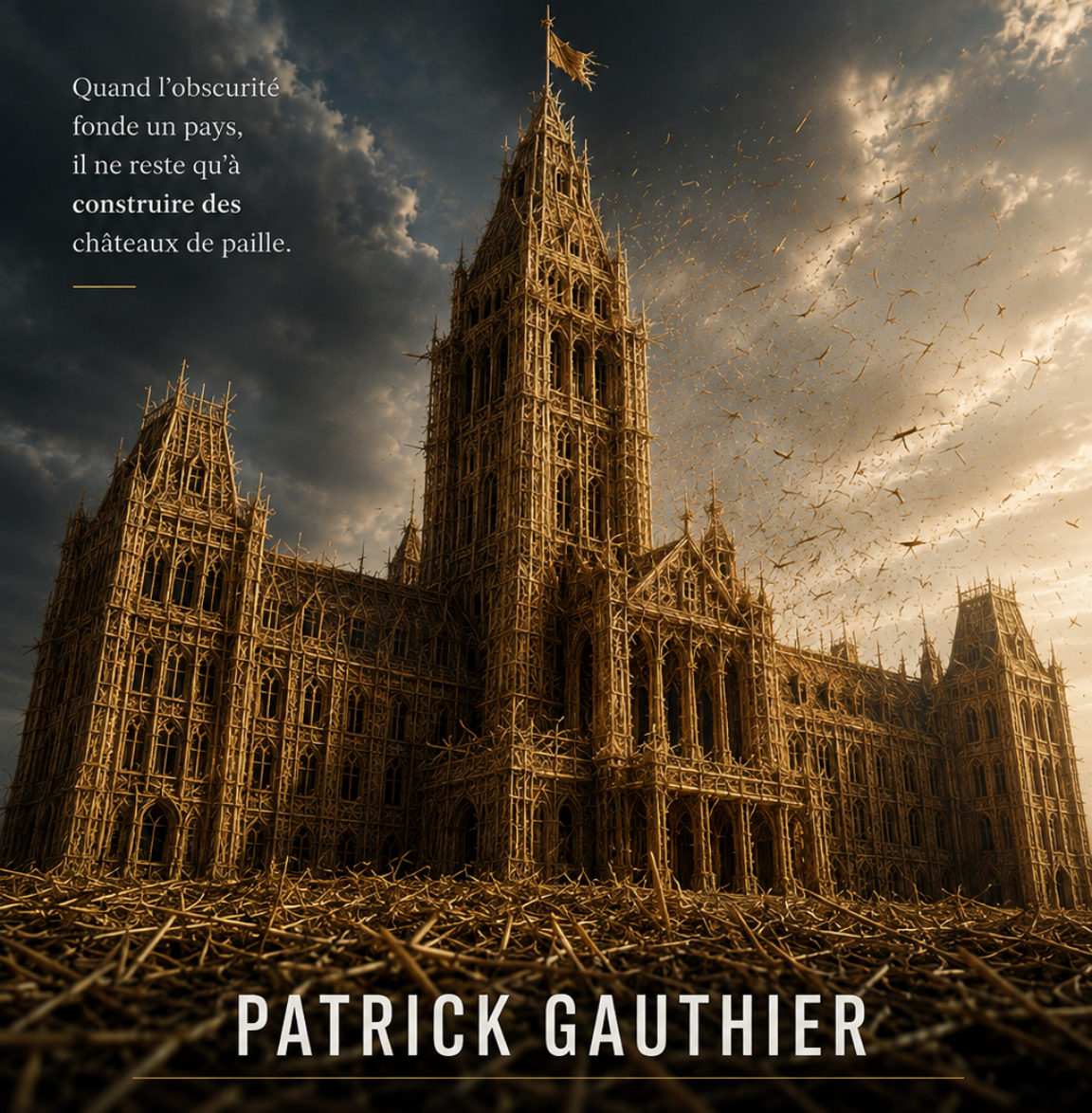


ESSAI

un château de paille

DE LA CLARTÉ CONSTITUANTE

Quand l'obscurité
fonde un pays,
il ne reste qu'à
construire des
châteaux de paille.



PATRICK GAUTHIER

UN CHÂTEAU DE PAILLE

De la clarté constituante

PARTIE I — LA FORCE NE CRÉE PAS LE DROIT

CHAPITRE 1 — MONTREZ LE CONTRAT

Montrez le contrat. Pas le parchemin. Pas la signature d'un ancêtre au bas d'une feuille jaunie. Pas une fiction où chaque génération serait appelée chez le notaire pour renouveler son abonnement à l'État. Ce serait trop facile à réfuter, et ce n'est pas la question. Montrez le mécanisme. Par quel acte, quelle procédure, quelle représentation, quelle suite d'événements ou quel processus cumulatif une autorité politique supérieure devient-elle l'autorité de ceux qu'elle gouverne? Qui l'autorise? À quoi consent-on exactement? Et surtout : que peut produire un refus? Voilà le contrat que je cherche.

Le mot « contrat » est donc une provocation, pas une confusion de catégories. Un État n'est pas une compagnie de téléphone. Un peuple n'est pas une collection de clients et la souveraineté n'est pas un service que l'on résilie par courrier recommandé. L'analogie n'a qu'une fonction : obliger celui qui revendique une autorité à nommer son titre. En droit privé, en droit public, dans une assemblée ou dans une institution, nous distinguons sans cesse le pouvoir d'agir de l'autorisation d'agir. Ici, l'objet est plus vaste, mais la question ne devient pas absurde parce qu'elle est vaste. Au contraire. Plus une autorité prétend décider profondément — lever l'impôt, faire la loi, modifier les règles fondamentales, répartir les compétences, parler au nom de la collectivité — plus il est légitime de demander d'où lui vient ce pouvoir supérieur.

Le Canada existe. Il gouverne. Il légifère. Il taxe. Il juge. Il organise des élections. Il fournit des services. Il protège des droits. Il répartit des compétences entre Ottawa et les provinces. Il peut être critiqué, réformé, amendé. Des millions de citoyens participent à ses institutions sans avoir le sentiment de vivre sous une occupation étrangère. Tout cela compte. Mais tout cela répond-il à la même question? Non. C'est précisément là que commence le procès.

Exister n'est pas être autorisé

Un pouvoir de fait est un pouvoir qui s'exerce. Il peut faire appliquer ses décisions, lever des impôts, administrer un territoire, maintenir des tribunaux et faire respecter des lois. L'effectivité dit quelque chose de très important : le pouvoir est réel. Elle ne dit pas encore pourquoi il a le droit d'être le pouvoir supérieur.

La légalité répond à une autre question. Une décision est légale lorsqu'elle est prise selon les règles de l'ordre juridique qui la gouverne. Une loi peut être valide. Une constitution peut être juridiquement en vigueur. Un tribunal peut être compétent. Une procédure peut avoir été respectée. La légalité compte elle aussi. Beaucoup. Mais elle ne peut pas, à elle seule, résoudre la question du titre, parce qu'un ordre juridique produit précisément les règles selon lesquelles il se déclare valide. Dire « cette autorité est légitime parce qu'elle est légale » peut devenir un cercle si la question posée porte sur la source de l'autorité qui fait la loi.

Il faut donc distinguer au moins trois choses. Premièrement, l'effectivité : qui exerce réellement le pouvoir? Deuxièmement, la légalité : selon quelles règles ce pouvoir s'exerce-t-il?

Troisièmement, le titre constituant : par quelle autorisation l'ordre supérieur prétend-il fixer les règles fondamentales de la relation politique? Ces trois questions peuvent recevoir la même réponse. Elles peuvent aussi ne pas la recevoir au même moment.

Un régime peut être pleinement effectif et juridiquement valide tout en portant une histoire compliquée de fondation. Il peut ensuite se démocratiser, reconnaître des droits, distribuer des pouvoirs, créer des recours et devenir infiniment plus habitable que l'ordre qui l'a précédé. Ces transformations sont réelles. Elles ne sont pas des décorations. Elles peuvent fonder une légitimité démocratique et institutionnelle considérable. Mais si l'on affirme qu'elles ont aussi produit une autorisation constituante du pouvoir supérieur, il faut montrer comment. Pas l'affirmer. Le montrer.

La démocratie d'exercice n'est pas rien

Il faut éviter ici une sottise symétrique à celle que je veux combattre. On pourrait dire : puisque le titre constituant est en question, toutes les élections canadiennes ne valent rien, les institutions ne valent rien, les droits ne valent rien, la participation ne vaut rien. Ce serait faux. La démocratie d'exercice est une réalité.

Lorsqu'un gouvernement est élu, qu'il peut être battu, que des partis s'opposent, que des citoyens votent, contestent, plaident, manifestent, gagnent devant les tribunaux, changent des lois et gouvernent à leur tour, il existe une légitimité politique réelle dans l'exercice du pouvoir. Elle n'est pas imaginaire sous prétexte qu'une question plus ancienne demeure ouverte. Le Canada contemporain ne se réduit pas à une armée britannique qui aurait simplement oublié de repartir. Ce serait une caricature historique et une paresse intellectuelle.

Des institutions ont été construites. Des pouvoirs ont été transférés. Des espaces d'autonomie ont été créés. Le fédéralisme canadien est réel. L'autonomie politique du Québec est réelle. Les droits constitutionnels sont réels. Les bénéfices matériels et institutionnels sont réels.

L'attachement de nombreux Québécois au Canada est réel aussi. Le procès que j'ouvre ne consiste donc pas à demander : « Le Canada est-il mauvais? » Ce serait une question d'enfant.

La question est plus étroite et plus difficile : qu'est-ce qui, parmi toutes ces réalités, établit le titre constituant de l'autorité supérieure à l'égard du Québec? Une chose peut être bonne sans être une autorisation. Une institution peut être utile sans être une ratification. Une autonomie peut être vaste sans prouver que celui qui l'exerce a constitué l'ordre qui en fixe les limites.

Un droit peut être précieux sans signer rétroactivement l'acte de fondation de l'autorité qui le garantit. Les progrès comptent. Il faut seulement leur faire dire ce qu'ils disent. Pas davantage. Participer, est-ce ratifier? C'est ici qu'arrive l'objection la plus sérieuse. Elle dit ceci : vous cherchez un acte de consentement trop pur. Les États ne naissent presque jamais d'un contrat limpide. Ils se construisent. Ils durent. Les citoyens y participent. Les institutions changent. Les générations successives votent, gouvernent, contestent, profitent des droits, élisent des représentants au parlement fédéral comme au parlement provincial. Avec le temps, cette participation constitue une forme d'acceptation. La légitimité peut être cumulative.

Cette objection mérite mieux qu'un haussement d'épaules. Elle est forte. Une société politique n'est pas une entreprise privée. On ne peut pas exiger de chaque citoyen une signature individuelle. On ne peut pas tenir une constitution pour nulle parce qu'un arrière-grand-père n'a pas reçu un formulaire. La représentation peut être constituante. Un accord peut être négocié. Une convention peut autoriser. Un référendum peut décider. Un ensemble d'actes successifs peut, en principe, produire une refondation. Même la durée et l'appropriation progressive d'un ordre peuvent avoir un poids politique. Je n'exige donc pas un moment magique.

J'exige une règle de transformation. Si la participation répétée devient consentement constituant, à quel titre? Si l'autonomie provinciale devient coautorité sur l'ordre supérieur, par quel mécanisme? Si la durée produit une prescription politique, quel est son seuil? Quelles sont

ses conditions? Comment celui qui refuse sait-il qu'en continuant de vivre, de voter, de payer ses impôts ou d'utiliser les tribunaux, son comportement sera interprété comme une ratification?

Si la possibilité de modifier la Constitution prouve que les gouvernés sont coauteurs de l'ordre, quels pouvoirs possèdent-ils réellement sur la relation fondamentale elle-même? La théorie cumulative est possible. Mais le mot « cumulatif » n'est pas une machine à transformer des catégories. Additionner des élections, des services publics, des compétences provinciales, des chartes de droits, des décennies de stabilité et des procédures de modification ne produit pas automatiquement un consentement constituant, pas plus qu'une pile de reçus ne devient un acte de vente parce qu'elle est épaisse. Si le cumul change la nature du titre, il faut expliquer la conversion. C'est le cœur du problème.

L'obéissance ne suffit pas

Un ordre politique obtient presque toujours une forme d'obéissance. On paie ses impôts. On respecte les jugements. On renouvelle son permis. On vote aux élections qu'il organise. On utilise ses écoles, ses routes, ses hôpitaux, ses tribunaux. Souvent, on le fait volontairement. Souvent aussi, on le fait parce qu'il n'existe pas d'alternative pratique immédiate. L'obéissance est donc ambiguë. Elle peut exprimer l'adhésion. Elle peut exprimer l'habitude. Elle peut exprimer la prudence. Elle peut exprimer la simple reconnaissance d'un fait : c'est ici que se trouve le pouvoir.

On ne peut pas choisir une seule de ces significations et la projeter sur tout le monde pendant deux siècles. Surtout, il y a une difficulté logique. Si l'utilisation du système prouve son acceptation, comment conteste-t-on le système sans sortir d'abord du système? Celui qui vote ratifie. Celui qui ne vote pas abandonne sa voix. Celui qui se présente à une élection ratifie. Celui qui saisit un tribunal ratifie. Celui qui paie ses impôts ratifie. Celui qui refuse de les payer est sanctionné. À ce compte, le régime gagne toujours.

La participation devient un piège sémantique : quoi que vous fassiez à l'intérieur du cadre, votre conduite prouve que vous avez accepté le cadre. Ce n'est pas impossible comme théorie politique. Mais c'est une théorie qui doit être défendue, précisément parce qu'elle rend le refus presque intraduisible. Participer n'est pas nécessairement ratifier. Pour transformer l'usage d'un système en consentement constituant, il faut montrer la règle qui produit cette transformation.

Le refus doit vouloir dire quelque chose

Un consentement dont le refus ne peut produire aucune conséquence est un étrange consentement. Cela ne signifie pas qu'un peuple doit posséder un veto permanent sur chaque loi, chaque budget, chaque tribunal ou chaque décision du gouvernement. Une société où chacun peut retirer son consentement à chaque feu rouge n'est pas une société politique. C'est un stationnement après un spectacle. La question du refus se pose à un autre niveau.

Lorsqu'une relation politique fondamentale prétend être créée, refondée ou autorisée, les sujets concernés doivent pouvoir comprendre ce qui leur est proposé et leur refus doit avoir une conséquence intelligible sur cette proposition. L'objet doit être identifiable. Les sujets doivent l'être aussi. Le mandat de ceux qui parlent en leur nom doit pouvoir être défendu. La capacité de définir la relation doit être réelle, et non limitée à choisir la couleur des rideaux pendant que quelqu'un d'autre possède la maison. Le consentement ou le refus doit porter sur l'objet qu'on prétend ensuite avoir autorisé.

Et si l'on attribue à l'acte un effet constituant, cet effet doit être démontré. Aucun de ces critères n'est magique. Ils forment ensemble une question simple : les gouvernés deviennent-ils, d'une manière politiquement défendable, les auteurs ou les autorisateurs des règles fondamentales

qui les gouvernent? Voilà le seuil que je veux tester. Il n'est pas une règle du droit positif canadien. Il est le test normatif de cet essai. Et il est falsifiable.

Un test qui peut perdre

Un test conçu uniquement pour condamner le Canada ne vaudrait rien. Si je définissais le consentement de manière à exiger une cérémonie qui n'a jamais existé, puis que je triomphais de ne pas la trouver, le procès serait truqué avant l'ouverture de la salle. Ce n'est pas le test. L'autorisation peut être représentative. Elle peut être négociée. Elle peut être référendaire. Elle peut être conventionnelle. Elle peut être hybride. Elle peut être cumulative. Elle peut résulter d'un acte identifiable ou d'une séquence d'actes. Le Canada aura donc toutes ses chances.

Si 1867 fournit le titre, il faudra le reconnaître. Si la démocratisation ultérieure le fournit, il faudra le reconnaître. Si 1982 le fournit, il faudra le reconnaître. Si les référendums, les mécanismes de modification, l'autonomie provinciale, la participation répétée ou la combinaison de tous ces éléments le fournissent, il faudra le reconnaître. La thèse doit pouvoir perdre. Autrement, ce n'est pas une démonstration. C'est une pancarte. Mais l'exigence fonctionne dans les deux sens. On ne peut pas demander à celui qui conteste l'ordre de produire un refus clair, daté, majoritaire, juridiquement intelligible, puis permettre à l'ordre de produire son propre consentement par évaporation : un peu de durée ici, un peu de participation là, une élection, une réforme, quelques droits, beaucoup d'habitude, et voilà soudain un OUI constituant que personne n'a eu besoin de formuler.

Le même sérieux doit gouverner les deux côtés. Si vous affirmez le consentement, montrez ce qui consent. Montrez à quoi. Montrez par quel mécanisme. Montrez avec quel effet. C'est cela, « montrez le contrat ».

Le Canada n'est pas au banc des accusés pour exister

Il faut encore enlever une confusion. Je ne cherche pas à démontrer que le Canada n'existe pas juridiquement. Il existe. Je ne cherche pas à démontrer que toutes ses institutions sont invalides. Elles ne le sont pas. Je ne cherche pas à nier sa reconnaissance internationale, son ordre constitutionnel, ses élections, ses tribunaux ou sa capacité de gouverner. Ce procès n'est pas un tour de prestidigitation où l'on ferait disparaître un pays avec un sophisme. Il porte sur une proposition plus précise : le titre supérieur du Canada à l'égard du Québec a-t-il été librement autorisé d'une manière que l'on peut identifier et défendre?

La réponse n'est pas encore donnée. Elle ne doit surtout pas être donnée au chapitre 1. L'histoire va entrer au dossier. La conquête. Les lois impériales. La transformation progressive des institutions. 1867. Le gouvernement responsable. Le fédéralisme. 1982. Les tentatives de réforme. Les référendums. La durée. La participation. La révisabilité. Tout sera compté. Tout ce qui renforce le titre canadien sera compté. Tout ce qui l'affaiblit sera compté aussi. Et si le mécanisme d'autorisation apparaît, il faudra arrêter de chercher. C'est la règle minimale d'un procès qui veut mériter son verdict.

Le fardeau de preuve

Il reste une question : pourquoi demander au Canada de produire ce titre? Pourquoi ne serait-ce pas au Québec de prouver qu'il n'a jamais consenti? Parce que la proposition examinée est positive. Si l'on affirme qu'une autorité supérieure est autorisée à gouverner une relation politique fondamentale, il est raisonnable de demander par quoi cette autorisation est établie. Le fardeau n'est pas : « prouvez que le Canada est mauvais ». Le fardeau n'est pas : « prouvez que chaque Québécois a signé ». Le fardeau n'est même pas : « trouvez un document unique ».

Le fardeau est : si vous affirmez le consentement, montrez ce qui consent, à quoi, et par quel mécanisme. C'est une exigence étonnamment ordinaire. Dans la vie institutionnelle, nous distinguons constamment le sujet, l'objet, le mandat, la procédure et l'effet. Un élu reçoit un mandat déterminé. Un tribunal possède une compétence déterminée. Une loi produit des effets déterminés. Une délégation de pouvoir a une portée. Une majorité décide une proposition. Un contrat autorise certaines choses, pas toutes les choses imaginables. Plus l'effet juridique ou politique est important, plus nous devenons attentifs à l'autorisation.

Puis, devant l'autorisation la plus vaste — le pouvoir de fixer les règles fondamentales de la relation — nous serions soudain invités à nous satisfaire d'une impression générale. Peut-être que cette impression générale suffit. Peut-être que deux siècles de participation, de démocratie, de fédéralisme et de transformation ont réellement produit un nouveau titre. Mais « peut-être » n'est pas « démontré ». Et « tout le monde vit avec » n'est pas encore une théorie constituante.

Ce qui est désormais établi

À la fin de ce premier chapitre, très peu de choses doivent être déclarées gagnées. C'est volontaire. Un ordre politique peut être effectif sans que son effectivité établisse son titre. Il peut être légal sans que sa légalité réponde, par elle-même, à la question de l'autorisation constituante. Il peut être profondément démocratique dans son fonctionnement et posséder une légitimité d'exercice réelle sans que cette qualité suffise, à elle seule, à démontrer comment l'autorité supérieure a été constituée. La participation peut être un élément de légitimation. Elle n'est pas automatiquement une ratification.

La durée peut compter. Elle n'est pas automatiquement une prescription constituante. L'autonomie peut être immense. Elle n'est pas automatiquement l'autorisation de l'ordre qui en fixe les frontières. La possibilité de réforme peut être précieuse. Elle n'est pas automatiquement la preuve d'un consentement antérieur. Et l'absence de preuve d'un consentement ne devient pas, par magie inverse, la preuve d'un complot, d'une fraude ou d'une illégitimité totale. Le titre est une question distincte. C'est tout. Mais c'est déjà beaucoup, parce qu'une fois les catégories séparées, l'histoire ne peut plus changer de réponse en changeant discrètement de question.

Le Canada existe, gouverne, légifère et tient des élections. Tout cela établit beaucoup. Il reste à montrer comment le pouvoir a été acquis — et où, ensuite, son titre a changé de nature.

CHAPITRE 2 — LA CONQUÊTE

Commençons par accorder à la conquête ce qu'elle a réellement produit. La Grande-Bretagne a gagné la guerre en Amérique du Nord. Québec capitule en 1759. Montréal capitule en 1760. Le Canada de la Nouvelle-France passe sous administration britannique. Puis, en 1763, le Traité de Paris transforme le fait militaire en cession internationale : la Couronne de France cède le Canada à la Couronne de Grande-Bretagne. Ce n'est pas rien. Ce n'est pas une fiction. Ce n'est pas non plus un trou juridique qu'il faudrait remplir deux siècles et demi plus tard avec de l'indignation.

Dans l'ordre international de l'époque, la guerre, la capitulation et le traité pouvaient transférer la souveraineté territoriale entre puissances. Le droit du XVIII^e siècle ne demandait pas aux habitants d'une colonie d'organiser un référendum avant qu'un roi puisse céder un territoire à un autre roi. Reprocher au Traité de Paris de ne pas respecter une procédure démocratique inventée bien après lui serait un anachronisme. Accordons donc le point, entièrement.

La conquête explique comment le pouvoir britannique s'établit. Le traité explique comment la France renonce à son titre et comment la Grande-Bretagne consolide le sien dans le droit interétatique de l'époque. Première question réglée. La seconde commence exactement là.

Parce qu'un pouvoir peut changer légalement de mains sans que les populations gouvernées aient choisi ce changement. La transmission du pouvoir entre souverains et l'autorisation politique donnée par les gouvernés sont deux événements différents. Ils peuvent un jour se rejoindre. Ils ne se confondent pas par magie. Le problème de ce livre n'est donc pas de nier 1763. Il est de demander ce que 1763 prouve. Et surtout ce qu'il ne prouve pas.

Ce que la conquête établit

Une conquête est d'abord un fait brutalement simple : l'un des belligérants peut imposer sa volonté à l'autre parce qu'il a remporté la lutte militaire. Il n'est pas nécessaire d'ajouter de psychologie à cette phrase. Nous n'avons pas à deviner l'âme des généraux, les arrière-pensées des ministres ou les intentions futures d'un pays qui n'existe pas encore sous sa forme contemporaine. Il suffit de regarder la chaîne des actes.

Après la bataille de Québec, la ville capitule. L'année suivante, la capitulation de Montréal marque la fin de la résistance militaire française organisée dans la colonie. L'autorité britannique devient effective. Pendant la période qui mène au règlement définitif de la guerre, une administration militaire gouverne le territoire conquis. C'est le premier niveau du titre : l'effectivité. Qui commande? Les Britanniques. Qui peut faire exécuter ses décisions? Les Britanniques. Qui détient matériellement le territoire central de l'ancienne colonie française? Les Britanniques. Sur ce terrain, la réponse n'est pas controversée. Mais l'effectivité ne dit encore rien, à elle seule, de l'origine politique de l'obligation d'obéir. Un pouvoir peut être parfaitement capable de donner des ordres sans que ceux qui les reçoivent en soient devenus les auteurs. C'est même la différence la plus élémentaire entre vaincre quelqu'un et convaincre quelqu'un.

La capitulation règle la première chose. Elle ne fabrique pas la seconde. Les habitants ne cessent pas d'avoir une volonté politique parce qu'une armée a perdu. Ils se trouvent simplement placés sous une nouvelle autorité de fait, qui est en train de devenir une autorité de droit dans l'ordre impérial et international de l'époque. Il faut tenir ces deux idées ensemble. Si on ne garde que la première, on transforme toute victoire militaire en consentement. Si on ne garde que la seconde, on nie stupidement les effets juridiques et politiques réels de la conquête.

La discipline consiste à ne voler aucune conclusion à la catégorie voisine. La force produit ici un changement de maître. Elle ne contient pas, dans son mécanisme même, un acte par lequel les gouvernés déclarent : désormais, cette autorité est la nôtre parce que nous l'avons constituée.

Ce que le traité règle

Le Traité de Paris de 1763 est plus intéressant encore, parce qu'il permet de voir la distinction presque à nu. Son article IV organise la cession du Canada. La France renonce à ses prétentions et cède à la Grande-Bretagne le Canada avec les attributs de souveraineté, de propriété, de possession et les droits qu'elle y détenait. Le texte traite également du sort des habitants : pratique de la religion catholique dans les limites du droit britannique, possibilité pour certains de partir, disposition des biens. Le document est donc précis sur son objet.

Il met fin à la guerre entre puissances et règle une transmission de souveraineté entre Couronnes. Les parties sont identifiables. La France cède. La Grande-Bretagne reçoit. Les habitants apparaissent dans le traité comme une population dont certaines conditions sont réglées. Ils n'y apparaissent pas comme un corps constituant appelé à ratifier la cession. Encore une fois : ce constat n'annule pas le traité. Il le décrit.

Le traité n'avait pas besoin, selon le droit de l'époque, de devenir une assemblée constituante pour être un traité valide. On ne gagne rien à lui demander d'être ce qu'il ne prétendait pas être.

Mais on ne gagne rien non plus à lui attribuer rétroactivement une fonction qu'il n'a pas remplie. Il produit un titre interétatique. Il ne produit pas, par le seul fait de la cession, une autorisation constituante des gouvernés. Cette conclusion doit rester bornée. Elle ne prétend pas résumer les relations distinctes entre la Couronne britannique et les nations autochtones, dont certaines sont encadrées par leurs propres traités et alliances. Ces relations ne se déduisent ni de la capitulation française ni du Traité de Paris et doivent être examinées selon leurs instruments propres.

Cette séparation est décisive parce qu'elle empêche deux tours de passe-passe opposés. Le premier consiste à dire : puisque les habitants n'ont pas consenti, le Traité de Paris était donc juridiquement nul. C'est faux. Ce n'est pas ainsi que le droit international de l'époque fonctionnait. Le second consiste à dire : puisque le Traité de Paris était juridiquement valide, les habitants ont donc consenti à l'autorité qui en résulte. C'est faux aussi. La validité d'un acte entre souverains ne transforme pas les habitants en signataires imaginaires.

Un document peut être parfaitement valide dans la catégorie juridique à laquelle il appartient et ne pas répondre à une question qui appartient à une autre catégorie. C'est exactement ce qui se passe ici. Le traité explique le titre britannique contre la France. Il ne clôt pas la question du titre britannique à l'égard des gouvernés.

L'objection de l'anachronisme

À ce point de l'argument, l'objection la plus forte arrive naturellement. Elle dit ceci : vous imposez au XVIII^e siècle une conception démocratique du consentement qu'il ne connaissait pas. Les monarchies européennes se faisaient la guerre, concluaient des traités, cédaient des territoires et gouvernaient des sujets. La souveraineté populaire n'était pas la condition juridique de validité de ces transferts. Exiger aujourd'hui une ratification populaire de 1763 revient à modifier les règles après la partie. L'objection est sérieuse. Et sa première moitié est juste.

Nous ne pouvons pas déclarer illégal un transfert du XVIII^e siècle simplement parce qu'il n'a pas pris la forme que nous préférons aujourd'hui. Nous ne pouvons pas faire comparaître George III devant une loi référendaire du XXI^e siècle. Nous ne pouvons pas traiter l'absence d'un mécanisme qui n'était pas requis comme la preuve d'une irrégularité juridique. Mais cette concession produit exactement l'effet inverse de celui qu'on lui fait parfois porter. Dire que le consentement populaire n'était pas requis ne signifie pas qu'il a eu lieu. Cela signifie qu'il n'était pas une condition du titre que le droit de l'époque reconnaissait entre puissances.

La différence est énorme. Si une règle juridique ne demande pas X, le fait qu'un acte soit valide sous cette règle ne prouve pas X. Il prouve seulement que X n'était pas nécessaire à cette validité. Le Traité de Paris peut donc être valide sans vote populaire. La conquête peut donc produire un changement de souveraineté reconnu sans autorisation des habitants. Et nous pouvons reconnaître ces deux propositions sans contradiction.

L'anachronisme consisterait à utiliser notre norme contemporaine pour effacer la légalité historique de la cession. Ce livre ne le fait pas. Mais l'anachronisme inverse serait tout aussi étrange : transformer après coup une cession dynastique en acte de souveraineté populaire, comme si les populations de 1763 avaient fait quelque chose que personne ne leur avait demandé de faire et qu'aucun document ne les montre en train de faire. Il faut laisser le passé être le passé. Justement. En 1763, une puissance cède un territoire à une autre puissance selon les règles de son temps. C'est beaucoup. Ce n'est pas un référendum caché.

Deux colonnes qu'il ne faut plus mélanger

On pourrait résumer le problème avec deux colonnes. Dans la première : transmission du pouvoir. Victoire militaire. Capitulations. Administration de conquête. Traité entre puissances. Cession. Reconnaissance d'une nouvelle souveraineté impériale. Dans la seconde : autorisation des gouvernés. Qui a été consulté? Quel corps politique a été appelé à décider? Sur quel objet? Par quel mécanisme? Avec quelle possibilité de refuser? Quelle conséquence aurait eu ce refus? Pour la période de la conquête et de la cession, la première colonne est pleine. La seconde ne l'est pas. Cette asymétrie n'a rien de mystérieux. Elle correspond au type de régime et au type de droit de l'époque. Les empires ne se constituaient pas en demandant aux peuples conquis de rédiger les conditions de leur conquête.

C'est précisément pourquoi la conquête ne peut pas servir de réponse à la question du consentement. Elle répond à une autre question. Elle répond à : comment l'autorité britannique est-elle arrivée ici? Par la guerre, la capitulation et la cession. Elle ne répond pas à : quand cette autorité est-elle devenue l'œuvre politique libre des populations qu'elle gouvernait? Ce second problème reste ouvert. Et il doit rester ouvert. Parce que fermer le dossier en 1760 serait aussi peu sérieux que le fermer en 1763.

Dire « tout vient de la conquête, donc tout est illégitime pour toujours » serait une manière très confortable de ne plus avoir à lire l'histoire. Les réformes ultérieures ne compteraient pas. Les assemblées élues ne compteraient pas. Le gouvernement responsable ne compterait pas. La Confédération ne compterait pas. Les transformations démocratiques ne compteraient pas. Deux siècles et demi d'institutions seraient réduits à une note en bas de page sous les plaines d'Abraham. Ce serait une mauvaise thèse. Une origine violente n'interdit pas une refondation ultérieure.

Un pouvoir né de la force peut acquérir plus tard une autre source d'autorisation. Une population conquise peut devenir, par des institutions, des décisions et des procédures qu'il faut examiner, l'auteur d'un nouvel ordre politique. Un titre peut changer de nature. La conquête ne prouve donc pas l'illégitimité éternelle du Canada. Elle fixe le point de départ du procès. Où le signe change-t-il? Voilà la vraie conséquence de 1760–1763.

Au commencement de la chaîne britannique, nous trouvons la force militaire, puis une cession juridique entre souverains. Nous ne trouvons pas encore un acte constituant des gouvernés. Alors la question devient : où le signe change-t-il? Pas « est-ce que quelque chose s'améliore? » Bien sûr que des choses s'amélioreront. Pas « est-ce que les habitants participeront un jour davantage au gouvernement? » Ils le feront. Pas même « est-ce que des institutions représentatives apparaîtront? » Elles apparaîtront.

La question est plus précise : à quel moment l'autorité supérieure cesse-t-elle d'être seulement un ordre reçu, même progressivement amélioré, pour devenir un ordre que les gouvernés ont suffisamment autorisé comme leur ordre constituant? Cette question ne peut pas être résolue par 1763, parce que 1763 n'offre pas ce mécanisme. Elle ne peut pas non plus être résolue par un principe abstrait selon lequel le temps guérit tout. Le temps peut créer de l'attachement, de la stabilité, des habitudes, des intérêts communs, une identité politique et des raisons parfaitement légitimes de conserver un pays. Tout cela compte. Mais si l'on veut dire que le temps a aussi transformé la source constituante du pouvoir, il faut montrer le mécanisme de cette transformation.

Ce livre va donc avancer. La Proclamation royale organisera un régime civil. L'Acte de Québec modifiera substantiellement le traitement juridique et institutionnel de la population canadienne. L'Acte constitutionnel introduira des assemblées élues. Le gouvernement responsable

déplacera réellement l'exercice du pouvoir vers des représentants qui doivent conserver la confiance de la majorité élue. Puis viendra 1867, avec une négociation constitutionnelle d'une tout autre nature. Chacune de ces étapes devra recevoir ce qu'elle mérite. Aucune ne sera annulée parce que la chaîne commence par une conquête. Mais aucune ne recevra non plus, gratuitement, une portée constituante plus grande que celle que ses propres mécanismes permettent d'établir.

C'est là que le procès devient intéressant. Si un acte ultérieur transforme réellement les gouvernés en auteurs du cadre politique supérieur, il faut le reconnaître. S'il améliore l'ordre sans accomplir cette transformation, il faut reconnaître l'amélioration et continuer à chercher. La conquête ne décide donc pas du verdict final. Elle décide seulement de la charge de la suite : si le titre change, il faudra montrer où, comment et par qui.

Ce que la conquête ne permet pas de dire

Trois raccourcis doivent être écartés avant de poursuivre. Le premier : « la Grande-Bretagne n'avait aucun titre ». Faux. Après la conquête et le Traité de Paris, la Grande-Bretagne possède un titre de souveraineté reconnu dans l'ordre interétatique du temps. On peut discuter de ce que ce titre signifie aujourd'hui; on ne peut pas effacer sa réalité historique parce qu'elle dérange l'argument.

Le deuxième : « les Canadiens ont consenti en 1763 parce que le traité était légal ». Faux. Le traité lie les puissances qui le concluent et organise la situation des territoires et des habitants. Il n'est pas un acte constituant de ces habitants. La légalité du transfert entre Couronnes ne crée pas une ratification populaire absente. Le troisième : « puisque l'origine est la conquête, tout ce qui suit n'est qu'une conquête déguisée ». Faux encore. Ce serait transformer une question historique en dogme. Les institutions changent réellement. L'agence politique locale augmente réellement. Des moments ultérieurs peuvent fournir des éléments de consentement, de légitimation ou même de refondation. Ils devront être examinés à leur juste portée.

Ces trois refus sont importants parce qu'ils empêchent le procès d'être truqué. On ne gagnera rien en supprimant le meilleur argument adverse. Oui, le titre britannique de 1763 existe. Oui, il est légal dans l'ordre de son époque. Oui, l'absence de ratification populaire n'en fait pas une anomalie juridique au XVIII^e siècle. Et pourtant la question constituante demeure entière, précisément parce que ces concessions disent ce qui a été transféré entre puissances, non ce que les gouvernés ont autorisé. Ce n'est pas un jeu de mots. C'est une différence de sujet.

La France peut céder ce qu'elle prétend posséder comme puissance souveraine. La Grande-Bretagne peut recevoir ce titre dans l'ordre international. Les habitants, eux, n'accomplissent pas pour autant un acte politique collectif de constitution du nouveau pouvoir. On peut appeler cela conquête, cession, changement d'allégeance, succession impériale. On ne peut pas appeler cela consentement sans ajouter au dossier un acte qui n'y est pas.

Le point de départ, pas la condamnation finale

La conquête est donc un commencement. Pas une malédiction héréditaire. Pas un péché originel dont aucune institution canadienne ne pourrait jamais se laver. Pas davantage un consentement présumé dont les générations suivantes seraient éternellement débitrices. Elle est un fait historique et juridique précis : l'autorité britannique s'établit par la victoire militaire et se consolide par la cession du Canada entre les Couronnes française et britannique. Voilà le signe d'origine de cette chaîne. Force d'abord. Titre interétatique ensuite. Autorisation constituante des gouvernés : pas encore démontrée.

La suite du livre n'a pas pour fonction de répéter cette phrase jusqu'à ce qu'elle ressemble à une preuve. Elle a pour fonction de chercher honnêtement le moment où elle cesse d'être vraie. Peut-être ce moment se trouve-t-il dans les réformes qui suivent. Peut-être dans l'apparition de la représentation. Peut-être dans le gouvernement responsable. Peut-être dans le pacte de 1867. Peut-être dans une accumulation de ces transformations plutôt que dans un seul acte spectaculaire. C'est précisément ce qu'il faut examiner. Mais une règle de méthode est désormais fixée : chaque étape devra être jugée selon ce qu'elle fait réellement. Une amélioration sera comptée comme une amélioration. Une participation comme une participation. Un vote comme un vote. Une négociation comme une négociation. Une autorisation constituante, si elle existe, comme une autorisation constituante.

Aucune catégorie ne sera promue par courtoisie. Aucune ne sera rétrogradée par colère. La conquête explique comment le pouvoir change de mains. Elle ne dit pas encore quand les vaincus deviennent les auteurs libres du pouvoir qui les gouverne.

CHAPITRE 3 — LE SIGNE D'ORIGINE

Commençons par accorder au Canada tout ce qui s'est réellement amélioré. Les droits comptent. Les élections comptent. Les libertés comptent. L'autonomie politique compte. Les tribunaux, les recours, les services publics, les protections des minorités, le fédéralisme, la représentation et les habitudes démocratiques comptent. Un progrès n'est pas faux parce qu'il survient dans un ordre dont le titre supérieur demeure discuté. Une réforme n'est pas un camouflage simplement parce qu'elle ne répond pas à toutes les questions à la fois. Il faut même aller plus loin. Un ordre politique peut devenir beaucoup plus juste qu'il ne l'était à son origine. Il peut apprendre. Corriger. Réparer. Distribuer autrement le pouvoir. Produire des institutions auxquelles les citoyens tiennent pour de bonnes raisons. On peut vivre librement dans un pays, y voter, y travailler, y aimer des gens, y défendre ses droits, profiter de ses services et reconnaître la valeur de ses institutions sans avoir résolu pour autant une question différente : par quel mécanisme l'autorité politique supérieure a-t-elle été constituée?

C'est là que le raisonnement se brouille souvent. On répond à une question de titre par une liste de qualités. Le pays fonctionne. Il est démocratique. Il protège des droits. Il a duré. Les citoyens y participent. Donc son titre serait nécessairement réglé. Non. Pas nécessairement. Ces faits peuvent établir énormément de choses. Ils peuvent établir une forte légitimité démocratique d'exercice. Ils peuvent établir l'attachement d'une population à des institutions concrètes. Ils peuvent établir la qualité d'un régime, sa capacité à se réformer, sa stabilité, sa valeur pratique, sa profondeur historique. Ils peuvent même participer à une éventuelle légitimation constituante cumulative. Mais ils ne peuvent pas simplement être déplacés d'une colonne à l'autre comme si la conclusion était contenue dans le vocabulaire. Il faut distinguer la mesure du titre.

La mesure

Appelons M la mesure. La mesure désigne la qualité concrète de l'ordre politique : ses droits, ses libertés, sa sécurité, sa représentation, son autonomie, ses recours, ses services, sa prospérité, son équité, sa capacité de coopération, la protection de ses minorités, la qualité de ses institutions. M peut augmenter. Il peut diminuer. Il peut évoluer de façon contradictoire.

Une extension du suffrage augmente quelque chose. Une charte des droits augmente quelque chose. Un recours judiciaire efficace augmente quelque chose. Une autonomie accrue augmente quelque chose. Une institution plus représentative augmente quelque chose. Une injustice corrigée n'est pas une illusion simplement parce que d'autres injustices subsistent. C'est important, parce qu'une critique politique devient vite malhonnête si elle transforme toute

amélioration en ruse du système. Si chaque réforme est déclarée cosmétique avant même d'être examinée, la conclusion est déjà enfermée dans la prémisse. On ne fait plus un procès. On récite le verdict. La mesure oblige donc l'essai à une discipline : compter ce qui s'améliore. Pas par politesse. Parce que c'est vrai.

Le titre

Appelons T le titre constituant. Le titre pose une autre question : par quelle autorisation l'ordre politique supérieur prétend-il gouverner et fixer les règles fondamentales de la relation? T est établi lorsqu'un acte ou une chaîne d'actes identifiables de formation, de ratification, de refondation ou de transformation permet de rattacher cette autorité à la collectivité pertinente comme sujet constituant, directement ou par des représentants investis d'une fonction constituante défendable. Il peut être direct ou régularisé ultérieurement. Entre l'échec pur et le titre complet existe une catégorie nécessaire : le titre représentatif incomplet, lorsque l'acte possède une forte légitimité parlementaire et politique, mais que la chaîne de mandat, d'inclusion, de représentativité, d'indépendance, de délibération, de ratification ou de participation des peuples concernés ne suffit pas à assimiler sans réserve l'autorisation des institutions au consentement constituant des collectivités. Si, après examen du titre initial, des régularisations possibles et des preuves cumulatives, aucun mécanisme de conversion suffisant ne ferme cette lacune, il subsiste un déficit constituant persistant au sens normatif et probatoire, non une nullité juridique.

T n'est pas une note de qualité. Il ne mesure pas si un pays est agréable, prospère, pacifique ou démocratique. Il ne compte pas non plus le nombre d'années pendant lesquelles une institution a fonctionné. Il demande d'où vient l'autorisation supérieure et par quel mécanisme elle a pu être donnée, renouvelée ou refondée. Cette autorisation n'a pas besoin de prendre la forme d'un document sacré sorti d'un coffre. Elle peut résulter d'un acte identifiable, d'une séquence d'actes, d'un compromis représentatif, d'un référendum, d'une convention, d'une négociation, d'un mécanisme hybride ou même d'un processus cumulatif.

La question est fonctionnelle : à quel moment, par quel mécanisme, les gouvernés deviennent-ils politiquement les auteurs ou les autorisateurs de l'autorité supérieure qui les gouverne? Une élection prouve d'abord qu'une élection a eu lieu. Une participation durable prouve d'abord qu'il y a participation durable. Un droit reconnu prouve qu'un droit a été reconnu. Un fédéralisme vivant prouve qu'un partage du pouvoir existe et fonctionne. Tout cela peut entrer dans une démonstration plus vaste. Mais pour établir autre chose, il faut encore montrer comment. La différence est simple à formuler et difficile à respecter : une amélioration de l'ordre et une refondation de son titre ne sont pas la même opération.

