



Constitutionnalisme,
droits et diversité :
**Mélanges en l'honneur
de José Woehrling**

Sous la direction de **Alain-G. Gagnon** et **Pierre Noreau**

LES ÉDITIONS THÉMIS

La reconnaissance constitutionnelle du droit de demander la sécession dans les états plurinationaux

Hugues Dumont* et Mathias El Berhoumi**

I. Le droit de demander la sécession : une des marques juridiques de la plurinationalité de certains États	467
II. Le droit de demander la sécession : l'<i>ultima ratio</i> lorsque le droit à l'autodétermination interne n'est pas respecté	474
III. Le droit de demander la sécession : un droit compatible avec le droit de l'Union européenne ?	477
IV. Le droit de demander la sécession : un droit dont la constitutionnalisation postule une norme trans-constitutionnelle	483
V. Le droit de demander la sécession : du principe aux modalités.....	494
A. La question du seuil de majorité dans les référendums d'indépendance	495
B. Les contours de l'obligation de négocier	498
Conclusion	501

* Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et président du Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel et administratif (CIRC).

** Chargé de recherches et professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel et administratif (CIRC).

C'est par la plume du professeur José Woehrling, plus précisément de son commentaire publié dans la *Revue française de droit constitutionnel* en 1999, que de l'autre côté de l'Atlantique, les juristes francophones ont pu saisir la portée décisive du désormais célèbre avis de la Cour suprême du Canada sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹.

Depuis cet avis du 20 août 1998, l'on ne peut plus raisonner en résumant à une simple antinomie de principe le rapport entre la notion de Constitution et le phénomène de la sécession définie par la Cour suprême comme la « démarche par laquelle un groupe ou une partie d'un État cherche à se détacher de l'autorité politique et constitutionnelle de cet État, en vue de former un nouvel État doté d'une assise territoriale et reconnu au niveau international² ».

Certes, la Commission de Venise écrit encore en 1999 que « l'autodétermination est régie avant tout par le droit international [...]. Dire que le droit constitutionnel national n'est pas favorable à la sécession relève de la litote. Cela ne surprend pas, puisqu'il est le fondement de l'État que la sécession conduirait pour le moins à amputer³ ». Mais en 2001, lorsqu'elle esquisse un *Cadre juridique général de référence pour faciliter la solution des conflits ethno-politiques en Europe*⁴, la Commission est déjà bien plus nuancée. Elle ne peut pas passer sous silence, fût-ce à titre d'exceptions, les contextes constitutionnels de deux États, le Canada et le Royaume-Uni. En 2014, à propos de la Crimée, elle recourt à une formulation négative qu'il est permis de juger révélatrice d'une évolution des esprits : « Le fait que la Constitution de l'Ukraine n'autorise pas la tenue d'un référendum sur la sécession n'est aucunement contradictoire avec les normes constitutionnelles européennes⁵ ». Autrement dit, l'interdiction constitutionnelle

¹ José WOEHLING, « L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec », (1999) *Revue française de droit constitutionnel* 3.

² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 83.

³ COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, COMMISSION DE VENISE, *L'autodétermination et la sécession en droit constitutionnel*, CDL-INF (2000) 2, 1999.

⁴ COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, COMMISSION DE VENISE, *Cadre juridique général de référence pour faciliter la solution des conflits ethno-politiques en Europe*, CDL-INF (2000) 016-f, 2000.

⁵ COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, COMMISSION DE VENISE, 98^e sess. plénière, *Avis sur la compatibilité avec les principes constitutionnels de la décision du Conseil Suprême de la République autonome de Crimée en Ukraine de*

de la sécession a cessé d'être une évidence de principe puisque la Commission se met à justifier l'absence de clause sécessionniste.

En moins de vingt ans, le presque impensable, sous la seule réserve des Constitutions de l'URSS, de l'Éthiopie, du Liechtenstein ou de Saint-Christophe-et-Niévès, cas peu propices à l'étude comparative avec le droit constitutionnel des États démocratiques plurinationaux, commence à devenir pensable. Et s'il en va ainsi, c'est à la Cour suprême du Canada qu'on le doit. En effet, depuis son avis de 1998, les affaires monténégrine, écossaise et catalane invitent les constitutionnalistes à passer du cas canadien à la règle, ou du moins à quelques principes juridiques⁶. La Cour suprême du Canada a donné la clé du raisonnement qui, à notre estime, devrait s'imposer dans tous les États plurinationaux démocratiques dont paradoxalement l'assise nationale s'érode en se contentant d'affirmer l'unicité juridique de leur nation pour s'opposer à l'expression formalisée d'une demande de sécession. Cette clé réside dans la conciliation des quatre principes sous-jacents qui inspirent et nourrissent le texte de la Constitution canadienne, mais qui n'ont rien de spécifique à celle-ci, à savoir le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des droits des minorités⁷. Plus précisément, la clé se trouve dans la reconnaissance de la relation dialectique qui unit en les opposant État de droit et démocratie : on ne peut ni faire primer la démocratie sur l'État de droit ni privilégier l'État de droit sur la démocratie. S'il est conforme à la logique de l'État de droit que la Constitution exclue une sécession réalisée unilatéralement, c'est-à-dire sans des négociations fondées sur des principes, il est aussi conforme à la logique démocratique d'exclure que la formation d'une majorité claire en réponse à une question claire en faveur d'une sécession demeure dépourvue d'effets juridiques⁸. En rejetant les deux thèses extrêmes, celle d'un référendum positif des Québécois qui oblige le reste du Canada à accepter la

tenir un référendum sur la question de devenir un territoire constitutif de la Fédération de Russie ou de restaurer la constitution de la Crimée de 1992, CDL-AD (2014) 002.

⁶ Sur ce thème de la « pensée juridique par cas », voir François OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 508 et suiv.

⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 49. La Cour suprême précise que « Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre ».

⁸ *Id.*, par. 88.

sécession et celle d'un référendum positif dépourvu de conséquences juridiques ou politiques, la Cour suprême contraint les parties, souverainiste et fédéraliste, «à revenir sur le terrain plus modéré des discussions et de la négociation⁹». Dans un État plurinational démocratique, une nation infra-étatique devrait donc se voir reconnaître le droit de demander une sécession et de chercher à la réaliser par la voie de la négociation.

Le Royaume-Uni, autre État cité à titre d'exception par la Commission de Venise, a aussi cherché à concilier démocratie et État de droit pour répondre aux revendications nationalistes. Le *Northern Ireland Act* 1998 réaffirme, dès son premier article, l'appartenance de l'Irlande du Nord au Royaume-Uni sauf s'il devait en être décidé autrement par une majorité du peuple d'Irlande du Nord à l'occasion d'un référendum¹⁰. Le dernier référendum de souveraineté en Irlande du Nord remonte toutefois au 8 mars 1973 («*border poll*»). Le maintien de l'appartenance au Royaume-Uni avait fait l'objet d'un soutien franc et massif (98,9 % de «oui»). Le cas de l'Écosse nous paraît plus intéressant, non seulement en raison de son actualité, mais aussi parce que les modalités d'organisation du référendum d'indépendance qui s'est tenu le 18 septembre 2014 permettent de ranger le Royaume-Uni parmi les laboratoires de la sécession juridiquement encadrée par des règles de droit interne. Le référendum écossais reposait sur un fondement juridique clair et résultait d'un processus négocié entre le Gouvernement du Royaume-Uni et le Gouvernement d'Écosse, l'accord d'Édimbourg du 15 octobre 2012. En outre, comme l'observe Neil Walker, le débat autour de l'indépendance de l'Écosse a consacré une division du travail juridique inédite : le droit constitutionnel a donné un cadre à la revendication sécessionniste, alors que le droit international a été relégué à la marge¹¹. Jusque récemment, et l'avis de la Commission de Venise de 1999 s'en fait l'écho, la question de la sécession était envisagée à partir du droit international. Or, en dehors des situations coloniales et d'oppression, le droit international se montre particulièrement restrictif

⁹ J. WOEHRLING, préc., note 1, p. 25.

¹⁰ Cette disposition reprend l'article 1^{er} du *Northern Ireland Constitution Act* 1973. On laisse ici de côté l'incidence du Brexit.

¹¹ Neil WALKER, «*Beyond Secession ? Law in the Framing of the National Polity*», dans Stephen TIERNEY (dir.), *Nationalism and Globalisation*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 158.

sur la portée du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes¹². Certes, la sécession n'est pas interdite. La Cour internationale de justice l'a encore rappelé dans son avis sur la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo. Elle s'est cependant empressée de préciser qu'elle « n'est pas tenue, par la question qui lui est posée, de prendre parti sur le point de savoir si le droit international conférerait au Kosovo un droit positif de déclarer unilatéralement son indépendance, ni, a fortiori, sur le point de savoir si le droit international confère en général à des entités situées à l'intérieur d'un État existant le droit de s'en séparer unilatéralement¹³ ».

Prenant conscience des marges de manœuvre étroites qu'offre le droit international, les minorités nationales abandonnent leur tropisme international et se tournent de plus en plus vers le droit constitutionnel de l'État dont – paradoxalement – ils souhaitent se séparer. Si le caractère démocratique de leur État et l'absence de recours à la violence empêchent les Catalans, Écossais ou Québécois de puiser dans la théorie encore controversée de la sécession-remède un moyen d'obtenir gain de cause, ces mêmes traits autorisent ces nations infraétatiques à chercher des réponses constitutionnelles à leurs aspirations. Et de fait, le droit constitutionnel de certains États s'est ouvert, à des degrés divers, à la sécession. Cette ouverture contribue à traduire en termes juridiques le caractère plurinationnel de ces États. C'est dans cet esprit que nous nous intéresserons à la sécession en droit constitutionnel en appréhendant la possibilité de se séparer – et non la séparation en tant que telle – parmi les arrangements institutionnels des États plurinationaux. Nous nous inscrivons ainsi dans la démarche consistant à appréhender la sécession non comme un phénomène isolé, mais dans le cadre de la dynamique plus large des relations entre l'État et les communautés infraétatiques¹⁴.

Les constitutionnalistes qui cherchent à forger une théorie juridique de l'État fédéral plurinationnel ne sont cependant qu'au début d'une entre-

¹² Sur ce thème, voir notamment Théodore CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La documentation française, 1999; James CRAWFORD, « State Practice and International Law in Relation to Unilateral Secession », *Tamilnation*, 19 février 1997, par. 26-62.

¹³ *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif n° 2010/25, [2010] C.I.J. Rec. 403.

¹⁴ Voir dans le sens de cette approche, Susanna MANCINI, « Secession and Self-determination », dans Michel ROSENFELD et Andras SAJÓ (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 482.

prise de construction d'un régime de la sécession qui ne saurait se contenter de célébrer les vertus de l'avis rendu par la Cour suprême du Canada ou de l'accord d'Édimbourg. Les questions qui restent à résoudre sont particulièrement épineuses. En guise de modeste contribution à cette théorie, nous voudrions ici soutenir quatre thèses. La première reprend en l'étayant notre montée en généralité au-delà du cas canadien : la reconnaissance du droit des nations infraétatiques de demander la sécession pourrait bientôt former une des caractéristiques juridiques des États démocratiques plurinationaux (I). La deuxième est moins originale, mais néanmoins essentielle : l'exercice de ce droit ne devrait être revendiqué qu'au titre de l'*ultima ratio*, lorsque le droit à l'autodétermination interne n'est pas respecté (II). La troisième thèse consiste plutôt dans une mise en garde adressée aux États plurinationaux qui tirent un statut particulier du fait de leur qualité de membre de l'Union européenne (III). La quatrième est techniquement la plus périlleuse : le droit des nations infraétatiques de demander la sécession dans ces États postule l'inscription dans la Constitution de l'État parent d'une norme « trans-constitutionnelle » (IV). Nous compléterons enfin ces quatre thèses en évoquant quelques-unes des modalités que la mise en œuvre du droit examiné appelle, en particulier à propos du seuil de majorité lors du référendum d'indépendance et de l'obligation de négocier (V). Nos conclusions nous permettront de souligner les limites et les risques de notre entreprise.

