apparente à celle d'un arbitre entre les acteurs politiques et elle peut être un moyen utile de dépassionner les controverses, tout au moins lorsque cette intervention est acceptée, voire souhaitée, par les protagonistes qui s'en remettent à lui du soin de trouver une issue à un conflit dont ils ne parviennent pas à sortir.

Le potentiel

suite de la page 42

aboutir à un accord sur la sécession envisagée. Mais cette obligation implique tout de même un minimum de bonne foi dans la conduite des négociations, c'est-à-dire la volonté sincère d'aboutir à un accord. Que se passerait-il si l'une des parties avait le sentiment que, de l'autre côté, une telle volonté fait manifestement défaut?

Bien qu'on puisse comprendre que la Cour suprême n'ait pas voulu s'aventurer sur un terrain politiquement délicat, il est peut-être regrettable que sa décision ne fournisse pas davantage de précisions sur ces différents points. ❖

Son intervention s'apparente à celle d'un arbitre entre les acteurs politiques et elle peut être un moyen utile de dépassionner les controverses, tout au moins lorsque cette intervention est acceptée, voire souhaitée, par les protagonistes qui s'en remettent à lui du soin de trouver une issue à un conflit dont ils ne parviennent pas à sortir. Mais cette tendance recèle un double péril.

Mais cette tendance recèle un double péril. Pour la juridiction elle-même, exposée à la tentation de l'activisme, qui consiste à présenter comme une exigence juridique les solutions qu'elle considère opportunes. Pour la démoc-

cratie aussi, qui se trouve subordonnée à ce qui ne doit être que sa régulation formelle, selon la formule de Robert Badinter à propos du pouvoir constituant, « il peut tout faire, mais pas n'importe comment ». ❖

ROBARTS CENTRE FOR CANADIAN STUDIES

Check out the new Web site!

www.yorku.ca/robarts

Featuring

- Distinguished Robarts Lecture series
- Summer Institute for Latin American Canadianists
- *Canada Watch* online
- Centre for the Study of Black Cultures in Canada
- North American Studies courses
- Happy Fifth Birthday NAFTA: Thinking Outside the Box, by Daniel Drache