L'équation qui n'en est pas une

C'est ici qu'apparaît la formule :

$$L = -|x|$$

Elle ressemble à une équation. Elle n'en est pas une. Elle n'est pas une fonction de la légitimité. Elle n'est pas une loi de l'histoire. Elle n'est pas une règle juridique. Elle ne calcule rien. Elle ne prouve rien. C'est une image. Une image dangereuse, même, si on oublie de lui retirer son costume de mathématicienne avant qu'elle commence à donner des ordres.

Son seul intérêt est de garder visibles deux dimensions qu'on confond facilement. La mesure peut changer sans que le titre change automatiquement. Un régime peut devenir meilleur, beaucoup meilleur, sans que l'amélioration soit par elle-même l'acte qui autorise son fondement supérieur. Autrement dit : les progrès comptent. Ils ne signent que ce qu'ils signent. La formule

ne veut donc pas dire que tout ce qui vient après une conquête reste mauvais parce que l'origine est mauvaise. Ce serait absurde. Elle ne veut pas dire non plus qu'une démocratie née d'un ordre imposé serait condamnée à porter éternellement une malédiction originelle. Ce serait transformer l'histoire en théologie.

Elle rappelle seulement ceci : améliorer n'est pas nécessairement refonder. La durée n'est pas un sacrement. La répétition n'est pas, à elle seule, une signature. L'habitude peut devenir attachement; l'attachement peut devenir fidélité; la fidélité peut devenir une donnée politique majeure. Rien de cela ne doit être méprisé. Mais si l'on veut en faire une autorisation constituante, il faut expliquer le passage.

Le signe n'est pas une essence

Le mot « signe » peut tromper. Il peut donner l'impression qu'on colle une marque métaphysique au front d'un pays : né dans la conquête, donc condamné à la conquête; né sans consentement, donc incapable d'en produire un. Ce n'est pas le modèle. T est un statut de preuve, pas une essence nationale. À l'origine, lorsque l'acquisition du pouvoir repose sur la force et qu'aucune autorisation des gouvernés n'est démontrée, le titre constituant n'est pas établi par cette origine. Ensuite, l'histoire commence. Des institutions apparaissent. Des représentants sont élus. Des compromis sont négociés. Des droits sont reconnus. Des constitutions sont modifiées. Des populations participent. Des peuples contestent, acceptent, refusent, renégocient. Le dossier se remplit.

Le titre peut alors devenir indéterminé ou contesté parce que des candidats sérieux à la refondation apparaissent. Puis il peut être établi si un acte, une séquence ou un processus cumulatif démontre suffisamment l'autorisation recherchée. Il n'y a donc aucun verrou logique. Le Canada peut gagner son procès. C'est même une condition minimale pour que le procès ait un sens.

Si aucune démocratie, aucune durée, aucune représentation, aucune réforme, aucun compromis et aucun acte constituant possible ne pouvait jamais changer le titre, le mot « preuve » serait décoratif. Le critère aurait été fabriqué pour échouer. Ce serait exactement le vice que l'essai prétend dénoncer ailleurs : définir le jeu après avoir choisi le gagnant. Le signe n'est donc pas la conservation éternelle d'un péché d'origine. Il est la conservation d'une question tant que la réponse n'a pas été produite.

Ce qui pourrait changer le signe

Le signe peut changer. Il faut le répéter parce que tout repose là-dessus. Un événement ou un processus peut avoir une portée constituante suffisante si l'on peut identifier ce qui est constitué, qui agit au nom de qui, avec quel mandat, avec quelle capacité réelle de définir la relation, et avec quelle conséquence lorsque l'on consent ou que l'on refuse.

L'objet doit être constituant. Il doit toucher la relation politique fondamentale, pas simplement une politique ordinaire. Les sujets et leurs mandats doivent être identifiables. Un peuple n'a pas besoin de rédiger chaque virgule d'une constitution en assemblée générale. La représentation peut être constituante. Mais il faut pouvoir dire qui représente qui, pour quoi faire, et avec quelle portée.

Les participants doivent disposer d'une véritable agence sur la relation. Choisir la couleur des rideaux pendant que quelqu'un d'autre décide qui possède la maison n'est pas un pouvoir constituant. Le consentement ou le refus doivent porter sur un objet intelligible. On ne peut pas transformer après coup un vote précis en autorisation générale illimitée simplement parce que l'interprétation devient politiquement commode.

Lorsqu'un mécanisme demande effectivement un consentement constituant, le refus doit avoir une conséquence réelle au niveau de l'acte considéré. Cela ne crée ni veto perpétuel sur toute décision future, ni veto individuel de chaque unité d'une fédération, ni droit de sécession unilatérale. Cela signifie seulement qu'au moment où une procédure prétend créer, refonder ou autoriser une relation fondamentale, le non qu'elle sollicite ne peut pas être une décoration.

Enfin, le mécanisme d'autorisation doit être défendable. Il peut être représentatif, référendaire, conventionnel, négocié, hybride ou cumulatif. Aucun formulaire magique n'est imposé. Si un processus canadien satisfait suffisamment ces exigences, alors le titre change. Point. Il ne faut ni référendum direct universel, ni unanimité individuelle, ni veto permanent de chaque unité fédérée, ni droit de sécession unilatérale, ni perfection institutionnelle, ni absence de conflit. « Libre » ne veut pas dire « pur ». Il signifie que le mécanisme constituant attribué à la collectivité n'est pas remplacé par la seule force, et qu'un ordre d'origine déficiente peut être ultérieurement régularisé.

Et l'objet d'un événement ne peut pas être gonflé après coup à volonté. Une élection ordinaire n'est pas secrètement un référendum constituant sur tout l'ordre politique. Un vote sur une proposition déterminée n'est pas automatiquement une procuration générale sur deux siècles d'histoire. Une réforme institutionnelle n'est pas automatiquement une refondation. Mais l'inverse est vrai aussi. Si un acte est réellement constituant, on n'a pas le droit de le rapetisser parce que son résultat dérange.

Un OUI n'est pas immense quand il nous plaît et minuscule quand il nous déplaît. Un NON n'est pas une ratification universelle lorsqu'il sert notre thèse et un simple refus technique lorsqu'il sert l'autre camp. Ce genre de règle n'est pas un principe. C'est un avocat qui change de lunettes selon la pièce déposée.

La meilleure objection

Voici maintenant l'objection la plus sérieuse. La distinction entre mesure et titre pourrait n'être qu'un dispositif inventé pour reconnaître tous les progrès canadiens tout en refusant qu'ils produisent jamais leur conséquence politique. Après des générations d'élections, de fédéralisme, de droits, d'autonomie, de participation, de gouvernements responsables et de réformes constitutionnelles, pourquoi exiger encore une autorisation constituante distincte? Les constitutions réelles ne tombent pas du ciel à un instant pur. Elles évoluent. Les citoyens naissent dans des institutions qu'ils n'ont pas personnellement fondées, y participent, les modifient, les transmettent. C'est précisément ainsi qu'une légitimité historique se construit.

L'objection frappe juste. Une théorie politique qui exigerait de chaque génération qu'elle refonde explicitement l'État entier serait impraticable. Une théorie qui nierait toute valeur constituante à la représentation serait historiquement myope. Une théorie qui traiterait deux siècles de participation comme un simple néant reconduirait la souveraineté populaire à une cérémonie impossible. Ce n'est pas ce qui est demandé.

Le modèle accepte qu'une légitimité se construise graduellement. Il accepte qu'une suite d'actes puisse valoir davantage qu'un moment unique. Il accepte que la représentation, la durée, les pratiques, les droits, le fédéralisme, l'autonomie et les habitudes démocratiques puissent ensemble produire quelque chose que chacun, isolément, ne produit pas. Mais « cumulatif » n'est pas un mot de passe. Il faut encore montrer ce qui s'accumule et comment cette accumulation change la nature du titre.

À quel moment la participation cesse-t-elle d'être participation pour devenir autorisation de l'autorité supérieure? Quel rôle joue le mandat? Quelle relation fondamentale est autorisée? Quelle place le refus conserve-t-il? Comment distingue-t-on l'adhésion à une institution, à un

gouvernement ou à un droit particulier de l'adhésion constituante à l'ordre qui prétend avoir le dernier mot? Ces questions ne nient pas la légitimité cumulative. Elles lui demandent son mécanisme. On ne demande pas au Canada d'être né une deuxième fois. On lui demande de montrer où, comment ou par quel processus l'autorité héritée devient autorité constituée.

Le critère doit pouvoir nous donner tort

Cette exigence vaut contre la thèse de l'essai elle-même. Si l'histoire produit un acte, une séquence ou un processus qui satisfait suffisamment le test, il faut le reconnaître. On ne pourra pas rebaptiser l'événement « accommodement » simplement pour sauver le signe d'origine. On ne pourra pas déplacer le seuil au chapitre suivant. On ne pourra pas déclarer que la représentation ne compte plus parce qu'elle compte trop, puis que le référendum ne compte pas non plus, puis que la durée ne compte jamais, puis que rien ne pourra jamais compter.

Un critère qui ne peut pas être satisfait n'est pas un critère. C'est un piège. Voilà pourquoi les chapitres qui suivent devront examiner l'histoire non comme une procession de fautes, mais comme une chaîne de candidats au titre. À chaque étape, quatre possibilités restent ouvertes : la mesure change; le titre change; les deux changent; aucun des deux ne change de façon pertinente. Cette règle impose un coût à la thèse. C'est volontaire.

1867 devra recevoir toute la force de son compromis représentatif. Le gouvernement responsable devra compter. Les transformations constitutionnelles devront compter. Les droits devront compter. Les référendums devront compter selon l'objet exact soumis. La durée et la participation devront recevoir leur meilleure interprétation, pas leur caricature. Puis seulement viendra la question : est-ce ici que les gouvernés deviennent les auteurs libres de l'autorité supérieure? Sinon, l'essai ne serait qu'un verdict déguisé en enquête. Et un verdict qui se protège de la preuve adverse n'est pas un verdict. C'est une préférence avec une robe noire.

Le vrai usage du signe

Le signe d'origine n'est donc pas une malédiction. C'est un rappel de charge de preuve. Une origine non consentie établit que le consentement n'est pas contenu dans l'origine. Rien de plus. Elle ne prouve pas que le consentement est impossible plus tard. Elle oblige seulement à trouver le moment, le mécanisme ou le processus qui produit la transition. Pendant ce temps, les améliorations restent des améliorations.

Un Canada contemporain peut offrir des institutions démocratiques réelles et jouir d'une forte légitimité d'exercice même si la question de son titre constituant supérieur reste ouverte dans l'enquête. Il peut être utile, stable, protecteur, réformable. Il peut être aimé. Ce sont des faits politiques importants, et aucun besoin polémique ne permet de les effacer. La distinction entre mesure et titre permet précisément de sortir du faux choix. Il n'est pas nécessaire de dire : « tout est légitime, donc le titre est réglé ». Il n'est pas nécessaire non plus de dire : « le titre est contesté, donc rien n'a de valeur ».

On peut tenir les deux réalités ensemble. Un ordre peut produire du bien et devoir encore répondre de la source de son autorité supérieure. Une institution peut être légitime dans son fonctionnement sans que cette légitimité règle automatiquement la fondation de toute la relation. Une population peut participer profondément à un régime sans que chaque participation devienne, rétroactivement et sans limite, une ratification constituante de tout ce qui précède. Et une origine violente peut être dépassée. À condition de montrer comment. Voilà le point. Les progrès comptent. Ils ne signent que ce qu'ils signent. L'histoire doit maintenant faire le reste : montrer si, quelque part, l'amélioration de l'ordre est devenue refondation de son titre.

PARTIE II — DE LA CONQUÊTE À LA CONSTITUTION

CHAPITRE 4 — TRANSFORMER LA FORCE EN INSTITUTIONS

Une conquête ne reste pas longtemps une bataille. Le canon se tait. Les uniformes changent. Les ordres militaires deviennent des proclamations, des lois, des conseils, des assemblées, des ministères. Le pouvoir cesse d'avoir l'air d'une force occupante et prend la forme d'un gouvernement. C'est normal. Un territoire ne se gouverne pas pendant deux siècles avec des baïonnettes plantées dans le plancher. Mais le changement de forme pose précisément la question qui nous intéresse.

À quel moment l'institution cesse-t-elle d'être l'organisation d'un pouvoir acquis par la force pour devenir l'expression d'un pouvoir constitué par ceux qu'elle gouverne? Il ne suffit pas de répondre : « progressivement ». Progressivement comment? Ce chapitre ne raconte pas l'histoire constitutionnelle du Québec comme on aligne des dates sur une frise. Il suit une chaîne de titre. À chaque étape, quatre questions seulement : qui détient le pouvoir supérieur? Quelle agence nouvelle est accordée aux gouvernés? Peuvent-ils réellement refuser le cadre proposé? Et ce qui vient de changer transforme-t-il seulement l'exercice du pouvoir, ou son titre? Il faut compter chaque progrès. Il faut aussi laisser chaque acte porter exactement son propre poids.

1760 — Le pouvoir avant l'institution

En 1760, la question n'est pas compliquée. La conquête militaire est achevée. Le pouvoir britannique s'établit par la victoire et l'administration de conquête. Les habitants de la Nouvelle-France n'ont pas constitué cette autorité. Ils ont été vaincus par elle. Cela ne signifie pas que tous les actes futurs seront illégitimes. Cela signifie seulement que le point de départ est clair : l'agence des gouvernés n'est pas la source du pouvoir qui s'installe. Pouvoir : britannique. Agence locale sur le cadre supérieur : non établie.

Refus : la défaite militaire n'est pas un mécanisme de refus constituant; c'est précisément ce qui arrive lorsque le refus ne décide plus rien. Titre constituant local : non établi. On pourrait presque s'arrêter là si l'histoire s'arrêtait là. Mais elle ne s'arrête jamais là. Le pouvoir victorieux doit administrer, pacifier, légiférer, taxer, juger, composer avec les institutions déjà présentes, avec la langue, la religion, le droit, les intérêts économiques, les résistances et les nécessités de la vie quotidienne. À mesure qu'il fait cela, il change de nature pratique. Il devient moins militaire, plus civil, plus juridique, plus institutionnel. C'est ce déplacement qu'il faut suivre sans tricher.

1763 — La force reçoit une forme juridique

Le Traité de Paris règle d'abord une question entre puissances. La Couronne française cède le Canada à la Couronne britannique. Le transfert est juridiquement intelligible dans l'ordre international de l'époque. Les souverains européens se transmettent territoires, souveraineté, possession et droits. On peut trouver aujourd'hui le procédé archaïque ou brutal; ce n'est pas une raison pour prétendre qu'il n'avait aucune validité dans son propre système juridique. Accordons donc le point.

Le pouvoir britannique n'est pas seulement effectif après la guerre. Sa transmission est aussi consolidée par un traité reconnu entre les puissances concernées. Mais qui a consenti? Pas les habitants comme constituants. Ils sont l'objet territorial et politique du transfert, pas les auteurs de l'acte qui le produit. Cette distinction n'annule pas le traité. Elle empêche simplement de lui faire dire ce qu'il ne dit pas. Le traité explique comment la souveraineté impériale change de

mains. Il ne montre pas comment les gouvernés auraient librement constitué le nouveau souverain.

La Proclamation royale de 1763 accomplit ensuite une autre opération. La Couronne organise le gouvernement civil de la nouvelle Province de Québec. Le pouvoir de conquête reçoit une architecture administrative. L'autorité devient moins nue. Elle se fixe dans des institutions. C'est déjà un changement réel. Une administration civile n'est pas une occupation militaire. Un gouvernement organisé vaut mieux, pour la vie politique et juridique, qu'un territoire laissé sous pure logique de conquête. Les institutions produisent des règles, une prévisibilité, des recours, des responsabilités. La mesure change. Mais l'auteur du cadre demeure la Couronne.

Il n'y a pas encore d'assemblée élue qui aurait autorisé cette constitution civile. Les habitants ne décident pas de l'ordre fondamental qui les gouverne. La puissance qui a acquis le territoire organise elle-même la manière dont elle l'administrera. Mini-verdict : progrès de gouvernement, oui. Refondation constituante locale, non démontrée. Autrement dit, la force a changé de vêtements. Elle n'a pas encore changé de source.

1774 — Un accommodement qui compte

L'Acte de Québec de 1774 est plus intéressant, justement parce qu'il améliore substantiellement le régime. Le Parlement britannique modifie le gouvernement de la colonie. Le texte reconnaît notamment des éléments essentiels du droit civil français et élargit la participation des catholiques à l'administration publique. Pour une population majoritairement catholique et francophone, ce ne sont pas des détails décoratifs. Il faut résister ici à une tentation polémique très commode : appeler « camouflage » toute concession accordée par le pouvoir impérial. Ce serait faux.

Le maintien d'éléments du droit civil français compte. La possibilité accrue pour les catholiques de participer à l'administration compte. La capacité d'un régime à s'ajuster à la population qu'il gouverne compte. Une institution qui apprend à composer avec les gouvernés n'est pas identique à une institution qui ne leur reconnaît rien. La mesure augmente. Et pourtant, la question du titre reste distincte. Qui adopte l'Acte de Québec? Le Parlement britannique. Qui peut modifier la règle fondamentale? Le Parlement britannique.

Quelle procédure permet aux habitants de Québec d'accepter ou de refuser l'ensemble constitutionnel qui leur est proposé? Aucune procédure constituante locale de cette nature n'est établie par l'acte. Ce constat n'efface pas le progrès. Il le situe. L'Acte de Québec montre qu'un pouvoir extérieur peut gouverner avec davantage de souplesse, reconnaître des réalités locales et accorder des droits importants sans cesser, pour autant, d'être l'auteur supérieur du cadre. C'est exactement la distinction entre mesure et titre. Le régime devient plus habitable. Ce n'est pas rien. Mais rendre une maison plus habitable ne répond pas encore à la question de savoir qui possède le trousseau des clés fondamentales.

L'objection surgit immédiatement : pourquoi opposer ainsi amélioration et autorisation? Dans la tradition britannique, dira-t-on, la liberté politique ne naît pas d'une cérémonie unique. Elle progresse par lois, compromis, précédents et pratiques. Vouloir trouver un instant constituant parfaitement identifiable, c'est imposer au constitutionnalisme britannique une conception qui n'est pas la sienne. L'objection est sérieuse. Gardons-la. Elle deviendra plus forte encore en 1791 et surtout en 1848. Pour l'instant, elle ne change pas la pièce déposée : en 1774, l'agence locale augmente dans l'ordre, mais l'autorité qui constitue l'ordre reste extérieure.

1791 — L'élection entre dans la pièce

Avec l'Acte constitutionnel de 1791, le dossier change davantage. Le Parlement britannique divise l'ancienne Province de Québec en Haut-Canada et Bas-Canada. Surtout, il établit des assemblées législatives élues. Cette fois, il serait absurde de dire que rien n'a changé. Quelque chose de fondamental entre dans le régime : la représentation politique locale. Des électeurs choisissent des représentants. Une assemblée peut débattre, légiférer, contester, rendre visibles des intérêts politiques locaux. Le peuple gouverné n'est plus seulement administré; une partie de sa volonté devient institutionnellement pertinente. La légitimité démocratique d'exercice progresse. L'agence progresse.

Le pouvoir commence à circuler dans une direction qui n'est plus uniquement descendante. Mais il ne faut pas confondre l'entrée de l'élection avec la sortie de l'empire. Le gouverneur conserve des pouvoirs essentiels. Les conseils ne procèdent pas entièrement du suffrage. La Couronne conserve la sanction des lois, et l'autorité impériale demeure capable de structurer le cadre constitutionnel supérieur. L'assemblée élue peut agir dans l'ordre; elle ne possède pas encore souverainement l'ordre. C'est une différence énorme.

Si une population élit ceux qui votent ses lois ordinaires, son agence politique est réelle. Si cette même population ne détient pas le dernier mot sur la constitution du régime dans lequel ces lois sont votées, son pouvoir reste borné par une autorité supérieure qu'elle n'a pas elle-même constituée de manière démontrée. Il faut tenir les deux phrases en même temps. La première empêche de réduire 1791 à une mascarade. La seconde empêche de transformer une assemblée coloniale en souverain constituant par simple enthousiasme rétrospectif. Pouvoir : toujours impérial au niveau supérieur.

Agence locale : désormais importante dans la législation. Refus : l'opposition politique devient plus visible et plus organisée, mais la population du Bas-Canada ne dispose pas d'un mécanisme souverain lui permettant de refuser le cadre impérial lui-même. Titre : renforcé par la représentation et la participation, mais non refondé de façon démontrée. Le Canada peut déjà commencer ici sa meilleure défense. Vous vouliez de l'agence? En voici. Vous vouliez de la représentation? En voici. Vous vouliez que les gouvernés participent à l'exercice du pouvoir? Ils y participent. Très bien. Il reste une question : cette participation autorise-t-elle le pouvoir supérieur, ou s'exerce-t-elle à l'intérieur d'un pouvoir supérieur dont la source demeure ailleurs? Ce n'est pas jouer sur les mots. C'est localiser le dernier crayon. Qui peut redessiner la feuille?

1837–1840 — Quand le conflit remonte jusqu'au cadre

Les rébellions de 1837–1838 rappellent brutalement qu'une assemblée élue n'épuise pas la question du pouvoir. Il n'est pas nécessaire ici de refaire l'histoire des Patriotes; elle aura sa place lorsqu'il faudra examiner la coercition. Le point constitutionnel suffit. Le conflit politique mène à une intervention impériale et à une nouvelle réorganisation du cadre. En 1840, le Parlement britannique adopte l'Acte d'Union. Le Haut-Canada et le Bas-Canada sont réunis dans la Province du Canada. Encore une fois, la règle supérieure est écrite à Westminster.

On peut discuter longtemps des intentions, des calculs, des effets linguistiques et politiques de l'Union. Ce chapitre n'en a pas besoin pour répondre à sa question. Qui dispose du pouvoir constituant juridique? Le Parlement britannique. Qui autorise formellement la population du Bas-Canada à accepter ou refuser la nouvelle architecture comme sujet constituant? Le dossier ne montre pas un tel mécanisme. Qui subit la nouvelle architecture? Les populations coloniales concernées, qui continueront ensuite à agir politiquement à l'intérieur d'elle.

Le contraste avec 1791 est révélateur. L'élection avait accru l'agence locale. Mais lorsqu'une crise majeure atteint le cadre lui-même, le pouvoir de le réorganiser reste impérial. L'assemblée

est un acteur. Westminster reste l'auteur supérieur. C'est ici que l'expression « transformer la force en institutions » prend son sens le plus précis. Il ne s'agit pas de dire que toutes les institutions sont de la violence congelée. Ce serait une formule de cabaret, pas une démonstration. Il s'agit de constater qu'un pouvoir acquis initialement par la force peut se juridiciser, se complexifier, déléguer, représenter, reconnaître des droits, ouvrir des espaces démocratiques et même devenir partiellement dépendant de la volonté des gouvernés sans que le lieu du pouvoir constituant supérieur se soit encore déplacé au même rythme.

L'ordre de 1840 n'est plus celui de 1760. Heureusement. Mais le fait qu'un ordre ait profondément changé n'autorise pas à inventer le moment où son titre aurait changé avec lui.

1848 — Le premier seuil sérieux

Puis vient le gouvernement responsable. Ici, il faut ralentir. À partir de 1848, dans la Province du Canada, le ministère doit conserver la confiance de la majorité élue. Le gouverneur ne peut plus durablement conduire le gouvernement contre cette majorité comme si l'assemblée n'était qu'un décor consultatif. L'exécutif devient politiquement responsable devant les représentants élus. Ce déplacement est majeur.

Le pouvoir exécutif quotidien ne descend plus simplement de la Couronne vers la colonie. Il doit désormais survivre à une relation de confiance avec une assemblée issue des électeurs. C'est la mécanique même du gouvernement qui change. L'agence locale n'est plus périphérique. Elle devient structurante. À ce point de la chaîne, toute thèse qui prétendrait que « rien n'a changé depuis la conquête » mérite d'être jetée au recyclage avec les autres slogans à usage unique. Quelque chose a changé. Et beaucoup.

La population n'a pas seulement obtenu des concessions. Ses représentants acquièrent un moyen concret de faire et défaire politiquement un ministère. Le gouvernement responsable crée une dépendance institutionnelle du pouvoir exécutif envers la représentation locale. C'est un seuil de légitimation démocratique considérable. Est-ce enfin le changement de signe? Pas si vite. La question n'est pas de savoir si le gouvernement responsable rend le régime plus démocratique. Oui.

La question est de savoir s'il transfère aux institutions coloniales la compétence juridique ultime de constituer l'ordre politique supérieur. Là, la réponse est plus limitée. L'assemblée et le ministère peuvent gouverner. Ils ne peuvent pas encore, par leur seule autorité, réécrire souverainement la constitution impériale qui les encadre. L'autorité formelle de modifier le cadre supérieur demeure ailleurs. Nous arrivons donc à une situation beaucoup plus riche que celle de 1763. En 1763, presque tout descend. En 1774, le pouvoir extérieur s'accommode. En 1791, l'élection introduit une agence représentative substantielle. En 1840, Westminster montre qu'il conserve encore le crayon constitutionnel.

En 1848, la majorité élue obtient enfin une prise structurelle sur l'exécutif. La ligne n'est pas immobile. Elle monte. Et c'est précisément parce qu'elle monte qu'il faut traiter sérieusement l'objection cumulative. La meilleure objection : il n'y a peut-être jamais eu de jour de naissance. Voici la défense la plus forte. Le constitutionnalisme britannique n'est pas construit comme un interrupteur. Il n'existe pas nécessairement un mardi matin où un peuple serait passé de « non constituant » à « constituant » après avoir signé le bon formulaire.

Les institutions britanniques évoluent. Le pouvoir se déplace par conventions, pratiques, lois, précédents et compromis. La représentation devient plus forte. L'exécutif devient responsable. Les élus acquièrent du poids. Des habitudes démocratiques s'enracinent. Les citoyens cessent graduellement d'être de simples sujets administrés et deviennent les acteurs permanents de leur gouvernement. Pourquoi exiger davantage? Si la légitimité politique peut se construire avec

le temps, alors la série 1774–1791–1848 peut être précisément le mécanisme recherché. Pas une refondation spectaculaire. Une transformation cumulative. Cette objection ne doit pas être esquivée. Elle détruit la version paresseuse de la thèse.

Si l'essai exigeait un instant unique, un référendum rétroactif, une convention constituante au sens contemporain ou une signature collective impossible au XVIII^e siècle, il aurait fabriqué un critère sur mesure pour faire perdre le Canada. Ce n'est pas le test. Une séquence peut changer le titre. Une pratique cumulative peut changer le titre. La représentation peut contribuer à changer le titre. Le gouvernement responsable peut contribuer puissamment à changer le titre. Mais le mot « graduel » ne dispense pas de montrer ce qui s'est graduellement produit. Ce qui s'accumule entre 1760 et 1848 est clair : davantage de droits, davantage de représentation, davantage d'influence locale, davantage de responsabilité politique, davantage de dépendance de l'exécutif envers les élus.

Ce qui est moins clair, c'est le transfert du pouvoir constituant supérieur lui-même. La question n'exige pas une cérémonie. Elle exige un mécanisme. Par quels actes les institutions locales cessent-elles d'être des institutions créées dans l'ordre impérial et deviennent-elles les auteurs de l'ordre politique supérieur? À quel moment peuvent-elles définir elles-mêmes la relation? À quel moment leur refus produit-il une conséquence sur cette relation elle-même? À quel moment l'autorité extérieure ne possède-t-elle plus le dernier mot constitutif? Jusqu'en 1848, la réponse demeure incomplète. Cela n'annule rien de ce qui a été gagné.

Cela interdit seulement de confondre la démocratisation de l'exercice avec une preuve automatique d'autorisation du titre. Deux colonnes, encore. Dans la première : qualité du gouvernement, participation, représentation, responsabilité ministérielle. Elle se remplit. Dans la seconde : source de la règle fondamentale, capacité de constituer la relation, pouvoir réel de refus. Elle se remplit plus lentement. La mécanique de l'histoire n'oblige pas les deux colonnes à avancer à la même vitesse.

Ce que « pouvoir refuser » veut dire ici

Il faut préciser la question du refus, parce qu'elle peut facilement être caricaturée. Demander si les gouvernés pouvaient refuser un cadre ne signifie pas leur attribuer un veto permanent sur chaque loi, chaque impôt, chaque gouvernement ou chaque réforme. Aucun ordre politique ne peut fonctionner si chaque décision ordinaire doit être constituée à nouveau par tout le monde. Le refus dont il est question est proportionné à l'objet.

Une loi ordinaire peut être combattue par les mécanismes ordinaires. Un gouvernement peut être renversé par une élection ou, dans un régime responsable, perdre la confiance de l'assemblée. Une décision administrative peut être contestée par les voies prévues. Mais lorsqu'un pouvoir prétend créer ou réorganiser la relation politique fondamentale elle-même, la question devient différente : les sujets auxquels cette relation s'applique disposent-ils d'une agence intelligible sur sa création?

En 1763, le problème saute aux yeux. Le cadre civil est proclamé par la Couronne. Les habitants n'ont pas à approuver la proclamation pour qu'elle entre en vigueur. En 1774, le Parlement britannique améliore substantiellement le régime. La réforme peut être bien accueillie, utile, même protectrice; son entrée en vigueur ne dépend pas d'une autorisation constituante locale.

En 1791, l'apparition d'assemblées élues modifie le problème. Désormais, le refus politique existe davantage à l'intérieur du régime. Une majorité peut s'opposer, débattre, ralentir, dénoncer, rendre un conflit visible. Mais l'assemblée n'est pas l'auteur souverain de la constitution qui définit ses propres pouvoirs. En 1840, la distinction devient presque

pédagogique. Le cadre est profondément réorganisé après une crise politique majeure, et l'instrument qui réalise cette réorganisation est encore une loi du Parlement britannique. On peut donc avoir davantage de représentation locale qu'en 1763 et constater malgré tout, au moment où la structure fondamentale change, que le dernier mot constituant demeure à l'extérieur.

1848 change ensuite la mécanique du refus ordinaire de manière spectaculaire. Une majorité élue peut retirer sa confiance au ministère. Le gouvernement ne peut durablement ignorer cette majorité sans perdre sa capacité de gouverner normalement. Le non parlementaire obtient enfin une conséquence exécutive structurante. C'est immense. Mais le non de l'assemblée à un ministère et le non d'un sujet politique à l'ordre constitutionnel supérieur ne sont pas le même objet. Cette distinction n'est pas une chicane de juriste. Elle évite simplement qu'un mécanisme démocratique réel soit chargé après coup d'une fonction constituante qu'on n'a pas encore démontrée.

Le régime peut donc devenir de plus en plus légitime dans son exercice avant que la question de son titre supérieur soit définitivement réglée. C'est précisément ce que montre cette période. Et c'est aussi ce qui empêche l'essai de raconter une fable trop facile. Si tout ce qui vient de Londres est automatiquement nul parce que cela vient de Londres, alors 1774, 1791 et 1848 ne servent à rien. Si toute participation locale est automatiquement une ratification du cadre supérieur, alors la question du titre est réglée dès la première élection et tout le reste du dossier devient inutile.

Les deux raccourcis sont séduisants. Les deux évitent de penser. La chaîne de titre oblige à faire plus difficile : mesurer séparément ce que chaque réforme donne aux gouvernés et ce qu'elle leur permet réellement de constituer.

Ce que la chaîne a transformé

Nous pouvons maintenant prononcer un verdict proportionné. De 1760 à 1848, la force est effectivement transformée en institutions. Ce n'est pas une métaphore hostile. C'est une chronologie. Le pouvoir conquis devient pouvoir cédé par traité, puis pouvoir civil organisé par proclamation, puis régime adapté par loi impériale, puis gouvernement doté d'une représentation élue, puis cadre réorganisé, puis gouvernement politiquement responsable devant une majorité élue. À chaque étape, l'ordre s'éloigne de la pure logique de conquête. À chaque étape, l'agence locale gagne du terrain. À chaque étape, la légitimité démocratique d'exercice peut gagner en substance.

Il serait faux d'appeler tout cela « le même régime » comme si aucune transformation ne comptait. Mais il serait tout aussi faux d'utiliser le mot « évolution » comme une machine à convertir automatiquement chaque progrès en consentement constituant. Les actes de 1763, 1774, 1791 et 1840 ont un point commun décisif : leur auteur constitutionnel formel est la Couronne ou le Parlement britannique.

Le gouvernement responsable de 1848 brise une partie importante de la logique descendante : désormais, le ministère dépend réellement de la majorité élue. C'est le candidat le plus sérieux rencontré jusqu'ici à une légitimation cumulative du régime par l'agence des gouvernés. Mais même ce seuil ne transfère pas encore, à lui seul, le pouvoir juridique ultime de constituer l'ordre impérial aux institutions coloniales. Le titre s'est renforcé. La mesure a beaucoup changé. Le dossier n'est plus celui de 1760.

Et c'est exactement pourquoi le prochain chapitre ne pourra pas traiter 1867 comme un simple épisode de plus. À partir de 1864, quelque chose de différent se produit. Des responsables politiques coloniaux sous gouvernement responsable négocient eux-mêmes une nouvelle

architecture. Des assemblées débattent. Des votes sont enregistrés. Des colonies peuvent refuser et certaines se retirent du processus. Le projet a un objet explicitement constitutionnel. Pour la première fois, le dossier offre un candidat beaucoup plus fort à la refondation. Le Canada n'a plus seulement à répondre de la conquête. Il peut enfin produire une pièce sérieuse pour son titre. 1867 entre dans la salle.

CHAPITRE 5 — 1867 : LE PACTE SANS CONSTITUANT ?

Pour une fois, le Canada a un vrai dossier. Pas une habitude. Pas une réforme octroyée depuis Londres. Pas une amélioration institutionnelle qu'on essaierait de gonfler après coup jusqu'à lui faire dire qu'un peuple a constitué l'autorité qui le gouverne. En 1867, il se passe autre chose. Des gouvernements responsables négocient. Des représentants coloniaux élaborent un projet constitutionnel. Le projet est débattu publiquement. Il est contesté. Il est approuvé par des élus. Une architecture fédérale est choisie précisément parce qu'une union simplement législative ne suffit pas à des collectivités qui veulent conserver une autonomie politique réelle. Certaines colonies refusent d'entrer immédiatement dans le nouvel ensemble. Le refus existe donc ailleurs que dans les livres de théorie. Enfin, le Parlement britannique donne forme juridique à l'accord et crée le nouvel ordre.

Si l'on cherche, depuis la conquête, un moment où le pouvoir cesse enfin de ressembler à une chaîne descendante — Couronne, Parlement impérial, gouverneur, colonie — pour commencer à remonter des gouvernés vers les institutions, 1867 est le premier candidat qu'on ne peut pas balayer d'un revers de main. Il faut donc lui accorder toute sa force. La question n'est pas : « Pourquoi n'y a-t-il pas eu de référendum? »

La question est plus difficile : qu'est-ce que les représentants de 1865 ont réellement autorisé, au nom de qui, avec quel mandat, et jusqu'où cette autorisation permet-elle de dire que le titre supérieur du Canada à l'égard du Canada-Est devenu Québec a été refondé? Ce n'est pas la même question. Et c'est précisément pour cela qu'elle compte.

Le meilleur dossier canadien

Commençons par la version la plus forte. La Confédération n'est pas une loi britannique tombée du ciel sur des colonies silencieuses. Entre 1864 et 1867, des responsables politiques coloniaux négocient activement la forme du futur régime. Les conférences produisent les Résolutions de Québec, qui servent de base au projet fédéral. Dans la Province du Canada, le projet est débattu à l'Assemblée législative. Il est finalement approuvé par 91 voix contre 33. Ce vote compte. Il serait absurde de le traiter comme une formalité sans contenu. Quatre-vingt-onze élus votent pour. Trente-trois votent contre. Le désaccord est visible, enregistré, parlementaire. Mais le chiffre global doit être ouvert : au Canada-Ouest, 54 députés votent pour et 8 contre; au Canada-Est, 37 pour et 25 contre. Chez les 48 députés canadiens-français présents, le partage est de 27 contre 21. La majorité existe donc dans chacune des sections pertinentes, mais le Canada-Est et la représentation canadienne-française sont profondément divisés. Le projet est défendu, attaqué et expliqué; en revanche, le compromis intercolonial est présenté comme un ensemble à prendre ou à laisser et sa capacité d'amendement parlementaire réel est fortement limitée.

Du côté du Canada-Est, George-Étienne Cartier offre en outre au projet une défense qui mérite mieux que la caricature. Le fédéralisme n'est pas présenté comme une simple machine à centraliser. Il doit permettre à des collectivités distinctes de vivre dans une structure commune tout en conservant des institutions et des compétences propres. Le futur Québec obtient une législature, un gouvernement provincial et des champs de compétence constitutionnellement

attribués. La propriété et les droits civils, l'administration de la justice provinciale, les municipalités et plusieurs matières locales relèvent notamment de la province. Des protections juridiques et linguistiques font également partie de l'architecture.

Ce n'est pas rien. Après un siècle pendant lequel l'auteur formel des grandes transformations constitutionnelles se trouvait à Londres, le contenu de la nouvelle architecture vient en grande partie de responsables politiques locaux. Ils ne reçoivent pas seulement un règlement. Ils le négocient. Voilà un changement de qualité. Le gouvernement responsable avait déjà donné aux élus un pouvoir décisif sur l'exécutif. La séquence de la Confédération ajoute quelque chose : les représentants ne se contentent plus d'administrer à l'intérieur d'un cadre impérial; ils participent à la définition d'un nouveau cadre.

La défense canadienne peut donc dire ceci, et elle a raison de le dire : si la représentation politique ne peut jamais avoir une portée constituante, alors le test est truqué. Les peuples ne peuvent pas tous se rassembler sur une place publique pour rédiger chaque article d'une constitution. Ils agissent souvent par des élus. Ils négocient par des gouvernements. Ils autorisent par des assemblées. Le constitutionnalisme britannique du XIXe siècle est représentatif et parlementaire. Il ne faut pas exiger de lui un référendum moderne qu'il ne considérerait pas comme la procédure normale de fondation constitutionnelle.

Cette objection frappe juste. L'absence de référendum ne prouve donc pas l'absence de consentement. Elle ne prouve même pas, à elle seule, un défaut de consentement. Il faut chercher ailleurs.

Le référendum qui n'a pas eu lieu

C'est tentant, pourtant. On regarde 1867 avec nos lunettes contemporaines. On voit une transformation gigantesque : création d'un nouvel ordre fédéral, partage des pouvoirs, création de nouvelles provinces, institutions centrales, relations durables entre gouvernements. On demande aussitôt : « Où est le vote populaire? » Il n'y en a pas. Et alors? Si l'argument s'arrête là, il est mauvais.

Un référendum est un mécanisme d'autorisation. Ce n'est pas le seul. Une convention constituante peut en être un autre. Une assemblée élue disposant d'un mandat explicite peut en être un autre. Une séquence de négociation, d'élections et de ratifications parlementaires peut en être un autre. Une tradition constitutionnelle peut même reconnaître à des représentants ordinaires une capacité de prendre des décisions fondamentales sans consultation populaire directe. Le test ne peut donc pas être : pas de référendum, pas de légitimité. Ce serait imposer au passé une formalité choisie d'avance, puis conclure que le passé échoue parce qu'il n'a pas rempli notre formulaire.

La vraie question est fonctionnelle. Le mécanisme représentatif utilisé en 1867 permet-il d'identifier suffisamment le sujet représenté, le mandat constituant, l'objet de la décision et la portée de l'autorisation? La possibilité de refus éclaire la qualité d'un mécanisme lorsqu'un consentement est effectivement sollicité; elle n'exige ni référendum séparé, ni veto individuel d'une future unité fédérée, ni droit de sécession unilatérale. C'est ici que le dossier devient moins confortable. Parce que « des élus ont voté » est une réponse importante. Mais ce n'est pas encore une réponse complète. Qui représentent-ils?

À l'Assemblée de la Province du Canada, les élus représentent une colonie politique composée de Canada-Ouest et de Canada-Est. Le vote de 91 contre 33 est celui de l'assemblée commune. Il ne s'agit pas d'une ratification séparée du Canada-Est comme unité constituante distincte. Cela ne signifie pas que le Canada-Est est absent. Il est très présent.

Ses députés votent. Ses ministres négocient. Cartier est l'un des principaux architectes du compromis. Des intérêts propres au Canada-Est influencent la forme fédérale retenue. Le futur Québec n'apparaît donc pas comme une province inventée sans représentants, sans négociation et sans voix. Il serait faux d'écrire : « Le Québec n'a rien autorisé en 1867. » Ce serait effacer des élus, des débats, des votes et un compromis réel. Mais l'inverse va trop loin lui aussi.

On ne peut pas transformer automatiquement le vote d'une assemblée coloniale commune en ratification souveraine incontestable d'un peuple québécois distinct à tout le titre supérieur qui en découlera. Entre les deux phrases — « rien n'a été autorisé » et « tout a été souverainement ratifié » — il y a précisément l'endroit où se trouve le problème.

Le mandat

Une élection donne un mandat. Mais lequel? Dans une démocratie représentative, un élu n'a pas besoin d'obtenir une procuration notariale pour chaque décision. Il gouverne. Il légifère. Il conclut des compromis. Il peut même prendre des décisions historiques qui n'étaient pas décrites mot pour mot pendant la campagne électorale. Autrement, aucun gouvernement ne pourrait gouverner. Il faut donc éviter une théorie infantile du mandat : « Ce point précis n'était pas écrit sur le bulletin, donc les élus n'avaient aucun pouvoir. » Ce n'est pas sérieux. Mais l'excès inverse existe.

Si toute assemblée élue possède automatiquement, à tout moment, un mandat constituant illimité, alors la notion de mandat ne limite plus rien. Une majorité parlementaire pourrait modifier la nature même de la relation politique et prétendre que l'élection précédente contenait implicitement l'autorisation de tout faire, y compris de redéfinir l'ordre supérieur sans que l'objet ait jamais été soumis comme tel aux électeurs. Le mandat représentatif n'est donc ni nul ni infini. Il faut l'examiner.

En 1865, le projet de Confédération est débattu comme un objet constitutionnel reconnaissable. C'est un point très favorable au Canada. Les élus ne votent pas sur une loi ordinaire qu'on rebaptiserait ensuite « acte constituant ». Ils savent qu'ils décident d'une union fédérale et d'un nouvel ordre politique. L'objet est intelligible. Le débat est réel. Le vote est réel. L'opposition est réelle.

La question de l'autorisation populaire directe n'était pas inimaginable. Le 13 mars 1865, une motion demandant un appel constitutionnel au peuple avant l'action définitive du Parlement impérial est rejetée par 84 voix contre 35. Une proposition subséquente de différer la mise en vigueur jusqu'après une élection générale et une nouvelle approbation parlementaire échoue également. Le choix final fut donc consciemment de procéder sans ratification populaire préalable. Encore une fois : cela ne rend pas le processus irrégulier. Cela indique simplement quelle forme d'autorisation a été choisie. Une autorisation représentative. Reste à savoir sa portée.