I. Le droit de demander la sécession : une des marques juridiques de la plurinationalité de certains États

Dans une contribution majeure aux débats autour du droit à la sécession, Cass Sunstein a soutenu l'idée que la consécration d'un tel droit se heurte aux fondements mêmes du constitutionnalisme¹⁵. La Constitution soustrait certaines questions de l'agenda politique et du système majoritaire en vue de garantir des exigences aussi essentielles que la démocratie, les droits fondamentaux ou la stabilité de l'État. À ses yeux, le droit constitutionnel a vocation à favoriser la délibération et une prise de décision qui dépassent les intérêts particuliers, ceux d'une faction ou d'un territoire. Or, l'existence d'un droit à la sécession – nous dirions d'un droit formalisé de demander la sécession – encouragerait des comportements stratégiques de la part de ses destinataires qui pourront s'en servir comme

¹⁵ Cass R. SUNSTEIN, « Constitutionalism and Secession », (1991) 58 *University of Chicago Law Review* 633.

menace pour obtenir des faveurs, notamment financières, de l'État central. La Constitution devrait au contraire favoriser la coopération des citoyens et des composantes de l'État sur le long terme et l'engagement de chacun dans la recherche de compromis.

Le réquisitoire de Cass Sunstein fait écho à la question des fonctions de la constitution. Parmi les multiples fonctions qui peuvent être évoquées, on distinguera avec Marie-Claire Ponthoreau la fonction normative et la fonction intégrative^{16/17}. La fonction normative renvoie à la suprématie de la constitution dans l'ordre juridique interne, suprématie qui limite les pouvoirs des gouvernants en vue de protéger les droits et libertés des citoyens. Cette fonction fonde le contrôle juridictionnel de constitutionnalité. La fonction intégrative rend compte du rôle de la constitution dans le processus d'intégration continue de l'État. La constitution rassemble les membres d'une société pour former une communauté politique qui transcende dans une certaine mesure les différences et les conflits qui la traversent. Relevons que la constitution apparaît comme la garantie du consensus de base nécessaire à la cohésion sociale¹⁸. Cette dynamique suppose que la constitution suscite l'adhésion des citoyens qui doivent pouvoir s'y identifier. À cet égard, la Constitution américaine fait partie des constitutions dont la dimension intégrative est la plus prégnante¹⁹. Au regard notamment du contexte de la guerre de Sécession, la Cour suprême des États-Unis a ainsi rejeté l'idée d'une constitutionnalisation de la sécession :

« the Constitution was ordained "to form a more perfect Union." It is difficult to convey the idea of indissoluble unity more clearly than by these words. What can be indissoluble if a perpetual Union, made

¹⁶ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 256-295.

¹⁷ Nous n'aborderons pas la fonction symbolique d'une constitution, même si elle peut contribuer à la fonction intégrative. Cf. Hugues DUMONT, « La Constitution : la source des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », dans Isabelle HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4 « La théorie des sources du droit », Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, p. 103 et 104, ainsi que les références citées.

¹⁸ Dieter GRIMM, « Integration by Constitution », (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* 194.

¹⁹ M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 17, p. 270.

more perfect, is not ? [...] The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union composed of indestructible States²⁰ ».

Comme l'observe Susanna Mancini, entre cette décision de 1869 et l'avis en sens contraire de la Cour suprême du Canada de 1998, la conceptualisation du fédéralisme et ses traductions concrètes dans les États fédéraux ont profondément changé : entre le modèle de l'État fédéral américain qui a émergé dans une perspective d'unification mononationale, et le modèle fédéral que cherchent à construire des États menacés par un processus de désunion dans l'espoir d'y trouver le moyen de contenir les tendances centrifuges par l'octroi d'un haut degré d'autonomie à des groupes nationaux, les différences sont profondes²¹. En résumé, ajoute Mancini qui appuie principalement son propos sur les mutations (con)fédérales de l'État belge, de nombreuses fédérations ont été instituées non pour réaliser « une union plus parfaite », mais pour desserrer progressivement les liens d'une union devenue moins désirable pour une fraction de la population²².

Si le raisonnement de Cass Sunstein peut donc convenir à l'État mononational imprégné de l'idéologie de l'État-nation²³, un courant comptant une abondante littérature de philosophes, politologues et juristes invite à dépasser cette figure en explorant celle de l'État plurinational. En partant des paradigmes canadien, écossais et catalan, voire belge, nous définissons, pour notre part, cette notion comme un État composé de plusieurs communautés qui ne sont « unies par la volonté de partager un destin commun²⁴ » *que sous conditions*. À la différence du modèle de l'État-nation qui peut recouvrir une pluralité de nations au sens socio-politiques, mais unies par une volonté inconditionnelle de vivre ensemble sous un toit politique commun (l'on peut penser au cas suisse), dans un État plurinational, les nations

²⁰ *Texas v. White*, 74 US 700, 725 (1869).

²¹ S. MANCINI, préc., note 14, p. 498.

²² *Id.*, p. 498. Sur l'exemple belge, voir Hugues DUMONT, « Le fédéralisme multinational belge se prête-t-il à une mutation confédérale ? Les onze leçons d'un fédéralisme immature », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational. Un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 177 et Marc VERDUSSEN, « La Belgique : un fédéralisme bipolaire mû par une dynamique de dissociation », dans le même ouvrage, p. 211.

²³ Sur ce thème, voir notamment Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2004 ; Jacques CHEVALLIER, « L'État-Nation », (1980) *Revue du droit public* 1271.

²⁴ Stéphane PIERRE-CAPS, *La Multination*, Paris, Odile Jacob, 1995, p. 9.

infraétatiques réclament la reconnaissance par leur État de leur statut de société distincte, d'une autonomie aussi étendue que possible et de la liberté de manifester une préférence pour la voie de l'indépendance au cas où elles n'obtiennent pas satisfaction²⁵.

La reconnaissance juridique du droit pour certaines des entités infraétatiques de demander la sécession dans ce type d'État serait fondée sur l'idée, d'allure paradoxale sans doute, que pour garantir l'existence continue d'une volonté de vivre ensemble, cet État doit laisser la porte ouverte à la séparation. Ce faisant, le droit de demander la sécession participe d'une reconnaissance mutuelle des partenaires de l'État plurinational²⁶.

En aménageant la pensée de Daniel Weinstock, on dira que la reconnaissance d'un droit à demander et à négocier la sécession devrait avoir pour effet vertueux de supprimer une source de ressentiment qu'une minorité nationale peut éprouver à l'encontre de l'État auquel elle appartient si celui-ci refuse à cette minorité toute possibilité de décider par elle-même son appartenance à cet État²⁷. À cet égard, Weinstock observe que des revendications sécessionnistes se sont fait entendre dans de nombreux États dépourvus d'une disposition constitutionnelle permettant la séparation. L'actualité catalane suggère que diaboliser la sécession, en faire un tabou constitutionnel, conduit finalement à jeter de l'huile sur le feu des revendications nationalistes²⁸. Dira-t-on qu'un droit constitutionnel à demander la sécession encourage automatiquement la sécession ? Ce n'est pas si sûr. Si ce droit fonde l'organisation, le cas échéant, de ce scénario sur le plan juridique, c'est parce qu'il prend en considération le fait qu'il serait bien pire qu'il advienne en dehors de tout encadrement juridique. Les conséquences de son rejet dans le non-droit sont en effet

²⁵ Cette première tentative de définition est amplifiée dans Hugues DUMONT, « Le pacte constitutionnel européen et les nations sans État », (2017:1) 38 *Civitas Europa*, 369 à 409 ; Hugues DUMONT et Mathias EL BERHOUMI, « L'État fédéral plurinational : tentative de définition juridique », *Liber Amicorum Yves Lejeune. Les visages de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 363 à 390.

²⁶ Wayne NORMAN, *Negotiating Nationalism. Nation-Building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 209.

²⁷ Daniel WEINSTOCK, « Constitutionalizing the Right to Secede », (2001) 9 *Journal of Political Philosophy* 202.

²⁸ Cf. S. MANCINI, préc., note 14, p. 482 et Paul ALLIÈS et Joan MARCET, « La Catalogne sur le chemin de l'indépendance ? », (2014) 40 *Pôle Sud* 5, ainsi que les autres contributions dans le même numéro de cette revue.

potentiellement plus redoutables que celles de son inclusion dans le cadre constitutionnel. Aucun ordre constitutionnel d'une société plurinationale n'est totalement immunisé contre la possibilité d'une sécession. Dès lors, envisager cette hypothèse relève de la prudence et du pragmatisme, même lorsque ce scénario a très peu de chances de se réaliser. Ce faisant, non seulement l'architecture constitutionnelle définit à l'avance le cadre juridique applicable, mais elle démontre aussi une ouverture et une attitude équilibrée face aux différents types de changements fondamentaux de l'ordre constitutionnel²⁹.

Comme l'affirme David Haljan, «The core idea of any constitutional order is an adept, sustainable balancing or integration of popular sovereignty with the rule of law³⁰». Hors du droit, le risque qu'une sécession s'accompagne de comportements violents et arbitraires est élevé. Le traitement juridique d'une situation a vocation à sécuriser les rapports sociaux en indiquant par avance les règles du jeu. Il s'agit certes d'une situation exceptionnelle et certains juristes ont tendance à inverser la formule «*de minimis non curat praetor*» en considérant qu'il en va de même «*de maximis*». Mais c'est précisément la prétention et le progrès du constitutionnalisme de ne pas laisser hors du droit les décisions politiques, aussi lourdes d'enjeux soient-elles. Pour citer à nouveau la Cour suprême du Canada, «le constitutionnalisme facilite et, en fait, rend possible un système politique démocratique en instaurant un cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques³¹». Cet argument paraît décisif. Il invite à envisager la constitutionnalisation de la sécession dans le cadre plus général du développement de l'État de droit et du constitutionnalisme. Prise dans une acception usuelle et contemporaine, la Constitution «se caractérise par la prétention à régir de manière globale et unique, par une loi supérieure à toutes les autres normes, le pouvoir politique dans sa formation et ses modes d'exercice³²». Si autrefois il était naturel de ranger la sécession parmi les actes purement politiques, faisant intervenir des forces révolutionnaires, cette conception n'est plus compatible avec les progrès de l'État de droit et du constitutionnalisme.

²⁹ David HALJAN, *Constitutionalising Secession*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 251.

³⁰ *Id.*, p. 9.

³¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 78.

³² Dieter Grimm, cité par Olivier BEAUD, «Constitution et constitutionnalisme», dans Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 119 [nos italiques].

La volonté d'assurer un fondement juridique clair au référendum écossais du 18 septembre 2014 illustre à merveille cette évolution. À la lumière de cette expérience écossaise, il apparaît que la juridicisation de la sécession apporte des garanties appréciables pour l'ensemble des parties prenantes au processus sécessionniste. Elle permet que les conditions procédurales de la sécession soient réglées d'un commun accord entre les autorités politiques de l'État parent et celles de l'entité souhaitant l'organisation d'un référendum d'autodétermination. Ce faisant, l'on évite les controverses insolubles où les légitimités de la nation étatique et de la nation infraétatique s'affrontent en vue d'imposer unilatéralement les règles du jeu. La détermination concertée des conditions de la sécession assure leur acceptation mutuelle. Pour l'entité souhaitant accéder à l'indépendance, cette démarche consensuelle apporte l'avantage considérable de lui assurer la reconnaissance de l'État parent et, dès lors, de favoriser celle de la communauté internationale.

Comme on l'a souligné dès notre introduction, il faut ajouter que si la reconnaissance juridique du droit pour certaines des entités infraétatiques de demander la sécession est appelée par la conception ambitieuse du constitutionnalisme et de l'État de droit que l'on vient d'évoquer, elle l'est aussi et de manière plus incontestable encore par l'idéal démocratique. Une société démocratique n'est pas compatible avec une conception purement ethnique de la nation, en ce sens qu'elle ne peut se définir « comme une communauté substantielle qui serait dotée de limites pré-établies et dont les membres seraient unis par des liens objectifs et contraignants³³ ». En démocratie, la politique ne peut pas être cantonnée dans une communauté dont les limites seraient soustraites à toute discussion. La politique n'est pas dissociable de la constitution même de cette communauté politique, du débat auquel peuvent donner lieu les limites du « nous ».

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme confirme ce point de vue. Elle protège en effet la liberté de manifester publiquement des idées séparatistes. Dans son arrêt *Stankov et organisation macédonienne unie Ilinden contre Bulgarie* du 2 octobre 2001, elle s'exprime comme suit : « Le fait qu'un groupe de personnes appelle à l'autonomie ou même demande la sécession d'une partie du territoire d'un

³³ Philippe GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1995, p. 221.

pays – exigeant par là des modifications constitutionnelles et territoriales fondamentales – ne justifie pas nécessairement l’interdiction de leur rassemblement. Exiger des changements territoriaux dans des discours et manifestations ne s’analyse pas automatiquement en une menace pour l’intégrité territoriale et la sécurité nationale du pays³⁴». Ainsi, à l’estime des juges strasbourgeois, le régime de déchéance des droits fondamentaux employés à des fins liberticides n’est pas applicable aux revendications sécessionnistes.