Le test inversé de la clarté

Il existe maintenant un contrôle supplémentaire, fourni par la doctrine canadienne elle-même. Le Renvoi relatif à la sécession exige une majorité claire répondant à une question claire avant qu'une volonté de rupture puisse recevoir la conséquence constitutionnelle d'obliger les partenaires à négocier. La Loi de clarification resserre encore l'objet : un simple mandat de négocier ou une question mêlant à la sécession d'autres arrangements politiques ou économiques ne suffit pas nécessairement à exprimer directement la volonté de quitter le Canada. Cette règle ne s'applique évidemment pas rétroactivement à la Confédération. Elle

fournit toutefois un test de symétrie. Si la clarté de l'objet, du sujet et de l'appui importe avant d'attribuer à un vote une portée constituante de rupture, elle importe aussi lorsque l'on veut attribuer à un vote parlementaire une portée constituante positive beaucoup plus vaste que son effet immédiat.

Le contrôle démographique corrige d'ailleurs une intuition facile. Canada-Est et Canada-Ouest disposent alors chacun de 65 sièges, mais Canada-Est compte environ 1,112 million d'habitants contre 1,396 million au Canada-Ouest. Canada-Est possède donc environ 0,0585 député par 1 000 habitants contre 0,0466 au Canada-Ouest, soit environ 25,6 % de représentation par habitant de plus. L'égalité des sièges n'est donc pas une preuve de sous-représentation du Canada-Est; elle l'avantage démographiquement.

À l'intérieur du Canada-Est, le dossier linguistique est plus fin. Les Canadiens français représentent environ 76 % de la population. Les débats antérieurs indiquent que la minorité anglophone pouvait commander environ 15 à 17 des 65 sièges, soit un poids globalement voisin de sa part démographique, avec une légère surreprésentation possible selon la classification retenue. Une accusation de distorsion linguistique massive n'est donc pas démontrée. Le déficit probatoire de 1865 doit être cherché ailleurs : mandat électoral non explicite sur le compromis final, inclusion limitée, faible amendabilité, refus d'une ratification populaire proposée et absence des peuples autochtones comme parties constituantes. Le test inversé ne dit donc pas que la majorité de 1865 n'existe pas. Elle existe. Il demande seulement ce qu'elle autorise clairement.

Une colonie peut dire non

Il faut ici ajouter un élément qui renforce encore le dossier canadien. Le refus n'est pas purement théorique. Le Nouveau-Brunswick connaît un revers politique important du projet confédératif. À l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve, les désaccords aboutissent à un retrait du processus qui mène à l'union de 1867. Ces colonies ne sont pas simplement saisies par une machine impériale qui les absorbe toutes au même moment. Cela compte beaucoup.

Un consentement dont le refus n'a aucune conséquence ressemble vite à une cérémonie. Ici, au contraire, l'adhésion des colonies a une portée politique réelle. Certaines entrent. D'autres n'entrent pas. Le Canada peut donc répondre : vous vouliez une conséquence au refus? La voici. Et la réponse est forte. Mais elle révèle aussi la limite du mécanisme.

La possibilité de refus est visible au niveau des colonies constituées. C'est une pièce favorable au dossier canadien. Mais il serait excessif d'en déduire qu'un titre fédéral n'est valable que si chaque collectivité appelée à devenir une unité de la fédération dispose, au moment fondateur, d'un veto séparé. La Province du Canada parle juridiquement comme une unité. Cette donnée ne clôt pas la question; elle déplace l'analyse vers la portée du mandat constituant exercé par la représentation commune. Or la Confédération transforme précisément cette unité en deux provinces : Ontario et Québec.

Le fédéralisme reconnaît donc au résultat une dualité que la procédure de ratification n'a pas nécessairement reconnue de la même manière au moment constituant. C'est un paradoxe intéressant. On explique la nécessité du fédéralisme par l'existence d'intérêts, d'institutions et de collectivités distinctes; puis on invoque, comme preuve d'autorisation, le vote de l'assemblée commune de l'unité que le fédéralisme doit précisément dépasser. Ce n'est pas une contradiction fatale. Mais c'est une question de mandat.

Si Canada-Est et Canada-Ouest sont assez distincts pour justifier des gouvernements provinciaux séparés dans le nouvel ordre, jusqu'où l'approbation de leur assemblée commune constitue-t-elle chacun de ces sujets séparément? Il faut montrer le pont. On ne peut pas

simplement supposer qu'il existe parce que la Confédération a ensuite fonctionné. Le mot « pacte » Il faut aussi nettoyer un mot avant qu'il fasse le travail à notre place : pacte.

On appelle souvent la Confédération un pacte. Le mot est utile parce qu'il rappelle la négociation, le compromis et l'existence de partenaires. Il devient trompeur lorsqu'on lui fait signifier automatiquement « contrat souverain conclu entre des peuples ayant chacun ratifié librement l'ensemble de la relation ». Ce n'est pas la même chose. Il existe bien un pacte politique au sens ordinaire : des gouvernements coloniaux négocient une formule qu'aucun d'eux n'aurait pu obtenir seul; ils font des concessions; ils organisent un partage des compétences; ils recherchent une union assez forte pour fonctionner et assez divisée pour préserver des autonomies locales.

Le mot décrit donc quelque chose de vrai. Mais il ne désigne pas, par magie, le sujet constituant. Un pacte entre gouvernements n'est pas nécessairement un pacte entre peuples. Un pacte entre colonies n'est pas nécessairement un acte de souveraineté populaire. Un accord approuvé par une assemblée peut avoir une immense portée politique sans devenir, pour cette seule raison, la ratification constituante maximale qu'on lui attribuera plus tard.

La question demeure : quelle autorité les négociateurs possèdent-ils pour engager ceux au nom de qui ils parlent? C'est le cœur du problème du mandat, mais aussi du vocabulaire. Si l'on appelle 1867 un « simple acte impérial », on efface la négociation. Si on l'appelle un « pacte fondateur des peuples » sans autre démonstration, on ajoute au dossier ce qu'il faut précisément prouver.

Le terme le plus fidèle est peut-être moins romantique : compromis constitutionnel représentatif, négocié colonielement et validé juridiquement par l'Empire. Ça sonne moins bien sur un monument. Ça décrit mieux le mécanisme. Et ce mécanisme est déjà remarquable. Le Canada-Est n'est pas dissous dans le nouvel ordre. Il devient le Québec, avec ses propres institutions provinciales. Ce résultat n'est pas accessoire. La forme fédérale reconnaît politiquement que l'union ne peut pas être construite comme si toutes les différences internes étaient devenues sans importance.

Le dossier canadien peut donc soutenir que la reconnaissance de cette autonomie fait partie de l'autorisation elle-même : les représentants du Canada-Est auraient accepté l'union précisément parce qu'elle ne demandait pas leur disparition politique. C'est un argument fort. Mais il doit être formulé exactement. Accepter une relation parce qu'elle garantit une autonomie substantielle peut constituer un consentement politique très sérieux à cette relation. Cela ne répond toujours pas entièrement à la question de la portée du mandat, mais cela empêche de raconter la Confédération comme une absorption pure et simple.

Autrement dit, le fédéralisme n'est pas seulement ce que le Canada donne au Québec après l'avoir constitué. Il fait partie de ce qui permet à des représentants du Canada-Est de défendre la constitution du Canada. Cette nuance renforce le dossier fédéraliste. Elle rend aussi le test plus exigeant. Car si l'autonomie du Québec est une condition importante du compromis, alors il faut prendre au sérieux le sujet politique dont cette autonomie protège l'existence. On ne peut pas invoquer son caractère distinct pour expliquer le fédéralisme, puis le faire disparaître lorsqu'on demande qui a autorisé la relation supérieure.

Le Canada-Est est assez réel pour justifier une province. Il doit donc être assez réel pour qu'on s'interroge sur la portée du mandat exercé en son nom. Ce n'est pas demander un référendum imaginaire. C'est suivre jusqu'au bout la logique du pacte qu'on invoque.

Le constituant à deux étages

Le dossier devient encore plus intéressant lorsqu'on demande : qui fait juridiquement la Constitution? La réponse n'est pas les seuls représentants coloniaux. Le British North America Act est une loi du Parlement britannique. Le Parlement impérial, avec la Couronne, possède la compétence juridique formelle pour créer le nouvel ordre. Le texte lui-même donne suite au désir exprimé par les colonies de s'unir fédéralement, mais l'édiction finale demeure impériale. On pourrait s'arrêter là et crier : « Voilà! Westminster! Donc rien n'a changé! » Ce serait une mauvaise lecture.

Le fait que Westminster adopte juridiquement le texte ne transforme pas les négociations coloniales en décor. La substance du projet est largement élaborée par les responsables politiques coloniaux. Les assemblées l'examinent. Les gouvernements le portent. Le Parlement britannique ne dessine pas simplement une nouvelle structure sans interlocuteurs locaux. Le processus est hybride. C'est probablement le mot le plus juste. Politiquement, une fonction constituante substantielle se trouve dans les colonies. Juridiquement, le pouvoir constituant formel demeure à Westminster. L'un n'annule pas l'autre.

Le problème n'est donc pas de trouver un unique « constituant » assis sur une chaise. Il y en a deux niveaux. Les colonies négocient et autorisent politiquement. L'Empire édicte juridiquement. Ce partage peut être défendu. Après tout, les institutions coloniales n'ont pas encore la compétence juridique de transformer seules l'ordre impérial. Il faut nécessairement passer par l'autorité qui détient le pouvoir de modifier la constitution existante. Mais cette nécessité juridique ne répond pas à la question normative. Elle la déplace.

Si une autorité impériale possède encore le pouvoir juridique ultime, la légitimité constituante du nouvel ordre dépend d'autant plus de la qualité de l'autorisation politique qui remonte des colonies. Autrement dit, Westminster peut fournir la compétence. Il ne peut pas fabriquer à lui seul le consentement.

Le fédéralisme réel

Il faut ensuite résister à une autre facilité. On pourrait reconnaître le vote de 1865, puis dire que le fédéralisme n'est qu'un décor puisqu'un pouvoir central demeure. Ce serait faux. Le fédéralisme de 1867 crée une autonomie provinciale réelle. Le Québec ne devient pas une administration municipale du gouvernement fédéral. Il possède une législature et un gouvernement. La Constitution répartit des compétences. Des matières importantes sont confiées exclusivement aux provinces. Le droit civil québécois, les institutions locales et plusieurs domaines décisifs de la vie collective disposent d'un espace constitutionnel propre.

Cette architecture explique en partie pourquoi des responsables du Canada-Est peuvent l'appuyer. Elle compte dans le dossier du titre. Un peuple ou une collectivité politique qui négocie une structure lui garantissant une autonomie institutionnelle substantielle n'est pas dans la même position qu'une population à qui l'on impose simplement un gouverneur. Ce chapitre ne doit surtout pas gommer ce déplacement.

La Confédération augmente fortement la mesure de l'agence politique du Québec et donne au Canada une meilleure prétention à la refondation que les actes impériaux antérieurs. Mais l'autonomie dans un ordre et l'autorisation de l'ordre restent deux questions distinctes. Une province peut posséder de vastes compétences sans que ces compétences répondent automatiquement à la question de savoir comment le titre supérieur a été autorisé. Le fédéralisme est donc un élément du mécanisme. Pas une conclusion automatique.

Pour qu'il ferme le dossier, il faut montrer comment la négociation de l'autonomie provinciale, le vote parlementaire et la création du nouvel ordre produisent ensemble une autorisation constituante suffisante du rapport supérieur. C'est possible. Ce n'est simplement pas démontré par le seul fait qu'il existe des compétences provinciales.

Le tiers absent

Il y a enfin quelqu'un que la table de 1867 ne peut pas transformer en note de bas de page : les peuples autochtones. Il faut être précis. Les conférences qui préparent la Confédération réunissent des représentants des colonies britanniques. Les peuples autochtones n'y siègent pas comme partenaires constituants. La nouvelle Constitution attribue ensuite au Parlement fédéral une compétence sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens », selon le vocabulaire juridique de l'époque.

La conclusion autorisée est nette : la table constituante de 1867 n'est pas une table de nation à nation avec les peuples autochtones. Mais il faut s'arrêter là. On ne peut pas inventer un vote qui n'a jamais eu lieu. On ne peut pas écrire que « les Autochtones ont refusé le Canada ». On ne peut pas non plus traiter toutes les nations comme si elles avaient la même histoire, les mêmes traités, les mêmes territoires ou les mêmes droits. L'absence à la table ne produit pas une volonté collective imaginaire.

Elle produit une limite du pacte. Cette limite importe ici pour une raison précise : si l'on présente 1867 comme la grande refondation constituante du Canada, il faut dire que cette refondation réunit réellement comme partenaires politiques. Elle réunit des colonies britanniques par leurs représentants. Elle ne réunit pas les peuples autochtones comme nations constituantes de la fédération. Cela ne règle pas leur statut juridique futur. Cela interdit seulement de raconter 1867 comme un moment où « tout le monde » aurait constitué ensemble le Canada. Tout le monde n'était pas à la table.

La meilleure objection, maintenant

Nous pouvons enfin formuler la meilleure défense canadienne sans la rapetisser. Des représentants élus, issus d'un régime de gouvernement responsable, ont négocié un nouvel ordre fédéral. Ils ont débattu d'un objet constitutionnel identifiable. Ils l'ont approuvé par un vote réel. La structure a créé une autonomie provinciale substantielle. Le refus colonial a eu des conséquences réelles puisque certaines colonies n'ont pas adhéré immédiatement. Le recours au Parlement britannique correspondait au droit constitutionnel de l'époque. Le référendum populaire n'était pas une condition normale du constitutionnalisme britannique. Pourquoi cela ne suffirait-il pas?

Bonne question. Si l'on répond seulement : « Parce que le peuple n'a pas voté directement », on perd. Si l'on répond : « Parce que Westminster a adopté la loi », on perd encore. La compétence juridique impériale n'efface pas l'autorisation politique coloniale. Si l'on répond : « Parce que le Canada vient de la conquête », on tourne en rond. Tout l'objet de ce chapitre est de vérifier si 1867 change précisément la nature du titre hérité. Il faut donc répondre au bon endroit. 1867 établit une autorisation politique représentative substantielle.

Ce qui demeure non établi, c'est la portée constituante complète de cette autorisation à l'égard du Canada-Est devenu Québec. Le vote est celui de la Province du Canada dans son ensemble. Le Canada-Est participe réellement au processus. L'absence d'une ratification séparée ne suffit pas à invalider cette participation : le titre constituant peut être représentatif et une fondation fédérale n'exige pas, par principe, l'unanimité de toutes les futures unités.

Le mandat représentatif est réel, mais sa portée constituante maximale ne peut pas être simplement présumée. La possibilité de refus colonial est réelle. Elle renforce le caractère non purement imposé de la séquence de 1867; elle ne crée pas pour autant une exigence universelle de veto séparé du Canada-Est. Le fédéralisme est réel, mais l'autonomie qu'il crée ne prouve pas automatiquement l'autorisation du titre supérieur. L'édiction juridique est valide, mais elle vient encore de Westminster. Aucun de ces éléments n'annule les autres. Ils s'additionnent. Et c'est justement là que commence la théorie cumulative la plus sérieuse du Canada.

Peut-être que 1867, le gouvernement responsable, le fédéralisme, la participation démocratique ultérieure, l'évolution constitutionnelle et les autres transformations finiront ensemble par établir le titre. Peut-être. Mais « ensemble » n'est pas une preuve. Une accumulation d'éléments qui ont chacun une fonction identifiable ne change pas automatiquement de catégorie parce qu'on les place dans le même paragraphe. Si le cumul produit une autorisation constituante, il faut montrer le mécanisme. En 1867, nous pouvons en voir une partie. Pas encore le tout.

Le verdict

Il faut donc refuser les deux slogans. Le premier : « 1867 n'est qu'une autre imposition britannique. » Faux. La Confédération résulte d'une négociation coloniale substantielle. Elle est défendue et combattue par des représentants politiques locaux. Elle est approuvée par une assemblée élue. Elle crée un fédéralisme réel. Elle offre aux colonies une capacité de refus qui n'est pas purement fictive. Elle constitue une transformation majeure de la chaîne de pouvoir. Le second : « Le Québec a souverainement ratifié le Canada en 1867. » Non établi.

Le processus contient une autorisation représentative réelle à l'intérieur d'une structure coloniale commune, suivie d'une édiction juridique impériale. Mais l'élection générale de 1863 n'avait pas soumis aux électeurs le projet d'union générale finalement négocié; la Grande Coalition, les conférences et les Résolutions de Québec sont postérieures. L'assemblée issue d'un suffrage masculin, britannique et censitaire approuve donc un objet constitutionnel identifiable, mais sans mandat électoral explicite sur cet objet, sans capacité normale de réécrire le compromis, sans ratification populaire ultérieure et sans participation des peuples autochtones comme parties constituantes. La qualification la plus exacte est dès lors : titre constituant représentatif incomplet.

C'est beaucoup plus que rien. C'est moins qu'un titre constituant dont la portée à l'égard du Québec serait hors controverse. Voilà le verdict. Le titre canadien sort de 1867 plus fort qu'il n'y entre. Il ne peut plus être décrit comme le simple prolongement inchangé de la conquête. Une part véritable de l'agence politique remonte désormais des gouvernés vers l'architecture constitutionnelle. Le fédéralisme fournit au Québec un espace institutionnel propre. La représentation coloniale participe à la fondation du nouvel ordre. Le signe d'origine ne peut donc plus être traité comme une condamnation automatique.

Mais le dossier n'est pas fermé. Il reste à montrer soit pourquoi cette autorisation représentative et hybride suffit comme titre direct à l'égard du Québec, soit comment les transformations suivantes la régularisent par une chaîne constituante ultérieure identifiable. 1867 établit davantage que la simple continuité de la conquête : c'est une fondation parlementaire légalement robuste et politiquement substantielle. Mais, selon le test de cet essai, son titre constituant demeure représentatif et incomplet. Le titre gagne en force. Il n'est pas encore fermé.

CHAPITRE 6 — 1982 : LÉGALITÉ ET CONSENTEMENT

Commençons par enlever du chemin la mauvaise querelle. La Loi constitutionnelle de 1982 est en vigueur. Elle fait partie de la Constitution du Canada. Sa validité juridique n'est pas suspendue parce que le gouvernement du Québec s'y est opposé. Le Québec ne possède pas, en droit, un veto général qui lui permettrait d'annuler à lui seul une modification constitutionnelle simplement parce qu'il la refuse. Voilà. Ce point n'est pas concédé à regret. Il est établi.

Si l'on veut soutenir que 1982 est « illégal » parce que Québec n'a pas signé, on perd avant même d'avoir posé la bonne question. La Cour suprême a tranché le terrain juridique. L'ordre constitutionnel de 1982 est du droit canadien. Il s'applique au Québec comme ailleurs au pays. La question de ce chapitre commence après cette phrase. Que démontre cette validité? Et que ne démontre-t-elle pas?

La différence est capitale, parce que 1982 est précisément l'endroit où quatre notions que l'on traite souvent comme des synonymes se séparent sous nos yeux : la légalité, la convention constitutionnelle, l'adhésion politique et le consentement constituant. On peut gagner sur la première et ne pas avoir encore répondu à la quatrième. C'est exactement ce qui arrive ici.

Le droit est clair

Le rapatriement de la Constitution n'est pas une retouche administrative. Il transforme profondément l'ordre constitutionnel canadien. Le Canada se dote d'une procédure interne de modification constitutionnelle. La Charte canadienne des droits et libertés devient constitutionnelle. L'article 35 reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones. La Constitution affirme sa suprématie. Le rôle législatif britannique dans les modifications constitutionnelles canadiennes prend fin. C'est majeur.

Et il faut le dire sans grimacer, parce que le dossier canadien devient ici beaucoup plus fort qu'il ne l'était à l'époque de la conquête, des lois impériales ou même de 1867. Le pays possède désormais une architecture constitutionnelle pleinement canadienne, des droits justiciables et une formule de modification qui distribue du pouvoir entre le Parlement et les provinces selon la nature des changements proposés.

On ne peut plus raconter le Canada moderne comme une simple ordonnance britannique prolongée par habitude. Ce serait faux. Le Renvoi sur le rapatriement, rendu en 1981, avait déjà distingué deux plans. Sur le terrain strictement juridique, la démarche fédérale pouvait suivre son cours sans qu'une règle de droit exige l'accord de toutes les provinces. Sur le terrain des conventions constitutionnelles, toutefois, la Cour reconnaissait qu'un degré appréciable de consentement provincial était requis. La distinction est presque trop parfaite pour notre enquête. Légal n'est pas conventionnel. Conventionnel n'est pas unanime.

Et consentement provincial appréciable n'est pas nécessairement consentement du Québec. Après le jugement, les négociations continuent. Une entente politique intervient entre le gouvernement fédéral et neuf provinces. Le gouvernement du Québec n'y adhère pas. L'opposition québécoise n'empêche pas le processus de mener à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. Il faut mesurer correctement ce fait. Il ne prouve pas que le Canada est incapable d'obtenir un consentement politique substantiel. Au contraire : neuf provinces et le gouvernement fédéral s'entendent sur une refondation majeure. Ce n'est pas rien. Ce n'est pas un détail à effacer pour rendre l'histoire plus commode. Mais ce n'est pas le même énoncé que celui-ci : le Québec a consenti. Les deux phrases ne sont pas interchangeables.

Quatre colonnes, pas une seule

Pour comprendre 1982, il faut refuser de jeter tous les mots dans le même tiroir. Première colonne : la légalité. La question est simple. L'acte est-il juridiquement valide dans l'ordre constitutionnel canadien? Oui. Deuxième colonne : la convention constitutionnelle. La question change. Les pratiques et règles politiques non justiciables qui encadrent la modification de la Constitution ont-elles été respectées? Le Renvoi de 1981 établit l'existence d'une exigence de consentement provincial appréciable. L'entente de neuf provinces modifie ensuite radicalement le contexte politique dans lequel cette exigence avait été discutée. Troisième colonne : l'adhésion politique.

Qui appuie concrètement l'arrangement? Ici encore, la réponse est substantielle au Canada et négative du côté du gouvernement québécois. L'Assemblée nationale exprime elle aussi son opposition au rapatriement et à l'arrangement constitutionnel qui en découle. Quatrième colonne : le consentement constituant. C'est la question propre à cet essai. Quel acte permet d'affirmer que le Québec a autorisé l'ordre supérieur refondé en 1982 comme titre constitutionnel à son égard? Cette quatrième question n'est pas une règle secrète du droit canadien. Elle ne prétend pas annuler les trois premières. Elle demande seulement qu'on ne les confonde pas.

On peut répondre oui à la légalité. On peut répondre oui à l'existence d'un accord politique canadien très large. On peut reconnaître l'importance démocratique et institutionnelle de la nouvelle Constitution. Et l'on peut encore constater que le gouvernement du Québec s'y oppose et que l'acte lui devient applicable malgré cette opposition. Ce n'est pas un paradoxe. C'est le dossier.

Le veto qui n'existe pas

L'objection arrive immédiatement. Le Québec n'avait pas de veto. Exact. Il faut même aller plus loin. Après l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 1982, la Cour suprême rejette la prétention selon laquelle le Québec aurait possédé une convention constitutionnelle lui garantissant un veto particulier sur la modification proposée. Le droit n'exigeait donc pas que l'assentiment du Québec soit obtenu pour que l'acte soit valide. Ce constat est fatal à une mauvaise thèse. Il ne l'est pas à la nôtre.

Dire « le Québec n'avait pas de veto juridique » répond à la question suivante : son refus avait-il le pouvoir de bloquer juridiquement l'opération? La réponse est non. Dire « le Québec a consenti » répond à une autre question : son assentiment à cette refondation a-t-il été donné? On ne peut pas fabriquer la seconde réponse avec la première.

L'absence d'un droit de veto n'est pas une forme de consentement. C'est précisément la description d'un système dans lequel, pour cet acte, le refus québécois n'était pas juridiquement décisif. Il n'y a rien de mystérieux là-dedans. Si dix personnes adoptent une règle selon laquelle neuf voix suffisent, la dixième ne possède pas de veto. Si elle vote contre, la décision peut être valide. Son vote contre ne devient pas pour autant un vote pour. La règle de décision tranche l'effet du refus. Elle ne réécrit pas le refus.

C'est ici que la distinction entre légalité et consentement devient autre chose qu'un exercice de vocabulaire. Elle empêche une opération logique très pratique : transformer la capacité d'un ordre à imposer juridiquement une décision en preuve que celui à qui elle s'applique l'a autorisée. Le droit peut dire : cette règle vaut. Il ne peut pas, par cette seule phrase, dire : vous l'avez voulue.

1980 ne signe pas 1982 d'avance

Une autre réponse est possible. Deux ans plus tôt, les Québécois ont rejeté le mandat de souveraineté-association proposé par le gouvernement Lévesque. Pourquoi ne pas voir dans ce NON une autorisation politique de poursuivre le Canada et, par conséquent, de le réformer? Parce qu'il faut respecter l'objet du vote. Le référendum de 1980 porte sur un mandat précis de négociation de la souveraineté-association, avec les modalités exposées dans la question. Il ne soumet pas aux électeurs la Charte qui sera adoptée deux ans plus tard. Il ne leur soumet pas la nouvelle formule de modification. Il ne leur soumet pas l'entente fédérale-provinciale qui n'existe pas encore.

On peut parfaitement soutenir que le résultat de 1980 a un effet politique considérable. Il refuse la proposition qui lui est soumise. Il maintient donc le régime existant en place puisque la transformation proposée n'est pas autorisée. Mais un vote ne peut pas ratifier par anticipation un texte qui n'est pas encore devant l'électeur. Même le camp fédéraliste de 1980 présentait le NON comme compatible avec — et même porteur d'une promesse de — renouvellement constitutionnel. Cela rend encore plus difficile de traiter ensuite ce vote comme l'approbation détaillée d'un statu quo ou d'une réforme future déterminée.

Le point est étroit. Il est pourtant décisif. 1980 n'annule pas 1982. 1980 ne rend pas 1982 illégal. 1980 ne prouve pas non plus que les Québécois ont autorisé le contenu précis de 1982. Il faut laisser à chaque acte sa portée réelle. Sinon, le temps devient une machine à consentement : un NON à une proposition en 1980 se transforme deux ans plus tard en OUI à une autre proposition que personne n'avait encore lue. Ce n'est pas du consentement cumulatif. C'est de la rétroactivité sémantique.

La meilleure défense de 1982

À ce stade, la défense canadienne mérite d'être formulée dans sa version la plus forte. Elle dit ceci. Vous cherchez trop de pureté dans un processus constitutionnel qui n'en a jamais eu besoin. Le Canada n'est pas une association volontaire dont chaque membre renouvelle périodiquement sa carte. Le Québec participe depuis longtemps aux institutions fédérales. Ses députés siègent à Ottawa. Son gouvernement exerce des compétences constitutionnelles considérables. Sa population vote aux élections fédérales. Ses tribunaux appliquent la Constitution. La Charte protège aussi les Québécois. La formule de modification donne aux provinces un rôle réel. Le pays dispose désormais d'une Constitution domestiquée, révisable et encadrée par des procédures.

En plus, 1982 n'a pas été l'œuvre solitaire d'Ottawa. Neuf gouvernements provinciaux se sont entendus avec le fédéral. On ne peut pas traiter cet accord comme si une capitale avait simplement dicté un texte à dix populations muettes. Tout cela est vrai. Et tout cela compte. La défense devient moins solide seulement lorsqu'elle ajoute une phrase de trop : donc le Québec a consenti à 1982. Le mot donc fait ici tout le travail sans montrer son mécanisme.

Les institutions démocratiques donnent au Canada une légitimité d'exercice réelle. L'autonomie québécoise est réelle. La participation du Québec au fédéralisme est réelle. Les droits constitutionnels sont réels. La capacité de modifier la Constitution est réelle. Mais la question précise de 1982 demeure : quel acte transforme l'opposition québécoise à cette refondation particulière en autorisation québécoise de cette refondation particulière?

Si la réponse est la légalité de l'acte, nous revenons au cercle : l'ordre est autorisé parce que ses règles permettent de l'adopter. Si la réponse est l'accord des neuf autres provinces, nous avons démontré une large adhésion canadienne, pas l'adhésion du Québec. Si la réponse est le NON de 1980, nous lui faisons approuver un objet futur qu'il ne posait pas.

Si la réponse est la participation générale du Québec au Canada, nous changeons d'échelle : nous passons d'un acte constituant déterminé à une théorie cumulative de la légitimité. Cette théorie cumulative est sérieuse. Mais elle devra être démontrée comme telle. 1982, pris pour lui-même, ne suffit pas à établir le consentement constituant du Québec. C'est précisément pour cela que Meech compte autant.

Meech : le consentement à quelque chose

L'Accord du lac Meech est parfois raconté seulement comme un échec. Pour notre enquête, c'est insuffisant. Meech est surtout une pièce à conviction extraordinaire parce qu'il montre à quoi ressemble un consentement politique québécois attaché à un objet constitutionnel déterminé. L'accord de 1987 est conclu unanimement par les premiers ministres. Son propre texte reconnaît que la Loi constitutionnelle de 1982 est entrée en vigueur à la suite d'une entente entre le Canada et toutes les provinces sauf le Québec. Il présente les modifications proposées comme une voie permettant la participation pleine et entière du Québec à l'évolution constitutionnelle du Canada.

Ce préambule est presque une radiographie du problème. On ne dit pas : tout était déjà réglé en 1982 et le Québec a simplement oublié de sourire. On dit, en substance : il reste une relation constitutionnelle à réconcilier. Le gouvernement du Québec accepte alors un ensemble précis de modifications. La reconnaissance du Québec comme société distincte en fait partie, avec d'autres arrangements institutionnels. L'objet est identifiable. Les acteurs sont identifiables. L'assentiment québécois est politiquement fort. Voilà exactement le type d'élément qu'un procès honnête du titre doit compter.

Si l'accord était entré en vigueur, il aurait constitué une pièce majeure pour soutenir que le Québec avait choisi de réintégrer pleinement un ordre constitutionnel renouvelé selon des conditions qu'il avait acceptées. Mais l'accord n'entre pas en vigueur. Les ratifications nécessaires ne sont pas toutes obtenues. Ce fait a deux conséquences qui tirent dans des directions opposées. La première renforce le Canada.

L'échec de Meech démontre que la procédure de modification n'est pas décorative. Des refus provinciaux et des règles de ratification peuvent empêcher une réforme constitutionnelle soutenue par le gouvernement fédéral et, au départ, par l'ensemble des premiers ministres. Le système postérieur à 1982 contient donc de vraies capacités de blocage et de refus. C'est important.

On ne peut pas dire que tout refus provincial est condamné à être ignoré comme celui du Québec en 1982. Meech prouve le contraire. La seconde conséquence demeure défavorable à la preuve du consentement québécois. Le Québec avait consenti à Meech. Il n'avait pas consenti à « Meech sans Meech ». Le consentement était attaché à un accord déterminé. Lorsque l'accord échoue, on ne peut pas décoller l'assentiment québécois du texte accepté et le recoller sur le statu quo qui subsiste. Ce serait une étrange théorie du contrat : votre offre n'a pas été conclue, donc votre acceptation vaut désormais pour l'arrangement que vous cherchiez précisément à modifier. Non. Meech prouve que le Québec pouvait consentir à une réconciliation constitutionnelle. Il ne prouve pas qu'il a consenti au régime demeuré inchangé après l'échec de cette réconciliation.

Elijah Harper et la procédure qui compte

Dans la séquence manitobaine de Meech, un geste est devenu emblématique. Elijah Harper, député de Rupertsland, refuse la permission procédurale demandée pour faire avancer la résolution dans un calendrier devenu extrêmement serré. Le compte rendu parlementaire du

moment enregistre simplement un « No » attribué à un député non nommé; la mémoire institutionnelle identifiera Harper comme celui qui l'a prononcé. Il faut résister à la tentation du récit facile. Harper n'est pas « l'homme qui a détruit Meech » à lui seul.

L'accord dépendait de plusieurs assemblées, de règles de ratification, d'échéances et de décisions politiques dans plusieurs provinces. Son geste est décisif dans la séquence manitobaine, mais il ne peut absorber toute la causalité de l'échec. Ce qui nous intéresse ici est plus précis. La procédure donnait une conséquence à son refus. Le NON ne flottait pas dans l'air comme une opinion respectable avant que le mécanisme poursuive exactement son chemin. Il empêchait la permission demandée à cet instant. Et Harper liait son opposition à la place des peuples autochtones dans les discussions constitutionnelles.

Il ne parlait pas au nom de toutes les Premières Nations, de tous les Inuit ou de tous les Métis. Aucun homme ne peut contenir cette pluralité. Mais son intervention rappelle qu'une réforme présentée comme réconciliation du Québec avec l'ordre canadien ne règle pas, par définition, la question de tous les autres peuples concernés par cet ordre. Cette question aura son propre dossier.

Ici, une conclusion suffit : Meech ne montre pas seulement qu'une Constitution peut être modifiée. Il montre aussi que la qualité d'un processus constituant dépend de ceux que l'on reconnaît comme participants et de la conséquence réelle que l'on donne à leur refus. Le Canada de 1990 est donc plus révisable que le Canada de 1982 ne l'avait paru au Québec. C'est un progrès institutionnel réel. Mais le pont constitutionnel proposé à Meech n'a pas été construit.

Charlottetown : cette fois, le peuple tranche la proposition

Deux ans plus tard, le problème revient sous une forme encore plus difficile à esquiver. L'Accord de Charlottetown propose un renouvellement constitutionnel beaucoup plus vaste. Cette fois, la population est appelée directement à se prononcer. Au Québec, la question demande si la Constitution du Canada doit être renouvelée sur la base de l'accord conclu en 1992.

Le résultat est net : 56,68 % votent NON au Québec. L'accord est également rejeté à l'échelle canadienne. Pour le test de ce livre, Charlottetown est une pièce énorme. Pourquoi? Parce qu'ici l'objet est explicitement constitutionnel, le sujet populaire est identifiable et le refus produit une conséquence politique immédiate : le projet est abandonné. Si l'on cherchait la preuve que le Canada contemporain peut mettre une proposition de refondation devant la population et accepter qu'elle soit rejetée, la voici. Il faut la compter en faveur de la révisabilité du régime.

Mais il faut lui faire dire exactement ce qu'elle dit. Les Québécois ont refusé l'Accord de Charlottetown. Ils n'ont pas, par ce seul NON, ratifié toute la Constitution qui demeurerait en vigueur après son échec. La distinction peut sembler pointilleuse jusqu'à ce qu'on inverse la logique. Un électeur pouvait voter NON parce qu'il trouvait l'accord trop centralisateur. Un autre parce qu'il le trouvait trop décentralisateur. Un souverainiste pouvait le rejeter parce qu'il voulait sortir du cadre. Un fédéraliste pouvait le rejeter parce qu'il préférait le cadre existant. D'autres pouvaient refuser une disposition particulière ou l'équilibre général du compromis.

Le bulletin agrège ces motifs sans les rendre identiques. Ce qu'il établit directement est plus simple : la proposition soumise n'est pas acceptée. L'effet est conservatoire. Le régime existant continue parce que le renouvellement proposé échoue. L'effet conservatoire n'est pas automatiquement une ratification positive. Cette règle n'est ni souverainiste ni fédéraliste. Elle est simplement symétrique.

Si un référendum porte sur une proposition déterminée, le OUI accepte cette proposition et le NON la rejette. Le NON ne signe pas toutes les propositions contraires que l'on pourrait imaginer. Charlottetown démontre donc une capacité populaire réelle de dire non à un projet constitutionnel. Il ne répare pas rétroactivement l'absence d'assentiment québécois à 1982.

Deux tentatives, aucun transfert

Meech et Charlottetown sont précieux parce qu'ils empêchent deux caricatures opposées. La première caricature dit : le Canada est irréformable, aucun refus n'y compte, rien ne peut changer. Faux. Meech échoue précisément parce que les conditions de ratification comptent. Charlottetown échoue après un refus référendaire. Le régime est révisable. Des gouvernements négocient. Des législatures peuvent faire obstacle. Une population peut rejeter un projet. Le Canada contemporain possède des mécanismes de refus qu'il serait malhonnête de nier. La seconde caricature dit : puisque le Québec a participé à ces processus, le problème de 1982 est réglé.

Faux encore. Meech montre un consentement québécois à un accord précis qui n'entre jamais en vigueur. Charlottetown montre un refus populaire d'un autre accord précis. Aucun des deux événements ne produit cette proposition : « le Québec ratifie positivement la Constitution de 1982 telle qu'elle demeure en vigueur ». Cette proposition n'est tout simplement pas l'objet des actes considérés. Il faut résister à une habitude politique étrange : lorsqu'un processus de réforme réussit, on dit que le système a prouvé sa légitimité; lorsqu'il échoue, on dit que le statu quo a gagné et qu'il est donc lui aussi légitimé.

Pile, je gagne. Face, vous avez consenti. Un régime peut évidemment sortir renforcé politiquement d'un échec de réforme. Ses institutions continuent. Ses citoyens continuent d'y participer. Sa stabilité peut augmenter. Son caractère démocratique peut être confirmé par la manière dont le refus a été entendu. Mais si l'on veut transformer cela en consentement constituant positif à l'ordre demeuré en place, il manque encore une étape. Il faut montrer le mécanisme de conversion. Le statu quo ne se ratifie pas tout seul parce qu'une autre proposition a perdu. « La question est réglée »

Voici donc la meilleure objection à tout ce chapitre. À quoi bon maintenir cette distinction? La Constitution de 1982 est valide. Elle fonctionne depuis des décennies. Les gouvernements du Québec participent au fédéralisme. Les Québécois votent. Ils invoquent la Charte, contestent des lois, gagnent et perdent devant les tribunaux. La formule d'amendement existe. Meech et Charlottetown démontrent que le système peut être négocié et révisé. Le Québec n'a pas de veto général. À un moment, insister sur l'absence d'un consentement constituant spécifique ne revient-il pas à fabriquer une question que le droit et la démocratie ont déjà dépassée?

C'est une objection sérieuse. Elle rejoint la théorie cumulative la plus forte du Canada. Peut-être qu'un ordre politique n'a pas besoin d'un acte unique de ratification. Peut-être que la durée, les élections, l'autonomie, les droits, les négociations, les amendements et la participation finissent ensemble par produire un nouveau titre. Peut-être que la légitimité constituante peut être cumulative. Cet essai n'interdit pas cette réponse. Il lui demande de montrer sa règle. Ce chapitre n'a pas besoin de résoudre tout le faisceau canadien. Il doit seulement établir ce que 1982, Meech et Charlottetown ajoutent au dossier.

1982 ajoute énormément à la légitimité juridique et institutionnelle du Canada. Il crée un ordre constitutionnel canadien moderne, révisable, doté de droits et d'une formule de modification. Il ajoute aussi une difficulté nette à la question du titre à l'égard du Québec : la refondation s'applique malgré l'opposition du gouvernement québécois, et cette opposition n'est pas juridiquement décisive.

Meech montre ensuite que le Québec peut donner un consentement politique fort à une réconciliation constitutionnelle déterminée. Il montre aussi que d'autres refus peuvent empêcher l'accord de devenir droit. Charlottetown montre enfin que la population peut refuser directement un projet de renouvellement constitutionnel et que ce refus peut être politiquement décisif. Ces trois épisodes rendent le dossier canadien plus riche. Ils ne le rendent pas plus simple.

La légalité ne ferme pas le dossier du consentement

La confusion la plus dangereuse serait maintenant de conclure que, puisque la Constitution est valide, parler de consentement relève seulement du sentiment. Non. La validité est une catégorie juridique. Le consentement constituant est une catégorie politique et normative. Les deux peuvent se rejoindre. Elles ne sont pas identiques par définition. Le droit canadien peut très bien dire : une modification peut être valide sans l'accord du Québec.

L'essai peut répondre : entendu; cela signifie précisément que, pour cette modification, l'accord du Québec n'était pas une condition de validité. Puis il peut poser sa propre question : si cet accord n'était pas requis, par quel autre mécanisme l'autorisation constituante du Québec est-elle établie? Ce n'est pas contester la décision du tribunal. C'est refuser de lui poser une question qu'il n'avait pas à résoudre. La Cour détermine le droit applicable. Elle ne transforme pas automatiquement une règle de modification en théorie complète de la légitimité politique.

La démocratie canadienne, le fédéralisme, la Charte, l'autonomie provinciale et les procédures de réforme restent au dossier. Ils pourront encore soutenir la théorie cumulative. Mais 1982 ne peut pas être utilisé comme preuve de consentement simplement parce que 1982 est valide. Meech ne peut pas être utilisé comme preuve de consentement au statu quo simplement parce que le Québec avait consenti à Meech.

Charlottetown ne peut pas être utilisé comme preuve de consentement au statu quo simplement parce que Charlottetown a été rejeté. À chaque fois, la même discipline s'impose. Quel était l'objet? Qui devait décider? Qu'a produit le OUI ou le NON? À quoi peut-on attribuer le consentement? La question n'exige pas un parchemin. Elle exige de ne pas déplacer l'objet après le vote.

Ce que 1982 établit — et ce qu'il laisse ouvert

À la fin du chapitre, plusieurs choses sont établies. La Loi constitutionnelle de 1982 est juridiquement valide et pleinement en vigueur. Le Québec ne possédait pas un veto constitutionnel général capable de rendre l'acte invalide par son seul refus. L'accord politique qui mène au rapatriement possède une base canadienne substantielle : le gouvernement fédéral et neuf provinces. Le gouvernement du Québec s'oppose à l'arrangement. Cette opposition n'empêche pas l'acte de produire ses effets au Québec. Le NON de 1980 ne constitue pas une ratification anticipée du contenu de 1982.

L'Accord du lac Meech représente une tentative réelle, sérieuse et politiquement forte de réconciliation constitutionnelle avec le Québec. Le Québec consent à cet accord déterminé. L'accord échoue. Ce consentement ne migre pas vers le statu quo. L'échec de Meech démontre en même temps que les mécanismes de ratification peuvent donner une conséquence réelle à des refus.

L'Accord de Charlottetown soumet ensuite un renouvellement constitutionnel directement à la population. Le Québec le rejette. Le Canada le rejette également. Le projet tombe. Ce refus populaire prouve une capacité démocratique de dire non. Il ne prouve pas l'acceptation positive de ce qui reste après le non. Le verdict doit donc rester proportionnel. 1982 ne rend pas le

Canada illégal. 1982 ne rend pas sa démocratie fictive. 1982 ne réduit pas le Québec à l'impuissance constitutionnelle pour toujours.

1982 ne prouve pas non plus, par sa seule validité, que le Québec a autorisé la refondation qui lui a été appliquée. La distinction tient. Et elle va maintenant rencontrer une objection beaucoup plus difficile que les arrêts de la Cour suprême, parce qu'elle vient non plus des gouvernements, des juges ou des premiers ministres, mais des urnes. 1982 est du droit. Le dossier du consentement québécois reste distinct. C'est alors que surgit la meilleure objection démocratique : deux fois, le Québec a voté.

CHAPITRE 7 — 1980 ET 1995 : LA MEILLEURE OBJECTION

Vous avez voté deux fois. Deux fois, la question nationale a été portée devant les électeurs du Québec. Deux fois, le camp souverainiste a perdu. En 1980, le NON obtient 59,56 % des votes valides. En 1995, il gagne encore, cette fois par 50,58 % contre 49,42 %, avec un écart officiel de 54 288 voix et une participation de 93,52 %. Voilà, à première vue, la meilleure objection démocratique à tout ce qui précède.

Le Québec aurait pu partir. Il ne l'a pas fait. Il a eu deux occasions réelles de choisir la souveraineté. Il a choisi de rester. On peut discuter de 1760, de 1867, de 1982, de la signature absente, du gouvernement du Québec qui s'est opposé au rapatriement. Mais à un moment donné, dira-t-on, la démocratie doit compter. Et ici, elle a compté deux fois. Cette objection est forte. Elle est même plus forte que beaucoup d'arguments juridiques, parce qu'elle ne repose pas sur une convention ancienne, une interprétation historique ou une mécanique constitutionnelle inaccessible au commun des mortels. Elle repose sur des millions de personnes qui se déplacent, prennent un bulletin, font un choix et le déposent dans une boîte.

Si le procès du titre canadien ne peut pas survivre à cela, il doit s'arrêter ici. Mais il faut d'abord savoir ce que ces votes ont décidé. Pas ce que nous voudrions leur faire dire après coup. Ce qu'ils ont décidé.

Un NON n'est pas un chèque en blanc

Un référendum porte sur une proposition. Le OUI accepte cette proposition. Le NON la rejette. Cela paraît enfantin. Pourtant, une bonne partie du débat constitutionnel repose sur une opération beaucoup plus ambitieuse : prendre le rejet d'une proposition, constater que le statu quo demeure, puis transformer cette conséquence pratique en consentement positif au statu quo lui-même. Le raisonnement tient en trois mouvements. Premièrement : une proposition de changement est soumise. Deuxièmement : elle est rejetée. Troisièmement : puisque le régime existant continue, ceux qui ont rejeté le changement auraient donc autorisé positivement ce régime.

C'est précisément le troisième mouvement qu'il faut démontrer. Car la continuation d'une situation et sa ratification ne sont pas la même chose. Si je refuse une proposition d'achat, je ne ratifie pas pour autant toute l'histoire juridique de ce que je possède déjà. Si je refuse un projet de rénovation, je n'approuve pas nécessairement chaque défaut de la maison. Si je rejette un candidat, je ne signe pas le programme complet de tous ses adversaires. Un vote a un objet. Ce principe doit fonctionner dans les deux sens.

On ne peut pas limiter sévèrement la portée d'un OUI — « attention, il ne produit pas tout juridiquement, il faudra négocier, il faudra modifier la Constitution, il faudra préciser la question » — puis donner au NON une puissance métaphysique : il rejetterait la proposition, autoriserait le statu quo, ratifierait l'ordre constitutionnel, réparerait les lacunes du passé et signerait, pour

ainsi dire, les actes que personne ne lui a soumis. Le même bulletin ne peut pas être étroit pour le OUI et cosmique pour le NON. La démocratie mérite mieux que cette géométrie variable.

1980 : ce qui a été refusé

En 1980, la question ne demande pas aux Québécois : « Autorisez-vous la Constitution canadienne telle qu'elle existe? » Elle ne leur demande pas de ratifier 1867. Elle ne leur demande pas d'approuver une formule de modification constitutionnelle. Elle ne leur demande évidemment pas d'autoriser la Constitution de 1982, qui n'existe pas encore. Elle demande au gouvernement du Québec un mandat pour négocier une nouvelle entente fondée sur la souveraineté-association. La question précise qu'un changement de statut politique ne surviendrait pas sans un second référendum. Le NON gagne avec 59,56 % des votes valides. La participation atteint 85,61 %.

Le verdict direct est solide : le gouvernement Lévesque ne reçoit pas le mandat qu'il demande. La voie proposée de souveraineté-association est refusée. Le statut politique existant continue. Il faut accorder tout cela. Mais on ne peut pas ajouter gratuitement : donc les électeurs ratifient le Canada existant dans toutes ses dimensions. Cette lecture rencontre d'ailleurs un obstacle assez embarrassant : le camp fédéraliste lui-même ne présente pas nécessairement le NON comme un vote pour que rien ne change.

Durant la campagne, Pierre Elliott Trudeau promet un renouvellement constitutionnel. Il présente le NON comme compatible avec — et même porteur de — changements importants dans le cadre canadien. Son argument n'est pas : « votez NON parce que le régime actuel est parfait et doit demeurer intact ». Son argument est, en substance : « ne choisissez pas cette voie de souveraineté-association; nous pouvons changer le Canada ». Cela ne permet pas de savoir pourquoi chaque électeur a voté NON. Il serait absurde d'attribuer un motif unique à des millions de personnes.

Certains ont certainement voté par attachement au Canada. D'autres ont pu craindre l'incertitude économique. D'autres préférer une réforme fédérale. D'autres rejeter le projet de souveraineté-association lui-même. D'autres encore avoir mille raisons que le bulletin n'enregistre pas. Le vote agrégé ne lit pas les âmes. Mais le contexte de campagne suffit à détruire une prétention beaucoup plus étroite : on ne peut pas présenter honnêtement le NON de 1980 comme une approbation univoque du statu quo constitutionnel inchangé alors que la principale figure fédéraliste promet elle-même de le changer. C'est là que 1982 revient dans le dossier.

Le Canada change effectivement. Il change beaucoup. La Constitution est rapatriée. Une Charte des droits est enchâssée. Une formule canadienne de modification est créée. Le nouvel ordre est juridiquement valide. Mais le gouvernement du Québec s'oppose au processus final. Le NON de 1980 avait-il autorisé ce contenu précis? Non démontré. La question de 1980 ne soumettait ni la Charte de 1982, ni la formule d'amendement, ni l'accord fédéral-provincial qui allait les produire. On peut soutenir que le vote de 1980 a renforcé politiquement le fédéralisme. On peut soutenir qu'il a affaibli le projet souverainiste de l'époque. On peut soutenir qu'il a donné au gouvernement fédéral un espace politique considérable pour entreprendre une réforme.

Mais il faut arrêter avant de transformer cet espace politique en consentement constituant au texte qui viendra deux ans plus tard. Le NON de 1980 n'est pas une procuration en blanc postdatée.

Le test de Charlottetown

Il existe un moyen simple de vérifier la règle. Appliquons-la à un référendum constitutionnel où le résultat dérange moins nos habitudes. En 1992, l'Accord de Charlottetown propose un vaste renouvellement constitutionnel. Au Québec, la question demande aux électeurs si la Constitution du Canada doit être renouvelée sur la base de cet accord. Le NON l'emporte avec 56,68 %.

Si nous appliquons la règle selon laquelle « NON à une proposition = consentement positif à son contraire », il faudrait alors conclure quelque chose de remarquable. Les Canadiens ont rejeté le Canada. Voilà. Le pays se serait démocratiquement désavoué lui-même. Le NON à Charlottetown deviendrait un OUI constituant à l'anti-Charlottetown, et puisque l'accord prétend renouveler le Canada, son rejet pourrait être lu comme un rejet du Canada qu'il voulait renouveler. C'est absurde. Et je retire immédiatement la formule. Les Canadiens n'ont pas « rejeté le Canada ». Ils ont rejeté l'Accord de Charlottetown.

Au Québec, les électeurs ont refusé le renouvellement constitutionnel proposé sur la base de cet accord. Dans l'ensemble du pays, l'accord a échoué. Le régime antérieur a continué parce que la proposition de modification n'a pas été autorisée. C'est tout ce que le vote établit directement. Pourquoi les électeurs ont-ils dit NON? Certains trouvaient l'accord trop généreux envers le Québec. D'autres pas assez. Certains rejetaient une réforme particulière. Certains préféraient le statu quo. Certains souverainistes québécois pouvaient rejeter l'accord précisément parce qu'ils ne voulaient plus renouveler le Canada. Les motivations étaient incompatibles entre elles.

Le NON les additionne sans les résoudre. Voilà pourquoi le test est utile. Le référendum de Charlottetown démontre quelque chose d'important en faveur du Canada : une proposition constitutionnelle majeure peut être soumise à la population et être rejetée. Il existe donc une capacité populaire réelle de refus. C'est une pièce forte. Mais cette pièce ne devient pas une ratification positive de tout ce qui reste après l'échec. Refus de la proposition. Effet conservatoire. Absence de ratification positive démontrée. Cette règle fonctionne parfaitement à Charlottetown. Elle doit maintenant fonctionner en 1980 et en 1995. Sans passe-droit.

Meech : un consentement ne migre pas

L'Accord du lac Meech fournit le même test sous une autre forme. Cette fois, le gouvernement du Québec accepte une proposition déterminée de réconciliation constitutionnelle. L'accord cherche notamment à intégrer politiquement le Québec à l'ordre issu de 1982 selon un ensemble précis de modifications. Le consentement québécois à cet objet est identifiable. Il est politiquement fort. Puis l'accord échoue. Les ratifications nécessaires ne sont pas toutes obtenues et les modifications n'entrent pas en vigueur. Que devient alors le consentement du Québec? Il reste attaché à Meech. Il ne saute pas de l'accord proposé vers la Constitution demeurée inchangée.

On ne peut pas écrire : « puisque le Québec avait accepté Meech, il avait donc accepté la Constitution sans Meech ». Ce serait exactement l'opération que nous refusons pour les référendums : détacher un OUI ou un NON de son objet et le transporter vers un autre objet parce que celui-ci est ce qui subsiste après l'échec.

Le fait que le statu quo revienne ne signifie pas que le consentement s'y est déplacé. C'est une distinction capitale. Un consentement politique peut être très fort sans être universel. Il peut dire : oui, à condition que la relation prenne cette forme. Si cette forme n'est pas produite, la condition ne disparaît pas mystérieusement pour laisser derrière elle un OUI pur à tout le reste. Meech démontre donc deux choses qui tirent en sens contraire.

D'abord, il montre que le gouvernement du Québec pouvait consentir activement à une réconciliation constitutionnelle canadienne déterminée. Cela compte en faveur de la thèse selon laquelle le titre canadien n'est pas condamné à rester éternellement prisonnier de son origine. Ensuite, l'échec de l'accord signifie que ce consentement déterminé ne devient pas l'autorisation du régime non modifié. Le pont a été proposé. Le Québec a accepté de l'emprunter. Le pont n'a pas été construit. On ne peut pas conclure que le voyage a eu lieu quand même. Cette règle est la même partout : le consentement porte sur l'objet auquel il est donné. Son échec institutionnel n'autorise pas à changer ensuite cet objet pour sauver une conclusion.

C'est exactement ce que Charlottetown confirmera par référendum : le rejet d'un renouvellement constitutionnel ne ratifie pas automatiquement la Constitution qui demeure après le rejet. Et c'est exactement ce que 1980 et 1995 exigent de nous : lire le vote à hauteur de la proposition soumise, puis distinguer soigneusement la conséquence institutionnelle de la ratification constituante qu'on voudrait parfois lui faire porter.

1995 : la démocratie à 54 288 voix près

1995 est différent. Beaucoup plus serré. Beaucoup plus chargé. Beaucoup plus dangereux à simplifier. Le NON obtient 50,58 %. Le OUI, 49,42 %. L'écart officiel est de 54 288 voix. Plus de 4,67 millions de bulletins valides sont déposés. La participation atteint 93,52 %. Ce n'est pas un détail de l'histoire politique québécoise. C'est un exercice démocratique massif. La proposition souverainiste est battue. Il faut le dire sans détour.

Le Québec ne devient pas souverain. Le processus proposé n'est pas autorisé. Le Canada continue de s'appliquer au Québec en fait et en droit. Quiconque voudrait transformer 49,42 % en victoire du OUI falsifierait le résultat. Je ne le ferai pas. Quiconque voudrait prétendre que l'écart était si mince qu'il ne comptait plus falsifierait également le principe même du vote. Je ne le ferai pas davantage. Le NON a gagné. Maintenant : qu'a-t-il gagné?

La question demande si le Québec doit devenir souverain après avoir offert au Canada un nouveau partenariat économique et politique, selon les textes auxquels elle renvoie. Le résultat établit que cette proposition n'obtient pas la majorité. Il n'établit pas directement que chaque électeur du NON choisit positivement le Canada. Il n'établit pas que l'électorat québécois ratifie la Constitution de 1982. Il n'établit pas qu'il approuve chaque caractéristique du fédéralisme canadien. Il n'établit pas qu'il renonce à toute proposition souverainiste future. Il n'établit pas qu'il juge légitime chaque étape historique par laquelle l'autorité canadienne s'est constituée.

Il établit un NON à cette proposition. Et ce NON produit un effet conservatoire majeur : le régime existant demeure. C'est déjà énorme. Pourquoi faudrait-il lui ajouter ce que le bulletin ne dit pas? « Vous avez choisi de rester » Voici alors l'objection dans sa meilleure forme. Arrêtons de jouer sur les mots, dira-t-on.

En 1995, tout le monde savait ce qui était en jeu. Le débat était national. La campagne était intense. La participation a été presque totale. Il ne s'agissait pas d'une consultation obscure sur une virgule constitutionnelle. Le OUI proposait que le Québec devienne souverain. Le NON défendait le maintien dans le Canada. Les électeurs ont tranché.

Dire ensuite que le NON ne signifie pas « choisir le Canada » serait un raffinement sémantique destiné à éviter une conclusion politique évidente. Cette objection doit être prise au sérieux. À l'échelle politique, le résultat de 1995 est incontestablement une victoire du camp fédéraliste et une défaite du projet souverainiste soumis. Il serait artificiel de prétendre que le maintien du Canada n'a rien à voir avec le choix. Bien sûr qu'il a à voir avec le choix. Le Canada demeure

précisément parce que la proposition de souveraineté échoue. Mais « le Canada demeure » et « le titre constituant du Canada est positivement ratifié » sont deux propositions différentes.

La première décrit l'effet institutionnel du vote. La seconde lui attribue un effet constituant supplémentaire. Pour obtenir cette seconde conclusion, il faut montrer que l'objet soumis était réellement la ratification du Canada comme ordre supérieur, avec une portée suffisamment claire pour couvrir ce qu'on prétend ensuite avoir ratifié. Ce n'était pas l'objet du bulletin. Le contexte politique rend d'ailleurs toute lecture maximaliste encore plus difficile.

Pendant la campagne du NON, les dirigeants fédéralistes ne se contentent pas de dire : « choisissez le Canada tel qu'il est ». Des engagements de changement sont formulés. Après le référendum, Jean Chrétien rappelle notamment des promesses portant sur la reconnaissance du Québec comme société distincte, sur un consentement du Québec à certains changements constitutionnels l'affectant et sur une décentralisation visant à rapprocher les décisions des citoyens. Encore une fois, cela ne prouve pas pourquoi chaque personne a voté NON. Cela prouve seulement que le choix politique proposé par le camp fédéraliste ne se réduisait pas nécessairement à : « acceptez intégralement le statu quo ».

Rester pouvait être vendu avec changer. On ne peut pas solliciter un vote en disant « restez, nous changerons des choses », puis récupérer le même vote comme s'il signifiait « tout ce qui existe est ratifié ». Ce serait faire signer après coup un texte différent de celui présenté au moment du choix.

Un scrutin réel n'est pas un scrutin sacré

Il reste un dossier délicat : les irrégularités de 1995. Elles existent. Elles sont documentées. Et elles doivent être traitées avec exactement la même discipline que le résultat officiel. Le rapport Grenier, tel que résumé par Élections Québec, établit qu'Option Canada et le Conseil pour l'unité canadienne ont effectué environ 539 000 dollars de dépenses illégales durant la période référendaire, notamment parce que ces dépenses n'avaient pas été autorisées et déclarées conformément au régime applicable. Certaines autres dépenses n'ont pu être évaluées. C'est un fait. Ce fait ne permet pas d'écrire que 539 000 dollars ont déplacé 54 288 votes.

Nous n'avons pas cette preuve. Il ne permet pas davantage d'écrire que le référendum a été volé. Nous n'avons pas cette preuve non plus. Mais il interdit de présenter l'environnement financier de la campagne comme parfaitement conforme aux règles lorsque l'on veut transformer le résultat en acte constituant d'une portée maximale. Il y a aussi le dossier de la grande marche pour l'unité à Montréal. Des personnes et organisations, dont certaines venues de l'extérieur du Québec, ont payé des frais de transport ou offert du transport à prix réduit en contravention de la loi applicable. Le Comité officiel du NON n'a pas été directement impliqué dans ces dépenses selon le dossier d'Élections Québec.

La distinction est essentielle. Une irrégularité favorable au NON n'est pas automatiquement une irrégularité du Comité officiel du NON. Même chose pour l'accélération du traitement de demandes de citoyenneté à l'approche du référendum. Le dossier parlementaire montre que la question a été soulevée pendant la campagne. Sergio Marchi a défendu l'opération comme conforme au droit et aux pratiques gouvernementales, puis a confirmé publiquement, des années plus tard, que Jean Chrétien l'avait encouragé à faire avancer rapidement l'arriéré parce que le référendum approchait et que de nouveaux citoyens souhaitaient voter. C'est une intervention gouvernementale pertinente pour l'audit du processus.

Son effet exact sur le vote n'est pas démontré. Combien de personnes ont obtenu leur citoyenneté plus rapidement qu'elles ne l'auraient autrement obtenue? Combien ont voté? Comment ont-elles voté? Le dossier ne permet pas de répondre avec assez de certitude pour

transformer l'intervention en causalité électorale. Donc : intervention documentée, causalité non démontrée. Il faut aussi mentionner ce qui dérange la tentation d'un récit unilatéral.

Des taux anormalement élevés de bulletins rejetés ont été constatés dans certaines circonscriptions, et l'enquête d'Élections Québec a relevé des rejets déraisonnables de bulletins valides. Mais le dossier officiel indique que deux délégués du Comité national du OUI avaient aidé ou incité des scrutateurs à agir ainsi lors de leur formation. Aucune conspiration provinciale n'a été établie. Ce dossier ne peut donc pas être discrètement déposé dans la colonne des irrégularités fédéralistes. La preuve ne travaille pas pour un camp. Elle travaille contre les phrases fausses. Et c'est précisément ce qui rend l'audit de 1995 plus solide.

La conclusion n'est pas : « tout était propre ». La conclusion n'est pas : « tout était truqué ». La conclusion est plus inconfortable pour les deux slogans : le résultat officiel est une victoire très étroite du NON; des irrégularités et interventions pertinentes sont documentées; leur effet causal sur l'issue n'est pas démontré. Le NON gagne. Le dossier d'intégrité n'est pas impeccable. Les deux propositions peuvent être vraies en même temps. Plus on veut faire dire au vote, plus il faut auditer le vote Pourquoi insister sur ces irrégularités si elles ne permettent pas d'annuler le résultat?

Parce que la portée probatoire demandée change le niveau d'exigence. Pour établir que la proposition souverainiste de 1995 a été rejetée, le résultat officiel suffit. Pour établir que ce rejet a maintenu le Canada, le résultat officiel et les règles institutionnelles suffisent. Mais si l'on veut aller beaucoup plus loin et dire : ce scrutin constitue une autorisation positive, constituante, propre et autosuffisante du titre canadien à l'égard du Québec, alors la question de l'objet du vote et celle de l'intégrité de ses conditions deviennent inévitables.

Plus l'effet qu'on attribue à l'acte est grand, plus on doit regarder précisément ce que l'acte était. C'est une règle assez banale ailleurs. Une autorisation limitée exige un objet. Un mandat exige une portée. Une dépense électorale exige des règles. Une majorité exige un décompte. Une procédure exige des conditions. Pourquoi l'acte auquel on voudrait attribuer l'effet politique le plus vaste serait-il soudain dispensé de cette précision? 1995 est un scrutin démocratique majeur. Justement. Il mérite qu'on le lise exactement. Pas qu'on l'agrandisse pour les besoins d'une thèse.

Le piège rétroactif

L'erreur la plus importante arrive lorsque les référendums sont projetés vers le passé. Le raisonnement ressemble à ceci : peut-être que 1760 n'était pas un consentement; peut-être que 1867 n'a pas tout réglé; peut-être que 1982 s'est fait sans l'adhésion du gouvernement du Québec; mais en 1980 et surtout en 1995, les Québécois ont eu la possibilité de partir et ont refusé. Ils ont donc, au moins à ce moment-là, accepté le Canada. Le problème est dans le mot « donc ». Une possibilité de sortie n'est pas automatiquement une ratification des conditions d'entrée.

Refuser une manière de sortir n'est pas consentir rétroactivement à la manière dont on est entré. La phrase est simple parce que le problème est simple. Si 1995 avait demandé : « Ratifiez-vous comme acte constituant l'ordre constitutionnel canadien actuel, y compris la Constitution de 1982, comme fondement autorisé de la relation entre le Québec et le Canada? », nous aurions un autre dossier. Ce n'est pas ce qui a été demandé. Le Canada peut tirer de 1995 une victoire politique immense. Il peut tirer du scrutin la preuve que la proposition souverainiste soumise n'a pas obtenu la majorité.

Il peut tirer du résultat la continuation du régime. Il peut tirer de la participation exceptionnelle une preuve puissante de vitalité démocratique. Il ne peut pas ajouter gratuitement une

ratification rétroactive de 1760, de 1867 ou de 1982. Le vote ne remonte pas le temps pour signer des objets qui n'étaient pas sur le bulletin.

Ce qu'une ratification positive demanderait

Il ne faut pas rendre le critère impossible. Une ratification constituante n'exige pas nécessairement une formule sacrée, un plébiscite permanent ou une unanimité introuvable. Elle pourrait être référendaire. Elle pourrait être représentative. Elle pourrait même résulter d'un processus hybride. Mais si l'on veut qu'un référendum serve de preuve positive du titre canadien, il faut au minimum que l'objet soumis permette raisonnablement cette conclusion. Il faudrait savoir ce qui est autorisé : le maintien de la fédération telle qu'elle existe, une Constitution renouvelée, une relation redéfinie, un ensemble précis de compétences, ou une autre architecture. Il faudrait aussi savoir à qui l'autorisation est attribuée et quel effet on prétend en tirer.

Ce n'est pas une exigence inventée pour faire échouer le Canada. C'est précisément la discipline que nous imposons à un projet souverainiste. Une question souverainiste doit être assez claire pour que le vote puisse être interprété. Un OUI ne peut pas autoriser ce qu'on a caché dans les marges. Un gouvernement ne peut pas prendre un mandat limité et prétendre ensuite qu'il a reçu tous les pouvoirs imaginables. Très bien. La même règle vaut pour le maintien.

Si l'on veut appeler un vote « ratification du Canada », il faut que le Canada, sous une forme politiquement intelligible, soit l'objet ratifié. Sinon, on possède une chose plus modeste mais parfaitement réelle : un rejet du changement proposé et la continuation de l'ordre existant.

Le boomerang de la clarté

Le droit canadien fournit lui-même un dernier contrôle. Le Renvoi relatif à la sécession distingue une majorité arithmétique d'une majorité claire répondant à une question claire. La Loi de clarification ajoute qu'un simple mandat de négocier ne suffit pas à exprimer directement une volonté de sécession et qu'une question qui mêle à la rupture d'autres arrangements politiques ou économiques peut obscurcir l'objet du vote. Il ne s'agit pas d'appliquer cette loi rétroactivement aux référendums antérieurs. Il s'agit de retourner le standard comme test de cohérence.

La question de 1980 demandait précisément un mandat de négocier, avec un second référendum avant tout changement de statut. Si l'on adopte le standard fédéral ultérieur, elle devient donc un candidat particulièrement faible pour produire, par son NON, une ratification positive du Canada beaucoup plus vaste que l'objet soumis. La question de 1995 liait la souveraineté à une offre de partenariat économique et politique. Ici encore, le renversement est simple : si cette architecture est invoquée pour soutenir qu'un OUI n'aurait pas constitué une expression suffisamment claire de rupture, elle ne peut devenir soudain parfaitement claire lorsqu'on lit le NON comme ratification du Canada, de sa Constitution et de son titre historique. Une question jugée trop ambiguë pour produire un OUI constituant maximal ne peut pas, par son simple renversement, produire un NON constituant encore plus large.

La symétrie oblige aussi le souverainiste

Il serait très commode de s'arrêter là. Ce serait aussi malhonnête. La règle de symétrie s'applique au OUI. Si un NON ne doit pas recevoir une portée supérieure à la proposition qu'il rejette, un OUI ne doit pas être privé de la portée démocratique de la proposition qu'il accepte. Un futur OUI clair à une question claire en faveur de la souveraineté ne pourrait pas être traité

comme un simple sondage d'opinion au motif que la sécession ne s'opère pas juridiquement au moment où les bulletins sont comptés.

Le droit canadien lui-même, dans le Renvoi relatif à la sécession, distingue le choix démocratique de son effet juridique immédiat. Une majorité claire répondant clairement en faveur de la sécession créerait une obligation de négocier. Le vote ne réaliserait pas à lui seul toutes les transformations juridiques nécessaires, mais il aurait une conséquence constitutionnelle réelle. Voilà la symétrie. Le OUI n'est pas une baguette magique. Le NON n'est pas un sacrement.

Le OUI accepte la proposition soumise et produit les conséquences que l'ordre politique et juridique attache à cette acceptation. Le NON rejette la proposition soumise et produit les conséquences attachées à ce rejet. Ni l'un ni l'autre ne doit être gonflé ou amputé selon le camp qui nous arrange. Cette règle protège d'ailleurs le Canada autant que le Québec. Elle empêche de déclarer qu'un NON à Charlottetown était un rejet du Canada. Elle empêche de déclarer qu'un NON à une proposition souverainiste ratifie automatiquement tout le Canada. Elle empêche de déclarer qu'un OUI clair ferait disparaître instantanément toutes les obligations juridiques. Elle empêche aussi de déclarer qu'un OUI clair ne voudrait rien dire avant qu'Ottawa lui donne une signification. Le vote décide son objet. Le reste doit être démontré.

La meilleure objection reste forte

Après toutes ces distinctions, il ne faut pas faire semblant que 1980 et 1995 ne comptent plus. Ils comptent énormément. Ils montrent que le mouvement souverainiste a présenté des projets à la population et qu'il a perdu. Ils montrent qu'une majorité québécoise a refusé les propositions soumises. Ils montrent que le Canada n'est pas maintenu au Québec uniquement par l'absence de toute consultation populaire sur une rupture possible. Ils montrent une capacité démocratique réelle de refus de la voie souverainiste proposée. Ils renforcent la légitimité démocratique contemporaine du Canada. Ils font partie de la meilleure théorie cumulative du titre canadien.

Ils obligent toute thèse souverainiste sérieuse à reconnaître une réalité désagréable : deux fois, le projet proposé n'a pas obtenu l'autorisation populaire requise. Mais précisément parce que ces faits sont forts, il n'est pas nécessaire de les maquiller. Ils n'ont pas besoin de devenir ce qu'ils ne sont pas. 1980 n'est pas rien parce qu'il ne ratifie pas le Canada. 1995 n'est pas rien parce qu'il ne répare pas 1982.

Leur force démocratique demeure intacte lorsque leur portée constituante est limitée à ce qu'ils ont réellement décidé. Le contraire affaiblirait la défense canadienne. Car si le titre du Canada dépend réellement de la transformation d'un NON à une proposition en OUI à un objet non soumis, alors le titre repose sur une traduction dont la règle n'est jamais expliquée. Et si cette traduction ne vaut que pour les référendums québécois, mais pas pour Charlottetown, elle cesse d'être une règle. Elle devient un privilège d'interprétation.

Le verdict

À la fin de ce chapitre, trois propositions peuvent être tenues ensemble sans contradiction. Premièrement : en 1980 et en 1995, les propositions souverainistes soumises ont été rejetées démocratiquement. Deuxièmement : ces rejets ont eu un effet conservatoire réel et majeur. Le régime canadien a continué. Troisièmement : aucun de ces scrutins n'établit, par son objet propre, une ratification constituante positive de l'ensemble du titre canadien à l'égard du Québec.

1995 ajoute une difficulté particulière : le résultat officiel demeure la base du verdict démocratique, mais des irrégularités financières et des interventions gouvernementales ou extérieures pertinentes sont documentées. Leur effet causal sur l'issue n'est pas démontré. Elles ne permettent donc ni d'annuler rhétoriquement le vote ni de le présenter comme un acte constituant parfaitement pur lorsque l'on veut lui attribuer une portée supérieure à son objet. C'est moins spectaculaire que « le Québec a choisi le Canada ». C'est aussi moins spectaculaire que « le référendum a été volé ».

La preuve a parfois ce mauvais goût. Elle refuse les deux slogans. Les NON ont maintenu le Canada en pratique. Ils n'ont pas signé rétroactivement son titre. Refuser une manière de sortir n'est pas consentir rétroactivement à la manière dont on est entré. Refuser une proposition règle cette proposition; cela ne transforme pas le contraire en contrat constituant.

PARTIE III — L'ART DE SÉPARER LES PEUPLES

CHAPITRE 8 — DIVISER POUR ADMINISTRER

Il y a des moments où « diviser pour administrer » n'est pas une métaphore. C'est une politique documentée. Il y en a d'autres où la division n'est plus un objectif déclaré, mais un effet produit par des catégories juridiques, des compétences dispersées, des registres, des programmes et des responsabilités qui ne se rencontrent jamais tout à fait au même endroit. Et il y a enfin des situations où la comparaison cesse de fonctionner. Ce chapitre doit tenir les trois ensemble.

Le titre n'accuse donc pas le Canada contemporain de poursuivre partout, sous chaque règlement et derrière chaque fonctionnaire, une stratégie secrète de fragmentation des peuples. Ce serait commode. Ce serait aussi trop facile à réfuter. La question est plus précise : quand une institution définit qui appartient à quelle catégorie, qui administre quel territoire, qui finance quel service, qui décide de l'admissibilité à quel statut, et qui possède le pouvoir de modifier ces règles, quel rapport politique cette architecture produit-elle? Parfois, l'intention est écrite dans l'histoire. Parfois, seul l'effet demeure visible. Confondre les deux affaiblirait la preuve.

Les pensionnats : quand l'intention n'est pas à deviner

Le système des pensionnats autochtones fournit le cas le plus net. Ici, il n'est pas nécessaire d'inventer une psychologie de l'État. Le projet assimilateur est documenté dans les politiques, les pratiques et les justifications historiques du système. Le gouvernement fédéral l'a financé, administré et encadré. Des organisations religieuses ont exploité quotidiennement un grand nombre d'établissements. Des enfants ont été séparés de leurs familles et de leurs communautés, soumis à une discipline institutionnelle, éloignés de leurs langues, de leurs cultures et de leurs pratiques. Le mécanisme n'est pas mystérieux. Prendre l'enfant.

Le déplacer. Contrôler son lieu de vie. Contrôler son éducation. Contrôler sa langue. Contrôler son environnement religieux et culturel. Puis faire de cette séparation un instrument d'assimilation. Dans ce dossier, « diviser pour administrer » n'est pas une figure de style. La séparation fait partie du dispositif. L'administration ne vient pas après elle comme un détail bureaucratique; elle la rend possible, durable et reproductible. Il faut toutefois résister à une autre simplification.

Le fédéral et les Églises n'occupaient pas le même rôle. Le financement et le cadre fédéraux n'effacent pas la responsabilité propre des congrégations qui géraient les établissements. Inversement, la présence d'opérateurs religieux ne transforme pas le gouvernement fédéral en spectateur lointain. Le système fonctionnait précisément parce que plusieurs institutions remplissaient des fonctions différentes dans la même architecture.

Le cas du pensionnat d'Amos est particulièrement utile pour empêcher le récit de dérapier. L'établissement a été créé et construit par le gouvernement fédéral; sa gestion a été confiée aux Oblats de Marie-Immaculée, avec l'appui des Sœurs de Saint François d'Assise. Des enfants anicinapek et atikamekw nehirowisiw y ont été déracinés de leurs familles et soumis au système assimilateur. Ce dossier ne permet pas de transformer le gouvernement du Québec en « geôlier provincial » d'Ottawa par formule générale. Il montre autre chose, et cela suffit : un appareil fédéral peut créer le cadre, financer le dispositif et confier son exploitation à des institutions distinctes qui exercent ensuite leur propre pouvoir à l'intérieur de ce cadre.

Le contrôle peut donc circuler sans disparaître. Il peut être distribué. Une institution décide de la politique. Une autre la finance. Une autre administre le lieu. Une autre impose la discipline quotidienne. L'enfant, lui, ne reçoit pas quatre systèmes. Il en subit un seul. Voilà une première propriété de la fragmentation institutionnelle : du côté des autorités, les responsabilités sont séparées; du côté de la personne gouvernée, leurs effets s'additionnent.

La fermeture des pensionnats, les mécanismes de réparation, la Commission de vérité et réconciliation, les politiques de commémoration et la reconnaissance publique des torts constituent des ruptures réelles avec ce dispositif. Il serait faux d'écrire que rien n'a changé. Mais il serait tout aussi faux de faire disparaître l'architecture historique sous prétexte qu'elle a été abandonnée. Une institution peut cesser d'exister sans que son histoire cesse d'expliquer les catégories, les méfiances et les rapports de pouvoir qui lui survivent.

La Loi sur les Indiens : classer est déjà gouverner

Le deuxième dossier est plus difficile parce que l'intention contemporaine ne se lit pas avec la même netteté. La Loi sur les Indiens ne peut pas être traitée comme un simple vestige monochrome de la politique des pensionnats. Elle a été modifiée, contestée, corrigée et partiellement contournée par des accords, des régimes d'autonomie, des codes communautaires et des décisions judiciaires. Elle demeure pourtant une architecture fédérale de catégorisation et d'administration. Elle touche l'inscription au statut prévu par la Loi, les listes de bande selon les régimes applicables, les réserves, certains rapports relatifs à la possession et à l'administration des terres, les cessions et désignations, certains fonds, des mécanismes de gouvernance et plusieurs relations administratives entre l'État fédéral et les Premières Nations.

Autrement dit, elle ne dit pas seulement : voici une règle. Elle dit aussi : voici des catégories; voici qui les tient; voici ce qui dépend d'elles; voici quels pouvoirs sont exercés à travers elles. Et cela compte. Un registre n'est pas une armée. Une définition juridique n'est pas un pensionnat. Une compétence administrative n'est pas une preuve d'assimilation. Mais définir officiellement qui est admissible à un statut demeure un pouvoir. Il faut même aller plus loin : le statut prévu par la Loi n'est pas l'identité d'une personne. Il n'est pas automatiquement sa citoyenneté nationale. Il n'est pas nécessairement identique à son appartenance communautaire. Certaines Premières Nations contrôlent elles-mêmes leur liste d'appartenance selon différents régimes. Des institutions propres, des codes coutumiers, des accords d'autonomie et des traités modernes déplacent déjà des pouvoirs hors de l'architecture standard de la Loi.

C'est précisément pour cette raison que la distinction est importante. Si la catégorie fédérale était l'identité elle-même, l'État posséderait littéralement le pouvoir de fabriquer les peuples par formulaire. Ce n'est pas le cas. Mais si cette catégorie juridique conditionne encore des droits, des programmes, des relations administratives ou des effets concrets, celui qui en fixe les critères détient tout de même un pouvoir institutionnel réel. Le piège consiste à passer trop vite

de ce constat à une intention. « Ottawa conserve le registre, donc Ottawa veut maintenir la subordination. »

Non. Le premier morceau décrit un pouvoir. Le second lui attribue un motif. Entre les deux, il manque une preuve. Le pouvoir est parfois le bénéfice. Mais posséder un pouvoir et le conserver pour dominer restent deux propositions différentes. C'est une distinction moins spectaculaire qu'un slogan. Elle est aussi beaucoup plus dangereuse pour les slogans des deux camps. Car elle oblige à reconnaître simultanément que l'administration fédérale exerce encore des pouvoirs substantiels et que l'existence de ces pouvoirs ne révèle pas automatiquement pourquoi ils sont maintenus, modifiés ou transférés.

L'article 6 : une famille, deux catégories

La coupure à la deuxième génération rend le problème concret. L'article 6 de la Loi sur les Indiens organise l'admissibilité à l'inscription selon des catégories qui déterminent notamment comment cette admissibilité peut être transmise d'une génération à l'autre. Combinées, ces règles peuvent mener à une situation où l'admissibilité fédérale au statut cesse de se transmettre après certaines unions sur deux générations. Le résultat n'est pas abstrait.

Des personnes d'une même famille peuvent se retrouver de part et d'autre d'une frontière juridique fédérale. L'une demeure admissible. L'autre ne l'est plus. Elles peuvent partager une histoire, une parenté, une communauté, une culture et une identité. Le registre, lui, ne mesure pas tout cela. Il applique la catégorie prévue par la loi. Voilà exactement ce qu'une catégorie administrative peut faire : découper juridiquement là où la vie sociale ne se découpe pas de la même manière. Il n'est même pas nécessaire que le fonctionnaire qui applique la règle nourrisse la moindre volonté hostile.

Le formulaire exécute la distinction. La base de données la conserve. Le programme qui s'appuie sur le statut lui donne des conséquences. La famille reçoit l'effet. C'est ici que la tentation polémique devient forte. On pourrait regarder cette coupure, rappeler l'histoire assimilatrice de la législation coloniale, puis tracer une ligne droite : hier, l'État voulait faire disparaître les identités autochtones; aujourd'hui, l'article 6 continue de réduire l'admissibilité; donc l'objectif est le même. Cette ligne droite n'est pas démontrée. Et le dossier contemporain fournit précisément la contre-preuve qu'il serait malhonnête d'ignorer.

Le gouvernement fédéral a ouvert un processus de réforme portant sur la coupure à la deuxième génération et sur des options qui permettraient aux Premières Nations d'exercer davantage de juridiction sur l'appartenance et la citoyenneté. La Loi elle-même a déjà subi plusieurs modifications visant à corriger des exclusions discriminatoires. Ces transformations ne rendent pas les problèmes imaginaires. Elles rendent l'intention de conservation beaucoup plus difficile à soutenir. On peut donc établir l'effet sans inventer le motif. La coupure existe comme mécanisme juridique. Elle peut produire une séparation de statut à l'intérieur de familles et de communautés.

Le pouvoir fédéral de définir l'admissibilité au statut demeure réel. Mais la preuve disponible ne permet pas d'affirmer que le gouvernement contemporain maintient cette coupure pour poursuivre un projet assimilateur. Au contraire, l'existence même d'un processus visant à la modifier ou à transférer davantage de pouvoir affaiblit cette accusation. La preuve coupe dans les deux sens. C'est son métier.

Une architecture peut survivre à son intention d'origine

Nous arrivons alors au cœur du problème. Les institutions ont une durée que les intentions n'ont pas. Une loi peut naître dans un ordre colonial, être modifiée dix fois, perdre certains de

ses objectifs initiaux, conserver certaines catégories, transférer certains pouvoirs, en garder d'autres et produire encore des effets que ses administrateurs actuels ne cherchent pas nécessairement à reproduire. C'est moins propre qu'un récit de continuité totale. C'est aussi moins rassurant qu'un récit de rupture totale. Une catégorie peut survivre à la philosophie qui l'a créée. Un ministère peut continuer d'administrer un pouvoir dont la justification a changé.

Une communauté peut gagner une compétence dans un domaine et rester dépendante d'un financement externe dans un autre. Un ancien mécanisme de domination peut être aboli pendant qu'une partie de l'architecture administrative persiste. On voudrait parfois choisir entre deux phrases. « C'est encore exactement le même système. » Ou : « Ce système n'existe plus, donc le problème appartient au passé. » Les deux échouent.

Les pensionnats ont disparu. La politique assimilatrice explicite qui les soutenait n'est pas la politique fédérale actuelle. Cela compte. La Loi sur les Indiens existe encore. Des catégories fédérales, des compétences et des rapports administratifs subsistent. Cela compte aussi. Il n'y a aucune contradiction à tenir les deux faits ensemble. La difficulté commence lorsqu'on exige que le présent soit soit innocent par rupture complète, soit coupable par identité complète. L'histoire institutionnelle ne fonctionne pas avec un interrupteur. Elle fonctionne par sédimentation, retrait, correction, résistance, transfert, persistance et conflit. Ce n'est pas une excuse. C'est un mécanisme.

L'eau potable : l'analogie qui casse

Le dossier de l'eau potable dans certaines communautés des Premières Nations est un bon test, précisément parce qu'il résiste à l'analogie facile. On retrouve des ressemblances structurelles avec d'autres formes de dépendance institutionnelle : financement fédéral important, responsabilités distribuées, programmes, infrastructures, capacités techniques inégales, normes et décisions qui ne se situent pas toutes au même niveau. Une communauté peut donc subir un problème très concret pendant que l'explication administrative se fragmente. Qui finance? Qui possède ou exploite le système? Qui établit la norme? Qui fournit l'expertise? Qui décide de lever un avis?

Qui protège la source d'eau en amont? Qui paie le remplacement d'une infrastructure? La réponse peut changer selon le dossier. Et c'est justement le problème analytique. Le citoyen ouvre le robinet. L'organigramme, lui, ouvre six colonnes. Cette fragmentation peut diluer la lisibilité de la responsabilité. Elle peut créer de la dépendance à des programmes externes. Elle peut faire en sorte qu'une communauté supporte les conséquences d'un système dont plusieurs leviers essentiels se trouvent ailleurs. Mais la comparaison avec les pensionnats s'arrête là. Aucune politique contemporaine d'assimilation par l'eau n'est documentée.

Les systèmes sont souvent exploités ou possédés localement. Les chefs et conseils exercent des responsabilités réelles. Le gouvernement fédéral finance des travaux, soutient la levée d'avis et a proposé en 2026 un cadre visant notamment à reconnaître davantage la juridiction des Premières Nations sur l'eau. Des organisations autochtones contestent en même temps la suffisance de certaines garanties, du financement, de la consultation et de la protection des sources. Cette contestation est instructive. Elle ne montre ni un État tout-puissant qui refuse tout transfert ni une autonomie déjà accomplie. Elle montre une négociation de pouvoir.

Combien de juridiction? Avec quel financement? Sur quelles terres? Avec quelles obligations? Qui répond de quoi? Voilà le véritable terrain. Dire que les crises d'eau sont « les nouveaux pensionnats » écraserait les différences décisives entre les mécanismes. Dire qu'elles n'ont rien à voir avec une histoire de dépendance institutionnelle parce que leur finalité est différente serait tout aussi paresseux.