Le droit des nations infraétatiques de demander la sécession peut ainsi s’autoriser des requêtes combinées du constitutionnalisme et de la démocratie. Mais celles-ci doivent encore être complétées par la prise en considération des avertissements des internationalistes. Quand une nation veut se séparer de son État, une distinction essentielle doit être faite entre deux hypothèses : celle d’une sécession unilatérale et celle d’une séparation convenue. Les organisations de sécurité collective sont de plus en plus réticentes devant le premier scénario dans la mesure où il engendre souvent de très graves conflits et où il donne aux nations intégrées dans des États sociologiquement plurinationaux – et l’on sait que ceux-ci sont nettement majoritaires sur la surface du globe – un incitant à refaire l’histoire et la carte politique du monde à rebours. Comme le souligne J. Crawford : « Outside the colonial context, the United Nations is extremely reluctant to admit a seceding entity to membership against the wishes of the government of the state for which it has purported to secede. There is no case since 1945 where it has done so³⁵ ». On peut donc comprendre que la reconnaissance internationale que postule une sécession unilatérale suscite d’amples réserves³⁶. En revanche, une séparation procéduralisée à la suite d’un accord négocié dans un cadre constitutionnel ne justifie pas de telles réticences.

³⁴ *Stankov et Organisation macédonienne Unie Ilinden c. Bulgarie*, n^{os} 29221/95 et 29225/95, 2 octobre 2001, par. 97.

³⁵ J. CRAWFORD, préc., note 12, par. 69. Il ajoute : « Where the parent state agrees to allow a territory to separate and become independent, the terms on which the separation is agreed between the parties concerned will be respected, whether it involves continued association with that state (e.g. Faroes) or emergence to independence (e.g. Eritrea). If independence is achieved under such an agreement, rapid admission to the United Nations will follow ».

³⁶ Voir sur ce thème John DUGARD et David RAIC, « The role of Recognition in the Law and Practice of Secession », dans Marcelo G. KOHEN (dir.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 94.

Ces avertissements des internationalistes nous conduisent aussi à notre deuxième thèse.

II. Le droit de demander la sécession : l'*ultima ratio* lorsque le droit à l'autodétermination interne n'est pas respecté

Emprunter la voie de la sécession est une décision lourde de conséquences en raison de son caractère bien souvent irréversible. La sécession est à la fois l'objectif final des nationalistes les plus radicaux, et l'échec ultime des fédéralistes les plus convaincus³⁷. Un droit de demander la sécession trop permissif risquerait d'alimenter « l'obsession du territoire » dénoncée par Cassese avec les menaces qu'il rappelle : multiplication de conflits dramatiques, prolifération d'une myriade de micro-États, anarchie sur la scène internationale, et regain de puissance pour quelques grands États³⁸. Quitter un État plurinational, c'est aussi mettre fin à un projet de coexistence durable de sociétés distinctes au sein d'un même toit étatique. Sur le plan éthique, on peut juger l'État plurinational préférable à une multiplication d'États construits sur la recherche de la mononationalité. Ces arguments ne nous conduisent pas à renier ce que nous venons d'écrire. Néanmoins, ils nous conduisent à affirmer que le droit de demander la sécession ne peut être invoqué à la légère. La sécession ne peut s'envisager qu'à titre d'*ultima ratio*, d'*ultimum remedium*³⁹.

Puisque le droit de demander la sécession devrait figurer parmi les principes juridiques d'un État plurinational démocratique, il gagnerait à être envisagé dans la perspective plus large des arrangements du droit constitutionnel de l'État visant à répondre aux aspirations des nations infraétatiques. Dans cette optique, le droit de demander la sécession ne saurait être consacré de manière isolée. Au contraire, il devrait s'articuler aux autres droits reconnus aux groupes infraétatiques en tant que nations constitutives d'un État plurinational.

³⁷ W. NORMAN, préc., note 26, p. 170.

³⁸ Antonio CASSESE, *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 342 et 343.

³⁹ Mélanie DUBUY, « La théorie de la sécession remède (*remedial secession*) : avatar contemporain du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? », p. 8, en ligne : www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN2/dubuyTD2.pdf (consulté le 14 octobre 2016), qui fait référence à plusieurs occurrences de cette expression dans les écrits traitant du thème de la sécession.

En ce sens, nous rejoignons, moyennant certains aménagements, la position d'Alan Patten qui cherche une voie médiane⁴⁰ entre, d'une part, un droit inconditionnel à la sécession justifié en référence à un droit fondamental (*primary right theory*) de nature soit démocratique – exigence d'autonomie collective – soit nationaliste et, d'autre part, la théorie de la sécession-remède proposée par Allen Buchanan (*remedial right only theory*) qui n'admet la légitimité de la sécession qu'en réponse à une situation de violation constante des droits humains ou d'annexion injuste d'un territoire⁴¹. Tout en reprenant ces deux dernières hypothèses (sous la formule « *conditions of minimal justice* »), Patten ajoute un troisième scénario, moins restrictif, dans lequel la sécession devrait être permise. Lorsque l'État ne prévoit pas des arrangements constitutionnels significatifs pour reconnaître l'identité distincte d'un groupe national, ce dernier pourrait demander la sécession (« *failure-of-recognition condition* »)⁴².

Cette perspective lie ainsi autodétermination externe et autodétermination interne en conditionnant le droit à la première au défaut de garantir la seconde. La sécession n'est donc ni un droit inconditionnel ni un droit dont l'exercice se limite aux situations extrêmes qu'envisage Buchanan. Or, comme l'observe José Woehrling, le droit international fait écho à ce lien entre les deux facettes du droit à l'autodétermination. Il évoque en particulier la célèbre résolution 2625 adoptée le 24 octobre 1970 par l'Assemblée générale des Nations-Unies sous l'intitulé *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations-Unies*⁴³. L'autonomie d'un groupe infraétatique que confère le fédéralisme est un des moyens de réaliser l'autodétermination interne de ce groupe. On peut se référer aussi à la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales issue des travaux du Conseil de l'Europe. Même s'il s'agit de dispositions particulièrement *soft* qui n'imposent aucunement

⁴⁰ Alan PATTEN, « Democratic Secession from a Multinational State », (2002) 112 *Ethics* 558.

⁴¹ Antonio BUCHANAN, « Democracy and Secession », dans Margaret MOORE (dir.), *National Self-Determination and Secession*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 25.

⁴² A. PATTEN, préc., note 40, p. 563.

⁴³ José WOEHRLING, « L'évolution et le réaménagement des rapports entre le Québec et le Canada anglais », dans Jacques-Yvan MORIN et José WOEHRLING (dir.), *Demain, le Québec... Choix politique et constitutionnel d'un pays en devenir*, Sillery, Septentrion, 1994, p. 127-128.

d'épouser une structure fédérale, il échet tout de même d'en rappeler au moins l'article 15 : « Les Parties s'engagent à créer les conditions nécessaires à la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales à la vie culturelle, sociale et économique, ainsi qu'aux affaires publiques, en particulier celles les concernant ». Selon le commentaire thématique du comité consultatif, si les circonstances nationales pertinentes doivent toujours rester à l'esprit, « subnational forms of government and minority autonomous self-governments can be valuable tools to foster effective participation of persons belonging to national minorities in many areas of life⁴⁴ ».

Est-ce à dire qu'une nation infraétatique disposant d'une collectivité fédérée ne pourra jamais demander la sécession ? Il s'agit d'une acception trop restrictive de l'autodétermination interne. Si le fédéralisme constitue en quelque sorte la voie royale pour prendre en compte la pluralité nationale, un déficit de reconnaissance peut subsister dans un État fédéral. Nous nous rallions sur ce plan à la conception de l'autodétermination interne qu'esquisse Michel Seymour dans le présent ouvrage en s'appuyant lui aussi sur les travaux de José Woehrling. De l'autodétermination interne, cinq droits spécifiques peuvent être dégagés : « le droit à la représentation politique, le droit de participer à la conversation constitutionnelle, le droit au gouvernement autonome, le droit de se doter d'une constitution interne et le droit d'être reconnu constitutionnellement dans sa différence⁴⁵ ».

Avant de poursuivre notre cheminement par l'examen de la norme « trans-constitutionnelle » que postule la constitutionnalisation du droit de demander la sécession, nous devons évoquer le cas particulier des États membres de l'Union européenne. On ne peut pas ignorer, en effet, que la sécession d'une nation infraétatique insérée dans le contexte politique et

⁴⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, *The Effective participation of Persons Belonging to National Minorities in Cultural, Social and Economic Live and Public Affairs*, Commentaire n° 2, 27 février 2008.

⁴⁵ Pour une explication de la portée de ces différents droits, nous renvoyons à sa contribution intitulée « Demain, le Québec : autodétermination interne ou autodétermination externe ? ».

normatif de la Fédération plurinationale que forme l'Union européenne⁴⁶ pose des questions spécifiques⁴⁷.

III. Le droit de demander la sécession : un droit compatible avec le droit de l'Union européenne ?

À première vue, la question existentielle que posent les nations infranationales enclavées dans les États membres de l'Union européenne est vite réglée : si elles veulent acquérir le statut d'État indépendant, elles doivent se débrouiller à l'intérieur de leur État et n'ont rien à attendre de l'Union. Celle-ci est tenue, en effet, de respecter l'identité nationale de chaque État, tout comme son autonomie institutionnelle et procédurale, en vertu de l'article 4 (2), du Traité sur l'Union européenne (TUE)⁴⁸.

Pour autant, tout comme le droit international public, le droit de l'Union n'interdit pas une éventuelle sécession au sein d'un État membre, à condition du moins qu'elle ne soit pas accompagnée d'un recours illicite à la force ou d'autres violations graves des normes de droit international général⁴⁹. L'Union européenne devrait donc considérer une éventuelle sécession comme un fait qui ne relève pas du droit, sauf pour y attacher certaines conséquences juridiques une fois que ce fait se serait produit. Pour l'Union, la première conséquence, comme l'a rappelée la Commission aux Écossais et aux Catalans, c'est que « la région nouvellement indépendante deviendrait, du fait de son indépendance, un pays tiers par rapport à l'Union et les traités ne s'appliqueraient plus sur son territoire à compter du jour de son indépendance⁵⁰ ». C'est en effet une coutume

⁴⁶ Voir sur cette qualification Hugues DUMONT, « L'Union européenne, une fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel », dans Jean-Christophe BARBATO et Yves PETIT (dir.), *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 35, ainsi que Antoine BAILLEUX et Hugues DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, t. 1 « Fondements du droit institutionnel de l'Union », Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 226 et suiv.

⁴⁷ On ne les aborde ici que très brièvement. Voir pour le surplus H. DUMONT, préc., note 25.

⁴⁸ Cf. A. BAILLEUX et H. DUMONT, préc., note 46, n° 754-760, 840-848.

⁴⁹ Cf. notamment Théodore CHRISTAKIS, « Les conflits de sécession en Crimée et dans l'est de l'Ukraine et le droit international », (2014) 141 *Journal du droit international* 748, 750-752.

⁵⁰ Telle a été la réponse de Romano Prodi, à l'époque président de la Commission, à une question écrite posée par le député européen Eluned Morgan à propos d'une éventuelle

bien établie en droit international qui veut que la composante d'un État qui a choisi de s'en séparer est réputée s'être simultanément retirée des organisations internationales dont cet État fait partie. Le nouvel État indépendant issu de la sécession devrait donc demander à adhérer à l'Union s'il souhaite en devenir membre en tant qu'État. Une nouvelle demande d'adhésion à laquelle s'appliquerait l'article 49 du TUE⁵¹ nous semble donc incontournable⁵², même si certains auteurs considèrent que la voie d'un amendement aux traités adopté en vertu de l'article 48 du TUE serait aussi plaidable⁵³. En toute hypothèse, que l'on passe par un traité d'adhésion ou par un amendement aux traités, l'unanimité des États membres est exigée. Pour autant que lui-même reste membre de l'Union, l'État victime de l'amputation de son territoire disposerait ainsi d'un droit de veto pour s'opposer à l'adhésion du nouveau pays candidat.

Sous cette réserve non négligeable, dans un État plurinationnel démocratique membre de l'Union européenne, une nation infra-étatique devrait donc se voir reconnaître le droit de demander une sécession et de chercher à la réaliser par la voie de la négociation. Il est remarquable qu'une juridiction constitutionnelle aussi attachée à la souveraineté de la nation que le Tribunal constitutionnel espagnol a pu, du moins dans une décision isolée, se rapprocher de cette doctrine en distinguant bien le droit à

indépendance de l'Écosse (cf. J.O., 3 avril 2004, C 84E/0492). Le président J.M. Barroso et le vice-président J. Almunia ont renvoyé à cette réponse respectivement le 13 novembre 2012 et le 16 septembre 2013. Voir les références dans Cyril TRÉPIER, « L'indépendance de la Catalogne, un débat européen d'abord politique », (2013) 21 *L'Espace Politique* 2, par. 21 et 22.