La comparaison autorisée est plus étroite : dans les deux cas, l'analyse doit suivre la distribution des pouvoirs et la position de ceux qui subissent les conséquences. Mais seul le système historique des pensionnats fournit ici la preuve d'une finalité assimilatrice explicite. L'eau révèle une architecture de compétences et de dépendances. Pas une intention assimilatrice démontrée.

Le fédéralisme n'est pas un complot

Voici maintenant la meilleure objection. Un État fédéral est complexe par définition. Les compétences y sont divisées parce que c'est précisément ce qu'un fédéralisme fait. Des gouvernements différents possèdent des responsabilités différentes. Les municipalités, les provinces, le Parlement fédéral, les tribunaux, les autorités autochtones, les organismes publics et les administrations spécialisées se croisent constamment. Appeler toute complexité « division » reviendrait à condamner la structure avant même de l'avoir examinée. Plus encore : les mécanismes de correction existent. Les tribunaux invalident ou contraignent des règles. Le Parlement modifie les lois.

Des accords d'autonomie déplacent des compétences. Des traités modernes créent des architectures particulières. Des Premières Nations exercent des pouvoirs propres. Des politiques de réparation reconnaissent des torts. Des transferts peuvent réduire le contrôle fédéral. Si le système était uniquement conçu pour conserver chaque parcelle de domination, ces contre-exemples seraient difficiles à expliquer. L'objection passe. Il faut l'admettre entièrement. Toute compétence divisée n'est pas une stratégie de division. Toute dépendance n'est pas intentionnellement produite. Tout délai administratif n'est pas une domination. Tout pouvoir fédéral n'est pas un butin. Toute réforme imparfaite n'est pas une ruse.

Et toute survivance institutionnelle n'est pas la preuve que l'intention d'origine survit intacte. Maintenant, l'objection doit supporter son propre poids. Dire que le fédéralisme est normalement complexe ne répond pas à la question précise de ce que font certaines catégories. Une compétence peut être parfaitement normale dans un État composé et produire néanmoins une asymétrie concrète.

Un registre peut être légal et utile tout en donnant à une autorité extérieure un pouvoir de définition. Un partage administratif peut être rationnel et rendre la responsabilité illisible. Une réforme peut être sincère et incomplète. Une institution peut apprendre sans avoir encore cédé le pouvoir qui faisait problème. Le choix n'est donc pas entre « complot » et « innocence ». Le véritable choix analytique est entre les mécanismes démontrés et les intentions inventées. Le premier terrain est assez vaste. Il n'a pas besoin du second pour devenir sérieux.

Qui a le pouvoir de définir? Les peuples autochtones ne sont pas ici des figurants chargés de fournir un exemple plus dramatique à une querelle Québec–Canada. Leur présence dérange justement cette réduction. En 1867, les peuples autochtones ne sont pas à la table des conférences comme partenaires constituants, tandis que le nouvel ordre fédéral attribue au Parlement une compétence particulière sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Cette architecture ne règle pas les traités antérieurs. Elle n'efface pas les droits propres aux nations. Elle ne permet pas davantage d'inventer un refus collectif du Canada qui n'a jamais été soumis à un vote de ces peuples.

Elle établit quelque chose de plus sobre : un ordre constitutionnel s'est constitué en leur absence comme partenaires de cette table tout en se donnant un pouvoir spécifique d'administration à leur égard. Depuis, le droit a changé. L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités. La jurisprudence a développé l'honneur de la Couronne et le devoir de consultation. Des traités modernes et des

accords d'autonomie ont modifié des relations de pouvoir. Des régimes particuliers existent pour les Cris/Eeyou, les Inuit, les Naskapi et d'autres nations selon leurs instruments propres. Le traité reconnu dans l'arrêt Sioui concerne la Nation huronne-wendat et ne se transfère pas comme un photocopieur juridique à toutes les autres nations.

Il faut donc résister à la grande phrase qui mange tout. « Les Autochtones sont administrés par le Canada. » Trop large. Quels peuples? Par quel instrument? Sur quelle question? À propos de quel territoire? Sous quel traité? Avec quelle compétence propre? Avec quel pouvoir fédéral? Avec quelle participation provinciale? Avec quelle possibilité de sortie, de transfert ou de négociation?

L'analyse nation par nation n'est pas une prudence décorative. Elle empêche précisément l'État — et l'essayiste — de refaire par le langage ce que les catégories administratives font parfois par le droit : fondre des réalités distinctes dans une classe plus pratique à gérer. Il y a une ironie assez noire à prétendre dénoncer la fragmentation des peuples en commençant par les appeler tous de la même manière. On évitera donc cette élégance.

Le contrôle n'est pas la propriété

Il faut aussi couper court à un raccourci particulièrement séduisant. Parce que l'État fédéral possède des compétences particulières à l'égard des Premières Nations et des terres réservées, on pourrait être tenté d'en conclure qu'il « possède » le territoire, les ressources ou la richesse qui s'y trouvent. La conclusion ne suit pas. Juridiction, propriété, administration, exploitation et bénéfice économique sont cinq questions différentes. Une autorité peut réglementer une activité sans posséder le bien. Une entreprise peut exploiter une ressource sans détenir le titre supérieur sur le territoire.

Une Première Nation peut détenir des droits ancestraux, des droits issus de traité ou un titre établi ou revendiqué sans que ces droits se laissent réduire aux catégories ordinaires de propriété provinciale. Le Québec peut détenir des terres publiques, percevoir des redevances ou exercer des compétences sur certaines ressources sans que cela règle les droits autochtones applicables.

Le fédéral peut administrer certains rapports fonciers dans une réserve sans devenir pour autant le propriétaire économique universel de ce qui s'y trouve. Additionner ces catégories parce qu'elles parlent toutes de « pouvoir sur le territoire » produit une phrase impressionnante et une analyse fausse. Le problème de ce chapitre n'est donc pas de suivre un butin imaginaire qui passerait intact de la Conquête à Ottawa, puis d'Ottawa aux entreprises, aux provinces ou à quelque classe de bénéficiaires permanents. Il est de suivre les leviers réels. Qui peut inscrire? Qui peut autoriser?

Qui peut négocier? Qui peut réglementer? Qui peut exploiter? Qui perçoit quoi? Qui doit consulter? Qui peut modifier la règle? Le pouvoir politique se cache souvent dans la différence entre ces verbes. Les confondre donne l'illusion d'un maître unique. Les séparer révèle une architecture plus dérangeante : plusieurs acteurs peuvent détenir des pouvoirs différents sur le même problème, parfois avec des intérêts convergents, parfois contradictoires, parfois avec des obligations qui leur coûtent davantage qu'elles ne leur rapportent. La fragmentation n'implique donc pas forcément un bénéficiaire unique. Elle peut même produire l'inverse : chacun possède assez de pouvoir pour empêcher une solution simple, mais personne ne possède seul assez de pouvoir pour répondre de l'ensemble.

C'est une autre manière dont l'administration divise. Non plus nécessairement les peuples entre eux. Les fonctions elles-mêmes. Et quand les fonctions sont divisées, la responsabilité peut devenir une balle qu'on se passe avec une remarquable maîtrise institutionnelle. Cela ne

prouve aucune intention malveillante. Cela prouve seulement qu'un problème politique peut être vécu comme un tout par ceux qui le subissent et traité comme une série de fragments par ceux qui l'administrent.

Le Québec n'est pas innocent par définition

Une autre objection doit rester ouverte. Le Québec peut lui aussi reproduire des rapports de domination. Il serait intellectuellement grotesque de dénoncer un appareil fédéral qui définit, administre ou subordonne, puis d'imaginer que le simple transfert des mêmes leviers à Québec les purifierait. Changer l'adresse du ministère ne change pas automatiquement la relation politique. Si un registre fédéral devient demain un registre québécois qui définit unilatéralement l'appartenance d'une autre nation, le problème n'a pas été résolu. Il a démenagé.

Si une compétence fédérale sur un territoire revendiqué devient automatiquement une compétence québécoise sans négociation avec la nation concernée, la logique du dernier mot demeure. Si le Québec réclame que son propre statut politique ne soit pas défini éternellement par une autorité supérieure, il devra supporter la symétrie de son argument lorsque viendra le moment de traiter des autres peuples. Ce chapitre ne résout pas ces arrangements. Il ne distribue pas les territoires. Il ne réécrit pas les traités. Il ne décrète pas les juridictions futures. Il fixe seulement une borne dont on aura besoin plus tard : on ne corrige pas la subordination en changeant le nom du subordonnant. Cela vaut pour Ottawa. Cela vaudra pour Québec.

L'administration sans intention reste du pouvoir

Que reste-t-il alors du titre de ce chapitre? Beaucoup. Dans le système des pensionnats, la division et l'assimilation ont été des politiques documentées. Là, l'intention n'a pas besoin d'être reconstruite à partir des effets. Dans la Loi sur les Indiens, une architecture de catégorisation et d'administration demeure. Elle donne encore à l'État fédéral des capacités réelles de définition et d'encadrement, mais leur existence ne prouve pas une intention assimilatrice contemporaine générale.

Dans l'article 6, un mécanisme précis peut produire une coupure intergénérationnelle de l'admissibilité. L'effet est documentable. La volonté actuelle de conserver cet effet pour assimiler ne l'est pas, et les réformes en cours constituent une contre-preuve importante. Dans le dossier de l'eau, certaines formes de dépendance et de fragmentation des responsabilités peuvent être comparées. L'identité avec les pensionnats échoue. La finalité n'est pas la même. Les pouvoirs sont plus distribués. Des transferts de juridiction sont proposés et disputés. Le résultat n'est donc ni « tout continue » ni « tout est réglé ».

Le résultat est plus utile. Une architecture de pouvoir peut produire des effets de séparation sans qu'une intention centrale actuelle de séparation soit démontrée. Une intention historique peut disparaître plus vite que les catégories qu'elle a contribué à installer. Une catégorie peut être réformée sans que le rapport entier soit refondé. Une compétence peut être transférée sans que toutes les dépendances disparaissent.

Et une institution peut corriger une injustice réelle sans que cette correction réponde à toutes les questions de titre, de participation ou de subordination qui l'entourent. Le pouvoir administratif a cette particularité : il ressemble rarement au pouvoir lorsqu'il fonctionne bien. Il ressemble à une case. À un numéro. À un budget. À une compétence. À une condition d'admissibilité. À une signature. À un ministère qui explique que ce morceau relève d'un autre ministère. Puis chacun rentre chez soi avec une portion parfaitement classée du problème. La personne administrée, elle, rentre avec le problème entier.

C'est là que la fragmentation devient politiquement importante. Non parce qu'un cerveau central aurait nécessairement conçu chaque pièce pour produire ce résultat. Mais parce que celui qui tient la catégorie, le financement, l'autorisation ou la règle tient une part réelle de la relation. Et lorsqu'aucune institution n'en possède seule l'intention, plusieurs peuvent encore en posséder ensemble les leviers. Le formulaire n'a pas de volonté. Il a un effet. La loi n'a pas d'âme. Elle a une portée. L'organigramme n'a pas de complot. Il a des frontières. Ce chapitre n'avait pas besoin de trouver un complot.

Il avait besoin de trouver le pouvoir. Il l'a trouvé dans les mécanismes qui décident qui classe, qui finance, qui administre, qui transfère et qui peut modifier la règle. La question suivante est plus dure. Administrer permet de gouverner sans frapper. Mais que se passe-t-il lorsque la catégorie est refusée, lorsque la décision est défiée, lorsque le territoire devient conflit, lorsque l'ordre administratif ne suffit plus? À ce moment, le formulaire cesse d'être la dernière ligne. Il reste le pouvoir de contraindre.

CHAPITRE 9 — LE POUVOIR DE CONTRAINDRE

Tout État contraint. Il vote des lois. Il les fait appliquer. Il dispose de tribunaux, de policiers, de prisons et, dans les situations extrêmes, de forces armées. S'il ne pouvait jamais imposer une décision à quelqu'un qui refuse d'obéir, il ne serait pas un État. Il serait une suggestion. Il faut donc écarter immédiatement le mauvais procès.

La présence de la force ne prouve pas l'illégitimité du Canada. La police n'est pas, par définition, une preuve contre la Constitution. Une armée n'annule pas un régime politique par sa seule existence. Tout ordre juridique possède un seuil au-delà duquel il cesse de demander et commence à contraindre. La question utile commence exactement là. Quand l'obéissance disparaît, qui peut imposer matériellement la situation?

Qui peut arrêter, détenir, disperser, reprendre une route, lever une barricade, faire appliquer une loi, déclarer l'urgence ou appeler une force supérieure? Et surtout : qu'est-ce que cette capacité démontre exactement? La réponse la plus courte tient en deux phrases. La force peut trancher une situation. Elle ne ratifie pas un contrat. Pour comprendre la différence, il faut regarder quatre crises. Elles ne racontent pas la même histoire. Elles n'opposent pas les mêmes acteurs. Elles ne reposent pas sur les mêmes textes. Elles ne permettent pas les mêmes conclusions. Les mettre dans un même sac sous l'étiquette « répression » serait commode, spectaculaire et faux.

Ce qu'elles ont en commun est plus étroit, donc plus utile : à un moment précis, le conflit dépasse la discussion ordinaire et rend visible l'endroit où se trouve le dernier mot matériel.

Les Patriotes : perdre n'est pas consentir

Le premier dossier est le plus ancien et le plus dangereux à raconter avec les mots d'aujourd'hui. Avant les affrontements armés de 1837 et 1838, le Parti patriote avait porté des revendications politiques et démocratiques majeures. La crise ne naît donc pas d'une simple bande surgie de nulle part avec des fusils. Elle possède une histoire parlementaire, institutionnelle et populaire. Puis cette histoire bascule. L'affrontement devient armé. À partir de ce moment, le rapport change de nature.

Les forces britanniques, appuyées notamment par des volontaires loyalistes, répriment l'insurrection. Des Patriotes sont arrêtés. Certains sont pendus. D'autres sont exilés ou transportés. Après la rébellion, l'ordre constitutionnel du Bas-Canada est suspendu temporairement et remplacé par un régime de conseil spécial. Le pouvoir colonial gagne. Il gagne militairement. Il gagne matériellement. Il conserve la capacité de punir, de détenir et de

réorganiser les institutions après la défaite de l'insurrection. Voilà ce que le dossier démontre. Il ne démontre pas que tous les habitants du Bas-Canada soutenaient les Patriotes. Il ne démontre pas que toutes leurs revendications se confondaient. Il ne démontre pas non plus que toute réponse militaire à une insurrection armée était nécessairement illégale ou moralement injustifiable.

Et surtout, il ne démontre pas que « le Canada a écrasé le Québec ». Cette phrase est historiquement trop paresseuse pour être utile. Le Canada contemporain n'existe pas encore. L'acteur dominant est le pouvoir impérial et colonial britannique. Les loyautés sont divisées. Les institutions ne sont pas celles d'aujourd'hui. Transformer 1837 en scène primitive où Ottawa aurait déjà son costume, son drapeau et son armée serait fabriquer la continuité que les faits ne donnent pas. Mais l'erreur inverse serait tout aussi grossière : puisque le contexte diffère du nôtre, la défaite ne nous apprendrait rien.

Elle nous apprend quelque chose de précis. Les Patriotes ont perdu. Cette phrase décrit un rapport de force. Elle ne montre toujours pas le moment où les vaincus ont constitué librement le pouvoir qui venait de les vaincre. On peut répondre que la guerre ne fonctionne jamais ainsi. Évidemment. Une bataille n'est pas un référendum. Un gouvernement ne demande pas à une insurrection de ratifier son autorité avant de tirer. C'est précisément le point.

La victoire explique qui demeure maître du terrain et des institutions. Elle n'explique pas, par elle-même, comment la défaite devient consentement. Une capitulation peut mettre fin au combat. Une arrestation peut mettre fin à une fuite. Une potence peut mettre fin à une vie. Aucune de ces choses ne signe à la place du vaincu. Cela ne rend pas automatiquement le régime vainqueur illégitime. Cela interdit seulement de prendre la victoire comme preuve du consentement qui manquerait autrement au dossier. Le dernier mot impérial est matériellement clair. Le premier mot du consentement reste à trouver ailleurs.

1918 : une loi peut gagner contre une foule

Le deuxième dossier doit rester plus court, parce qu'il démontre moins. En pleine Première Guerre mondiale, la conscription provoque une opposition particulièrement forte au Québec, même si cette opposition n'est ni absolument unanime au Québec ni inexistante ailleurs au Canada. À Québec, une opération dirigée contre des personnes soupçonnées d'échapper au service obligatoire déclenche plusieurs jours d'émeutes. Des renforts militaires sont envoyés.

Les affrontements culminent lorsque les soldats ouvrent le feu après avoir eux-mêmes essuyé des tirs et subi des attaques. Quatre civils sont tués. Des dizaines de personnes sont blessées. Des arrestations suivent. Les autorités renforcent ensuite leur capacité de contrôle. Il serait tentant d'écrire : le Québec a dit non à la conscription et Ottawa lui a tiré dessus. Ce serait faux par compression.

« Le Québec » n'est pas une personne unique. L'opposition à la conscription est immense, mais elle n'est pas un référendum constituant. Les émeutiers ne sont pas l'ensemble du peuple québécois. Et les soldats n'ouvrent pas le feu sur une foule entièrement pacifique sortie simplement réciter son désaccord avec la loi. Une fois ces limites posées, le dossier demeure brutalement simple. Une loi fédérale profondément contestée peut être exécutée.

Lorsque l'autorité civile ne suffit plus à maintenir l'ordre, l'État peut mobiliser une force militaire capable de reprendre physiquement le contrôle. Le désaccord populaire ne possède donc pas, par lui-même, un veto matériel sur l'exécution de la loi. Voilà le dernier mot opérationnel. Il ne dit pas que la loi est juste. Il ne dit pas qu'elle est injuste. Il ne dit pas que le Canada est légitime. Il ne dit pas qu'il est illégitime. Il dit que, dans l'ordre positif de l'époque, le pouvoir

fédéral possède les moyens d'exécuter une décision malgré une opposition intense et, lorsque la crise dégénère, de soutenir cette exécution par la force.

Ce constat est moins spectaculaire que le slogan. Il est aussi beaucoup plus difficile à réfuter. Car une foule peut résister à une loi. Elle peut même obliger l'État à montrer jusqu'où il est prêt à aller. Ce qu'elle ne peut pas faire, par sa seule présence, c'est abolir les instruments que l'ordre reconnaît à celui qui commande.

Octobre 1970 : quand l'exception élargit la main

Octobre exige davantage de discipline encore. Le FLQ enlève le diplomate britannique James Cross puis le ministre québécois Pierre Laporte. Le gouvernement du Québec et les autorités municipales de Montréal demandent une aide accrue. Les Forces armées sont employées dans le cadre de l'aide au pouvoir civil. Le gouvernement fédéral invoque ensuite la Loi sur les mesures de guerre et adopte des règlements d'ordre public. Les pouvoirs de perquisition et de détention s'élargissent considérablement.

Une synthèse historique publiée par le Service canadien du renseignement de sécurité fait état de 497 personnes détenues, dont la grande majorité sera ensuite libérée, ainsi que de plus de 1 600 perquisitions. Pierre Laporte est assassiné par ses ravisseurs. Il faut garder toutes ces phrases ensemble. Si l'on retire la dernière, on blanchit la violence du FLQ.

Si l'on retire les chiffres des détentions et des perquisitions, on blanchit l'ampleur de la réponse d'exception. Le FLQ ne représente pas le peuple québécois. Il ne représente même pas l'ensemble du mouvement indépendantiste. Des milliers de souverainistes choisissent la voie démocratique et n'ont rien à voir avec les enlèvements, les bombes, les menaces ou le meurtre politique.

Dire que « le Canada a envoyé l'armée contre les indépendantistes » fusionne volontairement ce qui doit rester séparé. Des criminels ont commis des actes graves. Des autorités civiles ont demandé de l'aide. Le pouvoir fédéral a ensuite utilisé un régime d'exception extraordinairement large. C'est ce dernier mécanisme qui nous intéresse ici. L'urgence ne crée pas simplement plus de policiers dans la rue. Elle modifie la latitude de l'exécutif et de la police. Elle élargit ce qu'ils peuvent faire, contre qui, pendant combien de temps et sous quelles garanties. Autrement dit, l'état d'exception rend visible la profondeur institutionnelle du pouvoir de contraindre.

En temps normal, l'autorité se présente surtout par ses services, ses élections, ses formulaires, ses tribunaux et ses lois ordinaires. En temps de crise, elle montre aussi ce qu'elle peut suspendre, élargir ou mobiliser lorsqu'elle considère que l'ordre est menacé. Cette capacité est réelle. Elle peut être juridiquement autorisée dans l'ordre existant. Elle peut, selon le cas, être défendue comme nécessaire. Elle peut aussi être critiquée quant à son ampleur, sa proportionnalité ou ses effets. Aucune de ces questions ne doit être réglée par slogan. Mais une chose demeure : lorsque l'exécutif canadien estime que la menace atteint le seuil de l'urgence, son arsenal juridique peut accroître brutalement sa capacité d'arrêter, de fouiller, de détenir et de déployer la force.

C'est une puissance considérable. Et pourtant, même ici, le « dernier mot » ne se laisse pas réduire à Ottawa contre Québec. Le gouvernement du Québec demande l'assistance. Les autorités municipales de Montréal interviennent dans la chaîne de demandes. L'armée agit en soutien au pouvoir civil. Puis le gouvernement fédéral invoque ses pouvoirs d'urgence. Le dernier mot est articulé.

La coercition circule dans une architecture où plusieurs autorités jouent des rôles différents, mais où l'ordre canadien dispose, au sommet de l'escalade, d'instruments d'exception et d'une capacité militaire que les acteurs ordinaires n'ont pas. Cela prouve la puissance de l'ordre. Cela ne prouve toujours pas son titre constituant.

Kanehsatake : reprendre le terrain n'est pas régler le titre

Kanehsatake est peut-être le dossier où la distinction devient la plus visible, parce que le conflit porte précisément sur un territoire. Il faut d'abord nommer correctement les acteurs. La crise concerne des Kanien'kehá:ka de Kanehsatake et, pour le blocage du pont Mercier, de Kahnawake. Elle ne doit pas être transformée en fable générale où « les Autochtones » affronteraient « le Québec ». Les nations, les communautés, les revendications et les acteurs ne sont pas interchangeables.

À Kanehsatake, le conflit porte sur des terres revendiquées et sur un projet d'expansion de terrain de golf. Des barricades sont érigées. Une intervention de la Sûreté du Québec se termine par un affrontement armé au cours duquel le caporal Marcel Lemay est tué. La crise s'étend. Des membres de la communauté de Kahnawake bloquent le pont Mercier.

Le gouvernement du Québec demande ensuite l'assistance des Forces armées en vertu du régime d'aide au pouvoir civil prévu par la Loi sur la défense nationale. L'opération militaire permet finalement à l'État de reprendre le contrôle opérationnel de la crise. Le différend foncier, lui, ne disparaît pas. C'est ici que tout le chapitre tient dans un contraste. On peut reprendre une route. On peut encercler un territoire. On peut enlever une barricade. On peut imposer un périmètre. On peut arrêter des personnes. On peut obtenir une reddition ou la fin d'une occupation.

On ne peut pas, par cette seule réussite, transformer une revendication territoriale contestée en titre définitivement réglé. Le gouvernement fédéral acquiert ensuite certains terrains. Les discussions se poursuivent. Le dossier foncier ne se volatilise pas au moment où le dernier soldat prend position. Voilà pourquoi Kanehsatake est si important pour cette démonstration. Il sépare physiquement ce que le langage politique mélange souvent. Contrôler le terrain n'est pas produire le titre. Le dernier mot coercitif peut même changer de niveau pendant la crise.

La police provinciale intervient d'abord. Lorsque le gouvernement du Québec estime que ses moyens ne suffisent plus, il requiert une capacité militaire fédérale supérieure. On ne peut donc pas dire que le Québec possède seul le dernier mot. On ne peut pas dire non plus qu'Ottawa a unilatéralement envahi le Québec. La réquisition québécoise est une donnée juridique centrale du dossier. Ce que l'on peut dire est plus intéressant.

Le fédéralisme canadien possède une architecture étagée de coercition. La province dispose de sa police. Dans certaines circonstances, elle peut demander l'aide d'une force militaire fédérale dont la capacité dépasse la sienne. La force change alors l'état matériel du conflit. Elle ne règle pas intellectuellement la question du territoire. Elle ne fabrique pas le consentement de ceux qu'elle contraint. Elle ne transforme pas l'efficacité de l'opération en démonstration du titre revendiqué par l'une ou l'autre partie. À Kanehsatake, gagner le terrain et produire le titre sont deux opérations différentes. La première peut se faire avec des véhicules militaires.

La seconde exige autre chose. « Tout État fait cela » Voici maintenant la meilleure objection à tout ce chapitre. Tout État possède une force publique. Toute démocratie possède des policiers. Toute démocratie arrête des gens. Toute démocratie a des prisons. Toute démocratie peut devoir intervenir contre une émeute, une prise d'otage, une insurrection, une occupation ou une violence armée.

Si le simple fait d'employer la force suffisait à invalider un régime, aucun État ne survivrait au test. Cette objection est entièrement juste. Si ma thèse était : « le Canada est illégitime parce qu'il possède une police et une armée », elle serait enfantine. Si ma thèse était : « toute personne arrêtée prouve que l'État n'a pas de consentement », elle serait encore pire. La coercition est une fonction normale de l'État. Elle protège aussi. Elle peut arrêter un meurtrier, libérer un otage, empêcher une attaque, faire respecter une ordonnance, rouvrir une route ou protéger des gens contre d'autres gens.

Le pouvoir de contraindre n'est donc pas une tache morale qui contaminerait automatiquement tout le régime. Alors pourquoi lui consacrer un chapitre entier? Parce que la coercition répond à une question que les élections, les accommodements, les chartes et les réformes ne répondent pas aussi clairement. Qui commande lorsque l'obéissance cesse? Tant que la population respecte généralement les règles, le dernier mot reste discret. Les citoyens paient, votent, contestent, plaident, négocient et obéissent dans des proportions suffisantes pour que l'ordre fonctionne sans exhiber constamment sa puissance ultime. Puis arrive la rupture.

Une foule refuse. Une organisation enlève. Une communauté bloque. Une insurrection se lève. Une loi rencontre une résistance qu'elle ne peut plus absorber par la routine. Alors le système révèle ce qu'il garde derrière la procédure ordinaire. Pas nécessairement la brutalité. La capacité. Qui peut donner l'ordre? Qui peut mobiliser qui? Qui peut légalement transformer une décision politique en contrainte physique? Qui peut escalader lorsque le niveau inférieur échoue? Voilà ce que ces crises montrent.

Et cette information compte dans un procès du titre, même si elle ne tranche pas ce procès à elle seule. Car si l'on demandait à la coercition de prouver la légitimité, on tomberait dans un cercle grotesque : l'État serait légitime parce qu'il peut imposer sa loi, et sa loi serait légitime parce que l'État peut l'imposer. À ce tarif, toute conquête réussie se certifierait elle-même. Toute police victorieuse dans la rue deviendrait constituante. Toute barricade levée signerait un contrat social. Personne ne soutient sérieusement cela. La force prouve la force.

Le droit positif peut prouver que cette force était autorisée dans l'ordre existant. Il faut encore autre chose pour prouver que cet ordre supérieur possède le titre constituant qu'on lui attribue.

Le dernier mot n'est pas toujours au même endroit

Il faut maintenant retirer une autre simplification séduisante : « Ottawa a toujours le dernier mot. » Les quatre dossiers ne permettent pas de l'écrire. Chez les Patriotes, le dernier mot coercitif est impérial et colonial. En 1918, le dossier montre la capacité fédérale d'exécuter une loi de guerre et de mobiliser une force militaire dans une crise civile.

En Octobre 1970, la chaîne combine demandes québécoises et municipales, aide militaire au pouvoir civil, puis pouvoirs d'urgence fédéraux. À Kanehsatake, la police québécoise intervient d'abord; le gouvernement du Québec demande ensuite l'assistance des Forces armées fédérales. Le dernier mot matériel n'est donc pas un bouton rouge fixé en permanence sur un bureau d'Ottawa. C'est une architecture. Cette architecture distribue des compétences, des polices, des pouvoirs d'urgence, des mécanismes de demande et des moyens d'escalade.

Le fédéralisme rend parfois le dernier mot partagé dans sa mise en œuvre, séquencé dans le temps ou dépendant d'une réquisition. Cela compte. Il serait faux de décrire le Québec comme un simple figurant sans pouvoir coercitif propre. Le Québec légifère dans ses champs de compétence. Il possède une police. Il administre la justice dans des domaines importants. Il peut agir, demander, ordonner dans le cadre de ses pouvoirs et prendre des décisions dont les effets sont très concrets. Cette agence est réelle. Elle ne répond cependant pas automatiquement à la question différente qui traverse ce livre : d'où vient l'autorisation

supérieure de l'architecture elle-même, et qu'est-ce qui permet de transformer sa continuité en consentement constituant?

La police provinciale ne répond pas à cette question. L'armée fédérale non plus. Elles montrent comment l'ordre fonctionne lorsque le conflit sort du langage. Elles ne nous disent pas encore pourquoi cet ordre doit être tenu pour librement constitué par tous ceux sur qui il peut finalement s'imposer. C'est précisément pourquoi il faut résister à deux tentations opposées. La première consiste à diaboliser la force et à dire : puisqu'il y a coercition, le titre est faux. La seconde consiste à sacraliser le droit positif et à dire : puisque la coercition est légalement autorisée, la question du titre est close.

Les deux raisonnements sautent une étape. La coercition peut être légale sans être constituante. Elle peut être nécessaire sans être ratificatrice. Elle peut être proportionnée sans produire du consentement. Elle peut être abusive sans suffire, à elle seule, à invalider tout l'ordre politique. Les catégories doivent rester séparées ou la force finit toujours par répondre à la question qu'on ne lui a jamais posée.

Légalité, nécessité, légitimité : trois verdicts différents

Imaginons le cas le plus favorable à l'État. Une intervention est parfaitement prévue par la loi. Elle répond à une menace réelle. Elle est nécessaire. Elle est proportionnée. Elle protège des innocents. Elle réussit. Même dans ce scénario maximal, une chose ne suit pas logiquement : donc les personnes contraintes viennent de ratifier l'ordre constitutionnel supérieur. Pourquoi le feraient-elles?

La légalité de l'intervention répond à la question : l'État pouvait-il agir ainsi selon ses propres règles? La nécessité répond : fallait-il agir pour protéger un intérêt suffisamment important? La proportionnalité répond : les moyens utilisés excédaient-ils ce qui était requis? La légitimité démocratique d'exercice demande encore autre chose : l'institution fonctionne-t-elle dans un ordre démocratique où le pouvoir est contrôlé, contestable et périodiquement remis en jeu?

Puis la légitimité constituante du titre demande une question supplémentaire : sur quel fondement l'autorité supérieure elle-même est-elle librement autorisée à gouverner ce peuple dans cette relation politique? Ces questions peuvent se soutenir. Elles ne sont pas synonymes. On peut gagner sur les quatre premières et devoir encore produire la preuve de la cinquième. De la même manière, on peut perdre un débat sur la proportionnalité d'une intervention sans avoir démontré que toute la Constitution est nulle. C'est ce qui rend la coercition si facile à mal utiliser dans un essai politique.

Elle impressionne. Une photo de soldats frappe plus fort qu'une formule d'amendement. Une barricade, une arrestation ou un mort possède une densité émotionnelle qu'un débat constitutionnel n'aura jamais. Mais l'émotion n'ajoute pas une catégorie juridique ou constituante que les faits ne contiennent pas. Il faut donc demander à chaque événement seulement ce qu'il peut donner. Aux Patriotes : qui gagne et qui réorganise l'ordre après l'insurrection?

À 1918 : une loi fédérale contestée peut-elle être exécutée jusqu'au recours à la force militaire? À Octobre : jusqu'où l'ordre peut-il élargir ses pouvoirs sous l'urgence? À Kanehsatake : qui peut escalader de la police provinciale à la capacité militaire fédérale et que reste-t-il du différend après la reprise du contrôle? Les réponses sont utiles. Aucune n'est : « voici enfin la signature du contrat social ». Un mandat d'arrestation n'est pas un plébiscite. Un règlement d'urgence n'est pas un contrat social. Un déploiement militaire n'est pas une ratification.

Dire cela n'insulte pas les institutions. Cela leur refuse simplement un pouvoir logique qu'elles ne possèdent pas. Le chapitre 1 demandait de montrer le contrat. Le présent chapitre montre autre chose : ce qui arrive quand le contrat supposé n'est plus vécu comme une évidence par ceux qui résistent. Alors la question ne se dissout pas. Elle se durcit.

Quatre crises, aucune équivalence

Les Patriotes ne sont pas les émeutiers de 1918. Les émeutiers de 1918 ne sont pas le FLQ. Le FLQ n'est pas Kanehsatake. Kanehsatake n'est pas un épisode de la lutte constitutionnelle québécoise. Il faut presque écrire ces évidences parce que la rhétorique politique adore les montages rapides. Quatre images d'hommes armés, quatre dates, une musique grave, puis le mot « continuité ». Non. La continuité doit être démontrée, pas montée. Chez les Patriotes, nous sommes dans un ordre impérial et colonial confronté à une insurrection.

En 1918, nous sommes dans un État fédéral en guerre qui impose la conscription et répond à des émeutes. En 1970, nous sommes devant des enlèvements politiques, un meurtre, une demande d'aide civile et l'invocation de pouvoirs d'urgence exceptionnels. À Kanehsatake, nous sommes dans un conflit territorial impliquant des Kanien'kehá:ka, une intervention policière, une mort, des barricades, une réquisition provinciale et un déploiement militaire fédéral. Ces dossiers ne prouvent pas une intention unique. Ils ne prouvent pas que le Canada moderne serait simplement l'Empire britannique qui aurait changé de papier à lettres.

Ils ne prouvent pas que toute résistance est noble. Ils ne prouvent pas que toute coercition est abusive. Ils ne prouvent pas que le pouvoir fédéral agit toujours seul. Ils prouvent quelque chose de plus limité : dans des conflits différents qui atteignent le seuil de la coercition ouverte, l'ordre institutionnel possède des mécanismes capables d'imposer une situation matérielle lorsque les mécanismes ordinaires ne suffisent plus. Et ces mécanismes permettent de voir la structure du commandement. C'est tout. C'est déjà beaucoup. Car une fois le dernier mot visible, on peut enfin poser les bonnes questions au lieu de le confondre avec la légitimité.

Qui commande? En vertu de quel droit positif? Avec quels moyens? Sous quelles limites? Et d'où vient l'autorisation supérieure de la relation dans laquelle ce commandement s'exerce? La dernière question ne reçoit pas sa réponse d'un fusil.

Le verdict

Le pouvoir de contraindre n'est pas une anomalie du Canada. C'est une propriété de l'État. Dans les quatre dossiers examinés, la coercition permet de localiser le dernier mot matériel lorsque l'obéissance ou le contrôle ordinaire se brise. Chez les Patriotes, ce dernier mot appartient au pouvoir impérial et colonial qui vainc l'insurrection et réorganise l'ordre.

En 1918, il apparaît dans la capacité fédérale d'imposer une loi de guerre fortement contestée et de soutenir l'ordre par la force militaire. En Octobre 1970, il apparaît dans une chaîne où les demandes québécoises et municipales, l'aide au pouvoir civil et les pouvoirs fédéraux d'urgence élargissent spectaculairement la capacité d'intervention. À Kanehsatake, il apparaît par étages : police provinciale d'abord, assistance militaire fédérale ensuite, à la demande du Québec. Ces opérations peuvent être légalement encadrées. Certaines peuvent être défendues comme nécessaires. Certaines peuvent être critiquées comme excessives.

Les événements eux-mêmes comportent aussi des violences auxquelles l'État répond et qu'il serait malhonnête d'effacer : insurrection armée, émeute, enlèvements, meurtre, affrontement mortel. Accorder cela ne change pas la conclusion. La coercition fait le travail de la coercition. Elle arrête. Elle disperse. Elle contient. Elle reprend. Elle impose. Elle ne fait pas le travail du consentement. La force tranche une situation. Elle ne ratifie pas un contrat.

C'est pourquoi le dernier mot de la force n'est pas encore le premier mot du consentement. On peut reprendre un territoire, disperser une foule ou détenir un opposant sans avoir, par ce seul geste, produit le titre qui autorise le pouvoir. Et une fois cette distinction admise, une autre question devient impossible à éviter. Si l'ordre peut imposer, administrer, définir et conserver, il faut maintenant regarder ce que cette architecture produit — et qui, parfois, bénéficie de ce qu'elle conserve.

CHAPITRE 10 — LES BÉNÉFICES DU NÉGATIF

Le Canada peut être un bon endroit où vivre. Il faut commencer là, sans ruse et sans astérisque. Une critique qui ne peut survivre à cette phrase ne mérite pas de survivre. Le Canada produit des droits, des services, des transferts, de la stabilité institutionnelle, des mécanismes de coopération et des espaces réels d'autonomie provinciale. Il existe des citoyens qui y sont attachés pour des raisons parfaitement honorables : leur histoire, leur identité, leur sécurité, leurs solidarités, la Charte, les institutions démocratiques, les programmes sociaux, ou simplement parce qu'ils aiment ce pays.

Tout cela compte. Mais rien de cela ne répond automatiquement à la question qui gouverne ce livre. Un bon régime peut-il avoir un titre constituant incomplet? Oui. Un ordre politiquement utile peut-il distribuer des avantages à ceux qu'il gouverne sans que ces avantages deviennent, par magie, une ratification de la manière dont l'autorité supérieure a été acquise? Oui encore. Une démocratie peut être légitime dans son exercice quotidien tout en laissant ouverte une question distincte sur le fondement constituant de son titre? C'est précisément le dossier que nous examinons depuis le début.

Le piège serait commode : si le Canada produit des biens, alors son titre serait démontré; s'il produit des injustices, alors son titre serait réfuté. Dans les deux cas, on éviterait le travail. Ce chapitre refuse les deux raccourcis. Il pose une question plus matérielle : lorsqu'une règle, une institution ou une asymétrie produit un avantage, qui en bénéficie? Et que peut-on raisonnablement déduire de ce bénéfice?

La réponse sera moins spectaculaire qu'une théorie du complot. Elle sera aussi beaucoup plus difficile à écarter. Bénéfice n'est pas consentement. Intérêt n'est pas intention. Intention n'est pas causalité. Et conservation n'est pas complot. Ces distinctions ont l'air de freiner l'accusation. En réalité, elles lui donnent des jambes.

1. CE QU'UN BÉNÉFICE PROUVE

Un ordre politique distribue toujours quelque chose. Des compétences. Des revenus. Des contrats. Des protections. Des postes. Des budgets. Des droits. Des services. Des capacités de décision. Des rentes parfois. Des responsabilités aussi. Il fabrique donc nécessairement des gagnants, des perdants, des bénéficiaires partiels, des acteurs exposés à une perte si les règles changent. Cela ne rend pas l'ordre injuste. C'est ce que fait une institution : elle distribue du pouvoir et des conséquences. La question commence seulement lorsque l'avantage dépend d'un arrangement précis.

Un acteur reçoit-il un bénéfice récurrent? Ce bénéfice disparaîtrait-il ou changerait-il substantiellement si la règle disparaissait? Existe-t-il un substitut crédible? L'acteur a-t-il objectivement quelque chose à perdre? Si oui, on peut parler d'un intérêt objectif à la continuité. Pas d'un motif secret. Pas d'une intention psychologique. Pas d'une culpabilité. Un intérêt. Cette sobriété importe parce que le raisonnement politique adore sauter les étages. Quelqu'un profite d'une règle, donc il l'a voulue. Il l'a voulue, donc il la défend. Il la défend, donc il en connaît l'injustice. Il en connaît l'injustice, donc tout le système existe pour ce profit.

Quatre bonds. Zéro pont. Pour passer de l'avantage à l'intention, il faut une conduite : une politique, une campagne, un financement, une décision, un lobbying, une règle procédurale, un contentieux, une mobilisation organisée, quelque chose qui existe en dehors de notre tête. Pour passer ensuite de cette conduite à la reproduction effective du système, il faut encore un effet démontrable. Une action peut viser la continuité et échouer. Elle peut contribuer sans être décisive. Elle peut être spectaculaire et causalement marginale. Elle peut aussi produire exactement ce qu'elle cherchait à produire. Mais ce dernier maillon doit être montré, pas espéré.

Voilà la discipline. Elle interdit d'écrire que « le Canada existe pour profiter du Québec ». Le dossier ne démontre rien de pareil. Elle interdit d'écrire que « tous les fédéralistes défendent leurs privilèges ». C'est une caricature psychologique. Elle interdit d'écrire que « les transferts fédéraux achètent le consentement ». Un transfert est un transfert. L'achat d'un consentement est une causalité politique qui exige une autre preuve. Mais la discipline autorise une proposition plus précise et beaucoup plus embarrassante : lorsqu'une architecture distribue un pouvoir, un revenu ou une position qui dépend de sa continuité, certains acteurs ont objectivement quelque chose à perdre si cette architecture change. Il n'y a là aucune conspiration. Il y a une institution qui fait ce que font les institutions : elle crée ses propres intérêts.

2. LE POUVOIR EST PARFOIS LE BÉNÉFICE

Nous pensons trop vite au bénéfice comme à de l'argent. Qui touche la rente? Qui possède la mine? Qui reçoit le contrat? Qui empoche le profit? Ces questions sont légitimes, mais elles sont trop étroites. Le pouvoir peut être le bénéfice. Définir une catégorie. Tenir un registre. Autoriser. Refuser. Administrer un territoire. Contrôler un budget. Déterminer l'accès à un statut juridique. Encadrer une institution. Fixer les conditions d'un service. Décider qui entre dans une architecture et selon quelles règles. Aucun sac d'or n'est nécessaire. Une compétence peut être un avantage institutionnel parce qu'elle place le dernier mot quelque part.

C'est ici que le dossier autochtone devient particulièrement instructif, à condition de ne pas tout mélanger. La Loi sur les Indiens n'est pas une seule règle. C'est une architecture. Elle organise notamment l'inscription au statut, des listes de bande, des rapports fonciers liés aux réserves, des mécanismes relatifs à certaines terres, à certains fonds et à certaines formes de gouvernance. Le droit fédéral conserve donc, dans plusieurs de ces domaines, une capacité réelle de définition et d'administration. Cela est un fait. Ce fait ne démontre pas que chaque disposition actuelle est injuste. Il ne démontre pas que le gouvernement fédéral contemporain poursuit un projet général d'assimilation. Il ne démontre pas qu'Ottawa empoche une rente parce qu'il tient un registre. Il démontre quelque chose de plus simple : l'architecture attribuée encore au fédéral certains pouvoirs que l'autodétermination complète des nations concernées placerait ailleurs.