⁵¹ Sur cette procédure et sur l'écart qui sépare la pratique du droit formel, voir A. BAILLEUX et H. DUMONT, préc., note 46, p. 315-321.

⁵² Comme on le sait, le choix de la base juridique d'un acte de l'Union est déterminé par la finalité et le contenu de cet acte. Qu'un acte d'adhésion emporte avec lui une révision des traités ne signifie pas que l'on pourrait poser cet acte en recourant à la procédure de révision là où le TUE a prévu une procédure spécifique pour encadrer une demande d'adhésion. Cf. en ce sens J.C. Piris, Intervention devant la Commission des affaires étrangères du Parlement écossais le 23 janvier 2014 et l'opinion en date du 12 décembre 2013 du président du Conseil européen H. van Rompuy, citées par Stephen TIERNEY et Katie BOILE, « A Tale of Two Referendums: Scotland, the UK and Europe », dans Patrick J. BIRKINSHAW et Andrea BIONDI (dir.), *Britain Alone! The Implications and Consequences of United Kingdom Exit from the EU*, Alphen aan de Rijn, Wolters Kluwer, 2016, chapitre 2.

⁵³ Cf. Stephen TIERNEY, « Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland », (2013) *European Constitutional Law Review* 359.

l'autodétermination que les communautés autonomes du Royaume n'ont pas, du droit que celles-ci possèdent en revanche de manifester « une aspiration politique » à l'indépendance⁵⁴ « par un processus conforme à la légalité constitutionnelle », en particulier aux principes de légitimité démocratique, de pluralisme et de légalité⁵⁵.

Si l'on se risque à prolonger ce raisonnement à l'échelle de l'ensemble des États membres de l'Union européenne, l'on devrait considérer qu'il serait illégitime qu'une nation qui se séparerait d'un des États membres au terme d'un accord négocié doive ensuite essayer le refus d'obtenir la qualité de nouvel État membre en raison du veto de l'État résiduel. La renonciation à l'exercice de ce droit de veto devrait évidemment être prévue dans l'accord entre la nation sécessionniste et l'État résiduel.

Il reste toutefois à apprécier les réactions possibles des autres États membres de l'Union. Ils n'auraient pas tort de penser que l'intégration européenne n'a rien à gagner à multiplier le nombre des États siégeant à la table du Conseil sans s'élargir pour autant. Dans la mesure où l'Union repose toute entière sur un projet d'intégration, il peut sembler paradoxal qu'elle reconnaisse et encourage du même coup les fragmentations territoriales au sein des États membres⁵⁶. Quant aux États qui sont potentiellement menacés par d'autres sécessions en leur sein, ils seront sûrement encore plus réticents à donner leur aval au traité d'adhésion. Néanmoins, rationnellement, ils devraient distinguer l'hypothèse d'une sécession négociée et convenue d'un commun accord d'une sécession unilatérale.

⁵⁴ Présentée par les autorités catalanes sous l'expression ambiguë du « droit de décider ».

⁵⁵ Joan RIDAO I MARTIN, « Le “droit à décider” et le cas de la Catalogne », (2015) *Revue belge de droit constitutionnel* 179, 194 et 200, reprenant les termes de la décision du tribunal constitutionnel S.T.C. 42/2014 du 25 mars 2014. Voir aussi sur cet arrêt Victor FERRERES COMELLA, « The Spanish Constitutional Court Confronts Catalonia's Right to “decide” (Comment on the Judgment 42/2014) », (2014) *European Constitutional Law Review* 571. Il faut relever que depuis lors, la haute juridiction est revenue à son ancienne jurisprudence beaucoup plus restrictive avec sa décision S.T.C. 138/2015 du 11 juin 2015. C.f. *infra*, note 78.

⁵⁶ Tel est le point de vue (dont nous avons pris connaissance via le mémoire de maîtrise de Béatriz GARCIA FERNANDEZ-VIAGAS, *L'indépendantisme dans l'Union européenne. Le cas catalan*, mémoire de maîtrise, Université catholique de Louvain et Université Saint-Louis, 2016) de Manuel Medina Ortega (*El Derecho de secesion en la Union Europea*, Madrid, Martial Pons, 2014, p. 210).

Autant il serait logique qu'ils opposent leur veto dans le second cas, autant il serait abusif d'en user dans le premier⁵⁷.

La question fondamentale qui se pose en définitive, c'est celle de savoir si le nationalisme est compatible avec les valeurs de l'Union qui conditionnent l'admission d'un nouvel État membre aux termes du pacte constitutionnel européen. Nous songeons bien sûr aux articles 2 et 49 du TUE. Les valeurs de l'Union – dignité humaine, liberté, démocratie, égalité, État de droit, droits de l'homme et protection des droits des personnes appartenant à des minorités – sont celles du cosmopolitisme, comme l'a bien montré Jean-Marc Ferry⁵⁸. Avec Astrid von Busekist, on peut penser que « le nationalisme et le cosmopolitisme ne sont pas a priori des valeurs antinomiques⁵⁹ ». Mais il faut alors, nous semble-t-il, ne retenir qu'une seule des deux versions possibles du nationalisme. À nos yeux, il faut en effet distinguer soigneusement le nationalisme au sens fort, ethnique et exclusif, d'une part, et le nationalisme au sens faible, civique et inclusif, d'autre part. L'un et l'autre sont des nationalismes – majoritaires⁶⁰ ou minoritaires, peu importe – en ce qu'ils entendent faire de la nation un sujet politique en lui attribuant une forme d'autodétermination. Mais le premier convertit un sentiment ethnique ou tribal d'appartenance obsédé par l'homogénéité en une revendication de souveraineté politique intolérante à l'égard de tout ce qui peut venir la limiter. Le second, au contraire, admet à la fois que la nation est le résultat d'une construction sociale apte à évoluer et que l'autodétermination à laquelle elle peut prétendre est susceptible de degré, de sorte qu'elle peut supporter la figure de l'État plurinational ou celle d'une Fédération plurinationale, moyennant les conditions énoncées par Michel Seymour que nous avons faites nôtres dans la section précédente.

⁵⁷ Cf. en ce sens S. TIERNEY et K. BOILE, préc., note 52.

⁵⁸ Cf. A. BAILLEUX et H. DUMONT, préc., note 46, p. 246-263.

⁵⁹ Astrid VON BUSEKIST, *Penser la politique*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010, p. 177.

⁶⁰ Sur la distinction au sein des nationalismes majoritaires entre ceux qui cherchent à incorporer, à assimiler ou à exclure les minorités, voir John COAKLEY, « Les majorités nationales dans les nouveaux États : relever le défi de la diversité », dans Alain-G. GAGNON, André LECOURS et Geneviève NOOTENS (dir.), *Les Nationalismes majoritaires contemporains : identité, mémoire, pouvoir*, Montréal, Québec Amérique, 2007, p. 157.

Le pacte constitutionnel européen repose sur la répudiation généralisée du nationalisme ethnique et exclusif. Mais cela ne veut pas dire qu'il est incompatible avec toutes les revendications des minorités dites nationales. Au contraire, on peut penser avec le politologue Michael Keating que l'intégration européenne et « la montée en puissance des revendications nationales, nouvelles et anciennes, dans et à travers les États », sont « deux processus complémentaires ». En effet, le premier offre au second des « structures d'opportunité » inédites à travers les « nouvelles formes d'autorité institutionnelle » qu'il engendre, aussi bien au sein de l'Union européenne qu'à l'intérieur de ses États membres⁶¹. Il s'agit notamment des mécanismes institués par le droit de l'Union qui permettent aux régions à pouvoir législatif et aux nations sans État qui ont réussi à se doter du statut d'entité fédérée ou quasi fédérée au sein de leur État, de faire entendre leur voix lors de l'élaboration du droit européen⁶². Au-delà de ces mécanismes, il faut reconnaître que les collectivités fédérées des États membres de l'Union et les quelques « nations sans État » qui possèdent ce statut sont exposées, de par leur soumission au droit européen et en raison des caractéristiques les plus fondamentales de celui-ci, tant à des effets favorables à leur autonomie qu'à des contraintes défavorables à celle-ci. Il est impossible de synthétiser le produit de ces facteurs contradictoires par la mise en avant d'une seule tendance globalement dominante⁶³.

En définitive, il est permis de penser que les nations européennes, qu'elles coïncident ou non avec leur État, sont confrontées à un même défi fondamental. En tant que composantes primaires ou dérivées de la Fédération plurinationale que forme l'Union, elles sont invitées à repenser leur légitime aspiration à la souveraineté en la redéfinissant comme un degré d'autonomie et en déterminant celui-ci en fonction du degré d'intégration qu'elles souhaitent pour l'Union, entre les logiques fédérative et plurinationale qui sous-tendent les structures et l'action de cette dernière⁶⁴.

⁶¹ Michael KEATING, « L'intégration européenne et la question des nationalités minoritaires », dans Jacques PALARD, Alain-G. GAGNON et Bernard GAGNON (dir.), *Diversité et identités au Québec et dans les régions d'Europe*, Bruxelles, Peter Lang, 2006, p. 43-44.

⁶² Sur ces structures d'opportunité, cf. H. DUMONT, préc., note 25.

⁶³ Voir pour le surplus *id.*

⁶⁴ Sur ces logiques, voir H. DUMONT, préc., note 46.

Le temps où la notion de souveraineté pouvait se comprendre comme un pouvoir d'autodétermination illimité ou limité au gré de la seule volonté discrétionnaire des États-nations est révolu⁶⁵. Le statut d'État membre de l'Union n'implique pas la disparition de la souveraineté formelle : chaque État reste titulaire du droit de s'opposer à la révision des traités et du droit de se retirer de l'Union. Mais il doit accepter le remplacement de sa « souveraineté positive » dans les matières qu'il a transférées à l'Union par une co-souveraineté, une mise en commun plus ou moins large et plus ou moins approfondie des souverainetés qui rendent celles-ci plus efficaces que si chacune s'obstinait à chercher son épanouissement dans l'ignorance ou le mépris des attentes des autres. C'est ce qu'une majorité de citoyens britanniques semble avoir négligé, alors que le Royaume-Uni a fait largement usage de sa souveraineté formelle en multipliant les clauses d'*opting out*.

Les nations enclavées dans les États plurinationaux que comprend l'Union doivent aussi repenser la souveraineté à laquelle elles aspirent. Si elles veulent contribuer positivement à la construction européenne, elles ne peuvent pas déceimment en souhaiter la balkanisation. La qualité et l'efficacité du processus décisionnel européen n'auraient rien à gagner si l'Écosse, la Catalogne, le Pays Basque, la Flandre, la Vénétie, la Corse et d'autres territoires coïncidant à des minorités nationales accédaient au statut d'État membre à côté de leur ancien État parent. En revanche, il n'est pas nécessairement illégitime que ces minorités nationales cherchent à bénéficier au sein de leur propre État d'un statut équivalent *mutatis mutandis* à celui des États membres de l'Union. Quand elles revendiquent le droit de participer à la révision de la Constitution de leur État, voire d'opposer un droit de veto à ces révisions, ainsi que le droit de décider du maintien ou non de leur appartenance à cet État, c'est bien de cela qu'il s'agit. On comprend bien les objections et les craintes des États parents. Mais l'exemple écossais, du moins avant le vote du *Brexit*, montre que le droit de décider n'est pas nécessairement voué à être exercé en défaveur de l'appartenance à l'État parent. Inversement, le refus obstiné de l'Espagne à

⁶⁵ Voir sur ce thème A. BAILLEUX et H. DUMONT, préc., note 46, p. 145-156 ; Hugues DUMONT et Isabelle HACHEZ, « Repenser la souveraineté à la lumière du droit international des droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur de Rusen Ergec* (à paraître).

consacrer ce droit au profit du peuple catalan ne fait qu'exacerber la pression indépendantiste⁶⁶.

Il reste la question de savoir si ces nations sub-étatiques peuvent se contenter des structures d'opportunité que l'Union leur procure et des équilibres que celle-ci ménage, non sans tâtonnements, entre le respect des autonomies régionales reconnues par leur État et l'application uniforme du droit de l'Union⁶⁷. Qu'elles puissent exiger à bon droit certaines améliorations sur ces deux plans n'est pas douteux. Mais qu'elles doivent se limiter à pareilles exigences relativement marginales ne nous paraît pas douteux non plus, si du moins elles veulent contribuer positivement à la construction européenne.

Cette nécessaire parenthèse européenne étant refermée, poursuivons l'examen des implications juridiques que la constitutionnalisation du droit de demander la sécession comporte.

IV. Le droit de demander la sécession : un droit dont la constitutionnalisation postule une norme trans-constitutionnelle

Le processus de sécession peut se montrer rétif à la distinction cardinale entre les pouvoirs constituants originaire et dérivé⁶⁸. Soit, l'on attribue la sécession à ce dernier. Elle est alors considérée comme le fruit d'une simple révision constitutionnelle, au motif qu'elle n'affecterait qu'une ou plusieurs dispositions constitutionnelles qu'il conviendrait d'adapter, notamment en supprimant les références à l'entité sécessionniste et à sa représentation dans les organes de l'État. Soit, la sécession est conçue comme postulant une révision totale de la Constitution, tantôt en raison de l'ampleur des modifications constitutionnelles qu'elle appelle, tantôt en raison de la nature de la sécession qui saperait les fondements mêmes de l'État et de la Constitution. Si l'on adhère à cette seconde thèse, la

⁶⁶ Quant au refus des nationalistes flamands d'organiser un référendum (dé-)constituant en Belgique en raison de leur crainte de voir leur option séparatiste désavouée par une majorité en Flandre-même, cf. Hugues DUMONT et Mathias EL BERHOUMI, « Les référendums constitutionnels et constituants dans l'État plurinational belge : un parcours d'obstacles insurmontable ? », dans Patrick TAILLON et Amélie BINETTE (dir.), *La démocratie référendaire dans les États plurinationaux* (à paraître).

⁶⁷ Sur ces délicats équilibres, cf. H. DUMONT, préc., note 25.

⁶⁸ Sur cette question, cf. Christophe PARENT, *Le concept d'État fédéral multinational. Essai sur l'union des peuples*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 196 et suiv.

sécession – et la clause qui l'autorise ou qui l'interdit – relève du pouvoir constituant originaire.

La Commission de Venise semble se rallier à la première thèse : c'est parce que les constitutions qu'elle mentionne consacrent des principes tels que l'indivisibilité du territoire que la sécession n'est pas admissible. Il suffirait donc apparemment que le constituant révise ou abroge ces dispositions pour que la sécession puisse être constitutionnalisée⁶⁹.

Certes, si l'État potentiellement résiduel, bien que privé d'une partie du territoire et de la population de l'État parent, est appelé à conserver la personnalité juridique de celui-ci, formellement, aucune objection ne s'oppose à l'encadrement de la sécession concertée par des règles constitutionnelles adoptées par le pouvoir constituant dérivé de l'État parent. L'amputation est alors réduite à une sorte d'accident qui laisse l'État parent juridiquement intact. Mais, première objection, il arrive que la Constitution réputée irrévocable toute atteinte à l'intégrité de son territoire⁷⁰. L'abrogation d'une règle constitutionnelle irréformable passant nécessairement par un acte du pouvoir constituant originaire, l'intervention de ce dernier serait donc inévitable pour encadrer un processus sécessionniste dans ce cas.

Deuxième objection : il se peut aussi que l'État résiduel soit voué à disparaître juridiquement. Ce fut le cas de la Serbie-Monténégro en 2006 quand le Monténégro a décidé par référendum de devenir un État indépendant. C'est bien le pouvoir constituant monténégrin originaire qui s'est alors exprimé, en vertu de l'article 60 de la Charte constitutionnelle de la communauté étatique de Serbie-Monténégro du 14 mars 2002⁷¹. Il faut en effet analyser cette charte fondée sur l'accord de Belgrade conclu

⁶⁹ En ce sens, Peter RADAN, «Secession in Constitutional Law», dans Aleksandar PAVKOVIC et Peter RADAN (dir.), *The Ashgate Research Companion to Secession*, Ashgate, Farnham, 2011, p. 335 : «Such constitutional stipulations ultimately do not stand in the way of any constitutionally processed secession, simply because such stipulations themselves can be deleted or rendered inoperative by the relevant state's constitutional amendment procedures, thereby clearing the path for a constitutionally legal secession to take place».

⁷⁰ Marie-Françoise RIGAUD, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larquier, 1985, p. 50.

⁷¹ «À l'expiration d'une période de trois ans, les États membres ont le droit d'engager la procédure de changement de leur statut étatique, c'est-à-dire la procédure de leur retrait de la Communauté étatique de Serbie-et-Monténégro.

par la Serbie et le Monténégro comme un pacte fédératif créateur d'une confédération au sens classique du terme, c'est-à-dire unissant deux États souverains⁷². L'exemple de l'État fédéral belge mérite aussi de retenir l'attention. Dans l'hypothèse où la Flandre demanderait de se séparer du reste de la Belgique, il n'est pas tout à fait sûr que celle-ci puisse prétendre subsister « en étant atteinte de manière aussi radicale dans ce qui fait son identité⁷³ ». Sa structure bipolaire fondée sur deux grandes Communautés

La décision de se retirer de la Communauté étatique de Serbie-et-Monténégro est prise après un référendum.

L'État membre promulgue la loi sur le référendum, en tenant compte des standards démocratiques internationalement reconnus.

Dans le cas du retrait de l'État du Monténégro de la Communauté étatique de Serbie-et-Monténégro, les documents internationaux relatifs à la République Fédérale de Yougoslavie, en particulier la Résolution 1244 du Conseil de sécurité des Nations unies, se rapporteraient et seraient intégralement applicables à l'État de Serbie en tant que successeur.

L'État membre qui use de son droit de se retirer n'hérite pas du droit à la personnalité internationale et juridique, et toutes les questions litigieuses seront réglées séparément entre l'État-successeur et l'État devenu indépendant.

Au cas où les deux États membres se prononcent lors de la procédure de référendum sur le changement de leur statut d'État, à savoir pour leur indépendance, toutes les questions litigieuses seront réglées au cours de la procédure de succession, comme dans le cas de l'ancienne République socialiste fédérative de Yougoslavie ».

⁷² Voir l'analyse de la Commission de Venise de la nature particulière de l'acte fondateur de la République fédérale de Yougoslavie :

« La Constitution de la République fédérale de Yougoslavie, tout comme la plupart des autres constitutions, ne contient aucune disposition expresse quant à savoir si une entité fédérée peut faire sécession. Toutefois, la mention, dans le préambule de la Constitution, de l'association volontaire entre la Serbie et le Monténégro pourrait s'interpréter comme autorisant la sécession de l'une des républiques. En toute hypothèse, du point de vue politique, la question de l'admissibilité de la sécession en droit fédéral ne semble pas se poser. Il est remarquable que, durant les entretiens de la délégation de la Commission avec les représentants des autorités fédérales ou des autorités serbes, personne n'a mis en doute la possibilité de principe, pour le Monténégro, de faire sécession. La nécessité qu'une sécession éventuelle ait lieu dans le respect du droit et des dispositions constitutionnelles a bien été mentionnée mais tous les interlocuteurs ont souligné qu'il n'y aurait pas d'intervention militaire ni d'autre pression anormale pour prévenir une sécession du Monténégro. » (*Rapport intermédiaire sur la situation constitutionnelle de la République fédérale de Yougoslavie*, CDL-INF (2001) 23, par. 12).

⁷³ Marc VERDUSSEN, « La Belgique appartient-elle à l'avenir ou au passé ? », dans Joëlle SAUTOIS et Marc UYTENDAELE (dir.), *La sixième réforme de l'État (2012-2013). Tourment historique ou soubresaut ordinaire ?*, Limal, Anthemis, 2013, p. 579.

serait détruite⁷⁴ ; sa population serait diminuée de près de 58 % ; son territoire serait amputé de quasiment la moitié de sa surface et près de la moitié de ses normes constitutionnelles devraient être réécrites. Comment ne pas songer en outre au décret du 18 novembre 1830 par lequel le Congrès national a proclamé l'indépendance du peuple belge, et par conséquent l'existence de l'État belge ? Il est considéré, par une partie de la doctrine en tout cas, comme une norme irrévocable. Ce décret a en effet été délibérément tenu à l'écart du corpus constitutionnel du 7 février 1831 parce que le Congrès national a voulu le soustraire à l'emprise de l'article 195 qui règle l'exercice du pouvoir constituant dérivé⁷⁵. On peut d'ailleurs considérer que si ce décret n'existait pas, il y aurait d'excellents arguments pour faire de sa substance une limite implicite à l'exercice de ce pouvoir. En effet, l'existence juridique de l'État forme un présupposé de toute Constitution. Il n'appartient dès lors pas au pouvoir constituant qui dérive de celle-ci d'en décider la suppression⁷⁶.

Troisième objection : dans bien des cas, réserver l'encadrement de la sécession concertée au pouvoir constituant dérivé revient à nier les droits des nations infraétatiques à demander l'autodétermination avec des chances équitables de succès. La participation des nations infraétatiques à l'exercice de la fonction constituante est souvent jugée insuffisante par celles qui revendiquent un fédéralisme asymétrique. Dans le contexte d'une procédure de révision très rigide, l'affirmation constitutionnelle de l'intégrité territoriale peut fermer la porte à toute initiative cherchant à réaliser un projet sécessionniste. Le cas de l'Espagne en constitue le paradigme : l'article 2 de sa Constitution proclame l'unité indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols. Cette disposition peut être révisée, mais selon une procédure particulièrement lourde diluant le poids des Catalans ou des Basques⁷⁷. Or, c'est au

⁷⁴ Cf. *supra*, note 22.

⁷⁵ Sur l'interprétation à apporter au décret du 18 novembre 1830, la doctrine n'est pas unanime. Voir M.-F. RIGAUX, préc., note 70, p. 54 et suiv. et H. DUMONT, préc., note 17, p. 128 et 129.

⁷⁶ Sur cette thèse de la limite matérielle tacite à l'exercice du pouvoir constituant, voir les références dans *id.*

⁷⁷ L'article 168 de la Constitution espagnole règle la procédure de révision totale de la Constitution et celle d'une révision partielle affectant notamment son titre préliminaire dont l'article 2 fait partie. Deux tiers de chaque chambre doit approuver le principe de cette révision. Ce vote entraîne la dissolution des Cortès. L'adoption du

nom de ces principes constitutionnels que le Tribunal constitutionnel espagnol a censuré les initiatives de consultations autonomistes⁷⁸.

texte par les chambres nouvellement élues requiert également une majorité des deux tiers. Cette révision est soumise à ratification par référendum.

⁷⁸ Voir S.T.C. 103/2008 du 11 septembre 2008 sur un projet de loi de convocation et de régulation d'une consultation populaire afin d'obtenir, dans la Communauté autonome du Pays basque, l'opinion des citoyens sur l'ouverture de négociations en vue d'atteindre la paix et la normalisation politique :

«The appealed law presupposes the existence of a subject, the “Basque public” holder of a “right to decide” likely to be “exercised” [art. 1 b) of the contested law] equivalent to the holder of sovereignty, the Spanish people, and able to negotiate with the State constituted by the Spanish nation on the terms of the new relation between the state and one of the Autonomous Communities in which it is organised. The identification of an institutional subject provided with such qualities and authorities is, however, impossible without a previous reform of the current Constitution. In reality, the content of the consultation is no other than the opening of a procedure of reconsideration of the constituted order which would have to conclude possibly, in a “new relation” between the State and the Autonomous Community of the Basque Country; that is, between whomsoever, in accordance with the Constitution, is today the formalised expression of a system constituted by sovereign wishes of the unique and indivisible Spanish nation (art. 2 SC) and a subject created, within the framework of the Constitution, by the powers constituted in virtue of the exercise of a right to the autonomy recognised by the fundamental norm. This subject is not the holder of a sovereign power, exclusive to the Nation constituted as a State. The fact is that, as we recalled in CCJ 3347/2007 of 12 December, LC 4 a) citing CCJ 4/1981, of 2 February, LC 3, “the Constitution is based on the unity of the Spanish nation, which constitutes a social and democratic state of law the powers of which emanate from the Spanish people in which national sovereignty resides”. The procedure which it wished to open, with the scope pertinent to it, cannot refrain from affecting Spanish citizens as a whole, as this would address the redefinition of the system constituted by the sovereign wishes of the Nation, the source of which is constitutionally simply that of formal revision of the Constitution via art. 168 SC, that is, with the dual participation of the Cortes Generales or Parliament in that it represents the Spanish people (art. 66.1 SC), and the holder of the sovereignty directly through the requisite ratification referendum (art. 168.3 SC) [traduction officieuse] ».