Le pouvoir est donc identifiable. L'intérêt à le conserver, lui, doit encore être démontré. Cette distinction devient encore plus nette avec l'article 6 et la coupure à la deuxième génération. Le régime d'inscription peut produire, dans certaines familles et communautés, une perte intergénérationnelle d'admissibilité au statut prévu par la Loi. On peut donc avoir des personnes appartenant à une même famille ou à une même communauté dont la situation juridique diverge selon les règles fédérales de transmission. Voilà un effet de catégorisation puissant. Et il n'est pas imaginaire. Mais que fait-on ensuite?

On pourrait choisir la phrase la plus rageuse : l'État fait disparaître juridiquement des Autochtones. Elle serait plus forte que la preuve. Le dossier contemporain montre aussi un

processus fédéral de réforme portant précisément sur cette coupure et sur des options qui donneraient davantage de juridiction aux Premières Nations en matière d'appartenance et de citoyenneté. Cette contre-preuve interdit de transformer l'effet actuel de la règle en intention assimilatrice actuelle démontrée. La coupure existe. Le pouvoir fédéral existe. L'effet de séparation juridique existe. La preuve que le gouvernement actuel maintient ce mécanisme afin de poursuivre l'assimilation n'existe pas. Quand la preuve s'arrête, la phrase doit s'arrêter. Ce n'est pas de la prudence molle. C'est la différence entre accuser et inventer.

3. QUAND LA CHAÎNE PASSE

Il existe toutefois un dossier où les maillons s'emboîtent beaucoup plus loin : les pensionnats autochtones. Ici, il n'est pas nécessaire de supposer l'intention. Elle est documentée. Le système historique des pensionnats s'inscrivait dans une politique fédérale d'assimilation. Le gouvernement fédéral en a assuré le financement et l'administration générale; de nombreux établissements ont été exploités au quotidien par des organisations religieuses. Des enfants ont été séparés de leurs familles et de leurs communautés. Les langues et les cultures ont été réprimées. L'éducation, la discipline, la résidence et souvent la pratique religieuse ont été placées sous un appareil extérieur.

Dans ce dossier, le contrôle n'est pas un effet secondaire qu'on découvre après coup. Il appartient au mécanisme. Pour assimiler par l'école résidentielle, il faut précisément obtenir la capacité de retirer l'enfant de son milieu, de déterminer où il vit, qui l'éduque, dans quelle langue, sous quelle discipline, avec quels repères culturels et religieux. Le pouvoir n'est pas seulement le moyen. Il est aussi le bénéfice institutionnel recherché par la politique, parce que sans cette prise sur la vie de l'enfant, la politique d'assimilation ne peut pas fonctionner. La chaîne passe donc beaucoup plus loin :

une politique d'assimilation est explicitement poursuivie; un dispositif institutionnel est créé et financé; des opérateurs religieux assurent une grande partie de son exploitation quotidienne; le dispositif donne à ses institutions un contrôle concret sur les enfants; le système est maintenu pendant des décennies; et il reproduit, pendant sa durée, un rapport de séparation, d'assimilation et de subordination. Voilà ce que signifie une chaîne causale documentée à l'intérieur d'un dispositif. Mais même ici, il faut savoir sortir du dossier. Les pensionnats ne prouvent pas que toute institution fédérale contemporaine poursuit l'assimilation.

Ils ne prouvent pas que les crises d'eau sont des pensionnats hydrauliques. Ils ne prouvent pas que le Canada moderne survit grâce à l'assimilation. Ils ne prouvent pas que les peuples autochtones vivent aujourd'hui sous un système identique. Ils prouvent ce qu'ils prouvent. Et c'est déjà accablant. La fin des pensionnats, les enquêtes, les réparations, la Commission de vérité et réconciliation, les mécanismes de commémoration, les réformes juridiques et les transferts de compétences constituent des ruptures réelles. Dire cela n'efface aucune victime. Cela empêche simplement de falsifier le présent au nom du passé.

Un appareil historique peut être aboli tout en laissant des catégories, des dépendances, des blessures et des rapports institutionnels qui lui survivent. Mais la continuité d'un effet n'est pas la continuité automatique d'une intention.

4. L'EAU : LE TEST QUI EMPÊCHE LA PARESSE

Les crises d'eau potable dans certaines Premières Nations fournissent un bon test parce qu'elles ressemblent assez aux vieux rapports de dépendance pour tenter l'analogie, mais pas assez pour permettre l'identité. Au 13 août 2026, le gouvernement fédéral recensait encore quarante avis à long terme sur des systèmes publics dans trente-huit communautés de

Premières Nations. Il indiquait en même temps que cent cinquante-six avis à long terme avaient été levés depuis novembre 2015. Les deux chiffres doivent rester ensemble. Si l'on ne garde que les quarante, on fabrique l'immobilité. Si l'on ne garde que les cent cinquante-six, on fabrique la réussite.

Le dossier réel est plus inconfortable : persistance grave d'un problème et capacité réelle de correction. L'architecture est en outre partagée. Le fédéral finance, soutient, propose des normes et porte une responsabilité politique particulière. Les Premières Nations possèdent ou exploitent de nombreux systèmes; les chefs et conseils jouent un rôle dans la levée des avis; des enjeux de santé environnementale, de protection des sources et de compétences provinciales ou territoriales peuvent aussi intervenir selon les dossiers. Il existe donc des dépendances institutionnelles. Mais le bénéfice de domination n'est pas démontré.

Le fédéral conserve des leviers, certes. Il supporte aussi des coûts, des obligations, des contestations, des responsabilités et des pressions politiques. Surtout, les politiques contemporaines documentées comprennent des investissements pour lever les avis et un projet législatif visant à reconnaître davantage la juridiction des Premières Nations sur l'eau.

L'Assemblée des Premières Nations conteste des aspects importants de ces propositions, notamment la consultation, le financement et l'étendue des garanties. Autrement dit : le transfert est discuté, incomplet, contesté. Mais il existe.

L'analogie avec les pensionnats casse donc au point décisif. Dans les pensionnats, l'assimilation est une finalité documentée du dispositif historique. Dans l'eau, aucune politique contemporaine d'assimilation par le service n'est démontrée. On peut comparer la dépendance. On ne peut pas confondre la finalité. Le test est utile parce qu'il nous protège d'une tentation très humaine : quand une vieille structure a fait du mal, tout ce qui lui ressemble devient la même structure. Non. Une ressemblance est une question. Pas une preuve.

5. LE MYTHE DU BUTIN

L'autre raccourci séduisant consiste à suivre l'argent. Si l'on découvre que des intérêts économiques existent, on conclura peut-être que tout le régime n'est qu'une machine à extraire les ressources du Québec ou des peuples autochtones. Le dossier ne passe pas ce test. L'article 109 de la Loi constitutionnelle de 1867 attribue aux provinces les terres, mines, minéraux et redevances qui y sont visés, sous les réserves prévues. L'article 92A leur reconnaît des pouvoirs importants en matière de ressources naturelles, de forêts et d'électricité.

Le Québec détient donc des compétences, des actifs et des revenus substantiels à l'intérieur même de la fédération. Hydro-Québec suffit à ruiner une caricature particulièrement commode. La nationalisation de l'électricité a transféré un secteur majeur vers le patrimoine public québécois. Elle montre qu'un ordre institutionnel peut permettre un déplacement considérable de propriété, de contrôle et de revenus vers le Québec.

Le « butin » n'est donc pas resté quelque part dans un coffre fédéral dont Ottawa aurait gardé la clé depuis 1760. Même erreur lorsqu'on parle des territoires autochtones. Il faut distinguer le titre juridique, la juridiction, le droit d'autoriser, la concession, l'exploitation, la perception des revenus et le bénéficiaire économique. Une entreprise peut exploiter sans détenir le titre supérieur. Une province peut réglementer sans capter le profit principal. Une Première Nation peut posséder des droits ou un titre qui ne se laissent pas réduire aux catégories ordinaires de propriété provinciale. Une réserve administrée sous un régime fédéral ne devient pas pour autant la propriété économique universelle du Canada.

Suivre l'argent est nécessaire. Croire qu'il remplace le droit est paresseux. Les transferts fédéraux fournissent un autre contre-exemple. Pour 2026-2027, les grands transferts fédéraux

annoncés au Québec — santé, programmes sociaux et péréquation — représentent environ 30,3 milliards de dollars. On peut discuter leur architecture, leur origine fiscale, leurs conditions, leurs effets politiques et leur bilan net. Mais une chose devient difficile à soutenir : la narration d'une extraction matérielle à sens unique. Le Québec reçoit aussi. Ce fait ne signe pas le contrat. Il interdit seulement de raconter le fédéralisme comme un siphon muni d'une seule flèche.

6. LE STATU QUO, CE BÉNÉFICIAIRE SANS VISAGE

Il existe cependant un avantage plus discret, et peut-être plus important : le statu quo continue. Il n'a pas besoin de gagner un référendum chaque matin. Un ordre en vigueur demeure en vigueur tant qu'un mécanisme reconnu ne le modifie pas. C'est banal. C'est même une propriété élémentaire de tout droit stable. Mais cette banalité produit une asymétrie procédurale. La rupture doit accomplir quelque chose. La continuité, elle, bénéficie de l'inertie.

Le Renvoi relatif à la sécession du Québec reconnaît qu'une majorité claire répondant clairement à une question de sécession créerait une obligation constitutionnelle de négocier. Il rejette en revanche la sécession unilatérale comme acte juridique valide dans l'ordre canadien. La Loi sur la clarté ajoute son propre cadre d'appréciation de la question et de la majorité avant la négociation et la modification constitutionnelle. On peut critiquer cette architecture. On ne peut pas honnêtement dire qu'elle rend toute rupture juridiquement inexistante. Mais on peut constater ceci : le statu quo possède un avantage procédural simple. Il continue tant qu'une séquence positive ne le change pas.

Cet avantage n'est pas une preuve d'illégitimité. Il explique toutefois pourquoi la continuité peut s'accumuler sans produire chaque jour un nouvel acte d'autorisation. L'ordre est là. Les institutions fonctionnent. Les citoyens votent. Les tribunaux jugent. Les gouvernements gouvernent. L'habitude devient épaisse. Puis l'habitude est invoquée comme preuve du titre. C'est ici que le bénéfice du négatif devient presque littéral : ne rien changer est plus facile que refonder.

Encore une fois, cela peut être parfaitement défendable. La stabilité est elle-même un bien collectif. Une société qui devrait refaire sa constitution tous les matins serait inhabitable. Mais la stabilité d'un titre n'est pas la preuve de son acquisition. Le statu quo peut être utile, démocratique et durable. Il reste un statu quo.

7. QUAND L'ÉTAT DÉFEND L'UNITÉ

Il existe enfin des moments où l'intention de conservation n'a pas à être devinée parce qu'elle est publique. Le Programme de commandites en fournit un exemple borné. À une période déterminée, le gouvernement fédéral a consacré des ressources à une politique explicitement liée à la visibilité fédérale et à l'unité nationale. La Commission Gomery a ensuite documenté de graves irrégularités dans l'administration du programme : implication politique, surfacturations et contournement de règles fédérales. Ici, une conduite de conservation de l'unité est démontrée. Ce que le dossier ne démontre pas, c'est que toute politique fédéraliste est frauduleuse, que toute défense du Canada cache un intérêt financier ou que le Programme de commandites explique à lui seul la continuité du pays.

Il démontre mieux que cela. Il démontre qu'un gouvernement peut décider ouvertement de défendre l'unité du régime, mobiliser des ressources à cette fin, commettre des abus dans l'exécution de cette politique, puis voir ces abus exposés par d'autres institutions du même régime. La conservation et l'autocorrection coexistent. Ce point est crucial. Une théorie trop simple dira : le système se protège, donc il étouffe nécessairement toute preuve contre lui.

Le dossier Gomery dit le contraire. Le système peut protéger son unité et enquêter sur les moyens employés pour la protéger. C'est moins satisfaisant pour les amateurs de monstres. C'est beaucoup plus intéressant pour ceux qui veulent comprendre les institutions. Un ordre politique n'est pas une personne avec une seule volonté. Il contient des gouvernements, des administrations, des tribunaux, des vérificateurs, des partis, des provinces, des groupes d'intérêts, des contre-pouvoirs et des citoyens qui ne veulent pas la même chose. Il peut donc produire simultanément une politique de conservation et les instruments qui la dénoncent.

Le Canada n'est pas innocent parce qu'il s'autocorrige. Il n'est pas totalitaire parce qu'il se conserve. Il est un ordre politique qui possède des intérêts, des conflits internes et des mécanismes de continuité.

8. LA MEILLEURE OBJECTION

La meilleure objection à tout ce chapitre tient en une phrase : si le Canada produit tant de biens réels, tant de droits, tant de services, tant de stabilité, tant de participation démocratique et tant de capacités de correction, pourquoi refuser de reconnaître que ces bénéfices constituent précisément sa légitimité? Je ne refuse pas. Je refuse de changer le nom de la chose. Ces bénéfices soutiennent puissamment la légitimité démocratique et institutionnelle du Canada contemporain. Ils expliquent son attachement populaire. Ils expliquent sa durée. Ils expliquent pourquoi des citoyens raisonnables préfèrent le conserver. Ils expliquent aussi pourquoi des institutions québécoises elles-mêmes ont pu prospérer à l'intérieur du fédéralisme, construire un État moderne, nationaliser des secteurs, administrer des programmes, légiférer, taxer, négocier et exercer un pouvoir considérable.

Ce sont de vraies raisons de défendre le Canada. Elles ne sont pas un acte constituant rétroactif. À l'inverse, le fait qu'une injustice locale produise un avantage ne suffit pas à condamner l'ensemble de l'ordre. Il faut identifier l'injustice, l'acteur, l'instrument, l'avantage, la dépendance, la conduite et l'effet. Les pensionnats passent largement ce test à l'intérieur du dispositif historique. La Loi sur les Indiens contemporaine ne le passe que par endroits. L'article 6 permet d'établir un effet de catégorisation, pas une intention assimilatrice actuelle. Les crises d'eau permettent d'établir des dépendances et des insuffisances, pas une politique de domination par la soif. Les ressources exigent une cartographie précise, pas un récit de coffre au trésor.

Voilà ce que gagne la thèse lorsqu'elle abandonne la totalité. Elle devient falsifiable. Et donc sérieuse. Elle accepte les contre-exemples. Elle compte les biens. Elle compte les réformes. Elle compte les transferts. Elle compte l'autonomie. Elle compte l'autocorrection. Elle compte même les raisons honorables de préférer le Canada. Puis elle revient à la question qu'aucun de ces bénéfices ne peut résoudre à lui seul : où est l'autorisation constituante positive du titre supérieur à l'égard du Québec? La qualité d'un ordre peut rendre sa continuité désirable. Elle ne transforme pas automatiquement sa continuité en consentement à son origine.

9. VERDICT

Le Canada n'a pas besoin d'être un enfer pour que son titre soit interrogé. Il n'a pas besoin non plus d'être un paradis pour mériter d'être défendu. C'est peut-être la difficulté la plus importante de tout ce dossier : un ordre peut produire des biens réels et des injustices réelles; distribuer des droits et conserver des asymétries; corriger certaines fautes et laisser subsister certaines architectures; donner au Québec des pouvoirs considérables et maintenir au-dessus de lui un ordre constituant dont l'autorisation positive demeure contestée. Aucune de ces propositions n'annule les autres.

La présence d'un bénéfice ne prouve pas le consentement. La présence d'un intérêt ne prouve pas l'intention. La présence d'une intention ne prouve pas son effet. La présence d'un pouvoir ne prouve pas qu'il est conservé pour dominer. Et la présence d'une injustice locale ne transforme pas tout le Canada en mécanisme d'exploitation. Mais l'inverse est également vrai. Les droits ne signent pas rétroactivement le titre. Les transferts ne signent pas le titre. La stabilité ne signe pas le titre. La prospérité ne signe pas le titre. L'habitude ne signe pas le titre.

Même l'attachement sincère à un pays ne signe pas, pour les autres, le titre constituant qui les gouverne. Un ordre n'a pas besoin d'être un enfer pour devoir produire son titre. Il a maintenant bénéficié de toutes ses réformes, de tous ses biens et de toutes ses défenses. Le procès peut être plaidé au complet.

PARTIE IV — LE PROCÈS DU CANADA

CHAPITRE 11 — DEUX CENT CINQUANTE ANS POUR PRODUIRE LE TITRE

Le Canada a droit à sa meilleure défense. Pas à une caricature. Pas à un adversaire de carton qu'on renverse d'un coup d'épaule avant de se déclarer vainqueur. Pas à la version commode selon laquelle rien n'aurait changé depuis la conquête, comme si deux siècles et demi d'élections, de réformes, de droits, de gouvernements responsables, de fédéralisme, de jurisprudence, de compromis, de référendums, de transferts, de réparations et de négociations pouvaient être rayés d'un trait parce que l'origine du pouvoir nous déplaît. Ce serait trop facile. Et surtout, ce serait faux.

Le Canada contemporain n'est pas le régime militaire de 1760. Il n'est pas la Province de Québec de 1763. Il n'est pas l'Union de 1841. Il n'est même pas le Dominion de 1867. C'est un État démocratique ancien, doté d'élections libres, d'une architecture fédérale réelle, d'un système judiciaire indépendant, de droits constitutionnels, d'institutions publiques puissantes, d'une capacité de réforme et d'une culture politique dans laquelle des millions de citoyens se reconnaissent. Cela compte. Tout cela compte.

La vraie objection à la thèse de ce livre ne consiste donc pas à nier la conquête. Elle consiste à dire que la conquête n'est plus la bonne unité de mesure. La légitimité politique ne tomberait pas du ciel en un seul moment constituant parfaitement isolable. Elle se construirait dans la durée. Elle s'accumulerait. Elle naîtrait de la participation, du temps, de l'acceptation, des réformes, de l'autonomie locale, du fédéralisme, des élections, des droits et de la possibilité réelle de changer les règles. Autrement dit : vous cherchez un acte. Le Canada vous répond par un faisceau.

C'est l'argument le plus fort. Il faut le prendre au sérieux. Le dossier du Canada n'est pas vide. Il est même considérable. La question est plus étroite : ce faisceau, aussi dense soit-il, démontre-t-il l'autorisation constituante positive du titre supérieur exercé sur le Québec? Le test doit désormais être nommé sans fantasme d'immaculée conception. Un titre constituant peut être direct : un acte ou une chaîne fondatrice identifiable, populaire, représentative, conventionnelle ou hybride, rattache l'autorité supérieure à la collectivité qu'elle engage. Il peut aussi être régularisé : une refondation ou transformation ultérieure réautorise suffisamment un ordre dont l'origine était déficiente ou reçue. Si, après examen du titre direct, des régularisations possibles et de la théorie cumulative, aucune chaîne de conversion n'est suffisamment démontrée, il subsiste un déficit constituant persistant au sens normatif et probatoire. Ce déficit n'est pas une nullité juridique. Ni le référendum direct, ni l'unanimité, ni le veto permanent d'une province, ni le droit de sécession unilatérale ne sont des conditions nécessaires du titre.

Ce chapitre ne demande plus si le Canada fonctionne. Il fonctionne. Il ne demande plus s'il est légal. Il l'est. Il ne demande plus s'il possède une forte légitimité démocratique d'exercice. Il la possède. Il demande une seule chose : parmi toutes les pièces accumulées depuis la conquête, laquelle établit que le peuple gouverné devient librement l'auteur de l'autorité politique supérieure qui le gouverne? Si cette pièce existe, il faut la produire. Si elle n'existe pas, il faut avoir le courage de ne pas remplacer son absence par la simple masse du dossier.

La meilleure théorie canadienne

La meilleure théorie canadienne est cumulative. Elle commence par une concession historique : oui, le pouvoir britannique s'établit d'abord par la force. La prise de Québec, la capitulation de Montréal, puis le Traité de Paris expliquent comment la souveraineté impériale change de mains. Mais cette origine ne condamne pas tout ce qui suit. Un pouvoir né de la conquête peut être transformé. Il peut être démocratisé. Il peut être approprié par ceux qui étaient auparavant gouvernés sans avoir été consultés. Il peut acquérir, avec le temps, une autre source de légitimité.

Cette proposition est raisonnable. Le contraire serait presque absurde. Si une origine violente condamnerait éternellement toutes les institutions qui en descendent, une grande partie des États de la planète seraient enfermés à jamais dans leur naissance. Aucune réforme ne pourrait compter. Aucun suffrage ne pourrait réparer quoi que ce soit. Aucun acte politique ultérieur ne pourrait changer la nature du lien. Ce livre n'a jamais défendu cette thèse. Il pose plutôt une question plus exigeante : si la nature du lien change, où le changement se produit-il?

Le Canada répond alors : peut-être n'y a-t-il pas un seul moment. Peut-être le changement est-il précisément l'histoire. La Proclamation royale organise le régime civil. L'Acte de Québec de 1774 modifie profondément le traitement juridique de la population canadienne. L'Acte constitutionnel de 1791 introduit des assemblées élues. L'Acte d'Union est adopté en 1840 et entre en vigueur en 1841. Puis le gouvernement responsable déplace réellement l'exercice du pouvoir vers des représentants qui doivent conserver la confiance de la majorité élue. Chaque étape réduit la distance entre gouvernants et gouvernés. Chaque étape augmente l'agence politique locale.

Chaque étape éloigne le régime du simple gouvernement imposé par une puissance victorieuse. C'est exact. Et c'est précisément pourquoi il faut les compter. Mais les compter n'oblige pas à les confondre. Une assemblée élue est une assemblée élue. Elle vaut mieux, démocratiquement, qu'un gouvernement qui ne dépend pas de la confiance populaire. Le gouvernement responsable est un changement majeur. Il transforme la manière dont l'exécutif est effectivement contrôlé. L'autonomie locale compte. La représentation compte. Le déplacement de l'exercice du pouvoir compte.

La question du titre constituant reste pourtant distincte : qui détient l'autorité supérieure de définir les règles fondamentales, et par quel acte les gouvernés l'ont-ils autorisée comme leur autorité? Si la réponse est que l'autorisation résulte de l'accumulation même de ces institutions, il faut alors préciser ce que cette accumulation prouve. Elle prouve à tout le moins une appropriation croissante du gouvernement quotidien. Elle prouve une participation politique de plus en plus substantielle. Elle prouve qu'on ne peut pas parler sérieusement du Canada contemporain comme d'une simple garnison étrangère. Elle prouve beaucoup. Mais elle ne répond pas encore, à elle seule, à la question plus étroite du titre supérieur. C'est là que 1867 entre dans le dossier.

1867 : la pièce la plus forte du XIXe siècle

S'il existe un moment où le dossier canadien devient véritablement sérieux sur le plan constituant, c'est 1867. Pas parce qu'un texte tombe de Londres comme une nouvelle ordonnance impériale sans travail politique local. La Confédération est précédée de négociations réelles entre responsables coloniaux. Des représentants débattent. Des intérêts divergents s'affrontent. Le fédéralisme proposé reconnaît des ordres de gouvernement distincts et répartit des compétences. Au Canada-Est, Cartier défend l'entente comme une manière de protéger des intérêts nationaux, religieux, linguistiques et civils à l'intérieur d'un nouvel ensemble. Il faut donner sa pleine valeur à ce moment.

Dans la Province du Canada, la résolution principale de Confédération est approuvée en 1865 par 91 voix contre 33 à l'assemblée commune. Ce n'est pas un non-événement. Ce n'est pas une simple formalité administrative. Mais le total masque une fracture essentielle : Canada-Ouest, 54-8; Canada-Est, 37-25; députés canadiens-français présents, 27-21. La majorité est réelle. Le consensus constituant clair ne peut pas être déduit du seul chiffre global. Des représentants élus prennent position sur un projet constitutionnel majeur. Le Canada qui naît de cette séquence n'est pas identique à l'ordre impérial de 1763.

Le problème apparaît lorsqu'on transforme ce consentement politique représentatif en quelque chose de plus large que ce qu'il peut démontrer. Le vote est celui de l'assemblée de la Province du Canada. Il ne constitue pas une ratification séparée du Canada-Est, et cette absence n'invalide pas automatiquement une fondation représentative. Mais la chaîne de délégation doit être examinée. L'élection générale de 1863 n'avait pas mis en jeu l'union générale des provinces finalement négociée; la Grande Coalition, les conférences de 1864 et les Résolutions de Québec sont postérieures. Le corps électoral est masculin, britannique et censitaire. Le compromis intercolonial est ensuite présenté comme un ensemble que la Chambre ne peut normalement réécrire. Enfin, le 13 mars 1865, l'appel constitutionnel au peuple est rejeté 84-35. La question n'est donc plus l'absence abstraite d'un référendum moderne : elle est la faiblesse cumulative de la chaîne mandat-inclusion-amendabilité-ratification. Le cadre demeure colonial et le pouvoir juridique ultime d'édiction appartient alors à Westminster; le British North America Act est formellement une loi du Parlement britannique.

Encore une fois, rien de tout cela ne rend 1867 fictif. Rien de tout cela ne permet de dire : aucun consentement. Il y en a. Il y a négociation. Il y a représentation. Il y a approbation politique. Il y a compromis. Il y a un fédéralisme véritable, avec des institutions provinciales qui disposent de compétences réelles. Ce serait une fraude intellectuelle que d'effacer ces faits pour sauver la thèse. Mais la question demeure : à quel titre exact le Canada-Est est-il engagé comme sujet constituant?

Le meilleur argument adverse répond : par ses représentants élus, conformément au constitutionnalisme britannique de l'époque. Très bien. Alors le verdict sur 1867 doit être précis. 1867 établit une autorisation politique représentative importante. Il renforce considérablement le titre canadien. Il offre bien davantage que la simple continuité d'un pouvoir de conquête. Il constitue une fondation politique réelle du nouvel ordre fédéral. Ce qu'il n'établit pas suffisamment, c'est que cette autorisation commune équivaut au consentement constituant des populations et des peuples concernés. Le mandat précis n'avait pas été demandé en 1863; le projet était difficilement amendable; le Canada-Est et les députés canadiens-français étaient fortement divisés; l'appel au peuple fut refusé; et les peuples autochtones n'étaient pas parties constituantes alors même que le nouvel ordre plaçait sous compétence fédérale les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Le verdict de 1867 doit donc être nommé : fondation parlementaire légalement robuste, mais titre constituant représentatif incomplet.

Est-ce que cette absence condamne juridiquement 1867? Non. Est-ce qu'elle annule le fédéralisme? Non. Est-ce qu'elle permet de dire qu'il n'y a eu aucun consentement politique? Non. Elle empêche seulement de donner à cette pièce une portée qu'elle ne démontre pas seule. Le titre gagne en force. Il demeure représentatif et incomplet.

1927-1949 : le Labrador comme cas de contrôle

Le Labrador ne permet pas d'écrire qu'Ottawa aurait simplement « donné » le territoire à Terre-Neuve. En 1927, le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres tranche le différend frontalier entre Terre-Neuve et le Canada et fixe le tracé au bénéfice de Terre-Neuve. En 1949, lorsque Terre-Neuve entre dans le Canada après les référendums de 1948, les Conditions de l'adhésion incorporent expressément cette frontière au territoire de la nouvelle province. L'asymétrie pertinente est ailleurs : la population terre-neuvienne participe directement à la décision d'entrer au Canada avec ce territoire tel que délimité, tandis qu'aucune ratification populaire parallèle n'est demandée au Québec pour la constitutionnalisation de cette frontière. Ce n'est pas le même mécanisme qu'en 1867 ni qu'en 1982. C'est toutefois un cas de contrôle montrant que l'intensité du consentement direct peut varier fortement selon la collectivité affectée.

1982 : la légalité gagne, le consentement reste une autre question Le dossier de 1982 est, à certains égards, encore plus net. Il faut commencer par ce qui ne peut pas être sérieusement contesté : la Constitution de 1982 est valide. Le rapatriement a produit du droit. La Charte canadienne des droits et libertés a transformé durablement la vie politique et juridique du pays. La formule de modification constitutionnelle est en vigueur. Les institutions canadiennes fonctionnent à l'intérieur de cet ordre. Les tribunaux l'appliquent. Les gouvernements s'y conforment. Il n'existe pas de raccourci sérieux permettant de transformer le refus politique québécois en nullité juridique générale de l'ordre constitutionnel.

La Cour suprême avait déjà distingué, dans le Renvoi sur le rapatriement de 1981, ce que le droit permettait et ce que les conventions constitutionnelles exigeaient en matière de consentement provincial. Elle conclura ensuite que le Québec ne possédait pas un veto constitutionnel conventionnel distinct. Le dossier juridique est donc beaucoup plus fort que certaines rhétoriques québécoises ont parfois voulu l'admettre. Mais là encore, gagner la question de la validité ne gagne pas automatiquement celle du consentement constituant.

Le gouvernement du Québec n'adhère pas à l'entente de novembre 1981 qui ouvre la voie au rapatriement. L'Assemblée nationale s'y oppose politiquement. Le processus se termine sans l'assentiment du gouvernement québécois. On peut répondre : cela ne change rien à la validité. Exact. On peut ajouter : dans un fédéralisme, aucune province ne peut exiger que tout changement constitutionnel corresponde exactement à sa volonté. Exact encore.

On peut même soutenir qu'un ordre politique commun doit pouvoir être modifié sans que chaque participant dispose d'un veto absolu. C'est une position défendable. Mais elle ne transforme toujours pas l'opposition en consentement. Le droit positif dit : l'ordre est valide. La question de ce livre demande : où se trouve l'autorisation constituante positive du Québec à l'égard du titre supérieur ainsi consolidé? Ce sont deux phrases différentes. Les confondre ne renforce pas le Canada. Cela affaiblit l'argument en lui faisant réclamer à la légalité un certificat qu'elle ne prétend pas nécessairement délivrer.

Meech et Charlottetown deviennent alors importants. Pourquoi? Parce qu'ils démontrent justement que la question du renouvellement politique et constitutionnel n'était pas imaginaire. L'Accord du lac Meech cherchait notamment à réintégrer politiquement le Québec dans un nouvel arrangement constitutionnel. Son échec n'est pas la faute d'un seul acteur, et

certainement pas l'histoire simplifiée d'un homme levant une plume pour faire tomber un pays. Le processus échoue pour plusieurs raisons et dans plusieurs législatures. Puis Charlottetown tente une refondation plus large. Cette fois, la population est appelée à se prononcer. Le projet est rejeté.

Et ce rejet établit quelque chose d'essentiel : un échec de ratification ne transforme pas magiquement le statu quo en objet positivement ratifié. Les Canadiens rejettent l'accord proposé. Ils ne « rejettent pas le Canada ». La distinction semble évidente lorsqu'on regarde Charlottetown. Elle devra rester évidente quelques années plus tard lorsqu'on regarde 1980 et 1995.

1996 et 1998 : deux contre-épreuves qu'il faut compter

Deux pièces supplémentaires renforcent encore le meilleur dossier canadien. En 1996, le Parlement adopte la Loi concernant les modifications constitutionnelles. Cette loi ordinaire interdit à un ministre fédéral de proposer certaines résolutions de modification sans un ensemble de consentements provinciaux comprenant notamment le Québec. Le mécanisme est juridiquement réel et politiquement important. Il n'est toutefois pas la formule constitutionnelle elle-même : il encadre l'initiative ministérielle fédérale et demeure distinct des règles enchâssées de la partie V de la Loi constitutionnelle de 1982. Il ne vaut donc ni veto constitutionnel général du Québec ni ratification rétroactive de 1982.

En 1998, le Renvoi relatif à la sécession ferme une autre échappatoire. Une majorité claire répondant à une question claire en faveur de la sécession conférerait une légitimité démocratique à l'initiative que les autres participants auraient l'obligation de reconnaître et créerait une obligation constitutionnelle de négocier. Le vote n'opérerait pourtant pas, à lui seul, une sécession légale. Voilà pourquoi le test du titre ne peut exiger un droit de sécession unilatérale : le droit canadien reconnaît déjà une conséquence constitutionnelle au refus futur sans convertir ce refus en pouvoir juridique instantané de sortie.

La doctrine de la clarté ajoute cependant un test que le Canada doit accepter dans les deux directions. La Loi de clarification de 2000 prévoit qu'une question qui se limite à demander un mandat de négocier ne suffit pas à exprimer directement une volonté de sécession. Elle prévoit aussi qu'une question qui ajoute à la sécession d'autres arrangements politiques ou économiques peut manquer de clarté. Et lorsqu'elle évalue la majorité, la Chambre des communes doit considérer non seulement le décompte, mais l'ampleur de la majorité, la participation et les circonstances pertinentes.

Ce standard ne remonte pas le temps. Il n'annule ni 1867, ni 1980, ni 1995. Mais il crée un redoutable test de cohérence. Si l'on refuse d'accorder une portée constituante maximale à un OUI dont l'objet serait insuffisamment clair, on ne peut pas donner au NON correspondant une portée encore plus vaste en lui faisant ratifier le Canada, 1982 et toute la chaîne historique. Si l'on exige sujet identifiable, objet identifiable et appui suffisamment clair pour rompre, ces mêmes dimensions deviennent pertinentes lorsque l'on affirme qu'un acte a fondé ou régularisé le titre.

La clarté n'est donc pas une arme réservée à la sortie. C'est une discipline de qualification du consentement. Ces deux pièces affaiblissent toute rhétorique de captivité. Elles montrent une architecture où la contestation et certaines formes de consentement provincial ont des conséquences réelles. Mais, par leur objet, elles ne constituent pas un acte positif par lequel le Québec ratifie rétrospectivement l'ordre constitutionnel de 1982. Elles organisent l'amendement et la contestation future; elles ne sont pas, en elles-mêmes, une refondation rétrospective.

Les deux NON : la meilleure objection démocratique

C'est ici que l'objection canadienne devient la plus difficile. Elle tient en une phrase simple : les Québécois ont eu deux occasions de choisir une autre voie et ils ont dit non. En 1980, le NON obtient 59,56 %. En 1995, le NON obtient 50,58 %, contre 49,42 % pour le OUI, avec une majorité de 54 288 voix. Ce sont des votes réels. Massifs. À forte participation. Il serait absurde de les traiter comme de simples incidents sans portée. Dans les deux cas, la proposition souverainiste soumise est rejetée.

Le résultat produit un effet politique conservatoire évident : le Québec demeure au Canada. On peut même dire que ces scrutins renforcent puissamment la légitimité démocratique d'exercice de l'ordre canadien au Québec. Après deux campagnes nationales, deux questions publiques et deux votes populaires, l'ordre existant continue. Il serait impossible de soutenir sérieusement que la population québécoise n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur une sortie. Elle l'a eue. Deux fois. Alors pourquoi le dossier ne serait-il pas fermé? Parce que l'objet d'un vote compte. Un NON à une proposition particulière est le rejet de cette proposition.

Il ne devient pas automatiquement un OUI à toutes les propositions contraires possibles. Le référendum de 1980 ne demande pas : « Ratifiez-vous rétroactivement la conquête, 1867, le rapatriement de 1982 et le titre supérieur du Canada pour l'avenir? » Le référendum de 1995 ne le demande pas davantage. Les électeurs se prononcent sur des propositions politiques déterminées, dans des contextes déterminés, avec des conséquences déterminées. Le NON gagne. Il faut respecter ce résultat. Mais respecter un résultat n'autorise pas à réécrire la question après le dépouillement. Le meilleur moyen de voir le problème reste la symétrie.

À Charlottetown, les Canadiens rejettent un projet de réforme constitutionnelle. Nous ne disons pas : ils ont donc consenti positivement à chaque élément du statu quo antérieur. Nous disons : ils ont rejeté l'accord proposé. La même règle doit s'appliquer à 1980 et 1995. Les Québécois rejettent les propositions qui leur sont soumises. Le Canada reste en place. Ce maintien est politiquement considérable. Il ne devient pas pour autant une ratification constituante rétroactive de la manière dont le Canada a acquis ou consolidé son titre.

Refuser une manière de sortir n'est pas consentir rétroactivement à la manière dont on est entré. Il faut également résister à une autre tentation : utiliser les irrégularités documentées de 1995 pour effacer le résultat officiel. Le rapport Grenier a établi des dépenses illégales d'environ 539 000 dollars attribuées à Option Canada et au Conseil pour l'unité canadienne, tout en indiquant que certaines dépenses illégales ne pouvaient être évaluées. Ce sont des faits graves. Ils appartiennent au dossier. Ils ne suffisent pas, à eux seuls, à démontrer que le résultat global du référendum a été frauduleusement obtenu ou que l'écart de 54 288 voix doit être réécrit.

La colère n'a pas le droit de faire le travail de la causalité. Le résultat officiel reste le résultat officiel. Et pourtant la logique reste la même : le NON maintient l'ordre existant en pratique. Il ne signe pas rétroactivement toutes les étapes de son titre.

La durée, les droits et la vie commune

Il reste alors l'argument le plus profond. Peut-être que le problème vient du critère lui-même. Peut-être qu'exiger un acte d'autorisation constituante positive est une manière artificielle d'ignorer ce que les sociétés font réellement. Un pays vivant n'est pas une entreprise incorporée un mardi matin devant notaire. Il se forme par habitudes, loyautés, conflits, institutions, compromis, migrations, générations, élections et souvenirs. Les citoyens naissent dans un ordre qu'ils n'ont pas choisi. Aucun État ne demande à chaque génération de signer son acte de fondation.

Le Canada pourrait donc dire : vous cherchez une signature imaginaire. Nous vous montrons une société. Nous vous montrons des générations de Québécois qui ont voté aux élections fédérales. Des gouvernements québécois qui ont exercé les compétences provinciales. Des députés québécois qui ont siégé à Ottawa, dirigé des partis nationaux, occupé les plus hautes fonctions de l'État. Des tribunaux canadiens auxquels des Québécois ont eu recours pour faire valoir leurs droits. Des programmes publics. Des transferts. Des infrastructures. Une citoyenneté commune. Des libertés protégées. Des mouvements politiques fédéralistes puissants et sincères au Québec même.

Des millions de personnes qui ne vivent pas leur appartenance canadienne comme une conquête quotidienne, mais comme une identité politique réelle. C'est une défense formidable. Et elle établit quelque chose que ce livre doit reconnaître sans détour : le Canada contemporain possède une forte légitimité démocratique d'exercice. Cette légitimité ne repose pas sur la baïonnette de 1760. Elle repose sur des institutions actuelles, des comportements actuels, des droits actuels, une participation actuelle. Elle est réelle. Le Québec n'est pas administré aujourd'hui comme une population militairement occupée. Ses citoyens votent. Ses gouvernements gouvernent.

Son Assemblée nationale légifère dans ses champs de compétence. Ses tribunaux appliquent un droit complexe auquel participent des institutions canadiennes et québécoises. Le fédéralisme crée de véritables espaces d'autonomie politique. La Charte protège des droits. L'État canadien distribue des ressources considérables et assume des fonctions dont des citoyens québécois bénéficient chaque jour. Dire cela ne trahit pas la thèse. Cela la débarrasse de sa version la plus faible. Car si le problème du titre ne survit qu'à condition que le Canada soit un enfer, il ne survivra pas longtemps. Le Canada n'est pas un enfer.

C'est précisément pourquoi la question devient intéressante. Un ordre peut être vivable, démocratique, prospère, protecteur et même aimé sans que ces qualités répondent entièrement à la question de savoir comment son autorité supérieure a été constituée à l'égard d'un peuple qui se conçoit lui-même comme sujet politique. La participation prouve une participation. L'attachement prouve un attachement. Les bénéfices prouvent des bénéfices. La durée prouve une durée. La légitimité d'exercice prouve une légitimité d'exercice. La question est de savoir à quel moment on change de catégorie. Si l'on répond : par accumulation, alors il faut définir le seuil.

Combien d'élections transforment un ordre reçu en ordre constitué? Combien de décennies? Combien de droits? Combien de transferts? Combien de premiers ministres issus du Québec? Combien de décisions judiciaires? À quel moment l'ensemble devient-il non seulement la preuve qu'un ordre est profondément intégré à la vie politique, mais la preuve que le titre supérieur a reçu une autorisation constituante positive? Le problème n'est pas qu'une réponse cumulative soit impossible. Le problème est qu'elle devient vite insaisissable si elle n'identifie aucun mécanisme de transformation. On ne demande pas un parchemin. On demande le changement de nature.

Ce qui a changé pour les peuples autochtones

La même discipline s'impose lorsqu'on regarde les relations entre l'État canadien et les peuples autochtones. Le dossier historique contient des politiques d'assimilation explicites. Les pensionnats en constituent un exemple central et documenté. Le système a été porté par une responsabilité fédérale majeure et mis en œuvre avec la participation d'Églises et de congrégations selon les périodes et les établissements. L'objectif assimilateur appartient au

dossier historique. Il faut pouvoir le dire sans trembler. Mais il serait tout aussi faux de conclure que rien n'a changé depuis.

Le Canada contemporain reconnaît des droits ancestraux et issus de traités dans son ordre constitutionnel. Des mécanismes de consultation et d'accommodement existent. Des ententes territoriales et des régimes conventionnels ont été conclus. Des transferts de compétences, des formes d'autonomie gouvernementale, des règlements de revendications et des politiques de réparation ont transformé certaines relations. La Loi sur les Indiens continue de porter des mécanismes de définition juridique dont l'article 6 montre encore la capacité fédérale de déterminer l'inscription et ses effets intergénérationnels. Cela mérite un examen sévère. Mais cette continuité institutionnelle ne permet pas d'attribuer automatiquement au Canada contemporain l'intention assimilatrice générale qui était explicitement présente dans certaines politiques historiques.

Il faut distinguer. Toujours. Intention historique. Mécanisme actuel. Effet actuel. Correction actuelle. Le Canada d'aujourd'hui ne peut pas réclamer le mérite de ses réparations comme s'il effaçait rétroactivement les politiques qu'il répare. Mais le critique ne peut pas non plus effacer les réparations pour conserver l'image confortable d'un système immobile. Le procès du titre ne gagne rien à tricher dans un sens ou dans l'autre. Les transformations contemporaines démontrent une capacité réelle de reconnaissance, de correction et de transfert. Elles renforcent la légitimité d'exercice de l'ordre. Elles montrent aussi que le Canada est capable de reconnaître que certaines formes antérieures de son propre pouvoir étaient injustes.

Ce constat n'est pas une faiblesse du dossier canadien. C'est l'une de ses forces. La question demeure toutefois la même : la correction d'un rapport de pouvoir est-elle identique à la constitution libre du titre supérieur qui encadre ce rapport? Pas nécessairement. Une réforme peut réparer. Une reconnaissance peut déplacer. Une entente peut autonomiser. Un transfert peut réduire une dépendance. Tout cela compte. Mais le changement de signe, s'il est revendiqué, doit encore être montré à la hauteur exacte de ce qu'il prétend établir.

Le pouvoir de contraindre ne tranche rien à lui seul

Le chapitre précédent sur la coercition l'a montré par un autre chemin. Tout État dispose d'une force publique. Le Canada n'est pas suspect simplement parce qu'il possède des policiers, des prisons, des pouvoirs d'urgence ou une capacité militaire. Un État qui ne pourrait jamais faire exécuter ses décisions ne serait pas un État très longtemps.