Un revirement de jurisprudence a pu être perçu dans l'arrêt S.T.C. 42/2014 du 25 mars 2014 sur la résolution du 23 janvier 2013 approuvant la déclaration de souveraineté et le droit de décider du peuple de Catalogne. En effet, si le tribunal constitutionnel espagnol a déclaré inconstitutionnelle et nulle la clause première de la Déclaration qui proclamait le caractère de sujet politique et juridique souverain du peuple de Catalogne, elle a considéré que le droit de décider du peuple de Catalogne pouvait recevoir une interprétation conforme à la Constitution en tant qu'aspiration politique qui peut être poursuivie uniquement à travers un processus conforme à la légalité constitutionnelle et spécialement aux principes de légitimité démocratique, de pluralisme et de légalité (sur cette question, voir J. RIDAO I MARTIN, préc., note 55, p. 194 et suiv., ainsi que les références sous la note 55 *supra*). Toutefois, dans sa

Compte tenu de ces trois objections, l'on peut être enclin à soutenir la seconde thèse : si la voie de la révision constitutionnelle est fermée parce que le processus sécessionniste peut conduire soit à refonder l'État sur une nouvelle base constitutionnelle, soit à le supprimer, c'est nécessairement au pouvoir constituant originaire qu'il appartient d'agir. Mais l'opération consistant à déterminer les composantes du peuple souverain habilité à organiser une procédure potentiellement sécessionniste est fatalement paradoxale. S'agit-il du peuple formant le substrat de l'État parent, peuple au nom duquel la Constitution en voie d'abrogation virtuelle a été proclamée ? Il serait paradoxal de s'en remettre à ce peuple de l'État parent alors qu'il est question de fonder un ordre étatique et constitutionnel qui ne repose plus sur lui, mais sur une fraction de ce peuple. S'agit-il alors de la nation infraétatique qui réclame de pouvoir s'exprimer sur son indépendance ? Cette solution est tout autant paradoxale puisqu'elle préjuge du résultat du référendum de souveraineté. Elle attribue le pouvoir constituant originaire à une nation avant de savoir si cette nation souhaite former un État.

L'identification du pouvoir constituant originaire nous conduit ainsi à de nouvelles impasses. Pour tenter de sortir de ces impasses et pour rencontrer les objections liées à la thèse d'une sécession relevant du pouvoir constituant dérivé, nous nous appuyons sur la lecture fine que José Woehrling propose de l'avis de la Cour suprême du Canada de 1998.

Prima facie, la Cour suprême du Canada semble se rallier à la thèse selon laquelle la sécession s'envisage comme une simple modification de la Constitution :

« Certains auteurs ont exprimé l'avis qu'une sécession entraînerait un changement d'une telle ampleur qu'il ne pourrait pas être considéré simplement comme une modification de la Constitution. Nous n'en sommes pas convaincus. Il est vrai que la Constitution est muette quant à la faculté d'une province de faire sécession de la Confédération, mais bien que la Constitution n'autorise pas ni n'interdise expressément la sécession, un acte de sécession aurait pour but de transformer le mode de gouvernement du territoire canadien d'une façon qui est sans aucun doute incompatible avec nos arrangements constitutionnels actuels. Le fait que ces changements seraient profonds, ou qu'ils

décision S.T.C. 138/2015 du 11 juin 2015, le tribunal constitutionnel espagnol est revenu à sa jurisprudence S.T.C. 103/2008.

prétendraient avoir une incidence en droit international, ne leur retire pas leur caractère de modifications de la Constitution du Canada⁷⁹».

Toutefois, la Cour s'abstient d'identifier laquelle des procédures de révision constitutionnelle s'appliquerait à la sécession du Québec, de même qu'elle ne mentionne jamais dans son avis les dispositions de la partie V de la *Loi constitutionnelle* de 1982 relative aux procédures de modification de la Constitution du Canada⁸⁰. Pour José Woehrling, « cette façon de procéder indique clairement que la mise en œuvre des dispositions de la partie V, si elle reste nécessaire pour qu'une éventuelle sécession soit conforme à la Constitution, devra être subordonnée au respect des principes constitutionnels non écrits et, plus précisément, de l'obligation de négocier qui en découle⁸¹ ». Dans cette optique, les quatre principes fondamentaux dégagés par la Cour et l'obligation de négocier de bonne foi auraient priorité sur les dispositions de la partie V et pourraient rendre celles-ci inapplicables notamment pour éviter que le veto de l'assemblée législative d'une ou de plusieurs provinces fasse échec à une sécession négociée. « Une sécession qui aurait fait l'objet d'un accord négocié, ajoute José Woehrling, ne serait par conséquent pas unilatérale, ni donc illégale, même si elle ne respectait pas les dispositions de la partie V. Dans la mesure où elle insiste sur l'obligation de négocier et sur celle de respecter les principes fondamentaux, la Cour relègue le mécanisme prévu dans la partie V au rang de simple formalité⁸² ».

La Cour suprême du Canada a ainsi adopté une démarche à l'opposé de celle du Tribunal constitutionnel espagnol. Il doit être dérogé à la logique sous-jacente à la procédure de révision de la Constitution lorsqu'elle

⁷⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 84 et 85.

⁸⁰ Un des désaccords fondamentaux au sein de la Cour suprême du Canada porte sur le droit de veto dont dispose ou non le Québec sur tout amendement constitutionnel affectant ses pouvoirs, compte tenu moins du texte constitutionnel que de données historiques et sociologiques qui témoignent du caractère distinct de la société québécoise. Cf. à ce sujet Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The "Principles of Federalism" and the Legacy of the *Patriation* and *Quebec Veto References* », (2011) 54 *Supreme Court Law Review* 77. Sur les tentatives avortées de révision de la Constitution canadienne, cf. Dave GUÉNETTE, « La modification constitutionnelle au Canada – Quelle procédure de révision pour quelle constitution ? », (2015) *Revue belge de droit constitutionnel* 417.

⁸¹ J. WOEHRLING, préc., note 1, p. 19.

⁸² *Id.*, p. 20.

ne donne aucune chance aux revendications des nations infraétatiques. Dans le cadre d'un État plurinational démocratique, une entité qui demande la sécession n'est pas simplement une collectivité fédérée parmi d'autres. Dans la manière dont elle articule la procédure de révision de la Constitution, le respect des principes fondamentaux et l'obligation de négocier, la Cour suprême du Canada « bilatéralise » les relations entre le Québec et le reste du Canada⁸³. Si la procédure de la partie V de la Constitution devait primer, le Québec serait dans une situation d'infériorité puisque le consentement des autorités fédérales et de chacune des neuf autres provinces serait nécessaire. Or, « dans le cadre de l'obligation de négocier telle que définie par la Cour, les autorités fédérales et les autres provinces seraient tenues de parler d'une seule voix⁸⁴ ».

Il n'en demeure pas moins que, dans l'équilibre fragile qu'elle cherche à dégager, la Cour suprême du Canada ne fait pas disparaître le droit constitutionnel de l'État parent dont le Québec pourrait chercher à se séparer. D'une part, la Cour considère qu'une sécession entraînerait une modification de la Constitution, et non l'adoption d'une nouvelle Constitution. D'autre part, c'est de l'ordre constitutionnel canadien que la Cour dégage les principes l'amenant à concevoir un droit de demander la sécession. L'obligation de négociation qui en découle traduit une logique dans laquelle ne l'emportent ni la perspective de l'État parent, ni celle de la nation infraétatique.

Du point de vue de la théorie générale de l'État, la conceptualisation de ce point d'équilibre n'est pas évidente. Il ne s'agit ni de l'exercice d'un pouvoir constituant dérivé entièrement encadré par le droit constitutionnel d'un État, ni de l'expression d'un pouvoir constituant originaire qui, parce qu'il est souverain, ne peut être juridiquement encadré et se voit ainsi renvoyé aux ténèbres du non-droit.

Le raisonnement que nous proposons dépasse cette dualité entre pouvoirs constituants originaire et dérivé⁸⁵. Quand un État plus ou moins ancien veut s'en remettre aux composantes de sa nation pour statuer sur sa propre existence, il se retrouve nécessairement dans la situation juridique qui était la sienne dans la phase pré-constituante, c'est-à-dire celle qui a

⁸³ *Id.*, p. 20.

⁸⁴ *Id.*, p. 21.

⁸⁵ Nous reprenons et approfondissons le raisonnement développé dans H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, préc., note 66.

précédé l'adoption de la Constitution, à cette double différence près qu'il demeure soumis au droit international tel qu'il a évolué depuis lors et à toutes les règles de droit internes, y compris constitutionnelles, conciliables avec la procédure reconstituante ou déconstituante qu'il va falloir inventer. Des normes constitutionnelles nouvelles sont nécessaires pour régir la procédure qui permettra au pouvoir constituant originaire de renaître et de trancher les questions existentielles. Comment les introduire si ce n'est en révisant la Constitution ? Mais cette révision aurait une portée tout à fait spécifique. Elle devrait s'analyser comme une clause passerelle entre le pouvoir constituant dérivé et le pouvoir constituant originaire, et entre la nation de l'État parent et la nation qui revendique le droit de demander son indépendance. Cette disposition transitoire ne prescrit pas elle-même l'éventuelle suppression de l'État. Elle se contente soit de déterminer la procédure référendaire permettant au titulaire du pouvoir constituant originaire de statuer dans un sens déconstituant ou reconstituant, soit d'habiliter des organes qui mettront eux-mêmes en place cette procédure, soit encore de prévoir la combinaison d'une procédure référendaire avec la décision préalable d'un organe élu spécialement pour la circonstance⁸⁶. Le pouvoir constituant dérivé qui instituerait l'une ou l'autre de ces procédures ou créerait ces organes devrait s'analyser comme un pouvoir « trans-constituant ». Ce pouvoir devrait inévitablement identifier les

⁸⁶ Comme la Commission de Venise l'a démontré, une telle combinaison est parfaitement envisageable :

« la démocratie ne peut pas se réduire à une simple réflexion de la volonté populaire. Dans un État respectueux des principes du Conseil de l'Europe, les décisions doivent être prises conformément à la Loi. [...] Une décision sur l'indépendance du pays ne devrait cependant pas être laissée à une majorité *ad hoc* dans un scrutin unique mais nécessite des sauvegardes expresses. Il est donc pleinement justifié que la Constitution exige, en plus d'un référendum, une majorité qualifiée à l'Assemblée (*Rapport intermédiaire sur la situation constitutionnelle de la République fédérale de Yougoslavie*, CDL-INF (2001) 23, par. 16 et 17) ».

La Commission se positionnait ainsi contre la thèse consistant à dire que la Constitution ne pouvait soumettre la demande d'indépendance à d'autres exigences qu'un référendum :

« Plusieurs des interlocuteurs de la délégation ont estimé que cette majorité parlementaire n'est pas nécessaire après la tenue d'un référendum par lequel les électeurs se sont prononcés en faveur de l'indépendance. Leurs arguments étaient, tout d'abord, que le peuple est souverain et que le parlement n'a donc pas d'autre choix que de suivre la volonté exprimée par le peuple, et ensuite, que l'indépendance est une situation qui se différencie d'un amendement constitutionnel ordinaire. Dans ce cas particulier, le peuple agit en tant que pouvoir constituant et la constitution antérieure perd sa validité. La Commission n'est pas convaincue par ces arguments ».

groupes infraétatiques considérés comme les entités constituantes de l'État. Celui-ci s'en trouverait du coup métamorphosé dans la mesure où il emprunterait au même moment les traits d'une confédération reposant sur l'association entre ces groupes nationaux⁸⁷. La nature de la norme fondatrice s'éloignerait de la notion de Constitution qui, au sens formel, postule un commandement unilatéral⁸⁸ pour se rapprocher d'un pacte révisable entre nations souveraines⁸⁹. Impossible de se le dissimuler : la constitutionnalisation de la sécession ne peut pas laisser indemne l'édifice constitutionnel. Du point de vue des acteurs du droit constitutionnel de l'État parent attachés au *statu quo*, ce remplacement de la Constitution-acte unilatéral par un pacte constitutionnel conclu entre des nations constituantes sera sans doute taxé d'illégal. Sous l'angle plus externe de la sociologie du droit, on peut y voir une manifestation typique du phénomène de la « para-légalité⁹⁰ ». Il y va en effet d'une conception alternative du fondement juridique de l'État, portée par des mouvements et des élites nationalistes qui contestent le droit positif en vigueur en soulignant ses carences, ses injustices et son inadaptation à l'évolution de la société. Les promoteurs de cette légalité alternative ne se cantonnent pas dans un pur imaginaire juridique et dans une contestation morale. Ils sont assez puissants pour faire adopter effectivement des règles dans l'ordre juridique de leur collectivité fédérée et des interprétations du droit fédéral en vigueur qui pavent le chemin devant conduire à la révolution juridique qu'ils appellent de leurs vœux et qu'ils jugent foncièrement légitime.

Du point de vue plus doctrinal qui est le nôtre ici, celui de constitutionnalistes à la recherche d'un élargissement du droit constitutionnel propre à encadrer, sans préjugé, les revendications sécessionnistes, l'organisation du droit de demander la sécession ne peut reposer que sur une légalité et une légitimité toute particulière, celle d'un pouvoir trans-constituant qui cherche à concilier le droit constitutionnel de l'État parent avec les aspirations des nations infraétatiques. Formellement la procédure de révision de la Constitution de l'État parent serait respectée, mais

⁸⁷ D. HALJAN, préc., note 29, p. 257-260.

⁸⁸ Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 246 et suiv.

⁸⁹ C. PARENT, préc., note 68, p. 185 et suiv.

⁹⁰ Voir Hugues DUMONT, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer les mutations de certaines illégalités en sources formelles du droit », dans I. HACHEZ *et al.* (dir.), préc., note 17, p. 639.

elle conduirait à l'inscription dans cette Constitution d'une procédure permettant aux nations infraétatiques d'exprimer leurs préférences. Cette procédure devrait faire l'objet d'un accord entre les autorités de l'État parent investies du pouvoir de révision et lesdites nations. La légitimité du pouvoir trans-constituant tant aux yeux de la nation étatique que des nations infraétatiques est une condition de son efficacité. La sécession qui est susceptible de conduire à la disparition de l'État ou à la refondation de sa Constitution s'inscrit fatalement aux marges de la légalité. Pour que le cadre juridique qui l'organise soit efficace, la procédure qu'il prévoit doit être communément acceptée par les deux parties.

L'idée d'un pouvoir trans-constituant reposant sur une double légitimité suppose donc que les modalités de l'exercice du droit de demander la sécession soient réglées d'un commun accord entre l'État parent et la nation sécessionniste.

C'est la voie empruntée par le Royaume-Uni dans le cadre du référendum d'indépendance de l'Écosse du 18 novembre 2014. L'Accord d'Édimbourg règle des questions aussi essentielles que le fondement juridique du référendum, l'unicité de la question référendaire, l'organisation de la consultation avant la fin de l'année 2014 et le contrôle du processus référendaire par la commission électorale britannique⁹¹. Comme l'ont écrit Frédéric Bérard et Stéphane Beaulac, ce processus marque un « contraste évident avec les deux expériences au Canada et au Québec, où les autorités provinciales se sont toujours gardées, jalousement, l'exclusivité des décisions concernant la tenue d'un référendum sur la souveraineté, de

⁹¹ Le gouvernement écossais a néanmoins été tenté dans un premier temps par la voie de l'unilatéralisme lorsqu'il annonça en janvier 2012 son intention d'organiser un référendum (voir Stephen TIERNEY, « The Scottish Independence Referendum: A Model of Good Practice in Direct Democracy? », dans Alleen MCHARG, Tom MULLEN, Alan PAGE et Neil WALKER (dir.), *The Scottish Independence Referendum. Constitutional and Political Implications*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 57). L'année 2012 a été marquée par des mois de débats constitutionnels sur la compétence du Parlement écossais de légiférer sur le référendum d'indépendance. L'accord d'Édimbourg a mis fin à ces controverses. Comme l'écrit Andrew Tickell, cet accord a aussi privé la Cour suprême du Royaume-Uni d'une de ses affaires constitutionnelles historiques, comparable au *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (Andrew TICKELL, « The Technical Jekyll and the Political Hyde. The Constitutional Law and Politics of Scotland's Independence "Neverendum" », dans A. MCHARG, T. MULLEN, A. PAGE et N. WALKER (dir.), préc., note 91, p. 235).

même que le pouvoir de déterminer les modalités du processus référendaire, du libellé de la question à la majorité requise⁹²». Le propos peut être également adressé aux autorités fédérales qui, par la loi sur la clarté référendaire, ont tout autant revendiqué l'exclusivité des décisions sur cette question.

Si le droit constitutionnel du Royaume-Uni reconnaît la sécession et organise ses modalités par la voie législative, cette option est propre à un système juridique qui ne dispose pas de Constitution écrite⁹³. Ailleurs, le constitutionnalisme ne saurait admettre l'organisation par la loi d'un droit de demander la sécession que la Constitution proscribit ou ignore. C'est par un concept bien pensé de norme trans-constitutionnelle que l'on peut encadrer au mieux le processus sécessionniste en gérant les incontournables paradoxes que la louable volonté de constitutionnaliser ce processus engendre.

Supposons que nos lecteurs – et d'abord le premier auquel cette contribution est dédiée – aient consenti à suivre le raisonnement tenu jusqu'ici. Ils pourraient nous reprocher de n'avoir exploré que les principes sous-jacents à la constitutionnalisation du droit de demander la sécession. Nul n'ignore en effet que le diable se cache dans les détails. Il est donc temps d'évoquer au moins quelques-unes des conditions de mise en œuvre de ce droit.

V. Le droit de demander la sécession : du principe aux modalités

En consacrant un droit de demander la sécession, le pouvoir trans-constituant devra inévitablement démêler un certain nombre de nœuds liés aux modalités de ce droit, qu'elles soient directement réglées par la Constitution ou qu'elles soient élaborées par l'organe *ad hoc* qu'elle désigne. Dans les lignes qui suivent, nous ne proposons pas l'étude systé-

⁹² Frédéric BÉRARD et Stéphane BEAULAC, *Droit à l'indépendance*, Montréal, Éditions XYZ, 2015, p. 181.

⁹³ Comme l'observe Neil Walker, cette particularité donne à l'architecture constitutionnelle anglaise une flexibilité qui lui permet d'incorporer des arrangements politiques et des formes juridiques radicalement différentes. Ainsi une évolution de la pensée et de la pratique constitutionnelle a récemment permis une réinterprétation des implications de l'idée d'«*Union State*» sur laquelle reposent les dévolutions et les référendums d'autodétermination (N. WALKER, préc., note 11).

matique des questions à trancher⁹⁴. Nous n'en retenons que deux : celle du seuil de la majorité nécessaire pour considérer qu'une nation demande la sécession (A) et celle des contours de l'obligation de négocier (B).

A. La question du seuil de majorité dans les référendums d'indépendance

Souhaitant décourager la sécession en l'encadrant juridiquement, Daniel Weinstock défend la constitutionnalisation non d'un « droit simple » à la sécession – qui devrait « seulement » recueillir le soutien de la majorité absolue des votants –, mais d'un « droit qualifié », soumis notamment à une majorité renforcée⁹⁵. Si un positionnement favorable ou défavorable au droit de demander la sécession influence ainsi le soutien à des modalités particulières d'exercice de ce droit, il ne faut pas perdre de vue que la légitimité et l'efficacité d'une clause relative à la sécession supposent le soutien tant de l'État parent que de la nation infraétatique. Les groupes sécessionnistes peuvent à cet égard se montrer hostiles à une clause « robuste » de sécession qui, si elle leur ouvre le droit de demander la sécession, assortit ce dernier de conditions à ce point exigeantes qu'elle rend l'activation de cette clause illusoire⁹⁶.

Compte tenu de ce défi, il paraît extrêmement délicat d'envisager *in abstracto* des modalités d'exercice du droit de demander la sécession, sans les relier à ce que les minorités nationales et l'État auquel elles appartiennent pourraient accepter compte tenu du contexte politique qui leur est propre et de l'histoire de leurs relations.

Dans les quelques cas de sécessions constitutionnalisées, les seuils de participation et de majorité exigés pour valider le résultat du référendum varient fortement. S'agissant de l'indépendance du Monténégro, une majorité qualifiée de 55 % avait été exigée. Ce seuil fut atteint de justesse lors du référendum du 21 mai 2006 où le « oui » remporta 55,4 % des suffrages. Il s'accompagnait d'une exigence de participation d'au moins la moitié de l'électorat. Cette condition fut largement rencontrée puisque le taux de participation atteignit 86,3 %. Si le Monténégro avait d'emblée

⁹⁴ Pour un aperçu de ces questions, voir W. NORMAN, préc., note 26, p. 177-179.

⁹⁵ D. WEINSTOCK, préc., note 27.

⁹⁶ Stéphane COURTOIS, « En quel sens peut-on affirmer que l'avis de la Cour suprême sur la sécession du Québec "constitutionnalise" la sécession ? », (2014) *Revue québécoise de droit constitutionnel* 52.

prévu ce seuil de participation de 50 %, il envisageait initialement de soumettre le « oui » au référendum à une simple exigence de majorité absolue. Invitée à remettre un avis sur le projet de référendum des autorités monténégrines, la Commission de Venise jugea conforme aux normes internationales la condition de la participation de la majorité du corps électoral : « l'enjeu correspond probablement à la décision la plus importante qu'une communauté politique puisse prendre par la voie démocratique : son indépendance. Il faut donc que les citoyens s'impliquent le plus largement possible dans le règlement de la question⁹⁷ ». Tout en observant que seuls quelques pays européens exigent une majorité qualifiée, et qu'il n'était donc pas anormal que la loi référendaire monténégrine ne prévoyait aucune condition spéciale de majorité pour que l'indépendance l'emporte, la Commission de Venise répétait qu'il ne fallait pas perdre de vue que le référendum proposé porte sur la question majeure de l'indépendance du pays et notait que les règles les plus exigeantes au sujet de la majorité ont vocation à s'appliquer aux référendums d'autodétermination. Et de conclure : « Si, donc, l'absence de toute exigence d'un certain niveau d'appui en faveur d'un référendum sur l'indépendance n'est pas incompatible avec les normes internationalement reconnues, la Commission souligne néanmoins qu'il y a des raisons d'exiger un niveau supérieur à celui d'une simple majorité des suffrages exprimés car une telle condition peut être nécessaire pour assurer la légitimité du résultat d'un référendum⁹⁸ ».

S'agissant du référendum écossais de 2014, il est intéressant d'observer que le seuil de majorité ou de participation ne figure pas parmi les éléments réglés par l'accord d'Édimbourg. Pour les Écossais, la question allait de soi. Après l'échec du premier référendum de dévolution, les Écossais ne pouvaient admettre des conditions de majorités spéciales. Rappelons que le « oui » l'avait emporté lors du référendum du 1^{er} mars 1979 avec 51,6 % des suffrages, mais que le « oui » représentait 32,9 % de l'électorat (63,7 % des électeurs inscrits avaient participé au vote), bien en dessous du seuil de 40 % qui avait été fixé. Les Écossais eurent à attendre 1997 pour qu'un nouveau référendum de dévolution soit organisé. Deux questions étaient posées : la création d'un Parlement écossais et l'attribu-

⁹⁷ *Avis sur la compatibilité avec les normes internationales applicables de la législation en vigueur au Monténégro concernant l'organisation de référendums*, CDL-AD (2005) 041, par. 24.

⁹⁸ *Id.*, par. 36. Sur cette question, voir Julien CAZALA, « L'accession du Monténégro à l'indépendance », (2006) 52 *Annuaire français de droit international* 160, 169-171.

tion à ce Parlement d'un pouvoir fiscal. La première question a recueilli 74,3 % de votes favorables, la seconde 63,5 %. Le seuil qui avait posé problème en 1979, 40 % de « oui » calculés sur l'ensemble de l'électorat, n'a pas été appliqué à ce double scrutin. Compte tenu du taux de participation de 60,4 %, ce seuil aurait eu pour effet d'invalider le résultat à la seconde question (44,9 % de l'électorat en faveur du « oui » sur la création du Parlement écossais contre 38,4 % de « oui » sur le pouvoir de taxation). Du point de vue écossais, ces expériences ont fort probablement milité en faveur d'une majorité absolue pour le référendum de 2014⁹⁹.

Au Canada, la question est – on le sait – bien plus controversée. Dans son avis sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a mentionné l'exigence d'une « majorité claire » en précisant qu'elle l'entendait « au sens qualitatif. 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 reçu¹⁰⁰ ». Elle ajoutait que « seuls les acteurs politiques auraient l'information et l'expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l'autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient¹⁰¹ ». Ainsi, la Cour ne clarifie pas ce qu'elle entend par « majorité claire ». 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 laisse également la question ouverte¹⁰².

Majorité qualifiée, majorité absolue ou majorité indéterminée, la diversité des pratiques est manifeste. Le seuil à atteindre fait partie des questions qui doivent être négociées par les différentes parties dans le cadre d'un processus sécessionniste.

⁹⁹ F. BÉRARD et S. BEAULAC, préc., note 92, p. 178.

¹⁰⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 87.

¹⁰¹ *Id.*, par. 100.