Les Patriotes, les troubles de 1918, Octobre 1970 et Kanehsatake/Oka ne sont pas des événements équivalents. Ils ne permettent pas de raconter une histoire simple où « le Canada répond toujours par la violence ». Ce serait historiquement paresseux. Ils montrent quelque chose de plus limité : lorsque l'obéissance disparaît et qu'un conflit entre en collision avec l'autorité reconnue par l'ordre, il existe un dernier mot opérationnel. La force permet de localiser ce dernier mot. Elle ne dit pas si ce dernier mot est légitime. Elle dit encore moins qu'il est illégitime.

Le pouvoir de contraindre est une capacité. Le titre est une justification. La confusion entre les deux ferait exactement la même erreur qu'en 1760, mais à l'envers. La force ne suffit pas à créer le consentement. L'existence du consentement ne se réfute pas non plus simplement en montrant qu'un État possède de la force. Le procès doit donc revenir à sa question initiale.

Les bénéfices ne sont pas une quittance

Il faut également accorder au Canada ses bénéfices. Une société politique qui dure produit des biens communs. Sécurité. Stabilité. Droits. Mobilité. Services. Institutions. Redistribution.

Capacité financière. Infrastructure. Coopération. Le fédéralisme canadien redistribue des sommes considérables vers le Québec. Les principaux transferts fédéraux destinés au Québec pour 2026-2027 atteignent environ 30,3 milliards de dollars. Ce chiffre ne résume évidemment pas le solde fiscal complet. Il démontre simplement qu'on ne peut pas décrire la relation comme un pur mécanisme de captation à sens unique. Le Canada coûte. Le Canada rapporte. Le Canada redistribue.

Le Canada protège. Le Canada limite aussi. Le Canada arbitre. Le Canada conserve des compétences. La relation est complexe parce qu'elle est réelle. L'erreur serait de croire que les bénéfices répondent à la question du titre. Un bon locataire ne devient pas propriétaire parce qu'il entretient bien la maison. Un propriétaire légitime ne perd pas son titre parce qu'il entretient mal la maison. Le bénéfice et le titre appartiennent à deux registres différents. Cette analogie a ses limites, mais elle rappelle une discipline simple : la qualité de l'administration ne décide pas seule de l'origine de l'autorité.

Un ordre n'a pas besoin d'être catastrophique pour devoir justifier son titre. Et un ordre qui justifie mal son titre ne devient pas automatiquement mauvais dans tout ce qu'il fait. C'est précisément cette double proposition que les débats politiques supportent mal. Ils préfèrent les absolus. Soit le Canada est un pays démocratique et généreux, donc la question du titre serait absurde.

Soit son origine est la conquête et ses rapports de pouvoir demeurent asymétriques, donc tout ce qu'il produit serait suspect. Les deux raccourcis dispensent de penser. Le dossier, lui, oblige à tenir ensemble les contraires.

L'objection cumulative, enfin

Nous pouvons maintenant rendre l'argument canadien dans sa forme maximale. Le voici. La conquête est une origine historique, pas une condamnation éternelle. Les institutions impériales ont été progressivement transformées. La représentation politique s'est développée. Le gouvernement responsable a transféré l'exercice effectif du pouvoir à des gouvernements dépendant de majorités élues. 1867 a été négocié et approuvé par des représentants élus, créant un fédéralisme durable et réel. Le Québec a exercé ses compétences pendant plus d'un siècle et demi. Des Québécois ont participé massivement à la vie politique canadienne. La Constitution de 1982 est juridiquement valide.

La Charte a renforcé les droits. Les institutions canadiennes sont révisables. Meech et Charlottetown démontrent qu'une réforme profonde peut être négociée. Les référendums de 1980 et 1995 ont maintenu le Canada après des votes populaires d'une intensité démocratique exceptionnelle. Les citoyens québécois continuent de participer aux élections fédérales. Le Canada reconnaît aujourd'hui davantage les droits des peuples autochtones qu'il ne le faisait dans les périodes d'assimilation explicite. Il possède des mécanismes de correction, de réparation, de négociation, d'autonomie et de transfert. Il produit des biens publics réels. Il bénéficie d'un attachement réel.

Il peut être quitté politiquement selon un processus démocratique dont le droit canadien reconnaît lui-même qu'une majorité claire sur une question claire créerait une obligation de négocier, même si le vote ne produirait pas à lui seul la sécession juridique. Que voulez-vous de plus? C'est la question. Et c'est une excellente question. La réponse n'est pas : une signature.

La réponse n'est pas : un référendum impossible où tous les morts de 1760 reviendraient voter. La réponse n'est pas : une pureté constituante que personne au monde ne pourrait satisfaire. La réponse est : la preuve du mécanisme par lequel ce faisceau change la nature du titre. Si la

thèse canadienne est que la légitimité constituante naît graduellement de l'exercice démocratique, alors il faut assumer cette thèse comme telle. Elle dit qu'une communauté politique peut autoriser rétrospectivement et progressivement son ordre supérieur par participation continue, bénéfices partagés, institutions représentatives, révisions possibles et absence de rupture majoritaire.

C'est une théorie cohérente. Elle possède même une grande force descriptive. Elle explique pourquoi tant de citoyens considèrent le Canada comme légitime sans chercher un acte fondateur unique. Mais elle rencontre un problème dès qu'un peuple politique distinct conteste précisément que sa participation ordinaire vaille autorisation du titre supérieur. Car alors le raisonnement risque de devenir circulaire. Pourquoi le Canada est-il légitime? Parce que le Québec participe à ses institutions. Pourquoi cette participation autorise-t-elle le titre du Canada? Parce que ce sont les institutions légitimes du Canada. Le cercle peut être brisé.

Il suffit de montrer une procédure, un mandat, une ratification, un acte constituant ou une théorie explicite du consentement cumulatif qui distingue clairement participation à l'ordre et autorisation de l'ordre. Le dossier contient des éléments puissants. 1867 offre une autorisation représentative importante. 1980 et 1995 offrent une décision populaire de ne pas adopter les propositions souverainistes soumises. La vie démocratique canadienne offre une légitimité d'exercice profonde. Le temps offre de l'attachement, des intérêts communs, des habitudes constitutionnelles. Les droits offrent des raisons puissantes de défendre l'ordre. Mais aucune de ces pièces ne doit être promue au rang d'une autre simplement parce que le dossier serait plus élégant ainsi.

Un vote représentatif n'est pas une ratification populaire. Un NON à une proposition n'est pas un OUI à toutes les autres. Une participation n'est pas automatiquement une autorisation constituante. Une légalité n'est pas une légitimité constituante. Une légitimité d'exercice n'est pas nécessairement un titre supérieur. Une réforme n'est pas nécessairement une refondation. Le faisceau est puissant. La catégorie finale reste non démontrée.

Verdict

Voilà donc où nous sommes après deux siècles et demi de transformations. Le Canada a démontré son existence. Il a démontré sa continuité juridique. Il a démontré sa capacité d'institutionnalisation. Il a démontré une transformation profonde depuis l'ordre de conquête. Il a démontré la représentation. Il a démontré le gouvernement responsable. Il a démontré une autorisation politique représentative substantielle en 1867 — mais un titre constituant représentatif incomplet lorsqu'on teste le mandat, l'inclusion, l'amendabilité, la ratification et la pluralité des peuples. Il a démontré un fédéralisme réel. Il a démontré une forte légitimité démocratique d'exercice.

Il a démontré des droits, des mécanismes de réforme, des bénéfices matériels, des institutions stables, une participation durable et des identités canadiennes sincères au Québec. Il a démontré que les Québécois ont rejeté deux propositions souverainistes. Il a démontré que l'ordre constitutionnel de 1982 est juridiquement valide. Il a démontré qu'il peut reconnaître certaines injustices historiques et modifier certains rapports de pouvoir. Tout cela est dans le dossier. Tout cela doit rester dans le verdict. Ce que le dossier ne démontre pas de façon suffisante, malgré toutes ces pièces, c'est soit un titre direct complet en 1867, soit une régularisation constituante ultérieure identifiable par laquelle l'ordre supérieur est positivement réautorisé à l'égard du Québec. Selon le critère normatif de cet essai, il subsiste donc un déficit constituant persistant au sens probatoire — autrement dit, un titre québécois du Canada qui demeure contesté et non fermé par une chaîne constituante suffisamment démontrée.

Cette non-démonstration n'est pas une déclaration de nullité juridique. Elle n'est pas une négation de la démocratie canadienne. Elle n'est pas la preuve que tous les Canadiens vivent dans l'illusion. Elle n'est pas la preuve que chaque institution fédérale est illégitime. Elle n'efface ni les élections, ni les droits, ni les bénéfices, ni les attachements. Elle ne transforme pas 1760 en malédiction éternelle. Elle dit quelque chose de beaucoup plus précis.

Le Canada a eu tout le procès pour produire son titre constituant à l'égard du Québec. Il a produit un dossier immense, dont 1867, 1982, les deux référendums, la loi de 1996, le Renvoi de 1998 et deux siècles de démocratie vécue. Ce dossier rend la thèse fédéraliste sérieuse; il ne ferme pas, selon le test de cet essai, la question de la régularisation constituante positive du titre à l'égard du Québec. Alors la charge change de côté. Il ne s'agit plus de demander au Québec de prouver qu'il mérite d'exister politiquement.

Il ne s'agit plus de rejouer indéfiniment la conquête. Il ne s'agit plus de prétendre que l'absence d'un oui constituant rend le pays inexistant. Il s'agit de regarder le rapport actuel. Un ordre légal, démocratique, fonctionnel et profondément institutionnalisé exerce un titre supérieur sur un peuple dont l'autorisation constituante positive à ce titre n'est pas établie par le dossier. Voilà la subordination dont il faut maintenant parler. Le Canada contemporain démontre une forte légitimité démocratique d'exercice. Ce que le dossier ne démontre pas, après toutes ses pièces, c'est l'autorisation constituante positive de son titre supérieur à l'égard du Québec. Ce verdict ne détruit pas le Canada. Il ouvre la question politique de la subordination.

PARTIE V — CHANGER LE SIGNE

CHAPITRE 12 — LA SOUVERAINETÉ DU QUÉBEC

Le Canada n'a pas été déclaré inexistant. Il n'a pas été déclaré illégal. Il n'a pas été déclaré antidémocratique. Il n'a même pas été déclaré incapable de se réformer. Le verdict du chapitre précédent est plus précis, et donc plus difficile à esquiver : après avoir accordé au Canada sa meilleure défense — la durée, le gouvernement responsable, 1867, le fédéralisme, les élections, les droits, l'autonomie québécoise, 1982, les référendums, les mécanismes de négociation, les réformes et la participation quotidienne — l'autorisation constituante positive de son titre supérieur à l'égard du Québec n'est pas établie.

Ce verdict ne détruit pas le Canada. Il change la question. Jusqu'ici, ce livre examinait une preuve. À partir d'ici, il assume un choix. Ce qui suit n'est donc pas une nouvelle pièce déposée contre le Canada. Ce n'est pas davantage un théorème selon lequel l'absence de preuve du titre canadien produirait automatiquement la souveraineté québécoise, comme deux signes négatifs qui donneraient miraculeusement un plus. La politique n'est pas une multiplication.

Le choix que je défends est normatif : lorsqu'un peuple se trouve placé sous une autorité constituante supérieure dont l'autorisation positive n'est pas établie, je refuse de traiter la subordination comme l'état naturel des choses. Pour le Québec, la solution politique que je privilégie est la souveraineté. Pas comme récompense. Pas comme purification. Pas comme garantie de bonheur. Comme déplacement du pouvoir constituant.

1. LE VERDICT N'EST PAS UNE CONDAMNATION

Il faut tenir la ligne jusqu'au bout. Le Canada contemporain possède une forte légitimité démocratique d'exercice. Ses gouvernements sont élus. Ses tribunaux fonctionnent. Les droits constitutionnels ont des effets réels. Les provinces exercent des pouvoirs considérables. Le Québec légifère, taxe, administre, négocie, exploite des ressources, possède des institutions

puissantes et élit ses propres gouvernements. Des millions de citoyens participent librement à cet ordre et s'y reconnaissent. Tout cela est vrai. Tout cela compte.

Et tout cela reste distinct de la question constituante posée depuis le premier chapitre : par quel mécanisme l'autorité supérieure du Canada sur le Québec a-t-elle reçu une autorisation constituante positive suffisante? La meilleure réponse canadienne était cumulative. Aucun moment unique, disait-elle, ne suffit peut-être; mais deux siècles et demi d'institutions, de réformes, d'élections, de compromis, de droits et de participation finissent par former un titre. Cette défense est sérieuse. Elle explique puissamment pourquoi le Canada est gouvernable, pourquoi il est démocratiquement légitime dans son exercice quotidien et pourquoi tant de Québécois choisissent de le défendre.

Elle ne montre pas le mécanisme par lequel toutes ces réalités deviennent ensemble l'acte d'autorisation constituante qu'aucune d'elles n'établit automatiquement seule. C'est là que le procès s'arrête. Et c'est exactement là que la politique commence. L'absence de preuve d'un titre n'est pas la preuve mathématique de son illégitimité. La nuance est essentielle. Je ne prétends donc pas que le Canada aurait été « condamné » au terme d'une démonstration qui rendrait toute autre position intellectuellement impossible. Je soutiens autre chose.

Lorsqu'un titre supérieur demeure non établi après qu'on lui a donné toutes ses chances, la continuité ne peut pas devenir sa propre justification simplement parce qu'elle est la continuité. Le statu quo a un privilège extraordinaire : il n'a pas besoin de se produire. Il est déjà là. Il gouverne pendant que l'autre option doit convaincre. Il dure pendant que l'autre option doit s'organiser. Il bénéficie de l'inertie pendant que la rupture doit obtenir un mandat, gagner un vote, négocier, modifier des règles, répartir des responsabilités et assumer le risque.

C'est normal dans un ordre juridique stable. Mais ce qui est normal comme procédure n'est pas nécessairement suffisant comme principe constituant. Je refuse donc un raccourci : puisque le Canada fonctionne, il doit continuer. Fonctionner est une qualité. Continuer est un fait. Être autorisé comme autorité constituante supérieure est une autre question.

2. LE CHANGEMENT DE REGISTRE

Il faut dire franchement ce que beaucoup de plaidoyers préfèrent cacher. Je choisis. Je ne « découvre » pas la souveraineté au fond d'une archive comme si elle y avait attendu deux siècles avec une étiquette à mon nom. Je ne la déduis pas d'une équation. Je ne prétends pas qu'un tribunal l'a ordonnée. Je ne transforme pas 1760, 1867, 1982 ou 1995 en machine juridique qui produirait automatiquement un État québécois.

Je choisis la souveraineté à partir d'un principe politique plus précis : lorsqu'une relation constituante est proposée, refondée ou soumise à autorisation, le refus pertinent doit avoir une conséquence institutionnelle réelle. Ce principe n'implique ni veto permanent ni droit juridique de sécession unilatérale; il exige seulement qu'une procédure constituante ne transforme pas le consentement qu'elle sollicite en décoration. Pas chaque loi. Pas chaque budget. Pas chaque décision qui déplaît. La relation elle-même.

La subordination politique devient problématique lorsqu'elle se perpétue non parce qu'un consentement constituant supérieur a été établi, mais parce qu'elle est le cadre existant et que tout le poids du changement repose sur celui qui veut en sortir. La souveraineté répond à ce problème de façon directe. Elle déplace le lieu du dernier mot constituant.

Aujourd'hui, le Québec dispose d'une autonomie politique réelle à l'intérieur d'un ordre constitutionnel canadien dont il n'est pas seul l'auteur et qu'il ne peut modifier seul. La souveraineté ne promet pas que toutes les décisions seront meilleures. Elle promet quelque

chose de plus modeste et de plus radical : pour l'ordre politique québécois, la justification du pouvoir supérieur devra être produite au Québec. La différence est énorme. Un peuple souverain peut mal gouverner. Il peut élire des imbéciles. Il peut gaspiller de l'argent, centraliser trop de pouvoir, négliger ses minorités, produire une constitution médiocre et regretter certains choix.

La souveraineté n'abolit pas la bêtise humaine. Elle change l'adresse de la responsabilité constituante. C'est précisément pourquoi je ne la présente pas comme une récompense accordée au Québec pour bonne conduite historique. Les peuples n'ont pas à réussir un examen de vertu avant d'exercer leur souveraineté. Sinon, aucun État existant ne survivrait à l'épreuve qu'il imposerait aux autres. La question n'est pas : le Québec mérite-t-il moralement d'être souverain? La question est : qui doit posséder l'autorité constituante supérieure sur l'ordre politique québécois? Ma réponse est : le peuple québécois.

3. POURQUOI LA SOUVERAINETÉ

On pourrait imaginer plusieurs manières de réduire la subordination sans aller jusqu'à l'indépendance. Plus d'autonomie. Une nouvelle répartition des compétences. Un droit de retrait renforcé. Une reconnaissance constitutionnelle particulière. Une réforme du Sénat. Un nouveau pacte fédéral. Une asymétrie plus profonde. Des mécanismes de consentement spécifiques au Québec. Rien de tout cela n'est absurde. Certaines de ces voies pourraient même améliorer substantiellement la fédération. Alors pourquoi privilégier la souveraineté?

Parce qu'elles ont toutes un trait commun : elles cherchent à réaménager la place du Québec à l'intérieur de l'autorité constituante canadienne. La souveraineté change la question. Elle ne demande plus quelle marge le Québec doit obtenir dans le cadre supérieur. Elle demande si ce cadre supérieur doit continuer d'être le sien. C'est la différence entre négocier la taille d'une pièce et décider qui possède la maison constitutionnelle.

L'image a ses limites, comme toutes les images. Le Canada n'est pas un propriétaire et le Québec n'est pas un locataire. Mais le point institutionnel demeure : dans une fédération, les compétences provinciales existent à l'intérieur d'un ordre constitutionnel commun. Elles peuvent être vastes sans être souveraines au sens constituant. Le Québec possède déjà beaucoup.

La question est de savoir s'il possède le dernier mot sur le pacte qui définit ce qu'il possède. Il ne l'a pas. Et cela, encore une fois, n'est pas une anomalie dans une fédération. C'est la fédération. Précisément. Si l'on veut que le Québec exerce lui-même le pouvoir constituant supérieur, on ne cherche plus un fédéralisme mieux aménagé. On change de catégorie politique. Voilà pourquoi la souveraineté est, pour ce livre, la solution la plus directe. Non parce que le Canada serait impossible à réformer. Parce que la réforme fédérale et la souveraineté ne répondent pas à la même question. La première améliore ou refonde la relation commune. La seconde déplace le lieu à partir duquel cette relation pourra ensuite être choisie, négociée ou reconstruite.

4. LA MEILLEURE OBJECTION : POURQUOI PAS RÉFORMER LE CANADA?

Prenons l'objection au sérieux. Le Canada est légal. Il est démocratique. Il est fédéral. Il permet déjà au Québec une autonomie substantielle. Il a connu des transformations majeures. Sa Constitution n'est pas immobile. Le Renvoi relatif à la sécession lui-même insiste sur le caractère évolutif de l'ordre constitutionnel et sur le droit des participants à proposer des changements. Pourquoi donc choisir la rupture plutôt qu'une nouvelle réforme? Parce que la possibilité d'une réforme ne crée pas une obligation de l'attendre.

Meech et Charlottetown comptent ici non comme preuves que « le Canada ne changera jamais », mais comme avertissements contre cette prophétie confortable selon laquelle la prochaine réforme réglerait nécessairement ce que les précédentes n'ont pas réglé. L'Accord du lac Meech fut une tentative majeure de renouveler l'adhésion québécoise au cadre constitutionnel après 1982. Il a échoué à être ratifié selon les procédures requises.

L'Accord de Charlottetown proposa à son tour un vaste compromis constitutionnel. Il fut rejeté au référendum. Ces échecs ne prouvent pas que toute réforme future est impossible. Ils prouvent exactement ce qu'ils prouvent : deux entreprises majeures de renouvellement n'ont pas produit un pacte refondé et stabilisé. Et surtout, leur échec ne transfère pas le consentement au statu quo.

Nous avons déjà appliqué cette discipline aux référendums. Un NON rejette la proposition soumise. Il ne signe pas automatiquement le contraire. Il serait étrange d'oublier cette règle au moment précis où elle devient politiquement gênante. Le fédéralisme demeure donc une option politique possible. Je ne la choisis pas. Pas parce que je peux démontrer qu'elle échouera demain.

Parce qu'après l'échec de la preuve positive du titre supérieur et après les tentatives majeures de renouvellement déjà connues, je ne vois aucune raison de traiter la recherche indéfinie d'un meilleur accommodement comme la position neutre, raisonnable, patiente — tandis que la souveraineté serait tenue de justifier jusqu'à son droit d'entrer dans la conversation. Le statu quo n'est pas neutre. Une nouvelle réforme fédérale non plus. Les deux sont des choix. L'un choisit de maintenir l'autorité constituante commune en cherchant à la modifier.

L'autre choisit de déplacer cette autorité au Québec et d'organiser ensuite les relations avec le Canada à partir de deux ordres politiques distincts. Je privilégie le second. Il met la question constituante là où la démonstration nous a conduits : non plus combien de pouvoirs le Québec peut obtenir, mais qui autorise le pouvoir supérieur. Il reste une dernière commodité dans l'objection fédérale : présenter la souveraineté comme le choix risqué et le statu quo comme l'absence de choix. C'est faux.

Le statu quo comporte ses propres risques. Une fédération change. Les gouvernements changent. Les tribunaux interprètent. Les rapports fiscaux se déplacent. Les priorités communes évoluent. Les compétences deviennent des lieux de conflit ou de coopération. Rester n'immobilise pas l'histoire. Réformer comporte aussi un risque : celui d'investir une énergie politique immense dans une nouvelle négociation dont personne ne peut garantir le résultat, la ratification ou la durée.

La souveraineté comporte enfin ses risques évidents : négociation difficile, incertitude institutionnelle, décisions économiques à prendre, nouvelles responsabilités à assumer, conflits possibles sur les modalités du passage. Aucune colonne n'affiche zéro. La politique sérieuse commence quand on cesse de comparer le risque visible du changement à l'illusion d'un statu quo sans risque. Je ne choisis donc pas la souveraineté parce qu'elle serait certaine.

Je la choisis parce que son incertitude porte sur les conditions d'un pouvoir constituant québécois, tandis que l'incertitude fédérale porte encore sur la manière de réaménager une autorité supérieure commune dont le titre constituant à l'égard du Québec vient précisément d'échouer à sa preuve positive. Ce n'est pas une garantie. C'est une préférence politique assumée.

5. UN OUI N'EST PAS UNE PERMISSION

Nous avons refusé de transformer les NON de 1980 et de 1995 en OUI constituants au Canada. La symétrie oblige maintenant. Un futur OUI clair à une question claire sur la souveraineté ne pourrait pas être traité comme un simple avis sans conséquence constitutionnelle parce que le résultat déplairait à l'ordre existant. Cela ne signifie pas qu'un bulletin de vote ferait apparaître, à minuit, un nouvel État juridiquement achevé. Ce serait remplacer une exagération par son contraire. Mais la démocratie ne peut pas fonctionner selon une règle où le NON conserve réellement le pays alors que le OUI ne ferait qu'ouvrir une suggestion.

Le Renvoi relatif à la sécession du Québec l'a formulé avec une précision qui mérite d'être conservée. Une majorité claire répondant à une question claire en faveur de la sécession conférerait une légitimité démocratique à l'initiative et créerait une obligation réciproque de négocier des changements constitutionnels. Le vote, à lui seul, ne réaliserait pas juridiquement la sécession. Les deux phrases sont vraies en même temps. Et toute doctrine sérieuse doit être capable de les prononcer sans avaler l'une avec l'autre. Un OUI clair n'est pas une sécession instantanée. Un OUI clair n'est pas non plus une permission demandée poliment à Ottawa.

C'est un choix démocratique qui déclenche des obligations constitutionnelles et un processus politique. Ce processus sera difficile. Évidemment. Il faudra négocier les conditions d'une séparation éventuelle. Le droit canadien identifie lui-même des matières qui devraient être abordées : la répartition des actifs et des passifs, les frontières, les droits et intérêts des peuples autochtones, la protection des minorités, ainsi que les autres questions rendues nécessaires par la transformation de l'ordre constitutionnel. Rien de cela n'est un détail. Mais la difficulté d'un divorce constitutionnel n'est pas un argument suffisant pour déclarer le mariage constituant perpétuel.

6. CE QUE DIT LE DROIT CANADIEN

Le droit canadien ne reconnaît pas au Québec un droit constitutionnel de faire sécession unilatéralement et de dicter seul les conditions de son départ. Il ne dit pas non plus que le Canada peut rester indifférent à une volonté démocratique québécoise clairement exprimée. C'est toute la force du Renvoi. La Cour suprême refuse les deux absolus.

D'un côté, le vote démocratique ne balaie pas le fédéralisme, la primauté du droit, les droits des individus, les minorités et les autres participants à la fédération. De l'autre, l'ordre existant ne peut pas utiliser ces mêmes principes pour nier absolument une volonté claire de sécession. La conséquence est la négociation. Pas la permission. Pas l'automatisme. La négociation.

La Loi sur la clarté a ensuite ajouté un cadre fédéral dans lequel la Chambre des communes se prononce sur la clarté de la question et, après un vote, sur l'existence d'une volonté claire exprimée par une majorité claire avant que le gouvernement fédéral n'entre en négociation. On peut contester politiquement cette architecture. Elle attribue à une institution fédérale un rôle décisif dans l'évaluation des conditions de déclenchement du processus. Mais même cette loi ne transforme pas le référendum en sondage décoratif. Elle organise les conditions auxquelles le gouvernement fédéral considère qu'une volonté claire existe et reconnaît qu'une sécession légale passerait par une modification constitutionnelle issue de négociations.

Voilà la situation exacte. Le Québec peut décider démocratiquement de poursuivre la souveraineté. Il ne peut pas, dans l'ordre juridique canadien, produire seul tous les effets juridiques de cette décision. Le Canada peut exiger que le processus respecte les principes constitutionnels et les droits concernés. Il ne peut pas, selon le Renvoi, traiter une majorité claire sur une question claire comme si rien ne s'était passé. Cette tension n'est pas une

faiblesse de la doctrine. C'est la doctrine. Elle oblige ceux qui aiment les slogans à faire un effort particulièrement cruel : tenir deux idées dans la même tête.

La démocratie compte. Le droit compte. Et lorsqu'ils entrent en tension, la réponse constitutionnelle prévue n'est ni l'écrasement du vote ni la disparition magique du droit. C'est une obligation de négocier.

7. LA SOUVERAINETÉ N'EST PAS L'ABSENCE DE LIENS

Le mot « souveraineté » traîne parfois derrière lui une vieille caricature : un peuple dresserait une clôture autour de lui, remonterait le pont-levis, fabriquerait sa monnaie dans une cabane et ne parlerait plus à personne. Aucun État moderne ne vit ainsi. La souveraineté n'abolit pas l'interdépendance. Elle lui donne des interlocuteurs. Commerce, mobilité, environnement, énergie, infrastructures, sécurité, culture, transport, fiscalité internationale, citoyenneté, frontières : les relations continueraient d'exister parce que la géographie, l'économie et les personnes ne disparaissent pas au lendemain d'un changement constitutionnel. Mais ces relations ne seraient plus des compétences distribuées à l'intérieur d'un même ordre supérieur.

Elles deviendraient, selon les matières, des rapports à négocier entre ordres politiques. C'est cela que la souveraineté change. Elle ne promet pas l'indépendance à l'égard de toute contrainte. Personne n'est indépendant de la réalité. Elle vise l'indépendance constituante : la capacité de déterminer l'ordre politique supérieur qui gouverne le Québec, puis d'assumer les engagements que cet ordre choisira de contracter. L'interdépendance n'abolit pas la souveraineté. Elle lui donne du travail.

8. LE RISQUE QUÉBÉCOIS

Il existe une objection plus embarrassante que toutes les autres. Et si le Québec devenait souverain pour reproduire chez lui exactement ce qu'il reproche au Canada? Et si le nouveau pouvoir constituant se contentait de déplacer le centre sans changer la logique? Et si une majorité québécoise décidait que, puisqu'elle est désormais souveraine, elle peut définir seule les droits, les territoires, les appartenances et les juridictions de tous ceux qui vivent sur le territoire? Alors le livre aurait simplement changé le nom du maître. La souveraineté québécoise ne règle donc pas d'avance la question de sa propre légitimité.

Elle n'accorde pas au Québec une immunité morale. Elle ne transforme pas sa majorité en propriétaire des autres peuples. Elle ne règle pas automatiquement les droits, les titres, les traités, les territoires ou les juridictions des Premières Nations et des Inuit. Elle ne rend pas les minorités disponibles à la volonté du plus grand nombre. Ces questions ne sont pas des notes de bas de page après l'indépendance. Elles touchent directement la qualité de l'ordre que le Québec prétendrait fonder. Le chapitre suivant devra aller au bout de cette conséquence.

Pour l'instant, une règle suffit : le Québec n'a pas à recevoir sa souveraineté d'un autre peuple; il n'acquiert pas pour autant le pouvoir de distribuer la leur. Cela rend la souveraineté plus exigeante, pas moins désirable. Elle retire un alibi. Tant que le dernier cadre est canadien, Québec peut toujours attribuer une partie de ses limites au partage des compétences, à la Constitution, au fédéral, à la Cour, à l'histoire du pacte ou aux mécanismes qu'il ne contrôle pas seul. Un Québec souverain ne pourrait plus le faire de la même manière.

Il devrait répondre de son propre titre. De sa propre constitution. De ses propres protections. De sa propre architecture démocratique. De la manière dont il traite les peuples avec lesquels il partage le territoire. De la manière dont il protège ceux qui ne forment jamais la majorité. La souveraineté ne réduit donc pas la charge de preuve. Elle la déplace. C'est ce que je veux.

9. VERDICT

Pourquoi la souveraineté? Pas parce que le Canada serait un enfer. Il ne l'est pas. Pas parce que le Canada serait illégal. Il ne l'est pas. Pas parce que le fédéralisme serait incapable de réforme. Il ne l'est pas. Pas parce que l'histoire aurait produit une équation dont la seule solution serait l'indépendance. Elle n'en produit aucune. Je privilégie la souveraineté pour une raison plus précise.

Au terme du procès, la légitimité démocratique d'exercice du Canada est forte, mais l'autorisation constituante positive de son titre supérieur à l'égard du Québec n'est pas établie. Je refuse alors de transformer la continuité en consentement présumé éternel. Je refuse aussi de transformer la possibilité théorique d'une prochaine réforme en obligation politique de rester jusqu'à ce qu'une réforme parfaite arrive.

Le Québec possède une voie politique identifiable pour déplacer le pouvoir constituant supérieur vers son propre peuple. Cette voie exige un choix démocratique. Elle exige ensuite une négociation. Elle exige du droit. Elle exige des compromis. Elle exige de répondre aux droits des autres. Elle exige surtout que le Québec cesse de présenter son avenir constituant comme une question dont le dernier arbitre doit nécessairement se trouver ailleurs. La souveraineté n'est pas la fin de la politique.

C'est le moment où le Québec cesse d'attribuer à un ordre supérieur la responsabilité ultime de la sienne. Elle ne garantit ni la justice, ni l'intelligence, ni le courage. Elle rend ces exigences nôtres. Et c'est précisément le point. La souveraineté ne rendra pas automatiquement le Québec légitime. Un mandat démocratique clair en sa faveur ouvrirait, dans l'ordre canadien, le processus constitutionnel de négociation par lequel le Québec chercherait à remplacer le titre supérieur contesté et à établir un nouvel ordre dont il devrait répondre lui-même. Le vote ne réalise pas seul la sécession; il donne au choix une conséquence constitutionnelle qu'on ne peut traiter comme inexistante.

CHAPITRE 13 — S'UNIR CONTRE L'AUTORITÉ ILLÉGITIME

Et si le Québec devenait simplement le nouveau maître? C'est l'objection la plus dangereuse à toute la conclusion souverainiste de ce livre, parce qu'elle ne vient pas de l'extérieur. Elle frappe exactement au point où une critique de la subordination peut se trahir elle-même. Le Québec peut dénoncer un ordre supérieur dont il conteste le titre constituant. Il peut réclamer que son peuple redevienne l'auteur du pouvoir qui le gouverne. Il peut choisir la souveraineté comme moyen de déplacer le dernier mot vers lui-même.

Puis, le lendemain, il pourrait reprendre les dossiers d'Ottawa, les classeurs, les compétences, les catégories, les territoires administrés, les relations asymétriques, et annoncer que tout cela relève désormais de Québec. Le drapeau changerait. Le dernier mot aussi. La logique, elle, pourrait rester exactement la même. Changer Ottawa pour Québec au sommet de la pyramide ne change pas la pyramide.

Le problème n'est donc pas moral. Il ne s'agit pas de demander au Québec de se déclarer coupable avant d'exister, de payer une dette abstraite à l'Histoire ou de recevoir d'un autre peuple la permission de devenir souverain. La souveraineté ne se réduit pas à une permission discrétionnaire accordée par un voisin; dans l'ordre canadien, sa réalisation par sécession exige néanmoins un processus constitutionnel déclenché par un choix clair et poursuivi par la négociation. Le problème est institutionnel.

Le mot « illégitime » doit d'ailleurs être tenu serré. Il ne signifie pas « illégal ». Il vise ici une autorité qui prétend exercer sur un autre peuple un dernier mot constituant dont le titre n'a pas

été suffisamment établi. Une institution peut être parfaitement légale, efficace et démocratique dans son exercice tout en laissant cette question distincte ouverte. Si l'argument de ce livre tient, il doit tenir dans les deux sens.

Un peuple qui refuse qu'une autorité supérieure décide éternellement pour lui sans avoir établi le titre constituant qui l'y autorise ne peut pas, une fois libéré de cette autorité, s'arroger automatiquement le même pouvoir sur un autre peuple. Sinon, nous n'aurions pas changé le principe. Nous aurions seulement changé le propriétaire du fauteuil. Et ce fauteuil, il est temps de le brûler.

1. ET SI LE QUÉBEC DEVENAIT LE NOUVEAU MAÎTRE ?

Prenons l'objection dans sa forme la plus forte. Un Québec souverain exercerait nécessairement une autorité sur un territoire où vivent plusieurs nations autochtones. Des compétences aujourd'hui fédérales changeraient de cadre. Des lois devraient être remplacées, adaptées ou négociées. Des terres, des infrastructures, des ressources, des droits, des administrations et des institutions se trouveraient au croisement de plusieurs ordres juridiques et politiques. Les frontières d'un nouvel État québécois ne feraient pas disparaître ces réalités. Elles les rendraient plus urgentes.

On pourrait alors répondre d'une manière terriblement simple : le Québec devient souverain, donc il hérite de tout ce qui se trouve à l'intérieur de ses frontières et remplace Ottawa partout où Ottawa agissait auparavant. Réponse pratique. Réponse propre. Réponse administrative. Réponse insuffisante. Un transfert de compétence n'est pas un transfert automatique de légitimité. Le fait qu'Ottawa détenait un pouvoir ne démontre pas que Québec peut le reprendre intact. Le fait qu'une relation était organisée par le droit canadien ne démontre pas que sa structure peut être copiée dans le droit québécois sans nouvel examen. Le fait qu'une administration fédérale tenait un registre, autorisait une opération, encadrait une réserve ou définissait une catégorie juridique n'établit pas que l'administration québécoise devient naturellement son héritière.

L'État qui naît n'obtient pas, avec les clés de l'immeuble, la propriété morale de tous les bureaux. C'est ici que l'expérience canadienne devient un avertissement plutôt qu'un simple adversaire. La Loi sur les Indiens montre ce que peut produire une architecture où une autorité extérieure conserve le pouvoir de définir des catégories de personnes, d'administrer certains rapports fonciers, financiers et institutionnels, et de fixer des règles qui affectent l'appartenance juridique. L'histoire des pensionnats montre, plus brutalement encore, ce qui arrive lorsqu'un pouvoir politique transforme une population en objet d'administration et prétend savoir mieux qu'elle ce qu'elle doit devenir.

Ces mécanismes ne sont pas identiques. Le présent n'est pas le passé. Plusieurs dispositifs ont été réformés, abolis ou transférés. Des pouvoirs autochtones ont été reconnus ou renforcés. Des traités modernes et des accords d'autonomie ont transformé des relations. Mais la leçon structurelle demeure. Le problème commence lorsqu'un centre se croit naturellement autorisé à définir l'autre. Un Québec souverain pourrait reproduire cette erreur. Il faut donc dire oui à l'objection. Oui, le danger existe. Puis il faut répondre autrement qu'en demandant qu'on nous fasse confiance.

La réponse doit être inscrite dans l'architecture du nouvel ordre : le Québec ne devient pas souverain pour devenir le nouveau supérieur constituant des autres peuples. Il devient souverain pour cesser d'en avoir un au-dessus de lui. Ce principe ne vaut quelque chose que s'il interdit le réflexe de refaire la même chose en dessous.

2. PERSONNE NE DONNE À L'AUTRE SON DROIT D'EXISTER

La symétrie commence ici. Le Québec n'a pas à recevoir sa souveraineté des Premières Nations ou des Inuit. Les Premières Nations et les Inuit n'ont pas à recevoir la leur du Québec. Personne ne donne à l'autre son droit d'exister. Cette phrase paraît simple. Elle évite pourtant deux pièges opposés. Le premier consiste à soumettre la souveraineté québécoise à une autorisation préalable des nations autochtones. Ce serait déplacer le problème au lieu de le résoudre. Si un peuple possède le droit de décider de son statut politique, ce droit n'est pas un cadeau distribué par les peuples voisins.

Le second piège consiste à dire : puisque le Québec n'a pas besoin d'autorisation, il peut décider seul de tout ce qui suivra sur le territoire. Non. L'autodétermination d'un peuple ne produit pas automatiquement la subordination des autres. Le Québec peut choisir de devenir souverain. Cette décision concerne son propre statut politique et son rapport à l'ordre canadien. Elle ne tranche pas, par la même opération, tous les droits ancestraux, tous les titres, tous les traités, toutes les juridictions, toutes les ententes et toutes les formes d'autonomie qui existent ou sont revendiquées par les nations présentes sur le territoire.

Le référendum québécois, s'il produit un choix clair, ne devient pas une immense gomme à effacer constitutionnelle. Il dit quelque chose de puissant sur le Québec. Il ne dit pas tout sur tout le monde. C'est pourquoi la non-subordination réciproque ne signifie pas : chacun vit seul, derrière sa clôture, sans obligations mutuelles. Elle signifie : aucune relation politique supérieure ne doit être présumée légitime simplement parce qu'elle existe déjà ou parce qu'un nouvel État en hérite. Le consentement peut produire de l'interdépendance. Il peut produire des compétences partagées. Il peut produire des institutions communes.

Il peut produire des traités, des fédérations, des régimes autonomes, des administrations conjointes, des arrangements territoriaux compliqués et même des compromis qui déplaisent à tout le monde juste assez pour être durables. Ce qui change, ce n'est pas l'existence du conflit. C'est la place du supérieur. Le consentement n'est pas l'absence de désaccord. C'est la possibilité que le désaccord n'ait pas d'avance un maître désigné. Personne ne donne à l'autre son droit d'exister. Mais personne ne reçoit non plus, par sa propre existence, le droit de définir seul l'existence politique des autres.

3. LES PEUPLES NE SONT PAS DES CASES

Il faut maintenant résister à un autre réflexe : parler « des Autochtones » comme s'il s'agissait d'un seul peuple placé en face du Québec. Ce bloc n'existe pas. Les nations ne possèdent pas toutes les mêmes traités, les mêmes histoires, les mêmes territoires, les mêmes revendications, les mêmes institutions ni les mêmes rapports avec Québec et Ottawa. Les Inuit ne sont pas régis comme les Premières Nations. Les Eeyou, les Inuit et les Naskapi vivent dans des régimes conventionnels du Nord qui ne sont pas interchangeables. La Nation huronne-wendat dispose d'un traité historique reconnu dans le dossier Sioui. D'autres nations se trouvent dans des situations juridiques différentes, avec des revendications, des négociations, des droits ou des titres qui doivent être examinés selon leur propre dossier.

Un traité ne se reproduit pas par photocopie. Un titre revendiqué n'est pas un titre judiciairement établi. Un droit ancestral n'est pas un traité. Le devoir de consulter n'est pas l'autodétermination. Et l'autodétermination n'est pas, par définition, un veto général sur chaque décision publique. Ces distinctions peuvent sembler techniques. Elles sont en réalité politiques au sens le plus concret du mot : elles empêchent le pouvoir de simplifier les peuples jusqu'à ce qu'ils entrent dans la case qu'il a préparée pour eux. Un registre n'est pas un peuple. Une catégorie juridique n'est pas une identité.

Une compétence administrative n'est pas un titre territorial. Et l'absence d'un traité moderne ne signifie pas l'absence de droits. Le cas Sioui suffit à montrer pourquoi les grandes chaînes historiques sont dangereuses lorsqu'on les applique sans précision. La conquête, le traité de Paris, la Proclamation royale et le passage du temps n'ont pas simplement effacé le traité conclu avec les Hurons de Lorette. Une relation juridique particulière a traversé ces transformations générales. Cela ne prouve rien, par magie, au sujet de toutes les autres nations. Voilà justement le point. Il n'existe pas un bouton marqué « dossier autochtone » qu'un Québec souverain pourrait transférer d'un ministère fédéral à un ministère québécois.

Il existe des relations. Des droits. Des instruments. Des revendications. Des institutions. Des territoires. Et des peuples capables de parler pour eux-mêmes par leurs propres structures de représentation. Le respect commence donc par une forme d'humilité institutionnelle beaucoup plus exigeante que les cérémonies : savoir précisément avec qui l'on négocie, sur quoi, en vertu de quel droit, avec quel mandat et avec quelles conséquences. Le vocabulaire de la reconnaissance est facile. La précision coûte plus cher. C'est pour cette raison qu'elle vaut davantage.

4. LE PIÈGE DU TRANSFERT

Imaginons le jour où un Québec souverain doit reprendre les fonctions qui relevaient auparavant du fédéral. La tentation administrative sera énorme. Il faudra que les services continuent. Il faudra payer, enregistrer, réglementer, assurer la sécurité juridique, maintenir des programmes, gérer des dossiers. Aucun État sérieux ne peut laisser un trou béant entre deux ordres. Mais la continuité des services ne doit pas devenir la continuité automatique de la hiérarchie. C'est ici que le piège se referme. On dira : cette compétence était fédérale; elle devient québécoise. Cette administration était fédérale; elle devient québécoise.

Ce registre était fédéral; il devient québécois. Cette relation était gérée par Ottawa; Québec la reprend. À chaque phrase, la mécanique paraît raisonnable. À la fin, le nouvel État peut avoir reconstruit presque intacte l'architecture qu'il dénonçait. La Loi sur les Indiens offre encore ici un avertissement précis. Elle distingue le statut juridique fédéral de l'appartenance communautaire et de la citoyenneté propre d'une nation. Certaines Premières Nations contrôlent certains aspects de leur membership; le régime fédéral conserve néanmoins des pouvoirs de définition et d'inscription qui ont des effets concrets sur les personnes et les familles.