¹⁰² « 2. (2). Dans le cadre de l'examen en vue de déterminer si une majorité claire de la population de la province a déclaré clairement qu'elle voulait que celle-ci cesse de faire partie du Canada, la Chambre des communes prend en considération :

a) l'importance de la majorité des voix validement exprimées en faveur de la proposition de sécession ;

b) le pourcentage des électeurs admissibles ayant voté au référendum ;

c) tous autres facteurs ou circonstances qu'elle estime pertinents ».

Si les réponses à de nombreuses questions liées aux modalités de la sécession dépendent ainsi des contextes nationaux par hypothèse très divers, il nous semble que sur l'obligation de négocier elle-même, il est permis de réfléchir à des règles communes qui en définissent le cadre et doivent donc s'imposer aux différentes parties prenantes.

B. Les contours de l'obligation de négocier

Tout au long de cette étude, nous avons pris soin d'utiliser l'expression « droit de demander la sécession » plutôt que « droit de sécession » ou « droit à la sécession ».

Derrière ce choix terminologique, nous voulions exprimer l'idée qu'une sécession juridiquement encadrée par une norme trans-constitutionnelle ne saurait être déclarée unilatéralement, mais doit faire l'objet de négociations préalables entre les représentants de l'État parent et ceux du groupe infraétatique. Les négociations doivent se tenir à la fois en amont lorsqu'il s'agit de déterminer les modalités par lesquelles ce groupe pourra exprimer clairement sa volonté de se séparer, mais aussi en aval pour définir les conditions de la sécession.

Nous suivons en cela à nouveau les enseignements de la Cour suprême du Canada dans son avis sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : « il 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 tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs politiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre¹⁰³ ».

Cette obligation de négocier découle de la conciliation des droits légitimes du Québec et du reste du Canada, et de l'articulation entre les principes constitutionnels fondamentaux identifiés par la Cour suprême. L'obligation est la conséquence « qu'aucun des droits ou principes en question ici n'est absolu et qu'aucun ne peut exclure les autres¹⁰⁴ ». Ainsi, la Cour affirme que « le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote dé-

¹⁰³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 153.

¹⁰⁴ *Id.*, par. 93.

mocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada¹⁰⁵ ».

À cet égard, un parallèle intéressant nous semble pouvoir être fait entre le raisonnement de la Cour suprême du Canada et la jurisprudence de la Cour internationale de justice sur l'obligation de négocier¹⁰⁶, en particulier de l'arrêt qu'elle a rendu le 25 juillet 1974 dans l'affaire *de la compétence en matière de pêche*. La juridiction a conclu que « la méthode la plus propre à résoudre le différend est de toute évidence celle de la négociation » afin de garantir le respect des droits respectifs des États concernés par le différend en sachant que « ni dans un cas, ni dans l'autre, il ne s'agit de droits absolus¹⁰⁷ ».

L'expression claire par une nation de sa volonté de demander la sécession crée une obligation de négocier de la part des deux parties. Cette obligation ne signifie pas qu'aux termes des négociations, la sécession doit obligatoirement intervenir. Comme l'observe la Cour suprême du Canada, les négociations iront au-delà « des détails logistiques de la sécession » et « personne ne peut prédire le cours que pourraient prendre de telles négociations. Il faut reconnaître la possibilité qu'elles n'aboutissent pas à un accord entre les parties¹⁰⁸ ». De manière encore plus explicite, elle précise : « les négociateurs devraient envisager la possibilité d'une sécession, sans qu'il y ait toutefois de droit absolu à la sécession ni

¹⁰⁵ *Id.*, par. 151.

¹⁰⁶ Voir sur ce thème, Martin A. ROGOFF, « The Obligation to Negotiate in International Law : Rules and Realities », (1994) 16 *Michigan Journal of International Law* 141.

¹⁰⁷ *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, [1994] C.I.J. Rec. 3, par. 71 :

« Les droits des deux Parties, à savoir les droits du Royaume-Uni de pêcher dans les eaux litigieuses et les droits préférentiels de l'Islande, doivent être dûment reconnus. Ni dans un cas, ni dans l'autre, il ne s'agit de droits absolus : les droits préférentiels d'un État riverain sont limités par le degré de sa dépendance spéciale à l'égard des pêcheries, ainsi que par son obligation de tenir compte des droits d'autres États et des nécessités de la conservation ; les droits établis d'autres États pratiquant la pêche sont à leur tour limités par la dépendance spéciale de l'État riverain à l'égard des pêcheries et par leur propre obligation de tenir compte des droits d'autres États, y compris ceux de l'État riverain, et des nécessités de la conservation ».

¹⁰⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 90 et 96.

certitude qu'il sera réellement possible de parvenir à un accord conciliant tous les droits et toutes les obligations en jeu. Il est concevable que même des négociations menées en conformité avec les principes constitutionnels fondamentaux aboutissent à une impasse¹⁰⁹ ».

Le droit de demander la sécession n'est donc pas à confondre avec un droit d'obtenir la sécession. Il s'agit d'une obligation de moyen à charge des deux parties, et non d'une obligation de résultat¹¹⁰. Mais prendre au sérieux cette obligation de négocier suppose qu'aucune partie ne refuse d'entrer en négociation. Comme la Cour internationale de justice l'affirme dans l'affaire *de la compétence en matière de pêche*, la négociation doit être menée de bonne foi¹¹¹. Dans une autre espèce où elle a dégagé une obligation de négocier, la célèbre affaire *du plateau continental de la mer du Nord* (arrêt du 20 février 1969), la Cour internationale de justice a déduit les obligations suivantes : « a) les parties sont tenues d'engager une négociation en vue de réaliser un accord et non pas simplement de procéder à une négociation formelle comme une sorte de condition préalable à l'application automatique d'une certaine méthode de délimitation faute d'accord ; les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification ; b) les parties sont tenues d'agir de telle sorte que, dans le cas d'espèce et compte tenu de toutes les circonstances, des principes équitables soient appliqués¹¹² ». Dans le même esprit, dans l'affaire *des réclamations consécutives à des décisions du Tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles* (sentence du 26 janvier 1972), un tribunal d'arbitrage a affirmé : « It means that both sides would make an effort, in good faith, to bring about a mutually satisfactory solution by way of a compromise, even if that meant

¹⁰⁹ *Id.*, par. 97.

¹¹⁰ Voir en ce sens l'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale du 15 octobre 1931 dans l'*Affaire trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*, (1931) C.P.J.I. (sér. A/B) n° 42, p. 107 : l'engagement des parties « n'est pas seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords. Cette manière de voir semble du reste avoir été aussi celle du Conseil lors de ses réunions subséquentes. Mais l'engagement de négocier n'implique pas celui de s'entendre ».

¹¹¹ *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, préc., note 107, par. 78.

¹¹² *Plateau continental de la mer du Nord*, [1969] C.I.J. Rec. 3, par. 85.

the relinquishment of strongly held positions earlier taken. It implies a willingness for the purpose of negotiation to abandon earlier positions and to meet the other side part way ».

Cette obligation de négocier de bonne foi portera en premier lieu sur l'identification de l'objet même des négociations dans l'hypothèse où une volonté de se séparer avait été clairement exprimée. Selon la Cour suprême du Canada, « les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités¹¹³ ». Quatre ans avant l'avis sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, José Woehrling avait fait l'exercice d'identifier les questions sur lesquelles de telles négociations porteraient *nécessairement*, et celles qu'elles pourraient chercher à régler¹¹⁴. Le Québec, comme toute entité demandant la sécession, devrait négocier avec l'État parent le transfert des compétences et de la souveraineté, les modalités de la succession d'États (partage de la dette, propriété des biens publics, succession en matière de traités...) et les relations bilatérales futures. Si les parties le souhaitent, un partenariat économique et des institutions politiques communes pourraient être mis en place. José Woehrling ajoutait des questions plus particulières à la situation du Québec et du Canada, qui ne se retrouveraient pas nécessairement dans d'autres processus sécessionnistes. Étaient évoqués les droits des minorités linguistiques du Canada et du Québec ainsi que les droits des peuples autochtones du Québec qui soulevaient des difficultés particulières étant donné que les peuples autochtones « tendent à considérer le gouvernement fédéral comme leur interlocuteur privilégié¹¹⁵ ».

Conclusion

On ne saurait clore cette contribution sans poser la question qu'inévitablement elle suscite, d'autant plus que nous savons combien celui à qui nous avons voulu rendre hommage y est sensible. Jusqu'où le droit

¹¹³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 151.

¹¹⁴ J. WOEHLING, préc., note 43, p. 109 et 110.

¹¹⁵ *Id.*, p. 110.

peut-il ou doit-il se saisir de la politique ? On peut esquisser une réponse en méditant sur une des fonctions primordiales du droit que le philosophe du droit François Ost souligne amplement dans un ouvrage récent. Le droit a potentiellement pour vertu d'instituer une « scène tierce¹¹⁶ » en procurant une « médiation entre la force et le bien¹¹⁷ », entre des rapports de force et des impératifs éthiques. Or la politique est précisément sous-tendue par les uns et les autres. Cette notion de médiation est riche de significations. Elle implique d'abord qu'« il appartient au droit de ménager ses propres limites, en ne prétendant jamais ni se passer du pouvoir, ni épuiser l'exigence éthique¹¹⁸ ». La doctrine à laquelle on a tenté ici très modestement de contribuer est parfaitement consciente de cet avertissement. De toute évidence, mais il faut néanmoins le souligner pour éviter tout malentendu, le droit constitutionnel ne pourrait prétendre traiter le phénomène des sécessions à l'aide de ses seules ressources propres. Non seulement parce que le droit international demeure en permanence au-dessus et à la lisière de ce que le droit constitutionnel peut prescrire, mais aussi et surtout parce que s'il y a bien un phénomène profondément pétri de rapports de force et d'aspirations éthiques, c'est celui des sécessions.

Qu'est-ce que les normes constitutionnelles que l'on a cherché ici à construire, dans le prolongement et au-delà du cas canadien, peuvent alors apporter, dans la conscience et sous la menace de ces limites ? C'est précisément cette « scène tierce » entre les rapports de force politiques et l'éthique. Les composantes cardinales de cette scène peuvent être récapitulées comme suit : un renoncement à la violence ; une référence à des principes – la démocratie et l'État de droit – en partie indisponibles parce que leur mise en relation dialectique conduit à des exigences et des implications qui ne se laissent pas totalement manipuler par les acteurs politiques en présence et parce que ces exigences peuvent faire office de commune mesure pour ces acteurs, aussi antagonistes soient-ils ; d'où des accords entre ceux-ci, malgré leur inégalité de statut au regard du droit constitutionnel de l'État parent, et des procédures fondées sur ces accords ; enfin, un appel à la bonne foi des uns et des autres. Cette scène est aussi techniquement « tierce », en ce qu'elle institue un pouvoir trans-constituant qui ne se réduit ni au pouvoir constituant de l'État parent menacé par la sécession ni au pouvoir constituant revendiqué par la nation

¹¹⁶ F. OST, préc., note 6, p. 266 et suiv., 348 et suiv. et 559.

¹¹⁷ *Id.*, p. 398.

¹¹⁸ *Id.*, p. 399.

virtuellement sécessionniste. Une telle scène publique devrait avoir à nos yeux pour vertu d'encadrer et de légitimer en droit des décisions constituantes ou dé-constituantes, de rupture, de fondation ou de refondation.

Dira-t-on qu'en cherchant à passer du « cas » canadien auquel José Woehrling nous a initiés à la règle, ou du moins à quelques règles, nous nous sommes aventurés dans une utopie constitutionnelle dangereuse ou naïve ? C'est possible. Le cas est l'événement imprévu ou exceptionnel qui « pose question, déjoue une attente, et appelle donc un cadre nouveau susceptible de redéfinir la normalité et les exceptions¹¹⁹ ». Dans la mesure où l'interdiction constitutionnelle de la sécession relevait initialement dans notre esprit de l'évidence, l'avis de la Cour du suprême du Canada sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, commenté par José Woehrling avec à la fois l'acuité et le sens de la mesure qui caractérisent ses écrits, a représenté pour nous un tel « événement ». Nous n'avons donc fait que répondre à l'appel que cet avis hors norme et son commentaire ont fait résonner dans la communauté des constitutionnalistes, avec tous les risques que comporte l'exercice d'imagination juridique sans lequel la doctrine, tout comme la jurisprudence¹²⁰, ne saurait passer, précisément, du cas à la règle.

¹¹⁹ Jean-Claude PASSERON et Jacques REVEL, « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités », cité par *id.*, p. 511.

¹²⁰ Pour ce qui concerne celle-ci, voir F. OST, préc., note 6, p. 508 et suiv.