Le mauvais réflexe serait de dire : Ottawa n'existe plus ici, donc Québec devient le nouveau registraire de l'identité. Non. Un État peut avoir besoin de connaître les personnes auxquelles une loi s'applique. Cela ne lui donne pas le droit de se transformer en auteur politique des nations qu'il reconnaît. Même chose pour les terres et les ressources.

Le titre juridique, la juridiction, le pouvoir d'autoriser, la concession, l'exploitation et les revenus ne sont pas une seule chose. Un territoire peut être soumis à plusieurs droits ou compétences. Une entreprise peut exploiter sans posséder. Une autorité peut réglementer sans capter la rente principale. Une nation peut détenir des droits ancestraux ou issus d'un traité qui ne se dissolvent pas dans la propriété provinciale ordinaire.

Alors, au lendemain d'une souveraineté québécoise, la phrase « tout ce qui était fédéral devient québécois » serait politiquement séduisante et juridiquement paresseuse. Le déménagement d'un État ne règle pas les titres des autres. Un traité n'est pas un meuble inclus dans la vente. Une revendication ne disparaît pas parce que l'adresse du ministère change.

La sortie cohérente est plus difficile : inventorier les relations, maintenir ce qui doit l'être pendant la transition, puis négocier les transformations avec les nations concernées selon leurs

droits et leurs instruments. Pas avec « les Autochtones ». Avec la nation concernée. Pas au sujet d'un territoire abstrait. Au sujet du territoire en cause. Pas en invoquant une souveraineté magique qui avale toutes les autres. En distinguant précisément les pouvoirs qui se chevauchent. Le chevauchement ne règle rien. Il oblige à négocier mieux.

5. LE NON N'EST PAS UN VETO SUR LE MONDE

Une fois admise la non-subordination, une autre objection arrive immédiatement. Si un refus doit parfois avoir une conséquence constituante, comment gouverner? Une route traverse plusieurs territoires. Une rivière traverse plusieurs juridictions. Une ligne électrique dessert des villes, des communautés, des entreprises. Une décision environnementale produit des effets au-delà d'une frontière. Un projet peut opposer des citoyens d'une même nation entre eux. Va-t-on donner à chacun un veto sur tout? Non.

La formule « chacun doit pouvoir dire non » doit être entendue plus étroitement : lorsqu'une relation constituante est proposée, refondée ou soumise à autorisation, le refus prévu par ce mécanisme doit avoir une conséquence réelle. Elle ne crée ni veto permanent, ni bouton rouge général, ni droit de sécession unilatérale. Le droit canadien lui-même distingue déjà plusieurs niveaux que le débat public écrase trop souvent. Il existe des droits ancestraux et issus de traités reconnus constitutionnellement. Il existe le titre autochtone, avec ses propres règles. Il existe un devoir de consulter et, selon les circonstances, d'accommoder lorsqu'une conduite de la Couronne risque de porter atteinte à des droits revendiqués ou établis.

Cette consultation doit être réelle. Elle n'équivaut pas, dans tous les cas, à une obligation juridique d'obtenir l'accord. À côté de ce droit positif, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones affirme un cadre plus large d'autodétermination, de participation par les institutions représentatives propres et de consultation de bonne foi visant à obtenir le consentement préalable, libre et éclairé dans les situations qu'elle vise.

Transformer tout cela en « veto absolu » serait aussi grossier que de prétendre que la consultation n'est qu'une politesse. Le problème est encore le même : la catégorie facile remplace la relation réelle. Un Québec souverain aurait à construire ses propres arrangements dans le respect des droits applicables et des engagements qui le lient ou qu'il conclut. Certaines décisions pourraient relever d'une juridiction autochtone. D'autres d'une juridiction québécoise. D'autres encore exigeraient des mécanismes partagés, des consultations, des accommodements, des accords ou des arbitrages. Ce sera compliqué. Tant mieux.

La simplicité administrative est souvent le nom poli que le pouvoir donne au moment où il décide seul. La non-subordination n'abolit pas le gouvernement. Elle interdit seulement de confondre gouverner avec posséder politiquement ceux qu'on gouverne.

6. MEECH : LE TROISIÈME PEUPLE DANS LA PIÈCE

L'épisode de l'Accord du lac Meech contient une leçon que le récit Québec–Canada a souvent du mal à accueillir, parce qu'il introduit quelqu'un dans une pièce construite pour deux. Elijah Harper ne doit pas être transformé en personnage commode d'une fable où « les Autochtones ont fait échouer Meech ». Cette phrase écrase presque tout ce qui importe.

Meech a échoué dans une procédure de ratification complexe, au milieu de plusieurs oppositions et contraintes. Harper n'était pas le représentant juridique de toutes les nations autochtones du pays. Il ne possédait pas un veto constituant universel sur le Québec. Mais son opposition rend visible une question que le pacte discuté entre gouvernements n'avait pas réglée.

Peut-on réécrire l'architecture constitutionnelle supérieure entre Ottawa et les provinces, y reconnaître autrement le Québec, puis traiter la présence des peuples autochtones comme un dossier secondaire qui pourra revenir plus tard? La réponse politique de Harper fut un refus de cette mise à l'écart. Et ce refus dérange utilement tout le monde. Il dérange le Canada, parce qu'il rappelle que la table constituante de 1867 n'était pas une table nation à nation avec les peuples autochtones. Il dérange le Québec, parce qu'il montre qu'un peuple qui réclame d'être reconnu comme sujet constituant peut être tenté de ne voir que sa propre exclusion.

Il dérange surtout la jolie géométrie à deux colonnes : Ottawa d'un côté, Québec de l'autre, et tout le reste rangé dans les notes de bas de page. Il y a plus de peuples dans la pièce. Cela ne transforme pas chacun en arbitre des autres. Cela change la forme de la table. Voilà la leçon à transporter dans un Québec souverain.

Le nouvel État ne peut pas convoquer une grande négociation de refondation, inviter ses propres institutions, fixer les catégories des nations voisines, écrire seul la description de leurs pouvoirs, puis appeler cela du nation à nation. Une table n'est pas constituante parce qu'elle est grande. Elle l'est lorsque ceux dont le statut politique est en cause y participent comme sujets, avec leurs propres mandats, leurs propres institutions et une capacité réelle de ne pas consentir à la relation proposée. Sinon, on a seulement ajouté des chaises autour du même trône.

7. LE FRONT COMMUN N'EST PAS UNE FUSION

Le titre de ce chapitre parle de s'unir contre l'autorité illégitime. Le mot peut tromper. Il ne s'agit pas de fondre les histoires du Québec et des nations autochtones dans une seule grande plainte contre Ottawa. Les histoires ne sont pas les mêmes. Les régimes juridiques ne sont pas les mêmes. Les blessures ne sont pas les mêmes. Les responsabilités ne sont pas les mêmes. Les solutions ne seront donc pas nécessairement les mêmes. Un front commun n'est pas un peuple commun. Une alliance n'est pas une absorption.

Le Québec n'a pas besoin de devenir autochtone pour contester sa subordination. Les nations autochtones n'ont pas besoin de devenir québécoises pour contester la leur. Personne n'a besoin de prêter son histoire à l'autre pour que le principe commun apparaisse. Ce principe est plus sec. Aucun peuple ne devrait être condamné à une relation de subordination constituante simplement parce que l'autorité qui le domine est ancienne, efficace ou juridiquement organisée.

Là où le titre supérieur n'est pas autorisé de manière suffisante, la continuité ne peut pas être la seule réponse disponible. Pour le Québec, ce livre privilégie la souveraineté. Pour une autre nation, la forme peut être différente : autonomie accrue, traité, partage de juridiction, association, autogouvernement, transformation d'un régime existant, souveraineté sous une forme propre ou toute autre relation librement consentie. Le Québec n'a pas à choisir cette forme pour elle. C'est justement le cœur du principe. Personne ne donne à l'autre son droit d'exister. L'union possible ne vient donc pas d'une identité de destin.

Elle vient d'une règle commune contre la maîtrise. Nous pouvons nous opposer ensemble au principe selon lequel un ordre supérieur possède naturellement le droit de décider du statut politique d'un peuple parce qu'il a déjà les moyens de le faire. Puis nous pouvons nous séparer sur presque tout le reste. C'est même une preuve de sérieux.

Une alliance qui exige l'unanimité sur l'histoire, le territoire, les ressources, la langue, les frontières et le futur n'est pas une alliance. C'est une nouvelle tentative d'uniformisation. Le front commun se termine exactement là où commence le droit de chacun de parler pour lui-même.

8. NATION À NATION, MAIS POUR DE VRAI

« Nation à nation » peut devenir une formule si confortable qu'elle ne signifie plus rien. Il faut donc lui redonner des dents. Une relation de nation à nation commence par une question très peu cérémonielle : qui peut engager qui? Quel gouvernement, quel conseil, quelle assemblée, quelle institution représentative possède le mandat de négocier au nom de la collectivité concernée? Puis viennent les autres questions. Quel est l'objet de la négociation? Un territoire? Une compétence? Une ressource? Une fiscalité? Un service? Une institution commune? Un droit de passage? Une protection culturelle?

Un partage de revenus? Une reconnaissance de juridiction? Quel instrument existe déjà? Un traité historique? Un traité moderne? Une convention? Une entente sectorielle? Un jugement? Une revendication non réglée? Quel droit doit être préservé pendant la transition? Quelle décision peut être prise unilatéralement et laquelle exige une entente? Comment tranche-t-on un conflit? Qui peut se retirer? Quelles obligations survivent au désaccord? Voilà le nation à nation lorsqu'on lui enlève les plumes décoratives. Une procédure. Des sujets. Des droits. Des mandats. Des objets précis.

Et la possibilité qu'une négociation échoue sans que l'un des participants soit pour cette seule raison rétrogradé au rang de population administrée. Cela n'exige pas que chaque frontière soit nette. Les relations politiques réelles ne le sont presque jamais. Des territoires se chevauchent. Des bassins hydrographiques traversent des juridictions. Des citoyens circulent. Des familles se mêlent. Des infrastructures servent plusieurs communautés. Des économies s'entrecroisent. La réponse n'est pas d'imaginer des souverainetés pures qui ne se touchent jamais.

La réponse est d'empêcher qu'un chevauchement soit automatiquement résolu par la phrase : « nous avons le dernier mot parce que nous sommes l'État ». Parfois, Québec aura compétence. Parfois, une nation autochtone aura sa propre juridiction. Parfois, le droit applicable imposera des consultations, des accommodements ou des protections. Parfois, un accord donnera une réponse particulière. Parfois, il faudra inventer une institution commune.

Et parfois, il faudra admettre qu'aucun texte existant ne règle proprement le conflit et qu'une nouvelle négociation constituante est nécessaire. C'est moins majestueux qu'une proclamation. C'est aussi beaucoup plus proche d'un pacte. Le véritable test sera simple : lorsque le désaccord devient sérieux, la relation permet-elle encore à chaque peuple d'exister comme sujet politique, ou l'un redevient-il immédiatement l'objet de la décision de l'autre? C'est là que les beaux mots passent ou cassent.

9. VERDICT

La souveraineté du Québec demeure la conclusion politique privilégiée pour le Québec. Elle ne dépend pas d'une permission autochtone préalable. Elle ne transforme pas non plus le Québec en distributeur de souveraineté. Ces deux propositions tiennent ensemble ou elles ne valent rien. Le Québec peut décider démocratiquement de poursuivre la sortie d'une relation politique dont le titre constituant supérieur demeure contesté selon le test de ce livre. Un choix clair ne réalise pas seul la sécession en droit canadien; il crée une conséquence constitutionnelle et ouvre la négociation par laquelle un nouvel ordre souverain pourrait être établi.

Mais cet État ne reçoit pas, dans le même paquet, le droit de décider seul de l'appartenance politique, des territoires, des ressources, des droits et des institutions des nations autochtones présentes sur le territoire. Ces questions ne disparaissent pas. Elles changent d'interlocuteur. Et le nouvel interlocuteur devra éviter le vieux réflexe : considérer que le simple fait de détenir la machine de l'État suffit à produire le titre qui autorise chaque pouvoir qu'elle exerce. C'est

précisément ce que le Québec reproche au Canada. Il serait absurde d'en faire son premier principe constitutionnel.

Le nouvel ordre devra donc traiter les nations comme des sujets, non comme des catégories. Lire les traités au lieu de les supposer. Distinguer les titres au lieu de les engloutir. Négocier les chevauchements au lieu de les effacer. Reconnaître les juridictions lorsqu'elles existent. Construire les mécanismes nouveaux lorsqu'ils manquent. Et surtout, il devra apprendre une chose difficile pour tous les États : le dernier mot n'est pas toujours une propriété. Parfois, il est une relation. Parfois, il est partagé. Parfois, il doit être négocié. Parfois, aucune partie ne l'obtient sans l'autre.

La non-subordination ne promet pas la paix. Elle promet quelque chose de plus modeste et de plus sérieux : que le conflit ne sera pas réglé d'avance par la supériorité constituante présumée d'un peuple sur un autre. C'est à cette condition qu'un front commun contre la subordination peut devenir autre chose qu'une coalition temporaire de mécontents. Il peut devenir un principe de refondation. Pas un Canada inversé. Pas un Québec impérial en miniature. Pas une nouvelle pyramide dont on aurait seulement repeint le sommet. Le Québec n'a pas à recevoir sa souveraineté d'un autre peuple. Il n'a pas davantage le pouvoir de distribuer la leur. La sortie du vieux pacte n'a de sens que si personne n'hérite du trône.

CHAPITRE 14 — LE CONTRAT SOCIAL, CETTE FOIS

Montrez le oui

Nous avons commencé par une question presque insolente : montrez le contrat. Pas le drapeau. Pas l'hymne. Pas la carte. Pas la longévité des institutions. Pas la liste des services rendus. Pas même la légalité de l'ordre, qui répond à une autre question. Montrez l'autorisation. Après tout ce parcours, la question revient. Mais elle revient retournée.

Si l'on refuse de transformer la conquête en consentement, la durée en signature, la participation en ratification automatique et le NON à une proposition en OUI à son contraire, que faudrait-il donc pour qu'un oui soit réellement un oui? Il serait facile de répondre par un fantasme administratif : un grand texte, une cérémonie, une foule, quelques signatures, puis une photographie officielle assez solennelle pour servir de preuve pendant deux siècles. Ce serait manquer le point.

Un contrat social n'est pas un contrat de cellulaire. Le mot « contrat » demeure ici une métaphore normative et institutionnelle; il ne qualifie pas juridiquement une constitution comme un contrat civil entre peuples. Une nation ne se présente pas au comptoir avec deux pièces d'identité pour parapher quarante-sept pages en petits caractères. Le consentement politique est collectif. Il peut être représentatif, référendaire, conventionnel, négocié, hybride. Il peut même se construire par une séquence d'actes plutôt que par un instant unique, ou régulariser ultérieurement un ordre dont l'origine ne répondait pas encore au même standard.

Mais il doit tout de même être reconnaissable. Qui consent? À quoi? Par quel mécanisme? Avec quel mandat? Que signifie le oui? Que signifie le non? Que se passe-t-il si le non gagne? Et quelles limites empêchent la majorité victorieuse de transformer son consentement en permis de disposer des autres? Voilà le contrat social, cette fois. Non pas un parchemin mythique. Une architecture où l'autorisation peut être montrée.

Un sujet, pas une silhouette

La première condition paraît élémentaire : il faut savoir qui consent. C'est pourtant ici que commencent les difficultés sérieuses. Un peuple n'est pas une donnée aussi simple qu'un code

postal. Il possède une histoire, des institutions, des appartenances, des frontières parfois disputées, des minorités, des migrations, des identités superposées. Aucun principe démocratique ne fait disparaître cette complexité. Mais la complexité ne peut pas servir d'excuse pour laisser toujours quelqu'un d'autre définir le sujet.

Qui décide qui forme le peuple politique québécois? Dans un Québec souverain, la réponse ne peut plus être : en dernière instance, l'ordre constitutionnel d'un autre État. Le déplacement du pouvoir constituant signifie précisément que la collectivité politique reprend la capacité d'établir ses propres règles fondamentales d'appartenance, de citoyenneté, de représentation et de révision. Cette proposition ne donne toutefois aucun droit magique de définir les autres peuples à leur place. C'est ici que la cohérence devient exigeante.

Si nous avons passé tout ce livre à demander quel titre permet à une autorité supérieure de fixer les règles fondamentales d'un peuple sans que son autorisation constituante soit clairement établie, nous ne pouvons pas conclure en installant à Québec une machine identique avec une nouvelle plaque sur la porte. Un Québec souverain ne reçoit pas, par effet de transfert, le droit de décider seul qui est Innu, Kanien'kehá:ka, Eeyou, Atikamekw, Inuit, Naskapi, Anishinabe ou membre d'une autre nation; ni de présumer que les titres, traités, droits, territoires, appartenances ou juridictions de ces nations sont absorbés par la naissance du nouvel État.

Les situations ne sont pas identiques. Les droits ne sont pas identiques. Les instruments ne sont pas identiques. Certaines nations vivent sous des régimes conventionnels modernes. D'autres portent des revendications, des droits ancestraux, des traités historiques ou des architectures institutionnelles différentes. Prétendre régler tout cela par une formule générale serait exactement le genre de raccourci que nous avons refusé lorsqu'il venait d'Ottawa.

La règle positive est donc plus simple que la solution concrète : aucune autorité extérieure ne devrait conserver par défaut un dernier mot permanent sur la définition politique d'un peuple qu'elle prétend gouverner ou constituer. Cela ne règle pas les frontières. Cela oblige à les traiter comme une question politique réelle. Cela ne distribue pas les compétences. Cela interdit de présumer qu'elles sont déjà distribuées pour l'éternité. Cela ne donne pas un veto général à chaque collectivité sur toute décision publique. Cela signifie seulement qu'au moment où l'on prétend créer, refonder ou autoriser une relation politique supérieure, les sujets de cette relation doivent être autre chose que des objets décrits par celui qui possède déjà le pouvoir. Un contrat dont une partie définit seule l'existence juridique de l'autre commence avec une drôle de conception du mot « ensemble ».

L'objet doit être lisible

La deuxième condition est aussi banale qu'impitoyable : il faut savoir à quoi l'on dit oui. Nous avons vu ce qui arrive quand on oublie cette règle. Un vote sur une proposition précise se met à voyager dans le temps. Il approuve ce qu'on ne lui a pas demandé. Il ratifie ce qui n'existait pas encore. Il devient une procuration générale remise au vainqueur pour interpréter l'intention collective à perpétuité. Non. Un consentement constituant doit avoir un objet identifiable. Cela ne signifie pas que chaque citoyen doit maîtriser chaque article, chaque renvoi et chaque conséquence juridique d'une constitution. Cette exigence rendrait presque toute décision collective sérieuse. Elle signifie que la relation fondamentale soumise à l'autorisation doit être suffisamment claire pour que l'on puisse ensuite dire honnêtement ce qui a été accepté.

Qui détient l'autorité supérieure? Comment les pouvoirs fondamentaux sont-ils répartis? Quels droits ne peuvent pas être retirés par une majorité ordinaire? Comment la Constitution peut-elle

être modifiée? Quelles institutions représentent le peuple? Quelles relations sont établies avec les autres peuples et les autres ordres politiques? À quelles conditions peut-on réviser le pacte? Ce sont des questions constitutives.

On peut évidemment déléguer la rédaction. On peut élire une assemblée constituante, mandater des représentants, négocier des textes, consulter des experts, réunir des conventions, tenir des référendums ou combiner ces mécanismes. La souveraineté populaire ne signifie pas que huit millions de personnes doivent corriger ensemble la ponctuation de l'article 42 un mardi soir. Elle signifie que la chaîne d'autorisation ne doit pas se perdre entre ceux qui écrivent et ceux au nom desquels le texte prétend parler. Le danger est le chèque en blanc constitutionnel. Votez pour nous; nous déciderons ensuite de ce que vous venez d'autoriser.

Acceptez cette réforme; nous expliquerons plus tard qu'elle signifiait aussi votre adhésion à ce qui n'y figurait pas. Participez à nos institutions; nous considérerons votre participation comme l'approbation de leur fondement. Le procédé est pratique. Il transforme toute vie politique en preuve de consentement. Il est aussi circulaire. Dans un pacte sérieux, l'objet ne doit pas être parfait. Il doit être connaissable. Le oui doit pouvoir être rattaché à quelque chose. Sinon, on ne possède pas un consentement. On possède une interprétation.

Le non doit avoir une conséquence

Voici maintenant le test qui sépare une invitation à consentir d'une invitation à décorer la décision. Le non doit pouvoir produire une conséquence réelle. Cette phrase doit immédiatement être bornée, parce qu'elle peut devenir absurde si on lui fait dire davantage. Elle ne signifie pas qu'un individu possède un veto sur toute loi. Elle ne signifie pas qu'une minorité électorale peut annuler chaque décision de la majorité. Elle ne signifie pas qu'une constitution doit pouvoir être quittée chaque matin avant le café. Elle ne signifie même pas qu'une relation politique complexe se défait instantanément par la seule prononciation d'un mot.

Elle vise un moment précis : celui où une relation fondamentale prétend être créée, refondée ou autorisée. Si l'on demande à une population ou à un peuple de consentir à un pacte, son refus doit modifier ce qui arrive ensuite. Peut-être le projet tombe-t-il. Peut-être une nouvelle négociation s'ouvre-t-elle. Peut-être une autre formule doit-elle être proposée. Peut-être des règles juridiques déterminent-elles les étapes de mise en œuvre. Les conséquences peuvent varier. Mais elles doivent exister. Sinon, le consentement est décoratif.

Imaginez la scène : « Nous voulons votre accord. Vous êtes libres de dire oui ou non. Si vous dites oui, le pacte entre en vigueur. Si vous dites non, le pacte entre en vigueur. Merci de votre participation. » Il faut beaucoup de théorie pour réussir à appeler cela une autorisation. L'enjeu n'est pas de sacraliser le refus. L'enjeu est de rendre le choix intelligible.

Un oui qui produit tout et un non qui ne produit rien ne sont pas deux options. Ce sont une décision et son commentaire. Voilà pourquoi la souveraineté du Québec, si elle est choisie clairement par le peuple sur une question clairement constitutive, ne peut être réduite après coup à une suggestion que le cadre supérieur serait libre d'accepter ou d'ignorer. Dans l'ordre canadien, sa mise en œuvre soulève des obligations, des négociations, des droits, des intérêts et des étapes juridiques. Très bien. Mais distinguer le choix démocratique de sa mise en œuvre ne permet pas de faire disparaître le choix.

La même discipline vaut dans l'autre sens. Un non à la souveraineté refuse la proposition soumise. Il produit un effet conservatoire. Il maintient le régime existant. Il ne devient pas pour autant une ratification rétroactive de toutes les étapes qui ont produit ce régime. Le contrat

social cesse d'être une métaphore exactement là : au point où les mots oui et non recommencent à vouloir dire quelque chose.

La portée du oui

Même un vrai oui a des frontières. C'est une idée étonnamment importante, parce qu'un consentement collectif peut être abusé après sa victoire autant qu'avant. Dire oui à une constitution ne signifie pas dire oui à chaque gouvernement futur. Dire oui à la souveraineté ne signifie pas approuver chaque loi que votera l'État souverain. Dire oui à une institution ne signifie pas renoncer à la critiquer. Dire oui aujourd'hui ne retire pas aux générations futures la capacité de réviser demain. Le pacte constituant doit donc définir la portée du consentement qu'il reçoit.

Il autorise un ordre. Il ne sanctifie pas tous ceux qui l'exerceront. Il établit des procédures. Il ne transforme pas les résultats de ces procédures en vérité morale. Il distribue des pouvoirs. Il doit aussi organiser la manière de les reprendre, de les déplacer, de les limiter ou de les réviser. C'est ici que la révisabilité devient une composante du contrat plutôt qu'une concession faite contre lui.

Une constitution incapable de changer peut finir par traiter les morts comme le corps électoral le plus puissant du pays. Une constitution modifiable au gré de la majorité du jour ne protège plus rien de fondamental. Entre les deux se trouve le travail constitutionnel réel : rendre le pacte assez stable pour gouverner, assez exigeant pour protéger, assez ouvert pour ne pas emprisonner. Il n'existe pas une formule universelle.

Certaines modifications peuvent exiger des majorités renforcées. D'autres peuvent demander l'accord de plusieurs institutions. Certaines peuvent justifier un référendum. D'autres relèvent normalement du législateur. Les relations avec d'autres peuples peuvent exiger des mécanismes distincts de ceux qui gouvernent une politique publique ordinaire. Le principe importe davantage ici que la plomberie. Un consentement constituant ne doit pas devenir une permission donnée à l'État de ne plus jamais demander comment il est autorisé à transformer ses propres fondements. Le pacte produit du pouvoir. Il doit aussi produire les conditions de sa contestation.

Belfast : un exemple, pas un patron

Il existe une tentation dangereuse dans les essais politiques : trouver quelque part un pays compliqué, prendre son mécanisme préféré, le mettre dans une valise et rentrer avec une solution universelle. L'Accord de Belfast de 1998 ne nous offre pas cela. L'histoire de l'Irlande du Nord n'est pas celle du Québec. Les acteurs, les violences, les identités, les frontières, les États, les institutions et les rapports de souveraineté ne sont pas interchangeables. Toute analogie globale serait paresseuse. Mais l'accord montre quelque chose de plus étroit et de plus utile.

Des adversaires peuvent ne pas partager le même récit de l'histoire et néanmoins organiser politiquement la question du consentement. L'accord inscrit le principe selon lequel le statut constitutionnel de l'Irlande du Nord ne doit pas être modifié sans le consentement d'une majorité de sa population. Il lie cette règle à des institutions, à des protections de droits, à la reconnaissance d'identités différentes et à des mécanismes de coopération. Il a lui-même été soumis à l'approbation populaire en 1998. Il ne résout pas toutes les tensions. Aucun accord sérieux ne le fait.

Il fait quelque chose de plus modeste : il retire une partie du conflit du royaume des prétentions historiques absolues pour la placer dans une procédure politique explicite. Vous n'avez pas

besoin d'être d'accord sur tout ce qui s'est passé pour savoir comment sera prise une décision future. C'est cette possibilité qui nous intéresse. Le contrat social n'exige pas une mémoire unique. Il exige une règle commune sur la manière dont la décision compte. Cette distinction est précieuse pour le Québec, le Canada et les nations autochtones précisément parce que leurs récits ne fusionneront pas miraculeusement le matin suivant une refondation. Il serait même suspect d'exiger cette fusion comme prix de la paix politique. La coexistence n'a pas besoin d'amnésie. Elle a besoin de procédures qui empêchent un récit de se transformer automatiquement en pouvoir de subordonner les autres.

Belfast n'est donc pas un modèle à copier. C'est la preuve limitée qu'un principe de consentement peut quitter le discours moral pour entrer dans l'architecture institutionnelle.

La meilleure objection : nous avons déjà des élections

Arrivons à l'objection la plus forte contre tout ce qui suit. Pourquoi ajouter une nouvelle institution populaire? Nous avons déjà une Assemblée nationale élue. Les citoyens choisissent leurs représentants. Les gouvernements peuvent être défaits. Les partis proposent des programmes. Les députés débattent, amendent, enquêtent, votent les lois, adoptent les budgets et répondent devant les électeurs. Les tribunaux protègent des droits. Les médias, les groupes civiques, les syndicats, les associations, les municipalités et les citoyens participent à la vie publique entre les scrutins. La démocratie représentative n'est pas une fraude faite au peuple.

Elle est une manière parfaitement défendable d'exercer la souveraineté populaire. Il faut le dire clairement, sinon la proposition qui vient sera construite sur une caricature. La représentation règle un problème réel : tout le monde ne peut pas gouverner tout en même temps. Elle crée de la continuité, de la responsabilité, de la spécialisation et de la lisibilité. On sait qui décide. On peut sanctionner un gouvernement. On peut remplacer une majorité.

Une démocratie directe permanente peut, elle aussi, produire des pathologies. Fatigue civique. Mobilisation inégale. Questions trop techniques. Campagnes d'influence. Majorités instantanées. Participation dominée par ceux qui ont le temps, les moyens ou la colère nécessaires pour être toujours présents. Une plateforme numérique ne guérit aucune de ces maladies par magie. Elle peut même leur offrir une connexion haute vitesse. L'objection tient donc. Une Assemblée populaire permanente n'est pas nécessaire pour qu'un régime soit démocratique ou légitime. Elle n'est pas le test secret que le Canada aurait échoué depuis 1867. Elle n'est pas la condition universelle d'un contrat social valide.

Alors pourquoi la proposer? Parce que la souveraineté québécoise offre l'occasion de ne pas seulement déplacer le sommet de l'architecture, mais d'interroger l'architecture elle-même. Nous pouvons faire mieux que remplacer un Parlement supérieur par un autre Parlement supérieur et déclarer la révolution terminée parce que les armoiries ont changé. La représentation peut rester centrale tout en cessant d'être le seul canal institutionnel continu par lequel le peuple apparaît. C'est là que commence la proposition.

L'Assemblée populaire permanente à distance

Appelons-la, pour l'instant, l'Assemblée populaire permanente à distance. Le nom importe moins que la fonction. Elle ne serait pas un deuxième gouvernement. Elle ne serait pas une Chambre haute déjà dessinée. Elle ne serait pas un forum de commentaires avec un sceau officiel. Elle ne serait pas non plus la fiction d'un peuple branché vingt-quatre heures sur vingt-quatre, votant sur la largeur des trottoirs entre deux vidéos de chats.

Son principe est plus sérieux : si le peuple est la source de la souveraineté, il devrait rester présent dans l'architecture institutionnelle autrement qu'au seul moment où il délègue son

pouvoir électoral. « Permanent » ne veut pas dire que chaque citoyen siège sans interruption. Cela signifie que l'institution existe en continu. « Populaire » ne veut pas dire que chaque impulsion majoritaire devient loi. Cela signifie que son autorité vient d'une forme de participation ou de représentation distinctement rattachée au peuple. « À distance » ne veut pas dire que la technologie devient souveraine.

Cela signifie que l'institution devrait pouvoir fonctionner principalement sans exiger que la présence politique se réduise à ceux qui peuvent physiquement occuper un siège dans une chambre de Québec. Après cela, tout reste à concevoir. Qui y siège? On peut imaginer l'élection. Elle possède la force d'un mandat explicite, mais risque de reproduire les logiques partisans de l'Assemblée nationale.

On peut imaginer le tirage au sort. Il peut introduire une représentation sociale différente, mais soulève des questions de mandat, de durée, de compétence et de légitimité. On peut imaginer un modèle mixte. On peut imaginer une rotation. On peut imaginer une représentation territoriale. On peut combiner certains de ces principes. Aucune de ces options n'est consacrée ici. Même prudence pour les pouvoirs.

L'Assemblée pourrait disposer d'un droit d'initiative qui oblige les institutions élues à examiner une proposition ayant atteint un seuil déterminé. Elle pourrait exercer une fonction de consultation obligatoire sur certains changements fondamentaux. Elle pourrait avoir des pouvoirs de contrôle ou d'enquête. Elle pourrait détenir un veto suspensif, qui ne tue pas une décision mais oblige à la reconsidérer. Elle pourrait déclencher, sous conditions, un référendum. Elle pourrait remplir d'autres fonctions compatibles avec le même objectif. Mais chaque pouvoir change la nature de l'institution.

Un organe consultatif ne pose pas les mêmes risques qu'un organe capable de suspendre une loi. Un mécanisme d'initiative ne demande pas la même légitimité qu'un pouvoir de déclencher un référendum constituant. Un tirage au sort n'a pas le même sens politique qu'une élection. Il serait donc incohérent de défendre la souveraineté populaire par une institution dont on aurait décidé tous les détails avant même le processus constituant.

La proposition doit rester ouverte parce que le principe commande précisément que la forme soit discutée, testée, autorisée. Cela n'est pas une faiblesse. C'est la différence entre proposer une architecture et se déclarer déjà architecte suprême. La technologie, surtout, doit rester à sa place. Une institution à distance exige des solutions sérieuses d'authentification, d'accessibilité, de sécurité, de confidentialité, de transparence, d'inclusion et de continuité. Elle doit prévoir ceux qui utilisent mal les outils numériques, ceux qui y ont moins accès, ceux qui ne leur font pas confiance. Elle doit résister à la manipulation sans créer une surveillance civique permanente.

Aucun écran ne produit la démocratie. Aucun logiciel ne remplace le mandat. Aucun bouton « voter » ne transforme une procédure mal conçue en souveraineté populaire. La technologie serait le lieu de l'institution. Jamais sa légitimité.

Le peuple entre les élections

Que gagnerait-on alors? D'abord, une présence institutionnelle distincte. Aujourd'hui, dans une démocratie représentative, le peuple est souverain en principe et largement déléguant en pratique. Ce n'est pas contradictoire. C'est le fonctionnement même de la représentation. Mais une refondation québécoise pourrait décider de maintenir un canal populaire permanent capable d'intervenir à certains moments définis sans gouverner à la place du gouvernement. La différence est importante.

Le but n'est pas que « le peuple » commande chaque jour au Parlement au gré d'une humeur mesurée en ligne. Le but est qu'il existe une institution dont la fonction constitutionnelle explicite consiste à rappeler que la délégation n'est pas l'aliénation. Vous gouvernez. Nous restons là. Vous légiférez. Nous ne reprenons pas chaque dossier. Vous détenez un mandat.

Nous conservons des mécanismes définis pour poser une question, exiger un examen, suspendre temporairement certaines décisions, déclencher une consultation ou rouvrir un enjeu constituant si les règles adoptées le permettent. La nuance évite deux excès. Le premier est le parlementarisme fermé : une fois l'élection passée, toute expression populaire extérieure au Parlement devient du bruit politique jusqu'au prochain scrutin. Le second est le plébiscite permanent : chaque journée devient une campagne et chaque politique une question de confiance populaire immédiate. Entre les deux, il existe un espace institutionnel à inventer.

L'Assemblée populaire permanente pourrait l'occuper. Elle aurait alors une fonction plus profonde que la somme de ses pouvoirs : empêcher que le peuple soit invoqué comme source abstraite au sommet de la Constitution puis disparu du dispositif dès le premier article opérationnel. On écrit souvent : la souveraineté appartient au peuple. Très bien. Où est-il? La réponse ne peut évidemment pas être : partout, donc nulle part. Elle peut être institutionnelle. Au Parlement, par la représentation. Dans les élections, par le choix des gouvernants. Dans les tribunaux et les chartes, par les droits qui bornent le pouvoir.

Dans les mécanismes référendaires, lorsque l'on consulte directement la population. Et, si nous le décidons, dans une institution populaire permanente dont le rôle spécifique serait de maintenir ouverte une voie de participation, de contrôle et d'initiative entre ces moments. Ce ne serait pas abolir la représentation. Ce serait lui ajouter un témoin vivant de sa source.

La majorité ne possède pas tout

Il reste un danger plus grave que les problèmes techniques. La souveraineté populaire peut devenir une idole. On prononce « le peuple » et soudain tous les droits semblent négociables, toutes les minorités suspectes, toutes les dissidences accessoires. Une majorité obtient 50 % plus une voix et se découvre propriétaire des autres 49 %. Ce n'est pas le pacte proposé ici. Une majorité sur une question constituante claire tranche le choix collectif soumis à cette majorité. Elle ne reçoit pas la propriété des personnes. Elle ne peut pas abolir l'égalité des femmes parce qu'elle a gagné mardi.

Elle ne peut pas supprimer les libertés fondamentales parce qu'un sondage de jeudi la rend impatiente. Elle ne peut pas décréter qu'une minorité linguistique, religieuse, culturelle ou politique cesse de posséder des droits parce qu'elle dérange la cohésion du récit national. Elle ne peut pas davantage voter, par majorité simple du Québec, l'extinction politique d'une autre nation. La souveraineté populaire n'est pas la souveraineté de l'impulsion. Elle doit produire ses propres limites.

C'est pourquoi les droits fondamentaux ne sont pas un obstacle extérieur imposé à la démocratie. Ils font partie de la définition de la démocratie que l'on choisit de constituer. Ils empêchent le gagnant d'une décision de transformer sa victoire sur une question en droit général de domination. Cette règle vaut aussi pour l'Assemblée populaire permanente. Si elle existe, elle doit être elle-même constituée, bornée et contrôlée. Elle ne peut pas devenir le tribunal moral du Parlement. Elle ne peut pas contourner les droits. Elle ne peut pas parler au nom des nations autochtones qui possèdent leurs propres institutions.

Elle ne peut pas transformer la fréquence de la participation en supériorité politique absolue. Une institution populaire n'est pas le peuple incarné. C'est encore une institution. Elle peut se tromper. Elle peut être capturée. Elle peut devenir paresseuse, partisane, inégale ou

prétentieuse. Autrement dit, elle mérite exactement la même méfiance constitutionnelle que les autres pouvoirs. C'est plutôt rassurant. Les institutions qui se croient vertueuses par nature sont souvent celles dont il faut cacher les clés.

Nation à nation, pas Ottawa repeint en bleu

La dernière condition touche directement la cohérence de la souveraineté québécoise. Le nouvel ordre ne peut pas se contenter d'hériter de toutes les catégories du précédent et d'en changer le gestionnaire. L'histoire canadienne fournit des exemples très concrets de ce que signifie le pouvoir institutionnel de définir : définir un statut juridique, tenir un registre, encadrer une appartenance, administrer des terres, autoriser certains usages, répartir des compétences. Ces pouvoirs ne sont pas tous identiques, ni tous injustes, ni tous conservés pour la même raison. Ils ont été transformés, contestés et parfois transférés. Mais ils montrent une chose essentielle : celui qui définit possède déjà une part du rapport de pouvoir.

La souveraineté du Québec ne peut donc pas signifier : tout ce qu'Ottawa définissait hier, Québec le définira demain. Ce serait une révolution de déménagement. Le pacte futur doit laisser ouvertes des relations constitutives avec les nations concernées. « Ouvertes » ne signifie pas indéfiniment vagues. Cela signifie que les réponses doivent venir des droits, des instruments, des négociations et des institutions propres aux relations réelles. Un traité historique ne se traite pas comme une convention moderne. Une revendication territoriale ne se traite pas comme un titre déjà établi. Une juridiction reconnue ne se traite pas comme une faveur accordée par Québec.

Une question d'appartenance politique ne se résout pas automatiquement par le registre d'un autre gouvernement. Il faudra négocier. Il faudra parfois reconnaître. Il faudra parfois transférer. Il faudra définir des compétences concurrentes, partagées ou distinctes. Il faudra régler des questions territoriales, fiscales, administratives, environnementales et patrimoniales qui ne disparaîtront pas parce qu'un référendum québécois aura été gagné.

Rien de cela ne constitue une dette morale à payer avant que le Québec ait le droit d'être souverain. C'est une autre proposition. La souveraineté du Québec vaut pour le Québec. La non-subordination vaut comme règle de la relation que nous proposons de construire ensuite. Autrement dit : nous ne demandons pas la permission d'exister à Ottawa pour ensuite exiger que d'autres peuples demandent leur permission d'exister à Québec. Ce serait une chute remarquable. Elle serait simplement dans le mauvais sens.

Ce que serait, enfin, un contrat

Reprenons la question du début. Montrez le contrat. Cette fois, nous savons mieux ce que nous demandons. Pas une signature individuelle. Pas un instant sacré. Pas une unanimité impossible. Pas une constitution parfaite. Pas un mécanisme unique que toutes les démocraties du monde devraient copier sous peine d'être déclarées illégitimes. Nous demandons une structure d'autorisation que l'on puisse suivre. Des sujets identifiables. Un objet constituant compréhensible. Des mandats défendables. Une capacité réelle d'agir sur la relation fondamentale. Un oui dont la portée soit connaissable. Un non qui puisse produire une conséquence.

Des règles de révision. Des protections qui empêchent la majorité de disposer des droits fondamentaux, des minorités et des autres peuples. Des institutions qui n'oublient pas, une fois le pacte adopté, que leur pouvoir vient d'une autorisation et non d'une métamorphose. Le Québec souverain aurait alors devant lui une tâche plus difficile que de gagner. Il faudrait constituer.

La souveraineté déplacerait le dernier mot. Elle ne prouverait pas à elle seule que ce dernier mot est bien exercé. Une constitution québécoise devrait faire ce que nous avons exigé du Canada pendant tout ce livre : montrer son titre. Elle devrait rendre visible qui autorise quoi. Elle devrait distinguer le pouvoir reçu du pouvoir simplement détenu. Elle devrait organiser la dissidence. Elle devrait prévoir sa propre correction. Elle devrait protéger ceux qui perdent un vote contre la tentation du vainqueur de les traiter comme s'ils avaient perdu leurs droits.

Elle devrait accepter que certaines relations avec d'autres peuples ne soient pas des subdivisions administratives internes, mais des relations politiques à construire selon leur histoire, leurs droits et leurs institutions. Et elle pourrait choisir d'aller plus loin. Elle pourrait décider que la souveraineté populaire ne sera pas seulement proclamée au préambule puis rangée dans une vitrine. Elle pourrait créer une Assemblée populaire permanente à distance. Pas pour gouverner deux fois. Pas pour concurrencer chaque député. Pas pour abolir la représentation.

Pour garder une porte constitutionnelle ouverte entre le peuple et ceux à qui il délègue le pouvoir. Sa composition resterait à décider. Ses pouvoirs resteraient à décider. Ses protections resteraient à décider. Ses rapports avec l'Assemblée nationale, les tribunaux, les municipalités, les mécanismes référendaires et les institutions des autres peuples resteraient à décider. C'est précisément ainsi que la proposition doit entrer dans un processus constituant : comme une question assez précise pour être discutée et assez ouverte pour ne pas voler d'avance la réponse. Au début de ce livre, « montrez le contrat » était une accusation.

À la fin, ce doit devenir une exigence envers nous-mêmes. Nous ne pouvons pas reprocher à l'histoire de nous avoir transmis une autorité sans autorisation clairement démontrée, puis nous féliciter d'avoir enfin obtenu le pouvoir de faire pareil. La souveraineté n'est pas la fin du problème du consentement. Elle est l'occasion de le résoudre autrement. Cette fois, le contrat ne devrait pas être caché dans la durée, déduit de l'obéissance, présumé dans la participation ou reconstruit après coup à partir de votes portant sur autre chose. Il devrait être là.

Compréhensible. Contestable. Autorisable par une chaîne constituante identifiable. Révisable. Et, lorsqu'il est effectivement soumis à une procédure de consentement constituant, capable de recevoir un refus qui produise la conséquence prévue par cette procédure. La souveraineté ne doit pas seulement changer le propriétaire du dernier mot. Elle doit rendre le peuple durablement présent dans l'architecture qui l'exerce. Alors seulement la métaphore du « contrat » correspond à une architecture d'autorisation que l'on peut réellement suivre.